



Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas

Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas

DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

Dra. Stella Maris Martínez

PROGRAMA SOBRE DIVERSIDAD CULTURAL

Coordinado por la Secretaría General de Política Institucional:

Dra. María Fernanda López Puleio

Integrantes:

Violeta Quesada, Paula Barberi y Mariana Kohan

Contenidos:

Daniela Audisio, Paula Barberi, Mariana Kohan, M. Lorena Gutiérrez Villar, Violeta Quesada y Sebastián Tedeschi

COORDINACIÓN EDITORIAL

Comunicación Institucional - Secretaría General de Política Institucional
Defensoría General de la Nación

Publicación financiada por el Programa de Cooperación “Apoyo a Diálogos sobre Políticas entre la Unión Europea y Argentina”, de la Unión Europea, administrado por la Dirección Nacional de Cooperación Internacional del Ministerio de Relaciones Internacionales, Comercio Internacional y Culto de la Nación

2010 Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

www.mpd.gov.ar

Callao 970 - CP 1023

Ciudad de Buenos Aires

Tirada: 800 ejemplares

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea.

El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de la Defensoría General de la Nación y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea. 2010 Ministerio Público de la Defensa.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS 7

PRESENTACIÓN 9

INTRODUCCIÓN 11

CAPÍTULO 1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN 17

- 1.1. Inicio de las actividades del Programa de Apoyo a Diálogos sobre Políticas 17
- 1.2. Relevamiento de la información 18
- 1.3. Marco teórico sobre la temática del acceso a la justicia 21
- 1.4. Breve repaso de la normativa local y estándares internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas 23

CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DE LAS OPINIONES Y EXPERIENCIAS RECOGIDAS 29

- 2.1. Obstáculos procesales 29
- 2.2. Obstáculos estructurales y culturales 30
- 2.3. Desarrollo de experiencias positivas 30

CAPÍTULO 3. LOS PRINCIPALES OBSTÁCULOS PROCESALES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS 33

- 3.1. La falta de peritos especializados en materia indígena 33
- 3.2. Desconocimiento de las instituciones indígenas por parte de los operadores judiciales 37
- 3.3. Desconocimiento de los medios que los propios pueblos indígenas tienen para la resolución de conflictos 46
- 3.4. Extensa duración de los procesos judiciales en todas las instancias 55
- 3.5. Falta de comprensión del funcionamiento de las instituciones del Estado. Ausencia e insuficiencia de intérpretes y traductores estables de lenguas indígenas, que intervengan desde la etapa de consulta y en todas las etapas procesales posteriores 60
- 3.6. Inexistencia de procesos judiciales especializados para la tutela de derechos indígenas colectivos 66
- 3.7. Escasez de abogados especializados en derechos indígenas y de abogados indígenas 72

3.8. Desconocimiento por parte de los operadores judiciales de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas 74

3.9. Complejidad de los conflictos judiciales planteados y dificultades en el cumplimiento efectivo de las sentencias 78

CAPITULO 4. PRINCIPALES OBSTÁCULOS ESTRUCTURALES PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS 83

4.1. El acceso a la justicia de grupos especialmente vulnerables: mujeres, niñas, niños y adolescentes 85

4.2. Intervención de la defensa pública, provincial y federal, en casos vinculados a los derechos colectivos de los pueblos indígenas o de miembros de comunidades indígenas 91

4.3. Distancia entre los servicios de justicia y lugar de residencia de las comunidades indígenas 93

4.4. Inexistencia de tribunales con especialización en materia indígena 95

4.5. Ausencia de medios económicos, de medios de transporte y vías de comunicación adecuadas 98

4.6. Desconocimiento de los lugares y/o ámbitos a donde deben acudir por información 102

CAPITULO 5. ASPECTOS CULTURALES Y SIMBÓLICOS CONSTITUYEN IMPEDIMENTOS PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA 103

CAPITULO 6. DESARROLLO DE EXPERIENCIAS POSITIVAS 109

6.1. Abordaje de los conflictos planteados alrededor de violaciones de derechos indígenas en forma articulada con otros organismos o instituciones estatales y/o no estatales 109

6.2. Existencia dentro de los ministerios públicos de la defensa y los organismos nacionales consultados de programas o áreas específicas para la atención de los derechos de los pueblos indígenas 111

6.3. Diagramación de actividades de capacitación específicas en la temática 114

6.4. Sentencias o decisiones cautelares sobre reclamos de los pueblos indígenas 116

6.5. Derechos indígenas que han recibido adecuada tutela judicial 119

6.6. Logros y desafíos en la implementación de las leyes y políticas públicas para prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia y facilitar el acceso a la justicia 121

CONCLUSIONES 129

RECOMENDACIONES PRELIMINARES 135

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo pudo realizarse gracias a la colaboración del “Programa de Apoyo a Diálogos sobre Políticas” entre Argentina y la Unión Europea, que se encuentra financiado por esta última y es dirigido por la Dirección General de Cooperación Internacional del Ministerio de Relaciones Internacionales, Comercio Internacional y Culto, a cargo de la Embajadora Julia Levi.

La actividad fue coordinada por la Secretaría General de Política Institucional, ámbito donde se encuentra en funcionamiento el Programa sobre Diversidad Cultural.

Para llevar a cabo el estudio, en el marco de la actividad del programa de cooperación mencionado, se contó con la participación del Dr. Marco Aparicio Wilhelmi, abogado español y profesor de la Universidad de Girona, con gran experiencia y trayectoria en el ámbito de los derechos humanos y especialmente sobre la temática indígena, quien colaboró con la realización de este estudio a través de aportes y sugerencias y tuvo la generosidad de redactar su introducción.

El trabajo de relevamiento, análisis y sistematización de la información fue realizado por las abogadas María Lorena Gutiérrez Villar y Daniela Audisio, ambas especialistas en la materia.

Se agradece especialmente la gran colaboración de los defensores y procuradores generales de las diferentes provincias de nuestro país, así como de los defensores públicos oficiales integrantes de este Ministerio Público de la

Agradecimientos

Defensa, y de los abogados particulares -con amplia experiencia en materia de litigio de los derechos de los pueblos indígenas- que brindaron la información solicitada en la guía de preguntas sobre el acceso a la justicia.

Asimismo, destacamos especialmente el aporte realizado por los líderes y lideresas de diversas comunidades indígenas, quienes compartieron su opinión y visión sobre la temática. Este trabajo no podría haberse realizado sin su participación.

PRESENTACIÓN

La idea de elaborar un estudio sobre acceso a la justicia de los pueblos indígenas se enmarca dentro de las líneas de acción que viene llevando a cabo el Ministerio Público de la Defensa con el objeto de promover y ejecutar iniciativas para la defensa y protección de los derechos humanos, instando políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados (art. 51 incs. d y e, Ley Orgánica del Ministerio Público).

En el ámbito de la Defensoría General de la Nación se creó como proyecto piloto el “Programa sobre Diversidad Cultural” (Res. DGN N°1290/08) cuyo principal objetivo es promover actividades orientadas a la defensa y protección de la diversidad cultural, operando como estructura de apoyo en la materia a la labor de los defensores públicos de la institución, en coordinación con los demás programas y comisiones ya creados en el ámbito de la Defensoría General. Así, teniendo en cuenta las necesidades existentes relacionadas con la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas del país se dispuso que el programa piloto dé prioridad a las actividades encaminadas a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

Ello, teniendo en cuenta que las dificultades que encuentran para lograr el efectivo cumplimiento de sus derechos son históricas y a pesar de los avances normativos, vinculados con su reconocimiento y protección, aún se

Presentación

encuentran atravesando por diferentes situaciones conflictivas, específicamente en torno a sus reclamos históricos relacionados con la tierra y el territorio que ancestralmente habitan.

Programa sobre Diversidad Cultural

Secretaría General de Política Institucional

Defensoría General de la Nación

Diciembre de 2010

INTRODUCCIÓN

Hasta la reforma constitucional operada en 1994, la norma fundamental argentina seguía considerando que era obligación del parlamento nacional “conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo” (art. 67, inciso 16). Apenas quince años después, una institución del Estado, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (IN-ADI), pone en marcha el Programa Pachakutik, que tiene como objetivo principal dirigir sus esfuerzos hacia la conformación de un Estado plurinacional, pluricultural y plurilingüe, en el marco de una sociedad con pertinencia cultural, crítica, participativa, equitativa, democrática e intercultural. El salto es, sin duda, abismal.

Tal transformación se ha sustentado en la capacidad de movilización y reivindicación de los propios pueblos indígenas, lo cual ha forzado a una cierta reinención de los ordenamientos internacionales e internos de los distintos Estados, especialmente en el contexto latinoamericano. Esta reinención, de mayor o menor calado según los casos, ha modificado el escenario de las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado, y nos conduce a procesos que muchos de ellos coinciden con el grito “nunca más un México sin nosotros”, lanzado por las comunidades zapatistas desde su levantamiento en 1994, precisamente.

Se podría entender ese conjunto de cambios como una segunda materialización del principio de igualdad, que vendría a acompañar a la materialización de orden social

atendiendo a las diferencias materiales derivadas de las diferencias culturales. Seguramente sería mejor no desconectar esta “segunda materialización” de la primera, la de tipo social. Y ello por diversos motivos. En primer lugar porque, la primera, lejos de haber llegado a su realización, está en franco retroceso y sigue siendo la principal promesa incumplida del constitucionalismo contemporáneo. En segundo lugar, porque sería un error, en el que a menudo se incurre, tratar de desvincular los ejes que dan forma a las distintas dinámicas de desigualdad y exclusión que definen a nuestras sociedades. Por el contrario, la mayor parte de los obstáculos a la inclusión son el producto del entrecruzamiento del racismo, el clasismo y la discriminación cultural.

En otras palabras: la materialización de la igualdad no puede quedarse en el terreno de las diferencias sociales o de clase sino que debe incorporar, también y de manera entrelazada, las diferencias culturales, que, al igual que las primeras, son elementos que impiden la participación igual de todas las personas.

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta la dimensión colectiva del hecho cultural, el primer paso a dar consistiría en abandonar la exclusiva centralidad de los derechos (individuales) para atender al protagonismo del reconocimiento efectivo de los sujetos de los derechos. De ahí, como consecuencia, desembocaríamos en el terreno de los derechos colectivos. El reconocimiento del sujeto supone introducir un elemento de realidad en un mundo ficticio, el del orden jurídico homogéneo que ahoga la existencia colectiva de las personas en el mar de la igualdad formal. En efecto, frente a la simulación de la homogeneidad cultural y nacional, emerge una realidad de distintos sujetos colectivos, cuyas relaciones de convivencia exigen superar el viejo esquema del Estado-nación, basado en la

pétreo identificación entre pueblo, nación y Estado.

La imposibilidad de seguir negando la presencia en una misma realidad estatal de pueblos diversos, de distintas culturas, y el rechazo a la supremacía y, por tanto, al dominio, de unos sobre otros, ha de llevarnos a pensar cómo conformar instituciones comunes que aseguren una igual participación y unas mismas condiciones de acceso, sin anular la existencia de instituciones propias que permitan el respeto y la articulación de las diferencias. El horizonte nos habla de sujetos que en su libre determinación opten por conformar un espacio común de convivencia, respetuoso de sus identidades pero a la vez capaz de generar un espacio compartido a partir de un diálogo intercultural entre iguales, fundamento de la legitimidad de los poderes.

Aunque la reforma constitucional de 1994 está lejos de situar a Argentina, en lo que al reconocimiento de derechos indígenas se refiere, cercana a contextos normativos como el boliviano (2009), el ecuatoriano (2008), el venezolano (1999) o el colombiano (1991), debe no obstante señalarse la importancia de unas previsiones que, de manera sucinta, condensan aspectos centrales de las reivindicaciones indígenas. En efecto, el art. 75 inciso 17 del texto constitucional establece la obligación del Congreso de reconocer la “preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto de su identidad (...) y la posesión y la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan...”, entre otros extremos. Por tanto: reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas con relación al mismo Estado, y respeto de la identidad y de su base material y espiritual, la tierra. Se trata de un sustancial avance fundamentalmente por la incorporación de los sujetos y derechos colectivos al centro del discurso normativo.

El efectivo reconocimiento de derechos indígenas tiene

en Argentina sustento jurídico, tanto constitucional como internacional, con especial mención al Convenio 169 de la OIT y a la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas. Pero también deriva de exigencias políticas y hasta morales: difícilmente el Estado pueda seguir gestionando las dinámicas de exclusión por más tiempo. Se han agotado las fuentes de legitimación que emanaban del discurso de la igualdad formal y de las políticas asistencialistas, e incluso el de la diferencia tolerada en el marco del multiculturalismo constitucional de baja intensidad. El contexto regional apunta hoy, al menos en el plano retórico, hacia la construcción de democracias inclusivas a partir de procesos de descolonización y de plurinacionalidad. Se trata de respuestas que emergen de los propios pueblos indígenas en un contexto caracterizado por la intensificación de las amenazas que el modelo de desarrollo económico ciernen sobre sus mismos presupuestos vitales: territorios, hábitat, biodiversidad, recursos y conocimientos tradicionales.

En este contexto se desarrolla una iniciativa que sin duda debe ser bienvenida, aunque sin dejar de considerarla como expresión de un deber, de una obligación inexcusable. El informe sobre el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, impulsado desde el Ministerio Público de la Defensa es, como el mismo plantea, un punto de partida, una herramienta que por lo pronto debe servir para “tomar conciencia de la necesidad de trabajar diariamente para superar los obstáculos que se presentan a los miembros de las comunidades indígenas cada vez que desean reclamar por sus derechos”.

La necesidad y la oportunidad de la iniciativa se comprueban a partir de la lectura del informe. El conjunto de obstáculos advertidos, tanto de orden normativo y procesal, como de tipo estructural, nos hablan de lo impe-

rioso de abordar un replanteamiento de los espacios, los tiempos y las formas de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas. A partir de la constatación de que “los integrantes de las comunidades no acuden a los organismos en busca de ayuda porque descreen de los mismos o porque consideran que las soluciones que les proveen no son acordes a su cultura”, se apuntan líneas de mejora pero sin desatender la necesidad de abordar un proceso de cambios más profundo, que tenga en cuenta, como señala el propio INADI, “que los sistemas normativos indígenas constituyen modelos diferentes al occidental del derecho positivo, por lo que parte de la indefensión de los indígenas se sustenta en el nulo entendimiento del procedimiento y los mecanismos de administración de justicia. Los juicios, el idioma español y su discurso jurídico reproducen el discurso hegemónico y dejan fuera la justicia indígena”.

La combinación entre el sustento jurídico de las afirmaciones que contiene el informe, junto con el testimonio y la experiencia de parte importante de los actores implicados hacen que estemos ante un primer diagnóstico que nos ofrece una aproximación extraordinariamente clara y, por ello, útil. El informe nos lleva al convencimiento de que ninguna solución aislada podrá, por sí misma, imprimir cambios sustanciales, pero al mismo tiempo constata que poner en marcha iniciativas de mejoras concretas en el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, si éstas son entendidas desde una dimensión estructural y de largo alcance, constituye un primer paso ineludible.

Dr. Marco Aparicio Wilhelmi

CAPÍTULO 1

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Inicio de las actividades del Programa de Apoyo a Diálogos sobre Políticas

En diciembre de 2008 el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación y la Directora para América Latina de la Oficina de Cooperación EuropeAid, Alexandra Cas Granje, suscribieron el Convenio de Financiación del “Programa de Apoyo a Diálogos sobre Políticas”.

El Programa ha sido concebido como un instrumento de cooperación internacional destinado a profundizar el proceso de Diálogo sobre Políticas entre la Unión Europea y la República Argentina y contempla la realización de actividades de diálogo e intercambio de conocimientos en distintos formatos, las cuales se encuentran estrechamente ligadas a los temarios sectoriales acordados por ambas partes, en Comisiones Mixtas. El desarrollo del Programa se lleva a cabo desde el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en el ámbito de la Unidad Ejecutora de Programas con Financiamiento Externo dependiente de la Dirección General de Cooperación Internacional.

En el marco del mencionado programa, desde el Ministerio Público de la Defensa se organizaron diferentes actividades, entre ellas, la realización de la presente investiga-

ción sobre acceso a la justicia de los pueblos indígenas.

De ese modo, teniendo en cuenta los amplios desafíos que representa la protección de los derechos de los pueblos indígenas para la defensa pública de nuestro país, estimamos importante realizar este estudio, en el convencimiento de que será muy enriquecedor para la ejecución de las actividades que ya se vienen desarrollando desde la institución. A su vez, significará un punto de partida para cualquier acción que a futuro se implemente, ya sea desde el Ministerio Público de la Defensa o desde otras instituciones gubernamentales y no gubernamentales.

Principalmente, se espera que la publicación se transforme en una herramienta que permita tomar conciencia de la necesidad de trabajar diariamente en aras de superar los obstáculos que se presentan a los miembros de comunidades indígenas cada vez que desean reclamar por sus derechos.

A lo largo del estudio se repasarán conceptos y principios sobre el “acceso a la justicia” y se abordarán algunos estándares jurisprudenciales y normativos de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Asimismo, luego del análisis de cada uno de los obstáculos observados, se plantearán desafíos, conclusiones y recomendaciones para continuar la lucha por el respeto de la diversidad cultural.

1.2. Relevamiento de la información

Este libro es el fruto de un proyecto de investigación sobre los obstáculos que enfrentan los pueblos indígenas en el acceso a la justicia. Para su elaboración se recabaron opiniones y experiencias de los principales actores que cotidianamente intervienen en conflictos judiciales que involucran los derechos de los pueblos indígenas desde diferentes perspectivas: los miembros de comunidades in-

dígenas, sus abogadas y abogados defensores, integrantes del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, defensores públicos provinciales y por último, organismos públicos nacionales relacionados con la formulación e implementación de políticas públicas orientadas a la protección integral de derechos de los pueblos indígenas.

En el mes de abril de 2010, desde la Defensoría General de la Nación se elaboró una “guía orientativa” de asuntos vinculados con el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, que tuvo como objetivo facilitar la reflexión de quienes colaboraron con este estudio. Entre los temas propuestos para la reflexión se encontraban cuestiones relacionadas con la organización de los tribunales de justicia y su funcionamiento, así como la organización de otras instituciones del Estado vinculadas al sistema de justicia; aplicación de normativa y estándares internacionales de derechos humanos para la resolución de conflictos que involucraran a comunidades y personas indígenas, subsistencia de conductas o actos discriminatorios en relación con los pueblos indígenas; y existencia de estrategias positivas para resolver estos conflictos y desafíos pendientes. En los meses de mayo y junio esta guía fue entregada a las personas que colaboraron con la realización de este estudio.

Dado que en nuestro país el universo de profesionales que se dedica al acompañamiento de los reclamos de los pueblos indígenas es reducido, a través de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena se pudo solicitar la colaboración de los abogados y abogadas con conocida experiencia en la defensa de los pueblos indígenas. En total se contactaron 17 profesionales del derecho que patrocinan reclamos de estos pueblos en distintas provincias: Misiones, Formosa, Chaco, Salta, Tucumán, La Pampa, Neuquén, Río Negro y Chubut.

A su vez, desde la Defensoría General de la Nación se

solicitó colaboración a los defensores públicos federales y provinciales -a través de los diferentes organismos centrales y jerárquicos correspondientes-.

De ese modo, participaron de la siguiente investigación los defensores públicos oficiales federales de: Formosa, Chaco, Santiago del Estero, Santa Fe, Tierra del Fuego, Salta, Catamarca, Río Negro, Neuquén, Buenos Aires, La Pampa, Chubut, Santa Cruz y Misiones, y defensores públicos con actuación en la justicia provincial de Salta, Chubut, Santa Fe, Río Negro, Chaco, Corrientes, Mendoza, San Luis, La Rioja, Tucumán y Catamarca.

Finalmente, se contactó a organismos nacionales directamente relacionados con la temática a fin de conocer sus opiniones e intervenciones en relación con los derechos de los pueblos indígenas y si a través de ellas identificaron cortapisas para el acceso a la justicia de los pueblos originarios. Tanto la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, como el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (en adelante INADI) y la Defensoría del Pueblo de la Nación, colaboraron activamente con el presente trabajo. Asimismo, se pretendió conocer las diferentes acciones que, en el ámbito de sus respectivas competencias, cada uno de los organismos llevó a cabo para remediar estos obstáculos y su impacto positivo.

Durante el relevamiento de la información, se les solicitó a los defensores públicos y a los organismos del Estado Nacional que ilustraran el modo de abordar estos conflictos; específicamente, si lo hacen en forma articulada con otros organismos estatales y/o no estatales.

En todos los casos, las guías orientativas, fueron elaboradas de modo que permitieran a las personas consultadas la mayor libertad posible en el relato de sus experiencias.

La opinión de integrantes de diferentes comunidades fue recogida en una jornada llevada a cabo en ámbito de

la Defensoría General de la Nación, en el marco del Programa Intensivo de Fortalecimiento de Lideresas y Líderes indígenas organizado por el Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso a la Tierra (GAJAT), en la que participaron aproximadamente 20 líderes/as pertenecientes a diversos pueblos que habitan en el actual territorio argentino: Wichí, Pilagá, Qom, Diaguita, Charrúa y Mapuche.

Se elaboró una guía con preguntas abiertas sobre diferentes temas. Los primeros puntos se referían a cuestiones relacionadas con el estado de situación de las comunidades que integraban los líderes y lideresas. A modo de ejemplo, se les consultaba sobre: prestación de servicios básicos (agua, educación, salud y vivienda), existencia de conflictos relacionados con el territorio de la comunidad o con la obtención de la personería jurídica, etc.

