

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y PUEBLOS INDÍGENAS: NUEVOS DESAFÍOS DEL JUEZ EN LA GARANTÍA DE SUS DERECHOS*

STATE CONSTITUTIONAL LAW AND INDIGENOUS PEOPLES: NEW
CHALLENGES OF THE JUDGE IN THE WARRANTY OF THE RIGHTS
OF THOSE PEOPLES

*Luis Esteban Caro Zottola***

Resumen: El presente artículo estudia los nuevos desafíos de los tribunales de justicia originados a raíz del surgimiento de una nueva forma de Estado denominada *Estado Constitucional de Derecho* que, debido a la centralidad puesta en la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos, obliga al juez a analizar la ley en función del cumplimiento de los principios constitucionales y lo desafía a adoptar nuevas formas de razonamiento y nuevas acciones encaminadas a la garantía de los mismos. Esta situación que se ve aún más complejizada en los conflictos de los pueblos indígenas a causa de su exclusión estructural, otrora avalada institucionalmente.

Palabras - clave: Estado Constitucional de Derecho - Juez - Pueblos indígenas.

Abstract: This paper examines the new challenges of the courts in the emergence of a new form of state called *State Constitutional Law*, that because of the centrality placed in the Constitution and Human Rights Treaties, requires the judge to analyze of law with the constitutional principles and challenges him to adopt new ways of thinking and new actions to guarantee it. This situation is more complex in conflicts of indigenous peoples because of the structural exclusion once supported institutionally.

*Trabajo recibido para su publicación el 10 de febrero de 2014 y aprobado el 27 de marzo del mismo año.

**Abogado. Doctor en Humanidades con Orientación en Derecho por la Universidad Nacional de Tucumán (UNT). Becario Doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Docente de la Cátedra "Teoría del Derecho y la Justicia", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNT. Miembro del proyecto de investigación "Historia Constitucional de España y América" (HICOES), Universidad de Sevilla, España. E-mail: carozottola@yahoo.com.ar

Keywords: State Constitutional Law - Judge - Indigenous peoples.

Sumario: I. Introducción. -II. La centralidad del Poder Judicial en el Estado Constitucional de Derecho. -III. Los nuevos desafíos del juez en el proceso judicial: restablecimiento de la igualdad de las partes y la generación compleja de conocimientos. -a) La igualdad de las partes en el proceso: el principio de igualdad de armas. -b) La construcción compleja de conocimientos. -c) Visualización de los nuevos desafíos en las sentencias: el ejemplo del conflicto del pueblo mapuche Los Huaytekas. -IV. Conclusiones.

I. Introducción

El surgimiento del Estado Constitucional de Derecho, como nueva fase del plurisecular Estado Moderno (1), ha provocado profundas transformaciones en el funcionamiento del sistema republicano.

Esta nueva forma estatal, que surge luego de la caída de los regímenes totalitarios y el fin de la Segunda Guerra Mundial con proyección hasta nuestros días, redescubre en su conjunto la supremacía de la Constitución como norma de garantía y como norma directiva fundamental frente a la versión del Estado Legal de Derecho.

Esta nueva variante estatal tiene como característica principal una modificación radical de la jerarquía de las fuentes del derecho en donde la Constitución, y no la ley, se constituye ahora en el centro de todo el sistema político y jurídico. Junto a esta característica, se puede observar otra particularidad dada por la apertura supranacional que adquiere la Carta Magna, en donde el derecho nacional pasa a formar parte de un ordenamiento jurídico internacional del que recibe contenidos normativos o estándares para ser aplicados en el ámbito local.

La presencia de este Estado Constitucional de Derecho comienza a evidenciarse a través de las reformas constitucionales realizadas en Europa sobre todo a partir de los años 70 (2), que luego se expandirán durante la década del 90 hacia América Latina. En el caso argentino se podrán visualizar sus presupuestos en la Constitución reformada en 1994.

Este proceso dará a estas Nuevas Cartas Magnas determinadas características que pueden ser resumidas en tres aspectos principales: 1º) la declaración de una gran cantidad de nuevos derechos, 2º) la flexibilización y ampliación de los mecanismos de acceso a la justicia y 3º) la re-legitimación de las cortes o tribunales superiores en cuanto caja de resonancia para el reclamo de los derechos (3). Dichas constituciones no se limitan a establecer y ordenar la separación de los poderes, sino que además,

(1) FIORAVANTI, Maurizio, "Le trasformazioni della cittadinanza nell'età dello stato costituzionale" *Quaderni Fiorentini*, N° 41, 2012, pp. 427-439.

(2) CARBONELL, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.

(3) PUGA, Mariela, *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012.

incluyen una gran cantidad de normas materiales y sustantivas que condicionan la actuación del Estado (4).

En este marco, la constitucionalización del sistema ha ocasionado un cambio importante en las prácticas jurisprudenciales de los tribunales. En este sentido, el juez para la materialización de los derechos constitucionales se ha visto obligado a ejercer su función jurisdiccional con parámetros interpretativos nuevos y formas de razonamiento judicial más complejos (5). La resignificación y recreación de sus prácticas ha sido entendida como el tránsito desde un *juez-funcionario*, encargado de determinar la regla y aplicarla conforme a un criterio lógico sin ninguna intervención, hacia un *juez-político*, en la medida que define a través de sus decisiones, contenidos antes reservados a los poderes Legislativo y Ejecutivo (6).

