



Buenos Aires, julio de 2014

Al Sr. Juan Martín Mena
Subsecretario de Política Criminal de la Nación
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
S _____ / _____ D:

De nuestra mayor consideración:

Nos dirigimos a usted en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (ODHPI), la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI), la Fundación ANDHES y el Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso a la Tierra (GAJAT), con el objeto de transmitirle nuestro interés en participar del debate en relación con anteproyecto de Código Penal de la Nación (CPN) que se discute públicamente en la actualidad.

Durante 2013 tuvimos la oportunidad de presentar ante la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del CPN algunas de las principales consideraciones que debería tener en cuenta este órgano con relación a los derechos de los pueblos indígenas. Actualmente, tras analizar el anteproyecto de CPN que se encuentra en discusión, incorporamos en el presente escrito nuestra lectura del mismo, reiterando algunas de nuestros anteriores planteamientos y planteando otros nuevos.

Diversidad cultural y pueblos indígenas en Argentina

La realidad de los pueblos indígenas en la Argentina está marcada por la negación colectiva de su existencia como grupos social y culturalmente diferenciados. Esto implica, por un lado, que sus instituciones políticas y jurídicas tradicionales, su forma de relacionamiento con la tierra y el territorio, y sus costumbres ancestrales, si bien son consagradas a nivel legal, encuentran escaso reconocimiento en la práctica. Por el otro lado, que las medidas para su protección han sido insuficientes y actualmente muchos de estos pueblos corren el riesgo de desaparecer.

A pesar de que la Constitución Nacional incluye en su artículo 75 la obligación de garantizar sus derechos a la identidad, educación bilingüe, propiedad comunitaria, reconocimiento jurídico y participación en las



decisiones que las afecten¹, y el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo² (OIT) ha sido debidamente ratificado, la discriminación contra las comunidades indígenas en Argentina persiste.

El Plan Nacional contra la Discriminación, aprobado mediante el decreto 1086 de 2005, reconoce que la identidad nacional parte de *"una visión parcial y falseada de nuestra nación: una nación blanca y europea, que intentó ocultar el genocidio inicial, la sujeción de los pueblos indígenas, desconociendo también la historia de cada región y provincia"*³. En esta línea, el Comité para la Discriminación Racial de Naciones Unidas (CERD) recomendó al Estado Argentino que intensificara *"sus esfuerzos para lograr el reconocimiento de sí mismo como un Estado multiétnico que valora y aprende de sus culturas indígenas y de origen africano"*⁴.

Asimismo, en los últimos años, varios órganos internacionales de protección de Naciones Unidas efectuaron diversas recomendaciones al Estado argentino para que desarrolle políticas públicas dirigidas a que los pueblos indígenas puedan desarrollar sus proyectos de vida de acuerdo a su identidad cultural. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas instó a que *"al Estado parte a que vele por que se protejan efectivamente los medios de subsistencia de las comunidades indígenas y su disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, y a que establezca garantías institucionales y procesales para asegurar la participación efectiva de las comunidades indígenas en el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones que les afectan"*⁵.

Por su parte, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas recomendó la actualización de la legislación penal, con el fin que esta no sea *"contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional, la legislación federal o los estándares internacionales en materia de pueblos indígenas"*⁶. También fue enfático en señalar *"la necesidad de revisar la política penal aplicada en los últimos años respecto a las personas indígenas y sus actos de protesta, con la finalidad de que la*

¹ Artículo 75, inciso 17: "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; reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regulan la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas serán enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones".

² Sobre pueblos indígenas y Tribales en países independientes. Aprobado por la Conferencia General del Trabajo en 1989 y ratificado por el Estado Argentino en julio de 2000.

³ Decreto 1086/2005, pág. 70 del suplemento de la edición del Boletín Oficial N° 30.747. Disponible en [http://www.mindef.gov.ar/pdf/decretos/2005/Decreto-1086\(2005\).pdf](http://www.mindef.gov.ar/pdf/decretos/2005/Decreto-1086(2005).pdf)

⁴ Comité para la eliminación de la discriminación racial, Observaciones Finales Argentina. 76° período de sesiones, 15 de febrero a 12 de marzo de 2010. Observación N° 29.

⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Argentina. E/C.12/ARG/CO/3. 14 de diciembre de 2011

⁶ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/21/XX/Add.Y. julio de 2012, párr. 82.



*política penal se oriente a la búsqueda de soluciones que permitan la compatibilidad entre los fines de orden público y el respeto a las normas internacionales de derechos humanos*⁷.

Sin lugar a dudas, el proceso de reforma al código penal es una oportunidad para reparar algunas de estas cuestiones. Específicamente, nos detendremos en tres aspectos que, a nuestro juicio, merecen especial atención.

I. Medidas de protección externa

La protección de la diversidad cultural y la supervivencia de los pueblos indígenas está atravesada por diferentes líneas de acción: por un lado, los Estados deben abstenerse de implementar medidas contrarias a los intereses de estas comunidades, y, por el otro, deben desplegar otras más conducentes a garantizar el desarrollo de sus planes de vida y el goce efectivo de sus derechos⁸. En este último aspecto, el derecho penal se configura como una herramienta de especial relevancia cuando se trata de sancionar violaciones a los derechos humanos, entre ellos, los de los pueblos indígenas.

Sobre el ejercicio de las acciones

En primer lugar, proponemos que el título IV del Anteproyecto, relativo al ejercicio de las acciones, establezca que las excepciones al inicio de oficio de la persecución penal no apliquen cuando los hechos a investigar atenten contra bienes jurídicos de especial importancia en los pueblos indígenas, como lo es el su territorio.

Si bien es cierto que la finalidad de dichas excepciones es impedir que el derecho penal regule conflictos que, por su poca gravedad o carácter privado, pueden ser resueltos con mecanismos no punitivos, en el caso de los pueblos indígenas es necesario tener en cuenta que su debilitamiento y, en muchos casos, exterminio se debe a la comisión de múltiples conductas delictivas en su contra⁹. En este sentido, consideramos que una primera medida coherente con las obligaciones internacionales del Estado sería presumir que los atentados contra ciertos bienes jurídicos, que en su cosmovisión son fundamentales para garantizar su proyecto de vida (tales como el territorio), configuran un riesgo para el respeto y garantía de los derechos de toda la comunidad.

Este tipo de medidas es coherente con el deber de los Estados de proveer una tutela judicial efectiva, tal y como establecen los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso de los pueblos indígenas, es claro que sus condiciones de vulnerabilidad exigen que Argentina genere

⁷ *Ibid*, párr. 103

⁸ Para un mayor análisis de los diferentes tipos de obligaciones, ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sistema Universal e Interamericano*, Costa Rica, 2008, pp. 305-329.

⁹ El Relator Especial de la ONU se ha pronunciado sobre la falta de aplicación de las normas jurídicas que consagran los derechos de los pueblos indígenas, describiéndola como una *brecha de implementación entre los avances realizados por numerosos países en sus legislaciones nacionales en que se reconoce a los pueblos indígenas y sus derechos y las realidades cotidianas en las que se encuentran numerosos problemas para el adecuado cumplimiento de estas medidas legislativas*. ONU – Comisión de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU E/CN.4/2006/78, Resumen



mecanismos diferenciados para proteger la existencia misma de toda la comunidad¹⁰. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dicho lo siguiente:

*"la obligación del Estado de otorgar un recurso judicial efectivo no está totalmente cumplida simplemente por la existencia de instancias o procedimientos formales, y ni siquiera por la capacidad de recurrir a los tribunales. Por el contrario, el Estado debe adoptar medidas afirmativas para garantizar que los recursos otorgados por él a través de la justicia sean verdaderamente efectivos para determinar si ha existido una violación de derechos humanos y otorgar una reparación"*¹¹.

