



PROCESOS POR AUDIENCIAS (Y AUDIENCIAS IN SITU) EN LOS CONFLICTOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS¹⁻²

PROCEEDINGS BY HEARINGS IN THE CONFLICTS INVOLVING INDIGENOUS COMMUNITIES

PROCESSOS POR AUDIÊNCIAS NOS CONFLITOS DOS POVOS INDÍGENAS

María Victoria Mosmann³

RESUMEN: La postergación de las comunidades indígenas en Latinoamérica ha sido materia de reivindicaciones desde la revolución de mayo de 1810 y la situación crítica en la que se encuentran hace que los conflictos que atraviesan la vida de las comunidades indígenas sean múltiples y diversos. De este universo de casos analizaremos en el presente el supuesto de los conflictos que pueden ser sometidos a la justicia ordinaria a través de un proceso por audiencias, intentando indagar sobre la conveniencia o no de su empleo, y en su caso si el proceso por audiencias debe ser adaptado a las especiales circunstancias que reviste un conflicto indígena para cumplir con las garantías que componen la tutela judicial efectiva. La metodología utilizada fue el análisis del marco normativo (normas constitucionales y legales) y jurisprudencial (sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) en materia de protección de los derechos de las comunidades indígenas. Al final, se encontró que el sometimiento de las comunidades indígenas a procesos orales o audiencias in loco (en el territorio de la comunidad) permite brindar una

¹ Artigo recebido em 16/03/2022, sob dispensa de revisão.

² El presente trabajo fue publicado bajo el título Procesos por audiencias (y audiencias in situ) en los conflictos de los pueblos originarios, RDP 2020, 2, Procesos por audiencias, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina.

³ Jueza de Primera Instancia de la Provincia de Salta. Buenos Aires, Argentina. Abogada, Escribana, Especialista en Derecho Procesal Civil, Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Doctoranda por la Universidad de Salamanca. Directora del Instituto de Investigaciones del Colegio de Magistrados de Salta; Fundadora y Miembro honorario de la Comisión de Investigación en Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Salta. Directora del Ateneo de Derecho Procesal de Salta (FAEP). Cuenta con publicaciones y participaciones en obras colectivas en Argentina, México, Uruguay, Chile, Brasil, Portugal y Colombia. Buenos Aires, Argentina. E-mail: mvmosmann@gmail.com



tutela judicial efectiva, al remover los obstáculos económicos y culturales existentes, y adecuar las audiencias a la necesidades indígenas (designación de traductor, intérprete, acompañante, respetando sus costumbres y tradiciones culturales).

PALABRAS CLAVE: Comunidades indígenas en Latinoamérica; conflictos indígenas; tutela judicial efectiva; pueblos originarios.

ABSTRACT: The neglect involving the indigenous community in Latin America is a claim's target since the revolution of May 1810. In addition, the critical situation in which the conflicts that cross the lives of such communities are multiple and diverse. From this universe of cases, we will analyze the assumption of conflicts that can be submitted to ordinary justice through a proceeding by hearings. In this sense, we will explore the convenience of its use and whether the proceeding by hearing must be adapted to special circumstances of an indigenous conflict in order to respect all the guarantees included in the effective judicial protection principle. The methodology used was the analysis of the normative (constitutional and legal norms) and jurisprudential (decisions of the Inter-American Court of Human Rights) frameworks concerning the protection of the rights of indigenous communities. In the end, it was found that the submission of indigenous communities to oral processes or hearings in loco (in the territory of the community) allows the provision of effective judicial protection, by removing existing economic and cultural obstacles, and adapting the hearings to the indigenous needs (appointment of a translator, interpreter, companion, respecting their customs and cultural traditions).

KEYWORDS: Indigenous communities; indigenous conflicts; effective judicial protection; native people.

