

# DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y CONSULTA INDÍGENA: EL ANÁLISIS DE UNA POSTURA JUDICIAL INDIFERENTE\*

INDIGENOUS PARTICIPATION AND CONSULTATION RIGHTS: ANALYSIS OF AN  
INDIFFERENT JUDICIAL STANCE

DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO E CONSULTA INDÍGENA: A ANÁLISE DE UMA  
POSTURA JUDICIAL INDIFERENTE

*Paola V. Colombero*

Magister en Filosofía del Derecho, de la Universidad de Buenos Aires  
Becaria doctoral y Jefa de trabajos prácticos del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina  
pcolombero@derecho.uba.ar | <https://orcid.org/0000-0002-6342-8958>

*Samanta S. Delas*

Becaria y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina  
samantadelas@derecho.uba.ar | <https://orcid.org/0000-0001-9833-1470>

**Fecha de recepción:** 10 de enero de 2023

**Fecha de aceptación:** 2 de marzo de 2023

**Disponible en línea:** 12 de abril de 2024

**Sugerencia de citación:** Colombero, P.V., Delas, S. S. (2024).

Derechos de participación y consulta indígena: el análisis de una postura judicial indiferente.  
*Razón Crítica*, 17, 1-19. <https://doi.org/10.21789/25007807.1959>

## Resumen

El presente trabajo explora el uso del derecho internacional de los derechos humanos que hace el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Chubut, Argentina en un caso emblemático fácticamente por su resonancia sociopolítica y por los intereses locales y transnacionales puestos en juego y teóricamente porque requería un uso robusto de las normas del DIDH. En un marco de flexibilización de la legislación protectora ambiental referente al extractivismo minero, se interpone un reclamo sobre derechos de participación y consulta previa, informada y libre de comunidades indígenas. El análisis expone que el STJ toma una postura de indiferencia hacia el uso del DIDH en el caso bajo estudio.

**Palabras clave:** derecho internacional de los derechos humanos, comunidades indígenas, derecho a la consulta, tribunales locales, extractivismo; ciencias sociales.

\* Agradecemos a Laura Clérico, a Guillermo Treacy, a Martín Aldao, a Federico De Fazio y a Matías Manelli por la lectura y comentarios sobre el texto y a Juan Manuel Salgado, representante legal de las comunidades indígenas Mapuche-Tehuelche, por facilitarnos los escritos de la causa. También le agradecemos a quienes evaluaron este trabajo de manera anónima por sus valiosos comentarios y sugerencias. El presente trabajo fue realizado en el marco del Proyecto UBACyT 2020-2023, código: 20020190100313BA, Universidad de Buenos Aires, dirigido por las dras. Laura Clérico y Nancy Cardinaux.  
[http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv\\_proyectos\\_vigentes\\_ubacyt\\_2020\\_clerico.php](http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv_proyectos_vigentes_ubacyt_2020_clerico.php).

## Abstract

The present work studies the use of international human rights law (IHRL) made by the Superior Court of Justice of the province of Chubut, Argentina. We analyze an emblematic case that had a broad sociopolitical resonance due to the local and transnational interests that were put into play and because it required a robust theoretical use of the IHRL standards. Within the framework of flexibilization of environmental protective legislation regarding mining extractivism, indigenous communities filed a claim regarding their rights to participation and prior, informed and free consultation. Our analysis showed that the Supreme Court of Justice adopted an indifferent stance towards the use of IHRL in the case under study.

**Keywords:** International human rights law; Indigenous communities; Right to consultation; Local courts; Extractivism; Social sciences.

---

## Resumo

Neste artigo, explora-se o uso do direito internacional dos direitos humanos pelo Superior Tribunal de Justiça (STH) da província de Chubut, Argentina, em um caso emblemático, tanto do ponto de vista factual, devido à sua ressonância sociopolítica e aos interesses locais e transnacionais em jogo, quanto do ponto de vista teórico, porque exigiu um uso robusto das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). No contexto da flexibilização da legislação de proteção ambiental com relação ao extrativismo de mineração, apresentou-se uma reivindicação sobre o direito de participação e de consulta prévia, informada e livre das comunidades indígenas. A análise expõe que o STJ assume uma posição de indiferença quanto ao uso do didh no caso em estudo.

**Palavras-chave:** direito internacional dos direitos humanos, comunidades indígenas, direito à consulta, tribunais locais, extrativismo; ciências sociais.

---

## Introducción

El objetivo que se persigue a lo largo del capítulo es analizar el uso (los usos) del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) por el Superior Tribunal de Justicia (en adelante STJ) de la provincia de Chubut<sup>1</sup>. Asimismo, la unidad de análisis es la sentencia del STJ de Chubut al caso “Comunidad Mapuche Tehuelche Mallin de los Cual y otras c/ Provincia del Chubut s/ Acción de Amparo”.

Se ha seleccionado el fallo por la importancia fáctica y teórica del mismo. En primer lugar, en la provincia de Chubut el 8,5% de la población se reconoce indígena, se trata de 43279 personas sobre un total de 509108 habitantes. La media nacional es de 2,4%, por lo que el porcentaje de la provincia patagónica la supera más de 3 veces<sup>2</sup> (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos [Indec], 2015).

Luego, en Chubut es evidente una profunda conflictividad en torno a la explotación minera a gran escala, especialmente la conocida como megaminería a cielo abierto: por un lado, se aprecian fuertes intereses tanto locales como transnacionales; y por otro, un amplio y robusto movimiento socioambiental que resiste a la vez que propone un modelo sustentable. Es un ámbito entramado por prácticas de gobierno local y nacional,

---

<sup>1</sup> La República Argentina es un Estado federal constituido por veintitrés provincias y una ciudad autónoma, por lo que los Gobiernos locales adquieren una preeminencia relevante en el ejercicio de los poderes y competencias estatales. Cada provincia cuenta con su propia administración de justicia en cuyo vértice se encuentran los Superiores Tribunales de Justicia y, a su vez, la dimensión nacional o federal está encabezada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

<sup>2</sup> El 73,4% de esos 43279 habitantes se reconoció perteneciente al pueblo Mapuche; el 18,3%, al Tehuelche; y el 1,6%, al Qom e igual porcentaje al Quechua (Indec, 2015).

neoextractivismo<sup>3</sup> como modalidad de apropiación (Gudynas, 2015), *lobby* de empresas mineras transnacionales<sup>4</sup>, intereses económicos<sup>5</sup> y políticos, agendas mediáticas, mesas técnicas y académicas<sup>6</sup> y participación de colectivos sociales<sup>7</sup>, asambleas populares y reivindicaciones de comunidades indígenas. Chubut es una provincia que lucha contra la megaminería y da cuenta de esto el ciclo de acción colectiva en rechazo a la actividad minera en la provincia que data de fines de 2002 (Pesquero Bordón, 2021).

En tercer lugar, el 20 de noviembre de 2020 el Ejecutivo provincial, presidido por Mariano Arcioni, presentó el proyecto de ley 128/20 “ley de zonificación minera”, que busca exceptuar a los departamentos Gastre y Telsen de la Meseta Central, zona donde se encuentra el territorio de las comunidades Mapuche-Tehuelche, de la prohibición de llevar adelante proyectos mineros metalíferos que extraigan el material minado mediante el método a cielo abierto. En el ámbito provincial, el proyecto se enmarca en el “Plan de desarrollo productivo como estrategia para diversificar la matriz productiva de la provincia” (2020)<sup>8</sup>; en el ámbito nacional, en el Plan Estratégico para el Desarrollo Minero Argentino (2020)<sup>9</sup>.

Frente al avance inconsulto del proyecto, las comunidades indígenas Mapuche-Tehuelche interpusieron un recurso de amparo para que se cumpla la obligación de la legislatura provincial de incorporar los mecanismos de participación y consulta<sup>10</sup> indígenas establecidos en la CN y en los tratados internacionales, especialmente en el Convenio 169 de la OIT, en el tratamiento del proyecto de ley 128/2020<sup>11</sup>.

