

## PRESENTAN AMICUS CURIAE

*“...El mundo se salvara, si es que se puede,  
Gracias a los no sumisos...”  
André Guide...*

Sres. Jueces:

El Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina, Felix Diaz – Presidente y Relmu Ñamku – Secretaria General, con el patrocinio letrado de Elizabeth Gomez Alcorta, abogada, (T 123 F 977 Matricula Federal ara Interior) perteneciente a la **Asociación Civil Movimiento de Profesionales para los Pueblos por los Derechos Humanos y Sociales**” (Personería Jurídica Res. Gral. N° C 1828626), constituyendo domicilio en la calle Quillen 258 Barrio Chachil, Zapala, en la Causa No. 15,455/15, caratulada "*Cordero, Agustín s/ denuncia de Usurpación*" Causa 15455/15, nos presentamos ante V.E. y decimos:

### I. OBJETO

En los términos de la Acordada CSJN 28/04, nos presentamos ante este Tribunal con el objetivo de ser tenidos como *amicus curiae* para someter a su consideración argumentos de derecho de relevancia para la resolución de la cuestión planteada en esta causa y ciertos datos de contexto que contribuirán a determinar el “estado de cosas actual” vinculado al presente caso. Entendemos que, por la trascendencia de la temática, y la cantidad de casos análogos que tramitan ante la justicia provincial, resulta fundamental en estas actuaciones, como en otros en los que se debate el alcance y contenido de derechos fundamentales, robustecer la calidad del debate público y que se escuchen la mayor cantidad de voces y posiciones. La finalidad de esta presentación es brindar a V.S. elementos de derecho útiles

para su consideración, trascendentes para la decisión del caso en el que se debaten asuntos que resultan de relevancia institucional y de interés público.

Como se analizará, resulta relevante observar la supremacía de derechos de los Pueblos Indígenas de raigambre constitucional, y la vigencia de la normativa local que desarrolla la legislación básica nacional.

## II. INTERÉS DEL CONSEJO CONSULTIVO Y PARTICIPATIVO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA EN EL PRESENTE CASO

El **Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina**, tiene previstas sus atribuciones en el Decreto 672/2016, basado en la Constitución Nacional que establece, en su artículo 75, inciso 17, que corresponde al Congreso: "*...Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupen; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones*".

Que para el cumplimiento de los deberes constitucionalmente establecidos, este Consejo Consultivo debe generar las condiciones necesarias para forjar un diálogo intercultural que diseñe políticas públicas para los Pueblos Indígenas, promueva diferentes

programas e impulse entre otros, un reordenamiento territorial respetando el derecho a la consulta y al consentimiento, conforme a lo prescripto por el artículo 6°, punto 2) del CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, aprobado por la Ley N° 24.071.

En esa línea argumental, se destaca el derecho de los Pueblos Indígenas atener intervención previa en todos los asuntos que puedan afectarlos.

Es por ello que el Artículo 1° del Decreto 672/2016, establece la Creación del CONSEJO CONSULTIVO Y PARTICIPATIVO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, el que tendrá como finalidad promover el respeto de los derechos previstos por la CONSTITUCIÓN NACIONAL, el CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, aprobado por la Ley N°24.071 y la DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS; otorgando por la tanto la facultad de presentarme ante los diversos estrados judiciales citados, con el objeto de representar a las personas que se encuentran sometidas a enjuiciamiento penal, y bregar por la vigencia de sus derechos fundamentales.

Como organismo del Estado Nacional para la Consulta y Participación de los Pueblos Indígenas debe representar la defensa y el cumplimiento de los derechos indígenas, plasmadas en la Carta Magna y en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a ella.

A ello debo sumar que, en el ámbito nacional, la *ley 24071* -que reglamenta la vigencia de las garantías consagradas en el

Convenio 169 de la OIT.- estatuye que a los fines de lograr adecuadamente la participación de los Pueblos Indígenas, es necesario establecer los contenidos, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los Pueblos Indígenas respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente; y, por lo tanto, deben interpretarse los términos precedentemente aludidos, de conformidad con las obligaciones establecidas en el CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, extremo a partir del cual -considero- nuestra legitimación activa en la presente es incuestionable.

La figura del *amicus curiae* (amigo del Tribunal) fue reglamentada recientemente mediante la Acordada 7/2013 de la CSJN, poniendo fin a la existencia de eventuales dudas respecto de la procedencia de esta presentación. De esta forma, consolidó una práctica que se venía desarrollando, en relación al ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a peticionar ante las autoridades. Asimismo, como una consolidación del compromiso con la búsqueda de la resolución más justa e integral del caso. Diversos tribunales internacionales, nacionales y provinciales han reconocido ampliamente ya la vigencia del instituto del *amicus curiae* y en esa condición, y sobre la base de los argumentos ya adoptados por la jurisprudencia nacional e internacional que recepta pacíficamente el instituto, solicitamos se considere este aporte. La norma citada permite autorizar sin más la presentación de este escrito, sujeto al análisis de los requisitos y la mención de nuestra opinión de la causa para una mejor dilucidación.

### III.- ADMISIBILIDAD DEL INSTITUTO DEL *AMICUS*

#### *CURIAE*

El presente memorial guarda relación directa con una prominente tradición jurídica existente en materia de derecho interno y –fundamentalmente- de derecho comparado –derecho internacional de los derechos humanos-, en virtud de la cual sujetos ajenos al proceso judicial que se encuentre en trámite, pero que posean un interés legítimo en la cuestión que se ha sometido a juzgamiento, *puedan expresar sus opiniones al respecto, con el fin –como ya expusiese- de brindar aportes trascendentes para la dilucidación del caso.*

Con raigambre en el Derecho Romano, y profundo desarrollo en el Derecho Anglosajón, el instituto de los *Amigos del Tribunal* ha tomado relevancia en presentaciones efectuadas ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fomentando un mejor desarrollo de la democracia participativa, tratando de consagrar –de manera adecuada- el acceso del pueblo a las decisiones que adopte alguno de los poderes del Estado (en éste caso, el Judicial).

Es interesante destacar, en ésta línea de ideas, que diversos tribunales nacionales han reconocido la vigencia en el derecho interno, de la institución que vengo mencionando, y –sobre todas las cosas- en causas judiciales con una trascendencia eminente en relación con la vigencia irrestricta de los Derechos Humanos.

Vale resaltar, entre otros antecedentes relevantes, a la admisión del *Amicus Curiae* en la causa “E.S.M.A.”, de trámite ante la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal del Departamento Judicial La Plata; como así también, el proceso caratulado “Sterla, Silvia s/ interrupción de la prisión preventiva”, del registro del Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal N° 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; las actuaciones labrados en el marco del

proceso “Felicetti, Roberto y otros s/ revisión”, de la Cámara Nacional de Casación Penal; y un largo etcétera.