Sobre la agravación punitiva

En segundo lugar, consideramos que el título III, relativo a *"las penas y medidas"*, en su artículo 18 numeral 3, se incorpore como regla general de circunstancias de mayor gravedad que, en caso que el hecho delictivo atente gravemente contra la comunidad indígena en su plano colectivo, se constituya en un agravante de la pena, en razón de la afectación de bienes jurídicos colectivos.

La situación de vulnerabilidad de estas comunidades exige del Estado argentino una serie de medidas afirmativas para su protección. Teniendo en cuenta que la finalidad de las circunstancias de agravación punitiva es sancionar con mayor severidad un delito en razón a un mayor daño social, la calidad de la víctima o del procesado, o el contexto donde se cometió el hecho delictivo¹², agravar la sanción es coherente, por un lado, con la obligación de brindar una protección reforzada a estos pueblos¹³ y, por el otro, con la necesidad de superar la falta de respuesta adecuada por parte del poder judicial a los reclamos de los pueblos indígenas en las Américas¹⁴.

Desde la cosmovisión de los pueblos indígenas ciertos delitos, como la usurpación de su territorio tradicional, afectan directamente su supervivencia como pueblo¹⁵, lo cual hace necesario que el Estado considere que el daño causado tiene una mayor gravedad si se compara con la población no indígena. En efecto, la falta de una perspectiva étnica en el sistema penal que dé cuenta del contexto diferenciado de las víctimas y su grado de vulnerabilidad impide el goce de un recurso judicial efectivo, lo cual constituye una

¹⁰ Ver, CIDH, "Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaya v. Paraguay. En Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 74.d.

¹¹ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 184. CIDH, Informe 11/98, Caso 10.606, Samuel de la Cruz Gómez (Guatemala), párr. 52.

¹² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-013 de 1997.

¹³ Para la CIDH, "Los pueblos indígenas y tribales también tienen derecho a acceder a la justicia para que se investiguen efectivamente los actos de violencia de los que son víctimas, en especial aquellos vinculados a conflictos territoriales, y para que se sancione debidamente a los responsables". En, CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1065, 1071, 1137 – Recomendación 4.

¹⁴ CIDH, Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 184.

¹⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Distr. General E/CN.4/2005/88/Add.2, 10 de noviembre de 2004, Original: Español.



violación a diversas obligaciones internacionales. Sobre esto, la CIDH ha señalado que *“dado que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a acceder a la justicia estatal, los Estados tienen el deber de establecer y aplicar sistemas judiciales acordes con su diversidad cultural”*¹⁶.

Sobre la reparación de perjuicios

En tercer lugar, consideramos que el título VIII del Anteproyecto, relativo a la reparación de daños y costas, debe contener un apartado que dé cuenta de la perspectiva étnica al momento de determinar la reparación del daño causado cuando la víctima sea un pueblo indígena o alguno de sus integrantes.

La anterior propuesta tiene como sustento los diversos estándares internacionales que le imponen al Estado la obligación de aplicar un enfoque diferencial cuando se trata de garantizar el derecho a la reparación de pueblos indígenas. Por una parte, porque los impactos de un hecho delictivo son diferentes cuando la víctima pertenece a un pueblo indígena, principalmente, porque el daño tiende a afectar no solo a la persona individualmente considerada, sino a todo el grupo social. La Corte IDH en el caso *“Saramaka Vs. Surinam”* encontró que *“el daño inmaterial causado al pueblo Saramaka por ‘alteraciones [...] en el tejido de la sociedad misma’ —inclusive el impacto del daño ambiental en su vínculo espiritual al territorio, así como el sufrimiento y angustia padecidos como resultado de la larga lucha por reconocimiento legal— le dio al pueblo el derecho a una justa compensación”*¹⁷.

