



**Dirección de Derechos Humanos
y Acceso a la Justicia
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

Dirección de Derechos Humanos
y Acceso a la Justicia
Suprema Corte de Justicia
Mendoza

DICTAMEN

Mendoza, 9 de junio de 2017

Se solicita la intervención de esta Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia, en autos N° 20.693, caratulados: "FC. C/ RAMIREZ ANGELA; ORTIZ RAMIREZ MIGUEL; ORTIZ RAMIREZ DANIEL, POR USURPACIÓN - DENUNC. NELSON ALEJANDRO MUÑOZ", y sus acum. N° P2-65.797/12 caratulados: "AV. USURPACION - COMPLEMENT. DE CAUSA 1220/1 - SECC 24- INGRESADA EN 2º FISC. CORRECCIONAL CON EL N° P2-65.487-12 Caratulados AV. USURPACION - DENUNC OSVALDO ANTONIO MUÑOZ GONZALEZ" y autos N° P2-93.343/14, caratulados "AV. DELITO - DENUNC. DANIEL ORTIZ RAMIREZ", que tramitan ante el 1º Juzgado Correccional de San Rafael.

I.- Introducción.

La organización Identidad Territorial MALALWECHÉ, expresión del Pueblo Mapuche en la Provincia de Mendoza, solicita la intervención de esta Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia en el Expediente mencionado.

Expresa que las personas denunciadas en dichos autos (Ángela Ramírez y sus hijos Miguel Ortiz Ramírez y Daniel Ortiz Ramírez) son integrantes de la Comunidad LOF EL ALTEPAL, una de las tantas que integran esa Organización.

De acuerdo al relato de los hechos proporcionado por Malalweche, en el año 1969 Ángela, su esposo y sus hijos construyeron la casa que hoy es parte del litigio. La organización mapuche refiere que entre 1980 y 1983, habiendo fallecido el marido de Ángela, una persona de apellido Muñoz despojó a la Sra. Ramírez de forma violenta y sin proceso de su vivienda, desalojándola en 1983. En aquella ocasión la familia no habría contado con asesoramiento ni patrocinio letrado de ningún tipo. Se habrían retirado de esa morada, ubicándose en otra parte del Territorio comunitario. No obstante, la ocupación de la totalidad de ese Territorio habría continuado mediante la explotación ganadera, que siempre ha constituido el medio de vida de la familia y la Comunidad. A fines de la década del '90, la familia habría vuelto a instalarse en la casa de donde habían sido ilegítimamente desalojados. En el año 2012 se realiza una denuncia judicial por Usurpación sobre el Puesto N° 3 del Altepal (llamado "puesto chico" en el proceso judicial). Al respecto hay una Sentencia de la Suprema Corte de Justicia a favor de la Sra. Ramírez sobre la parte del territorio que se disputaba en esos autos (124 has.).

La Comunidad de Lof El Altepal tiene personería jurídica y sobre las tierras que considera propias se realizó relevamiento territorial (Ley 26.160). De acuerdo a la Organización Malalweche, el inmueble se ha ocupado de forma actual, tradicional y pacífica.

II.- Legitimación para actuar.

Esta Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia resulta competente para intervenir en el marco de lo dispuesto por la Acordada N° 24.842 (Funciones b), d), h) y l) del Anexo 1).

III.- Enfoque de Derechos Humanos.

La intervención de esta Dirección se limita a dictaminar sobre el enfoque de derechos humanos aplicable al desalojo de comunidades indígenas de sus Territorios en el marco de la legislación local e internacional aplicable, sin entrar



**Dirección de Derechos Humanos
y Acceso a la Justicia
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

a considerar situaciones de hecho vinculadas. Para ello analizaremos, específicamente 1) La mirada sobre la cuestión indígena; 2) El marco jurídico aplicable; 3) Jurisprudencia relevante en la materia.

1. La mirada sobre la cuestión indígena.

Para entender la problemática indígena, en especial la que refiere al territorio, es preciso remontarse a la historia. Las disputas que hoy subsisten son hijas de viejas decisiones, asentadas en la cosmovisión que construyeron los procesos colonizadores y poscoloniales en el continente. Esas decisiones se convirtieron en leyes, sentencias y prácticas de todo tipo que incidieron concretamente en las vidas de los diversos pueblos que existían desde antes de la conquista. Es preciso recorrer al menos brevemente ese camino, para poder comprender cabalmente el origen y los significados profundos de este conflicto. El Poder Judicial no ha sido ajeno a ese desarrollo, por ello mismo le toca, en el presente, la tarea profesional y ética de conocer, aprehender y aplicar el marco jurídico vigente referido a pueblos originarios y la jurisprudencia pertinente. Para ello, en más de una ocasión, habrá que solicitar auxilio a otras disciplinas, dado que los conceptos puestos en juego suelen no ser propios del derecho.