En términos teóricos, el análisis que proponemos es relevante, pues entendemos que el caso demandaría un uso robusto de las normas del DIDH debido a la profunda inadecuación de la normativa argentina referida a los derechos de las comunidades indígenas respecto de los estándares internacionales (Zimmerman, 2014; Ramírez, 2015; Centro de Derechos Humanos UBA, 2010; Solá, 2020, entre otros/as). En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>12</sup> (en adelante Corte IDH) expresamente se expidió sobre los problemas normativos en el orden interno y dijo: “las regulaciones normativas existentes no son suficientes para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena, previendo procedimientos específicos adecuados para tal fin” (Corte IDH, 6 de febrero de 2020, párr. 353). Luego, ordenó al Estado argentino a adoptar las medidas legislativas y de otro carácter que remediaran la insuficiencia del derecho interno, específicamente mediante la consulta previa, libre e informada (en adelante CPLI) (Corte IDH, 24 de noviembre de 2020, párr. 30).

No obstante, vamos a problematizar que en el caso el DIDH parece no utilizarse por el STJ no solo como parámetro de control, que configuraría el uso de mayor relevancia, sino tampoco como un argumento relevante

---

<sup>3</sup>El neoextractivismo contemporáneo puede ser definido como un modelo de desarrollo basado en la sobreexplotación de bienes naturales, cada vez más escasos, en gran parte no renovables, así como en la expansión de las fronteras de explotación hacia territorios antes considerados como improductivos desde el punto de vista del capital. El mismo se caracteriza por la orientación a la exportación de bienes primarios a gran escala, entre ellos los hidrocarburos (gas y petróleo), metales y minerales (cobre, oro, plata, estaño, bauxita, zinc, entre otros), así como productos ligados al nuevo paradigma agrario (soja, palma africana, caña de azúcar) (Svampa, 2019, p. 22).

<sup>4</sup> La canadiense Pan American Silver es titular del 100% del proyecto Navidad, ubicado en la localidad de Gastre (Pan American Silver, s.f.).

<sup>5</sup> Para considerar los potenciales beneficios económicos del proyecto se sugiere ver Murguía (2020).

<sup>6</sup> Ver el Informe de la Mesa de Coordinación Técnica sobre Zonificación Minera del CCT CONICET-CENPAT (2021).

<sup>7</sup> Como se pudo ver tanto en los acontecimientos de 2002/2003 como en los de finales de 2021. Ver: en el ámbito periodístico, Tiempo Judicial (2021); en el académico, Pesquero Bordón (2021).

<sup>8</sup> Ver: Informe (2020).

<sup>9</sup> Ver: Secretaría de Minería (2021).

<sup>10</sup> Para ver las tensiones entre consulta y consentimiento se sugiere ver Garavito, C. R. y Baquero Díaz, C. A. (2020).

<sup>11</sup> En diciembre el proyecto 128/2020 se convirtió en Ley XVII N° 149. La misma fue promulgada el 16 de diciembre por el gobernador a través del Decreto 1285/21. Cinco días después de la aprobación, frente a protestas, represión y fuertes manifestaciones en toda la provincia, el Poder Ejecutivo provincial vetó la ley.

<sup>12</sup> Para ver los escritos principales del caso:

[https://www.corteidh.or.cr/ver\\_expediente.cfm?nId\\_expediente=276&lang=es](https://www.corteidh.or.cr/ver_expediente.cfm?nId_expediente=276&lang=es)

en la cadena argumentativa, ni como mera cita del DIDH (UBACYT, 2021). En cambio, parece predominar para el caso bajo estudio un no uso, lo que es inaplicación<sup>13</sup>, de los DIDH.

En términos metodológicos (Kunz y Cardinaux, 2014; Sautu et al., 2005), el centro del estudio es el análisis jurisprudencial, para lo cual realizaremos un estudio de caso en profundidad a fin de reconstruir la decisión judicial y dar cuenta del uso de las normas internacionales de DIDH. En ese sentido, nos parece relevante situar el contexto social, político y económico en el que se inserta la causa, y para ello, analizamos documentos oficiales del Gobierno local y nacional, noticias periodísticas e informes técnicos, entre otros. Quisiéramos explicitar la principal limitación del estudio y es que al centrarnos en el caso mencionado, nuestras problematizaciones primero y conclusiones después del uso de las normas internacionales de DIDH valen para el expediente analizado<sup>14</sup>. Un muestreo de casos sería deseable para avanzar en la comprensión del tema.

## **Precisiones normativas y conceptuales sobre los derechos de participación y consulta de los pueblos indígenas**

El derecho a la participación, como colectivo, y el derecho a la consulta previa, libre e informada (CPLI), como garantía de la participación específica de los Pueblos indígenas (Ramírez, 2015), están reconocidos en el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, que obliga al Estado a asegurar la participación de los pueblos indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Los procesos de consulta son una obligación internacional de los Estados en cuanto forman parte de un corpus de derechos colectivos enmarcado en “nuevos principios de relación entre los estados y los pueblos indígenas” (Yrigoyen Fajardo, 2009, p. 12) y se hallan fuertemente regulados por el Convenio 169 de la OIT de 1989. Más cerca de nuestros días, en 2007, fue receptado con mayor precisión en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que eleva el estándar al consentimiento previo, libre e informado.

Estos derechos significan que “cuando el Estado se disponga a dictar una medida que, de cualquier manera, pueda afectar material o simbólicamente la vida de los pueblos y comunidades indígenas, tiene la obligación previa de consultarlos y conseguir su consentimiento” (Zimmerman, 2014, p. 266). Yrigoyen Fajardo (2009) los diferencia en su faz procesal y sustancial:

En lo procesal, estos derechos obligan a los Estados a no tomar decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas mientras tales no implementen procesos de diálogo, participación y consulta previa. En lo sustantivo, los Estados quedan obligados a respetar las prioridades de desarrollo de los pueblos, sus formas de vida e integridad. (p. 13)

La normativa sobre los derechos de participación se vincula con la propiedad comunitaria indígena, que a la vez está estrecha e inevitablemente vinculada al derecho a la gestión de los recursos, bienes, comunes naturales (Ramírez, 2015). Para analizar esta cuestión, contribuye la propuesta de Rodríguez Garavito (2012 y 2020), quien sostiene que:

---

<sup>13</sup> Ha advertido Nieto (1975) que “lo que caracteriza de veras un sistema normativo no es tanto lo que realmente se aplica como lo que no se aplica” (p. 18), por lo que el estudio no debe limitarse a la aplicación de las normas en juego, sino que debe extenderse a la inaplicación y la mala aplicación de las mismas.

<sup>14</sup> Importa mencionar que hay casos que guardan similitudes en otras provincias argentinas. A modo enunciativo: la lucha de las 33 comunidades indígenas que habitan el territorio en la cuenca de Salinas Grandes y laguna de Guayatayoc -provincias de Jujuy y Salta- y las acciones de la “Mesa de comunidades originarias de la cuenca de Salinas Grandes y laguna de Guayatayoc para la defensa y gestión del territorio” frente al extractivismo de litio; asimismo, las acciones de la comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgala en la provincia de Catamarca; y en la provincia de Neuquén el conflicto social en torno al yacimiento minero de Campana Mahuida, territorio de la comunidad mapuche Mellao Morales. Se sugiere ver: Di Nicolo (2018), Hadad (2020) y Pragieret al. (2022).