En ellos, los diversos órganos jurisdiccionales hallaron sustento normativo a la actuación de los *Amigos del Tribunal*, en lo normado por el art. 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, poniendo de resalto –en líneas generales- la importancia de las Organizaciones no Gubernamentales en el reciente auge de la democracia participativa, y el impulso valedero que esto ha producido respecto de la labor de la sociedad civil en el ejercicio de sus derechos – fundamentalmente, el *derecho a la verdad*-.

No sobreabunda exponer que la C.S.J.N. ha tenido la posibilidad de pronunciarse en relación con el instituto en examen, sosteniendo al respecto que es *“...un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia...a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático”*, para agregar – entonces- que *“...debe imperar un principio hermenéutico amplio y de apertura frente a instituciones...que, por su naturaleza, responden al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el Preámbulo de la Constitución Nacional...”*

Basamento normativo halló el Superior Tribunal en lo mandado por el art. 33 de la C.N. –con antelación a la vigencia del art. 75 inc. 22° de la misma-, en el marco del ejercicio de los derechos implícitos allí consagrados; y –después de 1994- en los arts. 44 y 48 de la C.A.D.H. –ante el expreso reconocimiento que hiciera sobre el punto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- y en el art. 62.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las mandas referidas exponen, en lo que interesa a ésta parte, que cualquier persona puede presentar ante la Comisión mentada, peticiones que contengan denuncias respecto de violaciones a la C.A.D.H. por un Estado Parte -art. 44 del mismo-, debiendo la Corte asumir el conocimiento de lo expuesto, por tratarse de la interpretación y aplicación de las disposiciones garantizadoras que el pacto en estudio contiene -art. 62, 3.-.

En razón de las consideraciones vertidas, es que solicito a V.S. tenga por presentado el presente memorial, con la finalidad de hacerle llegar argumentos jurídicos idóneos para la solución de esta causa, extremo que se halla en concordancia con la opinión vigente en materia de la jurisprudencia nacional –y, con la del más Alto Tribunal, específicamente-, debiendo darse acogida favorable al mismo, debido a que ello garantizaría la efectiva palabra de quienes son vulnerables al ejercicio de la *potentia puniendi* y –por ende- involucrados en el caso de marras.

#### IV.- LA RECIENTE JURISPRUDENCIA:

En nuestro país existen numerosos antecedentes jurisprudenciales en los que tribunales locales aceptaron la presentación de un dictamen en carácter de *Amicus Curiae*. Mencionaremos algunos ejemplos.

En primer lugar, en la causa "*Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada*", causa N°. 761, decisión del 18 de mayo de 1995, la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal aceptó expresamente la presentación de un memorial, en calidad de *Amicus Curiae*, de las organizaciones internacionales de derechos humanos *CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional)* y *Human Rights Watch/Americas*. En esa oportunidad, el memorial se refería a la necesidad de reconocer y garantizar

el derecho a la verdad en favor de los familiares de desaparecidos, quienes reclamaban ante los tribunales para conocer la suerte de sus seres queridos.

En una medulosa decisión conjunta de las dos salas de la Cámara —debido a la particular integración del tribunal para esta causa— se hizo lugar a la solicitud con el voto mayoritario de cuatro de sus miembros. Por la importancia de las consideraciones del tribunal, reproduciremos aquí los puntos más salientes de esta resolución.

En su decisión, el Tribunal de Alzada valoró la institución del *Amicus Curiae* como un aporte del derecho internacional de los derechos humanos jerarquizado en la Constitución Nacional. En ese sentido, dijo el tribunal: “la intervención del ‘*Amicus Curiae*’ se considera comprendida dentro del art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los reglamentos de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Desde allí, la Cámara Federal reconoció que “la actuación del ‘*Amicus Curiae*’, limitado en principio a la esfera jurisdiccional *supranacional*, se ha extendido a ámbitos locales con favorable acogida”.

Otro de los argumentos esgrimidos por la Cámara fue que “las organizaciones que se presentaron actúan con reconocida idoneidad en el campo del derecho internacional de los derechos humanos”. Concluyó el citado tribunal: “...finalmente, y para una adecuada interpretación del instituto —concluye esta decisión haciendo explícito este único requisito—, no es redundante la reiteración de que este papel sólo está reservado a organizaciones no gubernamentales que persigan un interés válido y genuino en el tema y acrediten una especialización en el mismo, en casos excepcionales y de la magnitud presente”.



Con dicha conclusión, ese importante tribunal nacional inscribió a la Argentina entre aquellos países pioneros en la utilización de la figura del *amicus curiae* ante tribunales locales.

Como lo explica la decisión —de igual modo que decisiones similares de tribunales locales de otros países—, esta institución tiene una destacada raíz democrática y acumula en sí numerosos beneficios tanto para los tribunales locales como para las organizaciones civiles, que cuentan de este modo con una invalorable posibilidad de emitir sus opiniones en torno a cuestiones que afectan la vida de todos.

También ha tenido oportunidad de expedirse, como se dijera *ut supra*, sobre este instituto, la Cámara Nacional de Casación Penal. En el caso "*Felicetti, Roberto y otros s/ revisión*", causa N° 2831, tramitado ante la Sala II. En ella, diferentes organismos de derechos humanos se presentaron con el fin de someter a su consideración algunos argumentos de derecho internacional de los derechos humanos, de relevancia para resolver el recurso de revisión presentado por la defensa de los detenidos por los hechos acaecidos en el regimiento de La Tablada. En especial, el *amicus* establecía la obligación del Estado argentino de cumplir con las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos a efectos de garantizar la doble instancia a los detenidos.

En la sentencia del 23 de noviembre de 2000, la Sala II de la Cámara de Casación, si bien termina rechazando el recurso de revisión presentado por la defensa de los detenidos, cita ampliamente el *amicus* presentado, detallando los argumentos contenidos en el memorial.

La institución del *Amicus Curiae* también ha sido aceptada en el caso "*Sterla, Silvia s/ interrupción de la prisión preventiva*", que tramitó ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 2 de la Capital Federal. Al momento de resolver la causa, el magistrado se

pronunció en el sentido de admitir el memorial presentado por el CELS y, además, destacó el papel de las ONG en la transformación del pensamiento jurídico de nuestro país, argumentando que éstas han efectuado un aporte fundamental al fortalecimiento de la sociedad civil. Agregó también que “la tarea de lograr una ajustada transformación del pensamiento jurídico actual, admitiendo ejes que permitan abrir nuevos campos de discusión, a efectos de encontrar alternativas y soluciones que nuestra realidad exige no sólo debe ser viable en el marco de discusiones académicas; la administración de justicia debe abrir sus puertas también a un debate en casos concretos con el fin que la teoría y la praxis encuentren su justo medio”.

La relevancia de este instituto del derecho se refleja en que no sólo organismos de derechos humanos se inclinaron por la adopción de la figura del *amicus*, sino también un organismo público del Estado como la Procuración Penitenciaria de la Nación ha demostrado en diversas oportunidades su intención de actuar como “amigo del tribunal”.