Por la otra parte, porque una perspectiva étnica en la aplicación de justicia implica entender que, cuando se trata de pueblos indígenas, la reparación del daño supera el plano económico. Dada las grandes diferencias filosóficas y los modos de vida entre estos y el mundo occidental, los impactos del hecho delictivo y las medidas para su superación requieren ser diferentes o complementarias a la indemnización económica, pues *“los grupos étnicos, por sus características, pueden sufrir los efectos de la conducta de manera desproporcional o pueden verse afectados de maneras distintas, y como consecuencia la perspectiva de los grupos étnicos afectados de hecho debe tener mayor peso”*¹⁸.

Teniendo en cuenta esta necesidad, la participación de los pueblos indígenas y sus representantes en los procesos penales requiere una disposición activa por parte del poder judicial, pues solo un trabajo consulto y mancomunado entre unos y otros permite establecer medidas de reparación coherentes con las necesidades diferenciales de las víctimas. Un ejemplo de esto es el caso de las comunidades Mayas contra el Estado de Belice, en el cual la CIDH exhortó a *“adoptar las medidas necesarias para asegurar los derechos sobre el territorio de los pueblos mayas a través de amplias consultas plenamente informadas con ellos”*¹⁹.

¹⁶ CIDH, Justicia e Inclusión Social: Los desafíos de la Democracia en Guatemala. Doc. OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 5 rev. 1, 29 de diciembre de 2003, párr. 236.

¹⁷ Rodríguez, Cesar y Yukian Lam, “Etnorreparaciones. La justicia colectiva y la reparación a los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia”, Bogotá, marzo de 2011, p. 21

¹⁸ *Ibid.*, p. 20.

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso No. 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo v. Belice, Informe No. 40/04 de 12 de octubre de 2004, párrafo 197.1.



Violación a los derechos indígenas como tipo penal

La incorporación de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a la legislación interna tiene diversas formas, entre ellas, la tipificación penal de conductas que atenten contra normas contenidas en los tratados y convenios internacionales. Por ello, en cuarto lugar, proponemos que la reforma al código penal modifique el delito de usurpación, ampliándolo a hechos que constituyan violaciones a los territorios indígenas²⁰. En particular, porque este derecho constituye una garantía jurídica de vital importancia para el desarrollo de los proyectos de vida de dichos pueblos, razón por la cual la tipificación de conductas contrarias al mismo sería coherente con la obligación de protección reforzada que tiene el Estado con estas poblaciones.

El derecho al territorio se configura como una garantía esencial para la supervivencia de los pueblos indígenas. Si bien este derecho tiene relación con el derecho a la propiedad, sus elementos constitutivos son diferentes, lo cual justifica un trato diferenciado en la legislación penal respecto de la forma clásica de protección de la propiedad individualmente considerada.

En este aspecto, la CIDH ha establecido que *“la relación especial entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios significa que el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales”*²¹. En el mismo sentido, la Corte IDH también define el derecho al territorio a partir de su relación con la supervivencia de dichas comunidades. En concreto, ha dicho que *“el artículo 21 de la Convención Americana y el artículo XXIII de la Declaración Americana protegen esta vinculación estrecha que guardan con las tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales, vinculación de importancia fundamental para el goce de otros derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales”*²².

En síntesis, la importancia de tipificar conductas que atenten contra el territorio indígena radica en que es un bien jurídico con un nivel de importancia mayor que la propiedad individual, pues de él no solo depende el proyecto de vida de un individuo, sino de todo un pueblo. La CIDH define esta calidad ampliada de la siguiente manera:

“la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su

²⁰ Un ejemplo de este tipo de tipificación lo trae el código penal de Ecuador, el cual, mediante Ley N° 1, suplemento 578 de abril de 2009, determina lo siguiente: “Quien realizare, con conciencia de que puede producirse la desaparición total o parcial de grupos humanos, actividades tendientes a influir, alterar, o de cualquier manera cambiar la cultura, forma de vida o identidad de los pueblos en aislamiento voluntario, será sancionado con pena de prisión de dos a cuatro años”.

²¹ CIDH, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. 30 de diciembre de 2009, párr. 55. También ver, CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 114.