El eje central de la “encuesta” se relacionó con la existencia o no de reclamos -relacionados con los conflictos que pudiere haber señalado con anterioridad- los resultados que hubieren obtenido o, en su defecto el estado del trámite. También se consultó acerca de las dificultades, obstáculos o problemas que pueden llegar a haber surgido en el proceso del reclamo administrativo o judicial según corresponda. Por último, se enfatizó en el grado de conocimiento que podían llegar a tener los líderes de la comunidad sobre la existencia de recursos jurídicos (organizaciones no gubernamentales y estatales) tanto a nivel nacional como local/provincial.

1.3. Marco teórico sobre la temática del acceso a la justicia

Para el presente trabajo se partió de las consideraciones del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Expertos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) consideran pertinente definir el acceso a la justi-

cia como: “La capacidad de los individuos de buscar y obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas a través de las instituciones formales o informales de justicia, de conformidad con las normas de derechos humanos”.

En este sentido el acceso a la justicia se entiende como un proceso que debe ser adaptado a un contexto específico y que requiere la capacitación de todos los actores involucrados. Los elementos que lo integran son: 1) protección legal: reconocimiento de los derechos dentro de los sistemas de justicia que otorgue la posibilidad de obtener una respuesta a sus necesidades jurídicas ya sea mediante mecanismos formales o tradicionales; 2) conciencia legal: conocimiento por parte de los individuos de la posibilidad de obtener una reparación jurídica mediante los sistemas de justicia formales o tradicionales; 3) asistencia y asesoramiento legal: acceso a profesionales capacitados para iniciar y llevar adelante procedimientos jurídicos; 4) adjudicación: proceso de determinación del tipo de reparación jurídica o compensación más adecuado, ya sea regulado por la legislación formal, como ocurre en los tribunales, o por los sistemas jurídicos tradicionales; 5) ejecución: implementación de órdenes, resoluciones, y acuerdos que surjan de la adjudicación formal o tradicional, 6) supervisión de la sociedad civil y del parlamento: funciones de vigilancia y control con respecto a los sistemas de justicia.

Este estudio trabaja algunos de estos aspectos especialmente del segundo al quinto toda vez que analiza la existencia de los obstáculos detectados al momento de solicitar la intervención de la justicia por los distintos actores involucrados en la protección de los derechos indígenas ante los tribunales y busca conocer el resultado de las intervenciones de la justicia, las estrategias adoptadas a fin de superar estos obstáculos y los desafíos pendientes.

1.4. Breve repaso de la normativa local y estándares internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas

Antes de comenzar a analizar los resultados y observaciones del trabajo realizado, estimamos oportuno brindar un breve acercamiento a los estándares de derechos humanos que deben aplicarse cuando se trata de cuestiones vinculadas con los derechos de los pueblos indígenas:

La constitución sancionada en 1853/60, hasta ser reformada en 1994 guardaba para los indígenas sólo una remota referencia en el artículo 67, donde se enumeraban las atribuciones del Congreso de la Nación. Allí expresaba, en el inciso 16, que corresponde al Congreso: “Conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”. Esto configuraba un trato degradante en cuanto indirectamente trataba a los indígenas de “incivilizados”.

En el orden nacional, entre 1984 y 1993 se promulgaron una serie de leyes “integrales” destinadas a establecer los derechos indígenas. La Ley Nacional N° 23302 fue sancionada en 1985 y reglamentada en 1989. En su artículo 7 determina que la adjudicación de tierras se hará dando preferencia a las comunidades que carezcan de tierras o las tengan en cantidad insuficiente; y posibilita que se entreguen en propiedad individual, a favor de indígenas no integrados en la comunidad, dando prioridad a quienes formen parte de grupos familiares, con la obligación de los adjudicatarios de radicarse y trabajar personalmente dichas tierras. El decreto 155 (1989) agrega que los títulos de dominio deberán indicar que se trata de tierras cuya titularidad es inembargable e inejecutable, no susceptible de ser vendida, arrendada o transferida sin autorización del INAI y que toda adjudicación de tierras deberá hacerse con el consentimiento de la comunidad indígena involucrada. La Resolución N° 4811 de 1996 de la Secretaría de

Desarrollo Social de la Nación establece los criterios para la inscripción en el Registro Nacional de las Comunidades Indígenas de las personerías jurídicas. Sin embargo, por falta de conocimiento, asesoramiento y apoyo, muchas comunidades terminan inscribiéndose en registros provinciales, los cuales son controlados por las direcciones provinciales de personas jurídicas y en muchos casos, carecen de criterios adecuados a los estándares internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas. En 1994 se reformó la Constitución Nacional y el artículo 75, en su inciso 17, reemplazó al antiguo artículo 67 inciso 16, quedando redactado de la siguiente manera:

Corresponde al Congreso (...): “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural. Reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

Luego de la reforma constitucional de 1994 algunas provincias realizaron modificaciones en sus constituciones para otorgar reconocimiento normativo a los derechos de los pueblos indígenas.

Asimismo, en el orden internacional, la Argentina incorporó a su legislación interna el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante Convenio 169 de la OIT) a través de la Ley Nº 24.071 de

1992, y en el año 2000 ratificó el convenio, que entró en vigencia a partir del 3 de julio del 2001. En 1995 se aprobó, por Ley N° 24.544, la Constitución del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (ONU). Sin embargo, el marco jurídico anterior al Convenio 169 de la OIT aún no ha sido reformado, lo que suscita controversias que obstaculizan la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas.

El Convenio mencionado y la Declaración de las Naciones Unidas sobre derecho de los pueblos indígenas son los instrumentos más importantes de protección de los derechos indígenas en el sistema jurídico internacional de los derechos humanos y a lo largo del presente trabajo se abordarán los principios incluidos en ellos.

En ese sentido, teniendo en cuenta que uno de los conflictos más importantes y graves que deben enfrentar los pueblos indígenas se refiere al reconocimiento del derecho a la tierra y a su territorio ancestral, estimamos necesario, en este punto, realizar un repaso sobre los estándares que enuncia el Convenio 169 de la OIT:

- Autodefinición: la conciencia de su identidad es considerada un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplica el Convenio (art. 1, inc. 2)

- El Convenio establece que los gobiernos deberán adoptar las medidas especiales necesarias para salvaguardar las personas, instituciones, bienes, trabajo culturas y el medioambiente de los pueblos interesados. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. (art. 4, incs. 1 y 2).

Sobre el derecho a la tierra de las comunidades:

- Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que tienen las culturas y valores espirituales de los pue-

blos en relación con las tierras o territorios, en particular los aspectos colectivos de esa relación (art. 13, inc. 1).

- La utilización del término “tierras” deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. (art. 13, inc. 2).

- Deberá reconocerse el derecho a la propiedad y a la posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. En los casos apropiados, 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 acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes (art. 14, inc. 1).

- Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar cuáles son las tierras de los pueblos originarios y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión (art. 14, inc. 2)

Finalmente se establece la obligación de los Estados de proteger especialmente los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales existentes en sus tierras. Éstos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (art. 15, inc. 1).

Los pueblos indígenas deben ser consultados sobre los problemas que pueden ser causados por la explotación de los recursos. Deberán participar siempre que sea posible de los beneficios de tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de ellas (art. 15, inc. 2).

Traslados de su territorio:

- Los pueblos indígenas no deberán ser trasladados de

las tierras que ocupan (art. 16, inc. 1).

- Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación fueren considerados necesarios, solamente deberán ser efectuados con su consentimiento, libremente y con pleno conocimiento de la causa (art. 16, inc. 2).

- Siempre que sea posible los pueblos tienen derecho a retornar a sus tierras tradicionales. Si no fuese posible, corresponde una indemnización (art. 16, inc. 3, 4 y 5).

Sobre la transferencia de tierras:

- Se deben respetar sus propios modos de transferencia de las tierras (art. 17, inc. 1).

- Se debe consultar a los pueblos indígenas para vender de modo diferente las tierras apersonas foráneas a su comunidad (art. 17, inc. 2)

- La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados, o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones (art. 18).

Programas agrarios:

- Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

- a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos, cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;

- b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen. (artículo 19)

A pesar de estos significativos reconocimientos normativos, se observa que en muchas provincias las modificacio-

nes legislativas fueron anteriores a la aplicación del Convenio 169 y de la Declaración de las Naciones Unidas, motivo por el que utilizaron estándares de colonización de tierras para familias individuales o en algún aspecto no coinciden con el espíritu del Convenio 169. Incluso, hay provincias que han cumplido un alto nivel de titulaciones manteniéndose retraso en los lugares conflictivos por causas de intereses creados por las oportunidades de proyectos lucrativos.

CAPÍTULO 2

ANÁLISIS DE LAS OPINIONES Y EXPERIENCIAS RECOGIDAS

A fin de ilustrar las dificultades y resultados detectados con la mayor comprensión posible, la información relevante se ordenó en tres ejes temáticos: obstáculos procesales, obstáculos estructurales y culturales; y desarrollo de experiencias positivas.

Es importante mencionar que la división de los ejes, es una cuestión metodológica, ya que todos se encuentran interrelacionados y dependen unos de otros.

2.1. Obstáculos procesales

Se solicitó a las personas consultadas que describieran las dificultades identificadas al momento de iniciar una acción judicial y llevarla adelante o al momento de responder frente a un requerimiento de la justicia.

La identificación de estos obstáculos permite determinar si los pueblos indígenas encuentran en los tribunales locales y nacionales, una adecuada tutela judicial de sus derechos.

Entre las dificultades señaladas se indicaron la insuficiencia de intérpretes de lenguas indígenas, el desconocimiento de los operadores judiciales sobre las instituciones indígenas y la falta de aplicación de sus medios para la solución de conflictos, la falta de un procedimiento idóneo y adecuado para la tutela de los derechos colectivos

(en particular los que protegen sus derechos a las tierras y territorios y los recursos naturales allí existentes), los prolongados plazos de duración de los procesos judiciales, falta de participación en los procesos de peritos especializados en materia indígena y complejidad de los conflictos judiciales planteados.

2.2. Obstáculos estructurales y culturales

Fueron recogidos aquellos aspectos económicos y sociales, así como los vinculados a la organización del aparato estatal, que dificultan el acceso de los pueblos indígenas a la justicia.

A través del examen de estas dificultades, podrá establecerse en qué medida el Estado cumple con la obligación de organizar el aparato institucional de modo que garantice el acceso a los pueblos indígenas a recursos idóneos para la tutela de sus derechos y adoptar medidas dirigidas a remover los obstáculos normativos, económicos y sociales que puedan impedir tal acceso.

2.3. Desarrollo de experiencias positivas

El presente trabajo, no pretende ceñirse sólo a establecer los obstáculos más frecuentes en relación con el acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Además recoge las experiencias que han sido adecuadas para proteger los derechos de estos pueblos, de modo que pueden ser apreciadas y replicadas por quienes tienen a su cargo la protección y satisfacción de los derechos de los pueblos indígenas.

Por este motivo, en este apartado se recogen las experiencias en cuanto al establecimiento de áreas específicas de atención a las comunidades y personas indígenas, la existencia de programas de capacitación sobre derechos indígenas, la adopción de acciones coordinadas entre distintos actores para abordar los conflictos concretos sobre

sus derechos, los logros en materia de implementación de leyes y políticas públicas en la materia, así como los desafíos pendientes.

En todos los ejes, se transcriben buena parte de las opiniones y experiencias recogidas, con el fin de ilustrar los obstáculos detectados con la mayor elocuencia posible.

Finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones elaboradas a partir de las experiencias y diferentes perspectivas de los actores involucrados en la temática.

Se espera que estas formulaciones, contribuyan a la creación de políticas públicas, prácticas y dispositivos institucionales destinados a mejorar el acceso a la justicia de un grupo que ha sido históricamente despojado e invisibilizado en nuestro país; y que sean tomadas en consideración cada vez que se adopte una decisión o medida (legislativa, judicial y administrativa) susceptible de afectar los derechos de los pueblos indígenas.

CAPITULO 3

LOS PRINCIPALES OBSTÁCULOS PROCESALES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

3.1. La falta de peritos especializados en materia indígena

Tanto los abogados defensores de los derechos indígenas como los líderes y lideresas cuyas opiniones fueron relevadas, indicaron que -en muchos casos- los tribunales ordinarios son reticentes a aceptar la incorporación a los procesos de peritos especializados en materia indígena.

El Convenio 169 de la OIT, garantiza la protección judicial de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas:

“Los pueblos 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. [...]” (artículo 12)

Nuestra Constitución Nacional, establece ciertas garantías para que la búsqueda de protección de los derechos ante los tribunales sea efectiva (art. 18). Estas garantías judiciales, también se encuentran reconocidas en varios de los instrumentos internacionales incorporados a ella con jerarquía constitucional.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el Pacto), establece que:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. [...]

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.” (artículo 14)

En igual sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana) fija que:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación

de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2.a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.” (artículo 8.1)

La Corte IDH, en relación con esta norma, ha expresado, que es aplicable también a procesos de índole civil:

“Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, [es] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el dere-

cho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.” Indicó también que todos los órganos del Estado tienen la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.¹

Tal como se desprende de las normas reseñadas, la defensa en juicio es un derecho dirigido, entre otras cuestiones, a impedir la arbitrariedad de los órganos del poder público. Este derecho comprende también la posibilidad de ofrecer y producir las pruebas, así como de controvertir los elementos probatorios de la contraparte, a fin de que el órgano jurisdiccional emita una decisión fundada.

Tanto en el ordenamiento procesal civil y comercial nacional como en varios de los ordenamientos procesales provinciales², las decisiones judiciales respecto de la producción, denegación y sustanciación de las pruebas no son recurribles ante una instancia superior. El replanteo de pruebas denegadas en primera instancia, sólo está previsto ante la segunda instancia en caso de procesos de conocimiento (vedando invariablemente esta posibilidad en la acción de amparo).

En el ámbito civil y con fundamento en esta norma, los pueblos indígenas en numerosos casos se ven imposibilitados de revisar, ante una instancia superior, las decisiones judiciales que rechazan la prueba pericial antropológica.

Si bien esta regla es de carácter general, afecta desproporcionadamente a los pueblos indígenas, quienes se valen de esta prueba en defensa de sus derechos. Esta situa-

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú). Sentencia del 31 de enero de 2001, párrs. 69 a 71. Serie C Nro.71.

2 Códigos de procedimiento civil: Nacional, art. 379; Chaco, art. 357; Chubut, art. 198; Formosa, art. 376; Misiones, art. 379; Salta, art. 379.

ción configura una restricción del derecho a la defensa en juicio, contraria a las normas internacionales de derechos humanos vigentes en nuestro país.

De la información brindada por los abogados defensores, operadores judiciales, organismos de gobierno y líderes indígenas, surge como uno de los principales inconvenientes en el desarrollo de los procesos, el hecho de que muy pocos jueces habilitan la posibilidad de una pericia antropológica; y mucho menos la de contar con intérprete de lengua indígena, tratando de catalogar estas medidas como meramente dilatorias.

Asimismo, se ha resaltado la falta de los peritos especializados, quienes aportarían elementos válidos en cuanto a tradiciones y forma de vida de los pueblos, y en relación con la manera de solucionar conflictos internos dentro de las comunidades.

Por otro lado los operadores judiciales sostienen, que sin bien los peritos especializados son un elemento más que relevante para fortalecer los fundamentos de la defensa, las comunidades no siempre cuentan con la posibilidad de costear los honorarios que implicaría la participación de esos profesionales:

“Los peritos especializados son muy necesarios (agrimensores, antropólogos, etc.) pero no siempre está dentro de las posibilidades de las comunidades indígenas costear sus honorarios. Por lo tanto, las defensas muchas veces se ven empobrecidas de fundamentos más variados y profundos con elementos técnicos, que prueben los aspectos colectivos que hacen a los pueblos indígenas”

3.2. Desconocimiento de las instituciones indígenas por parte de los operadores judiciales.

Entre otros factores, los pueblos y comunidades se dis-

tinguen debido a la existencia de sus instituciones políticas, sociales, económicas y culturales.

En este sentido, los autores del libro “Convenio 169 de la O.I.T sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino”, María Micaela Gomiz y Juan Manuel Salgado, han expresado en el texto de esa obra lo siguiente:

“Los pueblos indígenas han de ser considerados tales porque “conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. El proyecto expresaba “tradicionales instituciones” y se reemplazó por “propias instituciones”, de modo que no se requiere que éstas sean antiguas, y por ello, se suprimió el párrafo del Convenio 107 que hablaba de “instituciones... de dicha época”. Puede conservarse sólo “parte” de las instituciones aún cuando no sea la parte principal. Ello responde a las críticas que se formularon al requisito de conservación de instituciones “tradicionales” ya que los pueblos pueden haber sido despojados de ellas contra su voluntad, y excluirlos del Convenio por esta razón implicaría legitimar el despojo y la colonización que se quieren reparar.”³

Como fue señalado oportunamente, la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 17, reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas y garantiza el respeto a su identidad.

Las normas internacionales sobre derechos humanos, referidas a los derechos de los pueblos indígenas, garantizan el respeto y la protección de su derecho a salvaguardar, controlar y desarrollar sus instituciones políticas, sociales, económicas y culturales, incluyendo sus prácticas, costumbres, derecho consuetudinario y sistemas jurídicos.

3 Salgado, Juan Manuel y Gómiz, María Micaela. Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino, Ed. 2010, pág. 56.

El Convenio 169 de la OIT, establece el respeto por las instituciones de los pueblos indígenas como una parte integral de sus derechos. Esto queda evidenciado en distintas disposiciones del mencionado convenio:

“La acción de los gobiernos deberá incluir medidas: b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; (artículo 2.1)

“Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”. (artículo 4.1)

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

(a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

(b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; (...)”.(artículo 5)

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

(a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

(c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.” (artículo 6.1)

“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales [...]” (artículo 8.2)

En forma más reciente, la Declaración las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante “la Declaración de las Naciones Unidas”) establece que:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales [...]” (artículo 5)

“Los pueblos indígenas tienen derecho a [...] mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones” (artículo 18).

“Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas, económicas y sociales [...]” (artículo 20)

“Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.” (artículo 34)

En ese mismo sentido, señala el Dr. Marco Aparicio Wilhelmi:

“Las demandas indígenas han ido adoptando caracteres distintos a medida que cambiaban los términos de la relación con el Estado o los espacios de dicha relación. Así, partiendo de la reivindicación del derecho a la “tierra” se ha transitado al “territorio”, al del “hábitat” para después incorporar el concepto de “etnodesarrollo” (o “desarrollo con identidad”) como paso previo a la consolidación y generalización de la exigencia de libre determinación, entendida como demanda que viene a condensar y articular políticamente el conjunto de reivindicaciones, esto es, como demanda “madre”, origen y espacio de todas las otras.”⁴

En el caso de la comunidad indígena “Yakye Axa”, resuelto por la Corte IDH, se alegaba que el Estado de Paraguay había violado derecho a la propiedad comunal, que llevaba más de once años de trámite de reivindicación territorial, sin respuesta satisfactoria. Por su parte, el Estado sostenía que la demora no era tal, dado que debía computarse el plazo del reclamo desde el año 2001, momento en que fue reconocida la personería jurídica de la comunidad. La Corte rechazó la postura del Estado paraguayo, argumentando que el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas:

“Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado.”⁵

Más recientemente, en el caso del pueblo tribal “Saramaka” aceptó como medio para la identificación de los beneficiarios de las reparaciones ordenadas en la sentencia, la pertenencia de los individuos a un “lös” (clanes), a través de los cuales estaba organizado este pueblo tribal: “[...] la Corte observa que los miembros del pueblo Saramaka son identificables de conformidad con la ley consuetudinaria

bre Determinación en “Pueblos indígenas y derechos humanos”, Universidad de Deusto, Mikel Berraondo (coord.), 2006, pág. 399.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrs. 82 y 83. Serie C Nº125.

Saramaka, dado que cada uno de los miembros individuales Saramaka pertenece a sólo uno de los doce lős de linaje materno en los cuales está organizada la comunidad.”⁶

En el ámbito nacional, un tribunal de la provincia de Chaco se expidió sobre la cuestión del reconocimiento de la personería jurídica a organizaciones indígenas, en forma semejante a la Corte Interamericana.

Relato del caso: El Consejo Qompi (“muchos qom”), integrado por alrededor de 20 comunidades indígenas qom, solicitó ante la justicia la habilitación de un Registro de Comunidades y Organizaciones Indígenas en la provincia de Chaco, con efecto declarativo, conforme lo establecido en el art. 37 de la Constitución Provincial, el Convenio 169 de la OIT y el art. 75 inc.17 de la Constitución Nacional y a la par, que se declarara la inconstitucionalidad del art. 2, inc. c) de la Ley 4804, por no haberse garantizado el derecho de consulta a los pueblos afectados.

A través de la Ley 4804 la provincia creó el mencionado Registro, incumpliendo su deber de consultar previamente con los pueblos interesados. La instrumentación del registro, quedó a cargo del Instituto del Aborigen Chaqueño (en adelante el IDACH), quien no reglamentó la norma y continuó aplicando la Ley 3258.

La mencionada ley establecía -en su artículo 6- que el pedido de reconocimiento de la personería jurídica se presentara ante el IDACH y éste, era quien debía solicitar ante el organismo correspondiente el reconocimiento de la personería jurídica, propendiendo a que las comunidades se organizaran bajo la forma de una asociación civil,

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrs. 188 y 189.

cooperativas, mutualidades u otras formas de asociación contempladas en las leyes vigentes. De ese modo, la norma -al establecer la organización de las comunidades en formas ajenas a las tradiciones e instituciones del pueblo qom- estaría dejando de lado los principios fundamentales vinculados con el respeto a la autodeterminación y respeto de las instituciones indígenas.