La dinámica de este nuevo Estado Constitucional en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, constituye uno de los casos de mayor complejidad a que se enfrenta hoy el Poder Judicial para su resolución.

La Reforma Constitucional de 1994, además de instituir el nuevo modelo de Estado al que hacemos referencia, marca para los pueblos indígenas el inicio del reconocimiento constitucional de sus derechos. Para la historia indígena el tránsito de un tiempo no constitucional -en nuestro caso anterior a 1853- hacia otro constitucional, es un mismo tiempo. La consideración de minorías como objetos de protección o de tutela y no como sujetos de derecho es la continuidad del espacio colonial que no desaparecerá con el advenimiento del constitucionalismo (7). La persistencia del artículo 65 inciso 15) por más de un siglo, desde la Constitución de 1853 hasta la Reforma de 1994, es demostrativo de este proceso. Este artículo expresaba que correspondía al Congreso: “Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”. En dicho artículo se indicaba claramente el objetivo respecto del indígena: hacerlos parte de la nación como sector social sometido (8).

En la obra de Juan Bautista Alberdi *Bases y punto de partida para la organización política de la República Argentina*, podemos observar claramente la postura política

(4) CARBONELL, Miguel, *op. cit.*

(5) Ídem, p.10.

(6) ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2009; ORDÓÑEZ SOLÍS, David, *Jueces, Derecho y Política*, Aranzadi, Navarra, 2004. Citado en: BRENES VILLALOBOS, Luis Diego, “Judicial Politics y tribunales electorales”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013. Disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx>, Fecha de consulta: 10/10/2013; ABRAMOVICH, Victor, Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. En Haydeé Birgin y Beatriz. Kohen, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, 1era. Ed., 59-82, Biblos, Buenos Aires, 2006.

(7) CLAVERO, Bartolomé, *Derecho Indígena y cultura constitucional en América*, Siglo XXI, México, 1994.

(8) CARRASCO, Morita, *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*, IWGIA, Buenos Aires, 1998.

respecto de los pueblos indígenas. Expresa el jurista tucumano que: “Hoy mismo, bajo la independencia, el indígena no figura ni compone mundo en nuestra sociedad política y civil [...]”. Claramente los pueblos indígenas no integran los sujetos destinatarios de los derechos y garantías de la Constitución Nacional sancionada en 1853: no son los “ciudadanos”, ni los “hombres” y ni siquiera los “habitantes” a que aluden los diferentes artículos que garantizan, ante todo, los valores de libertad e igualdad infundidos de la Revolución Francesa.

Con la Constitución de 1994, la cuestión indígena ha sido modificada sustancialmente al menos desde el punto de vista jurídico-constitucional. El actual artículo 75 inciso 17) expresa que son atribuciones del Congreso: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente 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”.

Este cambio sustancial en la posición institucional respecto de los pueblos indígenas provoca un alto grado de complejidad para su solución por parte de los tribunales. En los conflictos que llegan a su entendimiento vinculados principalmente a la propiedad de la tierra y los recursos naturales, la solución de las disputas la tarea del juez se complejiza en la medida que la respuesta institucional necesaria va más de la solución de un conflicto puntual entre dos o más partes, para encaminarse más bien a una transformación estructural de las instituciones del Estado en pos del respeto de los derechos y los valores democráticos consagrados en la Constitución (9).

De esta forma este trabajo tiene como objetivo analizar los nuevos abordajes que debe realizar el juez en el tratamiento de estos casos complejos, necesarios para garantizar los derechos constitucionales de los grupos más desaventajados de la sociedad como es el caso de los pueblos indígenas. Para este fin en la primera parte damos cuenta de la centralidad que adquiere el Poder Judicial en la nueva configuración estatal, para luego examinar los nuevos desafíos de este poder del Estado que tiene como principal función la de solucionar los conflictos y garantizar los derechos.

II. La centralidad del Poder Judicial en el Estado Constitucional de Derecho

En Argentina, como mencionamos, el surgimiento del Estado Constitucional de Derecho se visualiza y normativiza con la Reforma Constitucional de 1994 que modifica de manera sustancial el sistema jerárquico de fuentes del derecho, dando lugar a la supremacía del llamado “Bloque de Constitucionalidad Federal” integrado por la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

(9) BERGALLO, Paola, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, en SABA, Roberto (Comp.): *Derecho y Pobreza*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp.161-185.

Sin embargo, ya desde la recuperación de la democracia en 1983, se pudo observar el reconocimiento del valor vinculante de la Constitución como norma superior y eje organizador del sistema jurídico y político, así como su apertura internacional. De esta forma la materialización del Estado Constitucional de Derecho se ve realizado en el caso argentino a través de dos momentos: el primero con la apertura del ordenamiento jurídico estatal hacia una dimensión supranacional a través del reconocimiento en 1984 tanto de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); y el segundo momento con la Reforma de 1994 que instituye como normas supremas a la propia Carta Magna junto a los tratados sobre derechos humanos mencionados.