Este órgano ha sostenido que realizar presentaciones de este tipo —de gran aceptación en el ámbito de protección internacional de los derechos humanos—, aunque no posea normativa legal específica que lo regule en campo penitenciario, “tiende a hacer transparente el debate público y la toma de posición ante asuntos que, siendo tratados por los tribunales, tienen una trascendencia social que va más allá de las particularidades del caso”.

Con estos argumentos, la Procuración Penitenciaria se ha presentado en diversas causas ante tribunales y juzgados, especialmente de ejecución penal, a fin de ofrecer opiniones que permitan a los jueces divisar alternativas diferentes en torno a la controversia suscitada.

En sus presentaciones, la Procuración Penitenciaria ha invocado estándares sobre condiciones de detención que, si bien en el caso particular coinciden con el pedido del interno, pueden llegar a modificar una situación de hecho para toda la población penal, lo que torna al caso en un caso de interés público.

### **La regulación normativa del instituto**

En cuanto a la regulación normativa de la figura del *amicus curiae*, si bien a nivel nacional no existe una ley que contemple el instituto del *amicus curiae* en general, hay algunas leyes que lo aceptan para casos concretos, o en ciertas jurisdicciones.

Así, podemos mencionar la ley 24.488 sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados extranjeros ante Tribunales Argentinos, sancionada el 31 de mayo de 1995. Esta ley, en su art. 7, dispone: “En el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter de amigo del tribunal”.

Esta bienvenida innovación legislativa demuestra que la tendencia en favor de la aceptación de los *Amici Curiae* por parte de los tribunales argentinos es firme. La mención única del Ministerio de Relaciones Exteriores, por su parte, no debe entenderse como un derecho exclusivo sino, por el contrario, como el reconocimiento de que este derecho a presentarse como *Amicus Curiae* también alcanza a este organismo del Estado —evitando de este modo eventuales impugnaciones basadas en que no corresponde escuchar en calidad de tercero a un organismo del Estado cuando se está demandando ante tribunales de ese

mismo país -, lo que podría ser interpretado por algunos como una indebida intromisión del Poder Ejecutivo.

Por lo demás, la presentación de dictámenes en carácter de Amicus Curiae ha tenido consagración nacional a través del Reglamento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Acordada 28/04, dictada el 14 de julio del 2004. En dicha regulación, la Corte reivindica este instituto como un importante instrumento de participación democrática en el poder judicial, manifestando que la figura del amigo del tribunal es “un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia”. Esta bienvenida innovación por parte del máximo Tribunal de la Nación demuestra que la tendencia en favor de la aceptación de los Amicus Curiae es firme e inequívoca

### Doctrina.

Como tercero ajeno a las partes, una eventual intervención del suscripto en el estatus jurídico pretendido no alteraría el principio de la igualdad formal de las partes en el trámite del proceso (art. 18, CN). Lejos de ello, la actuación del “amigo del tribunal” procura, en este caso, entregar a la consideración del Tribunal información adicional que pueda robustecer el sustento de su decisorio y/o llevar al espíritu del juzgador convicciones y certezas que coadyuven al esclarecimiento de los hechos objeto de su juzgamiento. Como señala María Andrea Piesco (La intervención de una nueva figura en el marco de los procesos judiciales: el amicus curiae; 24/8/2006; MJ-DOC-2978-AR/MJD2978), “...su rol se estructura tanto en el enriquecimiento y aporte de argumentación al tribunal a los fines de que el decisorio revista las exigencias de motivación y fundamentación adecuadas; y, por otra parte, genera a través de la participación de entidades y

organizaciones no gubernamentales, en apoyo y sustento de un interés determinado, un marco deliberativo en el proceso jurisdiccional". Y, en idéntico orden de ideas, agrega, "...el juez no sólo escucha a las partes – actor y demandado de la contienda sino que mediante esta institución se abren las puertas para que otros sujetos, sean personas físicas ... o jurídicas... sean también escuchadas y aporten desde sus diversas perspectivas, los argumentos bajo los cuales va a dilucidar la controversia y se emitirá el pronunciamiento jurisdiccional". Por otra parte, en el sistema interamericano, la letra de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), si bien no alude específicamente al *amicus curiae*, su norma del art. 44 contiene los elementos que permiten una interpretación conducente al principio *per actionem* habilitando, de este modo, la presentación ante la Comisión. En efecto, la mentada norma del art. 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos expresa que "Cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida 2 en uno o más Estados miembros de la Organización, pueden presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación en esta Comisión por un Estado parte". Y entre los casos más representativos en los que se reclamó el estatus jurídico de *amicus curiae*, es dable la mención de "Consuelo Benavides Cevallos c/ Ecuador" y el caso "Olmedo Bustos C/ Chile". Por su parte, la ya citada María Andrea Piesco consigna que "...En el ámbito del Tribunal Europeo, el art. 36.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece «la intervención de terceros» ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en interés de la buena administración de justicia. En este sentido, la norma dispone que el presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier alta parte contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del

demandante, a que formule observaciones por escrito o a participar en la vista” (Piesco, op. Cit). En cuanto a la recepción del instituto en el marco de la jurisprudencia federal argentina, se ha admitido la intervención del amigo del tribunal en -entre otros- los casos “Hechos ocurridos en la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)”, causa Nº 761 de 1995. Allí se hizo lugar a la presentación de organismos internacionales como el CEJIL y Human Rights Watch que ofrecieron argumentos de derecho internacional sobre la obligación del Estado para con los familiares de las víctimas de la desaparición forzada. Otro precedente relevante es la causa “Sterla, Silvia s/ interrupción de la prisión preventiva” (1996) que tramitó por ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal Nº 2 y en cuya oportunidad se presentó el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) para aportar argumentos, basados en el sistema de derecho internacional de los derechos humanos, atinentes a las condiciones de detención de las personas inmunocomprometidas debido a la portación del virus de inmunodeficiencia humana, enfatizando el carácter restrictivo que, en casos como el mencionado, debe tener la prisión preventiva.

#### **V. RESEÑA DE LOS HECHOS. CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

Los hechos que anteceden a la causa penal en trámite son variados y deben ser considerados al momento de resolver en estas actuaciones; sobre todo a fin de criminalizar conductas vinculadas con la reivindicación de derechos de los Pueblos Indígenas.