Podemos adelantar que el Estado Argentino ha tenido algunas modificaciones en su mirada sobre la cuestión indígena, aunque falta todavía debatir en profundidad el carácter genocida de las políticas de estado implementadas con los pueblos originarios, sus consecuencias y las reparaciones posibles.

A modo de introducción, recordemos que hasta 1994, nuestra Constitución Nacional (C.N.) se refería a los pueblos originarios como extranjeros. Así puede interpretarse de la lectura del antiguo artículo 67, cuyo inciso 15 disponía que el Congreso tenía (entre otras) las atribuciones de *“Proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”*. De la lectura de este párrafo se advierte la existencia de dos sujetos: por un lado, el Congreso, expresión de uno de los poderes fundamentales

del Estado, representando a la ciudadanía, y por otro “*los indios*”, que estaban del otro lado de las fronteras, con quienes había que mantener la paz y a quienes había que convertir al catolicismo (es decir, a la cultura hegemónica de la época). Si se hubiera pensado a los pueblos indígenas como parte fundante y representativa de la nación argentina, otra hubiera sido la redacción de ese inciso.

Esa mirada, que constituía a los/as indígenas como otros/as, diferentes y susceptibles de ser modificados en su identidad, que desconocía las costumbres, tradiciones, lenguaje e instituciones de los pueblos que vivían en el territorio donde se asentó la nación, fue la que posibilitó que en 1879 se sancionara la **Ley 215 de “Frontera contra los indios”**¹, en la cual se determinaba la expulsión de los “*indios*” hasta una nueva frontera determinada por el río Neuquén, desde su nacimiento en los Andes hasta el Río Negro y el Océano Atlántico. La Ley, en pocos artículos, ordenaba ubicar en algún lado a las tribus pacíficas y organizar expediciones generales para someter a aquellas que se resistieran, una vez terminada la aventura bélica con la Triple Alianza.

En 1879, finalizada la guerra contra el Paraguay, se reinicia la “*ofensiva contra el indio*”, encabezada por Julio Argentino Roca y denominada “*campaña del desierto*”. Se apropiaron alrededor de 40 millones de hectáreas en la pampa húmeda y el sur cordillerano. Más tarde vendría la segunda incursión, esta vez

1 **Ley 215**: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, sancionan con fuerza de Ley: Art. 1.º Se ocupará por fuerzas del Ejército de la República la ribera del Río Neuquén ó «Neuquen», desde su nacimiento en los Andes hasta su confluencia en el río Negro y el Océano Atlántico, estableciendo la línea en la margen septentrional del expresado río; (...) Art. 3.º La extensión y límites de los territorios que se otorguen en virtud del artículo anterior, serán fijados por convenios entre las tribus que se sometan voluntariamente y el Ejecutivo de la Nación. Quedará exclusivamente al arbitrio del Gobierno Nacional, fijar la extensión y límites de las tierras otorgadas a las tribus sometidas por la fuerza. En ambos casos se requerirá la autorización del Congreso; Art. 4.º En el caso que todas o algunas de las tribus se resistan al sometimiento pacífico de la autoridad nacional, se organizará contra ellas una expedición general hasta someterlas y arrojarlas al Sud del «Río Negro» y «Neuquen»; Art. 5.º A la margen izquierda o septentrional de los expresados ríos y sobre todo en los vados o pasos que puedan dar acceso a las incursiones de los indios, se formarán establecimientos militares en el número y en la distancia que juzgue conveniente el Poder Ejecutivo para su completa seguridad; (...) Art. 8.º Por una ley especial se fijarán las condiciones, el tiempo y la extensión de tierras que por vía de gratificación se concederá en propiedad a los individuos que compongan la expedición, ya sea como fuerzas regulares o como voluntarios agregados; Art. 9.º Todo el contenido de la presente ley comenzará á tener efecto inmediatamente de terminada la guerra que hoy sostiene la Nación con el Paraguay, o antes si fuese posible. Lo relativo al pacto de indios, deberá comenzar su ejecución inmediatamente de sancionada por el Ejecutivo.(...)



