



Boletín de Jurisprudencia
OCTUBRE 2024

DICTÁMENES E INFORMES DEL PROGRAMA SOBRE DIVERSIDAD CULTURAL DEL MPD

EN MATERIA PENAL



Índice

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 4 |
| 1. INFORME PARA EL CASO “QCF” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE NEUQUÉN N° 2 EL 23/11/2023 | 6 |
| 2. INFORME PARA EL CASO “TORRES” PRESENTADO ANTE LA SALA II DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE SALTA EL 24/8/2023. | 8 |
| 3. INFORME PARA EL CASO “BPA” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE TARTAGAL EL 24/4/2023 Y RESUELTO POR EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE SALTA EL 24/7/2023..... | 11 |
| 4. INFORME PARA EL CASO “TS” PRESENTADO ANTE EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 2 DE SALTA EL 17/3/2023..... | 13 |
| 5. DICTAMEN DEL CASO “NNS” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL N° 2 DE NEUQUÉN EL 22/12/2022..... | 16 |
| 6. DICTAMEN DEL CASO “FMA” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE JUJUY EL 24/10/2022. | 21 |
| 7. INFORME PARA EL CASO “AP” PRESENTADO ANTE EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 16 DE LA CAPITAL FEDERAL EL 3/10/2022. | 24 |
| 8. DICTAMEN DEL CASO “VNB” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE SALTA N° 1 EL 2/6/2022. | 27 |
| 9. DICTAMEN DEL CASO “ALC” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE FORMOSA N° 1 EL 12/8/2021 Y RESUELTO POR LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE RESISTENCIA. | 29 |
| 10. DICTAMEN DEL CASO “MP” PRESENTADO ANTE EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE BAHÍA BLANCA EL 6/11/2019..... | 33 |
| 11. DICTAMEN DEL CASO “HS” PRESENTADO ANTE EL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL ECONÓMICO N° 1 EL 26/6/2019..... | 35 |
| 12. DICTAMEN DEL CASO “LCM” PRESENTADO ANTE LA SALA II DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL EL 3/7/2018. CAUSA N° 11180/2017 RESUELTA EL 22/12/2017 (REGISTRO N° 1738/2017) Y EL 13/7/2018 (REGISTRO N° 957/2018)..... | 38 |
| 13. INFORME PARA EL CASO “FMF” PRESENTADO ANTE EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DEL CHACO EL 8/6/2018. | 40 |
| 14. INFORME PARA EL CASO “FM” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 19 EL 22/2/2018..... | 43 |
| 15. INFORME PARA EL CASO “RD” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 12 EL 17/10/2017 Y RESUELTO POR EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 2 EL 8/8/2018. | 46 |
| 16. INFORME PARA EL CASO “COMUNIDAD MAPUCHE RAQUITHUE” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE ZAPALA EL 19/9/2017..... | 47 |
| 17. DICTAMEN DEL CASO “MM” PRESENTADO ANTE EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N°4 DE SAN MARTÍN EL 13/7/2016..... | 49 |

| | |
|---|----|
| 18. DICTAMEN DEL CASO “RMB” PRESENTADO ANTE LA SALA VI DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES EL 17/5/2015..... | 55 |
| 19. DICTAMEN DEL CASO “VRS” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE ELDORADO EL 7/4/2015 Y RESUELTO POR LA SALA II DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL. | 60 |

INTRODUCCIÓN

Esta publicación presenta la producción de informes y dictámenes seleccionados y destacados del Programa sobre Diversidad Cultural (en adelante PSDC) de la Defensoría General de la Nación en los últimos años. El PSDC fue creado con la finalidad de “promover actividades orientadas a la defensa y protección de la diversidad cultural, brindando apoyo a los/as integrantes de este Ministerio Público [...]”, con especial referencia al “propósito de colaborar con la remoción de barreras estructurales y facilitar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas” (Res. DGN N° 1190/2008). De ese modo, el Programa viene desarrollando diversos aportes a la defensa pública en materia de derechos de los pueblos indígenas y diversidad cultural.

El marco jurídico nacional e internacional reconoce el derecho a la diversidad y a la identidad cultural, y establece la obligación del estado de arbitrar los medios necesarios para su garantía y cumplimiento. En nuestro país, a partir de la reforma constitucional hubo un cambio de paradigma en la temática con la inclusión del art. 75 incs. 17, 22 y 23, mientras que, en el ámbito internacional, un conjunto de instrumentos abordó específicamente la temática, como, el Convenio N° 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas de los PI y la Declaración Americana, las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Del mismo modo la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural sostiene que su defensa “es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos autóctonos” (art. 4)

Desde el MPD, se ha desarrollado una línea de trabajo en la temática y en el estudio “Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas” (MPD, 2010) en donde se visibilizó la importancia de que el sistema judicial adecue su actuación de modo respetuoso de la diversidad cultural cada vez que en un proceso judicial se involucren derechos de personas cuya identidad étnica lo requiera.

El Ministerio Público de la Defensa es una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral en casos individuales y colectivos, de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la Ley Orgánica N° 27.149. En este marco, el MPD promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad. De este modo, la actuación de la defensa pública oficial en su conjunto, se dirige a garantizar la defensa y el acceso a la justicia de quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad o padecen discriminación estructural, y promover la defensa o asistencia de estas personas y colectivos con especial consideración de la diversidad cultural.

Dada la especificidad de la temática y la necesidad de un abordaje integral, se han utilizado diversos mecanismos para incluir el enfoque de derechos correspondientes a esa perspectiva intercultural en las estrategias de defensa y, en cierto modo, garantizar un acceso a la justicia culturalmente adecuado a las personas asistidas. Una de las modalidades de apoyo a quienes integran el MPD es la elaboración de dictámenes técnicos jurídicos que el PSDC provee en el marco de actuaciones judiciales. Estos informes son elaborados a solicitud del o la Defensor/a Público/a, con el fin de aportar a la asistencia y/o patrocinio jurídico, en vías de garantizar el acceso a la justicia con enfoque de diversidad cultural, cuyo formato varía según el destino atribuido sea el del uso reservado o su presentación en el proceso

judicial. Esta última modalidad ha sido la más utilizada mediante la producción de un informe cuya metodología combina el aspecto jurídico, principalmente, con recursos etnográficos, trabajos de campo y de territorio, entrevistas, y de índole histórica, cultural y social en general, que concurren a brindar sustento a la argumentación de defensa de derechos de las personas asistidas. Su denominación varía entre dictámenes técnicos jurídicos e informes jurídico- culturales, según la amplitud de la metodología utilizada, sin que ello implique distinción alguna. La admisión de los tribunales siempre ha sido correcta, aunque pocas fueron las ocasiones en las cuales han sido expresamente invocados en sus decisiones judiciales, sin perjuicio que la producción de su sentido principal era la de colaborar y fortalecer la posición de la defensa.

En esta oportunidad, desde el PSDC realizamos una selección temática de esos dictámenes respecto de diferentes temas de intervención del MPD en materia penal para presentar sus voces y argumentos principales, y así facilitar su lectura, análisis y búsqueda de quien tenga interés en ello para una mejor y adecuada defensa.

Algunos de estos temas se vinculan con: adecuación cultural del proceso penal; medidas alternativas a la prisión preventiva; solución al conflicto penal con enfoque de diversidad cultural; valoraciones culturales en el proceso penal; derecho penal juvenil; pluralismo normativo; derecho a la protesta social y valor procesal del peritaje. También se abordan otras cuestiones transversales, como el rol del intérprete, el derecho a la consulta; salud comunitaria; entre otros. Todos estos aspectos, traídos en su conjunto, pueden configurar una mirada del acceso a la justicia culturalmente adecuado.

Para su aplicación e invocación será clave identificar estos aspectos como apoyo en la estrategia de defensa en los diversos casos en los que intervienen las defensorías, ya sea relativos a imputaciones tan variadas que van desde la usurpación a infracciones a la ley de drogas, con enfoques de derecho que recorren el de respeto por el uso tradicional de las tierras que ocupan, hasta la consulta y participación en los asuntos que les conciernen a los pueblos indígenas, con el planteo básico de la necesidad de respetar y reconocer sus derechos específicos en el mismo desarrollo del proceso judicial.

Asimismo, el presente documento se complementa con otro boletín que compila diversas intervenciones del PSDC en procesos civiles, comerciales y contencioso administrativos, con el propósito de visibilizar el trabajo que llevamos a cabo y las intervenciones en causas que involucran el acceso a la justicia de pueblos indígenas.

Nuestro anhelo es que este material sea un instrumento de apoyo técnico y de difusión de derechos, cumpla con la aspiración de serle útil para quienes integran el MPD, el sistema de administración de justicia y toda persona interesada en general, en procura de un servicio público de justicia adecuado al compromiso constitucional de reconocer y promover la condición culturalmente diversa y democrática, de nuestra sociedad.

Programa sobre Diversidad Cultural*
Defensoría General de la Nación

*Integrado por Sebastián Tedeschi, Javier Azzali, Paula Barberi y Bárbara Carlotto.

1. INFORME PARA EL CASO "QCF" PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE NEUQUÉN N° 2 EL 23/11/2023.

HECHOS

Tras un operativo de rescate en ámbito rural, fueron halladas varias personas en situación de vulnerabilidad. Por ese motivo, una persona de nacionalidad boliviana fue imputada por el delito de trata de personas con fines de explotación laboral. En ese contexto, la defensa de la persona solicitó al Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación que elaborara un dictamen técnico jurídico en relación a las condiciones necesarias para una defensa cultural.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Relación de trabajo. Costumbre. Organización internacional del trabajo (OIT).

"En relación a las posibilidades de una defensa cultural en el caso, existen condiciones necesarias para ello que merecen ser consideradas en forma previa. Ello así, ya que el solo hecho del involucramiento de personas pertenecientes, total o parcialmente, a una cultura indígena o campesina, no determina por sí la pertinencia de una defensa cultural en términos tradicionales (exculpantes, eximentes y atenuantes)¹.

En este sentido, hay que tener en consideración la necesidad de evitar extrapolar estructuras propias de pautas culturales del Altiplano para explicar relaciones laborales que tienen lugar en ámbitos en los que rigen reglas y pautas diferentes. Este sería el caso del funcionamiento de talleres textiles ubicados en la Ciudad de Buenos Aires, cuyas relaciones de explotación son propias de las relaciones de producción capitalistas, sustancialmente diferentes a las formas de producción social de las culturas andinas originarias".

"La base jurídica para una defensa cultural o adecuación cultural del proceso, exige el respeto a las pautas propias y al derecho consuetudinario con el límite de los derechos humanos fundamentales, la cual está principalmente dada por los artículos 8 y 12 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo –de jerarquía supralegal en términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional-, en especial cuando dice que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario".

2. Trata de personas. Interculturalidad. Diversidad cultural. Culpabilidad. Error culturalmente condicionado. Prueba de peritos. Peritaje antropológico. Defensa cultural.

"En los casos de imputación por el delito de trata de personas, se exige rigurosidad para dar por configurada las condiciones para sostener una defensa cultural, sino, hasta tanto, correspondería descartar el uso directo de la diversidad cultural étnica como causal de exculpación en el ámbito de la culpabilidad (por error de prohibición o de comprensión culturalmente condicionado). Precisemos que el delito culturalmente motivado es aquella conducta subsumida en la norma penal, cuya motivación

¹ Castillo Ara, A. La Ponderación obligatoria de las valoraciones culturales. Un análisis comparado entre Chile, Estados Unidos y Alemania". Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, N°2, diciembre, 2014.

subjetiva por parte del infractor se encuentra en los valores y parámetros de la cultura a la que pertenece –de pueblo indígena o minoría étnica–, en virtud de los cuales se presenta como legitimada y exenta de responsabilidad penal.

Sin embargo, no es posible eludir u omitir la ponderación del contexto cultural y social existente, dando lugar, más que a una defensa cultural, a proponer una adecuación cultural del proceso y considerar las pautas culturales y valores propios del grupo social, para la comprensión y determinación de la significación del caso. En el caso concreto, sería posible ameritar la pertinencia de solicitar la producción de una prueba antropológica, por medio de un peritaje judicial², así como también, la del uso de intérpretes de lengua Quechua, designados por el tribunal, para garantizar la libre expresión de los imputados, testigos y víctimas. Para discernir esta cuestión es necesario atender las particularidades de cada caso en concreto, de acuerdo a las circunstancias de hecho, culturales y de prueba que se hayan acreditado en el proceso, así como en las manifestaciones de voluntad expresada por las partes, en particular las víctimas, ya que éstas en el caso traído a análisis, también pertenecen a la misma cultura.

La pertinencia de la producción de un peritaje antropológico, ordenado judicialmente y a cargo del juzgado, podría tener la finalidad de dilucidar acerca del conocimiento de la antijuridicidad, respecto del conocimiento, comprensión e internalización de la norma penal imputada, sea para afirmar el error de prohibición culturalmente condicionado, que permita plantear una defensa cultural, con base en la existencia de una cosmovisión valorativa diferenciada por parte de quien comete el delito.

También, resulta de importancia la consulta directa o indirecta, con asociaciones de migrantes bolivianos de la zona, a fin de recabar su opinión respecto de la situación general y, si es posible, del caso en particular. Esta es una condición para el ejercicio de una defensa cultural, dado que, si aquellas están en desacuerdo, afectarían la verosimilitud del planteo”.

² El peritaje antropológico judicial es para la ponderación de aspectos culturales propios del grupo social al cual pertenecen las personas involucradas, su contexto social y trayectorias de vida, individual y familiar, para una más adecuada comprensión del caso.

2. INFORME PARA EL CASO “TORRES” PRESENTADO ANTE LA SALA II DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE SALTA EL 24/8/2023.