El auge y la incidencia de la CPLI en las regulaciones y las disputas sobre derechos indígenas han sido tan profundas que, antes que una institución, ha pasado a constituir un nuevo enfoque sobre los derechos étnicos y el multiculturalismo, con un lenguaje y unas reglas distintivos. (p. 15)

Por lo que, si situamos las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas, dice Rodríguez Garavito (2012) que el enfoque de la consulta tiende a sustituir el enfoque integracionista, que fue la regla para lidiar con el “problema indígena”, procurando la transformación cultural de las comunidades indígenas y la asimilación de sus identidades, lo que son formas y estrategias que perpetúan relaciones de colonización.

Algo notable de destacar es que, para Rodríguez Garavito (2012), en estudios en países con ordenamientos que de formas más o menos deficientes regulan e instrumentan procesos de consulta,

la evidencia etnográfica confirma el reemplazo de las discusiones sustantivas por los debates procesales. Las controversias sobre los plazos, las certificaciones y el cronograma de reuniones tienden a soslayar los conflictos sobre la tierra, los recursos y la autodeterminación que están en el fondo de las consultas. (p. 23)

En su análisis de negociaciones entre empresas, Estado y pueblos indígenas dice que los efectos de la consulta sobre los pueblos indígenas son ambiguos. En este sentido, la CPLI diluye y desplaza los reclamos colectivos y los torna, por lo menos parcialmente, en observaciones procedimentales.

Lo que nos lleva a pensar sobre la judicialización de los derechos humanos de los pueblos indígenas que, para lograr su vigencia efectiva, no solo consumen gran energía política del movimiento en discusiones legales (Rodríguez Garavito, 2012), sino que, a la postre, en la administración de justicia, aunque la jurisprudencia sea dispar, su principal tendencia es el “no reconocimiento” de los derechos indígenas (Ramírez, 2021). Aunque señala que se muestra como uno de los pocos mecanismos legales que puedan “desacelerar el ritmo vertiginoso de los proyectos económicos extractivos y controvertir las decisiones estatales que los respaldan” (Rodríguez Garavito, 2012, p. 24) y que, en casos, “los procesos de consulta y los litigios alrededor de ellos han sido catalizadores de la movilización política de los pueblos afectados y de redes activistas de apoyo” (Rodríguez Garavito, 2012, p. 24).

En el caso bajo estudio veremos la manera en que el Tribunal Superior soslayó el debate en torno a los derechos políticos y colectivos de los pueblos indígenas, al tiempo que vulneró sus derechos, clausurando la petición y negándose a dar curso a la obligación del Estado de generar procesos de diálogo y consenso, especialmente en litigios territoriales que disputan bienes comunes naturales y ponen en riesgo la supervivencia de los pueblos, comunidades y naciones originarias. A continuación, exploraremos el uso del DIDH por el STJ en la sentencia en análisis.

## El uso del DIDH por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut en el caso “Comunidad Mapuche Tehuelche Mallin de los Cual y otras c/ Provincia del Chubut s/ Acción de Amparo”

### ***Genealogía de la causa, primera instancia y cámara***

En el mes de mayo de 2020<sup>15</sup> las comunidades Mallin de los Cual, Chacay Oeste y Laguna Fría, Los Pino y Lefimi (en adelante las Comunidades) iniciaron un juicio de amparo contra la Provincia de Chubut requiriendo el cumplimiento del deber estatal de consulta y participación antes de que se debata el proyecto de ley. Las comunidades Mapuche-Tehuelche habitan en la región central norte de la provincia, la meseta central, que actualmente se denominan departamentos provinciales Gastre y Telsen, área que, con la legislación de reforma, resultaría íntegramente exceptuada de la prohibición de megaminería.

Sobre el fundamento del antecedente “Confederación Indígena Neuquina y Comunidad Mapuche Catalán”, la jueza de Puerto Madryn, Carolina Barreiro, declaró procedente el juicio de amparo y ordenó a la Legislatura que se abstuviera de tratar el proyecto mientras se tramitaba el proceso.

El fallo de primera instancia expone como puntos nodales:

El convenio 169 OIT, ratificado expresamente por nuestro país, tiene jerarquía superior a las leyes y, si bien no reglamentado expresamente, resulta de aplicación inmediata y exigible conforme lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) recientemente en el caso “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/Provincia del Neuquén s/acción de Inconstitucionalidad. (Juzgado Laboral N° 1, Puerto Madryn, sentencia interlocutoria N° 37/2021, párr. 14)

Luego, dice que “la consulta exigida por dicho convenio debe ser previa a la adopción de la medida legislativa que se imputa como afectadora de los derechos de las comunidades aborígenes” (párr. 15). La jueza cita una nota presentada el 15 de diciembre de 2020 dirigida por la Defensoría General al presidente de la Legislatura solicitando que se realice la CPLI al tratamiento del proyecto de ley, la cual dice “la Argentina ha sido considerada responsable internacionalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, sentencia del 06/02/2020, indicándose que no se respetó el derecho a la consulta previa” (párr. 19).

Apelada la sentencia por la Fiscalía del Estado, un mes después la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn (2021) decide la revocación de la admisibilidad formal de la acción de amparo por extemporaneidad de la demanda. Así, mediante el argumento de índole procesal, esto es formal, de que se había vencido el plazo para iniciar el amparo, decidió declarar inadmisibile la acción de amparo y dejar sin efecto la medida cautelar dispuesta por la sentencia de primera instancia.

Partimos del supuesto de que la sentencia del STJ está referida a derechos humanos de los pueblos indígenas, pues la *litis* del caso se inicia con el reclamo de comunidades Mapuche-Tehuelche por la falta de CPLI en el proyecto denominado “zonificación minera”. Las Comunidades solicitaron que se cumpla la obligación de la Legislatura provincial de incorporar los mecanismos de participación y consulta indígenas establecidos en la CN y tratados internacionales en el tratamiento del proyecto 128/2020.

---

<sup>15</sup> En febrero la asamblea No a la Mina había presentado una medida autosatisfactiva para frenar el tratamiento del proyecto de ley 128/20 que se iba a sustanciar en sesión extraordinaria del Legislativo provincial. La jueza civil, comercial y laboral de Esquel, Alicia Arbilla, primero otorgó como medida cautelar la suspensión del tratamiento del proyecto de zonificación minera, pero a los pocos días la rechazó (Ruiz, Mauricio y Otras c/ Provincia del Chubut y Otro s/ Medidas Autosatisfactiva).

En agosto de 2021 el Máximo Tribunal de Chubut declaró “mal concedido” el recurso de inconstitucionalidad. Sobre el amparo, dice que el recurso deviene inadmisibile porque no es definitiva la sentencia de Cámara que resuelve revocar la admisibilidad formal de la acción de amparo por extemporaneidad de la demanda. También declara inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad por no mediar un concreto planteo de índole constitucional respecto a la normativa reglamentaria en cuestión.

En un primer análisis, es posible decir que predominan las consideraciones de índole formal acerca de la inadmisibilidad de la acción de amparo y del recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara. Solamente en los resultandos, parte de la sentencia que relata el desarrollo del proceso, al analizar los hechos esgrimidos por la parte actora hace referencia al DIDH, en concreto a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.<sup>16</sup>

La estructura de la motivación (o parte expositiva) de la sentencia tiene tres partes, las cuales se refieren a aspectos procesales: a) la inadmisibilidad del amparo, “sentencia que rechaza *in limine* la acción de amparo. Definitividad a los fines del recurso extraordinario”; b) la inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad ante el STJ, “recurso de inconstitucionalidad (inciso 2° del art. 303 del CPCC)” y c) otros requisitos formales.