La magistrada interviniente en el caso hizo lugar a la acción de amparo, declaró la inconstitucionalidad del art. 2 inc. c) de Ley 4804 y ordenó a la provincia que adoptara los recaudos legales necesarios para habilitar un Registro de Comunidades y Organizaciones Indígenas con efecto declarativo e inscribiera al Consejo Qompi en el mismo. Respecto del efecto declarativo solicitado por los amparistas, expresó: *“debe accederse a ello, en virtud de que la personalidad jurídica de las Agrupaciones Indígenas es un hecho preexistente de la realidad y que impone al Estado su liso y llano reconocimiento sin otorgarle otro tipo de facultad en tal sentido, por ello se declara lo que ya existe, es decir la preexistencia de la personalidad jurídica de las comunidades y organizaciones indígenas.”*

Por otro lado, señaló que la persuadía la adopción de esta decisión, el hecho de era necesario aplicar fielmente la justicia constitucional: *“de no adormecernos en la hipocresía de un conjunto de derechos consagrados en los textos constitucionales, que no se cumplen, amparándonos en una estructura judicial burocrática que no está muchas veces a la altura de las circunstancias. Reconocer en los textos constitucionales, un catálogo de derechos, formalmente declarados, pero que no se cumplen así como mecanismos de control ineficaces, traducen una realidad que debe revertirse sin demora.”*⁷

7 Juzg. Civil y Comercial N° 6 de Resistencia, Chaco. Consejo Qompi -

De la información relevada, se observó que una de las dificultades reseñadas por los abogados que defienden a comunidades indígenas se refiere a la falta de respeto a las instituciones comunitarias. Esta situación se evidencia en un juicio llevado adelante contra una comunidad por la posesión de tierras. Allí, la comunidad fue declarada en rebeldía, en la prueba de absolución posiciones, debido a que había elegido a un ponente distinto del que pretendió la parte actora. De esta manera, el magistrado hizo prevalecer las normas procesales por encima de la propia decisión comunitaria⁸.

La falta de comprensión de la cosmovisión indígena puede observarse también, en hechos llevados a cabo por particulares, por ejemplo; se indica que en la provincia de Chaco se produjo una venta de tierras del pueblo Toba (o Qom) a un particular, quien no dudó en ararla para sembrar soja. Allí se encontraba un cementerio aborígen de la Colonia Sol de Mayo. Este acto, relatan, fue profundamente repudiado por la comunidad, que realizó reclamos y solicitó la devolución de los restos de sus antepasados. La respuesta del titular del dominio consistió en que los restos no serían restituidos porque él era el dueño, tanto de la tierra como de lo que se encontraba en ella. También se indicó que la carencia de campañas de difusión de la organización y cultura de los pueblos, impide a los operadores de la justicia arbitrar las soluciones que resulten más efectivas, generándose una doble vía para la atención de sus problemas: la formal del Estado, que trata de agotarse en sí misma; y la real: que se condice con sus creencias, costumbres y prácticas la cual,

Lqataxac Nam Qompi - C/ Provincia Del Chaco y/o Q.R.R. S/ Acción De Amparo (Expte. 8696/04), del 21/04/06.

8 Juzg. Zapala, Sec.1. "K. R. G. c/ R. A. y otro s/ Interdicto de recobrar (Expte. 2831), 22-05-06.

no es recepcionada por el rigor formal del estado.

Otro de los abogados que acompaña los reclamos de las comunidades, expresó que en la provincia donde actúa, la intervención del órgano que representa a los indígenas, no se observa en la defensa de sus derechos sino que sus acciones se orientan a denunciarlos y presionar a los operadores judiciales para que los procesen. De este modo, la intromisión se sucede dentro de las comunidades para dividir las y modificar las autoridades colocando en estos lugares de poder a quienes son afines a dicho organismo.

Un dato positivo que se destaca en la provincia de Río Negro, es que dentro de la organización estatal, se ha dispuesto por medio de leyes, la implementación (dentro de escuelas donde concurren niños descendientes del pueblo mapuche), de planes de estudio sobre su lengua originaria, dándoles importancia sobre las costumbres y los orígenes de las comunidades indígenas.

Relatan también, que funciona un organismo que cuenta con abogados que defienden los derechos indígenas. Estos profesionales son de ascendencia mapuche, lo cual es considerado positivo para las comunidades indígenas, dado que conocen con mayor profundidad sus tradiciones y problemas. En virtud de ello, el asesoramiento se da en un ámbito de mayor conocimiento y entendimiento. Asimismo, señalan como positivo el hecho de que las comunidades indígenas sean mencionadas dentro del texto de la Constitución Provincial.

Dentro de los organismos públicos que colaboraron con este trabajo, el INADI expresó que, a su juicio, existen fallas en distintos niveles, en el sentido que nuestro país es federal conforme art. 1 de la Constitución Nacional y, en muchos casos, cada provincia dispone de mecanismos de resolución de conflictos propios.

Por otro lado, los líderes indígenas opinaron que en

muchos casos existe de parte de los operadores judiciales un gran desconocimiento del derecho indígena y que, en los hechos, es nula la aplicación de la justicia comunitaria indígena. Indican que la comunidad no es respetada como tal, es decir, como un sujeto colectivo, ya que, al momento de hacer una denuncia o deducir una demanda se hace contra sus integrantes de manera individual sin respetar que son sujeto de derecho como pueblo. No son sólo sociedades conformadas por la suma de individualidades, sino que cada uno de ellos es una unidad sociocultural y que como unidad, tiene derechos.

Así fue señalado por el Dr. James Anaya:

“Lo más importante es que el Convenio 169 de la OIT reconoce los derechos colectivos de los “pueblos” indígenas, como tales, y no como derechos de personas individuales que son indígenas. Estos derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen derechos a la propiedad sobre la tierra tradicionales (artículo 14), el derecho a ser consultados como grupos sociales, a través de sus propias autoridades representativas (artículo 6.1), y el derecho como grupos a mantener sus propias instituciones y costumbres (artículo 8.2). Con estas afirmaciones de derechos colectivos, el Convenio realiza una substancial innovación en el derecho internacional de los derechos humanos, el cual, ha sido articulado de otra manera casi exclusiva.”⁹

3.3. Desconocimiento de los medios que los propios pueblos indígenas tienen para la resolución de conflictos

Tal como fuera señalado en el apartado anterior, algunos pueblos indígenas conservan sus propias costum-

9 Anaya, James. “Los derechos de los pueblos indígenas” en Pueblos indígenas y Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Mikel Berraondo (coord.), 2006, pág.33.

bres y prácticas para resolver los conflictos suscitados en el seno de sus comunidades y poseen mecanismos para sancionar las infracciones a las normas comunitarias. En nuestra Constitución Nacional, este derecho se desprende del reconocimiento que los constituyentes realizaron de la identidad de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 de la OIT reconoce y protege el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus costumbres y derecho consuetudinario:

“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 éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. [...] deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.” (artículo 8.1)

“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 recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.” (Artículo 9: 1.)

“Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. (artículo 10.1).

“Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”. (artículo 10.2)

En igual sentido, la Declaración de las Naciones Unidas, establece que:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”. (artículo 34)

“Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.” (artículo 35)

Expertos de la OIT señalan que la implementación eficaz de los derechos de los pueblos indígenas garantizados por las normas internacionales, incluidos los derechos sobre las tierras y los recursos naturales, exigen el reconocimiento y la aceptación de las costumbres, el derecho consuetudinario y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas; en especial en lo que respecta a los derechos colectivos, de fundamental importancia para los pueblos indígenas. De ese modo, recomiendan el reconocimiento constitucional de las costumbres y sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, como medida dirigida al desarrollo de un régimen jurídico que contemple los derechos y prácticas consuetudinarias indígenas y les permita coexistir con el sistema jurídico estatal.¹⁰

La Corte Interamericana, por su parte, ha indicado que para garantizar una protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas, es indispensable tomar en cuenta “[...]

10 OIT. Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, págs. 81 y 82. Programa para Promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169) Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

*sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.”*¹¹

En relación con esta cuestión, un juzgado penal de la localidad de Sarmiento (provincia de Chubut), imputó por el delito de usurpación a dos personas indígenas, pertenecientes a una comunidad mapuche de la zona, en perjuicio de otros pobladores indígenas mapuches.

El conflicto se originó a raíz de que los imputados habrían modificado el alambrado que delimitaba sus tierras con las de los damnificados, moviéndolo de su posición original hacia la parte interna de las tierras vecinas. La defensa solicitó, por aplicación del Convenio 169 de la OIT y de la Ley 26160, la suspensión de todo acto procesal que implicara una afectación a los territorios indígenas, y la citación de los representantes de la Dirección Provincial de Asuntos Indígenas, del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y del Consejo de Participación indígena de la Provincia del Chubut, a efectos de dirimir, con la participación de las autoridades indígenas y del consejo de ancianos, la situación de las tierras ocupadas por los inculpadados. Luego de hacer una reseña de la normativa vigente en materia de pueblos indígenas (Constitución Nacional, art. 75 inc. 17, Constitución Provincial, art. 34, Convenio 169 de la OIT, art. 14 inciso 1º, ley 26.160) y de mencionar que el Código Procesal Penal provincial, –que prescribe en el art. 33: “*cuando se tratare de hechos cometido por miembros de un pueblo originario se aplicará en forma directa el artículo 9.2 del Convenio Número 169 de la Organización Internacional del Trabajo*”¹²–,

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 63.

12 Artículo 9.2 del Convenio 169 de la OIT: “*las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en*

rechazó la petición de los imputados y declaró aplicable la legislación estatal. Para ello, sostuvo que no era la vía de los hechos la indicada para solucionar el conflicto si los imputados consideraban que las tierras ocupadas por los damnificados pertenecían tradicionalmente a su comunidad y que no se habían podido explicar los métodos a que recurrían tradicionalmente para la represión de los delitos como el que se investigaba en la causa. Sino que se habían limitado a señalar que se recurría al consenso para establecer la propiedad de la tierra pero no sin reflexionar acerca de la sanción de conductas como la investigada¹³.

En sentido diametralmente opuesto a lo decidido en este caso, la Corte Constitucional de Colombia, quien posee una vasta experiencia en resolución de conflictos vinculados a pueblos indígenas, señaló, en un caso similar, en el que se discutía la procedencia de la jurisdicción indígena, que la existencia de sistemas jurídicos tradicionales, debía ser examinada a la luz del nuevo paradigma constitucional, del respeto y de la protección a la diversidad. Que en este nuevo contexto, resultaba contrario al principio de diversidad étnica y cultural y a la garantía constitucional de la jurisdicción indígena, la pretensión de que la procedencia de ésta quedara sujeta al reconocimiento externo en torno a la existencia y validez del orden jurídico tradicional. Agregó, que este nuevo paradigma de respecto a la diversidad (también vigente en nuestro país a partir de la reforma constitucional de 1994), se desenvolvía a partir de una tradición que había estado orientada hacia la integración y se caracterizaba por los procesos de aculturación de las comunidades indígenas, como consecuencia de los cuales,

cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

13 Juzgado Penal de la localidad de Sarmiento (Chubut), L. A. T. y S. T. s/ Usurpación. (Expte. N° 355), del 23/10/08.

éstas habían venido perdiendo su identidad y su cohesión interna y habían permitido que sus sistemas jurídicos tradicionales cayesen en desuso y fuesen sustituidos por el de la cultura nacional. Y que por ello, la vigencia de este nuevo paradigma exigía el reconocimiento de una etapa de transición en la cual, las comunidades indígenas podían buscar la reafirmación de su propia identidad como tales. Por esa razón, para establecer las condiciones de procedencia de la jurisdicción indígena, consideró determinante la evaluación, en cada caso concreto, de la vocación de reafirmación de la comunidad, de asumir el manejo de su destino, a partir de una identidad determinable, y de la posibilidad de rastrear usos y prácticas ancestrales.¹⁴

En relación con las medidas punitivas privativas de la libertad, los expertos de la OIT sostienen que, con frecuencia, el encarcelamiento es una experiencia traumática para los integrantes de los pueblos indígenas y que muchos de ellos mueren en prisión. Por ello, destacan la *“necesidad de que jueces y magistrados, tribunales y administraciones nacionales encuentren penas alternativas para aplicar a los miembros de estos pueblos que hayan sido declarados culpables de un delito.”*¹⁵

Por su parte, el Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, ha indicado que las leyes que imponen penas obligatorias de prisión para castigar las faltas de menor importancia también parecen estar dirigidas a las que cometen los indígenas. Junto con el Comité de los Derechos

14 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-552/03.

15 OIT. Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Proyecto para Promover la Política de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, pág. 27. Organización Internacional del Trabajo. Primera Edición, 2003.

del Niño, el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial han observado que esta medida discrimina en la práctica a los pueblos indígenas y lleva a la aplicación de penas que no guardan relación con la gravedad de los delitos cometidos.¹⁶

En nuestro país, en un caso resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Chubut, se solicitó la aplicación de una pena distinta al encarcelamiento. Un indígena, S.M.A., fue encontrado culpable del delito de abuso sexual de una menor con acceso carnal agravado por consanguinidad y condenado a seis años de prisión. Su defensa interpuso un recurso de casación y solicitó que se lo declara inocente por falta de comprensión de la criminalidad de su acto. En subsidio, para el caso en que se lo declara culpable, solicitó que por aplicación del art. 10 del Convenio 169 de la OIT, se le impusiera una pena diferente del encarcelamiento (cumplimiento de la pena en el seno de su comunidad, realizando trabajos rurales y artesanales que forman parte de su idiosincrasia y cosmovisión). Alegó que la pena de cárcel en caso de S.M.A. desvirtuaba el sentido que la ley da a la pena, esto es, la reinserción social del infractor. Solicitó que se ordenara un tratamiento integral y comprensivo para toda la Comunidad, tendiente a evitar en lo futuro hechos similares. Relató que tanto la víctima, como las personas que brindaron su testimonio y el Sr. S.M.A. pertenecían a una comunidad indígena. Y que por lo tanto, la sentencia debía ajustarse a los lineamientos de

16 Stavenhagen, Rodolfo. Los Pueblos Indígenas y sus Derechos. Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Tercer informe: La justicia y los derechos indígenas (2004), págs. 82. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

la Constitución Nacional, art. 75 incisos 17 y 22; Constitución Provincial, art. 34; y Convenio 169 de la OIT, en el sentido de dar una solución que contemplara el interés de la comunidad en su conjunto.

El Superior Tribunal, rechazó la petición de una pena distinta a la privativa de libertad. Para ello argumentó, que de todos los elementos probatorios colectados en la causa no surgían los extremos para encuadrar el caso en el art. 10 de la Ley 24071 y que la sola condición de pertenencia de S.M.A. a una comunidad indígena no podía constituir una excepción al sistema legal. Tampoco se probó, indicó, la existencia de algún método tradicional de represión de la conducta (cfr. art. 9 del Convenio 169 de la OIT). Consideró que el art. 10 remitía, en principio, a las penas “previstas en la legislación general” y, entre ellas, obligaba la preferencia de una distinta a la privativa de la libertad:

“El Convenio postula que los miembros de los pueblos aborígenes son sancionados según la legislación general, lo cual es muy distinto a que los integrantes de esas comunidades reciban, por ejemplo, castigos extraños a las leyes argentinas. Aceptado lo primero, es coherente que la preferencia de un retribución distinta a la privativa de la libertad pueda ocurrir si, y sólo si, tal alternativa se encuentra prevista en el ordenamiento nacional.”¹⁷

Si bien no se trata de un delito menor y puede resultar controvertible la aplicación de una pena distinta a la privativa de la libertad para el caso reseñado, lo cierto es que la interpretación que el máximo tribunal provincial efectuó del art. 10 del Convenio priva a esta norma de operatividad, dado que de acuerdo a las normas generales sólo

17 Superior Tribunal de Justicia de Chubut. “A. S. M. s/ Estupro Agravado” (Expte. 18.814-A-2002), del 26/11/03.

existen cuatro formas de castigo: reclusión, prisión, multa e inhabilitación (Código Penal, art. 5).

En relación con este tema, merece destacarse la opinión del Dr. Eugenio R. Zaffaroni, “Creo que llegó el momento de reconocer que son superiores las formas tradicionales de decisión de conflictos, porque son verdaderas formas de solución de conflictos y no meros actos de ejercicio vertical de autoridad. Por ser reparadoras y reducir el ejercicio del poder punitivo atienden a la víctima concreta, restablecen la paz social y no acaban en una pura canalización de venganza. No se trata de llevar la justicia penal formal a los pueblos originarios, sino de reconocer su superioridad en cuanto a eficacia en la solución de los conflictos para intentar reformar esta justicia penal formal conforme a modelos mucho más prácticos, mucho más eficaces y mucho más pacificadores. ¿Por qué? Porque corresponden a sociedades más integradas y solidarias.”¹⁸

Existe, en opinión de los abogados defensores que colaboraron con esta investigación, un fuerte choque cultural ya que, los pueblos indígenas tienen sus propias instituciones, normas y autoridades que no son contempladas por el aparato estatal hegemónico. Por otra parte, ciertas pautas culturales muchas veces son mal interpretadas por las autoridades “blancas”, por ejemplo el silencio de una víctima que por temor extremo y desconocimiento de los mecanismos judiciales no explicó ante la policía lo ocurrido (había sido violada y golpeada por un grupo de hombres blancos que mataron, también a golpes, a su pequeño hermanito). Ello, sumado a preconcepciones de los policías, médico forense y juez derivaron en la imputación de la indígena del homicidio de su pequeño hermano.

18 Zaffaroni, Eugenio R., *Justicia Penal Comunitaria en Latinoamérica* en “La Justicia Penal en las comunidades originarias”, Ed. Ad Hoc, pág. 109.

Por otro lado, ponen de manifiesto que muchas veces el español, como “idioma oficial” de los expedientes y causas judiciales, representa un elemento de exclusión para los miembros de pueblos indígenas ya que no pueden entender los procesos judiciales en los que son parte.

Además, destacan que los procedimientos judiciales distan en mucho de las prácticas de resolución de los conflictos de los pueblos indígenas, por lo que, en la mayoría de los casos, las actuaciones judiciales, desde el punto de vista indígena se sienten ajenas a su realidad. Como ejemplo citan el caso del pueblo mapuche donde su sistema normativo, denominado en lengua mapuche, “Nor feleal”, es significativamente opuesto al procedimiento judicial que utiliza el sistema judicial vigente.

Sumado a ello, no sólo puede darse el desconocimiento absoluto del idioma español, sino que el lenguaje utilizado en los ámbitos judiciales “per se” trae aparejadas grandes dificultades para su comprensión e interpretación para cualquier persona alejada del derecho.

3.4. Extensa duración de los procesos judiciales en todas las instancias

Uno de los obstáculos detectados por las personas que contribuyeron con sus experiencias en este trabajo, es la demora de los tribunales en brindar respuestas a los conflictos planteados dentro de plazos razonables, lo que podría comportar una situación de denegación de justicia.

Tal como fuera señalado en el apartado relativo a los peritos especializados en materia indígena, dentro de las garantías judiciales reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional, se encuentra la de obtener una decisión judicial en un plazo razonable (Convención Americana, art. 8.1).

En sentido concordante, la Declaración de las Nacio-

nes Unidas, prescribe:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de 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.” (artículo 40)

En el ámbito regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana”) y la Corte Interamericana han establecido estándares muy claros en cuanto a la razonabilidad del plazo, tanto en procesos judiciales como administrativos.

Recogiendo los elementos señalados en la jurisprudencia de la Corte, la Comisión identificó tres elementos que se deben tomar en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales.¹⁹ Siguiendo este orden de ideas, también expresó que a los fines de establecer la razonabilidad del plazo, no es la cantidad sino la eficacia de actos procesales los que definen la diligencia del tribunal. Y que el plazo del proceso debía computarse desde el inicio mismo de los reclamos administrativos y no ya desde el comienzo de la etapa judicial posterior.²⁰

19 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 100/01, párr. 54. Caso 11.381. Milton García Fajardo y Otros – Nicaragua, 11 de octubre de 2001.

20 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de De-

En el mencionado caso de la comunidad “Yakye Axa”, que reclamaba ante el Estado de Paraguay la titulación y demarcación de sus tierras de ocupación tradicional, la Corte Interamericana expresó que los casi doce años transcurridos en ese trámite, sin haber arribado a una solución definitiva, constituían, por sí mismos, una violación de las garantías judiciales. Excepto que el Estado probara que la demora se encontraba en directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes en el mismo. La Corte reconoció que se trataba de un caso complejo y que esto debía ser meritado para apreciar la razonabilidad del plazo. Sin embargo, arribó a la conclusión de que las demoras en el caso no se habían debido a su complejidad, sino a las demoras sistemáticas de las autoridades estatales. Y consideró que esa conducta no había sido compatible con el principio del plazo razonable.²¹

La falta de rapidez en la resolución de conflictos que así lo ameritan, es uno de los principales obstáculos mencionados por los abogados litigantes.

De los testimonios se desprende, que: *“Sólo al inicio se suele discutir quién es el juzgado competente, llegando por este motivo inclusive a la Corte Suprema de Justicia, y pasando hasta más de un año para resolver esta cuestión”*. Relacionado con el punto anterior, indican la falta de rapidez en la decisión judicial de medidas requeridas con suma urgencia. Así por ejemplo:

“Por una prohibición de innovar que interpusimos y en

rechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.129, 7 septiembre 2007, párr. 207 y 220.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrs. 86 - 89. Serie C N°125.

primera instancia nos la denegaron, apelamos y nos la concedieron en segunda instancia, pero ya habían transcurrido 6 meses desde que la habíamos solicitado. También en los casos donde el juez se declara incompetente, en vez de expedirse por las medidas cautelares, pues el código procesal les da esta posibilidad, no lo hacen y así se sigue retardando a un pedido de extrema urgencia.”

Por otro lado, si bien el proceso de amparo tiene tiempos más acotados, deben producirse todas las pruebas propuestas y atravesar las distintas instancias judiciales lo que hace que el proceso igualmente sea lento.

Asimismo manifiestan que, en contraste con las medidas cautelares que se piden en contra de las comunidades y que se resuelven favorablemente de modo casi inmediato, los juicios en los que la parte indígena tiene interés en su pronta resolución demoran años.

Citan ejemplos:

- El cumplimiento de escrituración de tierras a la Comunidad Kaxipayiñ realizado por la Provincia de Neuquén en el año 1998, fue negado por decreto provincial en el año 2003 y desde entonces está en juicio, vencidos todos los plazos para dictar sentencia (desde el 2007).