Como resalta Carlos Garriga este valor y jerarquía dado al texto constitucional da cuenta, antes que nada, de un cambio profundo del orden jurídico que ha transitado desde un orden jurídico *legal*, que identifica el derecho con la ley, hacia un orden jurídico *constitucional*, que identifica el derecho a partir de los derechos constitucionalmente reconocidos. De esta forma, expresa dicho autor que “aunque el cambio de orden jurídico comporte o pueda comportar el cambio de normas y de formulaciones normativas, es en último término una cuestión de cultura -de cultura institucionalizada- porque depende decisivamente de lo que a partir de unas u otras formulaciones reconozcan como derecho los participantes” (10).

Esta constitucionalización del ordenamiento jurídico, garantizada a través del control de constitucionalidad y convencionalidad otorgada a los jueces, refuerza la posición institucional de las cortes frente a los otros poderes (11). Se observa así una modificación del funcionamiento del sistema republicano con una particular centralidad en el Poder Judicial: así como el siglo XIX ha sido el siglo del Poder Legislativo y el siglo XX el del Poder Ejecutivo, el siglo XXI será el del Poder Judicial (12).

En este marco, el cambio en la estructura de oportunidades legales e institucionales (13) dado por la Reforma Constitucional de 1994 que otorgó jerarquía constitucional a las garantías como el amparo, junto al apoyo de organizaciones de la sociedad civil, han permitido que los pueblos indígenas, estructuralmente postergados, puedan llegar a los poderes judiciales para la defensa de sus derechos.

En las diferentes provincias del país diferentes comunidades indígenas han solicitado al Poder Judicial el reconocimiento de la propiedad comunitaria, la protección

(10) GARRIGA, Carlos, “Continuidad y cambio del orden jurídico”, en GARRIGA, Carlos (Coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, CIDE, Instituto Mora, El Colegio de Michoacán, ELD, HICOES, El Colegio de México, México, 2010. p. 62.

(11) PUGA, Mariela, *op. cit.*; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Ediar, Buenos Aires, 2009.

(12) FIORAVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 2009.

(13) SMULOVITZ, Catalina, “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina”, *Desarrollo Económico*, vol. 48, N° 190/191, 2008, pp. 287-305.

del medio ambiente, o la intervención del Poder Judicial para la reforma de políticas públicas en el Poder Ejecutivo; también han solicitado medidas concretas destinadas a la modificación de las actuales condiciones de vida de los pueblos indígenas, invocando la afectación de los derechos a la vida, a la salud, a la asistencia médico-social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda, al bienestar general, al trabajo, a la inclusión social, entre otros (14).

Una característica común de estos conflictos es su alto grado de complejidad. Las disputas están integradas por una pluralidad de actores y demandados: la componen grupos de familias indígenas contra particulares o empresas de capitales nacionales y extranjeros, en donde también participan otros sujetos como pueden ser los órganos estatales de los estados nacional, provincial y municipal (ministerios, secretarías y subsecretarías de diversa índole) y organizaciones de la sociedad civil, como organizaciones no gubernamentales, asociaciones indígenas, campesinas y de pequeños productores, iglesias de diversas confesiones religiosas, entre otros. A su vez, el objeto en disputa lo constituyen las diferentes formas de utilización de los bienes asociados al territorio: grandes extensiones de tierra de diversa naturaleza jurídica (privadas, fiscales e indígenas), ríos, acuíferos, montes, bosques, selvas, parques, entre otros.

La capacidad que tienen las demandas judiciales para obligar a las autoridades públicas a resolver ciertas cuestiones, y las características propias de los procesos judiciales, explican la opción de los pueblos indígenas para su utilización. En este sentido, las decisiones tomadas deben basarse en razones públicas y acotadas por el derecho o la jurisprudencia, dentro de un procedimiento que obliga a examinar los hechos, los argumentos y acotar la libertad de acción de las autoridades políticas (15).

La afectación de los derechos constitucionales reconocidos a los pueblos indígenas pone a prueba el funcionamiento del Poder Judicial en tanto poder del Estado que tiene como función específica la solución de conflictos y la garantía de los derechos.

El Poder Judicial constituye la última instancia a la que puede llegar un ciudadano para salvaguardar sus derechos. Esto se debe a que este poder ejerce la llamada *función jurisdiccional*, es decir, la potestad de resolver los conflictos a través de la aplicación de la ley en un caso concreto, con efecto de cosa juzgada. Esto significa que luego de la intervención del Poder Judicial, el conflicto finaliza de acuerdo con lo establecido por el juez en su sentencia y no puede reeditarse, con lo que se produce una reconfiguración definitiva de las relaciones entre las partes.

Las decisiones tomadas por los jueces tienen una importancia fundamental en tanto producen diferentes efectos. El efecto inmediato de la decisión judicial es la definición,

(14) CABALLERO DE AGUIAR, María Rosa, "Análisis de la propiedad comunitaria a la luz de los derechos esenciales", *Revista Anual del Poder Judicial de Jujuy*, N° 1, 2010, pp. 179-198; GHERSI, Carlos, "Comentario al fallo C. Civ. y Com. Jujuy, sala primera, 14/9/2001. 'Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochinoca vs. Provincia de Jujuy'", en *Jurisprudencia Argentina*, Vol. III, 2002, pp. 702; NÚÑEZ, Rocío, "Los conflictos socioambientales en la provincia de Jujuy", en CRUZ, Enrique Normando (Ed.), *Historia y Etnicidad*, Purmamarka Ediciones, Salta, 2011, Pp. 65-83.