RESUMO: O descaso com as comunidades indígenas na América Latina é alvo de reivindicações desde a revolução de maio de 1810 e a situação crítica em que os conflitos que atravessam a vida das comunidades indígenas são múltiplos e diversos. A partir desse universo de casos, analisaremos, na atualidade, a assunção dos conflitos que podem ser



submetidos à justiça ordinária por meio de um processo por audiências, procurando averiguar sobre a conveniência da sua utilização, e, no último caso, se o processo de audiência deve ser adaptado às circunstâncias especiais de um conflito indígena para cumprir as garantias que constituem a tutela jurisdicional efetiva. A metodologia empregada foi a de análise dos marcos normativo (normas constitucionais e legais) e jurisprudencial (decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos) concernentes à tutela dos direitos das comunidades indígenas. Ao final, verificou-se que a submissão das comunidades indígenas aos processos orais ou por audiências *in loco* (no território da comunidade) permite a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, mediante a remoção dos obstáculos econômicos e culturais existentes, e adaptação das audiências às necessidades dos indígenas (nomeação de tradutor, intérprete, acompanhante, respeitando seus costumes e tradições culturais).

PALAVRAS-CHAVE: Comunidades indígenas na América Latina; conflitos indígenas; proteção judicial efetiva; povos nativos.

1. EL UNIVERSO DE CASOS Y LOS CASOS QUE ANALIZAMOS EN EL PRESENTE TRABAJO

La postergación de las comunidades indígenas en Latinoamérica ha sido materia de reivindicaciones desde la revolución de mayo de 1810, así Castelli en la Proclama de Tiahuanaco decía “...que los indios son y deben ser reputados con igual opción que los demás habitantes nacionales a todos los cargos, empleos, destino y honores y distinciones por la igualdad de derechos de ciudadanos, sin otra diferencia que la que presta el mérito y la aptitud [...] reformar los abusos introducidos en perjuicio de los indios, aunque sean con el título de culto divino, promoviendo su beneficio en todos los ramos y con particularidad sobre repartimientos de tierras, estableciendo escuelas en sus pueblos y excepción de carga o imposición indebidas...”, sin lograr aún hoy una efectiva igualdad real de los miembros de los pueblos originarios.



La situación crítica en la que se encuentran⁴ hace que los conflictos que atraviesan la vida de las comunidades indígenas sean múltiples y diversos, muchos son propios de la vida interna de las comunidades, y otros son conflictos que vinculan a las comunidades, o a sus miembros de modo individual, con personas humanas o jurídicas, públicas o privadas, ajenas a la comunidad.

A su vez las formas de resolución de los conflictos pueden ser internas a la comunidad – justicia indígena- o pueden ser sometidos a resolución de la justicia ordinaria, distinción propia del reconocimiento de la existencia del pluralismo jurídico⁵.

De este universo de casos analizaremos en el presente el supuesto de los conflictos que pueden ser sometidos a la justicia ordinaria a través de un proceso por audiencias, intentando indagar sobre la conveniencia o no de su empleo, y en su caso si el proceso por audiencias debe ser adaptado a las especiales circunstancias que reviste un conflicto indígena para cumplir con las garantías que componen la tutela judicial efectiva.

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LOS CONFLICTOS INDÍGENAS:

2.1. Marco Normativo⁶:

Previo a la reforma constitucional de 1994, nuestro país ya contaba con las leyes 23.302 que creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, y la ley 24.071 ratificatoria del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que en su artículo 12 dispone que “los pueblos

⁴ En los meses de enero y febrero de 2020 fallecieron 25 niños de la etnia wichi de hambre y deshidratación en la provincia de Salta https://www.clarin.com/sociedad/justicia-salta-investiga-muerte-25-ninos-wichis-enero-febrero_0_BfSKzxsNN.html

⁵ Artículo 8 del Convenio 169 OIT (ley 24.071) “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”.