²² CIDH, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. 30 de diciembre de 2009, párr. 55



*supervivencia económica. 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*²³.

II. Reconocimiento de diferencias culturales

El segundo aspecto sobre el cual queremos guiar esta comunicación es el relativo a la obligación del Estado de reconocer las diferencias y particularidades culturales cuando la persona procesada pertenece a un pueblo indígena. Sobre este punto, varios países de América Latina han optado por incorporar dentro de su normativa interna la jurisdicción indígena, pues este reconocimiento se considera un elemento fundamental de la autonomía de estos pueblos²⁴. Adicionalmente, los estándares internacionales también imponen la obligación a los Estados de tener en cuenta la calidad de indígena de los sujetos procesados penalmente. El artículo 10 del convenio 169 de la OIT establece que la imposición de sanciones penales a los integrantes de estos pueblos debe, por un lado, dar cuenta de “sus características económicas, sociales y culturales”, y, por el otro, que “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento”.

Exoneración de responsabilidad

La perspectiva étnica del derecho interno implica que los Estados desarrollen su normativa respondiendo a las diferencias culturales, sociales y económicas de los pueblos indígenas. Para los casos de aplicación del derecho penal a indígenas, otros países han aplicado la doctrina del “error de comprensión culturalmente condicionado” el cual se define como una causal de inimputabilidad en razón a que el autor de un hecho punible no comprende, por motivos de su cultura y costumbre, el carácter delictuoso de sus actos.

El anteproyecto de CPN incorpora esta figura doctrinal en su artículo 5.b, lo cual constituye un avance significativo en materia de reconocimiento de la diversidad cultural.²⁵ Creemos, en todo caso, que esta

²³ Corte IDH, “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, *supra* nota 1, párr. 149.

²⁴ Países como Colombia, Ecuador, Perú y México han reconocido constitucionalmente el fuero indígena, dándole autonomía a estos pueblos para que definan las autoridades de aplicación y normas que regirán internamente la convivencia de las comunidades. Para un mayor análisis, ver, Sieder, Rachel, “Pueblos indígenas y derecho (s) en América Latina”, en, Rodríguez Garavito, César, “El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI”, Siglo XXI Editores, Bogotá, Colombia, 2011, pp. 303- 321.

²⁵ Este reconocimiento va en la misma vía de lo que han hecho los Estados de Perú, Bolivia y México, entre otros. El código penal de Perú establece en su artículo 15 que “el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión como eximente de responsabilidad penal, será eximido de responsabilidad. De igual forma, el código penal de Bolivia determina como circunstancia de la pena las costumbres del sujeto procesado, al igual que considera un atenuante general de la sanción que “el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley”. De manera similar, el Código Penal Federal de México señala que “los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan” ; adicionalmente, estima que la pena se fijará teniendo en cuenta “la edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres”.



podría extenderse de manera expresa al delito de usurpación, establecido en el artículo 159 del Anteproyecto de CPN. Una eventual redacción podría ser: *“el delito no será punible cuando la tierra en litigio constituya el territorio tradicional de un pueblo o comunidad indígena, aún cuando éste no se encuentre formalizado a través de un título de propiedad”*.

Lo anterior cobra especial relevancia porque en estos casos la exigibilidad del derecho al territorio por parte de pueblos indígenas ha entrado en tensión con derechos de terceros. Incluir en el código penal este tipo de excusa absolutoria, no solo es coherente con la necesidad de despenalizar los conflictos sociales, sino que está en consonancia con la jurisprudencia internacional sobre territorios en disputa. Sobre este aspecto, la Relatora Especial sobre una Vivienda Adecuada de Naciones Unidas mostró su preocupación porque *“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”*²⁶.

En dicho aspecto, la Corte IDH ha establecido que *“los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad”*²⁷. Adicionalmente, ha señalado como regla de interpretación para los Estados que *“la opción preferente por la recuperación de las tierras ancestrales a favor del pueblo indígena o tribal correspondiente ha de ser el punto de partida. Los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a que su propiedad del territorio no sea, en principio, susceptible de ser opacada por derechos de propiedad de terceros”*²⁸.