(15) SMULOVITZ, Catalina, *op. cit.* p. 288.

a favor de un grupo o de otro, del caso concreto. Esto implica que es probable que casos similares sean decididos de la misma forma, y que las personas actúen en el futuro de acuerdo con lo establecido en la sentencia. También lo decidido en el fallo pasa a ser parte de las reglas de juego de las luchas futuras entre los grupos en pugna, e inciden en el poder relativo de cada uno de ellos.

Por otra parte, dado que los jueces son símbolos sociales de autoridad e imparcialidad, sus pronunciamientos tienden a generar la creencia del público que lo establecido en sus sentencias es lo correcto (16), producido por su capacidad socialmente reconocida de interpretar, de manera más o menos libre o autorizada, un cuerpo de textos que consagran la visión legítima y recta del mundo social (17).

De esta forma, los tribunales se han convertido en nuevos espacios de participación para motivar cambios sociales, (18) y una alternativa de acción de ciertos grupos o colectivos en la esfera política, que reemplaza o complementa otros canales institucionales del juego democrático (19). Así, el problema del acceso a la justicia reaparece no sólo como una posibilidad en el uso de los medios formales o informales para garantizar un derecho o resolver un conflicto de tipo individual, sino como instrumento para la transformación de las relaciones de poder (20) y la solución de problemas estructurales públicos.

III. Los nuevos desafíos del juez en el proceso judicial: restablecimiento de la igualdad de las partes y la generación compleja de conocimientos

La Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, se coloca en una visión integralmente igualitaria que exige un orden jurídico y un Estado más activo en la rectificación de desigualdades (21). Se plantea de esta manera un nuevo papel del Poder Judicial que pone en crisis las formas adoptadas hasta hoy para abordar la protección de derechos y la resolución de conflictos.

Tradicionalmente, la función del juez ha tenido como principal finalidad la determinación de los hechos ocurridos, el daño causado y la consecuente reparación para

(16) KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)/Duncan Kennedy*, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Ediciones Uniandes, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 67.

(17) BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther, *La fuerza del derecho*, Siglo del Hombre Editores Bogotá, 2000, p. 160.

(18) Ídem.

(19) ABRAMOVICH, Víctor, *op. cit.* p. 59.

(20) PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia. América Latina y el Caribe*, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2005, p. 11.

(21) GARGARELLA, Roberto y ALEGRE, Marcelo (coord.), *Derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

restablecer las cosas al estado anterior. Por el contrario, en los litigios complejos como son los vinculados a los pueblos indígenas, se busca la modificación de las condiciones sociales que afectan derechos fundamentales, es decir, tienen como objeto principal la modificación de estados de cosas, de instituciones o de prácticas para sustituirlas por otras acordes con los estándares constitucionales.

De esta forma, la modificación institucional a que se hace referencia para el resguardo de los derechos, comprende el análisis de las condiciones por las cuales se arribó a esta situación a través de prácticas sostenidas y arraigadas en el tiempo, inclusive avaladas institucional y jurídicamente como es el caso de los pueblos indígenas.

Estos nuevos litigios han desafiado a los tribunales a adoptar nuevas prácticas para su abordaje. En este aspecto, se ha comenzado a observar la utilización de formas de razonamiento jurídico cada vez más complejos y alejados de un análisis abstracto de los hechos en relación a las normas, para adentrarse en la consideración de variables contextuales.

Se ha comenzado a observar en las decisiones judiciales la consideración de elementos antes concebidos como “ajenos” a la actividad jurisdiccional como pueden ser la desigualdad estructural e histórica de las comunidades indígenas, los procesos políticos, geográficos y culturales subyacentes en las disputas, así como la evaluación de las políticas públicas vinculadas a dichos conflictos.

Junto a estos nuevos elementos de las decisiones, también se ha podido observar nuevas acciones de los jueces en el proceso, entre las que se destaca, la realización de audiencias públicas o la solicitud de informes adicionales a especialistas, universidades o centros de investigación para suplir deficiencias probatorias.

El cambio de la jerarquía de las fuentes del derecho, además de producir modificaciones en la intrerrelación de los poderes del Estado, ha modificado internamente la actuación del Poder Judicial. Las administraciones de justicia locales y las prácticas jurisprudenciales se han visto reestructurados en sus formas y contenidos a través de las nuevas interpretaciones y nuevos sentidos de justicia expresados en las sentencias y Opiniones Consultivas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), emanados de la Convención y Corte IDH. Sus recomendaciones y decisiones se constituyen en estándares o modelos que deben seguir y aplicar todas las instancias jurisdiccionales inferiores, desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pasando por los tribunales superiores provinciales, hasta llegar a los juzgados y tribunales de primera y segunda instancia, o instancias todavía inferiores, como pueden ser los Juzgados de Paz.

En este sentido, el Supremo Tribunal argentino ha expresado que “A la Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde, en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional” (22).