HECHOS

Una persona había ingresado al territorio argentino a través de un paso no habilitado con paquetes de hojas de coca. Ante esta situación, se secuestraron los paquetes y fue imputado por el delito de contrabando de importación de mercadería en grado de tentativa. El tribunal interviniente lo condenó por esos hechos. Para decidir de esa manera, tomó en cuenta el valor de mercado de las hojas secuestradas. Su defensa interpuso un recurso de apelación contra la decisión. En su presentación, sostuvo que las hojas de coca no son una mercadería comercializable y, por ende, no se debía tener en cuenta su valor en plaza. En ese sentido, explicó que el valor establecido por la AFIP no superaba la condición objetiva de punibilidad requerida por el artículo 947 del Código Aduanero para ser considerado delito. Por ese motivo, solicitó el sobreseimiento de su asistido. Por su parte, el Programa sobre Diversidad Cultural realizó un informe para colaborar con la defensa.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Costumbre. Diversidad cultural. Interculturalidad. Acceso a la justicia.

“La costumbre de mascar hojas de coca es un hábito ancestral y tradicional de la región andina de Sudamérica, que se ha extendido a las grandes ciudades y aglomerados urbanos, por causa de la migración sistemática a lo largo del tiempo, y consiste en colocarse un pequeño bolo de hojas de coca en la boca, con el fin de mascar y extraer el jugo o masticar, durante un tiempo. Es una costumbre que recibe la denominación, proveniente del idioma quechua, de acullico, chacchado, akulliku, acuyico acusi, pijcho, o simplemente mascada.

Para la población de raíz indígena andina –tanto la allí radicada como la establecida en otros lugares por razones de migración, como en el Gran Buenos Aires–, el acullico tiene significado económico y de integración y relacionamiento social, y de identidad cultural. En nuestro país, por ejemplo, existen las bebidas de té y mate de coca. También, las hojas de coca son objeto de comercialización y hasta de trueque, por su valor alimenticio; pero, especialmente, el acullico es un comportamiento presente en múltiples eventos sociales cuyo significado cultural varía según los ámbitos de relaciones interpersonales.

Las hojas de coca tienen uso en la medicina tradicional, con fin terapéutico de aliviar la fatiga y aumentar la energía, contras las molestias gastrointestinales, reumatismos, dolores de garganta y cabeza, etc. Las observaciones de la Comisión, comparadas con la definición precedente, demuestran que la masticación de las hojas de coca no constituye una toxicomanía, sino un hábito³.

Nuestro país es una sociedad con una diversidad étnica y cultural que obliga a una adecuación de sus criterios jurídicos y estrategias de intervención judicial, respetuosa de los derechos de las personas de acuerdo a sus pautas culturales.

³ Informe de la Comisión de Estudio de las hojas de Coca, Naciones Unidas. (1950), pág. 99.

El uso de hojas de coca es una práctica de diversidad étnica cultural, que exige una respuesta adecuada de la administración de justicia respetuosa del acceso a la justicia intercultural, y, por ende, la formulación de una estrategia de defensa de los derechos con este enfoque”.

2. Estupefacientes. Consumo personal de estupefacientes. Tenencia de estupefacientes. Tipicidad. Pueblos indígenas. Costumbre.

“El consumo de hoja coca en forma de acullico no está penalizado y no es considerado como consumo de estupefacientes. El artículo 15 de la Ley 23737 dispone: ‘La tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural, destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupefacientes’. El artículo 77 del Código Penal dispone que el término ‘estupefacientes’ comprenden los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional. En esta lista se encuentra incluida la sustancia con el nombre ‘coca’ y la denominación química ‘Hojas de Erytronxylon coca’.

El vegetal en cuestión, molido seco y preparado en la forma indicada no puede ser considerado sustancia estupefaciente, desde que no produce dependencia física o psíquica, como requiere el arto 10 de la ley 20.771’ (1/12/88, ‘Estrín, Ricardo E. y otros’ F: 311:2540). También se ha dicho que la hoja de coca en su estado natural no es estupefaciente, pues no produce daño alguno a la salud, no trae aparejada dependencia alguna y tampoco puede calificarse como vicio (CFedSalta, ‘Coronel, José’, 1995)”.

“La Cámara Criminal y Correccional Federal N°2 de Buenos Aires (Sala II), revocó el procesamiento dictado, ya que

ambos imputados aseveraron que las hojas de coca en estado natural estaban destinadas a la práctica del coqueo o masticación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la ley 23.737. En este marco, cabe concluir que la versión de los hechos postulada por la defensa -en tanto refiere a los sucesos puntuales discutidos en esta incidencia- no ha sido desvirtuada a través de los elementos de prueba obrantes en el sumario principal⁴.

Benito Espíndola, abogado y miembro de la Organización de Comunidades de Pueblos Originarios (ORCOPO), dijo: ‘La hoja de coca no es delito. Con la detención de Z.D, J. L, se criminalizó una de las costumbres ancestrales de los pueblos originarios. Los tratados internacionales nos defienden, incluso está amparado en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución. En Buenos Aires se coquea porque llevamos nuestra cultura a todos lados’⁵.

También, en otro caso, se ha sostenido que las hojas de coca tenían ‘el destino de la venta fraccionada para práctica de coqueo o masticación, o para ser empleada como infusión; extremo que obliga a

⁴ Expte. Nro. 14084/2018, “Zurita Delgadillo”.

⁵ Disponible en sitio: <https://www.agendaabierta.com.ar/2018/10/mascar-coca-no-es-delito/>. También, entrevista personal realizada por el Programa sobre Diversidad Cultural DGN.

descartar cualquier otra intencionalidad que pudiera vincularse con la cadena de narcotráfico', en los términos del art. 15 de la Ley 23.737...".

En el Congreso de la Nación se han presentado, sin que obtuvieran tratamiento en el recinto, proyectos para validar la práctica del coqueo. En uno de esto, se proponía modificar el artículo 15 de la ley 23.737 de la siguiente manera: 'La tenencia o consumo de hojas de coca en su estado natural destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupefacientes. Autorízase la importación, distribución y comercialización de hojas de coca en su estado natural, destinadas a la práctica del coqueo o masticación y a su empleo como infusión".

3. INFORME PARA EL CASO “BPA” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE TARTAGAL EL 24/4/2023 Y RESUELTO POR EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE SALTA EL 24/7/2023.

Para profundizar sobre el acceso a la justicia culturalmente adecuado, véase el [dictamen del caso “BO S.A.”](#).

HECHOS

Personal de Gendarmería Nacional realizó un control rutinario a un colectivo de larga distancia. En ese momento, encontró en la mochila de un joven ocho paquetes envueltos en papel film. Se realizó una prueba de narcotest que dio positivo para *cannabis sativa*. El pasajero era residente en una comunidad indígena wichi y se le imputó el delito de transporte de estupefacientes. El Programa sobre Diversidad Cultural aportó un dictamen a fin de colaborar con la defensa del imputado. Entre otras cuestiones, explicó que el joven tenía una doble vulnerabilidad por ser de una comunidad indígena del interior del país que es campesina o rural y por la situación de pobreza en la que se encontraba. Además, indicó que el acusado registraba muchas características de pertenencia étnica y tenía una participación activa en la comunidad. En ese sentido, informó que las personas indígenas tienen sentido de responsabilidad comunitaria y que era posible que el joven se sintiera responsable por su comportamiento hacia la comunidad. Por esa razón, argumentó que debía considerarse, al momento de poner una sanción, que no fuera de encierro ya que traería un daño mayor por la ruptura con los lazos comunitarios.

En la etapa de juicio oral, la defensa sostuvo que debido a la adicción de su asistido y su pertenencia a una minoría étnica lo colocaba en una condición de vulnerabilidad. Por ese motivo, solicitó el cambio de calificación al de tenencia simple de estupefacientes y, en subsidio, al de tenencia para consumo personal. Asimismo, solicitó la perforación del mínimo de la pena en caso de que fuera condenado.

ARGUMENTOS

1. Pobreza. Pueblos indígenas. Prueba. Informes. Prueba de peritos. Interculturalidad. Acceso a la justicia.

“La existencia de una cultura diferente a la hegemónica de la sociedad nacional, opera como condicionamiento del sentido otorgado por la propia persona, a su comportamiento objeto de estudio en el juicio. La internalización de pautas de responsabilidad y cuidado directo del grupo familiar, la posición de subordinación en el ámbito de las relaciones sociales característica de los grupos y colectivos culturalmente de origen indígena y campesino, operan como condicionamientos de las decisiones de conducta, por lo que, a los fines de valorarla, corresponde tenerlos en especial consideración. Esto se profundiza aún más al considerar la situación de necesidad económica, el recorrido laboral en los márgenes del mercado en la informalidad y precariedad.

En relación a la pobreza, por esta se entiende como un fenómeno social, económico y cultural, en el cual las personas y las familias, se encuentran privadas de medios y oportunidades esenciales por diferentes causas y motivos. Tal situación se manifiesta en la falta de ingresos y de recursos productivos suficientes para garantizar condiciones de vida sostenibles; en el desempleo o la precaria inserción laboral; en el hambre, la desnutrición y la mala salud; en la falta de acceso o el acceso limitado a la

educación; en la carencia de vivienda o la vivienda inadecuada; en la falta de seguridad; y en la discriminación, entre otras manifestaciones.

El cuadro que brindan los informes citados (por referencia a Informes de la Lic. en Psicología, Mónica Jarruz y el Lic. en Trabajo Social, Alejandro Corona, del MPD) aportan al proceso valiosos registros étnicos propios, que concurren a confirmar la identidad étnica específica del joven B. Esta debe ser tenida en cuenta al momento de valorar la conducta objeto de juicio, así como la deriva del proceso penal, de acuerdo a sus fines de resocialización, de realización del bien común y de la justicia”.

“La pertenencia étnica del joven B. implica, en el caso, la necesidad de una interpretación jurídica con enfoque intercultural, para garantizar el adecuado acceso a la justicia, en los términos y fundamento normativo señalados (Art. 34 del CP; arts. 8, 9 y 10 del Convenio N° 169 de la OIT, arts. 75 inc. 17, 19 y 22 de la Constitución Nacional; las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad)”.

“En estos casos, el proceso penal debe adecuarse a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, de jerarquía suprallegal, en cuanto en su artículo 8 dispone que: Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Mientras, el artículo 9 inc. 2 establece que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres. Entre las que cabe enunciar principalmente el respeto a la identidad cultural étnica y a la diversidad cultural.

También, el mismo Convenio N° 169 de la OIT, en su artículo 10 dispone: 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

4. INFORME PARA EL CASO “TS” PRESENTADO ANTE EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 2 DE SALTA EL 17/3/2023.

HECHOS

Una mujer migrante, originaria de una comunidad campesina del Estado Plurinacional de Bolivia, analfabeta, de escasos recursos económicos sufrió violencia física y económica por parte de su pareja y quedó a cargo de sus cuatro hijos. En ese contexto, viajó en un colectivo de larga distancia de Jujuy a Buenos Aires. Al arribar a un control de Gendarmería Nacional, personal de la fuerza de seguridad constató que la mujer llevaba una bolsa plástica transparente que contenía un acolchado y dentro había dos paquetes de clorhidrato de cocaína. Por ese hecho, fue imputada por el delito de transporte de estupefacientes. En la etapa de juicio oral, la defensa presentó informes psicológico y social, además de un dictamen técnico jurídico elaborado por el Programa. Así, alegó acerca de la falta de responsabilidad de su representada, por haberse encontrado condicionada por su extrema vulnerabilidad, por motivos de pobreza, género y étnicos.

ARGUMENTOS

1. Estupefacientes. Detención de personas. Género. Violencia de género. Migrantes. Costumbre. Idioma. Informes. Diversidad cultural. Vulnerabilidad.

“La Sra. T. pertenece a una cultura diferente a la predominante en el ámbito urbano de Argentina. Su cultura está configurada por su origen campesino, del interior de la República de Bolivia, con una familia hablante de la lengua quechua como idioma madre, su trayectoria migrante interna (del campo a la periferia de la ciudad de Cochabamba y de ahí a la zona del Gran Buenos Aires). Los usos y costumbres de su cultura de origen se manifiestan en actividades como las contadas en el Informe Social: ‘en su infancia pastaba ovejas, cocinaba, padecieron falta de alimentos, por lo que desde pequeños trabajaban para otras personas, a fin de llevar alimentos al hogar’.

El condicionamiento cultural se da a partir de observar la existencia de pautas y valores propios de su sociabilización, la distancia cultural y simbólica entre el acervo cultural de la Sra. T. (campesina, comunitaria y étnicamente diferenciada), respecto de la cultura urbana y occidental. Tal diferencia cultural opera como condicionamiento del sentido otorgado por la propia Sra. T., a su comportamiento objeto de estudio en el juicio, con motivo de la internalización de pautas de responsabilidad y cuidado directo del grupo familiar, la posición de subordinación en el ámbito de las relaciones sociales característica de los grupos y colectivos culturalmente diferenciados de origen campesino frente a lo urbano. Esto se profundiza aún más al considerar su condición de quechuahablante y de falta de comprensión de lectoescritura, lo cual evidencia una distancia cultural y simbólica que, en situación de necesidad económica extrema, opera como un fuerte condicionamiento de las decisiones de conducta. El mencionado informe social refiere su habla con modismos y conceptos propios de su cultura, el cual combina palabras originarias del idioma quechua con palabras del español, sin alcanzar fluidez. [...] Ella no puede ser considerada una mujer integrada a la cultura occidental hegemónica, sino más bien alguien con una cultura propia, de origen quechua, campesino, de economía familiar de subsistencia y en situación de pobreza y precariedad, sin escolarización, analfabeta, sin trabajo, mujer víctima de violencia de género y de una relación patriarcal, con una cosmovisión específica y diferenciada, la cual

impide realizar una valoración igual a quien estuviera plenamente integrada. Más aún al tratarse de un reproche jurídico penal.