Por lo que deviene necesario analizar el esquema procesal (Clérico y Aldao, 2021) al que recurrió el STJ para evaluar el caso que nos convoca. Siguiendo el trabajo citado:

Si tomamos en consideración los obstáculos estructurales que afectan a los pueblos indígenas en las sociedades de la región, no sólo deberíamos rever los mecanismos de participación (consulta previa e informada) y los marcos normativos insuficientes para garantizar su derecho a la propiedad comunal, sino también los esquemas procesales a los que recurren los tribunales para evaluar los casos de las comunidades indígenas. (p. 82)

## Inadmisibilidad del recurso de amparo

Quisiéramos concentrar nuestro análisis en dos cuestiones centrales respecto del amparo: primero la inadmisibilidad y luego el plazo de caducidad. No vamos a detenernos en la definición y alcances<sup>17</sup> de la garantía constitucional, pero sí advertimos que se trata de un dispositivo que tutela los derechos restringidos o alterados indebidamente (Basterra, 2016).

Luego, el derecho a la tutela judicial efectiva implica que las personas y comunidades tengan acceso a un recurso que sea adecuado y efectivo para remediar las violaciones a los derechos humanos. Respecto a determinados grupos en situación de vulnerabilidad, en el caso de pueblos indígenas, personas migrantes, personas LGBTTIQ+ y personas presas, entre otras, las necesidades de tutela se profundizan a la vez que aumenta el estándar de protección. En el ámbito de la jurisprudencia interamericana, la respuesta judicial se

---

<sup>16</sup> La provincia de Chubut aprobó mediante el Acuerdo Plenario del Superior Tribunal de Justicia N° 3872/10 las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, cuya finalidad es garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial. Andreu-Guzmán y Courtis (2008) explican que las Reglas implican un avance en materia de derechos humanos en tres aspectos: en primer lugar, se consagra el derecho de acceso a la justicia a partir del reconocimiento del derecho al respeto de las garantías del debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de violación de un derecho fundamental. En segundo lugar, se pondera la aplicación concreta del derecho de acceso a la justicia y la existencia de obligaciones positivas del Estado en materia de derechos humanos. Por último, destacan el impulso de la concientización acerca de las barreras para el acceso a la justicia y para el ejercicio de derechos sociales o grupales de personas en situación de vulnerabilidad.

<sup>17</sup> Se sugiere ver Ferrer Mac-Gregor (2010).

ha hecho cargo de esta realidad (Corte IDH, 2021). El recurso de amparo, el *habeas corpus*, *habeas data* y las medidas cautelares cumplen un papel central para remediar una situación concreta y de carácter urgente de violación de derechos respecto a grupos en situación de vulnerabilidad y desigualdad estructural e interdependiente.

Para iniciar a considerar la acción de amparo interpuesta por las Comunidades, que fuera otorgado en primera instancia y rechazado en apelación, el STJ se refiere al “control de las formas” que debe observarse en sede extraordinaria como “una garantía de orden y seguridad”. Dice el STJ que el objeto del amparo presentado por las Comunidades ha consistido en reclamar la incorporación de “los mecanismos de participación y consulta indígenas establecidos en las constituciones y tratados internacionales en el tratamiento del Proyecto 128/2020” (STJ de Chubut, 2021, párr. 4) y lo hacen a través del recurso de amparo debido a que:

No existe otra vía jurisdiccional o “natural” para el ejercicio de la pretensión articulada. No es que haya otro mecanismo “menos idóneo” sino que no hay ninguna alternativa procesal al amparo que permita obligar al órgano legislativo a incorporar los procedimientos de consulta y participación indígena previstos en normas superiores. (STJ de Chubut, 2021, párr. 7)

Las Comunidades habían fundado en recurso en los siguientes agravios: a) ineffectividad de la garantía de amparo, ya que la decisión de la Cámara “hace ilusoria la garantía constitucional del amparo como medio de protección de derechos” (STJ de Chubut, 2021, párr. 3) y b) violación de la doctrina de la CSJN acerca de la relatividad del plazo de caducidad cuando no se enjuicia un acto único de autoridad sino una infracción continuada. Ni la Cámara ni el STJ se hacen cargo de los argumentos de las partes, ya que se mantienen en el nivel de las formas procesales y no ingresan en el fondo de la cuestión, que es la violación del derecho de los pueblos indígenas a la CPLI y participación en todos los asuntos que los afecten.

El STJ se desliga del argumento presentado y omite considerar la inexistencia de vías legales adecuadas para hacer valer este derecho y considera que:

El recurso en examen deviene inadmisibile, ya que la decisión que en definitiva se pretende impugnar no estaría privando a las recurrentes de acudir a otros medios (administrativos o jurisdiccionales) para la tutela del derecho que dicen vulnerado; y a su vez, no logran acreditar la presencia de un gravamen de insuficiente, imposible y tardía reparación ulterior. (STJ de Chubut, 2021, párr. 50)

También concentra su decisorio en que no es definitiva la sentencia que rechaza la acción de amparo, pues su rechazo deja subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria, a la vez que dice que los recurrentes no lograron demostrar que es imposible lograr la tutela efectiva del derecho: “los acotados argumentos de las recurrentes no se muestran suficientes para sostener el carácter definitivo de la decisión impugnada” (párr. 46).

Esta limitación a la vía del amparo nos interpela acerca de qué es lo que está en juego en el caso, ya que empieza a advertirse que el reclamo en torno a los derechos a la participación indígena en una legislación sobre minería que afecta su territorio se solapa con el derecho a la tutela judicial efectiva, a poder recurrir por vía judicial y al acceso a la justicia a personas y comunidades en situación de vulnerabilidad. Entonces, los excesos rituales de la sede extraordinaria en la práctica del STJ parecen actuar como filtros del acceso a la jurisdicción.

En segundo lugar, quisiéramos referirnos al tema del cómputo del plazo de caducidad para interponer la acción de amparo cuando lo que se cuestiona no es una acción, sino que es una conducta omisiva del Estado. El STJ se refiere someramente a ello, más bien, se reclina en lo que dijo la Cámara y no entra a discutir la posibilidad de no aplicar el plazo de caducidad para el ejercicio de amparo.

El artículo 43 de la Constitución Nacional, que regula el amparo, no ha fijado un plazo para interponer la acción. En consonancia con aquella, la Constitución de Chubut artículo 54 tampoco lo establece. Luego, sí lo hace la Ley Nacional de 1966 N° 16986: en el artículo 2 inciso e prevé que esta acción será inadmisibles cuando la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse. También lo hace la ley provincial, Ley V N° 84, en el artículo 4, el cual dice que la acción debe instaurarse dentro del plazo de treinta (30) días de producido el agravio o de la fecha en la cual toma efectivo conocimiento el amparista del mismo.

A fin de analizar la sentencia del STJ, observamos que, como bien ha afirmado la Cámara de Apelaciones en su sentencia, “(...) se debe establecer el momento en el cual el afectado tomó conocimiento del acto u omisión presuntamente lesivo. Tal extremo no ofrece dificultades si a través del amparo se cuestionan actos positivos tales como si dicha fecha resulta determinable” (STJ de Chubut, 2021, párr. 21). Es decir, en la sentencia en análisis tal extremo no es determinable porque, como expresó la jueza de primera instancia, no hay un plazo legal para efectuar la consulta siempre que sea previa. Luego, la sentencia del STJ establece como fecha de toma de conocimiento el día 20 de noviembre del 2020, momento en el que ingresa el proyecto de ley a la Legislatura provincial e indica que la acción de amparo debía interponerse el día 20 de diciembre del 2020.

El debate doctrinario acerca de la constitucionalidad del plazo de caducidad para la interposición de esta acción es de larga data; sin embargo, aún se encuentra completamente vigente (Basterra, 2016). Una postura defiende el plazo de caducidad del amparo y su constitucionalidad (Sagüés, 1991, p. 276) sobre la base de valores como seguridad jurídica y la excepcionalidad de la acción, entre otras. En las antípodas, otra postura entiende que el artículo 43 de la CN no ha fijado un plazo para interponer la acción de amparo, entonces deviene inconstitucional la reglamentación de la garantía con un límite temporal para que la persona afectada interponga la acción (Bidart Campos, 2004; Gil Domínguez, 2007 citado en Basterra, 2016). En el medio una postura (Basterra, 2016, p. 19) consideraría constitucional un plazo amplio y razonable, requisito que no cumple la ley nacional y debe dejar a salvo los supuestos de ilegalidad continuada.