⁶ Las referencias normativas completas pueden encontrarse en <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/inai/normativa>



interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

La reforma constitucional de 1994 incorporó el artículo 75 inciso 17 por el que el Estado reconoció la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, reconoció la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, mando que las leyes aseguren su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Así se ordenó al Congreso Nacional el dictado de leyes que garanticen estos derechos, y a las provincias les reconoció atribuciones concurrentes al respecto.

En el año 2006 se dictó la ley 26.160 por la que se declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias, cuya vigencia fue prorrogada sucesivamente hasta el 23 de noviembre de 2021 (esta última prórroga fue realizada por ley 27.400).

En el año 2007, se adopta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que en el artículo 40 dispone “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. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”.

2.2. Marco jurisprudencial:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos así como la Corte Suprema de Justicia de la Nación han dictado en los últimos 20 años fallos trascendentes respecto al



reconocimiento y efectividad de los derechos de las comunidades indígenas, a los que nos referiremos seleccionando los que consideramos relevantes a fin de analizar la temática que nos convoca, esto es la protección judicial de los derechos de las comunidades indígenas.

En el año 2001 la Corte Interamericana se pronunció en el caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni Vs. Nicaragua”⁷, en el que se puso el eje en la necesidad de que los Estados adopten en su ámbito interno las disposiciones necesarias para tornar efectiva la Convención, empleando para ello los artículos 1, 2, 8, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Puntualmente se destacó que “la Corte ha reiterado que el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”⁸.

En el año 2005 se pronunció el Tribunal Regional en el caso “Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”⁹, dijo que los Estados al interpretar y aplicar su normativa interna, deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural¹⁰, y reafirmó que la obligación de adaptar la legislación interna es una obligación de resultado, como también que en virtud del principio del *effet utile* el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido¹¹.

⁷ CIDH, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)

⁸Parr. 112.

⁹ CIDH, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)

¹⁰Parr. 63 “En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres (supra párr. 51)”.

¹¹Parr. 99. “La Corte ha dicho que el artículo 25 de la Convención se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la misma, que atribuye funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales”. Parr. 100. “El artículo 2 de la Convención Americana obliga a los Estados Partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los



También en el año 2005 en el “Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname”¹² se trató la garantía en condiciones de igualdad para el pleno disfrute de los derechos de las personas, diciendo que “para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”.

En el “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay” del año 2006 se dijo “En lo que respecta a las alegadas violaciones a los artículos 1.1 y 2 de la Convención, la Corte recuerda que el Estado está en la obligación de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesarlas reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos”¹³.

En el año 2020 nuestro país fue condenado en el caso “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” por violar (entre otros derechos) el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 1.1. Aquí el

derechos y libertades protegidos por la misma Convención. Es necesario reafirmar que la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una de resultado”. Parr. 101. “La Corte ha señalado en otras oportunidades que esta norma impone a los Estados Partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido”. Parr. 102. De conformidad con el artículo 2 de la Convención deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesarlas reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Los Estados deberán establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos”.

¹²CIDH, Sentencia de 15 de junio de 2005(Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas)

¹³ Párrafo 109.



tribunal regional dijo “respecto de las garantías judiciales comprendidas en el artículo 8.1 de la Convención, esta Corte ha entendido que el debido proceso legal abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”¹⁴. También afirmó que “el Estado está obligado a proveer recursos efectivos que permitan a las personas impugnar aquellos actos de autoridades que consideren violatorios de sus derechos independientemente de si la autoridad judicial declarare infundado el reclamo de la persona que interpone el recurso por no estar cubierto por la norma que invoca o no encontrare una violación del derecho que alega vulnerado. En esta línea, el Tribunal advierte que los artículos 8 y 25 de la Convención también consagran el derecho de obtener respuesta a las demandas y solicitudes planteadas a las autoridades judiciales, ya que la eficacia del recurso implica una obligación positiva de proporcionar una respuesta en un plazo razonable”¹⁵

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Confederación Indígena del Neuquén vs. Provincia de Neuquén” fijó una importante pauta al decidir que los estándares federales contenidos en el marco constitucional y el Convenio 169 de la OIT, como la ley nacional de política indígena y su decreto reglamentario, funcionan como piso mínimo de interpretación en relación a las normas establecidas por los Estados locales.