Se manifiesta una situación de vulneración por motivos de género, por la relación de dependencia con el ex marido (padre de sus hijos), caracterizada por hechos de violencia física y psicológica, sostenida por presión familiar y comunitaria. El desprecio comunitario y el reproche del padre, debe ser interpretado como una forma de sanción ante el eventual incumplimiento de la regla de subordinación de la mujer. Se trata entonces de alguien que ha venido padeciendo desde muy niña, la opresión de varones, víctima de violencia de género de su pareja (padre de sus hijos y sujeto de obligaciones alimentarias básicas incumplidas), y de una relación patriarcal, desde sus vínculos familiares y comunitarios.

La circunstancia de mujeres encarceladas por delitos vinculados al comercio de drogas en zonas de frontera, es algo que ocurre con habitualidad, así como la pertenencia de aquellas a los sectores más pobres y vulnerables de la sociedad”.

2. Tráfico de estupefacientes. Culpabilidad. Pobreza. Género. Discriminación racial. Vulnerabilidad. DESC.

“En relación a la pobreza, por esta se entiende como un fenómeno social, económico y cultural, en el cual las personas y las familias, se encuentran privadas de medios y oportunidades esenciales por diferentes causas y motivos. Tal situación se manifiesta en la falta de ingresos y de recursos productivos suficientes para garantizar condiciones de vida sostenibles; en el desempleo o la precaria inserción laboral; en el hambre, la desnutrición y la mala salud; en la falta de acceso o el acceso limitado a la educación; en la carencia de vivienda o la vivienda inadecuada; en la falta de seguridad; y en la discriminación, entre otras manifestaciones. En el presente caso que se trae a juicio, todas esas circunstancias están descritas en los informes sociales elaborados por el cuerpo de especialistas de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia del Departamento de Cochabamba, Bolivia, incorporado al debate.

Al mismo tiempo, contribuye a comprender, el fenómeno que se denomina ‘feminización de la pobreza’, con la que se denota al hecho que hombres y mujeres sufren la pobreza de manera diferente. El género es un factor que incide y aumenta las posibilidades de padecerla, a partir de la desigualdad en las oportunidades dentro de la división del trabajo por sexo, para acceder a los recursos materiales y sociales.

La situación de especial vulnerabilidad que presenta la Sra. T., lo cual se extiende a todo su grupo familiar, a lo largo de su recorrido de vida, la coloca en una posición de subordinación social que la torna fácil presa de poderosos intereses de las bandas del delito internacional, como lo es el tráfico de drogas.

El Comité instó a los Estados a evaluar y vigilar la discriminación racial de las mujeres, así como las desventajas, obstáculos y dificultades por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico con que tropiezan para ejercer y disfrutar plenamente de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (Comité contra la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación general

Nº XXV relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género. 56º período de sesiones, 2000).

La múltiple situación de especial vulnerabilidad de la Sra. T., padecida a lo largo de su historia de vida, es un muy fuerte condicionamiento (por motivos culturales, de género y pobreza) de su comportamiento, por lo cual, cualquier reproche penal que se formule debe considerarla, sea para su eximición total de culpabilidad, o parcial, o bien para disponer una sanción penal alternativa del encierro, contemplativa de la situación de sus hijos en la República de Bolivia, de acuerdo a la normativa existente (Art. 34 del CP; Arts. 8, 9 y 10 del Convenio N° 169 de la OIT, arts. 75 inc. 17, 19 y 22 de la Constitución Nacional; las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”).

5. DICTAMEN DEL CASO “NNS” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL N° 2 DE NEUQUÉN EL 22/12/2022.

Para profundizar sobre el derecho a la consulta y participación indígena, véase el [dictamen del caso “Comunidad Mapuche A.”](#).

HECHOS

Los días 21 y 22 de junio de 2017, personal de la Gendarmería Nacional se constituyó sin orden de autoridad competente en dos entradas del territorio de la Comunidad Campo Maripe e interrumpió su paso. Por ese motivo, la comunidad interpuso un *habeas corpus*. En particular, sostuvo que existía una amenaza a su libertad física y de circulación. Al celebrarse la audiencia, los representantes de la Gendarmería expusieron que habían concurrido al lugar a requerimiento de YPF, en los términos de los artículos 183 y 184 del Código Procesal Penal de la Nación. En esa dirección, indicaron que su propósito consistía en el resguardo de las labores petroleras. Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal se expidió de manera favorable a la acción. El juzgado rechazó la presentación y sostuvo que el acto denunciado carecía de entidad suficiente para generar una afectación a los derechos tutelados en el artículo 3, inciso 1º, de la ley N° 23.098. Contra esa decisión, la fiscalía y la defensa interpusieron recursos de casación. Finalmente, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca admitió las impugnaciones e hizo lugar a la acción de *habeas corpus*. Además, ordenó a la Gendarmería Nacional que se abstuviera de intervenir, sin orden escrita emanada de autoridad competente, dentro del territorio ocupado por la población Lof Campo Maripe. En el marco de una causa penal iniciada por la comunidad mapuche víctima del allanamiento sin orden judicial, el Programa elaboró un dictamen técnico jurídico, para la Defensoría Pública Oficial de Víctima.

ARGUMENTOS

1. Propiedad comunitaria. Pueblos indígenas. Personas jurídicas. Interpretación de la ley.

“A lo largo de los últimos años fueron varias las sentencias favorables que contemplaron el derecho a la propiedad comunitaria. A modo de ejemplo, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro invocó la aplicación de la Ley N° 26.160 y sus alcances para resolver el conflicto planteado, en el cual clasificó a la ley como una medida de carácter procesal para la protección y el reconocimiento de los derechos territoriales...”.

“El Decreto 1122/2007, del Poder Ejecutivo Nacional, de reglamentación de la Ley Nacional N° 26.160, precisa que la emergencia declarada alcanza a todas las comunidades originarias del país, tanto a las inscriptas en registros de personerías jurídicas como a las preexistentes. Se define como preexistentes, a las comunidades pertenecientes a un pueblo indígena preexistente haya o no registrado su personería jurídica en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.C.I.) u organismo provincial competente. Para su implementación, el INAI creó, con consulta de los Consejos de Participación Indígena de las diferentes regiones del país, el Programa Nacional Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas, en el cual, entre otros temas y en lo que es de relevancia para este Dictamen, precisa el concepto de ocupación tradicional, actual y pública del territorio comunitario.

En relación a la posesión indígena de la tierra, se entendió que es sensiblemente distinta a la regulada por el Código Civil. La ocupación se manifiesta de manera diferente y no siempre es evidente por el modo cultural de producción que no incluye, como ocurre en las sociedades de tecnología compleja, la práctica de transformación masiva de la naturaleza. A pesar de la sutileza con que aparecen los signos de la posesión, los sitios de asentamiento periódico, las aguadas, los pozos, los territorios de caza, las zonas de recolección o de pesca, los casi imperceptibles cementerios, etc. están marcados de forma indeleble en la memoria histórica de los pueblos indígenas. Esa memoria histórica, indisoluble de la geografía, es la principal señal de posesión tradicional, que ahora posee rango constitucional, y que el Estado debe respetar en sus políticas de tierras. Esta misma concepción es la asumida por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) para la implementación de los relevamientos territoriales de la Ley N° 26.160 en el Programa del RETECI⁶. El levantamiento de información territorial se produce por la participación directa y activa de las personas y familias integrantes de las comunidades. El INAI sostiene que en la actualidad las comunidades indígenas conservan porciones de tierra en áreas que fueron parte de sus territorios ancestrales. Las poseen como propiedad constituida en base al derecho del Estado-Nación y en muchos casos como ocupantes de terrenos sin título vigente, encontrándose una gran cantidad de hectáreas de tierras inscriptas a nombre de particulares o del fisco.

También, que los territorios tradicionales constituyen una categoría que da cuenta de los espacios habitados por pueblos indígenas o una parte de éstos, que poseen por característica encontrarse delimitados por hitos geográficos reconocidos socialmente por una o más agrupaciones de una misma etnia o de otra distinta. Estos territorios son valorizados por los pueblos indígenas, al asignarles un contenido político, económico, social, cultural y religioso. Para esto, sostiene el INAI, es de especial relevancia la organización social del espacio en base a las relaciones de parentesco, es decir, la pertenencia de los linajes al uso y aprovechamiento de territorios, determinados por la tradición y la herencia, que es reconocida por el conjunto de la comunidad. La delimitación de sus límites y fronteras requiere de la consideración integrada de todos sus múltiples aspectos: político, económico, social, cultural y religioso.

En ocasión de expresar los fundamentos para el proyecto que luego se convertiría en la Ley N° 26.160, ante el Senado de la Nación, se afirmó que cuando el art. 75 inc. 17 de la CN refiere al ‘reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria de la tierra que tradicionalmente ocupan’, el Estado asume una realidad fáctica a la que otorga derechos de envergadura constitucional⁷’.

2. Pueblos indígenas. Propiedad comunitaria. Personas jurídicas.

“La ocupación tradicional del territorio se fundamenta en la cosmovisión propia e identidad cultural del pueblo Mapuche, la cual se explica brevemente, en la reseña del Estatuto social presentado para el otorgamiento de la personería jurídica provincial. De ello surge la relación inherente entre el ejercicio del derecho al territorio con el desarrollo y la supervivencia cultural de la comunidad.

⁶ Recuperado del sitio: <https://www.desarrollosocial.gob.ar/wp-content/uploads/2015/08/4.Relevamiento-territorial-de-comunidades-ind--genas.pdf>.

⁷ Proyecto de ley Nro. de expediente S-1599/06. Recuperado del sitio: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1599.06/S/PL>.

En ese Estatuto se expresa que la tierra, no es sólo el suelo, sino que responde a una cosmovisión propia, a una manera de habitar, de acuerdo a una forma de organización y al sistema de propiedad comunitarias: ruka, casa; eltuwe, cementerio; lefun o gejuwuwe, espacio de expresión filosófico; paliwe, espacio de recreación; con base en el derecho propio o consuetudinario de la comunidad.

El carácter tradicional de la ocupación del territorio se manifiesta en actos y actividades demostrativos como las prácticas pastoriles, el tipo de construcción tradicional de corrales, viviendas y puestos, a modo de ejemplos de un uso colectivo de espacios y recursos vitales para la reproducción cultural y social de las familias comuneras. Todas estas actividades revisten el carácter de actos posesorios, o manifestaciones concretas de la evidencia de la propiedad comunitaria indígena, cuya delimitación espacial es la de los mapas aportados en el Informe Histórico Antropológico, sin necesidad de su inscripción registral para su configuración como tales. En este sentido, rige el principio de base constitucional, que establece el carácter declarativo y no constitutivo de cualquier inscripción estatal, aunque las comunidades tengan el derecho a solicitarla”.

3. Pueblos indígenas. Prueba. Informes. Informe pericial.

“[C]abe realizar consideraciones respecto del valor procesal del Informe Histórico Antropológico. Este tipo de informes (vg. informes culturales, peritajes antropológicos, etc.) surgen de la necesidad, en el proceso judicial, de conocer la realidad, cosmovisión, valores y reglas que componen y explican la actuación de las personas y comunidades pertenecientes a pueblos indígenas, las cuales difieren, en mayor o menor medida según el caso, de la visión y cultura de las personas encargadas de la administración de justicia. Este tipo de informes se encuentra ampliamente aceptados, en el país y en la región.

Se ha dicho que el peritaje cultural es un medio de prueba que sirve como puente entre la forma de entender la realidad de lo que ocurre y se interpreta en el Poder Judicial y por la persona indígena en un proceso judicial. Por ende, las partes procesales razonan y argumentan respondiendo a patrones culturales e ideológicos del mundo occidental, situación que dificulta comprender la forma de conocer y de percibir una escala de valores que se rige por una cosmovisión propia del pueblo y el territorio al que pertenece la persona o un grupo de personas indígenas⁸.

También que, ‘su función es analizar los hechos dentro del marco cultural indígena y aportar los elementos de juicio para la persona juzgadora’⁹. En el sistema interamericano de derechos humanos, ha sido utilizado en numerosas oportunidades, como medio de prueba de importancia para conocer la cultura indígena acerca de la modalidad de uso y ocupación del territorio¹⁰”.

4. Contaminación. Hidrocarburos. Pueblos indígenas. Derecho a un medio ambiente sano. Reparación. Consulta previa. Carga de la prueba. Responsabilidad del Estado.

⁸ Guía para facilitar el Acceso a la Justicia de las personas usuarias indígenas en la Defensa Pública: Peritajes culturales/ Ligia Jiménez Zamora – 1ª. ed. –San José, C.R.: Poder Judicial, p. 7.

⁹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2010). Acceso a la Justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión. San José, Costa Rica, p. 8.

¹⁰ Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay Sentencia del 17 de junio de 2005 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 121.

“En el caso, la actividad hidrocarburífera ha provocado graves problemas de contaminación ambiental. Se ha informado acerca de la explosión de un pozo y varios derrames, movimientos de suelos, contaminación de agua, mortandad de animales por caída a pozos, beber agua contaminada o pastorear en zonas con gran movimiento vehicular. En este marco, corresponde especialmente considerar que los derechos de los pueblos indígenas constituyen una importante contribución al crecimiento armónico y progresivo del país, sin que sea contradictorio con lo otro. Más bien, la actividad hidrocarburífera, al igual que cualquier otra actividad de corte económico y productivo, debe realizarse con respeto a los derechos fundamentales. Ello ha sido reconocido por la asamblea constituyente de 1994, al consagrar la necesidad de una reparación histórica a favor de aquellos, de la regulación de sus derechos constitucionales, así como también de parte del Honorable Congreso de la Nación mediante la incorporación al sistema normativo argentino del Convenio N° 169 de la OIT, la declaración de interés nacional de las comunidades indígenas (Ley N° 23.302) y la de emergencia pública respecto de sus tierras (Ley N° 26.160).

En esta materia, el derecho a la consulta y participación ha sido expresamente regulado. La Corte IDH ha dicho que, para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. La carga probatoria es deber del Estado, y no de los pueblos indígenas, para demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas (Caso Sarayaku vs. Ecuador, 27/06/2012, párr. 177).