**Dirección de Derechos Humanos
y Acceso a la Justicia
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

llamada “*campaña verde*”, en el norte chaqueño, lo que implicó la apropiación de otros 20 millones de hectáreas.

Puede parecer un lugar común hablar de ello, sin embargo, es preciso recordar que se accedió a la propiedad civil de esas tierras mediante el asesinato y sometimiento de pueblos enteros, la destrucción de sus medios de producción, sus herramientas, sus poblados y la estigmatización de su cultura², de la cual poco sabemos, porque fue expresamente escondida y estigmatizada a lo largo de los años. El dispositivo de invisibilización, como política de Estado, es el que aún hoy posibilita que no haya registros fehacientes del número de personas indígenas asesinadas, confinadas, reducidas a servidumbre, separadas de sus familias y desaparecidas.

Los estudios sobre el tema refieren que cuando comenzó la “*Campaña del desierto*” había, por caso, 25.000 indígenas en la Patagonia, de los cuales, sólo en el primer año de campaña fueron muertos “*en combate*” aproximadamente 1.300 y otros 13.000 quedaron bajo tutela del Estado³.

La antropóloga Diana Lenton afirma que, en 1883 -pasados 5 años de esa avanzada militar- 20.000 prisioneros habían sido trasladados a Buenos Aires, para ser luego asesinados, desaparecidos o esclavizados⁴.

Los pocos datos que existen son del Sur patagónico, sin embargo, la mencionada campaña chaqueña fue más cruenta y más larga⁵, de acuerdo a las investigaciones sobre el tema. Y poco se conoce de otras dos avanzadas: la que se realizó en Cuyo⁶ y la que ocurrió en La Puna⁷.

² Los niños y niñas que luego fueron escolarizados obligatoriamente, tenían prohibido hablar en su lengua originaria en las Escuelas

³ Enrique Mases (2010): “Estado y Cuestión indígena. El destino final de los indios sometidos en el sur del territorio (1878-1910)”, Prometeo Libros, Bs. As.

⁴ Delrio Walter, Diana Lenton, Marcelo Musante, Mariano Nagy, Alexis Papazian y Pilar Pérez (2010). “Del silencio al ruido en la Historia. Prácticas genocidas y Pueblos Originarios en Argentina”. III Seminario Internacional Políticas de la Memoria “Recordando a Walter Benjamin: Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria”. Buenos Aires, 28, 29 y 30 de octubre de 2010. Centro Cultural de la Memoria Haroldo Conti.

⁵ El secuestro de niños y niñas y el ataque a mujeres se extendió hasta avanzado el Siglo XX.

⁶ En la provincia de Mendoza se llevó a cabo entre 1882 y 1883 y fue conocida como “*campaña de los Andes*”, liderada por Rufino Ortega.

⁷ Entre 1874 y 1875 se realizaron fusilamientos masivos que acabaron con la resistencia.

En Cuyo, particularmente, las Campañas al sur de Mendoza y norte de Neuquén se caracterizaron por haber tomado numerosas familias como prisioneras y haberlas utilizado en la industria de la vendimia, especialmente en Malarгүйe (muchos niños y niñas eran enviados/as solos/as y no volvían más)⁸.

Respecto a las comunidades mapuches de la región de Cuyo, se ha dicho que “así fue como las familias indígenas sobrevivientes quedaron expuestas a la sistemática apropiación de sus antiguos espacios. A los campos entregados a militares de rango por sus servicios, se sumaron las tierras adquiridas por una larga lista de terratenientes privados”⁹.

Las investigaciones dan cuenta además de verdaderos centros de concentración de prisioneros en varios puntos del país. Uno de ellos fue la Isla Martín García. Otras provincias también los tuvieron, entre ellas Mendoza (en Malarгүйe, Maipú, Santa Rosa, San Rafael, Rivadavia y Ciudad de Mendoza). Desde allí muchas veces se producían las deportaciones masivas, generalmente destinadas a la utilización de mano de obra esclava o a nutrir los mismos ejércitos que habían diezmado las comunidades. En ese proceso se produjeron separaciones por grupos familiares y por género, mandando a niños y niñas como empleados/as domésticos/as a otros puntos geográficos, imposibilitando o dificultando la transmisión de sus culturas.

El conjunto de las investigaciones más recientes da cuenta de que lo que sucedió en Argentina con los pueblos indígenas fue un genocidio. El hecho de que en la memoria colectiva se asocie ese proceso a la frase “*campaña del desierto*”, sin problematizarla, expresa la invisibilización como política sostenida en el tiempo: no había tal desierto¹⁰.