La CSJN ha consolidado una doctrina sobre la inaplicabilidad del plazo en supuestos de infracción continuada, argumento que sostienen las Comunidades y es eludido por el STJ. En el caso, la consulta previa tiene como fuerza convocante al Poder Legislativo provincial. Como explicamos, el derecho constitucional de participación indígena en asuntos que les afecten no cuenta con una norma que lo regule y el Estado incumple con su obligación de reglamentar mecanismos adecuados para la CPLI. Las Comunidades entienden que para el ejercicio del derecho a ser consultadas no se ha establecido un plazo siempre que se cumpla con el requisito de hacerse efectivo durante el tratamiento de un proyecto de ley. Cabe mencionar aquí que este punto no ha sido atendido por el STJ y, además, el tribunal ha impuesto una fecha (20 de diciembre de 2020) como momento de la toma de conocimiento del hecho que lesiona o restringe el derecho invocado por las amparistas.

Como destacamos previamente, el día del ingreso del proyecto de ley en la legislatura provincial (20 de noviembre de 2020) es un hecho positivo que podría funcionar como fecha determinable para contar el plazo de caducidad, pero indudablemente no es asimilable al momento de toma de conocimiento de la lesión, porque como se desprende de una omisión del Poder Legislativo provincial, fuente convocante de la CPLI, la lesión no tiene una fecha determinable en que se origine la misma, sino que es una infracción continuada hasta tanto se sancione la ley debatida, ya que solo en ese momento se habrá frustrado la posibilidad de ejercer el derecho a la CPLI reconocido a los pueblos originarios.

La CSJN en *Imbrogno* (324:3076) enfatizó que al hallarse en juego un derecho social constitucional y convencionalmente reconocido, para la interposición del amparo, con el fin de garantizar su vigencia y protección, es necesario exigir al poder judicial una interpretación “extensiva y no restrictiva sobre su procedencia, a fin de no tornar utópica su aplicación” (párr. 9). También *Tartaroglu de Neto* (323:227), *Yapura* (341:929), *Mosqueda* (329:4918), *Etchart* (338:1092) y recientemente *Tejera* (341:274), entre otros, conforman esta jurisprudencia en el campo de DESCA, especialmente derecho a la salud. Dice la CSJN en *Tejera* que el plazo

de caducidad contemplado en la ley nacional no puede constituir un impedimento insalvable cuando —como en el caso— con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad periódica o continuada.

Enfatiza también que la cuestión trasciende el plano patrimonial porque están comprometidas la salud y la supervivencia de los reclamantes, por eso el plazo establecido en el artículo 2, inciso e de la ley 16986 no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable, ni es aceptable una interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional (art. 43).

También en el caso del amparo, cuando los derechos en juego son ambientales, los justiciables cuentan con un amplio acceso a la jurisdicción, y sobre el derecho al agua la CSJN<sup>18</sup> ha dicho:

No hay duda de que en el caso existe la necesidad de una tutela judicial urgente, en la medida que está en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas. (Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses SA y otro s/amparo, fallos: 337:1361)

La Corte IDH, en la sentencia para el caso Lhaka Honhat vs. Argentina (párr. 243-254), consideró la interdependencia, autonomía e indivisibilidad de los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación, a la identidad cultural y al derecho al agua en relación con pueblos indígenas, y ordenó reparaciones acordes con las violaciones a los derechos mencionados.

En ese mismo caso, la Corte IDH consideró que el Estado argentino incumplió “su obligación de procurar mecanismos adecuados de consulta libre, previa e informada a las comunidades indígenas afectadas” (párr. 184) y ordenó medidas reparatorias que mencionaremos en el próximo apartado.

## Recurso de inconstitucionalidad

La causa en análisis llega al STJ en virtud del inciso 2 artículo 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chubut y el artículo 13 de la ley de amparo provincial (Ley V N° 84), por los cuales los/as miembros del STJ de Chubut son competentes para conocer y resolver por vía de recurso extraordinario.

En este marco, para iniciar el análisis del recurso de inconstitucionalidad revisaremos las cuestiones planteadas por las partes. En primer lugar, las comunidades indígenas se refieren a la interpretación que realiza la Cámara de Apelaciones respecto al artículo 54 de la Constitución Provincial y artículo 43 de la Constitución Nacional. Además, señalan los alcances del derecho a la protección judicial efectiva en los términos del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y plantean la flexibilización en el caso del plazo de 30 días establecido en el artículo 4 de la Ley provincial V N° 84. Por otro lado, insisten en el reconocimiento del derecho de consulta a los pueblos indígenas establecidos en los artículos 31 y 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT y artículo 34 inciso 4 de la Constitución Provincial. Además, citan precedentes jurisprudenciales tanto del STJ de Chubut como de la CSJN, incluso uno muy reciente de fecha 8 de abril de 2021, que fue citado anteriormente “Comunidad Mapuche Catalán...”.

En segundo lugar, el planteo de la demandada se basa en el vencimiento del plazo de caducidad de la acción de amparo conforme al artículo 4 de la Ley V N° 84. Señala que el proyecto de ley ingresó a la Legislatura provincial el 20 de noviembre de 2020, extremo que fue difundido en los medios de prensa de Chubut, poniéndolo en conocimiento de la sociedad. Destaca que el plazo de caducidad se encuentra vencido, puesto que los accionantes no pueden alegar desconocer un hecho de público y notorio conocimiento. Aducen,

---

<sup>18</sup> También CSJN, López, María Teresa c/ Santa Cruz, provincia de y otros (Estado Nacional) s/amparo ambiental, fallos: 342:126.

también, la existencia de una vía judicial más idónea, así como la inexistencia de un actuar arbitrario y/o ilegítimo por parte del Poder Legislativo provincial.

En cuanto a la sentencia del STJ, en los considerandos se mencionan los agravios sobre los que funda el recurso la parte actora, entre los que se cita:

Tomar el día siguiente a la presentación del proyecto de ley, como fecha de inicio del plazo legal, constituye un agravio al sentido común y un apartamiento de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (reglas 3 y 9). (STJ de Chubut, 2021, párr. 6)

Luego, respecto al segundo agravio se plantea que la parte actora dijo:

(...) la aplicación del amparo no puede ser menos protectora o más restrictiva que en el orden federal (art. 43) y consideró como relevante para este caso, la doctrina que emana de la CSJN, en el caso “Bonorino Perú” (Fallos 307:2174) y reiterada en “Mosqueda” (Fallos 329:4918); entre otros antecedentes que se citaron, en tanto, contemplan la relatividad del plazo de caducidad ante una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta continuada cuando no se enjuicia un acto único de autoridad sino una infracción continuada, máxime cuando los derechos comprometidos resultan fundamentales para la convivencia (hojas 179/180). (STJ de Chubut, 2021, párr. 8)

A continuación, se mencionan los agravios de la demandada, los cuales hacen referencia a que

(...) las accionantes jamás efectuaron un planteo o cuestionamiento de índole constitucional al plazo de caducidad del art. 4 de la Ley V-84, sino que, más bien, se ciñeron a señalar que el plazo no había comenzado a correr; lo que se reiteró en el memorial ante la cámara. De este modo, aseveró que al no existir “materia del caso”, ni una decisión “contraria” a la validez de un derecho, mal se puede introducir la cuestión, por la vía extraordinaria intentada. (STJ de Chubut, 2021, párr. 18)

Más adelante, dicen que:

(...) la demandada solicitó el rechazo de los agravios invocados por sustentarse la sentencia en crisis en la letra de una norma legal que no se encuentra en pugna con la Constitución Provincial ni la Nacional, y mucho menos, con el criterio jurisprudencial seguido por este Cuerpo en la materia. (STJ de Chubut, 2021, párr. 31)

El resultado de la sentencia ha sido desfavorable para los accionantes, ya que el recurso de inconstitucionalidad fue rechazado por el STJ con fundamento en la caducidad del plazo para presentar el amparo conforme la ley de amparo provincial, sin entrar en la discusión sobre el derecho a la CPLI, ni evaluar la vulneración del derecho a la protección judicial efectiva.