En el caso Lhaka Honat vs. Argentina, la Corte IDH respecto de la condición de víctima en casos de comunidades indígenas, relacionó la protección del derecho al territorio, con la de los derechos a la identidad cultural, a la consulta previa, al medio ambiente sano, a la alimentación y el acceso al agua.

En relación a la consulta previa, la Corte IDH dispuso que el Estado debe abstenerse de realizar actos, obras o emprendimientos sobre el territorio indígena que puedan afectar su existencia, valor, uso o goce por parte de las comunidades víctimas, u ordenar, requerir, autorizar, tolerar o consentir que terceros lo hagan. En caso de realizarse alguno de los actos indicados, debe estar precedido, según corresponda, de la provisión de información a las comunidades indígenas víctimas, así como de la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas, de acuerdo a pautas señaladas por la Corte en la presente Sentencia (supra párrs. 174 y 175)”¹¹.

5. Pueblos indígenas. Propiedad comunitaria. Consulta previa. Fuerzas de seguridad. Hostigamiento.

“El derecho a la consulta y participación indígena se extiende también al ámbito procesal penal, con mayor estrictez en el supuesto de habilitación de ingreso de fuerzas de seguridad al territorio comunitario.

¹¹ Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Sentencia del 6 de febrero de 2020. Fondo, Reparaciones y Costas. Par. 328.

En el caso Comunidad Lof Campo Maripe (Loma de Campana), la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, el 22/12/2017, convalidó el procedimiento de Hábeas Corpus para garantizar la libertad e integridad física en relación a los derechos de los pueblos indígenas, como el del territorio. Allí, ese Tribunal sostuvo:

‘En sentido concordante, la constante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la obligación de los Estados de delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de territorio a los miembros de diversas comunidades del continente y, hasta tanto ello no se llevara a cabo, existe el deber de abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros –actuando con consentimiento o tolerancia del Estado– puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tiene derecho la comunidad’ (voto del juez Slokar al que adhirieron los jueces Figueroa y Hornos).

‘La falencia de procedimiento señalada no resulta menor, habida cuenta del contexto de vulnerabilidad en el que se encuentran los miembros de la comunidad de pueblos originarios debido a su condición y de la especial naturaleza de los tópicos planteados, en virtud de los compromisos asumidos por el Estado Argentino ante la comunidad internacional’ (voto concurrente de la jueza Figueroa).

También, corresponde tener en consideración el caso Medida Cautelar No. 404-10 Miembros de la Comunidad Indígena Qom Navogoh ‘La Primavera’ de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). El proceso cautelar tuvo como base las solicitudes realizadas por ese organismo al Estado argentino en torno a la protección de la vida e integridad física de los miembros de la comunidad indígena, frente a ‘amenazas, agresiones u hostigamientos de parte de miembros de la policía, la fuerza pública u otros agentes estatales’.

6. DICTAMEN DEL CASO “FMA” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE JUJUY EL 24/10/2022.

HECHOS

Tras realizarse un control vehicular, se detuvo a un joven de diecisiete años, que vivía en una comunidad indígena guaraní urbana, porque tenía un kilo de cocaína. Por ese hecho, fue imputado por el delito de tenencia de estupefacientes. El Programa sobre Diversidad Cultural aportó un dictamen a fin de colaborar en la defensa ejercida durante el juicio por la Unidad de Defensa Acusatorio de Jujuy.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Interculturalidad. Debido proceso. Derecho de defensa. Acceso a la justicia. Igualdad. No discriminación.

“En ocasiones, la vía del proceso penal es activada sin atender que el conflicto traído a juicio es de una índole social más amplia y compleja, que excede los términos acotados y la finalidad coercitiva propia del sistema penal. Esto motiva que la intervención penal no cuente con la posibilidad de ser la adecuada para su solución, con un agravamiento general de las situaciones sociales previas, lo cual justifica el recurso de alguno de los supuestos de soluciones alternativas al proceso penal. En los casos penales relativos a personas pertenecientes a pueblos indígenas, corresponde atender los diferentes aspectos referidos a la diversidad cultural, tanto para advertir cuál es la índole del conflicto social, como para atender la situación cultural, desde el debido proceso y la respuesta sustancial del fondo de la cuestión.

Esto adquiere especial importancia en los procesos penales, en el momento de determinar que las especificidades culturales pueden ser un factor de atenuación o liberación, o uno que exija adecuar el proceso adjetivo; por lo que, el respeto al debido proceso en estos casos nos obliga a los y las operadores judiciales, a considerar en forma expresa las consecuencias jurídicas liberatorias o atenuantes, y procesales, derivados de la especificidad cultural. De lo contrario, podría afectarse el derecho a la defensa, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia, de acuerdo a lo establecido en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En las mencionadas Reglas de Brasilia se señala que ‘se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad’ (Regla 25).

El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 8 inc. 1 señala que ‘al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario’, y en el artículo 9 inc. 2 establece que ‘las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres’ de los pueblos indígenas en la materia, entre las que cabe enunciar principalmente el derecho a la identidad cultural.

También se incorpora la identidad indígena como factor a ser considerado en ocasión de la determinación y ejecución de las sanciones penales, según lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT, que dispone que: ‘1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación

general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento’.

El principio de considerar las especificidades culturales y étnicas para el acceso a la justicia tiene sustento constitucional en los artículos 16 y 75 incs. 17 y 19 de la Constitución Nacional, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (artículos 8, 9 y 12), en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 13 y 40) y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se trata de garantizar el pleno acceso a la justicia de un modo culturalmente adecuado, el derecho a la igualdad, a la no discriminación y al respeto a la diversidad cultural y étnica, y consagra un ejercicio de la jurisdicción penal con perspectiva intercultural, en razón de la pertenencia étnica de las personas sometidas a proceso”.

2. Minorías culturales, étnicas y lingüísticas. Pueblos indígenas. Niños, niñas y adolescentes. Régimen penal juvenil. Informes. Prueba de peritos. Peritaje antropológico.

“La zona es de importante presencia indígena, como el de las vecinas comunidades Caraparí, El Arenal, El Obraje y Monte Sinaí, además de la existencia en la zona ampliada de otros pueblos como el Chiriguano, Wichí y Quechua. Estas comunidades, en línea general, están estructuradas a partir de lazos comunitarios, relaciones de parentesco intercomunitarias –en el caso de G. J., se mantuvo de manera transfronteriza–, con un modo de vida agrícola y de subsistencia, con base en el uso tradicional de su territorio, con árboles y arbustos de donde obtienen leña para el fuego, artesanías y hierbas medicinales, y pequeños campos de cultivos con anco, zapallo, maíz, maní, etc. La comunidad cuenta, por su derecho propio –a veces llamado consuetudinario–, autoridades tradicionales propias, como el Cacique. A fin de recabarse mayor información, para la comprensión de la cultura, podría recurrirse a un peritaje antropológico, o informe cultural”.

“En el caso de Argentina, aún persiste la situación resaltada por el Relator ONU en su Informe específico para el país, en cuanto a la brecha significativa entre el marco normativo establecido en materia indígena y su implementación¹². Por esta situación de discriminación histórica y estructural, en los casos judiciales en que se encuentren involucradas personas indígenas, o pertenecientes a minorías étnicas o culturales, deberán considerarse particularmente las especificidades culturales relevantes, en el trámite del proceso, para garantizar el derecho a la igualdad (en relación al fondo del asunto penal) y el debido proceso y defensa en juicio (en relación al aspecto procesal)”.

“La Convención sobre los Derechos del Niño fue el primer tratado fundamental de derechos humanos en el que se hizo referencia expresa a los niños indígenas en varias disposiciones, como ha resaltado el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas¹³.

El Comité señaló que

¹² Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre la situación de los pueblos indígenas en Argentina (2012). Disponible en sitio:

<https://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/09/Informe-del-Relator-sobre-derechos-de-pueblos-indigenas-misi%C3%B3n-a-Argentina-2012.pdf>.

¹³ Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas. Observación General N° 11 Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención (2009).

[...] observa con preocupación que el índice de encarcelamiento de niños indígenas suele ser desproporcionadamente alto y que en algunos casos puede atribuirse a di discriminación sistémica en el sistema judicial o en la sociedad¹⁴. Para luchar contra esa elevada tasa de encarcelamiento, el Comité señala a la atención de los Estados partes el artículo 40, párrafo 3, de la Convención, con arreglo al cual los Estados deberán tomar medidas con respecto a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, sin recurrir a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado. El Comité, en su Observación General N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores, 2007, así como en sus observaciones finales, ha afirmado sistemáticamente que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño no deberían utilizarse más que como último recurso¹⁵ (par. 74, OG N° 11)”.

¹⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores, 2007, párr. 6.

¹⁵ *Ibíd.*, párr. 23.

7. INFORME PARA EL CASO “AP” PRESENTADO ANTE EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 16 DE LA CAPITAL FEDERAL EL 3/10/2022.

HECHOS

Un hombre migrante nacido en Costa de Marfil fue imputado por los delitos de robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de un arma de fuego en grado de conato, en calidad de coautor, y homicidio calificado *criminis causae* agravado por el uso de un arma de fuego reiterado en dos oportunidades, en calidad de autor, en concurso real entre sí. Previo a la realización del debate oral, el Programa sobre Diversidad Cultural intervino con un informe para colaborar con la estrategia de defensa. Durante la audiencia de juicio oral, el imputado indicó que tenía dos hijos menores de edad, que se encontraba en concubinato, que hablaba tres idiomas y residía en este país desde noviembre de 2005 en calidad de refugiado. Con respecto a los hechos, contó que es día había chocado con otro transeúnte mientras circulaba por la vía pública, quien le gritó “negro de mierda”, lo que provocó su reacción y lo golpeó. Luego, continuó caminando y, al darse vuelta, advirtió que el sujeto -que en ningún momento se había identificado como funcionario policial- lo estaba apuntando con un arma. En ese momento, forcejearon, le sacó el arma y se fue corriendo por temor a su vida. Sin embargo, en esos instantes se preguntó qué hacía con la pistola y la dejó en el piso. Aclaró que había tomado la pistola por acto reflejo para que no le dispararan y que de haber sabido que era policía no lo hubiera golpeado. Por último, negó haber apuntado con el arma hacia persona alguna. Al momento de los alegatos, el representante del Ministerio Público Fiscal modificó la calificación asignada en el requerimiento de elevación a juicio por el delito de amenaza coactiva agravada por el uso de armas. De ese modo, consideró que el imputado había esgrimido el arma de fuego con la intención de que cesaran la persecución. Por su parte, la defensa planteó, entre otras cuestiones, que su asistido tenía tres indicadores de vulnerabilidad: era migrante, tenía un perfil racial y era refugiado. Asimismo, alegó que la prueba había sido contundente con respecto a la falta del uso intimidante del arma de fuego por lo que la duda llevaba implícita la absolución.

ARGUMENTOS

1. Personas privadas de la libertad. Antecedentes penales. HIV. Adicción. Migrantes. Discriminación racial. Estereotipos. Situación de calle. Error culturalmente condicionado. Vulnerabilidad. Defensa cultural.

“El asistido registra antecedentes penales en relación a hechos de robo y uso de armas, así como cuenta con una trayectoria de alojamiento en unidades penitenciarias, así como también, al parecer es HIV y podría presentar alguna problemática de consumo, todo lo cual, junto a su situación de migrante africano, lo colocaría en una situación de vulnerabilidad social.

La existencia de antecedentes penales y de su recorrido penitenciario reducen la posibilidad de una defensa cultural –o uso de argumentos culturales– eficaz. Aun así, el caso presenta algunos aspectos que podrían ser tenidos en cuenta para la elaboración de una estrategia de defensa en juicio, y que podrían ayudar a fundamentar un alegato de absolución o disminución de la culpabilidad. Ellos serían los siguientes.

La pertenencia a un grupo social que se encuentra en situación de especial vulnerabilidad y discriminación. Según consta en sus datos personales, él nacido en Costa de Marfil, al momento de su declaración se encontraba en situación de calle y sabía leer y escribir con dificultad.

La existencia de valoraciones culturales diferenciadas, por parte del asistido y de acuerdo a su posición social de migrante afro, que condicionó en el momento de los hechos objeto del juicio, el conocimiento y la comprensión de éstos, en el contexto de un error de prohibición sobre las causales de justificación¹⁶.

La motivación del asistido en su actuación, se vio condicionada por factores específicos culturales en la comprensión y valoración de las circunstancias de hecho en las que se vio envuelto, desde su óptica particular. Por estos, se consideró en una situación de agresión por motivos raciales o étnicos, por su condición de afro, por parte de una persona particular que le dirigió una agresión verbal racista que originó un conflicto que escaló sin mediación hasta descubrir que portaba un arma de fuego. El asistido percibió encontrarse ante una amenaza grave a su vida o integridad física, por motivos de discriminación étnica, y actuó consecuentemente en su defensa.

La razonabilidad de esta percepción se basa: las particularidades culturales de su subjetividad, dada por su condición afro, migrante, marginalidad en el mercado laboral y el conocimiento adquirido por la experiencia de discriminación y agresión contra las personas pertenecientes a su grupo social en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. Esta última percepción se encuentra convalidada por el siguiente antecedente, entre otros:

El Mapa Nacional de la Discriminación es un relevamiento que realiza periódicamente el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). En éste, se identifica como una de las principales experiencias de discriminación que relatan las personas encuestadas, a la ocurrida en la vía pública por el color de piel.

De ese modo, para ejercer una defensa adecuada culturalmente no puede dejar de mencionarse el **‘perfil racial’** en el que encuadra el caso. Este concepto ha sido desarrollado por la Corte IDH, en diversos casos, particularmente debe mencionarse *‘Acosta Martínez y otros vs. Argentina’*¹⁷. Allí, la Corte IDH reconoce el contexto general de discriminación racial, violencia policial y utilización de perfiles raciales en Argentina. Al resolver las reparaciones del caso, la Corte IDH sostiene: que deben realizarse *‘capacitaciones sobre el carácter discriminatorio que tienen los estereotipos de raza, color, nacionalidad u origen étnico, así como el uso de perfiles raciales en la aplicación de las facultades policiales para realizar detenciones, y la sensibilización sobre el impacto negativo que su utilización tiene sobre las personas afrodescendientes’*.