- El caso de Lof Casiano²², que lleva 20 años reclamando y exigiendo respuestas a la provincia de Río Negro para obtener la titulación de sus tierras.

- Un juicio por inconstitucionalidad de un decreto provincial sobre comunidades indígenas dictado sin participación y en violación sustancial del Convenio 169 (decreto 1184/02), está en juicio desde 2002. La Corte anuló por arbitrariedad la sentencia dictada y desde hace un año

22 Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. “Lof Casiano C/ Provincia de Río Negro S/ Contencioso Administrativo”.

está para dictarse una nueva sentencia.

- Un juicio por inconstitucionalidad de la creación inconsulta de la municipalidad de Villa Pehuenia sobre territorio de tres comunidades, se inició en el año 2004 y está para dictar sentencia desde el año 2006.²³

- Un juicio en primera instancia, en donde una empresa petrolera consiguió en el mismo día de su presentación una medida cautelar coincidente con el objeto de la demanda, lleva tres años de duración pese a ser "sumarísimo", con innumerables decisiones sin sustento legal que demoran la tramitación.²⁴

Por su parte, en su gran mayoría, los defensores públicos resaltan que el tiempo es un factor influyente en el seguimiento de casos concretos. El cúmulo de tareas hace casi imposible un tratamiento adecuado, y por otro lado, cuando la emergencia desaparece los interesados no acuden más. Ello se debe a diferentes motivos: las distancias, el tiempo, el dinero, etc. Sostienen que este hecho, produce un "corte" en las defensas.

A la vez, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación indicó como un obstáculo la inexistencia en la mayoría de las provincias de mecanismos que reduzcan el número de procesos judiciales. Es decir, ante determinados conflictos suscitados entre miembros de comunidades indígenas no existen mecanismos para que puedan ser resueltos por sus propias pautas.

23 Confederación Indígena del Neuquén y Comunidad Mapuche Catalan c/ Provincia del Neuquén s/ Acción de inconstitucionalidad" (Nº 615/02 de la secretaría de demandas originarias del Tribunal Superior).

24 Petrolera Piedra del Águila S.A. c/Curruhuinca, Victorino y otros s/ amparo" (Nº 43.907/2007 del Juzgado Civil 2 de Cutral Co y también el incidente de medida cautelar formado tiempo después, Nº 329/09).

Los miembros de pueblos indígenas manifiestan, que los tiempos de los juzgados no son los tiempos de las comunidades, existen conflictos que ameritan una respuesta inmediata y el hecho de no obtenerla por parte de la justicia hace que deban buscar otro tipo de soluciones.

3.5. Falta de comprensión del funcionamiento de las instituciones del Estado. Ausencia e insuficiencia de intérpretes y traductores estables de lenguas indígenas, que intervengan desde la etapa de consulta y en todas las etapas procesales posteriores

La situación de vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos indígenas puede resultar un condicionante a la hora de acceder a la justicia.

Para prevenir esta situación, el Convenio 169 de la OIT, estipula que los pueblos indígenas deben tener acceso al uso del sistema jurídico para asegurar la aplicación de los derechos que les fueron garantizados. Así, fija mecanismos, como los intérpretes, para que puedan darse a entender y comprender al mismo tiempo qué es lo que sucede en una situación determinada, en ese sentido lo garantiza, el citado artículo 12 del Convenio 169 de la OIT.

El Dr. Juan Manuel Salgado, Director del Observatorio de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, en su comentario a esta norma, sostiene que el derecho a usar la lengua materna no debe quedar limitado a los casos de incomprensión del idioma oficial. Señala que la cláusula constitucional y el principio de no discriminación implican que los miembros de pueblos indígenas deben poder expresarse con la misma soltura al hablar con que se manifiestan los ciudadanos no indígenas. El estado debe tomar medidas para asegurar la “comprensión” mutua entre las partes indígenas y los integrantes

del tribunal tanto en procesos civiles como penales.²⁵

Encontrándose garantizado en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la identidad étnica, no resulta adecuado, desde el punto de vista de las instituciones estatales, pretender que una persona cuya lengua materna no es el castellano se exprese fluidamente en esta lengua y que cualquier insuficiencia o falencia en su uso, repercuta en perjuicio suyo.

El Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, ha señalado que el idioma de las actuaciones judiciales puede constituir una desventaja considerable para la debida protección de los derechos de los indígenas, en los países en los que los idiomas autóctonos no gozan de reconocimiento oficial. Apunta, como medida destinada a superar este obstáculo, al fomento de la contratación de indígenas en los órganos legislativos, judiciales, policiales y penitenciarios. También indicó, que en algunos países, había sido adoptada como medida afirmativa para facilitar los contactos de los indígenas con el sistema judicial, la creación de la figura de “facilitadores” o “guías judiciales”. Este guía es una persona familiarizada con los sistemas jurídicos y los procesos judiciales que también comprende los idiomas y las culturas indígenas.²⁶

25 Salgado, Juan Manuel. Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, comentado y anotado, Universidad del Comahue, año 2006, pág. 121.

26 Stavenhagen, Rodolfo. “Los Pueblos Indígenas y sus derechos”. Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Tercer informe: La justicia y los derechos indígenas (2004), págs. 82 y 83. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos, en la Observación General N° 13, al referirse a la existencia de los intérpretes señala: *“Tiene importancia básica cuando la ignorancia del idioma utilizado por un tribunal o la dificultad de su comprensión pueden constituir un obstáculo principal al derecho de defensa.”*²⁷

La incompreensión del desarrollo de los procesos judiciales, es otro de los problemas significativos que han mencionado los defensores públicos como obstáculo para acceder a la justicia. La formación cultural de los pueblos hace que no comprendan cabalmente el sistema de justicia estatal, y requieran una solución inmediata a sus problemas. Los incumplimientos alimenticios, por ejemplo, y el no reconocimiento de los hijos es una influencia propia de nuestra cultura occidental y no de la originaria. Por ese motivo les resulta difícil comprender como no es posible reclamar alimentos para sus hijos por el hecho de no tener su apellido. Ello deriva en un juicio de filiación que se prolonga en el tiempo, motivo por el cual no lo quieren ni pueden seguir y terminan por abandonarlo.

Desde el punto de vista de las personas consultadas, la mayoría de las veces este tipo de casos se solucionan entre las familias. Así, los medios alternativos de resolución de conflictos y particularmente la mediación sería, de acuerdo a la información recogida, una alternativa muy interesante a poner en práctica ya que resolvería muchos problemas entre familias indígenas, y otorgarían inmediatez, de manera acorde al pensamiento y cultura indígenas.

De la información brindada por los integrantes del Ministerio Público de la Defensa consultados para este tra-

27 Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 13, Artículo 14 -Administración de justicia. 21° período de sesiones (1984), párr. 13.

bajo, ha surgido que los integrantes de las comunidades no acuden a los organismos en busca de ayuda porque descreen de ellos o porque consideran que las soluciones que les proveen no son acordes a su cultura.

El INADI indicó que los sistemas normativos indígenas constituyen modelos diferentes al occidental del derecho positivo, por lo que parte de la indefensión de los pueblos originarios se sustenta en el nulo entendimiento del procedimiento y los mecanismos de administración de justicia. Los juicios, el idioma español y su discurso jurídico reproducen el discurso hegemónico y dejan fuera la justicia indígena. Al respecto, señalaron que los sistemas legales indígenas son normas ancestrales, precolombinas, que han quedado subordinadas a la legislación nacional. Sin embargo, destacaron que la vigencia de la aplicación de estos criterios subsiste en los territorios de los pueblos indígenas.

La visión de los líderes indígenas en cuanto a este punto es de descrédito a la organización del sistema judicial. Les resulta problemático conseguir testigos para conformar la defensa de sus causas por motivos económicos y de tiempos.

En relación con los intérpretes, los defensores públicos provinciales advierten la necesidad de contar en el juzgado con un plantel permanente de traductores y/o intérpretes, y no tener que asignarlos de manera ocasional ya que esto trae aparejados serios problemas.

Indican que el hecho de que tenga que designarse un traductor para una ocasión en particular acarrea demoras, ya que una audiencia no puede tomarse hasta lograr la comparencia del traductor. En otros casos, relatan, ha sucedido también que el traductor es familiar de la persona que va a declarar, y ello repercute en la idoneidad de la interpretación.

Incluso, ha ocurrido que el propio intérprete no com-

prende los términos jurídicos que debe traducir, llegando a ser cuestionados y amenazados con posibles denuncias por falsedad de traducción lingüística.

Por todos estos motivos, sostienen que es de suma importancia contar con un plantel permanente de traductores que dependan del poder judicial y que, a su vez, sean capacitados para poder interpretar y explicar el procedimiento a los integrantes de etnias indígenas. Afirman que estos auxiliares de la justicia deberían intervenir tanto en el desarrollo del proceso como en la etapa prejudicial.

“La existencia de traductores o intérpretes de las lenguas originarias, es un recurso legal importante y muy sensible a los pueblos y comunidades, ya que el idioma, la conceptualización del pensar, del saber, del decidir; debe ser expresada desde su propia raíz cultural.”

“En concreto considero de central importancia la “participación directa de los afectados en el proceso” -en todo el proceso, sin olvidar su ejecución- con posibilidad real de expresarse en “lenguas originarias” a través de sus propios “traductores e intérpretes” (recuérdese lo ocurrido al comienzo de la audiencia ante la Corte Federal el 06/11/2007 en el caso “Defensor del Pueblo c/Estado Nacional y provincia del Chaco”).²⁸

Los abogados que defienden a comunidades indígenas, por su parte, señalaron la insuficiencia de intérpretes. Tal situación se da, por ejemplo, en la lengua indígena Mbya Guaraní ya que la gran mayoría de los intérpretes comprenden y se expresan en la lengua guaraní que se habla en Paraguay y la lengua del pueblo Myba Guaraní no es igual. En ese sentido, señalan los abogados que, en la gran

28 En dicha oportunidad un ministro de la CSJN presente en la audiencia, se opuso a que los representantes del IDACH hablaran en su lengua (qom) porque no había en la sala un intérprete designado a esos efectos.

mayoría de los casos donde fue solicitado un traductor, se ofrece la alternativa de uno del Guaranda paraguayo y que son excepcionales los casos en que se ha admitido que otro indígena actúe como intérprete. Ello supone las dificultades que anteriormente hemos mencionado.

Otra situación señalada por los abogados se relaciona con la coexistencia de varios pueblos indígenas en una misma provincia. Así, en una misma región se hablan varias lenguas y sumado a ello, en su gran mayoría, los indígenas no reciben información en su propia lengua.

“En Misiones resultan relevantes la falta de interpretes indígenas para procesos en que uno de ellos es parte (no sólo traductores del idioma, sino de los ritos, roles e implicancias del proceso judicial), la ausencia de juzgados especializados, la poca recepción de pericias antropológicas y las prácticas discriminatorias presentes en todo el entramado institucional estatal (policía, ciertos jueces y peritos médicos)”

Como se ha expuesto, los abogados y defensores públicos señalan como otro obstáculo en el acceso a la justicia, al hecho de que el idioma oficial en los expedientes judiciales es el español con lo cual los indígenas directamente quedan excluidos de entender los procesos en los que son parte y señalan, como otro factor a tener en cuenta, las deficiencias en la atención al público en las dependencias estatales, ya que sus empleados no están capacitados para comprender la idiosincrasia del indígena y no hay traductores en ninguna oficina pública imponiéndose el español como lengua. En ese sentido, los líderes y lideresas que colaboraron con este trabajo señalaron la falta de aplicación de la justicia comunitaria y manifestaron su preocupación por no comprender en general el procedimiento judicial estatal, como por ejemplo, la atención, el idioma, los horarios, el trato, la jurisdicción, etc.

Por último, señalan que tampoco existen traductores a la hora de otorgar un poder ante escribano ni en el procedimiento de notificaciones judiciales que se realiza a través de la policía.

Asimismo, los líderes indígenas consultados destacan que los intérpretes en muchos casos son voluntarios y hasta se costean sus propios viáticos.

La mayoría coincidió en señalar que, en algunos casos, las comunidades dudan de la idoneidad de los intérpretes cuando no son elegidos por ellos mismos, y hacen hincapié en la falta de confianza que les genera declarar con una persona que les resulta desconocida.

3.6. Inexistencia de procesos judiciales especializados para la tutela de derechos indígenas colectivos

La totalidad de las personas que brindaron su colaboración con este estudio, coincidieron en señalar la falta de mecanismos judiciales adecuados para la tutela de los derechos indígenas.

La protección judicial efectiva, es un derecho ampliamente tutelado por normas internacionales de derechos humanos, como el Convenio 169 de la OIT en su artículo 12.

La Convención Americana se refiere al derecho a la protección judicial *“Toda persona tiene derecho 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 reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”* (Artículo 25 inc. 1) y señala que los Estados Partes se comprometen: *“a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de*

recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.” (artículo 25, inc. 2)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso” (artículo 3).

La Corte Interamericana tuvo ocasión de referirse en varias oportunidades sobre la obligación de los Estados de ofrecer protección judicial efectiva en caso de violaciones a los derechos de los pueblos indígenas y establecer procedimientos adecuados a tal fin. Lo hizo en relación con un tema que los pueblos indígenas consideran central para su supervivencia y desarrollo como tales: la demarcación y titulación de sus tierras de ocupación tradicional.

La primera vez fue en el caso de la “Comunidad Awas Tingni vs. Nicaragua”.²⁹ Allí, la Corte Interamericana analizó la existencia de un procedimiento idóneo para la titulación de tierras a comunidades indígenas.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de Agosto de 2001, párrs. 111 a 126.

Señaló, en primer término, que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituía una transgresión ese instrumento por el Estado Parte en el cual semejante situación tuviera lugar. Por otro lado, subrayó que, para que tal recurso exista, no bastaba con que estuviera previsto por la Constitución o la ley, o con que fuera formalmente admisible, sino que debía ser realmente idóneo para establecer si se había incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

En su análisis, la Corte encontró que si bien el Estado de Nicaragua reconocía y protegía la propiedad comunal indígena, no existía un procedimiento claramente regulado para la titulación de tierras ocupadas por grupos indígenas. Esta clase de peticiones eran tramitadas en el marco de la ley “Reforma a la Ley de Reforma Agraria”, que llevaba adelante el Instituto Nicaragüense de Reforma Agraria. La Corte consideró que esta ley no establecía un procedimiento específico para la demarcación y la titulación de las tierras ocupadas por comunidades indígenas, atendiendo a sus características particulares. Además, indicó, que se encontraba probado que desde 1990 no se habían realizado titulaciones de tierras a comunidades indígenas. En virtud de ello, juzgó que Nicaragua no contaba con un procedimiento efectivo para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas.

En el citado “Yakye Axa vs. Paraguay”³⁰, también la Corte Interamericana analizó la efectividad del procedimiento administrativo de reivindicación de tierras para comunidades indígenas, en el caso de controversias con terceros particulares sobre la propiedad de las tierras.

30 Corte Interamericana De Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrs. 91 a 105. Serie C Nº125.

El Estado de Paraguay había señalado en sus presentaciones que el sistema legal de protección de los derechos indígenas en materia de sus tierras ancestrales, era eficaz siempre que no existieran derechos igualmente protegidos por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes vigentes. Y que para acceder a él, era menester además, que los indígenas estuvieran en posesión y convivieran en comunidad dentro de esa tierra.

Sin embargo, la Corte recordó la obligación asumida por el Estado, a través de la ratificación del Convenio 169, en cuanto ordena, en su artículo 14.3: *deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.*

Asimismo, sostuvo que *“Esta norma internacional, en conjunción con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, obligan al Estado a ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas que les permita solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal.”*³¹

Determinó que las leyes existentes en Paraguay, únicamente permitían a las autoridades gubernamentales disponer de tierras fiscales, expropiar tierras irracionalmente explotadas o negociar con los propietarios privados, a efectos de entregarlas a las comunidades indígenas, pero cuando los propietarios particulares se negaban a vender las tierras o demostraban su explotación racional, los miembros de las comunidades indígenas carecían de un recurso administrativo efectivo que les permita reclamarlas.

Por ello, consideró que el proceso administrativo se-

31 Corte IDH- Idem anterior, párr. 96.

guido por la Comunidad había desconocido el principio del plazo razonable consagrado en la Convención Americana y se mostraba además, abiertamente inefectivo para atender las solicitudes de reivindicación de las tierras que los miembros de la Comunidad indígena “Yakye Axa” consideraban como su hábitat ancestral y tradicional.

Asimismo, añadió que, de conformidad con las obligaciones emergentes de la Convención Americana, el Estado debía instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados, para que cuenten con la posibilidad real de devolución de sus tierras.

A su vez, existe una gran dificultad para los litigantes a la hora de tutelar los derechos de los pueblos originarios. Cuando un profesional del derecho se dispone a buscar caminos más globales en la defensa inmediata de territorios comunitarios indígenas, en la superposición del derecho civil y del derecho indígena, no encuentra un camino propio y debe recurrir a institutos análogos del derecho en general que nunca son los que corresponden. Ello, plantea dudas que requieren una interpretación judicial que sólo llega muchas veces desde la instancia de la Corte Suprema.

Desde el punto de vista procesal, los abogados defensores consideran que las tradicionales acciones previstas en los Códigos de Procedimientos, tanto civil como penal, no regulan en absoluto esta problemática, razón por la cual los abogados intervinientes se ven obligados a adoptar figuras cercanas, pero que no respetan la identidad de un pueblo indígena, tales como la acción de reivindicación, los interdictos de recobrar o retener, las acciones posesorias o los amparos.

A la vez manifiestan que las defensas penales que debieran aplicarse para el abordaje de la temática indígena no se encuentran debidamente reguladas por los códigos de pro-

cedimientos actuales de las regiones, en contraposición a lo expresamente propuesto desde los textos del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas.

Esta situación obliga a los abogados a dirigir también su accionar en el sentido de “desconfigurar” los tipos penales imputados en función de razones culturales, los que suelen llevar a sobreseimientos en razón de la aplicación por los jueces de la noción de “error de prohibición”, o en la figura de la “suspensión del juicio a prueba” para evitar la potencial sanción de la que resultará víctima. Este último supuesto, aclaran, se desarrolla debido a que no todos los indígenas involucrados en causas judiciales se encuentran en situación de afrontar un juicio penal. Por ello, prefieren, esta forma de terminación del proceso.

Por otro lado, de los relatos de los líderes y lideresas indígenas, se observa que cuando un miembro de la comunidad indígena resulta ser el denunciante, en muchos casos, los fiscales y jueces suelen desestimar las denuncias por cuestiones formales o de prueba, generalmente muy dificultosa de obtener en razón de las circunstancias en que se ve rodeada cada denuncia.

En ese sentido se mencionan algunos testimonios de los abogados que colaboraron con este estudio:

“[...] nuestra legislación no contempla herramientas adecuadas para cristalizar los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido, las más de las veces es preciso recurrir al Código Civil de la Nación Argentina, cuyos institutos están pensados desde una lógica liberal que deja fuera la propiedad comunitaria que caracteriza a la mayoría de las cosmovisiones indígenas”.

“La inexistencia de un procedimiento adecuado a las circunstancias y a las personas indígenas (fueros, procesos, recursos, etc.) es el factor determinante que obstaculiza el acceso. Litigar en el proceso común presupone que los

agentes, (jueces, fiscales, defensores públicos etc.) están capacitados en la materia y en estrategias cuando en verdad, en la generalidad de los casos, no lo están y aplican soluciones equivocadas como si se tratara de sujetos no indígenas. Esto provoca soluciones injustas partiendo de la vía administrativa hasta concluir la judicial”.

Por último, los abogados de la provincia de Salta sostienen que en esa jurisdicción el caso es aún más grave por ser una provincia pluriétnica y tener nueve pueblos reconocidos oficialmente entre ellos andinos, chaqueños y selváticos. Cada uno con sus características propias y formas de entender la resolución de los conflictos.

3.7. Escasez de abogados especializados en derechos indígenas y de abogados indígenas

Algunos abogados defensores expresaron que, en muchos casos, las defensorías públicas no cuentan con personal especializado en derechos de los pueblos indígenas, situación que se torna relevante al momento de ejercer la defensa de una comunidad o de una persona integrante de una comunidad.³²

Asimismo ponen de relieve que en algunas jurisdicciones el acceso a la defensa pública civil requiere la realización de trámites tales como obtener un certificado de pobreza, lo cual muchas veces dificulta el acceso de los indígenas debido a los costos de los traslados y lo complejo que les resulta en ciertos casos el procedimiento de los trámites requeridos.

32 Un ejemplo del desconocimiento al cual hace referencia el abogado defensor consultado es el de una defensora de menores, que actuando como jueza subrogante se negó a aceptar la pericia antropológica como prueba en un juicio penal desconociendo la Observación Genral Nro. 11 del Comité de Derechos del Niño sobre los derechos de los niños indígenas.

Otro de los obstáculos mencionados por los abogados que llevan adelante causas indígenas y por la Defensoría del Pueblo de la Nación es la falta de abogados particulares especializados en la materia y/o capacitados para realizar el trabajo jurídico con personas de culturas diferentes.

“Hay pocos profesionales que acepten trabajar en esta problemática, y por otro lado en razón de las distancias a los juzgados donde tramitan las causas no hay muchos abogados matriculados que acepten tal responsabilidad por los altos gastos sólo de movilidad. Por otro lado, tampoco está garantizado el pago de los honorarios al finalizar el juicio por la carencia de recursos de las comunidades.”

En opinión del INADI:

“Nuestro sistema judicial exige el patrocinio letrado como requisito para el acceso a la justicia y ello conlleva las siguientes consecuencias: los pueblos indígenas suelen estar ubicados en zonas alejadas de los grandes centros urbanos. En estos casos, no pueden acceder a un patrocinio jurídico gratuito. Asimismo, incluso cuando están ubicados en las cercanías de dichas urbes y suponiendo que allí hubiera patrocinios jurídicos gratuitos, no hay letrados/as especializados/as en derechos de los pueblos indígenas, tanto a nivel procesal como a nivel de conocer sus realidades.”