Es importante tener en cuenta que el derecho de propiedad indígena, que tiene superior jerarquía al *“dominio”* del código civil, resulta no solo del ya mencionado artículo 75.17 de la Constitución Nacional, sino también del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la O.I.T, que prevalecen sobre toda norma legal nacional o provincial (artículos 31 y 75.22 de la Constitución Nacional). Es particularmente relevante señalar que la posesión indígena a que se refiere las normas citadas no remite al concepto que con el mismo nombre se establece en el código civil argentino, sino que corresponde interpretarla de acuerdo a la cultura indígena. Carece del rasgo de exclusividad que otorga el derecho privado y no resulta de una vinculación con un *“animus domini”*, sino que se trata del espacio tradicional y necesario *“...inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”*²⁹.

²⁶ Relatora Especial sobre una vivienda adecuada de Naciones Unidas. 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”. A/HRC/19/53/Add.1. 21 de diciembre de 2011, párr. 44

²⁷ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128.

²⁸ *Ibíd.*, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 115.

²⁹ *Ibíd.*, Caso “Awás Tingni”, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 149.



Esta propuesta también es coherente con lo expresado por la Corte IDH, quien he expresado lo siguiente sobre el tema de conflictos territoriales:

“[...] 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) 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; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto [...]”³⁰.

Jurisdicción indígena

El artículo 8 del Convenio 169 de la OIT señala que la legislación nacional debe tomar en consideración las costumbres y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. En este sentido, establece que *“dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”*. Por su parte, el artículo 9 también desarrolla este tema de la siguiente manera: *“en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”*.

Este derecho ha tenido un amplio reconocimiento en los países latinoamericanos, donde distintas reformas constitucionales han establecido que, salvo las limitaciones que imponen los derechos fundamentales, la jurisdicción indígena hace parte de los derechos que deben ser garantizados a estos pueblos. Las reformas constitucionales llevadas en cabo en Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994 y 2009), Ecuador (1998 y 2008), y Venezuela (1999), aunque con algunas diferencias propias de sus diferentes contextos políticos y sociales, han reconocido constitucionalmente esta temática.

En este contexto, el Anteproyecto del CPN da un paso en el reconocimiento de esta jurisdicción, al establecer en su artículo 19.2.b. que *“el juez podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, o incluso prescindir de ésta”* cuando *“el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres. Se atenderá a la magnitud de la sanción sufrida y a la gravedad del hecho”*.

³⁰ Ibid., Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128



Creemos, sin embargo, que este reconocimiento amerita dos modificaciones para ser compatible con las tradiciones de los pueblos indígenas: por un lado, eliminar la discrecionalidad del juez para tener en cuenta si el caso fue juzgado en el marco de esta jurisdicción, pues, en la práctica, significa que el ejercicio de este derecho no lo definen las comunidades sino el operador judicial; y, por el otro, prohibir que el juez tenga la posibilidad de sancionar, así sea con una pena por debajo del mínimo, un caso que ya habría sido resuelto por las comunidades.

Cabe resaltar que esta jurisdicción, lejos de configurarse como una excepción a la vigencia del Estado de derecho en todo el territorio nacional, constituye un avance respecto de cómo incluye un sistema político las diferencias culturales. En este punto se torna valioso rescatar los aportes de algunos autores que difieren de la tradición liberal clásica en pro de una defensa de las tesis multiculturales. Uno de ellos es Charles Taylor, quien rescata el papel que juegan los procesos de multiculturales en las sociedades contemporáneas³¹. El autor señala que: *“una sociedad con poderosas metas colectivas puede ser liberal siempre que también sea capaz de respetar la diversidad, especialmente al tratar a aquellos que no comparten sus metas comunes, y siempre que pueda ofrecer salvaguardias adecuadas para los derechos fundamentales. Indudablemente, habrá tensiones y dificultades en la búsqueda simultánea de esos objetivos, pero tal búsqueda no es imposible, y los problemas no son, en principio, mayores que aquellos con los que tropieza cualquier sociedad liberal que tenga que combinar, por ejemplo, libertad e igualdad, o prosperidad y justicia”*³².