En *Acosta Martínez y otros vs. Argentina*, también se consideró la situación de discriminación estructural de la población afrodescendiente en Argentina. En ese sentido, el caso del señor José Delfín Acosta Martínez es paradigmático sobre discriminación, racismo y uso desproporcionado de la fuerza contra este sector de la población. En el fallo se expuso: *‘En la audiencia pública, el Estado reconoció el*

¹⁶ Error de prohibición indirecto: se verifica cuando la actividad puesta en movimiento es dirigida desde el convencimiento de que la norma no permite esa conducta, aunque concluye que bajo determinadas circunstancias queda autorizado a llevarla a cabo de igual modo.

¹⁷ Sentencia del 31 de agosto de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas), de la Corte IDH.

contexto de discriminación racial en Argentina, refiriéndose a ‘la existencia de patrones compatibles con prácticas de violencia institucional impregnadas de prejuicios racistas y discriminatorios’ (par. 32).

En su informe de 2017, el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia de la ONU, informó de ‘una tendencia en la Policía Metropolitana de la Ciudad de Buenos Aires y la Policía Federal Argentina, que se basa en utilizar perfiles en los controles de identidad que se realizan en las calles. Esta práctica afecta desproporcionadamente a los migrantes y afrodescendientes’¹⁸. En su informe luego de la visita realizada en el 2019, el Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes del Consejo de Derechos Humanos de la ONU subrayó que ‘las experiencias de las personas afrodescendientes con las fuerzas del orden muestran la prevalencia de la discriminación estructural. Como ha informado la sociedad civil, el perfilado racial de personas afro argentinas, afrodescendientes y africanas es frecuente entre los agentes del orden. Los estereotipos negativos de los afrodescendientes en el sentido de que son delincuentes peligrosos y violentos involucrados en el tráfico de drogas y en el trabajo sexual han contribuido a una vigilancia policial excesiva, lo que ha dado lugar a mecanismos selectivos y discrecionales para llevar a cabo detenciones e investigaciones arbitrarias’¹⁹.

En el ámbito de la doctrina, se puede citar: ‘[p]ara determinar la influencia de la historia cultural del autor en su comportamiento es necesario que el sujeto tenga una identidad cultural determinada. No basta entonces con que un sujeto aislado se sienta ‘culturalmente especial’. Es preciso que haya una cierta pertenencia de grupo, una identidad cultural que lo sustente’²⁰.

En el caso, nos encontramos con la utilización de un ‘perfil racial’ en los términos señalados, que podría servir de base para el alegato de defensa. Así, el asistido presenta una historia e identidad cultural diferenciadas, que motivó su comportamiento en el momento de los hechos, por medio de valoraciones específicas que deben ser ponderadas para la decisión judicial, sea en orden de una absolución o disminución de la intensidad del reproche penal”.

¹⁸ Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Sr. Mutuma Ruteere, Misión a Argentina, supra, párr. 73.

¹⁹ Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, Visita a la Argentina, supra, párr. 30.

²⁰ “La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición”, Alejandra Castillo Ara, en REVISTA DE DERECHO (VALDIVIA, Chile), Vol. XXVII - Nº 2 - DICIEMBRE 2014 Páginas 243-267.

8. DICTAMEN DEL CASO “VNB” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE SALTA N° 1 EL 2/6/2022.

Para profundizar sobre la identidad étnica, véase el [dictamen caso “Defensoría del Pueblo de la provincia de Santiago del Estero”](#) (caso 8 de la otra colección).

HECHOS

Una mujer había sido condenada a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional por el delito de transporte de estupefacientes en calidad de partícipe secundaria. Luego, fue condenada a la pena de seis meses de prisión y pena única de tres años de prisión de ejecución condicional por el delito de suministro gratuito de estupefacientes calificado por haberse cometido en un lugar de detención, en grado de tentativa. El Programa sobre Diversidad Cultural aportó un dictamen a fin de colaborar con la defensa penal de la mujer.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Idioma. Acceso a la justicia. Arbitrariedad. No discriminación.

“V.N., B., de 34 años de edad, pertenece a la comunidad indígena Caraparí del pueblo Ava Guaraní, sita en el Paraje Río Caraparí de la localidad de Aguaray, Departamento Gral. José de San Martín, Provincia de Salta. Ella participa activamente de la vida cultural de su pueblo, desarrolla su vida en el ámbito comunitario, y pertenece a una familia también de igual identidad étnica, así como también su pareja. Ella, al igual que su familia, tiene al idioma Guaraní como lengua madre. A continuación, haremos referencia al acceso a la justicia de los pueblos indígenas, la necesidad de un trato judicial culturalmente adecuado para garantizar su efectividad, a la especificidad que se plantea en el proceso penal, a la salud intercultural y finalmente, algunas consideraciones respecto de su comunidad”.

“En ocasiones la vía del proceso penal es activada sin atender que el conflicto traído a juicio es de una índole social más amplia y compleja, que excede los términos acotados y la finalidad coercitiva propia del sistema penal. En los casos penales relativos a personas pertenecientes a pueblos indígenas, corresponde atender los diferentes aspectos referidos a la diversidad cultural, tanto para advertir cuál es la índole del conflicto social, como para atender la situación cultural desde el debido proceso y la respuesta sustancial del fondo de la cuestión.

En el caso de las comunidades pertenecientes a los pueblos indígenas, el pluralismo normativo se manifiesta en la existencia de sus autoridades propias, el denominado derecho consuetudinario, usos y costumbres o reglas propias, por sus estatutos, sus asambleas, y, especialmente, por las acciones tendientes a la defensa de sus derechos cuando éstos son vulnerados. Muchos son los ejemplos, vinculados por lo general a la defensa de su territorio y reclamo de derechos culturales. Todo esto tiene una relevancia fundamental para la solución del conflicto judicial penal, ya que debe ser especialmente considerado para arribar a una comprensión justa y adecuada de la conciencia de la persona indígena y de las motivaciones de su conducta objeto de análisis para un eventual reproche. De esta manera, el reproche penal cede o se atenúa en la medida en que las motivaciones del comportamiento estuvieron guiadas por los enunciados de su propio sistema normativo y cultura, cuyos contenidos son percibidos como obligatorios de acuerdo a su condición indígena. Una

situación de pluralismo normativo condiciona la valoración jurídica de las conductas y, por ende, las posibilidades de un reproche penal, ante lo cual la decisión judicial o el análisis jurídico, requiere de su necesaria ponderación para no ingresar en el terreno de la arbitrariedad por discriminación por razones étnicas”.

2. Propiedad comunitaria. Interculturalidad. Derecho a la salud. Pobreza. No discriminación.

“Como señalamos al inicio del punto anterior, en ocasiones el proceso penal es una manifestación fragmentada de un conflicto social que lo supera y hace inadecuada su utilización judicial. Este conflicto social puede estar vinculado a temas como la protección del uso tradicional de su territorio, o bien el garantizar derechos sociales básicos como el de la salud de modalidad intercultural.

En relación a la salud, creemos como relevante que se trata tanto de enfocarse en las inequidades existentes en la provisión del servicio de salud en relación a la población indígena, como en las particularidades de las prácticas, tradiciones y conocimientos de sus propias cosmovisiones”.

“La circunstancia de la ausencia de este servicio de salud intercultural coloca a las personas pertenecientes a comunidades indígenas, en la situación de afrontar la necesidad y urgencia sanitaria de la manera en que les sea posible, en un contexto de pobreza y de discriminación y marginación estructural. Su existencia permitiría tratar el asunto traído a autos como uno de salud de unas de las personas indígenas miembros de la comunidad y avanzado hacia una respuesta culturalmente adecuada. La Ley Provincial N° 7.856 de creación de la Red de Apoyo Sanitario Intercultural e Interinstitucional para Pueblos Originarios, en su artículo 2 dispone acerca de la figura de los ‘Facilitadores Interculturales Bilingües’ necesarios para la cobertura de los hospitales, a efectos de permitir una adecuada armonización intercultural entre el sistema de salud y el paciente originario, garantizando su atención y contención.

El derecho a la identidad cultural implica también el del acceso a la salud intercultural, cuya falta de efectividad causa la referida afectación y coloca a las personas en la situación de necesidad y urgencia [...]. Entonces, desde la perspectiva del derecho a la identidad cultural, el accionar de la acusada corresponde ser valorado en su condición de miembro de la comunidad indígena, que, como tal, sienta la obligación o autorización normativa de acuerdo a las reglas comunitarias (el derecho consuetudinario), a paliar el sufrimiento y aflicción de salud de su pareja, también de cultura guaraní”.

9. DICTAMEN DEL CASO “ALC” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE FORMOSA N° 1 EL 12/8/2021 Y RESUELTO POR LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE RESISTENCIA.

Para profundizar sobre los derechos de las mujeres indígenas, véase el [dictamen caso “CI”](#).

HECHOS

Tres mujeres pertenecientes a una comunidad Qom en la provincia de Formosa realizaron un corte de ruta a modo de protesta en reclamo de reclamo de módulos alimentarios, cupos de pensiones sociales y viviendas. Sin embargo, permitieron el paso de vehículos oficiales y de emergencia. Por ese hecho permitiendo únicamente el paso de vehículos. Por esos hechos, fueron procesadas por el delito de entorpecimiento de transporte por vía terrestre. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de apelación.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Minorías culturales, étnicas y lingüísticas. Culpabilidad. Error culturalmente condicionado.

“En los casos judiciales en que se encuentren involucradas personas indígenas o pertenecientes a minorías étnicas o culturales, constituye un principio de orden público la obligación de considerar las especificidades culturales relevantes para ser tenidas en cuenta para adoptar decisiones por parte de los jueces. El proceso penal debe adecuarse a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, en cuanto en su artículo 9 inc. 2 establece que ‘las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres’, entre las que cabe enunciar principalmente el respeto a la identidad cultural étnica y a la diversidad cultural.

La dogmática penal ha abordado, en general, la cuestión penal indígena en el análisis de la inimputabilidad, antijuridicidad y culpabilidad, según la diferente índole de los casos presentados. Dado que el ordenamiento jurídico nacional actualmente vigente carece de normativa expresa que regule el condicionamiento cultural del comportamiento de la persona, la solución ha consistido en recurrir a los principios generales establecidos en el Código Penal, especialmente en el art. 34 incs. 3º, 4º, 5º, 6º y 7º. Como dice el jurista peruano José Hurtado Pozo, especialista en la materia, ‘la aplicación de un ordenamiento jurídico perteneciente a una cultura determinada a personas que pertenecen a un ámbito cultural distinto puede ser difícilmente comprendida y explicada sin tener en cuenta factores como, por ejemplo, la pluralidad cultural, el pluralismo jurídico, la ciudadanía cultural, los derechos culturales’²¹.

En consecuencia, pueden configurarse situaciones de hecho que deriven en causales de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, o de justificación o inculpabilidad, desde la especificidad cultural étnica.

²¹ “Derecho Penal y diferencias culturales: el caso peruano”, Revista *Derecho penal y criminología* 29, nº 86–87 (2008): 59–94, Universidad Externado Colombia, Bogotá (Colombia).

Por eso, entre las respuestas jurídicas más relevantes, se encuentran las del error de comprensión y la inexigibilidad de otra conducta”.

“También está el supuesto de quien actúa de acuerdo a las pautas normativas propias de la cultura a la que pertenece, expresando una ‘conciencia disidente’, que podría encuadrar ‘en un error de prohibición indirecto en razón de suponer falsamente la existencia de una justificante no reconocida por el derecho’²².

Por eso se ha sostenido que, si se comparten estos argumentos, forzoso resulta concluir que, cuando un actor social se encuentra inmerso en una subcultura (con fuerte identidad étnica), más allá de que pueda tener conocimiento formal de una determinada prohibición contenida en la ley penal del Estado, será, al menos, muy complicado pretender que logre internalizar los valores de la norma y, así, exigirle su comprensión. De esta manera –y como ya lo sostenía Welzel– en semejantes casos resultará difícil plantear un reproche de culpabilidad. La razón parece clara: este reproche sólo puede verificarse cuando el sujeto activo ‘estaba en situación de reconocer la antijuridicidad de su hacer’²³; y eso es altamente discutible que suceda cuando las percepciones valorativas culturales del endogrupo poseen una firmeza tal que no le permite –a sus miembros– la admisión de reglas jurídicas enfrentadas con aquellas pautas²⁴.

En efecto, a los fines de arribar a una solución justa, adecuada y conforme a derecho, corresponde reconocer la existencia [de] estas situaciones de pluralismo normativo. Éstas se caracterizan por la coexistencia de normas que son seguidas y valoradas por parte de un grupo social en un mismo territorio, y que pertenecen a sistemas normativos distintos. Aunque éstos puedan tener similitudes importantes, da lugar a que una misma conducta sea valiosa y disvaliosa al mismo tiempo, es decir, en un sistema normativo tal conducta sea la exigida o permitida mientras que en el otro esa misma conducta sea la prohibida²⁵. En el caso de las comunidades pertenecientes a los pueblos indígenas, el pluralismo normativo se manifiesta en la existencia de sus autoridades propias, el denominado derecho consuetudinario, o usos y costumbres, o reglas propias, por sus estatutos, sus asambleas, y, especialmente, por las acciones tendientes a la defensa de sus derechos cuando éstos son vulnerados. Muchos son los ejemplos, vinculados por lo general a la defensa de su territorio y reclamo de derechos culturales. Todo esto tiene una relevancia fundamental para la solución del conflicto judicial penal, ya que debe ser especialmente considerado para arribar a una comprensión justa y adecuada de la conciencia de la persona indígena y de las motivaciones de su conducta objeto de análisis para un eventual reproche. De esta manera, el reproche penal cede o se atenúa en la medida en que las motivaciones del comportamiento estuvieron guiadas por la defensa de derechos, cuyo mandato es obligatorio cumplir de acuerdo a su condición de autoridad comunitaria o simple miembro de la comunidad”.