Cabe señalar, que como una alternativa para aliviar esta situación, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas cuenta con un programa enfocado al acceso a la justicia: El Programa de Fortalecimiento Comunitario (Resolución INAI N° 235/04). Dicho programa subsidia a las Comunidades Indígenas para afrontar los gastos que demanden la defensa o promoción de las acciones jurídicas que tengan como objetivo la regularización dominial de las tierras que ocupan ancestralmente, es decir que se otorga un subsidio para afrontar las erogaciones económicas que aca-

rean las labores profesionales ejercidas en: a) acciones y/o defensas judiciales; b) asesoramiento jurídico – contable ; c) capacitación legal; d) ejecución e inscripción de mensuras. Para acceder a este subsidio las Comunidades deben estar contar con personería jurídica inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re. Na. C.I); a pesar de que la norma constitucional las protege estén o no registradas. A esto debe sumársele los conflictos por negación del registro de la personería jurídica a algunas comunidades o la imposición de estatutos ajenos a sus formas de organización.

3.8. Desconocimiento por parte de los operadores judiciales de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas

Tal como se ha mencionado en los apartados anteriores, nuestro país ha asumido la obligación de brindar protección judicial efectiva a los pueblos indígenas ante vulneraciones a sus derechos. Así lo establecen el art. 12 del Convenio 169 y el art. 40 de la Declaración de las Naciones Unidas.

Así, el ex Relator Especial de las Naciones Unidas para la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, quien exhortó a que en los sistemas de justicia de todos los países se conceda la más alta prioridad a los derechos humanos de los pueblos indígenas y se dictamine sobre los casos que se presenten ante los tribunales de conformidad con los principios internacionales de derechos humanos.³³

Los defensores federales mencionan la falta de conocimiento e investigación sobre la dicotomía existente entre

33 Stavenhagen, Rodolfo. Cfr. Nota 15. Tercer informe: La justicia y los derechos indígenas (2004), pág. 79.

el derecho que nos rige y los derechos ancestrales que se invocan para la devolución de las tierras que les pertenecen a los pueblos indígenas.

Por su parte, los abogados defensores testimonian que:

“En uno de los juicios interpusimos un beneficio de litigar sin gastos, y ofrecimos como pruebas de la situación socioeconómica de las comunidades a las que representamos (asentadas en la Biosfera del Yaboty): información sumaria de testigos, recortes periodísticos que se referían al tema, estadísticas de UNICEF, etc. La Jueza en su primer proveído nos pidió que libráramos oficio al Registro de la Propiedad Inmueble, al Registro del Automotor, a la AFIP, a RENTAS, a la Municipalidad de Posadas, etc. para verificar que no fuesen propietarios de un inmueble o de un auto y su situación contributiva, cuando todos sabemos que la mayoría de los indígenas por no decir todos no llegan a satisfacer sus necesidades básicas.”

Los abogados defensores hacen referencia a la permanente intervención que realizan en conflictos en materia de tierras los cuales al llegar a la justicia son tratados como desalojos o delitos de usurpación haciendo los jueces caso omiso a la vigencia de la Ley 26160:

“Hace poco promoví ante el Juzgado Correccional de San Martín (Chaco) una presentación en defensa de una familia aborígen en una causa por usurpación, por la que solicité la suspensión del trámite en el presente proceso en virtud de lo que dispone la ley precedentemente citada [...]”. “Sin embargo, el Fiscal actuó de manera apresurada y ordenó el desalojo de la familia aborígen, desconociendo por completo la vigencia de la Ley 26160. Casos de esta índole se repiten de manera constante en la provincia del Chaco. En esta provincia los despojos adquirieron mucha violencia y así, la gente acudió a la Cámara de diputados a efectos de plantear los numerosos atropellos que padecen las comunidades aborígenes, lo cual dio luego como

resultado la Ley 6522 por la que la Cámara de Diputados de la provincia adhirió a la Ley Nacional 26.160 y sus modificatorias, y le da intervención la IDACH a los efectos de cumplimiento del art. 2 de la citada ley.”

Corresponde señalar asimismo, que existen precedentes judiciales en los que se ha brindado una adecuada tutela a los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en nuestro ordenamiento jurídico.

Frente a una denuncia penal por usurpación, en la que un particular manifestó que en el campo de su propiedad, ubicado en el departamento de Telsen, comprobó un corrimiento de alambrados y la construcción dentro del mismo de un rancho de adobe que estaría ocupado por una persona llamada V.C., el juez ordenó el archivo de las actuaciones. Al realizar una inspección ocular en el lugar, el personal policial de Gan Gan informó que efectivamente V.C. había construido un puesto dentro del mismo, argumentando que el lugar se encontraba adentro de la Reserva Aborígen, que le perteneciera en propiedad a su abuelo J.M.C. El juez de instrucción dispuso el archivo de la causa, por considerar que no constituía delito el hecho investigado. Y que más allá del menoscabo al derecho de propiedad invocado por la denunciante, debía tener en cuenta lo dispuesto por la constitución nacional en relación con las comunidades indígenas, esto es que pasan a ser propietarias y poseedoras de las tierras que tradicionalmente ocupan.³⁴

Situaciones similares describen los abogados que acompañan los reclamos de las comunidades indígenas en la provincia de Tucumán.

En una presentación realizada en noviembre pasado

34 Nares, Leyla Marcela s/ Dcia. Usurpación (Expte. 9289- 117-2000) Juzgado de Instrucción N° 4 de Puerto Madryn, 3/04/02.

ante la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, el representante de ANDHES³⁵, señaló que pese a la vigencia de la Ley 26.160 los desalojos continúan efectuándose: *“Pese a las decenas de pedidos judiciales, existen sólo dos casos fallados por la justicia tucumana a favor de las Comunidades aplicando la ley 26.160: sentencia de la Cámara Civil y Comercial Común de Tucumán, Sala Iº en julio de 2008, caso Ciudad Sagrada Quilmes, Comunidad India Quilmes; y sentencia de la Jueza Civil en Documentos y Locaciones de la IIº Nominación, Centro Judicial Capital de Tucumán.”*³⁶

En el caso de las comunidades del Valle de Tafí, expresa la presentación, un violento desalojo, ordenado por el Juzgado de Instrucción Penal de la II Nominación del Centro Judicial Capital de Tucumán, se produjo sólo cuatro meses después de la sanción de la ley 26.160.

Como contracara de esta situación, en la presentación se indica que las denuncias formuladas por los indígenas no prosperan:

“Anteriormente, el cacique de la Comunidad de Tafí, Sr. S.P., sufriendo lesiones graves en su rostro. La causa penal por este cacique iniciada (Fiscalía de Instrucción Penal de la IIIº Nominación, Centro Judicial Capital), nunca avanzó procesalmente pese a los esfuerzos judiciales en ese sentido, al punto tal que este año se notificó que el expediente penal se había “extraviado” en dicha fiscalía y que debía ser reconstruido, con toda la dilación que esto supone.”

35 Abogados y Abogadas del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales: Organización no gubernamental que brinda asistencia legal a los pueblos indígenas de la provincia de Tucumán.

36 Solicitud de medidas cautelares. Comunidades Indígenas de Tucumán y otros Vs. Argentina.

3.9. Complejidad de los conflictos judiciales planteados y dificultades en el cumplimiento efectivo de las sentencias

La protección de los derechos de los pueblos indígenas, y en particular la de sus tierras de ocupación tradicional y los recursos naturales allí existentes, a menudo suponen el planteo de problemas complejos que requieren la adopción de una serie de medidas por parte de los distintos actores estatales, para una solución completa y eficaz.

Ejemplo de esta situación lo representan, el caso “Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN y Pcia. de Chaco”³⁷ y “Salas, Dino c/ EN y Pcia. de Salta s/ amparo”³⁸, ambos llevados a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el primero de ellos, el Defensor del Pueblo de la Nación solicitó la intervención del Alto Tribunal, a fin de que ordenara tanto al Estado Nacional como a la provincia de Chaco, a adoptar las medidas necesarias para modificar las condiciones de vida del pueblo qom asentado en los departamentos de Gral. Güemes y Libertador Gral. San Martín, que se encontraba en una situación de *“exterminio silencioso, progresivo, sistemático e inexorable”*, y en consecuencia, se le garantizase el ejercicio del derecho a la vida digna, a la salud, a la alimentación adecuada, al agua segura para el consumo humano y a la educación, derecho, entre otros.

En su primera resolución, la Corte hizo lugar a la medida cautelar solicitada por el Defensor del Pueblo, y ordenó

37 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento. (Expte. 587 – D – ORI - 07).

38 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo. (Expte. 1144 – S – ORI -08)

al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas establecidas en los departamentos de General Güemes y Libertador Gral. San Martín, como también medios transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios.

Al mismo tiempo, requirió a las demandadas que informaran sobre: el presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y destino de los recursos fijados en las leyes respectivas; la ejecución de programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria; la ejecución de programas de provisión de agua potable, fumigación y desinfección; la ejecución de planes de educación; la ejecución de programas habitacionales; y sobre toda otra medida de protección adoptada en relación con las comunidades qom mencionadas en la demanda. Por último, convocó a una audiencia pública para que las partes expresaran oral y públicamente sobre el contenido del informe solicitado.

Con posterioridad, fueron convocadas una serie de audiencias reservadas a las partes, a fin de que informaran sobre el avance en las medidas adoptadas para superar la situación de extrema vulnerabilidad en que se hallaban las comunidades qom.

De estas audiencias participaron el Defensor del Pueblo de la Nación, el Presidente y Secretario del Instituto del Aborigen Chaqueño, el Gobernador de la provincia de Chaco, los Ministros de Desarrollo Social y Salud provinciales, el Presidente del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y también funcionarios del Ministerio de Desarrollo de la Nación. En ellas la Corte Suprema instó a las partes a formular un plan de trabajo conjunto que permitiera superar la situación asistencial inmediata y la estructural de más largo alcance. Asimismo, se dispuso la visita de un Ministro de la Corte Suprema a las regiones afectadas.

Si bien las partes se mostraron dispuestas a cooperar, pusieron de resalto las dificultades de instrumentar planes coordinados de carácter inmediato y a largo plazo, provenientes de los largos períodos de ausencia de acciones en tal sentido.³⁹

En el caso “Salas”, alrededor de diez comunidades indígenas asentadas en la actual provincia de Salta, demandaron al Estado Nacional y la provincia atribuyéndoles responsabilidad por entender que no cumplieron con sus obligaciones legales, tanto por acción como por omisión, al otorgar autorizaciones de desmonte y tolerar talas clandestinas de bosques nativos dentro de los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria.

Con fecha 29/12/08, la Corte Suprema hizo, parcialmente, lugar a la medida cautelar solicitada por los actores y ordenó el cese de los desmontes y talas de los bosques nativos en los departamentos antes mencionados, que habían sido autorizados por la provincia de Salta durante el último trimestre del año 2007.

Como diligencia preliminar, el Máximo Tribunal solicitó a la provincia de Salta que informara los nombres y apellidos o razones sociales, con sus respectivos domicilios, de todas las personas físicas o jurídicas que habían solicitado y obtenido autorizaciones de desmonte y tala de bosques nativos en los departamentos mencionados. Al mismo tiempo resolvió convocar a una audiencia en la cual las partes debieron expedirse en forma oral y pública sobre la denunciada.

Tras el dictado de la medida cautelar, la Provincia de Salta solicitó que fuera dejada sin efecto, invocando la presunción de legitimidad del que gozan los actos administrativos, la cual, entendía, no había sido desvirtuada por

los actores. La Corte rechazó el pedido de la demandada alegando que la provincia no había considerado el efecto acumulativo de los permisos que otorgara, lo que hacía verosímil a criterio del Máximo Tribunal la existencia de un claro peligro de daño irreversible, por lo que ratificó la aplicación al caso del principio precautorio. En consecuencia, el Máximo Tribunal amplió la medida cautelar dictada, extendiendo la suspensión a la totalidad de los permisos de tala y desmonte de bosques nativos en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria (no sólo los concedidos durante el último trimestre de 2007, como había dispuesto anteriormente) y requirió a la Provincia de Salta un estudio de impacto ambiental que considerara el efecto acumulativo de la totalidad de los permisos concedidos. Señaló que este estudio debía ser realizado en conjunto con la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación y que debía darse *“amplia participación a las comunidades que habitan en la zona afectada.”*⁴⁰

En relación con las dificultades para el efectivo cumplimiento de las sentencias judiciales, la Comisión Interamericana sostiene que la obligación del Estado de garantizar una tutela judicial efectiva comprende el deber de diseñar e implementar mecanismos que garanticen la efectiva ejecución de las sentencias que dictadas por el Poder Judicial:

“Si las sentencias se tornan inoperantes por falta de un diseño adecuado de los procedimientos judiciales, se constituye un típico caso de carencia de recurso judicial adecuado y efectivo para la tutela de un derecho. Así, un recurso puede resultar inefectivo para tutelar un derecho social cuando no se prevé un mecanismo de ejecución de

40 CSJN. Sentencia interlocutoria del 26/03/09.

sentencias idóneo para superar los problemas típicos que suele verificarse en esta instancia procesal con las sentencias que imponen al Estado obligaciones de hacer.”⁴¹

En sentido concordante, la Corte Interamericana sostuvo que la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Sino que requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas:

“El derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes. [...] La ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarca también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho.”⁴²

41 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párrs. 296. OEA/Ser.L/V/II.129, 7 septiembre 2007.

42 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Sentencia de 7 de febrero de 2006, párrs. 216 – 220.

CAPITULO 4

PRINCIPALES OBSTÁCULOS ESTRUCTURALES PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La organización y funcionamiento de las instituciones del Estado, pueden constituir agentes limitantes para el acceso a la justicia de los pueblos indígenas.

Las normas internacionales de derechos humanos relativas a los pueblos indígenas, establecen en forma genérica la obligación del Estado de respetar los derechos indígenas y lo instan a adoptar una serie de medidas para superar las limitaciones que los pueblos indígenas pueden encontrar en la organización y funcionamiento de las instituciones estatales. Estas medidas están dirigidas a incorporar en las instituciones y actividades estatales una visión respetuosa de la identidad étnica y cultural de estos pueblos.

El Convenio 169, dispone que:

“Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus cos-

tumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.” (Artículo 2)

Por otro lado, señala que “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...] c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. [...]. (Artículo 6.1)

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas indica que *“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten [...]”* (Artículo 19)

Entre las dificultades vinculadas con la organización del Estado, las personas que prestaron su colaboración con este estudio, señalaron: la falta de interacción entre órganos nacionales y locales competentes en la materia en aquellos territorios con mayor presencia de comunidades indígenas, insuficientes servicios de asistencia legal gratuita, altos costos para poder acceder físicamente a los centros judiciales, ausencia de medios de transporte y falta de vías de comunicación adecuadas, inexistencia de juzgados especializados en la materia para una atención particularizada a los miembros de los pueblos indígenas y baja calificación de los operadores para el abordaje de la problemática indígena.

4.1. El acceso a la justicia de grupos especialmente vulnerables: mujeres, niñas, niños y adolescentes

La desigualdad que padecen las mujeres, niñas, niños y adolescentes en el disfrute de sus derechos está arraigada en la historia y la cultura. Al integrar comunidades indígenas esta situación puede verse agravada, debido a la doble condición de vulnerabilidad.

Las normas internacionales de derechos humanos brindan amplia protección a estos grupos y pretenden revertir esta situación.

Así, la Declaración de las Naciones Unidas expresa:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.” (artículo 21)

En el mismo sentido, indica:

“1. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas en la aplicación de la presente Declaración. 2. Los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.” (artículo 22)

El Comité para la Eliminación de la Discriminación con-

tra la Mujer ha expresado, que las mujeres pertenecientes a algunos grupos, además de sufrir discriminación por el hecho de ser mujeres, también pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación por otras razones, como la raza y el origen étnico, por ejemplo. En consonancia con ello, recomendó a los Estados Partes que adopten medidas especiales de carácter temporal para eliminar esas diversas formas de discriminación múltiple contra la mujer y las consecuencias negativas y complejas que tiene.¹

En relación con el acceso a la justicia de las mujeres, el Comité de Derechos Humanos, ha indicado que es necesario que los Estados informen si han adoptado medidas para que las mujeres disfruten en condiciones de igualdad con el hombre del derecho a recurrir a los tribunales y a un proceso justo y para que la mujer tenga igual acceso a la asistencia letrada, particularmente en cuestiones de familia.²

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, ha sostenido que determinadas formas de discriminación racial pueden dirigirse contra las mujeres en calidad de tales como, por ejemplo, la violencia sexual cometida contra las mujeres de determinados grupos raciales o étnicos, la esterilización obligatoria de mujeres indígenas, etc. Esta discriminación puede tener consecuencias que afectan únicamente a las mujeres, como embarazos resultantes de violaciones motivadas por prejuicios raciales. Afirmó asimismo, que las mujeres pueden verse limita-

1 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General Nº 25 (párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer). Medidas especiales de carácter temporal, párr. 12.

2 Comité de Derechos Humanos. Observación General Nº 28. Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, párr. 18. 68º período de sesiones, 2000.

das por la falta de remedios y mecanismos de denuncia de la discriminación a causa de impedimentos por razón de sexo, tales como los prejuicios de género en el ordenamiento jurídico y la discriminación de la mujer en la vida privada. En consecuencia, instó a los Estados a evaluar y vigilar la discriminación racial de las mujeres, así como las desventajas, obstáculos y dificultades por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico con que tropiezan para ejercer y disfrutar plenamente de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.³

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño se ha referido en forma reciente, a la particular situación en que se encuentran las niñas y niños indígenas.⁴ En esa oportunidad, sostuvo que los niños indígenas tienen un derecho inalienable a no sufrir discriminación. También señaló que para protegerlos de manera efectiva contra la discriminación, el Estado parte tiene la obligación de hacer que el principio de no discriminación se refleje en toda la legislación nacional y pueda ser directamente aplicado y debidamente supervisado e impuesto por los órganos judiciales y administrativos. Del mismo modo, instó a los Estados partes a que consideraran la aplicación de medidas especiales para que los niños indígenas puedan acceder a servicios culturalmente apropiados en los ámbitos de la salud, la nutrición, la educación, las actividades recreativas, los deportes, los servicios sociales, la vivienda, el saneamiento y la justicia juvenil.

Asimismo, indicó que es fundamental detectar las la-

3 Comité contra la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación general N° XXV relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género. 56º período de sesiones, 2000.

4 Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, 2009, párr. 23 a 29.

gunas y barreras que impiden que los niños indígenas gocen de sus derechos, a fin de que los Estados apliquen las medidas positivas apropiadas mediante la legislación, la asignación de recursos, las políticas y los programas.

Destacó también que al preparar estas medidas especiales, los Estados deberán tomar en consideración las necesidades de los niños indígenas que pueden ser víctimas de múltiples tipos de discriminación y también tener en cuenta la diferente situación de los niños indígenas en las zonas rurales y en las zonas urbanas.

Asimismo, existen precedentes en nuestros tribunales sobre casos relacionados con actos de violencia sexual contra mujeres y niñas indígenas.

Un caso paradigmático, que revela las dificultades en el acceso a la justicia de las mujeres indígenas, lo representa LNP, llevado ante el Comité de Derechos Humanos (Comunicación N° 1.610/2007).

En este contexto y a instancias de la Comisión Interministerial de Derechos Humanos de la Provincia de Chaco, el INADI emitió una opinión sobre el caso y formuló una serie de recomendaciones para erradicar, prevenir y sancionar la violencia sexual contra las mujeres indígenas⁵, el que se reseña a continuación.

En el año 2003, una niña indígena de quince años, perteneciente al pueblo Qom, que habitaba en El Espinillo, provincia de Chaco, denunció haber sido víctima de abuso sexual por tres jóvenes criollos. Se inició entonces un juicio por el delito de abuso sexual con acceso carnal. Los tres inculpados fueron absueltos y la sentencia quedó firme.

De acuerdo a las constancias de las actuaciones, en la

5 Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo. Informe N° 1 bis.

atención policial, sanitaria y judicial se cometieron serias irregularidades: en la Comisaría se hizo esperar varias horas a la víctima y, sin tomar la denuncia, la enviaron al puesto sanitario; donde la víctima fue maltratada; la denuncia policial fue tomada por la presión ejercida por la comunidad indígena, y fue efectuada por la madre de la niña. La denuncia se realizó sin intérprete; el juicio fue sustanciado en español, sin intérpretes; la víctima no tuvo acceso a asesoramiento letrado, el Tribunal no les notificó la sentencia recaída en la actuación penal; el fallo judicial contiene expresiones discriminatorias en razón del género y del origen étnico racial; tres testigos habrían sido descalificados por ser “indígenas”; no se resguardó la identidad de la víctima ya que el Poder Judicial ordenó averiguar en el pueblo si ejercía la prostitución.

La opinión del INADI, concluyó que la víctima sufrió discriminación étnica, de género y por edad y que se violó la garantía constitucional del debido proceso legal.

El organismo mencionado manifestó gran preocupación por la situación de discriminación que se observa en nuestro país en relación con la violación del principio de igualdad entre mujeres y varones y, especialmente, de los derechos de las mujeres que pertenecen a grupos en condición de vulnerabilidad, tales como las que viven en situación de pobreza y las pertenecientes a pueblos originarios.

La situación relatada, sostuvo, denotaba el grado de vulnerabilidad de las mujeres pertenecientes a pueblos originarios, las que padecían discriminación no sólo como mujeres, sino como integrantes de comunidades indígenas.

En el mencionado informe se recomendó al Estado Nacional, a la Provincia del Chaco y a otros Estados Provinciales en situaciones similares, en primer lugar, allanarse a la comunicación y ofrecer una reparación integral a la víctima.