⁸ Escolar, Diego (2012): “El repartimiento de prisioneros indígenas en Mendoza durante la Campaña del Desierto y otros itinerarios del debate intelectual mendocino”, en “Intelectuales, cultura y política en espacios regionales de Argentina (siglo XX)”. Ed. Prohistoria, Rosario.

⁹ Escolar, Diego y Magallanes, Julieta (2016): “No estamos extinguidos. Memorias, presencia y proyectos de los pueblos originarios de Cuyo”, Ministerio de Educación y Deportes de la Nación, CABA, 2016.

¹⁰ Es interesante leer el mensaje de Nicolás Avellaneda al Congreso Nacional, respecto a la denominada “Campaña del desierto”: “*Hasta nuestro propio decoro, como pueblo viril, nos obliga a someter cuanto antes, por la razón o por la fuerza, a un puñado de salvajes que destruyen nuestra principal riqueza y nos impiden ocupar definitivamente, en nombre de la ley del progreso y de nuestra propia seguridad, los territorios más ricos y fértiles de la República*”. (Disponible en http://www.elhistoriador.com.ar/documentos/organizacion_nacional/mensaje_al_congreso_nacional_de_nicolas_avellaneda_sobre_la_conquista_del_desierto.php)



**Dirección de Derechos Humanos
y Acceso a la Justicia
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

Mientras esta razzia generalizada y sistemática se desarrollaba en nuestro país y en el resto de Latinoamérica, el derecho defendía privilegios. Sabemos que el concepto jurídico de *dominio*, derecho real por excelencia, se regula en el Código Civil y Comercial de la Nación, que rige para todo el territorio. El Código vigente al momento de las asonadas militares (el cual, con reformas, siguió vigente hasta el mes de julio de 2015) era el Código Civil de Vélez Sársfield, encargado por Sarmiento, aprobado a libro cerrado por el Congreso y vigente desde 1871. Es verdaderamente notable que en ninguno de sus 4.000 artículos y 600 notas aclaratorias se mencione a los pueblos indígenas, pese a que constituían en ese momento más de la mitad de la población. Va de suyo que tampoco había ninguna referencia a la propiedad comunitaria de la tierra, lo cual conjuró posibles riesgos de inseguridad jurídica para los terratenientes que se quedaron con ellas.

2. El marco jurídico aplicable

La referencia a la historiografía tiene sentido si nos permite comprender las razones por las cuales, en el presente, consideramos ciertas construcciones jurídicas y omitimos otras igual o más legítimas, legales y vigentes. Con ese horizonte, seguidamente analizaremos el marco jurídico local e internacional.

Marco jurídico local.

Recién en 1994, con la reforma de la Constitución, se eliminó el inciso 15 del viejo artículo 67 y se agregó un nuevo inciso a la enumeración de las atribuciones del Congreso (art. 75, inc. 17 C.N.) que reconoce “*la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos*” y garantiza 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 comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan. Dispone que estas tierras no pueden ser enajena-

bles, transmisibles ni susceptibles de gravámenes o embargos y asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.

Veinte años después de ese mandato constitucional y pasados más de ciento cuarenta años desde el Código Vélez Sársfield, el nuevo Código Civil y Comercial pretende saldar esa deuda con la incorporación del concepto de propiedad comunitaria. Reconoce así el derecho de las comunidades indígenas a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por la C.N.

Entre aquellas normas que brindaron bagaje jurídico al exterminio y sometimiento y el nuevo concepto de propiedad, se fueron sancionando varias leyes que interesan a este proceso.

En 1985 se sancionó la **Ley 23.302 sobre política indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes**, que crea el Instituto Nacional de Comunidades Indígenas (INAI) y declara *“de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades”*. Se propone implementar planes que permitan el acceso de estas comunidades a la propiedad de la tierra y el fomento de sus producciones. Se les reconoce personería jurídica a partir del trámite de inscripción en el INAI. Se entiende por comunidades indígenas *“a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad”*.

En su artículo 8, esta Ley ordenaba al INAI -hace más de 30 años- elaborar planes de adjudicación y explotación de tierras, *“de modo de efectuar sin demora la adjudicación a los beneficiarios de tierras fiscales de propiedad de la Nación (...) si fuese necesario la autoridad de aplicación propondrá la expropiación de tierras de propiedad privada a Poder Ejecutivo, el que promoverá ante el Congreso Nacional las leyes necesarias”*.