²² “Derecho Penal, Parte General”, Zaffaroni/Alagia/Slokar, Ediar, 2000, Buenos Aires, p. 704.

²³ Welzel, Hans, “Derecho penal alemán”, 11a edición, Ediciones Jurídicas de Chile, Santiago, 1976, p. 221.

²⁴ Cesano, José Daniel, “Diversidad Cultural y teoría del error”, en el sitio http://horizontesyc.com.ar/archivos/1251126095/DIVERSIDAD_CULTURAL_Y_TEOR%C3%80CDA_DEL_ERROR.pdf, consultado el 27/06/2016.

²⁵ Correas, Oscar en “¿Kelsen y el pluralismo jurídico?”, disponible en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

2. Pueblos indígenas. Protesta. Propiedad comunitaria. Medidas alternativas de resolución de conflictos. Acceso a la justicia. Igualdad. No discriminación.

“Los pueblos indígenas cuentan con una amplia gama de normas que reconocen y protegen sus derechos humanos. En ese marco, teniendo los pueblos originarios cada vez mayor conciencia respecto de los derechos que los amparan, ante la afectación o violación de esos derechos, las personas y comunidades indígenas recurren a diferentes tipos de reclamos para exigir su cumplimiento. Así, los pueblos originarios se organizan comunitaria y políticamente para realizar reclamos tanto en ámbitos formales como a través de acciones de protesta. Ello bajo la convicción de que su reclamo es legítimo, dado que reclaman al Estado el cumplimiento de los derechos que aquel les ha reconocido y que, en esa línea de ideas, se encuentran además amparados por el derecho de las personas a peticionar a las autoridades (conf. Art. 14 de la CN). Desde el Programa sobre Diversidad Cultural se observa con preocupación que muchos de esos reclamos derivan en la imputación de personas indígenas en causas penales, por ejemplo, por interrupción de la vía pública, usurpación u otros tipos legales. A pesar de que los pueblos indígenas han pasado de ser objetos de asimilación y protección a ser sujetos de derecho y cuentan actualmente con diversas normativas y estándares nacionales e internacionales que así lo determinan, una de las traducciones de la discriminación y persecución que sufren en el marco de la lucha por sus derechos humanos –y especialmente por la recuperación de sus territorios– es la criminalización de sus integrantes. Los conflictos que afectan los derechos humanos de las personas y comunidades indígenas no deberían, en principio, ser objeto del derecho penal, sino de una búsqueda de soluciones por parte de las autoridades encargadas de hacer cumplir los derechos que los asisten, a través del diálogo y respetando los derechos de consulta y participación de los pueblos indígenas.

En otras ocasiones, la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia (Chaco), ha tenido oportunidad de exponer un criterio similar, en cuanto a la necesidad de atender el ejercicio del derecho a la petición, el contexto social en el cual se desenvuelve la situación conflictiva y la necesidad de priorizar el diálogo y el consenso, sin que se justifique el recurso a la intervención penal (entre otros, causa ‘Santillán Agustín y otros s/ Interrupción a los medios de comunicación y transporte por tierra – art. 194 C.P.’ expediente N.º 49.928 del registro de esa Cámara). En estos valiosos antecedentes judiciales para la jurisprudencia del país, se ha destacado el carácter vinculante del Convenio Nº 169 de la OIT, incorporado a nuestra legislación mediante Ley 24.071, como regulación normativa específica de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

La vía jurídica penal no es la adecuada para resolver el conflicto social presentado, el cual involucra una serie de derechos sociales, económicos y culturales, relativos a la salud, seguridad social, alimentación, entre otros, así como el ejercicio de los derechos a peticionar ante las autoridades y el de la participación indígena en los asuntos que le conciernen de la política pública.

El conflicto social creado, cuyo agravamiento se debe a la situación de la pandemia, sólo puede ser resuelto por las vías aptas para ello, tendientes a conciliar y consensuar, para lo cual no puede ser usada la vía represiva penal. En este sentido, el proceso penal profundiza y agrava los conflictos sociales, cuyas soluciones deben ser encontradas en otras instancias más adecuadas a las formas del diálogo, entendimiento y consenso.

A su vez, el derecho al acceso a la justicia debe respetar el principio de igualdad y no discriminación, lo cual incluye la obligación de parte de los juzgadores de garantizarlo desde una perspectiva

culturalmente adecuada y con un abordaje específico para atender la situación de especial vulnerabilidad. Para ello resulta obligatorio el cumplimiento de determinadas exigencias que surgen de la normativa nacional e internacional, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, cuyo carácter es de orden público por encontrarse comprometido normas de derechos humanos de acatamiento obligatorio. Todo esto constituye un conjunto de principios y obligaciones a ser considerado por los juzgadores en general, con el fin de garantizar un acceso a la justicia culturalmente adecuado y arribar a soluciones liberadoras de las personas pertenecientes a comunidades indígenas sometidas a proceso penal”.

10. DICTAMEN DEL CASO “MP” PRESENTADO ANTE EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE BAHÍA BLANCA EL 6/11/2019.

HECHOS

Una mujer de cultura gitana Rom fue imputada por haber ofrecido a un joven menor de edad para concertar un matrimonio forzado. Durante el proceso, se realizó un peritaje antropológico y se incorporó un dictamen elaborado por el Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación.

ARGUMENTOS

1. Minorías culturales, étnicas y lingüísticas. Carga de la prueba. Informe pericial. Acceso a la justicia. Igualdad. No discriminación. *Ius cogens*. Arbitrariedad. Nulidad absoluta. Vulnerabilidad.

“El derecho al acceso a la justicia debe respetar el principio de igualdad y no discriminación, lo cual incluye la obligación de parte de los juzgadores de garantizarlo desde una perspectiva culturalmente adecuada. Para ello resulta obligatorio el cumplimiento de determinadas exigencias que surgen de la normativa nacional e internacional, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, cuyo carácter es de orden público por encontrarse comprometido normas de derechos humanos de acatamiento obligatorio (*ius cogens*) y cuya única reparación posible ulterior es la declaración de nulidad por revestir el carácter de absoluta.

La carga de la prueba para evaluar la condición de vulnerabilidad está en cabeza de los operadores judiciales. Ello implica descartar que no funcione como atenuante o causa de absolución del hecho inculcado; la exigencia de producir y valorar adecuadamente un informe antropológico o dictamen cultural, tendiente a servir como puente intercultural entre mundos de significaciones diversos y que resulta imprescindible para fundamentar las decisiones judiciales, bajo riesgo en caso contrario de configurar la causal de arbitrariedad y de imposibilidad de arribar a la sana crítica racional. Todo esto constituye un conjunto de principios y obligaciones a ser considerado por los juzgadores en general, con el fin de garantizar un acceso a la justicia culturalmente adecuado”.

2. Culpabilidad. Error culturalmente condicionado. Educación. Pobreza. Prueba. Informes. Informe pericial. Violencia de género.

“Al mismo tiempo, existen factores a considerar como relevantes para concluir respecto del grado y modo de comprensión normativa para arribar a un juicio de reproche penal. Entre los más destacables se puede mencionar a la interferencia en la socialización primaria, por vía de la deserción escolar sin concluir con el aprendizaje de lectoescritura y, en tales casos, la consecuente condición de analfabeto; el tipo de relación con el resto del entorno social, el vínculo amplio con las familias al interior de la cultura gitana, la exclusión social y la pobreza padecida en todos los órdenes de la vida social (escuela, hospitales, tribunales, empresas, comercios, lugares de trabajo) como causa de la discriminación estructural.

Para conocer con mayor profundidad y contar con más elementos sobre la cultura gitana, este Programa considera que podrían adoptarse ciertas medidas tales como: informes culturales,

socioambientales, psicológico y antropológico, con el fin de indagar y profundizar nuestros conocimientos acerca de concepciones culturales tales como la venta ambulante, el casamiento como significativo social para la colectividad gitana, entre otros aspectos relevantes para ser considerados en el marco del proceso judicial, con el objeto de arribar a alguna certeza sobre la comprensión de la norma y posible motivación de las conductas y grado de reprochabilidad en los ámbitos de la antijuridicidad y culpabilidad.

Asimismo, los antecedentes de violencia de género sufridos por M. también ameritan una especial atención, debido a que evidenciarían una situación de vulnerabilidad mayor y un recorrido de sometimiento que también debe ser considerado en el marco de este procedimiento judicial”.

11. DICTAMEN DEL CASO “HS” PRESENTADO ANTE EL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL ECONÓMICO N° 1 EL 26/6/2019.

HECHOS

La Dirección General de Aduanas del Aeropuerto de Ezeiza se realizaba un procedimiento de control de pasajeros. En ese marco, una mujer originaria de Malasia fue demorada. Los inspectores le consultaron si llevaba mercadería para declarar. La persona indicó que no. Luego, los agentes registraron sus pertenencias y encontraron dos libros infantiles muy pesados. En ese contexto, pidieron autorización al juez para requisarla y abrir los libros. Con ese objetivo, convocaron a dos testigos y realizaron el procedimiento. En el interior de los ejemplares encontraron pequeñas bolsas con contenido blanco. A continuación, testearon el material que contenían y dio positivo para cocaína. La mujer fue detenida y procesada por el delito de contrabando de estupefacientes con fines de comercialización, en grado de tentativa. Durante la etapa de juicio oral, el Programa sobre Diversidad Cultural colaboró con un dictamen para la defensa. Luego, las partes suscribieron un juicio abreviado.

ARGUMENTOS

1. Cárceles. Personas privadas de la libertad. Prisión domiciliaria. Género. Migrantes. Idioma. Intérprete. Vulnerabilidad. Acceso a la justicia. Reglas de Brasilia.

“El artículo 18 último párrafo de la Constitución Nacional exige que las cárceles sean sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los detenidos en ellas y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarnos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice. También, la ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, dispone el deber de asegurar y promover el bienestar físico y mental de los internos, como también la asistencia médica, la libertad de religión, el empleo y la educación”.

“También completan el conjunto de normas y estándares específicos que regulan las obligaciones estatales respecto de las mujeres privadas de libertad, otras relativas a la protección del derecho a la diversidad cultural en sus más variadas formas y a la necesidad de adecuar debidamente el proceso a tal fin.

En el fallo dictado por el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires en los autos caratulados ‘MB, R’, reg. N° 627/2016, del 29 de diciembre de 2016, se trató la situación de una mujer de origen boliviano, campesino, mujer víctima de violencia de género y quechua hablante, migrante en el país, que era acusada del delito de homicidio de su pareja. En este caso el Tribunal hizo hincapié en la necesidad de una suficiente contextualización sociocultural y de género. En su voto principal, consideró que ‘[...] la normativa y jurisprudencia internacionales califican como pauta discriminatoria grave la imposibilidad de una persona de expresarse en su lengua originaria, especialmente en circunstancias en la que ésta se encuentra de alguna u otra forma involucrada en un proceso de justicia’. También, citó que en la sentencia Rosendo Cantú vs. México la Corte IDH “estableció que la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales puede implicar un trato que no tome en cuenta la situación de vulnerabilidad de la persona, basada en su idioma y etnicidad, resultando en un menoscabo de hecho injustificado al derecho de acceder a la justicia, lo que inevitablemente perjudica también el derecho de defensa”.

“También, se ha sostenido que [...] la problemática vinculada a la dificultad de comunicación por parte del interno con las autoridades del Servicio Penitenciario, quienes a los fines de poder entender sus reclamos y/o necesidades, deberían disponer de un traductor público, y/o [una] persona que entienda el idioma del detenido, a los fines de poder comprender las razones dadas por el interno ante las dolencias que sufría al momento de ser convocado a la jornada laboral. Al respecto, la dificultad que padece el detenido para poder comunicarse y expresar su problemática, en virtud de su idioma natal, su condición étnica y/o cultural, lo torna más vulnerable en los términos establecidos en la Reglas de Brasilia, adoptadas en la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en la República de Brasil (‘Nwanyiaku, Ifeanyichukwu s/ Habeas Corpus’, proveniente del Juzgado Federal N°1 de Lomas de Zamora, Secretaría Penal N°3, CF La Plata Sala II FLP 1423/2013, 3 de diciembre de 2013)”.

2. Tráfico de estupefacientes. Contrabando de estupefacientes. Género. Participación criminal. Determinación de la pena. Principio de proporcionalidad.

“El rol primordial de las mujeres en el esquema de tráfico o contrabando de estupefacientes suele ser el de ‘mula’ –persona que transporta drogas. Un informe reciente de la Defensoría General de la Nación argentina indicaba la desproporcionada selección de infractoras mujeres de bajo nivel en la cadena del tráfico²⁶.

El concepto de Mula comprende a

...la persona que realiza un trabajo de transporte de drogas. A diferencia de las personas que distribuyen o trafican, no desempeña roles empresariales más allá de las funciones de traslado que le son asignadas y, en general, no tiene mayores responsabilidades dentro de las redes de tráfico, sea porque maneja poca información, porque transporta cantidades relativamente pequeñas de drogas, o bien porque en muchas ocasiones se trata de personas engañadas y/o utilizadas para hacer este trabajo. La palabra ‘mula’ tiene una fuerte connotación negativa y peso simbólico, ya que se asocian los atributos del animal de carga -terquedad, brutalidad y fortaleza física- con las características de las personas que hacen este tipo de actividades. Esta analogía caracteriza la naturaleza y las cualidades exigidas por la actividad que realizan los correos de drogas y, a su vez, da cuenta de la posición subordinada en la que se ubican estas personas dentro de la configuración de las operaciones del tráfico²⁷.

Esto representa un problema, ya que la imposición de penas duras a mujeres que cometen delitos de drogas no violentos y en el nivel más bajo carece de razonabilidad para procurar el fin de reinserción social, o fines de prevención de la pena, además de violar el principio de proporcionalidad. Así, se concluyó que las mujeres, en particular las mujeres pobres, son explotadas durante la comisión del

²⁶ Varela, Patricio, Defensoría General de la Nación, UNICEF Oficina de Argentina, Madres, Niños y Cárcel, “Mujeres privadas de libertad: limitaciones al encarcelamiento de mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad”, 2009, págs. 88-89, disponible en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/mujeres-presas.pdf>.