Entre otras recomendaciones se destaca que: “*la justi-*

cia otorgara a los casos de violencia sexual contra mujeres pertenecientes a pueblos originarios, prioridad y celeridad. Y se notificase inmediatamente toda decisión de no dar curso a una denuncia, junto con la fundamentación de tal decisión, a la víctima.”; “(...)el gobierno nacional y los provinciales adoptaran las medidas efectivas, en consulta con los pueblos originarios, para combatir los prejuicios y eliminar los estereotipos y la discriminación de los mismos.”; “(...) las autoridades responsables de la investigación y el enjuiciamiento tomen en cuenta las dificultades especiales a las que se enfrentan las mujeres indígenas que son víctimas de presunta violencia sexual para que se tramiten sus casos.”; “(...) Incorporar en los programas de formación en derechos humanos para funcionarios/as policiales en las provincias, formación en materia de violencia sexual contra mujeres desde una perspectiva de género y teniendo en cuenta las pautas socio-culturales de las mujeres pertenecientes a pueblos originarios”.⁶

No todas las personas que colaboraron con la investigación coincidieron en que haya un grado de mayor discriminación hacia las mujeres, niñas, niños y adolescentes que integran comunidades indígenas. Sin embargo, vale mencionar algunos ejemplos que denotan un mayor grado de dificultad para que los grupos mencionados puedan acceder a la justicia:

“El acceso a la justicia se dificulta. Más si tenemos en cuenta que el hecho de pertenecer a comunidades indígenas ya los hace vulnerables y los más vulnerables de ese grupo son las mujeres y los niños”.

“Es inmensa la dificultad para el acceso a la justicia de las comunidades indígenas en donde se encuentran mujeres,

niños, niñas, ancianos, ancianas y adolescentes”

“Especialmente en casos de violencia familiar no se cuenta con protección especial, no hay equipos interdisciplinarios que lleguen a la zona y conozcan el conflicto en toda su dimensión”.

“Con relación a los grupos especialmente vulnerables, el acceso a la justicia por parte de las mujeres indígenas se ve particularmente dificultado por la discriminación, el racismo y la violencia. Las propias mujeres indígenas proponen “retomar los valores de la cosmovisión de los pueblos cuyos principios fundamentales son: complementariedad, dualidad, equilibrio, respeto y armonía”.

4.2. Intervención de la defensa pública, provincial y federal, en casos vinculados a los derechos colectivos de los pueblos indígenas o de miembros de comunidades indígenas

Los defensores públicos que prestaron colaboración para la elaboración de este estudio, en su gran mayoría, indicaron que no tuvieron intervención como defensa de comunidades indígenas o de sus integrantes.

En el caso de los defensores federales, se mencionaron las siguientes intervenciones: 1) Causas Penales: a) defensa en una causa por usurpación en la provincia de Neuquén contra una comunidad indígena perteneciente al pueblo mapuche en la que el Estado Nacional por intermedio de la Administración de Parques Nacionales inicia la causa penal con el objetivo de desalojar a los miembros de la comunidad; b) defensa de integrantes de una comunidad wichi por artículo 194 del código penal: interrupción a los medios de comunicación y transporte por tierra (por cortes de ruta, por reclamos); c) Defensa en una causa por discriminación iniciada contra un líder indígena del pueblo kolla ante el Juzgado Federal de Orán, provincia de Sal-

ta; 2) Acciones impulsadas por la comunidad: a) Actuación como Ministerio Público pupilar (en representación de los niños/as y jóvenes de una comunidad Myba Guaraní) de la provincia de Misiones; b) Interposición de una acción de amparo para obtener el reconocimiento del territorio ancestral de una comunidad indígena en la provincia de Formosa y c) acción de amparo colectivo solicitando el reconocimiento de territorios comunitarios ancestrales de dos comunidades kollas de la provincia de Salta⁷.

Asimismo, señalaron que se han llevado a cabo gestiones administrativas para impulsar diferentes reclamos ante las autoridades o instituciones correspondientes.

Los defensores provinciales⁸, por su parte, señalaron que mayormente intervinieron en casos donde se encontraba en juego el derecho a la tierra. Así, como fuera desarrollado con anterioridad, los defensores expresaron que, en general, se inician causas penales por “usurpación” contra los miembros de las comunidades que reclaman el goce de sus territorios comunitarios ancestrales. En algunos casos no sólo se debía representar a las personas imputadas del delito de usurpación sino que también debía ejercerse una representación de los niños de la comunidad, ya que se veían involucrados sus intereses.

Asimismo, indicaron que intervinieron en casos de diversa índole (tanto defensas o representaciones civiles, contravencionales, y principalmente pre judiciales –como instancias de conciliación–) pero que fueron pocos los casos donde se representó a la comunidad indígena como

7 Las intervenciones de la defensa federal se llevaron a cabo en las provincias de Salta, Formosa, Chaco, Tierra del Fuego, Neuquén y Misiones.

8 Los defensores provinciales que hicieron referencia a este tipo de intervenciones fueron de Chubut, Chaco, Santa Fe, Río Negro y Salta.

tal. Es decir que, en su gran mayoría se intervino en el caso como defensor pero en representación de un miembro de la comunidad.

De la información recabada surge que los planteos o reclamos que más perciben los defensores públicos provinciales y federales se relacionan con los problemas de las comunidades para la regularización de la tierra y que la mayoría de esos casos se tramitan en la justicia provincial.

Los abogados que se hacen cargo del patrocinio son en su mayoría privados- muchas veces pertenecientes a ONG`s-, pero en algunas jurisdicciones la actividad de la defensa pública en este campo también es relevante.

Asimismo, en el ámbito federal, se denota un creciente protagonismo del Ministerio Público de la Defensa, habiendo tenido mayor intervención en este tipo de casos, sobre todo, en los años 2009 y 2010.

4.3. Distancia entre los servicios de justicia y lugar de residencia de las comunidades indígenas

Gran parte de los pueblos indígenas que habitan en nuestro país, residen en comunidades rurales alejadas de los centros urbanos.

En un estudio publicado en el 2007, la CIDH observó como un obstáculo para el acceso a la justicia, en el ámbito interamericano, la insuficiente presencia de instancias judiciales y acompañamiento estatal disponible a las víctimas a lo largo del territorio nacional. Ello implicaba que las víctimas se vieran obligadas a emplear significativos recursos económicos y logísticos propios para poder interponer una denuncia y para participar posteriormente en el procedimiento judicial. Por tal motivo, la Comisión Interamericana remarcó la importancia de la existencia de dispositivos comunitarios, como los juzgados de paz y las defensorías comunitarias, y la necesidad de que éstos

cuenten con mecanismos y recursos que permitan garantizar servicios básicos a los habitantes de zonas rurales, marginadas y pobres, así como información sobre procedimientos legales, apoyo en procesos administrativos y acompañamiento a las víctimas en procesos judiciales.

Entre otras medidas, la Comisión Interamericana recomendó crear instancias y recursos judiciales idóneos y efectivos en zonas rurales, marginadas y en desventaja económica, con el objeto de garantizar un acceso pleno a una tutela judicial efectiva frente a violaciones de derechos fundamentales.⁹

Los abogados defensores afirman que las distancias dificultan el acceso de las comunidades indígenas que viven en zonas rurales a los servicios de justicia. Según ellos, en el medio rural las distancias son de distintos tipos: de kilómetros, de criterios, de culturas diferentes, de tomas de conciencias diversas.

“Las comunidades viven alejadas de las ciudades donde están los juzgados: tienen que salir el día anterior de su comunidad o el mismo día en horas muy tempranas para asistir, por ejemplo, a una audiencia”.

Algunos defensores públicos de zonas insulares manifestaron que las distancias operan como un dato objetivamente adverso a los propósitos pretendidos normativamente en el art.75 inc.17 de la Constitución Nacional, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.

9 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano De Derechos Humanos, párrs. 78 – 80. OEA/Ser.L/V/II.129, 7 septiembre 2007.

Todas las personas consultadas coincidieron en señalar, que la distribución geográfica de los juzgados responde a una lógica poblacional que dista mucho de la ubicación de los pueblos indígenas por lo que las distancias suelen ser otro importante obstáculo.

En ese sentido, los abogados defensores sostienen que la distancia con las comunidades representa un gran obstáculo que no es tenido en cuenta por los jueces, quienes aplican las normas procesales homogéneas. Estas distancias, unidas a las dificultades en los medios de transporte, no sólo dificultan –entre otras cuestiones- las contestaciones de intimaciones y la posibilidad de obtener asesoramiento jurídico adecuado en término, sino que impiden una comunicación adecuada con los abogados.

Los líderes y lideresas indígenas manifestaron que las distancias, el tiempo y el dinero que implica llevar adelante un proceso judicial, tornan esta alternativa casi inviable. Expresaron que la legislación actual, que no acepta los tiempos propios de toma de decisiones indígenas ni la institucionalidad comunitaria, significa un importante obstáculo para acceder a la justicia.

4.4. Inexistencia de tribunales con especialización en materia indígena

Algunos defensores oficiales sostienen en este punto, que la inexistencia de tribunales especializados en materia indígena y la falta de concientización social, impide un trato igualitario provocando un menoscabo a los derechos de los pueblos indígenas debido a que no gozan de idénticas posibilidades. Sumado a ello mencionan, que los procedimientos judiciales distan mucho de las prácticas de resolución de conflictos de los pueblos, motivo por el que en muchos casos, aquellos resultan realmente ajenos para ellos.

Los abogados que representan a comunidades indíge-

nas, a su vez, mencionan que esta situación es aún mas grave en lo que hace a la organización de la justicia, donde existe una fuerte discriminación y un gran desconocimiento acerca del tema indígena por parte de los operadores.

Hacen referencia a la ausencia de personal especializado y/o interesado en la materia, una permanente invisibilización de los Pueblos y como consecuencia, una marcada desigualdad en lo que hace al acceso a la justicia en general. Sostienen que la situación es muy similar en los ámbitos municipales donde ni siquiera existen organismos que se ocupen del tema de manera diferencial.

Algunos abogados mencionan que, si bien no existen juzgados especializados en materia indígena, excepcionalmente hay funcionarios y empleados judiciales que por sí mismos se interesan y tratan de aplicar los derechos de los pueblos originarios para la resolución de casos en que están implicadas comunidades indígenas o alguno de sus miembros.

Otros abogados sostienen que existe una falencia estructural del poder judicial y que se debería instar el ingreso de miembros de comunidades indígenas al sistema jurídico local o, en su caso, promover mecanismos de abordaje de la cuestión indígena en las zonas de conflicto con otras culturas que se den en términos de igualdad, lo que implicaría, una mayor presencia indígena en el sistema de justicia con un abordaje y capacitación de todos los actores en la materia. A modo de ejemplo sostienen que los funcionarios deben generar “escenarios”, locales de prestación del servicio de justicia, ir al lugar donde viven las comunidades indígenas, y esto, no sólo en cuestiones penales, sino en todo tipo de casos. Asimismo, señalan que deberían difundir material informativo (escrito y oral) y que ello (el acceso a la justicia de los pueblos indígenas) debería ser parte de los costos del sistema de justicia.

Al no existir juzgados especializados, los abogados pro-

ponen como alternativa la idea de contar con defensores para las comunidades indígenas, y con una estructura solvente que les permita brindar asistencia jurídica a las comunidades, o en su defecto, que en las defensorías de cada jurisdicción exista personal especializado en la temática. También surge la propuesta de crear la figura de un Defensor de Pueblos Indígenas.

En otras opiniones encontramos, que si bien en la actualidad, la posibilidad de contar con juzgados especializados en materia indígena no es viable a mediano plazo, puede ser realizada a largo plazo, si es promovida por los operadores judiciales y los gobernantes de manera adecuada.

La falta de determinación de la manera en que se efectivizará el derecho al acceso a la justicia en nuestro país pareciera, en opinión de los abogados consultados, ser un obstáculo en sí mismo para acceder a ella.

“Esta falta de determinación de la manera en que se efectivizará el derecho al acceso a la justicia implica, en el caso en concreto de nuestro país, que una persona que pretende ejercer los derechos que las convenciones le garantizan, y que por su posición económica no le fuera posible pagar la asistencia legal o cubrir los costos del proceso, quedará -en muchos casos- imposibilitada de acceder efectivamente a la protección de sus derechos. Esta situación se repite en reiteradas ocasiones cuando se trata de los derechos de los pueblos indígenas”

“Si bien la provincia de Chubut a través de su Defensoría Pública, crea una Oficina de Nuevos Derechos, encuadrando entre ellos a los pueblos originarios, considero que su accionar solo se refleja en la buena voluntad y predisposición de los abogados a su cargo, pero no en todas las Circunscripciones judiciales ocurre lo mismo. Puedo afirmar sin ánimo de ofender a mis colegas que el ejercicio de la defensa pública con una mirada desde pueblos originarios, se da en: Esquel, Trelew y un poco Comodoro Rivadavia, es decir que

en el contexto provincial más general diría que en las zonas de gran concentración indígena, todavía no hay acceso a la justicia para miembros de comunidades indígenas.”

4.5. Ausencia de medios económicos, de medios de transporte y vías de comunicación adecuadas

La ausencia de medios económicos para afrontar los costos de un proceso judicial configura un obstáculo de tipo económico para el pleno ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

En el ámbito interamericano tanto la Comisión como la Corte Interamericana han establecido, que los excesivos costos del proceso, ya sea judicial o administrativo, cuando supongan la imposibilidad de acceder a la justicia, representan una violación de las garantías judiciales (art. 8 de la Convención Americana). De esta manera, un recurso judicial, no sólo debe ser rápido y efectivo, sino también económicamente accesible.

En la Opinión Consultiva 11, la Corte Interamericana, sostuvo que si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley: *“Pero no sólo la ausencia de asistencia legal es lo único que puede impedir el acceso a la justicia, puede suceder que el Estado provea asistencia legal gratuita, pero no los costos que sean necesarios para que el proceso sea el debido que ordena el artículo 8.”*¹⁰

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de Agosto de 1990 Excepciones al Agotamiento de

Esto mayormente sucede en países donde la asistencia jurídica gratuita no se encuentra institucionalizada adecuadamente a nivel nacional, o, por ejemplo, en países como Ecuador, donde esa institucionalización es muy reciente. De ese modo, la Comisión en el “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador” del año 1997 señaló:

“En vista de que los demandantes deben estar representados por un abogado para poder presentar sus reclamos, debe aumentarse el número de defensores públicos disponibles para asesorarlos, de manera tal que este servicio esté al alcance de toda persona que lo necesite para tener acceso a la protección judicial y para defender un derecho protegido.”¹¹

De la información recabada sobre esta cuestión, los abogados defensores de las comunidades indígenas afirman que, en general, las comunidades no cuentan con recursos económicos suficientes, lo que les impide afrontar los costos de un proceso judicial. Sin embargo, esta realidad no es evidente a los ojos del sistema judicial al requerir que, subsidiariamente al proceso principal, se promueva un beneficio de litigar sin gastos para que se reconozca esta situación y se pueda otorgar el beneficio.

“Existe normativa para que una persona sin recursos económicos pueda evitar pagar los costos del proceso (beneficio de litigar sin gastos), pero sin embargo, la asistencia legal resulta obligatoria para todo proceso judicial y los Estados no siempre garantizan los servicios jurídicos gratuitos como un servicio público, y aún cuando lo hi-

los Recursos Internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana Sobre Derechos Humanos), párrs. 28 y 29.

11 Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 1997. (OEA/Ser.L/V/II.96).

cieren, muchas veces, sus recursos son limitados.”

Desde la perspectiva de los abogados que patrocinan los reclamos del pueblo mapuche en la provincia de Neuquén, el acceso a la justicia se ve entorpecido por motivos económicos. Consideran que desde la década de 1990, el otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos ha ido acompañado de cada vez más requisitos que lo dificultan. Como ejemplos, brindan los siguientes:

a) En un juicio en donde la Comunidad Huenctru Trawel Leufu, como parte demandada, solicitó el beneficio de litigar sin gastos, se le obligó a realizar las notificaciones en el domicilio real de la actora, en Bs.As., pese a que la actora había constituido domicilio en la sede del tribunal, en Cutral Co.

b) En un beneficio de litigar sin gastos iniciado ante el Tribunal Superior por la misma comunidad se pide un estado contable de las ganancias comunitarias de los últimos años. c) En todos los casos se requiere una gran cantidad de oficios a los registros públicos para determinar si las comunidades tienen bienes de fortuna.

Por otro lado sostienen, que el Tribunal Superior, a diferencia de lo resuelto por la Corte Suprema, entiende que el beneficio provisional no implica la exención al depósito previo que requiere el recurso de casación provincial.

En definitiva, consideran que se han ido restringiendo las posibilidades de acceso gratuito a la justicia, no sólo de las comunidades indígenas sino también de todos los sectores excluidos.

Otros abogados mencionan que no solamente debe tenerse en cuenta los costos que el juicio implica en honorarios del abogado, sino que la falta de medios económicos es total, tanto para transportarse hacia los tribunales, como por el tiempo de trabajo que se pierde que conlleva inevitablemente a

no lograr un resultado acorde al pretendido. Por ese motivo entienden que *“La falencia por parte del Estado es no proveer la infraestructura necesaria a efectos de trasladar defensores a los lugares cercanos donde residen las comunidades”*.

Las distancias entre las comunidades y los juzgados, y la falta de recursos económicos son los principales obstáculos para acceder a la justicia según lo informado por los letrados que colaboraron con el presente trabajo. A ello debe sumársele que los caminos en la mayoría de los casos son muy deficientes y los medios de transporte precarios, resultando imposible transitar los días de lluvia.

“[...] en el Departamento de Ramón Lista (Formosa), la comunidad de María Cristina, perteneciente al Pueblo Wichi, se encuentra asentada a 170 Km. de la localidad de Ingeniero Juárez. No posee transporte adecuado de línea y los caminos son pésimos, el costo del pasaje (“flete”, como comúnmente se lo denomina) ronda entre \$50 a \$100. Si alguien de esta comunidad tiene que llegar para una declaración testimonial a la localidad de Las Lomitas, debe hacer nuevamente 150 Km. Desde Ingeniero Juárez a Las Lomitas hay transporte de línea por la ruta nacional 81; el costo del pasaje es de \$ 35. Se debe salir dos días antes para llegar con tiempo al Juzgado de Las Lomitas. El costo total del viaje, ida y vuelta, va desde los \$170 a \$ 270. Sin tener en cuenta la comida y la estadía [...] las comunidades no están en condiciones de afrontar estos gastos”.

Por último, la opinión de los líderes indígenas no hace más que ratificar lo dicho hasta aquí, los costos y las distancias hacen que la posibilidad de sostener un proceso judicial se haga realmente difícil. Hasta conseguir un testigo es casi imposible, ya que, el día que debe asistir a declarar debe perder uno o dos días de su trabajo, dependiendo de la distancia y le deben costear los gastos del viaje, comida y en muchos casos estadía.

Con el objeto de reparar de alguna manera las dificultades antes mencionadas, en el año 2009, se presentó en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, un proyecto de ley que establece la gratuidad en los procedimientos judiciales y/o administrativos para las acciones judiciales que promuevan las comunidades indígenas y que se encuentren vinculadas al ejercicio de derechos de incidencia colectiva.¹²

Entre los fundamentos del proyecto se señala, que el compromiso de construir un estado pluricultural asumido por el Estado Nacional, a partir de la reforma constitucional de 1994 “torna ineludible el articular medidas legislativas que allanen caminos hacia el efectivo acceso a la justicia” de los pueblos indígenas.

4.6. Desconocimiento de los lugares y/o ámbitos a donde deben acudir por información.

Los líderes y lideresas señalaron que la mayoría de las comunidades no cuentan con información acerca de los espacios donde pueden recurrir para realizar consultas jurídicas.

Asimismo, algunos abogados sostienen que no existirían centros de información o atención especializada para las comunidades indígenas, y que sólo en algunas localidades se cuenta con juzgados de paz o de menor cuantía, donde la asistencia no siempre es la adecuada porque, en muchos casos, no se comprenden las necesidades que plantean y tampoco se brinda orientación.

CAPITULO 5

ASPECTOS CULTURALES Y SIMBÓLICOS QUE CONSTITUYEN IMPEDIMENTOS PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

Los representantes de los pueblos indígenas consultados y los profesionales del derecho que los asisten, mencionaron una notable desconfianza en el poder judicial a causa de la discriminación y racismo que perciben en él. Este motivo hace suponer a los usuarios del sistema de administración de justicia que las violaciones a sus derechos no tendrán una adecuada protección.

Tanto el Convenio 169 como la Declaración de las Naciones Unidas, poseen normas que tienen por objetivo prevenir los tratos discriminatorios hacia los pueblos y las personas indígenas:

“Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos. (Artículo 3,1 del Convenio 169). Asimismo, indica que “No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio”. (artículo 3.2) y “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.” (artículo 4,1). También señala que “El goce sin

discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.” (artículo 4.3)

En ese sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sostiene: *“Los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.” (artículo 2) y “Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de ese derecho.” (artículo 9)*

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial exhortó a los Estados Partes a que reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de los pueblos indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación. Asimismo, que garanticen que los miembros de los pueblos indígenas sean libres e iguales en dignidad y derechos y libres de toda discriminación, en particular la que se base en el origen o la identidad indígena, y que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a practicar y reavivar sus tradiciones y costumbres culturales y preservar y practicar su idioma¹.

En el ámbito regional, la Corte Interamericana, desde sus primeros pronunciamientos, sostuvo que los Estados Partes tienen el deber de garantizar el libre y pleno ejer-

1 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General N° XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas, párr. 4.

cicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Y agregó, que la existencia de un orden normativo no dirigido a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no agota la obligación del Estado. Es necesario además, que este orden normativo sea acompañado de una conducta gubernamental que asegure la existencia de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.²

Dentro de esta obligación, conforme a las disposiciones de la Convención Americana, se encuentra la obligación de brindar “recursos efectivos” (artículo 25).