En “Defensor del Pueblo de la Nación vs. Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ Proceso de conocimiento- Medida Cautelar”, hizo eje en la necesidad de juzgar al conflicto indígena mediante procesos eficaces.

En “Comunidad Indígena EbenEzer vs. Provincia de Salta – Ministerio de Empleo y la Producción- Amparo”, también puso énfasis en la necesidad de que la solución a las reivindicaciones de tierras de propiedad de las comunidades indígenas transiten por procedimientos adecuados¹⁶.

¹⁴ Párrafo 294

¹⁵ Párrafo 295

¹⁶El voto de la Dra. Carmen Argibay fue más claro y contundente aún al dar sus fundamentos: “Si, en el caso, el tribunal entendió que no estaban dadas las condiciones para tramitar la demanda como si se tratase de una acción de inconstitucionalidad, entonces no se advierte por qué razón lo reclasificó precisamente así, como una acción de inconstitucionalidad, cuando la actora no había promovido ese procedimiento y ello, inexorablemente, lo reconducía a una vía muerta. De un plumazo, entonces, quedó el amparo sin



El caso “Recurso de hecho deducido por la Comunidad Indígena del Pueblo WichiHoktekT’Oi en la causa Comunidad Indígena del Pueblo WichiHoktekT’Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”, fue también un conducto por el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que sostener que la cuestión debatida requería mayor debate y prueba configuraba un exceso de rigor formal al desestimar la acción planteada en razón de la vía de amparo escogida por los accionantes¹⁷.

3. LA CONFIGURACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA PARA CASOS DE CONFLICTOS INDÍGENAS

La tutela judicial efectiva, en las más recientes interpretaciones doctrinarias, la encontramos definida con un contenido cada vez más extendido¹⁸, derivado de la ampliación de derechos que ha significado la construcción del bloque constitucional con los tratados incorporados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y demás tratados firmados por nuestro país, en tanto las obligaciones asumidas en ellos obligan a los tres Poderes del Estado en virtud de la buena fe imperante en el ámbito del derecho de los tratados.

Silvina Zimerman en este mismo sentido afirma que “Así, desde el momento en que un tratado entra en vigor para el Estado, sus tres poderes deben cumplir cabalmente con tales obligaciones sin necesidad de contar con una decisión u opinión de sus órganos de supervisión. A título de ejemplo, en su primera sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) manifestó que los Estados tienen tres diferentes niveles

decisión de mérito y las cuestiones federales propuestas sin pronunciamiento del tribunal superior de provincia”

¹⁷La Cámara Federal de Salta también se pronunció sobre la validez de la acción de amparo para proteger el derecho a la posesión y propiedad comunitaria ordenando la delimitación y demarcación de las tierras, en el reclamo judicial planteado por las Comunidades El Traslado, Zopota y el Escrito)

¹⁸Según el contenido que la comisión redactora de las “Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial” le asignó al principio de tutela judicial efectiva y debido proceso podemos enumerar el acceso irrestricto de los justiciables a jueces independientes e imparciales; el aseguramiento de un debido contradictorio formal; la duración razonable del proceso; la protección ante situaciones de urgencia que requieran tutelas especiales; y la debida y pronta ejecución de las resoluciones judiciales <http://www.saij.gob.ar/bases-para-reforma-procesal-civil-comercial-ministerio-justicia-derechos-humanos-nacion-lb000214-2017-08/123456789-0abc-defg-g41-2000blsorbil>



de obligaciones frente a los tratados de derechos humanos: obligación de respeto, de garantía y de adoptar medidas. Además de estas obligaciones genéricas, de manera paulatina, el derecho internacional de los derechos humanos ha ido estableciendo obligaciones específicas a favor de determinados grupos sociales. En tal sentido, 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 específica por parte del Estado”¹⁹.