²⁷ “Género, drogas y sistema penal Estrategias de defensa en casos de mujeres “mulas”, por Gabriel Ignacio Anitua y Valeria Alejandra Picco, “Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres”, DGN.

crimen y luego son castigadas con dureza tras ser aprehendidas. Sin embargo, las redes de narcotráfico permanecen intocables²⁸.

3. Transporte de estupefacientes. Género. Migrantes. Pobreza. Vulnerabilidad. Ejecución de la pena. Prisión domiciliaria. Expulsión de extranjeros.

“En el caso, las circunstancias concretas nos indican una situación de vulnerabilidad social compatible con la condición de mula. Del Informe Social elaborado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad, de la Defensoría General de la Nación, se desprende su condición de pobreza actual y en su propio país, con una familia de origen débil y enferma, con un recorrido laboral de empleos precarizados, de explotación y que alternó con las tareas de cuidado, con un pasado de tareas rurales, y la existencia de mandatos culturales patriarcales y de subordinación de la mujer en la relación interpersonal. Además, en nuestro país, no cuenta con ningún pariente ni amigo, ni persona conocida de confianza, así como las dificultades para comprender y darse a entender por razones de idioma.

[La adecuación cultural del proceso] incluye a la etapa de ejecución de la sentencia, que, en el caso, podría evaluarse considerar alguna de las diferentes opciones posibles, tendientes a efectivizar una salida anticipada, que eventualmente comprenda el otorgamiento de la prisión domiciliaria en un lugar apropiado y proporcionado por el Estado, la concesión de una libertad condicional en forma anticipada o la expulsión anticipada del país prevista para las personas migrantes que se encuentren cumpliendo una condena (art. 64 de la Ley 25.871). Todo esto, siempre, de acuerdo a la libre y previa manifestación de voluntad de la persona involucrada. Esta vía contribuiría a buscar una solución razonable por la cual no se continúa manteniendo en el territorio nacional a una persona migrante, alojada en una unidad penitenciaria con condena de pena efectiva, sin arraigo en el país y sin que haya manifestado su intención de hacerlo. Además, la variante de la expulsión anticipada favorecería la reinserción social de la encartada en su medio social de origen, su re vinculación con su familia y su comunidad, y como una manera de compensar todas las desigualdades estructurales que obran como obstáculos para el acceso a la justicia”.

²⁸ “Mujeres en prisión en Argentina: causas, condiciones y consecuencias”, 2013, DGN, p. 21.

12. DICTAMEN DEL CASO “LCM” PRESENTADO ANTE LA SALA II DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL EL 3/7/2018. CAUSA N° 11180/2017 RESUELTA EL 22/12/2017 (REGISTRO N° 1738/2017) Y EL 13/7/2018 (REGISTRO N° 957/2018).

HECHOS

La comunidad indígena Lof Campo Maripe contaba con personería jurídica desde octubre de 2014. El yacimiento hidrocarburífero “Loma Campana” –explotado por la empresa YPF– era uno de los territorios por los que transitaba. En mayo de 2017, el apoderado de la empresa denunció a distintos miembros de la comunidad por amenazas e intimidaciones. A partir de ese momento, sin orden judicial, personal de Gendarmería Nacional y de la policía provincial comenzó a circular por la zona. En este marco, la defensa interpuso un *hábeas corpus* preventivo en favor de la comunidad y sostuvo que se encontraban amenazadas su integridad personal y su libertad de circulación. El juzgado federal requirió una serie de informes y rechazó la acción sin llevar a cabo la audiencia prevista en el artículo 14 de la ley N° 23.098. La defensa interpuso un recurso de apelación. El Programa sobre Diversidad Cultural aportó un dictamen a fin de cooperar con la defensa y colaboró con gestiones ante la comunidad.

Arribadas las actuaciones a su origen, el juez citó a las partes a la audiencia prevista por el artículo 14 de la ley N° 23.098. Luego, rechazó la acción de *habeas corpus*, lo que motivó una nueva apelación. Por su parte, la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión. Para decidir de esa manera, sostuvo que no era la acción de *habeas corpus* la adecuada para proteger el derecho que se dijo vulnerado y amenazado. Contra esa decisión, el representante del Ministerio Público Fiscal y la defensa interpusieron recursos de casación. En particular, la defensa reeditó los agravios formulados en el recurso de casación y acompañó un dictamen elaborado por el Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación. Entre otras cuestiones, explicaba que las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos se sumaban a un contexto en que las comunidades veían afectados sus derechos territoriales. Finalmente, La CFCP hizo lugar a la impugnación, anuló la resolución recurrida y remitió las actuaciones al tribunal de origen para que dictara un nuevo pronunciamiento.

ARGUMENTOS

1. *Habeas corpus*. Pueblos indígenas. Propiedad comunitaria. Protesta. Acceso a la justicia. Derecho a la libre circulación. Consulta previa. Derecho a ser oído.

“Las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos se suman a un contexto en el cual las comunidades ven afectados sus derechos territoriales y aún reclaman el cumplimiento de pisos mínimos de garantías que los respeten. Una de las omisiones principales por parte del estado es la falta de relevamiento técnico jurídico catastral –ley 26160– y la demarcación y titulación de la propiedad comunitaria. Mientras tanto las comunidades protegen sus derechos a través de la ocupación tradicional y la posesión comunitaria, como actos colectivos y relacionados directamente con su modo de vida y su cosmovisión”.

“La criminalización o persecución judicial ha sido una de las respuestas frente a los reclamos territoriales, y en un contexto de dificultades en el acceso a la justicia y represión de la protesta social conforma un escenario delicado para el ejercicio de ciertos derechos. Sería arbitrario cerrar el trámite del *habeas corpus* sin garantizar la protección de los miembros de la comunidad. Si bien la situación

concreta que dio inicio a la interposición de la presente acción mutó, el riesgo latente de la reiteración requiere la atención por parte del Poder Judicial, ámbito propicio para garantizar y proteger los derechos en juego.

En este mismo caso se sostuvo que ‘la acción de *habeas corpus* preventivo originado en autos se fundamenta en la necesidad de dar amparo a la libertad ambulatoria, de circulación y a la integridad física de los miembros de la Lof Campo Maripe...’ (voto del juez Hornos, res. del 22/12/2017, Sala IV, Cámara Federal de Casación Penal). Así como que correspondía la vía del *habeas corpus* y que la misma era enmarcada en el art. 75 inc. 17, arts. 13 a 19 del Convenio 169 y 10, 11, 25 y 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otra normativa de protección específica sobre derechos humanos de los pueblos indígenas”.

“Los procesos judiciales que abordan el derecho de los pueblos indígenas –en todos sus aspectos– en relación con las fuerzas de seguridad y otros órganos estatales, son una oportunidad para aumentar la confianza de las comunidades en las instituciones públicas y, especialmente, en la vía judicial como método de resolución de conflictos, cuando ya han reclamado por diversas vías y no han encontrado respuesta. En este contexto, el *habeas corpus* se ha presentado como una de las herramientas judiciales fundamentales para poder brindar protección a su integridad física, sobre todo frente al accionar de fuerzas de seguridad”.

“El derecho a la consulta representa uno de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y su cumplimiento garantiza el cumplimiento de otros derechos. Ello, debido a que se vincula directamente con el reconocimiento de la comunidad indígena como un sujeto de derecho, con una cosmovisión propia. Ello, de una manera apropiada a las circunstancias, que significa: a) con procedimientos culturalmente adecuados, a través de sus autoridades representativas elegidas de acuerdo a sus pautas culturales, (arts. 6.1 del Convenio 169), y b) con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (arts. 18 y 19 de la Declaración ONU)”.

13. INFORME PARA EL CASO “FMF” PRESENTADO ANTE EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DEL CHACO EL 8/6/2018.

HECHOS

Dos personas de la comunidad wichí de Salta fueron condenadas por el delito de transporte de estupefacientes a una pena de prisión. Durante la etapa de ejecución, el Programa sobre Diversidad Cultural colaboró un informe requerido por la defensa técnica. En ese marco, lograron defender los derechos de las personas en la etapa de ejecución penal.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Vulnerabilidad. Acceso a la justicia. Reglas de Brasilia.

“El abordaje de casos que involucran a personas pertenecientes a pueblos indígenas requiere tener en consideración algunos elementos para garantizar un proceso judicial culturalmente adecuado y una defensa técnica eficaz. Desde el Programa sobre Diversidad Cultural, en el marco de lo previsto por los arts. 1 y 5 inc. b) de la Ley 27149, se ha propuesto como línea de trabajo, generar mecanismos que colaboren con el acceso a la Justicia de los pueblos Indígenas.

Las ‘Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad’ – aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en marzo de 2008 y con adhesión de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación por medio de la Acordada 5/2009– establecen criterios a seguir. En la regla 9 se establece que ‘las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales’ (Regla 9). Mientras que en la regla 79 se consigna que ‘en la celebración de los actos judiciales se respetará la dignidad, las costumbres y las tradiciones culturales indígenas’ (Regla 79).

Por lo demás, resulta prioritario llevar a cabo una adecuación de la implementación de las reglas procesales a las pautas culturales y las afectaciones posibles por la situación de vulnerabilidad estructural reconocida normativamente, en lo que respecta a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

Desde el Programa sobre Diversidad Cultural se elaboró un estudio sobre Acceso a la Justicia –2010, (publicado por el MPD), que sistematizó diversos obstáculos, algunos de tipo procesal vinculados –entre otras cuestiones– a la falta de peritos especializados en materia indígena, la escasez de abogados especializados, la extensa duración de los procesos judiciales, entre los principales; y otros de tipo estructural y cultural, como por ejemplo la distancia física entre los servicios de justicia y el lugar de residencia de las comunidades, la falta de personal con orientación social que pueda contribuir al relevamiento de la situación, ausencia de medios económicos, de medios de transporte y vías de

comunicación adecuada, desconfianza en el poder judicial a causa de diversos motivos, pero en especial por la discriminación sufrida históricamente, entre los más graves.

Estos obstáculos plantean desafíos acerca de nuestro rol como institución defensora de derechos humanos y contemplando la especial situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas se presentaron, tanto en la publicación ya mencionada y en 'Acceso a la justicia de Niñas, Niños y adolescentes indígenas. Criterios de actuación para una defensa técnica adecuada', algunas sugerencias de atención dirigida a los trabajadores de la administración pública y de la defensa pública".

2. Pueblos indígenas. Niños, niñas y adolescentes. Diversidad cultural. No discriminación. Actos discriminatorios. Lenguaje claro. Intérprete. Traductor. Peritos.

"Las principales recomendaciones acerca de estas pautas de atención radican en una identificación cultural, tanto del propio agente estatal como del asistido o potencial asistido.

Identificación cultural, tiene que ver con el reconocimiento de la diversidad cultural y la identificación del asistido con un pueblo indígena de pertenencia.

Principio de no discriminación, es preciso prestar atención una vez identificada la pertenencia indígena a la posibilidad de que hayan ocurridos actos discriminatorios por parte de otros organismos públicos y/o de sujetos privados en las diferentes consultas y demandas prestadas. Quiere decir, que hasta ese momento puede que hayan sido víctimas de malos tratos, de indiferencia, de exposición a diversas situaciones de discriminación sistemática y que este sea motivo de desconfianza a cualquier institución estatal sin distinción. Muchas veces, desisten de los reclamos, hay que tener en cuenta que quienes logran atravesar todo un recorrido de adversidades culturales deben recibir un trato amigable, respetuoso, etc.

Representación de NNyA indígenas, en todos los casos donde se comprometan derechos humanos y colectivos de los pueblos indígenas correspondería la intervención de la defensa pública en representación de los NNyA. Si bien cada caso merece una evaluación distinta, puede tenerse en cuenta esta estrategia.

Asistencia Jurídica, es importante que la asistencia jurídica de las personas indígenas incluya una descripción con un lenguaje simple, una descripción pormenorizada del significado del proceso jurídico en el que se encuentra involucrado, sobre cada uno de los pasos a dar y decisiones a tomar y sobre sus consecuencias (Intérpretes).

Peritajes culturales, es importante tener en cuenta que existen tanto en el programa sobre diversidad cultural como en espacios académicos y también comunitarios, especialistas que pueden dar cuenta de ciertos aspectos de la vida comunitaria, de la comunidad de pertenencia, del pueblo al que suscriben, que puede pasársele por desapercibido a cualquier persona no pertenece a este mundo simbólico y material.

Conocimiento del entorno, si bien comprendemos el abultado trabajo de las defensorías, sería importante considerar al menos una visita al territorio de pertenencia del asistido, dar cuenta del entorno social y cultural del que provienen.

Identificación de autoridades comunitarias, es importante identificar que el asistido indígena pertenece a una comunidad con normas y organización propia, distinto a lo que estamos acostumbrados y a un pueblo que data de siglos de existencia.

Fortalecimiento del trabajo en red para garantizar un mejor acceso a la justicia, cada vez que un asistido se identifique como indígena, puede relevar si ya se ha relacionado con algún organismo previamente”.

“Es sumamente importante deconstruir la imagen del indígena para identificar que una gran porción de la población urbana se adscribe como indígena. Quiere decir, que muchos miembros de comunidades han migrado por diversos motivos a las ciudades. Algunos de ellos, continúan sus lazos con su comunidad de pertenencia, a otros, la distancia, el tiempo rompe con la continuidad”.

3. Pueblos indígenas. Ejecución de la pena. Cárceles. Condiciones de detención. Prisión domiciliaria. Propiedad comunitaria. Idioma. Intérprete. Traductor. Vulnerabilidad. Responsabilidad del Estado.