Lo cierto es que los pueblo originarios son uno de los sectores sociales más vulnerables de nuestra sociedad, siendo permanentemente criminalizados, conforme lo detalla el informe elaborado por el Encuentro Memoria Verdad y Justicia en 2012, el cual ya advertía que *“Sobre un total de 2238 casos que cuentan con identificación de sector*

*criminalizado se observa que los sectores a los que ha apuntado con más fuerza esta política de criminalización son el sector sindical (31,6%) y el sector pueblos originarios (31,4%), que suman el 63% del total de casos registrado”([http://www.anred.org/IMG/pdf/Informe\\_Criminalizacion\\_de\\_la\\_Protesta.pdf](http://www.anred.org/IMG/pdf/Informe_Criminalizacion_de_la_Protesta.pdf)).*

Según un informe presentado por James Anaya, el relator especial de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas, la situación en Argentina es de una gravedad extrema y se distingue, entre otras muchas falencias, por la falta de acatamiento del Convenio 169 de la OIT (que exige la consulta previa, libre e informada ante cualquier proyecto extractivo en territorios indígenas); el incumplimiento de la ley 26160, que ordena relevar los territorios indígenas y suspende los desalojos (los cuales continúan y de modo violento); la dificultad en el acceso a la justicia y, en líneas generales, por la criminalización y represión de la protesta.

Como afirma el Observatorio de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (ODHPI), la criminalización de los pueblos originarios no se da tanto en el ejercicio del legítimo derecho de protesta, sino cuando se hace uso de derechos (en el caso de autos reclamo de tierras) reconocidos jurídicamente. El último informe presentado por ODHPI (2013) destacaba, sólo para el caso de Neuquén, 42 juicios penales (25 de ellos por el delito de usurpación), que criminalizan a 241 personas de pueblos originarios.

Es en este marco que debe entenderse el debate oral que comenzará el día 17 de octubre de 2016 contra dos miembros de la comunidad Mapuche Felipin y Ram, imputados por el delito de usurpación. Los hechos consignados en el requerimiento del pedido de apertura refieren que: *“Marciano Silva y María Mirtha Nahuel, el día 23 de abril de 2015, en horas de la tarde ingresaron con sus animales -aproximadamente 200 chivas, 30 vacas, 3 caballos y un vehículo Citroën Berlingo- con pleno conocimiento de*

*que se trataba de una propiedad privada del denunciante, voltearon el alambrado, al lado de la tranquera de la estancia Santa Marta, ubicado en el Paraje Espinazo del zorro (departamento de Catan Lil, provincia de Neuquén), identificada como parte del lote 10 y 11, sección 27 y parte del lote 20 y 21 de la sección 26 propiedad de Silavayn Boez Louis George. De esta forma Silva y Nahuel ingresaron de forma clandestina, ocuparon un galpón de piedra allí existente de 8x8 metros aproximadamente, orientado hacia el cardinal este, sobre el margen norte de la Ruta Provincial N° 20, existiendo en su interior colchones, una carpa, una caja de víveres, sillas, etc...despojando de esta forma parcial e ilegítimamente a su verdadero propietario en ejercicio de posesión preexistente de dicho inmueble. La calificación legal y provisoria que entiende este Ministerio es la de Usurpación, art. 181, inciso primero, en grado de coautor”.*

Lo cierto que esas tierras compradas por un extranjero les pertenecen por derecho ancestral a la comunidad Mapuche Filipin y Rams.

Conviene subrayar que en el relato de la fiscal Chavarría, como si intentara continuar con “la Historia Oficial” sobre la condición de extranjeros de los Pueblos Mapuche, niega la preexistencia de familias y comunidades previas a la compra y arribo del accionista francés Silavayn Boez Louis George. Lo cual surge sin mas de documentos históricos, fotografías y fundamentalmente a través del relato de los integrantes de las comunidades Mapuche, entre ellos los integrantes actuales de la comunidad Felipin. En este orden de ideas, lo cierto es que es el Estado Provincial quien está en falta y ha violado los derechos humanos de los miembros del pueblo Mapuche, al omitir el hecho de que las tierras supuestamente usurpadas por ellos, son en realidad sus tierras ancestrales y



que, en tal entendimiento, ningún privado podría haberlas comprado ya que son, por mandato constitucional, inalienables.

En este sentido, la pretensión punitiva sobre los imputados, podría contener un mensaje político: aspira a convertirse en un “castigo ejemplar”, a fin de amedrentar y disciplinar las comunidades indígenas que en Neuquén reclaman sus derechos colectivos frente al avance del Estado y de particulares sobre su territorio, como lo es en este caso su venta a inversores extranjeros.

Esta pretensión punitiva a la que hacemos referencia se evidencia incluso en la violación de normas básicas del proceso, tal como aquella que estipula un plazo de cuatro meses para que el fiscal efectúe la acusación firme pertinente, plazo que en este caso ha transcurrido con creces.

Desde un primer momento el abogado defensor Luis Virgilio Sánchez exigió el sobreseimiento de los dos imputados, en principio por dos motivos fundamentales: en primer lugar, Sánchez argumentó que ambas personas pertenecen a comunidades de Pueblos Originarios, y que por lo tanto sus derechos a habitar el suelo por el cual son acusados de usurpación es preexistente a la formación del Estado Nacional, argumentos que los suscriptos tomamos como propios. Frente a tal argumentación por parte del Dr. Sánchez, desde el poder judicial provincial se ha exigido que sean los imputados quienes presentaran pruebas que permitieran corroborar la verdadera preexistencia de la familia de los imputados dentro del territorio comprometido, lo cual implica una afectación del debido proceso invirtiendo la carga de la prueba en cabeza de aquellos.

Por otra parte, lo cierto es que si bien el derecho a la consulta de los pueblos indígenas se encuentra ampliamente reconocido tanto a nivel nacional como internacional, por lo general, al indígena no se

le consulta: se le notifican decisiones ya tomadas sin su intervención. Básicamente es considerado receptor pasivo de las políticas públicas y sujeto prescindible en el diseño de megaproyectos, aun cuando se afecten sus tierras. En este caso se utilizan subterfugios, se negocia con la autoridad, se allana el camino con jueces y abogados y se impone implacablemente sobre una comunidad cualquier decisión sobre las tierras que les pertenecen a aquellos

En general el reclamo territorial de las comunidades Mapuche presentan múltiples aristas: a) la cesión por parte del Estado de tierras indígenas a particulares o instituciones no indígenas, b) la existencia de criollos en tierras tituladas como indígenas y que realizan explotación ganadera, c) la creación de un Parque Nacional sobre tierras que habían sido legalmente reconocidas a favor de la comunidad, d) la existencia de títulos de propiedad a nombre de una asociación civil que no representa a la comunidad y es una figura jurídica contraria al derecho indígena, e) la falta de delimitación completa del territorio tradicional de la comunidad actualmente ordenado por la ley 26.160/26.554.