La tutela judicial efectiva caracteriza al derecho procesal como un derecho fundamental por ser el que permite y viabiliza el acceso a la justicia²⁰, pero instrumental en relación al derecho de fondo que se encuentra en conflicto (instrumentalidad objetiva), e instrumental también en relación a las personas que se encuentran comprendidas en el litigio, en tanto es parte de su tarea remover los obstáculos que impiden una efectiva igualdad real de las partes (instrumentalidad subjetiva)²¹.

¹⁹ ZIMERMAN, Silvina, tesis presentada en la Universidad Nacional de Buenos Aires, “Pautas para la creación de mecanismos de protección del derecho indígena a la tierra y al territorio en el Estado argentino según los estándares internacionales de derechos humanos, página 51.

²⁰Tito Araujo en su trabajo “Acceso a la Justicia de los Pueblos indígenas, sus derechos específicos”, publicado en Acceso a la Justicia y grupos vulnerables, AAVV, Editora Platense, define el acceso a la justicia de los pueblos indígenas como “un derecho que tienen las personas que pertenecen a pueblos indígenas, sin discriminación, de acceder de manera real y efectiva al conocimiento de los recursos jurídicos formales que generan leyes, a los servicios judiciales formales e informales que aplican e interpretan leyes y a recibir del Estado una respuesta formal o informal eficaz, transparente, oportuna, gratuita, que respete sus derechos individuales y colectivos, su cultura, su cosmovisión y que además sea comprensible en su idioma; a su vez la obligación del Estado de reconocer los diferentes sistemas de administración de justicia formales e informales, estableciendo mecanismos de cooperación y coordinación entre ambos sistemas y finalmente de garantizar y hacer efectiva la igualdad formal y material para su real y efectivo acceso a la Justicia” (pag.182)

²¹ MOSMANN, M. V., "Instrumentalidad subjetiva del proceso", Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, 10, Año VIII, agosto de 2014, p. 197; "Processo e sujeitos vulneráveis. Instrumentalidade procesual de equiparação subjetiva", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal RIDP, Año 1.2. 2015, p. 119, https://www.academia.edu/13114038/Proceso_y_sujetos_en_situacion_de_vulnerabilidad; "Ejecución de Sentencia y Plazo Razonable. Ejecución Anticipada de Sentencia", Revista de Derecho Procesal, 2013-2, Ed. Rubinzal-Culzoni; "Requerimientos que llegan a la justicia civil. Los procesos judiciales a casi 20 años de la última reforma constitucional", Revista Voces en el Fénix, 30, Año 4, noviembre de 2013, Ediciones Especiales de Página 12 a cargo del Plan Fénix y coordinada por la Dra. Ángela Ledesma; "Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture", Ed. La Ley Uruguay, Uruguay, 2017, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal "Eduardo J. Couture", t. I, ISBN 978-9974-731-73-8 (Obra completa); "Instrumentalidad Subjetiva del Proceso. Argentina y el Contexto de América Latina", Libro publicado en Brasil Motivacao no CPC/2015 e MaisAlem ISBN 978-85-519-0424-4.



Es esta última perspectiva de análisis o comprensión del derecho procesal, en el cual se lo concibe como un instrumento para equiparar a los sujetos procesales, la que nos lleva a analizar – aunque más no sea con la brevedad que nos permite la extensión del presente ensayo- cómo se configura la tutela judicial efectiva en el caso en que una comunidad indígena o un miembro de un pueblo originario sea parte en un proceso judicial desde la perspectiva del reconocimiento legislativo y jurisprudencial que recorrimos párrafos atrás.