En cuanto a la composición del STJ para la sentencia en análisis, los firmantes han sido dos jueces, Mario Vivas y Aldo Luis de Cunto, de los cuales solo el primero de ellos es miembro del STJ y el segundo fue integrado en calidad de subrogante, tal como prevé la ley orgánica de la judicatura.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup>Tres miembros es la cantidad mínima estipulada en la ley orgánica provincial para la conformación del tribunal. Así, queda de manifiesto que el STJ no se encontraba conformado íntegramente acorde a la normativa aplicable. También importa decir que en la actualidad ha cambiado la composición del STJ y el número de jueces y juezas.

En referencia al derecho a la CPLI y superadas las interpretaciones del derecho local que sustentan los argumentos acerca de la improcedencia del recurso de inconstitucionalidad provincial del caso en análisis, es menester analizar la compatibilidad de la decisión con la jurisprudencia federal. En este sentido, observamos que el STJ se ha apartado de los fundamentos del fallo de la CSJN “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/Provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad”. Dicho fallo, de fecha 8 de abril de 2021, establece que el decreto 1184/02, el cual reglamentó el otorgamiento de personerías a las comunidades indígenas en el ámbito provincial, es inconstitucional ya que dicha norma emanada del Poder Ejecutivo neuquino se decretó sin realizar los procesos de CPLI a los que estaba obligado constitucional y convencionalmente, en franca violación de la Constitución Nacional y provincial, además del Convenio 169 de la OIT.

El STJ de Chubut también omite considerar la reciente sentencia contra Argentina, donde la Corte IDH determinó que el Estado argentino incumplió su obligación de procurar mecanismos adecuados de consulta libre, previa e informada a las comunidades indígenas afectadas. Por ende, vulneró en su perjuicio el derecho de propiedad y a la participación, en relación con las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos (Lhaka Honhat vs. Argentina, 2020, párr. 184).

Asimismo, en las reparaciones, y como medidas de no repetición, ordena al Estado que “de forma previa a la adopción de las medidas legislativas y/o de otro carácter, arbitre acciones que permitan la participación de pueblos y/o comunidades indígenas” y remarca que esta obligación no es solo para las víctimas de este caso, sino para la totalidad de comunidades indígenas del país (Lhaka Honhat vs. Argentina, 2020, párr. 355).

En torno al control de convencionalidad aplicable a la sentencia en análisis, es oportuno citar aquí la primera parte del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos que dice:

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, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (párr. 1)

En la misma línea de ideas, la Opinión Consultiva N° 24 del año 2017, en su punto 26, establece:

La Corte estima necesario además recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señala en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cuál es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.

Por su parte, la Opinión Consultiva N° 18 del año 2003 en el punto 47 manifiesta que:

La obligación de los Estados americanos de cumplir con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos “va más allá del simple hecho de contar con un orden jurídico que garantice el cumplimiento de tales derechos”. Los actos de todos los órganos de un Estado americano deben respetar estrictamente tales derechos, de forma que “la actuación de los órganos estatales desemboque

en el real cumplimiento y ejercicio de los derechos humanos garantizados en instrumentos internacionales. (párr. 15)

Cabe recordar que, en el sistema jurídico argentino, el control de constitucionalidad y convencionalidad es difuso, ya que todas las instancias judiciales están llamadas a ejercer dicho control, llegue o no el caso a la Corte Suprema de Justicia (Clérico y Novelli, 2021).

Actualmente, el derecho ineludible a la participación de los pueblos originarios como base de su autodeterminación ha adquirido carácter de principio en el ámbito internacional y está incorporado como tal a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, desplegado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sostenido por el Comité de Derechos Humanos, por la Comisión de Expertos de la OIT y por el Mecanismo de Expertos de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Respecto al convenio 169 de la OIT, el STJ hace caso omiso de su invocación por las actoras, ya que no es considerado en los fundamentos de la sentencia que rechaza el planteo de inconstitucionalidad, pero, además, ni siquiera es mencionado. Idéntica suerte han corrido los demás tratados y convenciones invocados, a excepción de una única norma de DIDH que se ha citado en los considerandos de la sentencia: las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, sobre las cuales, contrariamente, el STJ no fundamenta su decisorio. Es, al menos, llamativo que el STJ de Chubut no recogió o, dicho de otro modo, ignoró las normas de derecho internacional de los derechos humanos al momento de dictar sentencia.

Respecto al uso que hace el STJ del derecho internacional de los derechos humanos en su decisorio, se observa que se lo menciona en los considerandos, mas no sirve de argumento relevante en la cadena argumentativa de la sentencia y mucho menos se usa como un parámetro de control.

## Conclusiones

En Argentina los derechos de las comunidades indígenas están regulados por distintas normas de índole constitucional y convencional, pero los alcances de dicha protección no son efectivos si, en principio, no se respeta el derecho a la protección judicial efectiva. Tal como reseñamos a lo largo de este trabajo, queda de manifiesto que la sentencia de la Cámara de Apelaciones y luego del Máximo Tribunal de la provincia de Chubut han vulnerado tal protección al denegar a las amparistas la vía recursiva, puesto que el amparo es la vía más efectiva y rápida, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para alcanzar una protección judicial efectiva. En este sentido, llama la atención que las cuestiones en debate hayan sido fundamentalmente procesales, en torno a las cuales se trasluce un excesivo rigorismo formal en desmedro del resguardo de derechos fundamentales.

Tal es así que el STJ ha fallado, en los mismos términos que la Cámara de Apelaciones, adoptando una postura contraria a la de la CSJN en el caso contra la provincia de Neuquén, en el que se ha sostenido la aplicación del Convenio 169 de la OIT en los casos que se vulnera el derecho a la CPLI de las comunidades indígenas. Va en contra, también, de la sentencia de la Corte IDH del caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*, el cual obliga al Estado a generar instancias de participación indígena antes de adoptar medidas legislativas, deber que remarca es respecto a todos los pueblos y comunidades indígenas del país. En ambos casos se resalta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas y la necesidad de exigir que el Estado diseñe, promueva y fomente diversas formas y canales adecuados de participación efectiva.

Como explicitamos, comenzamos a analizar la sentencia del STJ como referida a DESCA, pues el caso se refería a reclamo de comunidades Mapuche-Tehuelche por la falta de mecanismos de participación y de CPLI en el tratamiento legislativo del proyecto denominado “zonificación minera”, legislación sobre minería a cielo

abierto que afectaría gravemente el territorio indígena. No obstante, con las limitaciones a las vías recursivas de amparo y de inconstitucionalidad, advertimos que el reclamo en torno a los derechos de participación indígena, que tiene su origen en el derecho a la libre determinación indígena, queda por debajo del derecho a contar con garantías y protección judiciales, derecho a la tutela judicial efectiva, en el caso de poblaciones y comunidades indígenas en situación de vulnerabilidad. Esto nos lleva a una primera conclusión de que los excesos rituales de la sede extraordinaria en la práctica del STJ parecen actuar como filtros para el acceso a la jurisdicción. Desde un enfoque de desigualdad estructural e interdependiente, estas barreras no son hechos aislados, sino que deben considerarse en el marco de una serie de acciones y omisiones estatales y sociales de carácter, precisamente, estructural (Clérico y Aldao, 2014).