**Dirección de Derechos Humanos
y Acceso a la Justicia
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

La aprobación (en 1992, por Ley 24.071) y posterior ratificación (en julio de 2000) del **Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)**, implicó un salto cualitativo en la comprensión de la cuestión indígena. Este Convenio -que tiene rango de Ley nacional en nuestro ordenamiento jurídico- se aplica “(b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

El Convenio resuelve de manera precisa varios tópicos que pudieron dar lugar a diversas interpretaciones. Su lectura es imprescindible cuando se interviene en conflictos como el presente. Mencionaremos aquí, brevemente, algunos de los criterios rectores y definiciones que trae la Ley:

-Territorio. Uno de ellos es la expresa inclusión del concepto de territorio (art. 13, 2do. párrafo), entendiéndose por tal “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. En el caso del pueblo mapuche, es importante conocer las actividades que realizan y la modalidad de sus explotaciones productivas para determinar este concepto¹¹.

-Propiedad. El artículo 14 del Convenio determina que debe reconocerse a los pueblos interesados “el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (...)” Dispone además que “deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”. Determina, por otra parte, que -con las reservas que plantea la misma ley- “los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan”.

¹¹ La comunidad mapuche se dedica tradicionalmente a la cría de ganado, utilizando el método de pastoreo. Históricamente se guía a los animales a diversas zonas de pastura, especialmente en las dos etapas fundamentales de esta actividad: la invernada y la veranada.

-Comunidad. ¿A quiénes debe considerarse miembros de una comunidad?, el Convenio lo resuelve en el artículo 1, inc. 2: *“la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”*. Una respuesta recurrente del Poder Judicial cuando aborda este tipo de conflictos es poner en duda la “etnicidad” o “indigenismo” de quienes así se reivindican. Sin embargo, las identidades se construyen a través de procesos individuales y sociales, autoidentificaciones y memorias colectivas. El sistema judicial, que funciona de acuerdo a una epistemología positivista, suele ser reacio a la consideración de este tipo de procesos. No obstante, es la misma Ley la que manda a tenerlos en consideración de manera primordial¹².

Respecto a la profundización de la noción de **territorio**, es útil apelar a las definiciones de la Resolución 587 del 2007 del INAI. Allí se analizan algunos conceptos rectores para el relevamiento territorial. Vale la pena transcribirlos íntegramente para comprender la complejidad de este concepto: *“1. Cada pueblo tiene un control y apropiación particular del espacio que se expresa en la manera en que es distribuido y organizado. En ese sentido el espacio es una construcción social resultado del tipo de relaciones sociales y de producción existentes. Los procesos sociales imperantes en cada pueblo son los que definen el tipo de organización espacial y las formas de apropiación del territorio; 2. El territorio es esencialmente un espacio socializado y culturalizado, portador de significados que sobrepasan su configuración física. La trascendencia del territorio radica en que éste es el sustrato espacial imprescindible de toda relación humana. Los seres humanos nunca acceden directamente a ese sustrato, sino que lo hacen a través de elaboraciones culturales. De esta manera, entre el ambiente natural y la actividad humana hay siempre mediando una serie de objetivos y valores específicos, un cuerpo de conocimientos y creencias, en otras palabras un patrón cultural; 3. El espacio no es un elemento pasivo e inerte sino que forma parte del propio sistema social y condiciona en cierto modo su funcionamiento, originando respuestas múltiples a las actuaciones emanadas de ese sistema social. Ello genera distintos modelos culturales de estructuración del espacio; 4. El territorio conlleva un carácter temporal por lo que hay*

¹² Puede leerse, al respecto, la entrevista al antropólogo Diego Escolar en El Suplemento Cultura del Diario “Los Andes” del día 5/09/08. Disponible en: www.losandes.com.ar/noticia/cultura-379273



**Dirección de Derechos Humanos
y Acceso a la Justicia
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

que analizarlo en perspectiva histórica. Es a partir de estos procesos históricos que pueden comprenderse las dinámicas y transformaciones de las estructuras espaciales en un tiempo determinado. En esa perspectiva no hay espacio, sino un espacio-tiempo históricamente construido y determinado”.