La consideración de las características de su vida comunitaria, identidad cultural, lengua, y la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos originarios por la histórica marginación que sufren, colocan entonces al Estado ante un deber especial de protección para lograr satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo adoptar medidas de acción positiva para remover los obstáculos que lo impidan²².

4. BENEFICIOS DEL PROCESO POR AUDIENCIAS EN LOS CONFLICTOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS. LAS AUDIENCIAS IN SITU

En el Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en Argentina, James Anaya, se dijo que “varias comunidades han intentado acceder al sistema de justicia para obtener protección o reconocimiento legal de sus tierras, obteniendo resultados diferentes. En general, los pueblos indígenas enfrentan varias barreras para acceder a la justicia, incluyendo barreras lingüísticas, culturales, económicas y de distancia. En particular, se ha reportado que la mayoría de los tribunales provinciales desconocen o no consideran debidamente la legislación nacional e

²² Esta perspectiva contiene el artículo 1 del Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión Redactora conformada en el marco del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia de la Nación “Las normas procesales se interpretarán con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales, observando los fines del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, procurando afianzar la tutela efectiva, en especial para los casos de personas en situación de vulnerabilidad. Se asegurará a las partes la igualdad real de oportunidades para la defensa de sus derechos, removiendo obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio o coloquen a una de ellas en condición de inferioridad jurídica. El proceso, desde su inicio hasta la ejecución de sentencia, estará sujeto a una duración razonable”.



internacional sobre pueblos indígenas, principalmente respecto de los derechos a las tierras y los recursos naturales”²³.

Estas barreras enumeradas en el informe citado siguen afectando a los pueblos indígenas en la actualidad y la forma escrita, impuesta a los actos procesales en el sistema vigente en el proceso civil, implica un agravante de estas condiciones.

Por el contrario, la intermediación que conlleva la realización de audiencias implica que las desigualdades queden a la vista, justo delante del magistrado, sin que sean intermediadas por el lenguaje técnico del abogado como sucede en el sistema escrito. Esta afirmación, válida para el caso de las comunidades o miembros de las comunidades que puedan llegar por sus medios hasta el lugar de celebración del acto judicial de la audiencia, tiene un efecto limitado, ya que la situación de pobreza en la que se encuentran en la mayoría de los casos, torna ineficaz esta idea para todos los supuestos.

La imposibilidad de acceder al sistema de justicia de las comunidades indígenas es mucho más profunda, la realización de audiencias es un avance sólo en parte, en el particular caso de este grupo de personas será necesario profundizar el esfuerzo y buscar una solución efectiva.

4.1. Conflictos de los pueblos originarios como sujetos colectivos ante la justicia ordinaria:

En el caso de los conflictos colectivos de los pueblos originarios, aparecen como una opción válida las audiencias in situ que lleva a cabo la Corte Interamericana, como sucedió recientemente en el litigio entre las comunidades que conforman Lhaka Honhat y el Estado Argentino.

Las visitas a terreno son de suma importancia para la vigencia del principio de intermediación, y en el caso que citamos se llevó a cabo una asamblea de representantes de las comunidades indígenas donde se pronunciaron sobre el objeto de la solicitud ante la Corte, como también se entrevistaron miembros de los grupos de criollos implicados en el conflicto²⁴.

²³51. https://acnudh.org/load/2012/07/2012_report_argentina_sp_auversion1.pdf

²⁴ Párrafo 10.



En similar sentido el Consejo Superior del poder judicial de Costa Rica dictó las “Reglas Prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las Poblaciones Indígenas” en las que, en su artículo primero, promueve la realización de las diligencias *in situ*²⁵.

En las audiencias celebradas en el territorio de sus propias comunidades, el colectivo indígena encontrará una mayor satisfacción de las garantías procesales, en tanto encontrar traductor o interprete será mucho más sencillo, el respeto por la dignidad de su cultura y cosmovisión será pleno, y también por ser las comunidades quienes reciben a los funcionarios judiciales en su propio territorio.