María Nahuel y Marciano Silva pertenecen a pueblos indígenas, preexistentes al estado nacional. Y, además, forman parte de los pueblos víctimas de genocidio por la milicia argentina. Los pueblos originarios, incluidas las familias Nahuel o Nawel fueron sometidas en los campos de concentración extendidos por varias provincias de la Argentina. Según el relato de muchos historiadores y antropólogos, muchas víctimas del genocidio que estuvieron durante 1875 y 1885 dentro de campos de concentración -como el de Junín de los Andes- y que luego fueron trasladados a los campos de azúcar y algodón del norte argentino como mano de obra gratuita, en determinado momento pudieron volver y constituir nuevas comunidades. En muchos casos esas personas que volvían

ya adultos poseen los apellidos extranjeros de sus captores o construyeron comunidades con familiares desconociendo su parentesco.

Aún hoy luego de más de 150 años esos abusos étnicos no han sido planteados jurídicamente, mucho menos se ha intentado reparar..

Que hoy en día, un empresario francés, haya comprado las tierras de comunidades Mapuche y que acuse a sus miembros de usurpadores en función de sus intereses personales, y que el propio Estado argentino acuda positivamente a estas pretensiones, constituye una nueva violación a los derechos de estos pueblos, agregando, a la vez, una nueva causa de vulnerabilidad a sus integrantes.

Sin embargo, aquella pretensión vinculada a la lógica del mercado, cuenta necesariamente con el acompañamiento del Estado argentino, y en particular, con la intervención de la administración de justicia. Caso contrario, los imputados nunca hubieran sido procesados.

En este sentido, en este caso en particular, la denunciante y querellante es Silavayn Boez Louis George, una empresaria de nacionalidad francesa, que tiene entre sus proyectos para el territorio en disputa -el área del Catan Lil, incluida la vertiente acuífera del mismo nombre- la instalación de una minera. Silavayn Boez Louis George compró mil hectáreas de tierra desde París. Nunca pisó, ni conoce las tierras que compró.

De este modo, además de encontrarse en juego el derecho al territorio que ancestralmente han ocupado estos pueblos, se conjuga la defensa, por parte de ellos, de los recursos naturales.

Penosamente, el poder judicial provincial, lejos de asumir una actitud activa que permita abrir canales de dialogo y que colabore en la investigación de las violaciones de derechos humanos

sufridas por la comunidad, resultó proactiva para hacer avanzar las investigaciones en contra de sus integrantes.

## VI. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Los derechos de las comunidades y los pueblos indígenas.

Actualmente, además de lo dispuesto en el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, se encuentra vigente la ley 26160 de emergencia territorial indígena, en la que se prohíbe los desalojos a Comunidades Indígenas y se ordena el relevamiento técnico jurídico catastral de sus territorios ancestrales.

La situación de los grupos indígenas como sujetos de derecho ha experimentado una transformación importante en las últimas décadas, tanto en el ámbito interno de los Estados como en el del derecho internacional de los derechos humanos. Actualmente los pueblos indígenas son titulares de los mismos derechos que el resto de las personas, pero, además, de derechos específicos como grupo.

El derecho internacional de los derechos humanos encontró buenas razones para justificar la incorporación de derechos específicos de los pueblos indígenas. En primer lugar, aquellas personas que se enfrentan con mayores dificultades que el resto de la sociedad a la hora de ejercer sus derechos (situación de vulnerabilidad social) o que han sido históricamente excluidas u objeto de prácticas discriminatorias, deben recibir protección especial por parte del Estado. Pero, además, en el caso de los pueblos indígenas, se impone otro principio de derecho internacional que es el respeto de la diversidad cultural. Al respecto, la CIDH manifestó que: *“la protección de las poblaciones indígenas constituye tanto por razones históricas, como por principios morales y humanitarios, un sagrado*

*compromiso de los Estados” (CIDH, OEA/Ser.P.AG/doc.305/73, rev. 1, 14 marzo de 1973, citado en CIDH, “Yanomami c. Brasil”, Resolución Nº 12/85, párr. 8) (...) “El Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural” (CIDH, “Yanomami c. Brasil”, Resolución No. 12/85, cit., párr. 7.). En el mismo sentido: “La organización de los Estados Americanos ha establecido como acción prioritaria para los países miembros, la preservación y fortalecimiento de la herencia cultural de los grupos étnicos y la lucha en contra de la discriminación que invalida su potencial como seres humanos a través de la destrucción de su identidad cultural e individualidad como pueblos indígenas” (CIDH, “Yanomami c. Brasil”, cit., párr. 10.). Esta concepción inaugura un nuevo paradigma en la relación de los Estados con el sujeto indígena, pues genera la obligación de completar el pasaje de una política tradicionalmente asistencialista y asimilacionista, es decir, una política que ve al indígena como un sujeto pobre y atrasado, que necesita la asistencia del Estado para integrarse a la sociedad occidental, hacia una política de Estado que reconozca al indígena como un sujeto diferente y que le permita existir y legar a las generaciones futuras sus propias pautas de organización social y política, sus sistemas de subsistencia económica, de medicina tradicional, de resolución de conflictos. En definitiva, su propia cosmovisión del mundo y su forma de vida. Este traspaso del criterio asimilacionista al de los pueblos indígenas como sujetos de derecho se dio también a nivel nacional, con la reforma constitucional de 1994.*

Por otro lado, volviendo al sistema internacional de derechos humanos, el artículo 13 del Convenio OIT 169, que está incluido en la Parte

II. TIERRAS, el que establece en el punto 1. que "Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación".

A continuación el artículo 14 reconoce a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. El artículo 15 prescribe que los derechos a los recursos naturales deberán protegerse especialmente y el artículo 16 prohíbe que sean trasladados de las tierras que ocupan, salvo con su consentimiento y con posibilidades de reubicación.

Como se ve, el Estado tiene ahora el deber jurídico concreto de adoptar medidas para que los pueblos indígenas puedan subsistir como portadores de una cultura diferente. Por esta razón, las pautas culturales propias de cada grupo son el criterio rector, de consideración obligatoria, a la hora de interpretar tanto los derechos generales como los derechos específicos de los pueblos indígenas. Así, el análisis y la interpretación en un caso concreto deben efectuarse teniendo siempre y principalmente en cuenta las costumbres, el derecho consuetudinario, las formas de organización, de representación, de toma de decisiones y de vida de los grupos indígenas. Ésta es la única manera de garantizar su subsistencia como pueblo y la preservación de su cultura (Este criterio se ve reflejado en otros conceptos del derecho internacional de los derechos humanos como el de "adecuación" o el elemento "aceptabilidad" del derecho a la salud, que obliga a que los bienes, establecimientos y servicios de salud se brinden considerando las pautas culturales de cada grupo (Para ello, ver Comité

DESC, “Observación General Nº 14, El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental”, párr. 12).

Así, en los casos judiciales en que se encuentren involucradas personas indígenas, constituye un principio de orden público la obligación de considerar las especificidades culturales relevantes para ser tenidas en cuenta para adoptar decisiones por parte de los jueces.