(22) CSJN, “Girolodi, Horacio David y otro s/ Recurso de casación”, 07 de abril de 1995, considerando 12. Disponible en Internet: www.csjn.gov.ar, Fecha de consulta: 10/09/2012.

Asimismo, respecto de la jerarquía de fuentes, ha expresado que “la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre derechos Humanos [...] ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (artículo 75, inciso 22), 2° párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. [...] De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2° ley 23.054).” (23)

Los estándares internacionales desarrollados por el SIDH en las diferentes problemáticas del acceso a la justicia para la garantía de los derechos constitucionales se refieren, por un lado, a la obligación de los llamados poderes políticos, Poder Ejecutivo y Legislativo, de remover obstáculos financieros, materiales y culturales que impiden el acceso a los tribunales y a la utilización de los recursos de protección; y por el otro, al Poder Judicial en lo referido al derecho a la tutela judicial efectiva y los elementos del debido proceso en los procedimientos judiciales.

La obligación de remover obstáculos que indica el SIDH, se basa en la consideración de que la obligación de los Estados para garantizar el acceso a la justicia no es sólo negativa, consistente en el deber de no impedir el acceso a esos recursos, sino que también es positiva, es decir, la obligación de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos (24).

La necesidad de una conducta activa del Estado para lograr garantizar este derecho, toma especial atención en los casos en donde se presentan situaciones de exclusión sistemática del acceso a la justicia, manifestada en aquellos sectores sociales que atraviesan procesos estructurales de desigualdad y exclusión, que se ven imposibilitados de ingresar (25).

En este sentido, las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” expresan que si bien, la existencia de barreras de acceso en la estructura judicial afecta de manera igual a todas las personas, “es aún mayor

(23) CSJN, “Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de casación”, *op.cit.*

(24) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH): 07, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de Progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. CIDH, Washington, 2007. p. 68. Disponible en Internet: www.cidh.org. Fecha de consulta: 06/04/2012.

(25) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH): 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, CIDH, Washington, 2007, p. 18. Disponible en Internet: www.cidh.org, Fecha de consulta: 06/04/2012.

cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio” (26).

Dichas Reglas establecen que se consideran en esta condición “aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” e indican que podrán constituir causas de vulnerabilidad “la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”.

Respecto del Poder Judicial, los principales desafíos para el juez surgen en el proceso judicial, espacio institucional donde las partes del conflicto se enfrentan a través de sus fundamentos y pruebas para lograr una sentencia que ponga fin al conflicto y resguarde los derechos.

El proceso judicial constituye el ámbito donde se materializan o no los derechos que se encuentran reconocidos. La posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona, se materializa en este proceso preestablecido, que se desarrolla través de un conjunto de actos de diversas características, generalmente reunidos bajo el concepto de “debido proceso legal”.

El debido proceso ha sido caracterizado como “un método o factor para la eficacia del derecho en su conjunto y de los derechos subjetivos en casos concretos” (27). Está constituido por las diferentes fases por la que transita un juicio o proceso, y está compuesto en términos generales por la fase de demanda, contestación de demanda, periodo de prueba, etapa de alegatos, y sentencia definitiva. Sin duda, esta es una simplificación extrema del proceso judicial en el que pueden observarse una multiplicidad de actos que provocan la paralización o el avance de dicho proceso. También pueden surgir diferentes instancias de revisión que puede desencadenar la sentencia definitiva: recursos de apelación, recursos extraordinarios provinciales, Recurso Extraordinario Federal, y en su caso, demanda ante la Comisión Interamericana y la Corte.

Entre los nuevos desafíos y cambios del rol del juez en el proceso nos concentramos a analizar lo referido las diferentes acciones tendientes a restablecer la igualdad de las partes y lo referido a la construcción e interpretación de los hechos para su resolución.

a) La igualdad de las partes en el proceso: el principio de igualdad de armas

La Corte IDH ha expresado que uno de los elementos que integran el debido proceso legal está constituido por el principio de *igualdad de armas*, que es relevante para el

(26) Exposición de motivos de la “Declaración de Brasilia”, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en marzo de 2008.

(27) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de Septiembre de 2003: “Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados”, voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 36 y 37.

análisis de la garantía de los derechos de los pueblos indígenas por cuanto considera las dificultades del acceso a la justicia ante la desigualdad de las partes.

La Corte IDH ha expresado que: “Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende al principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación (28).

En este sentido, este tribunal internacional se refiere a la posición activa que debe observar el juez en estos casos expresando que: “la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar *medidas de compensación* (29) que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Esto es así pues, de no existir esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento ‘difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutaban de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas’ ” (30).

Por su parte, la CIDH ha expresado que el principio de igualdad de armas es relevante para la vigencia del debido proceso legal, y destaca que “puede haber ocasiones en que, debido a las circunstancias particulares del caso, sea necesario contar con garantías adicionales a las explícitamente prescritas en los instrumentos pertinentes de derechos humanos para asegurar un juicio justo”. A criterio de este órgano: “Esta estipulación deriva en parte de la propia naturaleza y funciones de las protecciones procesales, que en toda instancia deben estar regidas por el principio de justicia y en esencia deben estar destinadas a proteger, asegurar y afirmar el goce o el ejercicio de un derecho” (31).