4.2. Conflictos de los miembros de una comunidad originaria ante la justicia ordinaria

En cuanto a los casos en los que un miembro de una comunidad indígena sea parte en un proceso judicial ante la justicia ordinaria, también el sistema por audiencias se muestra como el más apto para garantizar la tutela judicial efectiva.

La realización de este acto ante los estrados del tribunal ordinario, deberán cumplir con los extremos normativos y jurisprudenciales que repasamos, resultando una herramienta de suma utilidad las “100 Reglas de Brasilia”²⁶ que ponen especial atención a las formas que deben adoptarse en el caso en que sea parte en un proceso judicial los integrantes de una comunidad indígena, en tanto pueden encontrarse en situación de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. En la regla 9 se dispone que “Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante el sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen, identidad indígena o su condición económica. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los sistemas de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, idioma y tradiciones culturales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las

²⁵ Puede consultarse en http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=64886&nValor3=0&strTipM=TC

²⁶<http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/item/817-cien-reglas-de-brasilia-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito>



formas alternativas y restaurativas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con los sistemas de administración de justicia estatal”.

También del texto de las Reglas surgen las garantías que en el proceso deben darse respecto a la asistencia gratuita de interprete o traductor²⁷, la armonización de los sistemas de justicia estatal y los medios de administración de justicia tradicionales de las comunidades²⁸, el derecho a expresarse en su propio idioma²⁹, el respeto a la dignidad y cosmovisión, costumbres y tradiciones culturales³⁰.

Todas estas reglas, coinciden con las previsiones del ya citado artículo 12 del Convenio 169 de la OIT, y son pautas mínimas que deben seguirse para garantizar una igualdad real de las personas ante el sistema de justicia al momento de fijarse, convocarse y celebrarse audiencias.

5. LA INCIDENCIA DE LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y DEL ACUERDO REGIONAL SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN, LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN ASUNTOS AMBIENTALES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE – ACUERDO ESCAZÚ

La Asamblea General de la ONU en 2015 aprobó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible³¹, y fijó una serie de objetivos. El objetivo 16 de la Agenda 2030 consiste en promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia sin exclusiones y construir en todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas. El subpunto 3 contiene la meta de promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso

²⁷ Regla 32.

²⁸ Regla 48.

²⁹ Regla 49.

³⁰ Regla 79.

³¹https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S



a la justicia³², consolidando la evolución de la tutela judicial como tutela judicial efectiva en el sentido que desarrollamos en el presente ensayo en el punto III.

En el año 2018 Argentina firmó el primer Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York, y dado que la problemática ambiental se encuentra totalmente vinculada a la problemática indígena en razón de la cosmovisión de estos pueblos, resulta ser una herramienta de gran valor para el análisis que realizamos ya que marca adaptaciones que se consideran necesarias para lograr un efectivo acceso a la justicia.

En el artículo 8 sobre “Acceso a la justicia en asuntos ambientales” en su puntos 4 y 5 dispone que “Para facilitar el acceso a la justicia del público en asuntos ambientales, cada Parte establecerá: a) medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia; b) medios de divulgación del derecho de acceso a la justicia y los procedimientos para hacerlo efectivo; c) mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y d) el uso de la interpretación o la traducción de idiomas distintos a los oficiales cuando sea necesario para el ejercicio de ese derecho. 5. Para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, cada Parte atenderá las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda³³.”

Estos instrumentos internacionales aportan vigor al análisis realizado, ya que también proponen adaptaciones a los procesos judiciales a fin de lograr garantizar de modo efectivo la tutela judicial de los derechos de los pueblos indígenas.

6. EL TEXTO DEL CÓDIGO PROCESAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA DE LA PROVINCIA DEL CHACO, Y LAS ESPECIALES PREVISIONES PARA MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

³²Sobre el Objetivo 16.3, ver NOWAK, Manfred; GÓMEZ, Verónica; FISCHER, Horst; AHRENS, Helen, M, *Equal Access to Justice for All and Goal 16 of Sustainable Development Agenda: Challenges for Latin America and Europe*, en especial capítulos 1 - 3.