Luego, respecto al control de convencionalidad que se debe realizar en casos en los que se vean vulnerados derechos fundamentales, observamos que solo la jueza de primera instancia ha realizado un control de convencionalidad riguroso, atendiendo el estado de vulnerabilidad de las comunidades indígenas en dos planos: en primer lugar, la vulneración responde a los efectos socioambientales que la megaminería puede provocar en las comunidades indígenas; y, en segundo lugar, el derecho a la CPLI de las comunidades indígenas se vulnera a raíz de la omisión en la que incurre el Poder Legislativo provincial respecto al tratamiento del proyecto de ley 128/20. La segunda conclusión a la que arribamos es que el STJ omite realizar un control de convencionalidad adecuado, es decir, en los términos del artículo 22 la Constitución provincial, que atienda las particularidades de los derechos vulnerados.

En esa línea de ideas, el fallo no solo dista mucho de un enfoque de desigualdad estructural e interdependiente que contemple la situación de vulnerabilidad, sino que también se aparta de su deber de aplicar las normas de DIDH con jerarquía superior a las leyes conforme el artículo 75 de la Constitución Nacional. Por ello, nuestra tercera conclusión es que, en el caso de análisis, el STJ aplica leyes locales de carácter procesal y elude la jerarquía constitucional del DIDH.

Por otro lado, llama la atención la ausencia completa de consideraciones acerca de normas del DIDH por parte del STJ. Como hemos señalado previamente, el alto tribunal se limita solo a mencionar las Reglas de Brasilia en la reseña del caso en análisis, sin utilizar dicha norma del DIDH en la cadena argumentativa de su decisorio. Además, cabe destacar que a lo largo de la sentencia se omite mencionar el Convenio 169 de la OIT, el cual fue invocado por las accionantes en todas sus presentaciones y por la jueza de primera instancia en los fundamentos de su sentencia. En este sentido, consideramos que, en este caso, el STJ toma una postura de indiferencia hacia el uso (los usos) del DIDH. Por ello, nuestra cuarta conclusión es que, ante la invocación del uso de los derechos humanos, el STJ hace una lectura restrictiva respecto de su uso y aplicabilidad.

Finalmente, una conclusión posible, aunque contingente y provisoria, lo que la convierte más en una apertura que una clausura del trabajo, es que el silencio, el no uso del DIDH por el STJ en el caso bajo estudio, puede ser explicado por la debilidad del sistema institucional de la provincia y las fuertes influencias del *lobby* minero y neoextractivista. Problemática que nos llevaría al campo de la independencia del Poder Judicial provincial, tema que se suele centrar hacia el interior de los tres poderes estatales, lo que es la influencia de los poderes políticos en el máximo tribunal provincial, pero es menos estudiado en relación con la independencia respecto de otros poderes, los *lobbies*, las presiones y las influencias de las empresas transnacionales y demás actores<sup>20</sup>centrales del modelo neoextractivista en las prácticas de gobierno.

---

<sup>20</sup>Agradecemos a Laura Clérico que nos haya sugerido considerar que el caso visibiliza y además es una forma de *state capture* como la analiza Cañete Alonso (2018). Con captura del Estado denomina “el ejercicio de influencia abusiva por una élite —en favor de sus intereses y prioridades y en detrimento del interés general— sobre el ciclo de políticas públicas y los organismos del Estado, con efectos potenciales en la desigualdad y en el correcto desempeño de la democracia” (Cortés e Itriago, 2018). El estudio detalla cómo la influencia que tienen las élites políticas y económicas sobre los Estados latinoamericanos contribuye al aumento de la pobreza y la desigualdad. Otro marco analítico potente es el que provee Mbembe (2011) con *gobierno privado indirecto*, concepto elaborado en el contexto del continente africano en los años 1990, centrado en tres dimensiones importantes: el régimen de violencia, de propiedad y el orden tributario, y a una escala global puede ser analizado como un movimiento histórico de las élites que aspira, en última instancia, a abolir lo político (Fernández-Savater et al., 2016).

## Referencias

Andreu-Guzmán, F. y Courtis, C. (2008). Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. En Ministerio Público de la Defensa y Defensoría General de la Nación, *Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia* (pp. 51-60). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29269.pdf>

Basterra, M. (2016). El plazo de caducidad en la acción de amparo. La normativa aplicable. *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, (211). <http://marcelabasterra.com.ar/wp-content/uploads/2016/07/EL-PLAZO-DE-CADUCIDAD-EN-LA-ACCIO%CC%81N-DE-AMPARO-RDAADC.pdf>

Bidart Campos, G. (2004). El derecho de la constitución y su fuerza normativa. Ediar.

Cañete Alonso, R. (2018). Democracias capturadas: el gobierno de unos pocos. Mecanismos de captura de la política fiscal por parte de las élites y su impacto en la desigualdad en América Latina y el Caribe (1990-2017). Oxfam y Clacso. <https://doi.org/10.21201/2018.3521>

Centro de Derechos Humanos UBA. (2019). Amicuscuriae: Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-derechos-humanos/pdf/2019-amicus-curiae-lhaka-honhat-clinica-juridica-cdh.pdf>

Clérico, L. y Aldao, M. (2021). Igualdad multidimensional (redistribución/reconocimiento/participación) para revisar la jurisprudencia de la Corte IDH sobre pueblos indígenas. En E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi y R. Flores Pantoja (Coords.), *El caso Lhaka Honhat vs. Argentina y las tendencias de su interamericanización* (pp. 53-92). Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Universidad Nacional Autónoma de México.

Clérico, L. y Novelli, C. (2021). Chapter 12: Argentina: strong linkage between IHRL and domestic law [Capítulo 12: Argentina: fuerte vinculación entre el DIDH y la legislación nacional]. En R. Grote, M. Morales Antoniazzi y D. Paris (Eds.), *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law* (pp. 248-271). Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781788971126.00020>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 11: Pueblos indígenas y tribales*. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>

Cortés, H. e Itriago, D. (2018). El fenómeno de la captura: desenmascarando el poder. Guía de análisis de la captura de políticas públicas y su efecto sobre la desigualdad. Oxfam Intermón.

Di Nicolo, C. A. (2018). Disputas por el territorio ante un proyecto minero en Campana Mahuida, Loncopué, Provincia de Neuquén. (*Enclave Comahue*). *Revista Patagónica De Estudios Sociales*, (24), 267–294. <https://revele.uncoma.edu.ar/index.php/revistadelafacultad/article/view/2116>

Fernández-Savater, A., Lapuente Tiana, P. y Varela, A. (2016, 17 de junio). Achille Mbembe: “Cuando el poder brutaliza el cuerpo, la resistencia asume una forma visceral”. *El Diario*. [https://www.eldiario.es/interferencias/achille-mbembe-brutaliza-resistencia-visceral\\_132\\_3941963.html](https://www.eldiario.es/interferencias/achille-mbembe-brutaliza-resistencia-visceral_132_3941963.html)

Ferrer Mac-Gregor, E. (2010). *Juicio de amparo y derecho procesal constitucional*. Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Comisión Nacional de Ejecución de la Reforma Procesal Penal y Fundación Institucionalidad y Justicia Inc.

Garavito, C. R. y Baquero Díaz, C. A. (2020). *Conflictos socioambientales en América Latina*. Siglo XXI editores.

Gil Domínguez, A. (2007). Inconstitucionalidad del plazo de caducidad del amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, (2007c), 1214-1225.

Gudynas, E. (2015). *Extractivismos: Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la Naturaleza*. Centro de Documentación e Información Boliviana y Centro Latino Americano de Ecología Social.