Adicionalmente, es preciso resaltar que los sistemas jurídicos de la región nos ofrecen varios antecedentes para evitar que la jurisdicción indígena choque con el ordenamiento oficial. En Bolivia, Ecuador y Colombia los casos que pueden conocer este fuero tienen dos características: (i) los hechos se deben presentar en el territorio indígena (factor territorial) y (ii) los implicados deben pertenecer al pueblo indígena sobre el cual recae el derecho de la jurisdicción propia (factor personal).

También es importante revisar la redacción del artículo 19.2.c. del Anteproyecto, el cual plantea que puede haber exención o reducción de la pena *“cuando la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria, salvo que se tratare de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana”*.

Al respecto, consideramos que, si bien es razonable excluir de la jurisdicción indígena delitos que atenten gravemente contra el ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales de las personas, es necesario aclarar los alcances de la salvedad. En el continente, los reconocimientos constitucionales han limitado la aplicación de la jurisdicción indígena a la garantía de los derechos humanos y, a pesar de las diferencias entre países, permiten que la jurisdicción estatal actúe cuando la aplicación de la jurisdicción no sea compatible con los mismos. En el caso de Ecuador se señala que la cultura no puede ser invocada para violar derechos; y en el caso de Bolivia y Colombia sus tribunales constitucionales son competentes para

³¹ Taylor, Charles. El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 55.

³² Ibídem, p. 89.



conocer casos donde se alegue que la aplicación de dicha jurisdicción no garantiza los derechos humanos³³.

III. Consulta previa

Por último, queremos señalar que los puntos expuestos en el presente documento son propuestas iniciales para adecuar el derecho interno a las obligaciones internacionales en materia de pueblos indígenas, pero que, en la práctica, se hace necesario que el debate legislativo del Anteproyecto de CPN cuente con la participación activa de los pueblos indígenas que habitan Argentina.

El derecho a la consulta previa es considerado como una de las principales herramientas para la protección de los pueblos indígenas. Tal es su importancia que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que *"el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio [169]"*³⁴, principal instrumento internacional de protección.

El derecho a la consulta y el deber estatal correlativo se vinculan con múltiples derechos humanos³⁵, entre ellos el derecho a la participación consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana, tal y como fue interpretado por la Corte IDH en el caso Yatama vs. Nicaragua³⁶. Lo anterior, en tanto *"el artículo 23 reconoce el derecho de "[t]odos los ciudadanos" a "participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos". En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a "participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos... desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización"*³⁷.

³³ Yrigoyen, Raquel, "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la desconolización", en, Rodríguez, Cesar, "El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI", Siglo XXI Editores, Bogotá, Colombia, 2011, p. 157

³⁴ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. Observación general sobre el Convenio núm. 169, 2009.

³⁵ El Relator Especial de la ONU ha explicado que "[e]ste deber es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad (...). De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular. (...) En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados." ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 41.

³⁶ Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

³⁷ CIDH, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. 30 de diciembre de 2009, *Ibidem*.



Así mismo, el convenio 169, así como su *"Guía de aplicación, elaborada por la OIT y el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático de Montreal"*, define este derecho como *"el proceso mediante el cual los gobiernos consultan a sus ciudadanos sobre propuestas de política o de otra índole. Sólo podrá considerarse tal, el proceso que dé a los que son consultados la oportunidad de manifestar sus puntos de vista e influenciar la toma de decisión"*. En términos de la CIDH, *"los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales"*³⁸.