Las medidas de compensación se insertan en un paradigma de juez activo que actúe más allá del ritualismo y tome decisiones como la de dictar medidas cautelares que adelanten el final del proceso, órdenes para mejor proveer sustituyendo la carga probatoria y que deje de lado el principio de congruencia si las partes no han planteado correctamente sus pretensiones (32).

Las medidas para mejor proveer a que se hace referencia, son medidas tendientes a ampliar el cuerpo probatorio más allá de las pruebas traídas por las partes, impulsadas

(28) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte I.D.H.), “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A N° 16, párr. 117.

(29) El resaltado es nuestro.

(30) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte I.D.H.), “El Derecho a la Información... *op. cit.*, párr. 117.

(31) Ídem, párr. 399.

(32) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, p. 158.

por el propio juez para contar con un grado mayor de conocimiento para el dictado de una sentencia justa. Estas medidas están autorizadas legalmente en todos los códigos procesales provinciales y nacionales que facultan a los jueces para complementar o integrar, de oficio, el material probatorio del proceso.

En este sentido, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (33) autoriza a los jueces y tribunales a “ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes” y “decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos [...], peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario”.

En idéntico sentido, los códigos procesales provinciales otorgan esta autorización a los jueces facultándolos para este propósito, por ejemplo, ordenar la ejecución de planos, relevamientos, reproducciones fotográficas, cinematográficas o de otra especie de objetos, documentos o lugares, con empleo de medio o instrumentos mecánicos; exámenes científicos necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos, la reconstrucción de hechos, para comprobar si se han producido o pudieron realizarse de una manera determinada, pudiendo disponer que comparezcan los peritos y testigos.

Asimismo, faculta la solicitud de informaciones a universidades, academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas, de carácter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización.

Este principio de igualdad de armas como elemento central en la materialización concreta de derechos de acceso a la justicia, es afectado si a la parte vulnerable no se le otorga acciones positivas que suplan las desventajas estructurales. En este aspecto, las medidas de compensación son de crucial relevancia para proteger derechos constitucionales de los pueblos indígenas.

b) La construcción compleja de conocimientos

Una de las grandes dificultades estructurales en el acceso a la justicia en el proceso judicial, es lo relativo a la construcción del caso a través de la prueba de los hechos. En este aspecto, el juez se ve desafiado a la utilización de diferentes formas de razonamiento jurídico y selección de los acontecimientos considerados relevantes en un conflicto: de dicha reconstrucción dependerá la solución del caso en uno u otro sentido.

Por un lado, el juez puede elegir un modelo de razonamiento que prioriza el análisis abstracto de los hechos en relación con las normas, sin la consideración del contexto que rodea a la disputa. Frente a este modelo, se plantea otro que basa las decisiones judiciales en la consideración del contexto y la calidad de sujetos situados, conformados en un espacio y tiempo determinado.

(33) Leyes N° 22.434, N° 25.488 y 25.624, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y sus modificatorias, artículo 36, inciso 4), a) y b).

De acuerdo con las sentencias de la Corte IDH, podemos observar una fuerte tendencia en la construcción del caso de la incorporación de elementos contextuales y alejados de construcciones basadas en el análisis abstracto de las normas y los supuestos de hecho.

En este sentido, en los conflictos donde se hayan involucrados pueblos indígenas, la Corte ha considerado importante tener en cuenta procesos históricos, geográficos, económicos, culturales o antropológicos que atraviesan el conflicto, teniendo en cuenta incluso la ubicación geográfica donde éste se desarrolla.

Asimismo considera relevante en la reconstrucción del caso, las características de los actores involucrados como pueden ser las de tipo socio-económicas suministradas por los índices de pobreza, o datos socio-demográficos como el sexo o la edad. También han sido considerados como hechos relevantes para la fundamentación de sus derechos, la organización política y administrativa de la comunidad o pueblo, así como la indagación de sistemas económicos y medios de subsistencia, como pueden ser los relacionados a la agricultura familiar y comunal, recolección de frutas y plantas medicinales, la caza y la pesca.

Estos hechos están fuertemente vinculados a los medios probatorios admitidos, autorizados y en su caso, valorados por los tribunales. Esto es así por cuanto el conocimiento y la reconstrucción de los hechos del caso que realiza el juez se efectúan a través de dichos medios probatorios.

De las decisiones judiciales de la Corte IDH se desprende que los hechos relevantes tenidos en cuenta para la decisión judicial y los medios probatorios admitidos son variados y lo podemos esquematizar en la Tabla N° 1 siguiente:

Tabla N° 1. Hechos relevantes y medios de prueba admitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos contenciosos.

Elementos relevantes en la construcción del caso	Medios de prueba
Procesos históricos Procesos geográficos Procesos económicos Procesos culturales-antropológicos Otros procesos Ubicación geográfica Características étnicas Características socio-económicas Características socio-demográficas Organización política de la comunidad o pueblo Organización administrativa de la comunidad o pueblo Sistema económico y medios de subsistencia Políticas públicas del estado: acciones y omisiones	Prueba pericial de peritos: historiador, antropólogo, sociólogo, filósofo. Prueba de informes de: - Institutos nacionales de estadísticas y censos - Informes de consultoras privadas. Prueba testimonial de: - Integrantes y representantes de las comunidades involucradas - Funcionarios de la administración pública encargados de las áreas relacionadas con el caso. - Empresarios Prueba documental: - Trabajos científicos de institutos nacionales, internacionales o universidades nacionales.