Hadad, M. G. (2020). La persistente amenaza del extractivismo minero. Actores y escenarios de resistencia en la Argentina actual. *Anuario De La Escuela De Historia*, (32). <https://doi.org/10.35305/ae.vi32.285>

Informe (2020). Fundamentos desarrollo productivo de la meseta. Noviembre. Recuperado el 10 de abril de 2023 de <https://lameseta.org/wp-content/uploads/2021/02/DPM-Nov-2020-Presentacion-para-Debate.pdf>

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (2015). *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010. Pueblos originarios*. <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-2-21-99>

Kunz, A. E. y Cardinaux, N. (2014). *Investigar en derecho*. Eudeba.

Mbembe, A. (2011). *Necropolítica seguido de Gobierno privado indirecto*. Melusina.

Mesa de Coordinación Técnica sobre Zonificación Minera del Centro Científico Tecnológico, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Centro Nacional Patagónico. (2021). *Informe: Zonificación minera en Chubut: una mirada interdisciplinaria*. <https://cenpat.conicet.gov.ar/wp-content/uploads/sites/91/2021/02/Informe-Mesa-Tecnica.pdf>

Murguía, D. I. (2020). Minería metalífera, impacto económico y conflictividad. Un análisis del proyecto minero de plata “navidad” en la Patagonia argentina. *Desarrollo y Sociedad*, (85), 193-232. <https://doi.org/10.13043/dys.85.5>

Nieto, A. (1975). La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo. *Revista de Administración Pública*, (76), 9-30. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/228681975076009.pdf>

Pan American Silver. (s. f.). *Navidad*. Recuperado el 10 de abril de 2023 de <https://www.panamericansilver.com/es/operations/exploration/navidad/>

Pesquero Bordón, J. (2021). Una nueva etapa del ciclo de conflicto social con contenido ambiental en la Argentina. *Anuario del Conflicto Social*, (12). <https://doi.org/10.1344/ACS2021.12.14>

Pragier, D., Novas, M. A. y Christel, L. (2022). Comunidades indígenas y extracción de litio en Argentina: jurificación y estrategias de acción. *Íconos-Revista de Ciencias Sociales*, (72), 79-96. <https://doi.org/10.17141/iconos.72.2022.5030>

Ramírez, S. (2015). Matriz Constitucional. Estado Intercultural y Derechos de los Pueblos Indígenas. Editorial Ad Hoc.

Ramírez, S. (2021). ¿Es el campo judicial un aspecto privilegiado para la lucha por los derechos indígenas en América latina? *Revista Jurídica Derecho*, 10(15), 193-208.  
[http://www.scielo.org/bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2413-28102021000200011&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org/bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102021000200011&lng=es&tlng=es)

Rodríguez Garavito, C. (2012). *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Dejusticia.  
<https://www.dejusticia.org/publication/etnicidad-gov-los-recursos-naturales-los-pueblos-indigenas-y-el-derecho-a-la-consulta-previa-en-los-campos-sociales-minados/>

Sagüés, N. P. (1991). Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo. Editorial Astrea.

Sautu, R., Boniolo, P., Dalle, P. y Elbert, R. (2005). Manual de Metodología. Construcción del marco teórico, formulación de objetivos y elección de metodología. Clacso.

Secretaría de Minería. (2021). *Plan Estratégico para el Desarrollo Minero Argentino. Enero*.  
<https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/memoria-viva-avance-2021.pdf>

Solá, R. S. (2020). Informe Pericial para Corte IDH, Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina. Resolución del presidente de la Corte Interamericana De Derechos Humanos del 08 de febrero de 2019), convoca a audiencia pública.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/lhaka\\_honhat\\_08\\_02\\_19.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/lhaka_honhat_08_02_19.pdf)

Swampa, M. (2019). *Las fronteras del neoextractivismo en América Latina: conflictos socioambientales, giro ecoterritorial y nuevas dependencias*. Centro Maria Sibylla Merian de Estudios Latinoamericanos Avanzados. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2f9xs4v>

Tiempo Judicial. (2021, 30 de agosto). *Chubut: la discusión por un proyecto de megaminería que llegará al Máximo Tribunal de Justicia*. <http://tiempojudicial.com/2021/08/30/chubut-polemica-por-un-proyecto-de-mineria-que-no-respeta-la-consulta-previa-libre-e-informada/>

UBACYT. (2021). Interpretación y adjudicación en derechos humanos en los Superiores Tribunales de Justicia Provinciales y de la CABA: las culturas judiciales en perspectiva comparada provincial. Dirigido por Laura Clérico y Nancy Cardinaux [Material de trabajo]. Proyecto UBACYT Código 20020190100313BA.  
[http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv\\_proyectos\\_vigentes\\_ubacyt\\_2020\\_clerico.php](http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv_proyectos_vigentes_ubacyt_2020_clerico.php)

Yrigoyen Fajardo, R. (2009). De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. En *El Derecho a la Consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los Pueblos indígenas* (pp. 11-54). Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. <https://doi.org/10.18542/amazonica.v1i2.294>

Zimmerman, S. (2014). Estándares internacionales de derechos humanos sobre el derecho indígena a la tierra y al territorio: un estudio sobre su contenido normativo y sobre el desarrollo de pautas para la creación de garantías de protección [Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires]. Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires.  
[http://repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsdlibin/library.cgi?a=d&c=posgrauba&cl=CL1&d=HWA\\_2302](http://repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsdlibin/library.cgi?a=d&c=posgrauba&cl=CL1&d=HWA_2302)

### Normativa

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*.

[https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

<http://www.saij.gob.ar/corte-interamericana-derechos-humanos-internacional-san-jose-costa-rica-opinion-consultiva-oc-18-03-17-septiembre-2003-serie-18-solicitante-estados-unidos-mexicanos-fa03570002-2003-09-17/123456789-200-0753-oots-eupmocsollaf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

<http://www.saij.gob.ar/corte-interamericana-derechos-humanos-internacional-san-jose-costa-rica-opinion-consultiva-oc-24-17-24-11-2017-serie-24-solicitante-republica-costa-rica-fa17570016-2017-11-24/123456789-610-0757-10ts-eupmocsollaf>

### Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn. Sentencia interlocutoria 19/21. Expediente Comunidad Mapuche Tehuelche Mallin de los Cual, y otras c/ provincia del Chubut s/ acción de amparo. 15 de junio de 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2020.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2001) Imbrogno, Ricardo c/ IOS. Fallos: 324:3076.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2001). Tartaroglu de Neto, Leonor c/ IOS s/ amparo. Fallos: 324:3074.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2006). Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro s/ amparo. Fallos: 329:4918.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2006). Yapura, Gloria Catalina c/ Nuevo Hospital El Milagro y provincia de Salta s/ recurso de hecho. Fallos: 341:929.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2014). Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses SA y otro s/ amparo. Fallos: 337:1361.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2015). Etchart, Fernando Martín c/ ANSES s/ amparos y sumarísimo. Fallos: 338:1092.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2018). Tejera, Valeria Fernanda c/ ANSES y otro s/ varios. Fallos: 341:274.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2019). López, María Teresa c/ Santa Cruz, provincia de y otros (Estado nacional) s/amparo ambiental. Fallos: 342:126.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2021). Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad. Fallos: 344:441.

Juzgado Laboral N° 1. Sentencia interlocutoria N° 37/2021. Comunidad Mapuche Tehuelche Mallin de los Cual, y otras c/ provincia del Chubut S/ acción de amparo. 14 mayo de 2021.

Juzgado Civil, Comercial y Laboral de Esquel. Sentencia Interlocutoria N° 193/2020. Ruiz, Mauricio y Otras c/ provincia del Chubut y otro s/ medidas Autosatisfactivas. 4 de febrero de 2021.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut. Sentencia Interlocutoria (SI) 0192/21. Expediente Comunidad Mapuche Tehuelche Mallin de los Cual y otras c/ provincia del Chubut s / acción de amparo. 19 de agosto de 2021.