Este principio encuentra su base en los artículos 16 y 75 incs. 17 y 19 de la Constitución Nacional y, en el ámbito internacional, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (artículos 8, 9, 10 y 12), en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 13 y 40) y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este principio, además, adquiere especial importancia en los procesos penales, en ocasión de determinar responsabilidades y descartar o confirmar que las especificidades culturales pudieron haber sido un factor de atenuación o liberación, por lo que el respeto al debido proceso en estos casos obliga al juzgador y al operador judicial a considerar en forma expresa las consecuencias jurídicas liberatorias o atenuantes derivados de la especificidad cultural. De lo contrario se afecta de modo fulminante el derecho a la defensa, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia, de acuerdo a lo establecido en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Asimismo, en las 100 Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad se expresa que *“Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que*

*las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales*”(Regla nº 9. El resaltado nos pertenece).

Como se ha dicho entonces, la última reforma constitucional del año 1994, reconociendo la deuda histórica del Estado argentino con los pueblos indígenas, incorporó derechos específicos en la disposición del artículo 75 inc. 17.

Asimismo, el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales de los pueblos indígenas está reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, entre otros instrumentos, ha sido receptado en el Art. 21 de la CADH y en el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al mismo tiempo, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y Tribales – aprobado por el Estado argentino mediante ley 24.071 y ratificado el 3 de julio 2000– constituye el instrumento en vigor más evolucionado en materia de derechos de los pueblos indígenas. En relación con la utilización de este instrumento “[l]a Corte Interamericana ha declarado en su Opinión Consultiva 1/83 que la Comisión ‘ha invocado correctamente tratados concernientes a la protección de los derechos humanos...’ y que excluirlos constituiría una limitación al principio de plena garantía, establecido en los artículos 29 b y 64 de la Convención Americana. En su Opinión Consultiva 10, la Corte IDH ha indicado en el mismo sentido que ‘el derecho americano de los derechos humanos debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar’. En esta línea, la CIDH ha dicho ya que “[l]a



Comisión y la Corte pueden también aplicar (...) el Convenio 169 de la O.I.T sobre `Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” (CIDH, “La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas”, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62, 20 de octubre 2000, pág. 12 y la nota N° 10). Además, el Estado argentino ha adoptado la reciente Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas del 2007. Por su parte, la Constitución Provincial de Neuquén en su artículo 239 dispone: *“Serán mantenidas y aun ampliadas las reservas y concesiones indígenas. Se prestará ayuda técnica y económica a estas agrupaciones, propendiendo a su capacitación y a la utilización racional de las tierras concedidas, mejorando las condiciones de vida de sus habitantes y tendiendo a la eliminación progresiva de esta segregación de hecho”*.

Finalmente, tanto la nación como la provincia, a través de su Constitución local tienen leyes especiales que regulan los derechos de los pueblos indígenas.

Cabe destacar que, como se mencionó con anterioridad, en el requerimiento del Fiscal, se expresa que *“Marciano Silva y María Mirtha Nahuel, el día 23 de abril de 2015, en horas de la tarde ingresaron con sus animales -aproximadamente 200 chivas, 30 vacas, 3 caballos y un vehículo Citroën Berlingo- con pleno conocimiento de que se trataba de una propiedad privada del denunciante...”*. Sin embargo, tal conclusión es llamativa, en vistas de que se trata de personas indígenas que ingresaron en su territorio ancestral, el cual por mandato constitucional y convencional les pertenece (de modo comunitario), y no puede bajo ningún concepto ser enajenado y pasar a constituir la propiedad privada de nadie.

Incluso, el artículo 17, inc. 3 del Convenio 169 de la OIT establece que *“Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su*

*desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”.*

Y a su vez, el artículo 14 inc. 3 del Convenio 169 de la OIT determina que *“Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.*

En esa línea de pensamiento, es importante destacar que, en la sentencia del Caso de la Comunidad Moiwana, la Corte IDH consideró que la separación de su tierra tradicional a la que se había visto forzada la comunidad había producido a sus miembros sufrimientos no solo económicos, sino también emocionales, psicológicos y espirituales, que con juraban una violación –por parte del Estado- del artículo 5.1. De la Convención Americana (párrafos 101 a 103).

#### El derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales indígenas en los estándares del sistema Internacional

En la actualidad, existe una vasta y conteste jurisprudencia sobre el contenido normativo del derecho indígena a la tierra y al territorio indígena, que comprende el derecho a la posesión y propiedad comunitaria. Tanto los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos como los de Naciones Unidas han realizado una profusa tarea en tal sentido a través de sus informes y sentencias. Dentro de los criterios rectores de interpretación que han sido sistemáticamente destacados se encuentran los siguientes:

1) Que los pueblos indígenas tienen un vínculo especial con la tierra que los determina como sujetos. Así, la Corte IDH manifestó que *“para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del*

*que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras*” (Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, sentencia dictada el 31 de agosto de 2001, cit., párr 149. Asimismo, en el caso de la “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay” la Corte IDH manifestó: “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural” (sentencia dictada el 17 de junio de 2005, párr. 135)).

2) Que el derecho a la propiedad comunitaria es más abarcativo y de naturaleza distinta que el derecho a la propiedad privada. Los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura y para llevar a cabo sus planes de vida. Por lo tanto, desde el punto de vista de los criterios existentes para reputar la restricción a un derecho como válida, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada puede ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados (Corte IDH, “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, cit., párr 146 a 149)

3) Que rige en todos los casos el principio de supervivencia como pueblos organizado conforme a su identidad cultural. En el Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname la Corte IDH puntualizó cualquier restricción al

disfrute de la posesión y propiedad comunitaria de la tierra debe evaluarse bajo un criterio específico: que no constituya una denegación de las costumbres que comprometa su subsistencia como pueblo (principio de supervivencia como pueblo).

4) Que no se puede utilizar la figura de las “reservas naturales protegidos” para limitar los derechos territoriales indígenas. Además, expresó que “resulta de especial preocupación para esta Corte las consideraciones del perito Rodolfo Stavenhagen, no contradichas por el Estado, según las cuales dicha declaratoria como área silvestre protegida podría constituir una nueva y sofisticada forma que han adoptado los propietarios privados de territorios reclamados por comunidades indígenas para 'obstaculizar el reclamo de territorio de pueblos originarios [...] siempre arropad[o]s bajo formas legales y hasta invocando fines tan puros como la conservación del medioambiente” ( Corte IDH, “Caso de la Comunidad Kákmok Kásek c. Paraguay párr. 169.)