- Mapas y proyecciones de institutos de geodesia y cartografía de institutos estatales.
- Instrumentos legales
- Pedidos administrativos de las partes
- Escrituras públicas
- Contratos entre las partes
- Incorporación de artículos periodísticos: no tienen carácter de prueba documental propiamente dicha, pueden ser apreciados cuando: recojan hechos públicos o notorios, declaraciones de altos agentes del Estado o cuando corroboren lo establecido en otros documentos o testimonios recibidos en el proceso.

Fuente: Sentencias de la Corte IDH. Conflictos indígenas. Elaboración propia.

La relevancia en la búsqueda de información se torna crucial en los casos complejos que analizamos. Como remarcamos, esta complejidad está dada, entre otras cuestiones, por la intervención de una multiplicidad de actores en el pleito; el objeto de la demanda compuesto por diversos bienes que integran el territorio (grandes extensiones de tierra, ríos, recursos del subsuelo); por la masiva afectación de derechos invocados; la interrelación de jurisdicciones provinciales y nacionales, entre otros elementos.

En este marco, las medidas tendientes a la búsqueda de información son centrales para una solución satisfactoria del caso. De allí que han comenzado a verse litigios en donde el juez se ve obligado a facilitar la participación de otros actores que puedan contar con información especializada, surgiendo órdenes judiciales particulares dentro del proceso, como los pedidos de información, audiencias públicas, pedidos de rendición de cuentas, pruebas periciales, mesas de diálogo, entre otras.

La importancia del nivel de apertura para la generación de conocimiento del juez, es de gran trascendencia, por cuanto en este conocimiento se funda la decisión acerca de la extensión del derecho a garantizar.

c) Visualización de los nuevos desafíos en las sentencias: el ejemplo del conflicto del pueblo mapuche Los Huaytekas

En la práctica jurisdiccional concreta de los tribunales de Argentina existen fallos donde pueden observarse avances y retrocesos respecto de estas nuevas prácticas.

Como ejemplo del impacto de este proceso, consideramos relevante mencionar el fallo del conflicto de la Comunidad de Los Huaytekas (34) en donde se refleja los elementos que estamos analizamos.

(34) Juzgado de Instrucción N° 2, Secretaría N° 4, San Carlos de Bariloche, Río Negro, "P. A. y Ñ. M. s/ usurpación", setiembre 06-2011.

El conflicto se desencadenó entre integrantes de dicha comunidad que forma parte del Pueblo Mapuche y una empresa nacional. Los representantes de esta última acusaron a los indígenas de cortar el camino vecinal que conduce al campo que administran y que además sirve de vía de acceso a otros predios vecinos. Los imputados negaron los hechos y expresaron que la Comunidad mencionada ocupa ese lugar desde hace más de 100 años, donde está situado el cipresal de Las Huaytekas, “bosque único y milenario” donde está ubicado el *Rehue*, lugar ceremonial de gran importancia para la comunidad y ocupada tradicionalmente por la misma. Expresaron que al observar el ingreso de personas extrañas que intentaban tomar posesión de la zona, la comunidad decidió en una reunión, defender el territorio y los recursos de la comunidad a través de la colocación de una tranquera en el camino y designar a los acusados a que impidan el paso de vehículos y personas extrañas al lugar.

El fallo absolutorio de los integrantes de la comunidad mapuche acusados de usurpación, reviste particular interés por dos razones principales. Primeramente por el hecho que el propio fallo toma conciencia del quiebre normativo anterior y posterior a la reforma de 1994, y por el otro lado, en el hecho de utilizar medidas de compensación como el pedido de pericia antropológica como medio para resolver de manera justa un caso en donde se encuentra atravesado por temas culturales.

En el fallo puede observarse el impacto del Estado Constitucional de Derecho y el efecto particular en el caso de los pueblos indígenas. Expresa en este sentido el juez que: “el paradigma jurídico vigente hasta hace apenas 17 años se orientaba hacia una política de asimilación cultural. Es decir, al establecimiento de una sociedad homogénea en la cual las personas pertenecientes a grupos minoritarios debían abandonar sus tradiciones, su cultura y el uso del lenguaje a favor de las tradiciones, la cultura y el lenguaje del grupo dominante. De allí, entonces, la trascendental ruptura que ha traído aparejada la incorporación al ámbito interno del derecho internacional de los derechos humanos, entre ellos, el art. 27 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; de la reforma constitucional de 1994, que reconoció la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas; y de la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Instrumentos que evidencian un vuelvo fundamental dentro del derecho positivo que apenas ha comenzado a ser asimilado por la doctrina y la jurisprudencia, en pos de hacer efectiva la diversidad cultural reinante en nuestro país”.

Por otra parte también remarca la resistencia a dichos cambios que pueden ser observadas en los propios tribunales al expresar que: “Un cambio tan abrupto e incompatible con posturas ideológicas muy arraigadas en la educación legal tradicional, que resulta consciente o inconscientemente resistido por la mayoría de quienes debemos aplicarlo”.