³³https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf



En el Boletín Oficial de la Provincia de Chaco del lunes 7 de enero de 2019 se publicó el texto del Código Procesal de Niñez, Adolescencia y Familia, cuya vigencia quedó pospuesta hasta el 1 de febrero del mismo año³⁴. Este cuerpo normativo contiene especiales previsiones para los casos en los que intervienen miembros de comunidades indígenas.

En primer lugar el artículo 2 en total concordancia con los lineamientos que marcamos en los párrafos anteriores, dispone que “Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas a modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas en situación de vulnerabilidad, lo que deberá ser garantizado por el juez de niñez, adolescencia y familia. Se consideran personas en situación de vulnerabilidad aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante la justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Los jueces de niñez, adolescencia y familia deben evitar que la desigualdad entre las personas por razones de vulnerabilidad afecte el desarrollo o resultado del proceso”, siguiendo la letra de las “100 Reglas de Brasilia”. En particular en el artículo 2 inciso 16 se refiere a los pueblos originarios disponiendo que “a los fines de consensuar y/o dirimir el conflicto familiar suscitado entre miembros de pueblos originarios, el operador deberá tener presente sus usos y costumbres, siempre que los mismos resulten compatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico Nacional, así como con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, fundamentalmente la dignidad, la salud o el desarrollo de niñas, niños y adolescentes; mujeres, adultos mayores, personas con capacidad restringida e incapacidad”.

Contiene una especial previsión sobre el idioma o lengua para el caso en que el oficial no sea conocido por la persona que deba prestar declaración en cuyo caso dispone la designación de un traductor público, o interprete, pudiendo además poder designar un

³⁴ Ley 2950-M de la Provincia del Chaco.



referente de la comunidad para su acompañamiento en el desarrollo de los actos procesales³⁵.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

La tutela judicial efectiva en los conflictos indígenas reviste particularidades que deben ser advertidas y asistidas oportunamente en el trámite de los procesos judiciales para lograr su vigencia plena.

La intermediación que caracteriza a los procesos orales o por audiencias, se muestra propicia para la toma de conocimiento por parte del magistrado de las necesidades que requieran la adopción de medidas de acción positiva, y que ellas sean adoptadas de modo oportuno y útil.

En particular en los procesos llevados adelante ante la justicia ordinaria en los que es parte una comunidad indígena como sujeto colectivo, las audiencias celebradas in situ (en el territorio de la comunidad) posibilitan el acceso efectivo a la justicia de sus miembros en tanto despejan los obstáculos económicos y culturales; y en los casos en que sus miembros acceden, o son parte en un proceso judicial, las audiencias deben ser adaptadas de acuerdo a las necesidades y vulnerabilidades que deban ser paleadas (designación de traductor, interprete, acompañante, respetando sus costumbres y tradiciones culturales).

REFERENCIAS:

LEDESMA, Ángela; "*Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*", Ed. La Ley Uruguay, Uruguay, 2017, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal "Eduardo J. Couture", t. I, ISBN 978-9974-731-73-8.

MOSMANN, M. V., "Instrumentalidad subjetiva del proceso", *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, 10, Año VIII, agosto de 2014, p. 197.

³⁵Artículos 36 y 39 del CPNNyA de la Provincia de Chaco.



MOSMANN, M. V., "Processo e sujeitos vulneráveis. Instrumentalidade procesual de equiparação subjetiva", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal RIDP*, Año 1.2. 2015, p. 119.

NOWAK, Manfred; GÓMEZ, Verónica; FISCHER, Horst; AHRENS, Helen, M, *Equal Access to Justice for All and Goal 16 of Sustainable Development Agenda: Challenges for Latin America and Europe.*