5) Que pensar la tierra en términos exclusivamente de “productividad” no tiene en cuenta las particularidades de los pueblos indígenas. La Corte IDH expresó: “el argumento bajo el cual los pueblos indígenas no pueden, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras tradicionales cuando éstas se encuentren explotadas y en plena productividad, mira la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades de dichos pueblos”. ¿Cuáles son, entonces, las obligaciones que tienen los Estados frente al derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena según el derecho internacional de los derechos humanos? De acuerdo con los tratados suscriptos los Estados deben:

5.1. Delimitar, demarcar y titular las tierras tradicionales indígenas (Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, cit., párr. 153. Sobre este asunto, la Relatora Especial de Naciones Unidas, Sra. Érica-Irene A. Daes ha afirmado que “El reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido o delimitado físicamente la propiedad” (Véase DAES E. (2001), Prevención de discriminaciones y protección a los pueblos indígenas y a las minorías Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Ginebra, 53º período de sesiones, 2001, E/CN.4/Sub.2/2000/25. Ver también art. 14 inc. 2 del Convenio 169; CERD Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Guyana, 68º período de sesiones, 2006, CERD/C/GUY/CO/14, párr.16.)

5.2. Reconocer y conservar las modalidades propias de cada comunidad de relacionarse con las tierras y el territorio (CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador (OEA.Ser.L./V/II.96.Doc.10 rev 1), 24 de abril de 1997, pág. 115. Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, cit., párr. 149. El art. 14.1 del Convenio 169 reza: “Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupados por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”. Ver también art. 13 inc. 1 del Convenio 169)

5.3. No modificar el título de propiedad sin consentimiento de los grupos indígenas.

5.4. Sancionar un marco legal adecuado a las pautas culturales de los pueblos indígenas (Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname”, cit., punto c., pág. 30 y ss; CERD, Informes presentados por los Estados partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención. Comentarios del Gobierno de la República Democrática Popular Lao sobre las observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 2005, CERD/C/LAO/CO/15, párr.18. CERD, Decisión 1 (66). Ley de la zona costera bañada por la marea y de los fondos marinos de Nueva Zelanda de 2004, 2005, CERD/C/DEC/NZL/1, párr. 7 a 9.)

5.5. Derogar las leyes sobre regulación de la tierra contrarias a los estándares internacionales de derechos humanos (CERD, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Nigeria, 67º período de sesiones, 2005, CERD/C/NGA/CO/18, párr.19)

5.6. Establecer un procedimiento efectivo y adecuado y asegurar el acceso a la justicia y la protección judicial

5.7. Reconocer la personería jurídica como medida específica destinada a garantizar que los pueblos indígenas ejerzan sus derechos territoriales (Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname”, cit., punto c., párr. 171-174)

5.8. Restituir las tierras tradicionales, por lo tanto, adquirirlas, cuando se encuentren en manos de terceros (CIDH, La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas (OEA/Ser.L/VII.108), 20 de octubre del 2000, pág. 121. Véase asimismo CERD, CERD, Derechos de los Pueblos Indígenas, Recomendación General No. 23, cit., párr. 5; CERD, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la

Eliminación de la Discriminación Racial. Guatemala, 68º período de sesiones, 2006, CERD/C/GTM/CO/11, CCPR, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del Artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del CCPR. Paraguay, 85º período de sesiones, 2006, CCPR/C/PRY/CO/2, párr.23.)

5.9. Garantizar la seguridad jurídica de la tenencia de tierras y territorios, proteger el hábitat indígena, evitar las actividades ilegales de terceros y asegurar que las comunidades puedan controlar efectivamente sus tierras y territorios.

5.10. Garantizar la permanencia del control, uso y explotación de los recursos naturales, incluso de los recursos hídricos o subterráneos para que los pueblos indígenas puedan mantener su forma de vida (Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname”, cit., párr.122; CERD, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial Venezuela (República Bolivariana de), cit., párr. 20; CERD, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Botswana, cit., párr.12.)

5.11. Brindar las garantías de consulta y participación efectiva frente a restricciones a los derechos de propiedad en relación con cualquier plan de desarrollo e inversión forestal, minero o de cualquier naturaleza, de obtener beneficios compartidos de dichos proyectos y la realización de estudios previos de impacto social y ambiental (Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname”, cit., párr. 129; CERD, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la

Discriminación Racial. Guyana, cit., párr.19.). El deber de garantizar la consulta y participación implica realizar un esfuerzo por obtener el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas.( CIDH, “Mary y Carrie Dann c. EEUU”, cit., puntos 140 a 142; CERD, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Nigeria, cit., párr.19; CERD, Informes presentados por los Estados partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención. Comentarios del Gobierno de la República Democrática Popular Lao sobre las observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, cit., párr.18; CERD, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Guatemala, cit., párr.19)

5.12. No trasladar a las comunidades y estudiar todas las alternativas existentes antes de decidir el traslado como última ratio<sup>41</sup>. El Estado tiene que esforzarse en evitar traslados de comunidades indígenas considerando que los vínculos especiales que éstas tienen con su tierra pueden afectar en forma grave a estas poblaciones.

5.13. Evitar expulsiones forzadas de las comunidades indígenas (CCPR, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del Artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del CCPR. Brasil, cit., párr.6.)

5.14. No expropiar las tierras indígenas (CERD Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Guyana, cit., párr.17)

5.15. Reparar a las comunidades indígenas por la tardanza prolongada e injustificada en la delimitación, demarcación y titulación de la



propiedad comunal o en caso de medidas de reasentamiento (CERD, Informes presentados por los Estados partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención. Comentarios del Gobierno de la República Democrática Popular Lao sobre las observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, cit., párr.18)

Como se ve, a nivel internacional se ha avanzado sustancialmente en la definición de lineamientos para guiar el cumplimiento de este derecho en el ámbito interno de los Estados. **No cumplir con estos estándares pueden generar la responsabilidad internacional del Estado.**

El deber del Estado de proteger la integridad física y la vida de los miembros la comunidad y de prevenir la criminalización y la violencia. Las recomendaciones de los órganos de Naciones Unidas para el Estado argentino

Tal como lo expresó la Corte IDH en reiteradas ocasiones, los Estados, al ratificar la CADH, asumen el deber de prevenir las violaciones de derechos humanos y proteger a las personas bajo su jurisdicción. En efecto, *“No basta que los Estados se abstengan de violar estos derechos, sino que deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”* (Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, p. 81, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. 154., citados en CIDH, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 2009, p. 17.) Además, los deberes de prevención de la violencia y protección

aumentan cuando el Estado ha sido puesto en conocimiento de una situación de riesgo