Otro punto central del fallo que cabe destacar, es lo referido a las nuevas acciones que emprende el juzgador para resolver el conflicto. En este sentido la sentencia expresa que “En función de las complejidades presentadas por la cuestión traída a proceso, y toda vez que de ella se desprenden elementos culturales propios de la Comunidad Mapuche y, más precisamente, de la Comunidad de Los Huaytekas, dispuse entonces la realización de una pericia antropológica”.

Asimismo establece que “Abordar la problemática del multiculturalismo supone referimos a la presencia, dentro de un determinado contexto espacial, de diversas culturas, y a la consecuente concurrencia de elementos cognitivos comunes que hacen a la representación del mundo exterior, en el ámbito de la moral, la religión, el derecho, las relaciones sociales, todo ello vinculado por una lengua”.

De esta forma el fallo demuestra una fuerte tendencia a incorporar herramientas conceptuales y cognitivas para comprender la problemática cultural, previo al dictado de la sentencia. De esta forma el juez funda su decisión en base a las consideraciones culturales luego de la pericia antropológica. Expresa en este sentido que: “estamos en ausencia de cualquier forma de culpabilidad penal en virtud de encontrarse frustrado el normal proceso motivacional de la nombrada, quien de acuerdo a la tradición en la cual abrevia, sus códigos culturales, y la percepción del mundo que la circunda y su orden social, se encontró llamada a responder del modo en que lo hizo, priorizando así los bienes jurídicos que estimó trascendentes y llamados a proteger de modo activo”.

IV. Conclusiones

La centralidad puesta en los derechos constitucionales por parte de esta nueva forma estatal denominada Estado Constitucional de Derecho, derivó en un mayor protagonismo del Poder Judicial como institución especializada en la resolución de conflictos y en la protección en última instancia de los derechos.

El reconocimiento de los derechos humanos no ha derivado de una aplicación directa de éstos, debido a que la norma y su aplicación por los jueces, están mediadas por un conjunto de interpretaciones, valores, creencias, imágenes, intereses, que modelan diferentes formas de razonamiento y creación del derecho, que reestructura las formas tradicionales de administrar justicia.

Los nuevos desafíos de estos cambios por parte de los jueces están vinculados a nuevas formas en construcción de los hechos, en donde los modelos de razonamiento que priorizan el análisis abstracto de los hechos en relación con las normas, sin la consideración del contexto que rodea a las disputas, se presentan como insuficientes para la solución de estos conflictos. Frente a este modelo, surgen decisiones que ensayan sentencias que tienen en cuenta la consideración del contexto y la calidad de sujetos situados, conformados en un espacio y tiempo determinado.

Las diferentes posiciones que puede adoptar el juez en su actuación dentro del proceso, aparece como otro desafío. La materialización de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas postula la necesidad de una judicatura activa que tome decisiones encaminadas a la protección de las partes más débiles del proceso, para evitar que la defensa de sus derechos se convierta en ilusoria. En este sentido, las medidas compensatorias de los desequilibrios de las partes cobran gran importancia, por cuanto, conforme a los estándares internacionales de derechos humanos, la igualdad ante la ley no es posible si no se solucionan las desventajas estructurales de las partes.

Entre estas medidas de compensación de gran trascendencia, están las llamadas “medidas para mejor proveer”, impulsadas de oficio por el propio juez, mediante las

cuales incorpora mayor información y conocimiento del conflicto a través del asesoramiento de especialistas, universidades u otras instituciones prestigiosas. Estas medidas tienen, por un lado, el objetivo de lograr mayor conocimiento y poder brindar una sentencia más justa, y por el otro, también buscan suplir deficiencias probatorias de la parte más débil, vinculadas no a su negligencia, sino a sus dificultades estructurales que pueden provocar, ante la ausencia de pruebas, incluso la pérdida de sus derechos.

Desde esta forma, se advierte la necesidad de que en ciertos procesos judiciales deban observarse medidas tendientes a producir de modo interdisciplinario diferentes conocimientos relevantes del caso, especialmente cuando los conflictos tocan temas culturales como los que examinamos en nuestro trabajo. Los peritajes antropológicos o las investigaciones en ciencias sociales son sumamente útiles desde esta postura. Incluso en la búsqueda de generación de conocimiento se puede observar, en el proceso, la utilización de institutos jurídicos no tradicionales, como pueden ser la realización de audiencias públicas o la incorporación del *amicus curiae*, es decir, partes que acercan al juez nuevas propuestas para la solución del caso.

De esta forma, la gravedad y complejidad de los conflictos que analizamos son una “puesta a prueba” del sistema democrático para dar respuesta a situaciones injustas fuertemente arraigadas.

La importancia dada al Poder Judicial en este nuevo orden jurídico constitucional lo desafía a la modificación de sus estructuras tradicionales para dar respuesta a los problemas complejos, y a crear instrumentos procesales aptos y más eficaces para este tipo de conflictos.

El Poder Judicial, de este modo, debe dar un viraje sustancial para convertirse, además de último garante de los derechos humanos, en una institución que los promueva y sea capaz de conformar, a través de sus decisiones, estructuras que contribuyan al respeto y desarrollo de la diversidad cultural para el logro de una convivencia pacífica.