En esta Resolución se diferencian los criterios de *territorio, tierra y propiedad*, desde la perspectiva de lo que venía siendo el derecho civil y desde el punto de vista de las comunidades. Es interesante la observación que realizan respecto a la usurpación, ya que desde la mirada de los pueblos originarios la **usurpación originaria** es la que se hizo de sus tierras mediante las violencias y despojos a los que ya hicimos referencia más arriba. ¿Es posible, entonces, delimitar el territorio? El INAI considera que para hacerlo es preciso integrar los aspectos políticos, económicos, sociales, culturales y religiosos expresados en él, como espacio multidimensional, desde una perspectiva antropológico-histórica.

Llegamos finalmente, en este recorrido, a la **Ley 26.160** de noviembre de 2006, que declara la emergencia *“en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes”*. El término que se fijó originariamente fue de cuatro años, pero hasta el día de la fecha continúa vigente debido a las prórrogas sucesivas que se han dispuesto.

El artículo 2 de la Ley ordena que se suspenda **la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras tradicionalmente ocupadas por estas comunidades**. La norma manda al INAI a cumplir el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas.

Marco jurídico internacional. Estándares mínimos.

El marco jurídico actual se nutre de Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos, de jerarquía constitucional (en especial los pactos internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos

Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial -art. 75 inc. 22-); y/o supralegal. El Estado argentino ha contraído obligaciones internacionales mediante la suscripción e incorporación de dichos cuerpos normativos al derecho interno. Entre ellas, podemos mencionar fundamentalmente la obligación de promover y garantizar los principios de igualdad y no discriminación en el ejercicio de los derechos y la obligación de investigar y sancionar a quienes incumplieran dicha manda; la obligación de garantizar el acceso a la justicia, especialmente de aquellos grupos en situación de vulnerabilidad; la obligación de proteger y garantizar los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a todos los habitantes de este suelo, etc.

En lo que respecta a la problemática concreta de pueblos originarios, además del Convenio de la OIT -cuyo desarrollo se ha adelantado más arriba por ser pertinente a la estructura de esta argumentación-, cabe mencionar a la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas**, aprobada por la Asamblea General en septiembre de 2007, a propuesta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (creado por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas).

El artículo 8 de la citada Declaración establece que los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho *“a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura”* y agrega que los Estados signatarios deben establecer mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de *“b) todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos (...)”*.

Los pueblos indígenas no pueden ser desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios (art. 10), tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en aquellas cuestiones que afecten a sus derechos (art. 18); se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad (art. 22).

En el artículo 26 la Declaración determina que los pueblos **indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido**, y continúa: *“2. Los pueblos indígenas tie-*



**Dirección de Derechos Humanos
y Acceso a la Justicia
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

nen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate". Para ello los Estados signatarios "establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado" (art. 28).

Respecto a los procesos judiciales y de cualquier tipo, la Declaración resuelve que los pueblos indígenas tienen derecho a *"procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos"* (art. 40). En el artículo 43, por último, se establece que **los derechos reconocidos en la Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.**

3. Jurisprudencia relevante en la materia

Es curioso -y sorprendente- que la jurisprudencia más relevante sobre la cuestión indígena de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza tenga como protagonista exclusiva a una de las personas de la comunidad indígena Lof El Altepál que en este expediente se investiga: la Señora Ángela Ramírez, criancera y artesana de más de 80 años de edad.

Curioso, sobre todo, porque la Sentencia de la Corte local admite sin ningún tipo de dudas algunos extremos que seguramente deberían importar en los