De igual forma la Corte, ha señalado que la existencia de un recurso, no se limita a que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, ya que también debe ser idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla: “No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado en la de-

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 166 y 167.

cisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial.”

Dentro de las observaciones formuladas por las personas cuyas opiniones fueron relevadas, existe una particularmente llamativa y es que, los obstáculos de carácter cultural y simbólico no residen principalmente en los pueblos indígenas, sino en los miembros de la cultura hegemónica.

Los defensores públicos federales, hicieron hincapié en la falta de confianza, por parte de los pueblos indígenas, en el sistema legal y en la sensibilidad de los operadores judiciales respecto de los conflictos en los que son parte, situación que, sostienen, no resulta tan sólo un mero prejuicio de parte de la población en cuestión sino que ha sido el producto de años de abandono y marginación.

Asimismo consideraron que, por un lado, en muchos casos no existe conciencia sobre los propios derechos que tienen como comunidad indígena o se les han dado a conocer de manera errónea y, por otro lado, predomina un alto grado de desconocimiento de los medios para poder hacerlos efectivos.

Idéntica observación realizaron algunos defensores públicos provinciales, quienes resaltaron la falta de conciencia de los propios pueblos debido a la falta de capacitación y a la falta de recursos económicos y materiales para el litigio.

En el ámbito de los organismos estatales, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación consideró que hay actitudes racistas en agentes y funcionarios de instituciones públicas (hospitales, escuelas, destacamentos policiales, juzgados) que se manifiesta a través del maltrato y violencia.

La voz de los propios indígenas corrobora la existencia de malos tratos de parte del personal de los juzgados y centros de asistencia médica, ya sea de manera explícita negán-

doles la atención o sometiéndolos a largas horas de espera. Asimismo sostienen que la policía se niega a tomarles las denuncias. Por último manifiestan el no reconocimiento por parte de los organismos del estado (Registro Civil) de los nombres típicos de su cultura.

CAPITULO 6

DESARROLLO DE EXPERIENCIAS POSITIVAS

6.1. Abordaje de los conflictos planteados alrededor de violaciones de derechos indígenas en forma articulada con otros organismos o instituciones estatales y/o no estatales

A pesar de que las opiniones expresadas por quienes colaboraron con este trabajo dan cuenta de que no se suelen abordar estas problemáticas en forma coordinada con otros organismos estatales y/o no estatales, algunos testimonios señalaron ciertos casos puntuales donde mantuvieron diálogo con dependencias provinciales vinculadas con diferentes áreas como salud y desarrollo social, institutos aborígenes provinciales y defensorías del pueblo.

Entre las causas que parecen dificultar la acción coordinada, los defensores públicos indicaron que en la mayoría de los casos los funcionarios gubernamentales nacionales desconocen las problemáticas locales.

Los defensores públicos de Chubut señalaron un caso singular ya que allí se encuentra vigente, desde el año 2003, un convenio de cooperación técnica celebrado entre el Ministerio de la Defensa Pública y el Equipo Nacional de Pastoral Aborígen (ENDEPA).¹ El convenio mencionado

1 Convenio Marco de Cooperación Técnica para la Difusión de los Dere-

establece que las partes se comprometen, entre otras cosas, a brindarse recíprocamente asistencia para el tratamiento de temas inherentes a su competencia: articulación de recursos materiales y humanos, presentación conjunta de dictámenes, proyectos normativos y denuncias, así como también, acciones administrativas y judiciales.

En el ámbito nacional, varios organismos del Poder Ejecutivo² formaron la “Red Nacional de Articulación para el Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas”, con el objetivo de gestionar en forma conjunta lo dispuesto por la ley N° 26160. No obstante, esta red se encuentra en etapa de implementación.

Asimismo, tanto la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, como el INADI y el Defensor del Pueblo de la Nación manifestaron que interactúan entre sí ante conflictos vinculados a derechos indígenas y que también lo hacen con el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, la Dirección de Pueblos Originarios de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, la Defensoría General de la Nación e institutos aborígenes y secretarías de derechos humanos provinciales.

A la par, todos indicaron que trabajan también en forma articulada con organizaciones de la sociedad civil que promueven los derechos de los pueblos indígenas.

En el caso del Defensor del Pueblo de la Nación³, ha

chos Indígenas, vigente desde el 0112/2003.

² INAI; SDH; INADI y SAyDS.

³ El Defensor del Pueblo de la Nación es un órgano creado por la Constitución Nacional (art. 86), su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. Tiene legitimación procesal. Sin embargo, la ley de organiza-

intervenido como Amicus Curiae en un caso vinculado al reclamo territorial de tres comunidades guaraníes en Misiones (Yvy Pita, Ka'aguy Poty y Kapi'i Poty).⁴

Además, como fuera relatado en el apartado anterior, intervino como actor demandando al Estado Nacional y a la Provincia de Chaco ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por la situación de vulnerabilidad extrema de numerosas comunidades indígenas qom.

6.2. Existencia dentro de los ministerios públicos de la defensa y los organismos nacionales consultados de programas o áreas específicas para la atención de los derechos de los pueblos indígenas

De acuerdo a la información brindada por quienes colaboraron con este trabajo, surge que dentro de los ministerios públicos de la defensa provinciales no suelen existir programas o áreas de trabajo específicos para la atención los derechos de los pueblos indígenas, por ese motivo los defensores públicos al intervenir en este tipo de casos no siempre cuentan con el apoyo de un área institucional especializada en la temática.

En relación con este punto, la defensa pública de la provincia del Chubut señaló que *“Los lineamientos institucionales del Ministerio de la Defensa Pública respecto a garantizar el acceso a la justicia a los reclamos de las comunidades in-*

ción y el funcionamiento de esta institución se encuentran reguladas en una ley anterior a la reforma constitucional.

4 “Comunidades Indígenas del Pueblo Mbya Guaraní De Yvy Pyta, Ka'a Guy Poty Y Kapi'i Poty C/Universidad Nacional de La Plata (U.N.L.P.) y Estado Nacional (E.N.A.) s/demanda ordinaria de acción colectiva de reconocimiento de posesión y propiedad comunitaria - escrituración e inscripción del territorio indígena y daños y perjuicios.” (Expte. N° 95/07)

dígenas en la Provincia, que se cristalizaron en definitiva en la creación de una Área específica para mejorar y facilitar dicha gestión en el marco de aquellos lineamientos (Área de Defensa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en las Oficinas de la Defensa Pública Civil y las Asesorías de Familia e Incapaces, a cargo de Defensores Públicos y Asesores)”. Asimismo, desde esa institución se expresó que se estaría evaluando la posibilidad de crear un cargo de defensor público con especialidad en derecho indígena.

Los defensores públicos federales señalaron, como fuera expresado al inicio de esta publicación, que en el ámbito de la Defensoría General de la Nación, desde el año 2008, funciona el Programa sobre Diversidad Cultural que brinda apoyo a los magistrados que intervienen en causas donde se encuentran involucrados derechos de los pueblos indígenas.

En relación con los organismos públicos cuya colaboración se solicitó para este trabajo, el INADI informó que recientemente se creó el Programa Pachakutik “La Transformación para retomar el camino”.⁵ Este programa tiene como objetivo principal aportar a la conformación de un Estado plurinacional, pluricultural y plurilingüe. Está orientado a la profundización de la democracia participativa comunitaria, la recuperación de las formas de vida y los valores comunitarios, el reordenamiento territorial con autonomía de gestión y la instauración de un modelo económico que incentive el buen vivir y la gestión sustentable de recursos naturales. Esto implica construir una sociedad con pertinencia cultural, crítica, participativa, equitativa, democrática e intercultural, tomando como instrumento la participación indígena.

El programa ha sido creado en cumplimiento de la propuesta N° 50 del Plan Nacional contra la Discriminación –aprobado por Decreto N° 1056/05- que plantea “Desarrollar un programa especialmente dirigido al acceso a la justicia de los pueblos indígenas, capacitando jueces y fiscales en la normativa de nuevos derechos indígenas, garantizando la asesoría legal, la asistencia de traductores, la implementación del peritaje cultural y el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena en la resolución de conflictos al interior de las comunidades, según lo estipulado por el Convenio 169 de la OIT.”

Los objetivos específicos del programa son: garantizar el pleno acceso a la justicia para los pueblos originarios y el reconocimiento del pluralismo jurídico. La demanda de acceso a la justicia ha sido planteada con insistencia por los pueblos indígenas y se centra en dos aspectos. En primer término se reclama el acceso, en condiciones de igualdad, a la jurisdicción del Estado; que se imparta justicia eficaz y con respeto a sus garantías individuales y colectivas y a su diferencia cultural. En segundo, el establecimiento de nuevos derechos basados en el reconocimiento de sus especificidades culturales y étnicas, que implica el reconocimiento de la existencia de derechos consuetudinarios indígenas, diferentes según los distintos pueblos, y que conforman en la práctica la existencia del pluralismo jurídico; fortalecer las organizaciones de mujeres indígenas para garantizar su plena participación y goce de todos sus derechos en condiciones de complementariedad entre varones y mujeres; formar a los/as funcionarios/as públicos/as en enfoques interculturales y no discriminación para la construcción de un Estado Pluricultural.

Por su parte, desde la Defensoría del Pueblo de la Nación, se expresó que los derechos de los pueblos indígenas son competencia del Área de Derechos Humanos, Admi-

nistración de Justicia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

La Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, señaló que lleva adelante múltiples tareas para hacer efectivo su cometido de defensa de los derechos de los pueblos indígenas (investigación, capacitación, prevención, asesoramiento legal). Recepciona denuncias, busca clarificar las situaciones de violaciones de derechos indígenas y establecer los derechos que asisten, en su caso a los denunciantes, a través del diálogo y la mediación con los actores responsables, desarrolla tareas de extensionismo jurídico y asesoramiento de estrategias jurídicas a los representantes de las Comunidades Indígenas.

Entre las acciones de la Dirección de Apoyo a Actores Sociales para la Construcción Ciudadana, se encuentra el Proyecto de fortalecimiento de acciones de protección y defensa de la identidad de los pueblos originarios. Entre los objetivos se pueden mencionar: apoyo a las comunidades indígenas en el proceso de fortalecimiento comunitario ante otros actores estatales y de la sociedad civil; promoción de acciones de participación activa de las Comunidades Indígenas en la formulación de políticas públicas que los involucren y generar instancias de diálogo con organismos estatales y de la sociedad civil ; fortalecimiento de la Red Nacional de Articulación para la implementación de la Ley Nacional 26160 de Relevamiento de las Comunidades Indígenas; promoción del fortalecimiento de la identidad cultural de las Comunidades Indígenas y la conciencia social de la riqueza de la diversidad cultural.

6.3. Diagramación de actividades de capacitación específicas en la temática

De acuerdo con la información brindada por los defensores públicos provinciales consultados, no existirían

actividades de capacitación en relación a los derechos de los pueblos indígenas, con excepción de tres provincias. En Salta, se han realizado actividades de esta clase promovidas por organizaciones de la sociedad civil que trabajan con comunidades indígenas y en chaco, como consecuencia del caso LNP, llevado ante el Comité de Derechos Humanos, se realizó desde el Poder Judicial un seminario de capacitación. Además se han llevado a cabo capacitaciones a los defensores públicos de la provincia del Chubut.

En el marco del programa Pachakutik, el INADI, informó que se encuentra iniciando consultas con diversas organizaciones indígenas a los efectos de llevar adelante la ejecución del programa. Asimismo, expresó que en tal contexto se invitará a diversos organismos públicos, organizaciones indígenas y organizaciones privadas a firmar convenios que habilitarán la interacción con el INADI en temáticas inherentes al programa.

Por su parte los funcionarios del Defensor del Pueblo de la Nación, expusieron que han meritado la suscripción de convenios de colaboración con organismos públicos y organizaciones de la sociedad civil, especializados en materia indígena, con el objetivo de capacitar a aquellos funcionarios y empleados que deben desplazarse a los lugares donde residen las comunidades indígenas.

Asimismo, los defensores que integran el Ministerio Público de la Defensa de la Nación señalaron que, durante los últimos años, se han llevado a cabo diversas capacitaciones específicas sobre la temática.

La Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, por su parte, ha previsto brindar talleres interculturales de fortalecimiento institucional a líderes indígenas de distintas regiones de país a fin brindar de herramientas para la exigibilidad de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

6.4. Sentencias o decisiones cautelares sobre reclamos de los pueblos indígenas

De la información recabada surge que la mayoría de los abogados defensores han logrado decisiones judiciales en materia de reclamos de pueblos indígenas, a pesar de que los resultados no siempre han sido favorables.⁶

Entre los derechos que han merecido una adecuada protección judicial se mencionan: los derechos posesorios, personería jurídica y defensa del medio ambiente.

Las personas que colaboraron con este trabajo hacen hincapié en que cualquier causa donde se logre mantener un reclamo vinculado con la problemática de los pueblos indígenas, ya es un triunfo en sí misma. Ello, debido a que la sola intervención de un profesional que esté dispuesto a prestar su comprensión y acompañamiento, es relevante ante la situación de familias y comunidades que a lo largo de muchos años nunca fueron defendidas ni asesoradas. De ese modo, a través de la interacción que se genera se abre un espacio para transmitir múltiples herramientas (ej. autoprotección para futuras situaciones similares).

Algunos abogados mencionan casos donde han obtenido sentencias a favor tanto en una medida cautelar, como en un interdicto y en un beneficio para litigar sin gastos: “Hemos obtenido una medida cautelar de prohibición de innovar a favor de la comunidad indígena Ysyry, pero en segunda instancia después que el juez de primera instancia nos denegó por considerar que no bastaban los elementos probatorios arrimados al proceso. Sin embargo la Cámara

6 En los casos adversos algunos indicaron como motivo principal el desconocimiento de la legislación vigente. En ocasiones, aseveran, que ello está relacionado con la falta de independencia para actuar de jueces y tribunales y con presiones de los gobiernos locales.

de Apelaciones nos la concedió considerando suficientes las pruebas, aunque unos meses después. También obtuvimos recientemente una sentencia a favor en un interdicto de retener la posesión de esta misma comunidad y en el beneficio de litigar sin gastos del mismo”.

Asimismo, un defensor público federal señaló que obtuvo la concesión de una medida cautelar de no innovar para que se detenga la construcción de un edificio universitario dentro del territorio ancestral que viene reclamando una comunidad qom.

Otro precedente digno de mención, es en el caso “Dino Salas y otros c/Provincia de Salta y Estado Nacional”⁷, vinculado a la problemática de los desmontes en Salta. Su presentación se articuló con la Mesa de Tierras de Orán y tramita ante la Corte.

También se menciona el Caso Pedraza⁸ donde se interpuso un amparo “contra una orden de desalojo de la Dirección de Tierras contra el LOF, que no sólo no fue ejecutada sino que se logró el desalojo de un tercero a quien la Dirección de Tierras le otorgaba derechos en detrimento del Lof. El Superior Tribunal de Justicia revocó el fallo de Cámara pero el desalojo ya estaba ejecutado y los desalojados no regresaron. Teniendo en cuenta que se estaba violando el derecho de ocupación territorial por parte del STJ, en diciembre de 2006, se interpuso la defensa de la ley 26160 y fue el primer caso en que esa normativa se aplicó en el país”.

A juicio de los abogados consultados, resulta fundamental, que todo planteo judicial resulte acompañado por

7 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo. (Expte. 1144 – S – ORI -08)

8 “Lof Mapuche Pedraza Melivilo c/ provincia de Río Negro s/ amparo”. Expte. N°21617/06

un proceso legítimo de las organizaciones de base indígena, al que debe llegarse luego del respectivo proceso de información y de debate interno.

En muchos caos, tal extremo produce en la práctica, la instalación del tema en los medios y un acompañamiento de otros actores sociales al reclamo, que lo terminan transformando, también, en un reclamo político. Sostienen, que son esos casos donde mejores resultados han obtenido dentro del sistema estatal o judicial y son ejemplos: el Caso Pulmari en Neuquén, y Wiritray o Quintriqueo en Parque Nacional Nahuel Huapi.

Por su lado, los defensores han mencionado un caso donde si bien han obtenido una resolución favorable, la misma no ha podido ejecutarse por propia decisión de la comunidad interviniente.

“..Especialmente tengo presente una medida cautelar que no se ha podido llevar adelante a pesar de encontrarse decretada, por la propia intervención de la comunidad aborígen...por una desnutrición crónica de un adulto en el que la misma etnia no ha permitido la actuación de la justicia, por respeto a la voluntad de la persona en riesgo, y asumiendo ellos la responsabilidad con una interacción muy interesante de la comunidad, la familia aborígen y el Juez actuante”.

Por último, vale mencionar que los abogados particulares, en algunos casos resaltan que si bien han obtenido resultados favorables en las medidas cautelares lo dificultoso es lograr un resultado exitoso en los planteos de fondo. Un ejemplo citado es la nulidad de un contrato de leasing contra una minera sobre territorio indígena, el cual no debería haber llegado hasta el tribunal para declarar la nulidad del contrato, no obstante ello, a 3 años de iniciado el juicio, sólo se suspendió por la implementación de la ley 26.160.

6.5. Derechos indígenas que han recibido adecuada tutela judicial

Entre los derechos que han recibido una adecuada protección judicial se señalan los derechos posesorios, la defensa del medio ambiente y la personería jurídica.

Por un lado “Sede Alfredo y otros c. Villa Herminia y otro s/ desalojo”, es destacado como uno de los fallos que ha dado una adecuada protección judicial al derecho a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan. Allí, el juez sostuvo: *“Es irrelevante que la comunidad todavía no haya concluido el trámite administrativo para obtener la personería jurídica porque ésta no es una condición para ejercer el derecho reconocido sobre las tierras. Al contrario, el reconocimiento de la personería jurídica es otro derecho garantizado en vez de una obligación.”*⁹

Otro precedente, calificado de histórico, es “Lof Casiano c/ Provincia de Río Negro s/ Contencioso Administrativo”¹⁰. Aquí la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló a favor del Lof mapuche Casiano - Epugmer -del paraje Quetrequile-, por el que ordena a la justicia rionegrina que trate la demanda mapuche planteada contra el gobierno de la provincia por la entrega y reconocimiento definitivos de su territorio tradicional. En primer lugar, la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Bariloche y después el Superior Tribunal de Justicia, se habían negado a darle tratamiento al pedido del Lof aduciendo que de tal cuestión ya se estaba ocupando la Dirección de Tierras y la Fiscalía de Estado

9 Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería No. 5 de la ciudad de Bariloche (Río Negro). “Sede Alfredo y otros c. Villa Herminia y otro s/ desalojo”, sentencia de 12 de agosto de 2004.

10 Corte Suprema de Justicia de la Nación. LOF CASIANO c/ Provincia de Río Negro s/ Contencioso Administrativo” (Expte. 1317/06).

de Río Negro. A su vez, ese planteo negaba la competencia del Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas (Co.De.C.I.) creado por la ley Integral del Indígena para resolver las cuestiones relativas a los territorios mapuches. Luego de ocho años de la recuperación de hecho de esa porción del territorio, a consecuencia de ese fallo de la Corte la justicia recién se discutirá el fondo del conflicto: el derecho mapuche a este territorio usurpado con violencia y engaño por una familia de sirio-libaneses.

Una reciente decisión en la provincia de Neuquén, se expidió sobre el derecho de consulta y participación de los pueblos indígenas. En el caso Mellao Morales,¹¹ la Comunidad solicitó la declaración de inexistencia y, subsidiariamente, de nulidad, del contrato de exploración con opción a compra de una mina en territorio comunitario, celebrado entre la demandada con la Empresa Emprendimientos Mineros S. A. Sus abogados alegaron que se omitió consultarla previamente, tal como lo imponen los arts. 6.1.a, 6.2, 15.2 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional. La jueza de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería del Juzgado N° 1 de la Ciudad de Neuquén se declaró incompetente para intervenir en las actuaciones, por entender el objeto del juicio, relacionado con un contrato público, determina la existencia de una cuestión procesal administrativa y que en consecuencia, le corresponde intervenir al STJ. Elevadas las actuaciones, éste consideró que la cuestión, vinculada a la aplicación de normas del Código de Minería, era competencia de los Juzgados de Primera instancia.

En su presentación, la comunidad planteó también una medida cautelar de no innovar para impedir el avance en

11 Superior Tribunal de Justicia de Neuquén. "Comunidad Mapuche Mellao Morales C/ Corporación Minera del Neuquén S.E s/Acción Procesal Administrativa", Expte. n° 2642/9, del 28/09/09.

la ejecución del contrato impugnado, dado que generaría hechos irreparables al territorio de la Comunidad Mapuche. A pesar de haberse declarado incompetente para intervenir en las actuaciones, el Superior Tribunal, atendiendo a las particulares circunstancias del caso, hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la comunidad.

Para decidir de esta manera, sostuvo que resultaba claro que reclamaba “un reconocimiento efectivo de derechos que no forman parte de un catálogo de buenas intenciones sino que actualmente cuentan con instrumentos normativos que obligan a su respeto y protección. Este respeto y protección exige de parte del Poder Judicial, el uso de los instrumentos jurídicos existentes para evitar que sean vulnerados cuando se presenta un caso concreto (cfr: “Teoría y Crítica del Derecho Constitucional”, Tomo II. Derechos, Roberto Gargarella (Coordinador), Abeledo Perrot, pag.912).”

Y agregó: “No puede desconocerse que las decisiones judiciales acordes con los instrumentos internacionales, posiblemente contribuya a reducir la distancia entre la dimensión normativa y la dimensión fáctica que ha quedado patentizada en estos autos.”

Por último, señaló que el Poder Judicial, no podía soslayar las fuertes directrices que surgían de la Constitución Nacional y Provincial y del Convenio 169, y que por ello estaba obligado a proporcionar las medidas necesarias que actuaran como marco de garantía frente a la posible violación de los derechos consagrados en esos cuerpos normativos.