La consulta previa, a su vez, se constituye como un proceso complejo que se ostenta varias características cuyo cumplimiento debe ser integral³⁹. En concreto, se destacan (i) el carácter previo⁴⁰, (ii) la obligatoriedad⁴¹, (iii) la buena fe⁴², (iv) la libertad⁴³, (v) la información adecuada⁴⁴, (vi) a adecuación cultural⁴⁵, (vii) la amplitud⁴⁶ y (viii) la accesibilidad⁴⁷.

Sin otro particular, esperamos que el presente documento constituya un aporte para la discusión sobre la reforma al código penal y que este proceso se consolide como una oportunidad histórica para reparar en algunos aspectos los daños históricos causados a los pueblos indígenas que habitan nuestro país.

³⁸ CIDH, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.LV/II. 30 de diciembre de 2009, párr. 274.

³⁹ Tomadas del Amicus Curiae presentado por miembros de la Asociación de Abogados y Abogadas de Derecho indígena de Argentina en el marco del proceso judicial "Comunidad Aborígen Santuario Tres Pozos y otros c/Jujuy, Provincia de y otros s/amparo, Juicio Originario, Exp. 1.196/10, Tomo 46, Letra C.", ante la Corte Suprema de la Nación Argentina

⁴⁰ Debe realizarse con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada. Se desvirtúa el sentido de esta condición si la consulta se realiza cuando lo que se va a consultar ya está en marcha. Por ejemplo, en una actividad extractiva cuando ya existen acciones concretas de exploración en el territorio

⁴¹ El Estado, en todos sus niveles, está obligado a llevar a cabo un procedimiento de consulta a los pueblos indígenas sobre toda medida legislativa o administrativa que involucre los derechos o intereses de los pueblos indígenas. En ningún momento puede delegar esta obligación en terceros, por ejemplo en las empresas interesadas en explotar algún recurso natural.

⁴² Dentro del procedimiento de consulta debe prevalecer la buena fe, lealtad y honestidad entre el Estado y los Pueblos indígenas. El Estado deberá realizar el máximo de sus esfuerzos para que el procedimiento se realice dentro de un contexto de confianza entre las partes, que propicie un diálogo fluido y sincero. Esto se traduce en respetar sus propios procedimientos, admitir las instituciones que los representan, no acortar los plazos teniendo presente que muchas veces tomar decisiones tan relevantes exige al interior de las comunidades un amplio debate interno.

⁴³ La voluntad de los pueblos indígenas debe expresarse genuinamente; libre de toda coerción, intimidación o manipulación.

⁴⁴ El Estado deberá brindar información completa, adecuada y veraz sobre las consecuencias económicas, sociales y culturales a largo plazo de la medida consultada. Pero la información adecuada también requiere de ese proceso de buena fe, amplio y libre que estamos describiendo. No basta con meras audiencias informativas, o reuniones en las que se explicita o presente algún proyecto. Por el contrario, se debe generar un diálogo intercultural que genere las condiciones para alcanzar acuerdos.

⁴⁵ El procedimiento de consulta deberá realizarse respetando los modos tradicionales de organización y de toma de decisiones de los pueblos indígenas.

⁴⁶ El procedimiento de consulta deberá permitir la plena expresión de las opiniones de los Pueblos indígenas. Deberá garantizar la participación de todos los afectados a través de sus organizaciones representativas, tanto tradicionales como contemporáneas. Es imprescindible evitar que *"la consulta a algunos representantes indígenas"* agote el procedimiento, cuando no se ha garantizado que todos los involucrados puedan participar.

⁴⁷ El Estado deberá garantizar los recursos presupuestarios y logísticos necesarios para permitir la plena participación de los pueblos indígenas consultados.



Igualmente, queremos expresar nuestra disposición para participar en las discusiones de esta reforma, al igual que servir de puente para que la participación efectiva de estas comunidades se pueda concretar.

Atentamente,

Gastón Chillier
Director ejecutivo
CELS

Silvana Ramírez
Presidenta
ADDI

Juan Manuel Salgado
Director
ODHPI

Lorena Gutierrez
Directora
Gajat

Josefina Doz Costa
Directora
ANDHES