presentes autos. Dice la Corte en el año 2012, dándole la razón a la Sra. Ramírez, que rechazaba la demanda de desalojo incoada en su contra: “... no existe duda alguna que la Sra. Ramírez pertenece a una Comunidad Indígena, cuestión decisiva a los fines de activar la política de apoyo y defensa a los aborígenes que nuestro país favorece conforme ya se reseñara”. En su fallo, el Tribunal supremo enumera las probanzas en que se basa y que considero importante reproducir aquí literalmente, ya que son cuestiones que pueden ayudar a dilucidar la situación en la investigación de la Usurpación: “Dan cuenta de ello: * el informe del Oficial de Justicia de fs. 21 que indica que en el inmueble vive la Sra. Ramírez con sus 2 hijos; * las copias del Expte. administrativo N° 40-00185/2001 agregadas a fs. 101/111; Resolución N° 08/02 que inscribe la personería jurídica de la COMUNIDAD MAPUCHE - MAPUNDUNGUN, perteneciente al Pueblo Mapuche, asentado en la localidad El Resguardo - Las Heras, las copias del Acta de designación y renovación de autoridades del representante del Pueblo Mapuche de Mendoza; planilla de los integrantes de la Comunidad, entre los que figuran la Sra. Ramírez con tres miembros más de su familia y se consigna el domicilio de Ruta 40 Sur y Costa del Río Malargüe. * el testimonio del Sr. José Augusto Sánchez (fs. 210) domiciliado en Malargüe, relata que conoce a la Sra. Ramírez y su familia desde hace más de 40 años: “...cuando íbamos a dejar los chivos pasábamos por el puesto de la Sra. Ramírez”; “..que le dicta la conciencia estar en el pueblo Pehuenche”; también relata a fs. 210 vta. que la Sra. Ramírez pertenece a la comunidad Mapundungun, que la Comunidad es Pehuenche, Mapuche entre comillas; que el asentamiento está dentro de la provincia, que pertenece a todo el territorio de la provincia y, con referencia al domicilio consignado en Las Heras, afirma que esa dirección es provisoria; también declara que la Sra. Ramírez nació y se crió en el lugar (refiriéndose al Dpto. de Malargüe) y , que no sabe leer ni escribir. * el testimonio del Sr. Pablo Gregorio Melipil (fs. 241) domiciliado en Las Heras, declara que conoce a la Sra. Ramírez por la Comunidad de la que es parte, que la ha visto en Malargüe; que él es la máxima autoridad “Lonco”, traducido al español sería el Presidente; que la Sra. Ramírez está inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas, miembro de la Comunidad Mapundungun, que nuclea a los miembros de origen indígena de toda la provincia. * el informe (fs. 264) emitido por el INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDIGENAS (INAI) consigna que la comunidad MAPUCHE MAPUNDUNGUN



**Dirección de Derechos Humanos
y Acceso a la Justicia
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

*registró su personería jurídica en el REGISTRO NACIONAL DE COMUNIDADES INDIGENAS (Re Na CI), Resolución N° 08 del 6/6/2002; que es la Comunidad quien según sus pautas de organización comunitaria quien reconoce a sus miembros y autoridades; que surge del expte N° 40-00185/2001 que la Sra. Angela Ramírez se encuentra incorporada como miembro de la Comunidad Mapuche Mapundungun. * informe remitido por Fax por el INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDIGENAS (INAI) (fs. 345/346), fechado el 17/10/06 respecto del estado de delimitación y marcación de territorios que ocupan las Comunidades Indígenas del Departamento de Malargüe, en el marco de la Ley 26.160, se relevó una sola Comunidad (Ku-pan Kupalme) del paraje La Matancilla; asimismo informa que atento la metodología y avance aún no se ha determinado hasta el momento la situación catastral del territorio que ocupa en forma actual, tradicional y pública dicha Comunidad. Es evidente que la Sra. Angela Ramírez encuadra en la legislación tuitiva que invoca: pertenece conjuntamente con los miembros de su familia a la Comunidad Mapuche Mapundungún con personería jurídica registrada en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas, cuyo trámite y requisitos, es de destacar, ya fue evaluado por el organismo pertinente esto es, el INAI, en ocasión de conceder la mentada personería. En coincidencia así lo atestiguan los otros miembros de la Comunidad, entre ellos, quien ejerce la presidencia de la misma y, en punto al territorio aclaran, que el asentamiento está dentro de la Provincia, que se refieren a todo el territorio de la Provincia, que el domicilio de Las Heras es meramente provisorio y, su identidad aborígen es por conciencia. También afirman que la Sra. Ramírez nació y vivió en el puesto sito en Malargüe. A su vez, el INAI, categóricamente consigna que en el marco de la Ley 26.160 se están realizando las tareas de relevamiento del territorio; que en Malargüe a la fecha, se relevó el paraje de una sola Comunidad (Kupan Kupalme) y, respecto de la Comunidad Mapundungun, que aún no se ha determinado hasta el momento la situación catastral del territorio que ocupa en forma actual, tradicional y pública dicha Comunidad. En otros términos, el dato certero, es que la tarea de relevamiento esta inconclusa. **Por lo hasta aquí analizado tengo la absoluta convicción que la Sra. Angela Ramírez Velazquez, de 81 años, que no sabe leer ni escribir, que tiene la cultura heredada por la cosmovisión del pueblo originario al que pertenece y,***

cuya preexistencia étnica y cultural es irrefutable, debe acogerse a las disposiciones protectoras de la Ley 26.160, que es de orden público, por haber cumplimentado los requisitos previstos en esa ley y, en consecuencia otorgársele al plazo de suspensión de ejecución de la sentencia hasta el término allí fijado, a fin de permitir la prosecución del trámite de relevamiento de tierras". (la negrita nos pertenece).