En particular, el persistente patrón de violencia contra comunidades indígenas en Argentina ha sido motivo de reciente preocupación para distintos órganos de derechos humanos de la ONU los que, de manera coincidente, le han llamado la atención al Estado argentino. Así, el Comité de Derechos Humanos en su última evaluación para Argentina del año 2010 remarcó: *“25. El Comité muestra su preocupación frente a informaciones con arreglo a las cuales grupos indígenas han sido objeto de violencia y desalojos forzosos de sus tierras ancestrales en varias provincias, por razones vinculadas al control de recursos naturales (arts. 26 y 27 del Pacto) (...).El Estado parte debe adoptar las medidas que sean necesarias para poner fin a los desalojos y asegurar la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas en donde corresponda. En este sentido, el Estado parte debe redoblar sus esfuerzos en la ejecución del programa de relevamiento jurídico catastral de la propiedad comunitaria indígena. El Estado parte debe igualmente investigar y sancionar a los responsables de los mencionados hechos violentos”* (Comité de Derechos Humanos, 98º período de sesiones, Argentina, 26 de marzo de 2010). De modo coincidente, el mismo año, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial puntualizó: *“El Comité urge al Estado parte a que tome las medidas necesarias para frenar los desalojos y asegurar la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas en donde corresponda. Recomienda también que el Estado parte intensifique esfuerzos para lograr la adecuada armonización del RENACI con los registros provinciales (...). Asimismo, urge al Estado parte a investigar y sancionar a los responsables de muertes y heridos en los desalojos forzosos en las provincias”*( Comité para la Eliminación Racial, 76º período de sesiones Argentina, U.N. Doc. CERD/C/ARG/CO/19-20 (2010), p. 21.). El Comité de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a fines del año pasado expresó: “El Comité observa con preocupación que la Ley N° 26160 (cuya vigencia se prorroga mediante la Ley N° 26554), relativa a la posesión y propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas, no se ha aplicado plenamente. Preocupan también al Comité los retrasos en la concesión a las comunidades indígenas de los títulos de propiedad de esas tierras o territorios (arts. 1, 11, 12 y 15) (...)9. Preocupa al Comité la persistencia de las amenazas, los desplazamientos y los desalojos violentos de los pueblos indígenas de sus tierras tradicionales en numerosas provincias. El Comité lamenta también las deficiencias en los procesos de consulta con las comunidades indígenas afectadas, que en algunos casos han dado lugar a la explotación de los recursos naturales en los territorios tradicionalmente ocupados o utilizados por esas comunidades, sin su consentimiento libre, previo e informado, y sin una indemnización justa y equitativa, en violación de la Constitución (art. 75) y del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. El Comité recomienda al Estado parte que adopte las medidas necesarias para poner fin a las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas y que exija responsabilidades a los autores de esos actos ilícitos” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 47º período de sesiones, Argentina, 14 de diciembre de 2011, párr. 8 y 9). Finalmente, la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto, Raquel Rolnik, en su Informe de conclusiones y recomendaciones del 21 de diciembre de 2001 manifestó (Consejo de Derechos Humanos, 19º período de sesiones, Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el

derecho a la no discriminación en este contexto, Raquel Rolnik, sobre su misión a Argentina, 13 a 21 de abril de 2011): *“Los casos de desalojo en medio rural afectan comunidades indígenas y campesinas y estarían en gran medida relacionados con la falta de titulación de territorios indígenas y con conflictos relacionados con la explotación de los recursos naturales en áreas indígenas y campesinas”*. Adicionalmente, expresó su honda *“preocupación frente a la excesiva utilización de la fuerza por agentes estatales y agentes privados de seguridad empleados por el Estado durante los desalojos, en particular en contra de grupos vulnerables y que tienen difícilmente acceso a la justicia como los migrantes e miembros de comunidades indígenas. La Relatora Especial nota también con preocupación cómo en muchos de los desalojos y contrariamente a los estándares internacionales en la materia no hay presencia de funcionarios del gobierno y cómo los jueces no prevén medidas de control en la ejecución de las órdenes de desalojo que libran (...)* 49. *La Relatora Especial está particularmente preocupada por la información recibida y según la cual los Pueblos Indígenas serían discriminados en materia de vivienda, no tendrían seguridad en los títulos sobre las tierras comunitarias tradicionalmente ocupadas y serían víctimas de desalojos forzosos particularmente violentos y relacionados con proyectos petroleros, mineros y agrarios llevados a cabo sin consulta previa ni participación. A pesar de la adopción de esta Ley [26.160], la Relatora Especial nota con preocupación que comunidades indígenas de varias provincias del País siguen siendo desalojadas —a veces con niveles muy altos de violencia—, están bajo orden de desalojo o se encuentran en peligro por intentos de venta de parte de su territorio”*.

**Estos mandatos de los órganos de derechos humanos están dirigidos a todos los poderes del Estado, inclusive el Poder Judicial, el que debe tomar los recaudos necesarios para hacerlos efectivos.**

## VII. CONCLUSIONES

En el caso traído a juicio, existe un conflicto histórico que no es alcanzado por el proceso penal. La falta de solución de este conflicto por parte del Estado, como así también la apertura de espacios de dialogo impide que la Comunidad Mapuche Felipin pueda acceder a sus tierras y territorio y pone en peligro su forma de vida y su supervivencia como pueblo organizado.

Además, aquel conflicto es la causa directa de reiterados episodios de violencia perpetrados por autoridades públicas o por particulares, que han puesto en peligro la integridad y la vida de los miembros de la comunidad, especialmente la de quienes emprenden la defensa de sus derechos. Las acciones y omisiones estatales cobran mayor gravedad porque, desde hace años, el Estado argentino ha asumido, en sus normas de mayor jerarquía, el compromiso de hacer efectivo el derecho a la tierra y al territorio comunitario y el respeto de su identidad cultural. En este contexto, resulta fundamental que este Excmo. Tribunal, no se aparte del cumplimiento de las normas federales y los estándares internacionales de derechos humanos, de manera de evitar la responsabilidad internacional del Estado argentino. En particular, siguiendo los estándares oportunamente reseñados, el Estado debe adoptar las medidas adecuadas para:

1. Asegurar que la comunidad pueda acceder y disfrutar de las tierras que se encuentran en su título de propiedad,
2. Delimitar, demarcar y titular la totalidad del territorio tradicional conforme las prescripciones de la Constitución Nacional, los tratados internacionales y la ley 26.160/26554.

3. No criminalizar a los indígenas que reivindican los derechos de sus pueblos -en este caso Marciano Silva y María Nahuel-.

Finalmente, la intervención de este Tribunal en el presente caso es una invaluable oportunidad para fijar criterios de actuación para el Estado nacional y la provincia de Neuquén, cuya actual falta de claridad y solución provocan que las violaciones de derechos humanos sufridas por la Comunidad Mapuche sean un patrón común en innumerables comunidades indígenas en Argentina.

Evitando la criminalización de estos sectores vulnerables de la sociedad, quienes ante el reclamo de sus derechos reciben como única respuesta el poder punitivo del estado

#### **VIII. PETITORIO**

Por las razones expuestas, a V.E. solicitamos:

1. Se nos tenga como Amicus Curiae en esta causa.
2. Se tengan en cuenta los fundamentos de derecho expuestos en el presente documento y se resuelva en consecuencia.
3. Se absuelva a Marciano Silva y María Nahuel respecto de los delitos por los cuales han sido elevados a juicio oral.

Proveer de conformidad

**SERÁ JUSTICIA.**

Elizabeth Gomez Alcorta  
Abogada  
Matrícula Federal del Interior  
T°123 - F°977