6.6. Logros y desafíos en la implementación de las leyes y políticas públicas para prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia y facilitar el acceso a la justicia

Entre los logros mencionados en la implementación de

leyes y políticas públicas para prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia, los organismos del estado consultados han mencionado: la visibilización de cuestiones relativas a los pueblos indígenas, la aplicación de la ley de servicios de comunicación audiovisual, que contribuirá a superar la dificultad que representa llegar a cada rincón del país, el rol de formular recomendaciones a los diferentes organismos de gobierno a partir del contacto directo con la comunidad, y la elaboración de diagnósticos y propuestas de medidas específicas y eficientes, entre otras.

Asimismo, entre las observaciones de los defensores públicos se destacan como logros la ley de violencia familiar y protección integral de la mujer, la el Convenio 169, la legislación que establece la mediación judicial, los criterios de oportunidad establecidos por el Código Procesal Penal. También la visibilización del tema, que permite reconocer al grupo como vulnerable y darse cuenta de sus necesidades así como la creación de organismos específicos contra la discriminación, la oralidad en los procesos que permite inmediatez y la capacitación del sistema judicial.

Los abogados defensores hicieron referencia al trabajo conjunto con las comunidades para presentar proyectos de ley, promover el fortalecimiento, la visibilización de la problemática indígena, los convenios con organizaciones donde se establece asistencia recíproca y la implementación de la asesoría itinerante.

En cuanto a los desafíos, han coincidido tanto los operadores judiciales, como abogados defensores e instituciones del estado en que el mayor desafío es lograr el respeto por las leyes existentes. Otro desafío se vincula con la posibilidad de modificar el trato asistencialista del Estado para con las comunidades y la creación de una mayor conciencia colectiva.

Asimismo sostienen, que el mayor desafío planteado con-

siste en lograr la creación de políticas públicas destinadas a los pueblos indígenas, las cuales no existen en la actualidad.

Por otro lado, para mejorar el acceso a la justicia desde las defensorías ordinarias se menciona la implementación de la asesoría itinerante y la creación del SAVIC. A su vez, la reciente publicación -por el Centro de Estudios Judiciales del Superior Tribunal de Justicia de esta provincia- del Código de Faltas de la Provincia del Chaco (Ley N° 4209) en idioma español y en lengua Toba (Qom), constituye una herramienta de trabajo fundamental que se utiliza ante la presentación de situaciones conflictivas en el ámbito vecinal, de faltas y contravenciones.

Desde los organismos de gobierno, han mencionado como una de las acciones más importantes para mejorar el acceso a la justicia la difusión y promoción de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el marco de la Ley Nacional N° 25.607. En este sentido, la ex Dirección de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, consensuó con el Consejo de Participación Indígena las líneas y contenidos de una Campaña de difusión de Derechos de los Pueblos Indígenas a los efectos de fortalecer la identidad y los derechos de las comunidades indígenas dentro de la sociedad argentina. Asimismo se ha preparado una compilación de legislación referida a Pueblos Indígenas destinada a sensibilizar a los operadores de justicia y se encuentra en preparación la publicación de jurisprudencia nacional y provincial, en particular, sobre personería jurídica, posesión comunitaria de las tierras y participación en la gestión de los recursos naturales y demás asuntos de interés.

Los defensores públicos provinciales mencionan como un logro para erradicar la violencia, y la discriminación contra las mujeres, la sanción de las leyes de violencia familiar y de protección integral de la mujer.

Para mejorar el acceso a la Justicia, los integrantes de la defensa pública de la provincia de Mendoza sostienen, que la implementación de Oficinas Fiscales en los distintos departamentos y móvil de Información Judicial fue un gran avance.

Uno de los desafíos planteados por los funcionarios, es promover la docencia constante sobre el tema, a fin de crear una adecuada conciencia colectiva sobre la realidad de los pueblos indígenas.

Otros integrantes del Ministerio Público sostienen, que definitivamente la Ley 24.071 que ratificó el convenio 169, cuya premisa es la no discriminación, fue un avance importantísimo en la materia. Además destacan, la incorporación a la Constitución Nacional de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre prevención de la discriminación.

También resaltan la creación de organismos específicos que luchan contra la discriminación y la violencia como el INADI a nivel nacional y el Ministerio Público provincial, el cual cuenta con el S.A.V.I.C. (Servicio de Asistencia a la Víctima) y la Asesoría Itinerante, que llega a los lugares más recónditos de toda la provincia de Salta.

La implementación de la “oralidad” en los procesos, fue mencionada como otro logro, ya que permite inmediatez entre las partes y el juez, la adopción de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, la ley 11.529¹² y la existencia de Defensorías Zonales en barrios alejados.

Asimismo, se señaló:

“La capacitación de magistrados, funcionarios y empleados en el nuevo paradigma de lo que se entiende por acceso a la justicia, la implementación de Oficinas de Atención al Ciudadano, la adopción de la Mediación como método alternativo a la resolución de conflictos, la aplicación todas las Convenciones internacionales con rango constitucional, se adaptaron las leyes provinciales en la materia a ellas, se estableció la ley de violencia familiar, entre otros”.

Por otro lado, se destaca como otro gran avance para promover el acceso a la justicia de todos los habitantes de las diversas etnias aborígenes, la reciente publicación -por el Centro de Estudios Judiciales del Superior Tribunal de Justicia de esta provincia- del Código de Faltas de la Provincia del Chaco (Ley N° 4209) en idioma español y en lengua Toba (QOM), traducido por el maestro bilingüe Luciano Leiva, Secretario del Juzgado de Paz de Miraflores Diego Gutiérrez y Juez de Paz Suplente del Juzgado de Paz de Villa Río Bermejito Don Walter Leoni. La publicación es una herramienta de trabajo fundamental ante la presentación de situaciones conflictivas en el ámbito vecinal, faltas y contravenciones, especialmente cuando resultan involucrados los aborígenes tobas, lo cual indudablemente constituye un avance en el contacto comunicacional que garantiza efectivamente el legítimo derecho que poseen a un adecuado ejercicio de su defensa con el uso de su propia lengua, relacionada directamente a la ley vigente.

Dentro de las experiencias recogidas en los organismos públicos consultados, el INADI refiere como un gran desafío llegar a cada rincón del país con la dificultad que significa la extensión del territorio argentino. Sostiene que, a partir de la aplicación de la ley N° 26.522¹³ (Servicios

13 ARTICULO 151. — Autorización. Los Pueblos Originarios, podrán ser autorizados para la instalación y funcionamiento de servicios de

de Comunicación Audiovisual) esta distancia, en principio geográfica, se acortará. Asimismo indica, que el hecho de que los pueblos indígenas cuenten con espacios propios para expresarse contribuirá al fortalecimiento de su cultura. Juzgan que a partir de este proceso, el INADI será considerado por los pueblos indígenas como un organismo estatal al que pueden acudir para presentar sus reclamos.

Por su lado, el Defensor del Pueblo de la Nación destaca el contacto directo en el territorio con las comunidades, formulando recomendaciones al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, exhortos a diferentes autoridades provinciales, y la tramitación permanente de quejas presentadas por pobladores indígenas. Como principal logro, rescata que entre las comunidades aborígenes la Defensoría se ha constituido como un referente tanto de las comunidades cuanto de las ONG's que participan en la defensa y protección de los derechos de los pueblos originarios.

La Secretaria de Derechos Humanos de la Nación, por otro lado, resalta su participación en la elaboración del documento titulado "Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación. La discriminación en Argentina. Diagnóstico y propuestas". Dicho plan fue aprobado mediante Decreto Nº 1086/2005, en el cual se elaboró un diagnóstico y se propusieron medidas específicas y eficientes para combatir la discriminación, la xenofobia y otras formas de intolerancia, en particular de los pueblos originarios y de los niños indígenas. Asimismo, destacan como una de las acciones más importantes para mejorar el acceso a la jus-

comunicación audiovisual por radiodifusión sonora con amplitud modulada (AM) y modulación de frecuencia (FM) así como de radiodifusión televisiva abierta en los términos y condiciones establecidos en la presente ley. Los derechos previstos en la presente ley se ejercerán en los términos y el alcance de la ley 24.071.

ticia, la difusión y promoción de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el marco de la Ley Nacional N° 25.607. En este sentido, la ex Dirección de DESC de la Secretaría consensuó con el Consejo de Participación Indígena las líneas y contenidos de una Campaña de difusión de Derechos de los Pueblos Indígenas a los efectos de fortalecer la identidad y los derechos de las comunidades indígenas dentro de la sociedad argentina, bajo el lema: *“Por una nueva relación con los Pueblos Indígenas. Por una cultura de derechos humanos para todos”*.

También han elaborado una compilación de legislación referida a Pueblos Indígenas (Normativa nacional y provincial) vinculada a sus derechos indígenas y destinada a sensibilizar a los operadores de justicia. Manifiestan que, se encuentra en preparación la publicación de jurisprudencia nacional y provincial en particular sobre personería jurídica, posesión comunitaria de las tierras y participación en la gestión de los recursos naturales y demás asuntos de interés.

Los abogados defensores enumeraron como uno de sus logros el haber presentado ante la Cámara de Diputados un proyecto de enmienda constitucional que fue aprobado por mayoría absoluta de sus miembros como ley de enmienda N° 4000. El objetivo fue incorporar, de una vez por todas, el reconocimiento de los derechos indígenas en la Constitución de la provincia de Misiones.

También haber podido visibilizar la problemática indígena e incluirla progresivamente en la agenda pública, el hecho que muchos pueblos y comunidades hayan podido fortalecerse como organizaciones políticas y formar líderes.

“El hecho de que hoy existan numerosos referentes indígenas llevando la problemática hacia afuera de las comunidades y sensibilizando al resto de la sociedad nos parece un hecho auspicioso. Hoy resulta “incorrecto” por

parte de muchas autoridades el mostrarse como discriminadores y la sanción social no se hace esperar en esos casos, en gran medida por las históricas denuncias formuladas desde las víctimas ante la prensa y los organismos internacionales.”

Los abogados que litigan en la provincia de Formosa plantean que sería un desafío lograr la implementación de la ley 26160 debido a que hasta el momento no se pudo implementar efectivamente. Asimismo, proponen como desafío la implementación de leyes y políticas públicas que mejoren el acceso a la justicia de las comunidades indígenas de la provincia.

CONCLUSIONES

I.

De acuerdo a las evidencias colectadas en esta investigación, en nuestro país la importante recepción interna de la normativa internacional sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales no ha sido acompañada por un desarrollo institucional adecuado a las nuevas exigencias planteadas por estos nuevos derechos.

Esta falta de adecuación interna se visualiza en distintas dimensiones, que combinadas, frustran las posibilidades de los pueblos indígenas de obtener respuestas apropiadas en un plazo razonable a los conflictos que se ventilan en el poder judicial.

Un conjunto de las dificultades reseñadas se vinculan con el procedimiento judicial. Entonces, surge una serie de problemas operativos como la renuencia de los jueces a aceptar dentro del proceso peritos especializados en materia indígena o la imposibilidad de las comunidades indígenas de costear los honorarios de peritos especializados en esta materia.

Otro problema operativo que se plantea es la ausencia de traductores o intérpretes de lenguas indígenas, que actúen como auxiliares de justicia en forma permanente desde la consulta ante una defensoría. Este problema es parte de un problema mayor vinculado al reconocimiento de la diversidad lingüística. No es ajeno al sistema judicial

contar con traductores e intérpretes de otras lenguas, por lo que técnicamente no debiera presentarse este problema, sino como un resabio de una concepción discriminatoria sobre las lenguas que hablan los pueblos indígenas, con relación a las lenguas europeas.

Un segundo grupo de problemas comparte su matriz con las dificultades del Poder Judicial para enfrentarse a conflictos de tipo multicultural. El propio Poder judicial responde a una estructura que se puede llamar “occidental” y le cuesta adecuar sus instituciones o tipos de respuesta a la resolución de conflictos planteados por los pueblos indígenas, respetando las propias formas de resolución de los pueblos indígenas.

Una observación veloz podría hacer pensar qué aunque este es un problema aparentemente legislativo que escapa a las evidencias recogidas en esta investigación. Sin embargo, incluso, como hipótesis podría plantearse que esta situación es uno de los resultados de la tajante separación entre el mundo indígena y los poderes públicos, dentro del que se incluye el poder judicial. Es evidente que los procedimientos judiciales fueron pensados sobre la base de conflictos muy diferentes a los planteados por los pueblos indígenas. Especialmente, nos referimos a la tendencia de abordar los conflictos en forma inter-individual y sin acción coordinada con otros organismos estatales y no estatales con competencia en materia, aunque cada vez más en determinados ámbitos se consideran los diversos conflictos jurídicos desde un abordaje integral. Las limitaciones del procedimiento dado, se completan con el desconocimiento por parte de los operadores judiciales de las instituciones y modos de resolución de conflictos de los pueblos indígenas.

Un asunto más grave es el desconocimiento, ya no de la cultura y cosmovisión, sino de la normativa vigente en

materia indígena. Gran parte de los resultados adversos obtenidos en sentencias judiciales, están ligados a este desconocimiento.

Un elemento que se desprende de la inadecuación de los procedimientos judiciales es la existencia de excesivas dilaciones procesales antes de pasar a resolver el fondo de la cuestión planteada. Esto, aunque puede ser visto como el generalizado retardo en los procesos judiciales en todas las causas, reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, también podría estar ocultando la dificultad, el desconocimiento o el temor de los operadores judiciales para tomar decisiones que pueden resultar novedosas, o costosas en términos de comprometer intereses de grupos poderosos. En esta investigación no hay datos que nos permitan afirmar o negar estas hipótesis.

Sin embargo recogiendo las respuestas de los consultados se puede inferir que en estas causales en su conjunto puede radicarse la explicación. Así surge claramente que existe una falta de formación y conocimiento suficiente sobre el significado de estos derechos de los pueblos indígenas y sus implicancias sobre el sistema de justicia. Por otra parte son varios los que testimoniaron la renuencia de los operadores judiciales (particularmente jueces y fiscales) en aplicar la normativa que protege los derechos de los pueblos indígenas. Frente a ello es evidente que falta sensibilización de los operadores judiciales con los derechos de los pueblos indígenas y su problemática. A las dificultades por la demora en los procesos, luego se agregan las dificultades para el efectivo cumplimiento de las sentencias.

Un tercer grupo de limitaciones proviene de la falta de sanción de normas específicas, que no sólo ofrezcan medios alternativos de resolución de conflictos, sino que también prevea mecanismos para efectivizarlos.

Finalmente, y esto es compartido como problema de los abogados de otras minorías, existe una insuficiencia de profesionales del derecho especializados en materia indígena. Ello refleja la marginalidad de los derechos de los pueblos indígenas en los programas académicos y de posgrado, como también la insuficiente promoción y apoyo público del ejercicio profesional a favor de los pueblos indígenas. En definitiva, patrocinar un caso de pueblos indígenas tiene un alto costo económico, lo que difícilmente puede ser afrontado por las comunidades. El comprometido ejercicio de defensa que realizan numerosas organizaciones no gubernamentales, siempre es limitado, porque aún el financiamiento que reciben para sostener una línea de litigio de este tipo es azaroso. Por ello se explica que hay una insuficiencia de servicios de asistencia legal con formación en derechos indígenas, pues no existen políticas sostenibles de apoyo a esta actividad.

II.

Muchos de los problemas estructurales que plantea el acceso a la justicia de los pueblos indígenas en parte son compartidos por otros sectores vulnerables y en situación de pobreza. Entre ellos se encuentra un problema general que es la concentración de sedes judiciales en zonas urbanas, dificultando el acceso de personas y comunidades indígenas que residen en las zonas rurales.

Por esta concentración de las oficinas de los operadores del sistema judicial, la falta de vías de comunicación y de medios de transporte adecuados para acceder a los lugares donde se encuentran ubicados los tribunales de justicia, o los altos costos económicos y logísticos para acceder tanto a las oficinas de las defensorías como a los tribunales, aparecen como obstáculos adicionales que afectan la posibilidad de que las comunidades puedan sostener los reclamos

a lo largo del tiempo. Estos impedimentos para el acceso a la justicia se plantean en un plano logístico y deben ser encarados con inversión pública dirigida a resolverlos.

También los pueblos indígenas padecen una situación similar frente a los organismos públicos en general, especialmente del poder ejecutivo. Existe un desconocimiento de los lugares donde puede obtenerse información o asesoramiento legal, así como una incomprensión de las funciones de las instituciones del Estado. Esta situación constituye una responsabilidad a cargo del propio Estado y es una pre-condición para que los pueblos indígenas puedan demandar sus derechos.

Existe también un conjunto de problemas vinculados a la especialización de las jurisdicciones en los conflictos que surgen de la violación de los derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, vale considerar la experiencia de otros nuevos derechos, como lo fue el derecho laboral o de la seguridad social en la historia judicial argentina. Hasta que no existieron tribunales especializados en la materia, era poco frecuente que los trabajadores llevaran sus demandas a los tribunales, y mucho menos frecuente aun, que los tribunales con competencia civil enfocaran los conflictos desde la perspectiva de sus derechos. Algo similar parece ocurrir con los derechos de los pueblos indígenas, la carencia de especialización constituye un obstáculo estructural en sí mismo. Muchos de los problemas señalados como obstáculos procesales más arriba, podrían ser superados enfocando en la especialización de los operadores del sistema judicial, en dónde incluimos tanto a los Juzgados como al ministerio Público de la Defensa. Por ello no resulta extraño que de las entrevistas a los defensores públicos oficiales provinciales y federales surge la escasa cantidad de consultas vinculadas a derechos indígenas en sus dependencias.

Un síntoma de la separación entre los pueblos indígenas y el poder judicial, es la ausencia de personal de origen indígena dentro de las estructuras de administración de justicia. Aunque esto no pudo ser verificado totalmente, fue comentado por varios operadores del sistema judicial que fueron consultados. Lo cierto es que difícilmente se logrará un enfoque multicultural en las instituciones judiciales mientras la integración de sus órganos no sea también multicultural. Aunque este camino puede ser largo, ha sido irreversible en otros países – véase la experiencia norteamericano sudafricana y recientemente, la brasilera – en cuanto a la integración de minorías o grupos étnicos mayoritarios pero excluidos en la estructura de los poderes del Estado.

Este síntoma reseñado explica fundamentalmente la desconfianza en el poder judicial que tienen muchos de los líderes indígenas consultados, porque sigue percibiendo una discriminación manifiesta de los propios operadores judiciales. Ello no es sólo un problema de las personas que integran comunidades indígenas y personas que integran el sistema judicial, sino que es consecuencia del desconocimiento y subvaloración -por el Estado y muchos de sus agentes- de los valores y tradiciones indígenas.

RECOMENDACIONES PRELIMINARES

A partir de estas conclusiones que anteceden, se formulan las siguientes recomendaciones de carácter general para que tanto los poderes públicos como los actores relevantes de la sociedad civil, promuevan con el objetivo de mejorar el acceso de los pueblos indígenas a la Justicia. Se recomienda:

A las instituciones del Sistema de Justicia

- La creación, dentro de la Defensa Pública Nacional y Provincial, de unidades especializadas en derecho de los pueblos indígenas, con posibilidades de descentralización de estos órganos y accesibilidad respecto de las zonas en donde viven las comunidades. Asimismo promover políticas afirmativas para facilitar el acceso de miembros de las comunidades indígenas dentro del cuerpo de empleados y funcionarios del sistema de justicia.

- La incorporación de traductores e intérpretes especializados que puedan actuar ante necesidades concretas de comunidades indígenas.

- Recordar a los operadores del sistema judicial que deben tomar en consideración los usos y costumbres, a la hora de juzgar y decidir sobre los derechos de una persona o comunidad indígena e incluir su cosmovisión.

- La discriminación es un elemento que es imposible negar al analizar toda la problemática indígena. Se recomienda que tanto el Estado Nacional como las provincias, combatan esta situación a través de acciones positivas.

- Promoción de programas de actualización dentro de los ministerios públicos y el poder judicial sobre los derechos de los pueblos indígenas.

- Creación de observatorios de conflictos judiciales que involucren a los pueblos indígenas y promoción de acciones de litigio estratégico.

- Promover instancias permanentes de diálogo y consultas entre los operadores del sistema judicial y las comunidades indígenas.

A los poderes legislativos nacional y provinciales

- Consultar a los pueblos indígenas sobre toda propuesta tendente a modificar instituciones judiciales y procedimientos con el fin de mejorar sus posibilidades de acceso a la justicia. Los pueblos indígenas deben ser parte de las discusiones públicas que se realizan para reformular los procedimientos judiciales de modo que incluyan sus valores culturales y específicamente sus formas de resolución de conflictos.

- Modificar los procedimientos judiciales de modo de incluir la dinámica compleja que demandan la resolución de conflictos entre partes múltiples y las formas de manifestar el consentimiento de las comunidades indígenas.

A los Poderes Ejecutivos Nacional y provinciales

- Promover mecanismos de resolución alternativa de conflictos que se funden en la cosmovisión y las propias prácticas comunitarias de los pueblos indígenas.

- La visibilización de los conflictos indígenas, la difusión de la normativa vigente en la materia y el fortalecimiento de los propios actores constituyen las herramientas más importantes para vencer los obstáculos y lograr acceder a la justicia.

- Aumentar el apoyo a los programas de asistencia y patrocinio jurídico de los pueblos indígenas, y promover

acuerdos entre la Defensa pública, los Colegios Públicos de abogados y las ONGs tanto en el orden federal como provincial para potenciar las posibilidades de asistencia y patrocinio en relación a sus necesidades y derechos.

A las Universidades Nacionales

- Inclusión de los derechos de los pueblos indígenas en los programas de las carreras de derecho, en los exámenes para los concursos públicos para magistrados del poder judicial y los ministerios públicos fiscal y de la defensa.
- Promover el acceso de los miembros de comunidades indígenas a la educación superior.