Vale aclarar que si en aquel momento (año 2012) el INAI no había finalizado el relevamiento, en la actualidad es un hecho consumado, de acuerdo a la documentación facilitada por la organización Malalweche. En efecto, en el año 2014 el INAI dio por terminado el relevamiento técnico, jurídico y catastral dispuesto por el artículo 3° de la Ley 26.160, prorrogado por Leyes nacionales 26.554 y 26.894, Decreto PEN 1122/07 y la resolución INAI 587/07 en la Comunidad LOF EL ALTEPAL, perteneciente al Pueblo MAPUCHE con asiento en la provincia de Mendoza, Personería Jurídica inscrita con fecha 11 de marzo de 2014, mediante Resolución N° 120, en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas. En tal sentido, resolvió **RECONOCER LA OCUPACIÓN ACTUAL, TRADICIONAL Y PÚBLICA DE LA COMUNIDAD LOF EL ALTEPAL, perteneciente al Pueblo MAPUCHE** (Res. N° 1834, Expte. N° E-INAI-51202-2012).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto, en un caso en que se discutía la propiedad comunitaria, tiene resuelto que *"La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores, y la relevancia y la delicadeza de los aludidos bienes deben guiar a los magistrados no sólo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también de los vinculados con la "protección judicial" prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), que exhibe jerarquía constitucional."* (CSJN-Mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni; Voto: Argibay; Disidencia: Abstención; C. 2124. XLI; "Comunidad Indígena Eben Ezer c/provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/amparo"; 30/09/2008; T. 331, P. 2119). (la negrita nos pertenece). La Corte local reconoció esa apelación



**Dirección de Derechos Humanos
y Acceso a la Justicia
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

de la Corte nacional a la “protección judicial” en autos N° 72.575, caratulados “Fiscalía de Estado de la Provincia de Mendoza c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Acc. Inc.”, del 18/12/08.

En el plano internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también se ha referido al particular concepto de territorio que encarnan los pueblos indígenas¹³: *“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 por que constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”* (párr. 135). Y también: *“...la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”* (párr. 154).

En el Caso de la Comunidad Mayagna vs. Nicaragua, la Corte IDH, en una interpretación amplia unió el derecho de propiedad al derecho a la identidad y la cultura¹⁴

IV.- Conclusiones

Nuestro marco jurídico actual dispone que **cualquier medida** (ejecución de sentencia, acto procesal o administrativo) que **obligue a una persona o grupo de personas indígenas a desocupar el territorio que ocupan, debe ser sus-**

¹³ Corte IDH, Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Sentencia sobre el Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125.

¹⁴ Corte IDH, Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) de Awás Tingni vs. Nicaragua, Sentencia sobre el Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001.

pendida por aplicación de la Ley 26.061. La Ley no hace diferencias ni excluye ningún fuero.

Con relación a la propiedad comunitaria, **el Estado tiene la obligación de reconocer el derecho a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente hayan ocupado estas comunidades.** Si ese fuera el caso, la usurpación del propio territorio sería un oxímoron, una contradicción en sí misma, y cualquier acto tendiente a desconocer el derecho que asiste a las comunidades indígenas (vallado, cerraduras, tranqueras, alambrados, cercado, etc.) estaría vulnerando este legítimo derecho reconocido por nuestro ordenamiento jurídico.

El sistema jurídico penal debe interpretarse en armonía con el resto del ordenamiento jurídico. Analizar exclusivamente un hecho puntual sin considerar el contexto y las demás normas aplicables y jurisprudencia relacionada, podría vulnerar los derechos humanos de esta comunidad indígena y sus integrantes, y generar responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones.

Cabe agregar, por último, que el Estado se ha obligado internacionalmente a aplicar el **principio de no regresividad en materia de derechos humanos**, por el cual, de comprobarse los extremos requeridos por las normas a las que nos hemos estado refiriendo, no debería ejecutarse la desocupación involuntaria del territorio (en desmedro de la Ley 26.160) ni soslayarse la propiedad comunitaria que eventualmente correspondería a la Comunidad Lof El Altepal.



Dolores Presas
Sec. Gral.
Dirección de Derechos Humanos y
Acceso a la Justicia



Milagros Noli
Directora
Dirección de Derechos Humanos y
Acceso a la Justicia