“La otra cuestión de relevancia [es] el uso del idioma y la necesidad de un intérprete para garantizar la comprensión de las reglas del encierro. En efecto, los establecimientos penitenciarios carecen de condiciones para garantizarlo, por lo cual la situación del condenado se agrava ilegítimamente por ser colocado en una situación de especial vulnerabilidad por responsabilidad estatal. Ello obliga al juez de ejecución a adoptar las medidas necesarias para evitar y/o reparar tal daño, lo cual solo puede serlo por medio de la evitación de la privación de la libertad.

Por otro lado, los fines de la pena se cumplen por medio del cumplimiento domiciliario de la pena, dentro de la propia comunidad. Se puede recurrir a la realización de un peritaje o estudio específico (ya sea antropológicos, culturales, sociológicos, de miembros de las comunidades) en el proceso penal, tendientes a brindar información al Juez sobre la pertenencia a una comunidad indígena de la personas imputada, de sus usos y costumbres, del grado de enraizamiento comunitario, de las particularidades culturales y normativas vigentes, la existencia de autoridades comunitarias y en especial de las condiciones de vida social en el ámbito indígena que posibilitarían su permanencia en el lugar durante el desarrollo del proceso.

Las alternativas al encierro abarcan el otorgamiento de la prisión domiciliaria y/o la realización de trabajo comunitario. [...] En el marco de la actuación de la Defensa Pública ha habido antecedentes jurisprudenciales. En el caso FPO 4490/2014, ‘Villalba, Ramón’ en el cual también se trataba una imputación penal similar a una persona indígena, la Cámara Nacional de Casación Penal intervino a raíz el recurso de casación interpuesto por el DPO. Dispuso atender la solicitud de prisión domiciliaria, la situación de vulnerabilidad del imputado y su grupo familiar, con referencia a los dichos favorables de la autoridad comunitaria indígena y del arraigo en la comunidad. Así, la Cámara Federal de Posadas autorizó la detención domiciliaria”.

14. INFORME PARA EL CASO “FM” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 19 EL 22/2/2018.

HECHOS

Una persona de nacionalidad senegalesa vendía mercadería con una manta en la vereda. La Policía Metropolitana advirtió la situación y la detuvo por haber infringido el código contravencional. Además, indicaron que durante la detención se resistió a la autoridad y les provocó lesiones. En ese contexto, se formó un legajo de instrucción y la defensa técnica solicitó la colaboración del Programa sobre Diversidad Cultural para que realizara un informe sobre la situación de su asistida.

ARGUMENTOS

1. Discriminación racial. Procedimiento policial. Poder de policía. Violencia institucional.

“La discriminación e invisibilización de las personas afrodescendientes es de larga data, recién en el año 2010 por primera vez dentro del censo nacional, se les preguntó a los censados si se auto reconocían como afrodescendientes y 149.493 personas respondieron afirmativamente. Aunque según las organizaciones que los representan, en Argentina las personas con origen africano serían aproximadamente dos millones.

De ese modo, el presente caso, se enmarca en un contexto de discriminación y, especialmente, de situaciones violentas contra las personas de origen africano que se dedican a la venta ambulante o callejera. En el último tiempo, la comunidad afro viene denunciando situaciones de violencia institucional. En agosto de 2015 se realizó una marcha masiva de senegaleses en contra de esa forma de violencia. En una nota entrevista, en esa oportunidad, Abdolaye Gothé, en representación de los vendedores, aseguró: ‘La Policía Metropolitana nos hostiga en forma cotidiana, con violencia, amenazas y acusaciones falsas. Los inmigrantes africanos venimos a este país a ganarnos la vida dignamente y es muy positivo que distintos sectores políticos y sociales defiendan nuestro derecho a trabajar’²⁹.

Estos elementos de contextos brindan herramientas para comprender la situación desde la mirada de F., quien se pudo haber representado una situación de temor fundado hacia las fuerzas de seguridad que actuaban en el marco del operativo de control. El modo en el que los policías se acercaron a su persona fue repentino y MF no comprendió inicialmente el diálogo ni la intención de dichos funcionarios. Asimismo, alrededor suyo había otros vendedores, por lo tanto, no había motivos para pensar que el motivo de cuestionamiento por parte de los agentes tenía que ver con su actividad de venta.

Al respecto, recientemente, en el marco de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, se elaboró el estudio Territorio de Control Policial – Gestión de Ilegalismo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el que se investigan diversas situaciones vinculadas sobre el poder de policía en relación a como ‘se administran y gestionan los modos de vida de ciertos grupos sociales y se da lugar a prácticas de arbitraje y punición que la propia policía asume, por cuenta propia, en ocasiones más allá

²⁹ Nota completa disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-294418-2016-03-12.html>.

de la ley, pero como complemento real del sistema judicial³⁰. De allí surge, que las estadísticas judiciales en materia contravencional evidencian que la venta callejera es una de las actividades sobre la cual hay una constante persecución³¹.

2. Afrodescendientes. Migrantes. Minorías culturales, étnicas y lingüísticas. Discriminación racial. Resistencia a la autoridad. Culpabilidad. Dolo. Error culturalmente condicionado. Prueba. Apreciación de la prueba.

“En virtud de la información que consta en el expediente resulta cuestionable afirmar la configuración del dolo de resistencia a la autoridad. Más bien, F. tuvo un comportamiento cuya intención fue la preservación de sus pertenencias, necesarias para garantizar su supervivencia diaria, ante el temor fundado, desde su punto de vista y situación específica, una amenaza verosímil de perderlas e incluso para su integridad física. Es decir, en base al conocimiento de su propia experiencia y del trato que reciben sus compatriotas, se representó la posibilidad de que la policía lo maltrate, a él o a sus pertenencias, y actuó en defensa de su persona y sus bienes. [...] Asimismo, de la prueba que consta en el expediente no hay forma de asociar las lesiones leves de los funcionarios policiales con un ataque de parte de F.

La construcción cognoscitiva de la subjetividad de la persona perteneciente a una minoría étnica condiciona, en buena medida, su posibilidad de comprensión de las figuras simbólicas de la cultura predominante y, por ende, de los elementos normativos tipificados por la ley penal.

La condición de migrante afrodescendiente de F., explica las dificultades para internalizar representaciones simbólicas de la cultura occidental. En lo relevante para el derecho penal, esto incluye los obstáculos para la comprensión de los elementos normativos como el significado de la figura jurídico penal de ‘la resistencia a la autoridad’ y ‘la condición para la venta ambulante’, sin posibilidad cognoscitiva de aproximarse a conceptualizar la línea divisoria de lo lícito, cuya frontera entre lo legal e ilegal se torna difusa.

También, como hemos sostenido, no es posible sostener la existencia de subculturas totalmente extrañas a las pautas de la sociedad mayor en la que se insertan. El antropólogo argentino Adolfo Colombres ha caracterizado la aculturación como un proceso de cambio que emerge del contacto de grupos que participan de culturas distintas. La aculturación ‘se caracteriza por el desarrollo continuado de un conflicto de fuerzas, entre formas de vida de sentido opuesto, que tienden a su total identificación y se manifiesta, objetivamente, en su existencia a niveles variados de contradicción’³².

3. Venta. Vía pública. Mercaderías. Patrimonio. Procedimiento policial. Secuestro. Allanamiento. Violencia institucional.

³⁰ Territorio de Control Policial. Gestión de Ilegalismo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. Ed. FILO, UBA, disponible en <http://publicaciones.filo.uba.ar/sites/publicaciones.filo.uba.ar/files/Territorios%20de%20control%20policial%20%28interactivo%29.pdf>

³¹ Op. Cit. Pág. 162 y para estadísticas ver especialmente el texto “El registro de contravenciones y las prácticas policiales en la Ciudad de Buenos Aires” en la publicación antes citada.

³² Cfme. Alfredo Colombres, La colonización cultural de la América indígena, Serie Antropológica, Ediciones del sol – CEHASS, Bs. As., 1987, citado en Cesano, José Daniel, ob. cit.

“El Sr. F. vive de la venta ambulante, y el día en que ocurrieron los hechos se encontraba trabajando en la vía pública. La mercadería que se encontraba vendiendo, no sólo representa su trabajo o modo de ingreso económico, sino que se trata de su único patrimonio. Esos productos, tienen el valor y significado de la ‘supervivencia’ misma. Al defenderlos, está protegiendo sus únicos recursos y su propia vida.

La situación de exposición que perciben quienes cuentan con la venta ambulante como único ingreso, se torna en muchos casos riesgosa ya que en ciertos operativos de control se han ejercido abusos contra las personas o sus mercaderías e incluso se han dado situaciones de violencia institucional graves”.

“En relación con situaciones más violentas, sólo a modo de ejemplo, podemos mencionar que, en un operativo de enero de 2014, a tres senegaleses, que compartían habitación en un conventillo de Balvanera, la Metropolitana les secuestró la mercadería en un allanamiento hecho a la madrugada y a la fuerza: entraron a todas las habitaciones del edificio, maniataron a menores y desnudaron a mujeres. Según denunciaron las víctimas, junto a otros 17, fueron obligados a firmar mientras les apuntaban con una pistola, y para peor no entendían los documentos porque no hablaban español: se manejaban en francés y wolof, una de las lenguas oficiales en su país³³. Allí también se relatan experiencias de los operativos de control por venta ambulante: ‘Si un inspector quiere incautar material durante un allanamiento, el procedimiento correcto incluye la lectura de derechos, el listado de los productos a llevar y después el secuestro de la mercadería para llevarla a un depósito habilitado. Los vendedores afro dicen que en su caso se resume al secuestro y la desaparición de los productos, sin decirles dónde los llevan y en algunos casos haciéndolos firmar actas con amenazas a punta de pistola’³⁴”.

4. Afrodescendientes. Migrantes. Pobreza. Idioma. Intérprete. Peritaje antropológico. Vulnerabilidad. Fuerzas de seguridad.

“El Sr. F. reúne ciertas condiciones que conforman un escenario de vulnerabilidad que no puede dejar de ser tenido en consideración: es migrante, afrodescendiente y se encuentra en situación de pobreza, su lengua materna no es el español, por lo tanto, su comprensión y posibilidad para expresarse se reduce significativamente, sobre todo en situaciones confusas, que pueden representar tensión y temor fundado.

Al respecto, el factor idiomático debe ser contemplado al momento de abordar un caso que involucra [a] una persona con las condiciones mencionadas y no se resuelve con el mero hecho de contar con un traductor. Hay ciertas cuestiones que requieren la asistencia de un intérprete cultural e incluso en ciertos casos, de considerarlo necesario, un peritaje antropológico. Dichos recursos permiten brindar información completa para arribar a una solución adecuada culturalmente, ponderando todas las situaciones que se encontraron en juego. Ello, debe tenerse especialmente en cuenta, cuando se trata de casos como el presente, en el que se analizan los hechos en el marco de un operativo de fuerzas de seguridad, donde la voz y versión institucional se torna aún más fuerte frente a la mirada sobre lo que sucedió expresada por el Sr. F.”.

³³ Esta entrevista se encuentra disponible en el sitio de la Revista Anfibia la revista de la Universidad Nacional de San Martín: <http://www.revistaanfibia.com/cronica/nuestras-manos-tambien-son-blancas/>

³⁴ Op. Cit. Revista Anfibia

15. INFORME PARA EL CASO “RD” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 12 EL 17/10/2017 Y RESUELTO POR EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 2 EL 8/8/2018.

HECHOS

Una persona originaria del Estado Plurinacional de Bolivia, con escasos recursos y estudios, quechua hablante, a quien su padre tenía trabajando en un campo desde muy pequeña, se mudó a Argentina. Luego, comenzó a trabajar en un taller textil clandestino bajo condiciones muy precarias. Tiempo más tarde, contactó a otras personas de su país de origen para que se mudaran a Argentina y comenzaran a trabajar en el taller. Por ese hecho, la persona fue procesada por el delito de trata de personas con fines de explotación laboral agravado en concurso ideal con el delito de reducción a la servidumbre. A continuación, la causa fue elevada a juicio. En ese contexto, el Programa sobre Diversidad Cultural consiguió un intérprete de la lengua quechua. Además, elaboró un informe con aportes para la defensa. En la instancia de juicio oral, las partes celebraron un acuerdo de juicio abreviado que fue homologado por el juez.

ARGUMENTOS

1. Trata de personas. Explotación laboral. Reducción a la servidumbre. Culpabilidad. Error culturalmente condicionado. Vulnerabilidad. Jurisprudencia.

“En relación a un posible enfoque de diversidad cultural para la defensa en casos como el presente, en principio el debate quedó trabado de tal manera que parece descartarse el uso directo de la diversidad cultural étnica como causal de exculpación en el ámbito de la culpabilidad (por error de prohibición o de comprensión culturalmente condicionado). El delito culturalmente motivado es aquella conducta subsumida en la norma penal, cuya motivación subjetiva por parte del infractor se encuentra en los valores y parámetros de la cultura a la que pertenece –de pueblo indígena o minoría étnica–, en virtud de los cuales se presenta como legitimada y exenta de responsabilidad.

En lo relativo a los casos en los que se investiga el delito de trata de personas con fines de explotación laboral o reducción a la servidumbre, la cuestión ha sido debatida en los casos tramitados ante la justicia federal penal ‘Guaraschi Mamani’ (2007) y ‘Gilmer S.A.’ (2008)...”.

“No obstante, queda abierta como vía defensiva la posibilidad de alegar la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los imputados, que lo torna víctima de prejuicios y de la criminalización selectiva. De manera tal que las condiciones personales, económicas y culturales de la persona adquieran relevancia exhibiendo esa situación de vulnerabilidad y la adecuación del proceso penal y la interpretación de los hechos, para garantizar el debido proceso y el acceso a la justicia.

La situación de vulnerabilidad de la persona la torna inidónea para ser autora del hecho que se le endilga, por la posición de dominio y poder de disposición frente a otros que el tipo penal requiere para su realización y su falta de condiciones personales, por la vulnerabilidad en que se encuentra, para ello”.

16. INFORME PARA EL CASO “COMUNIDAD MAPUCHE RAQUITHUE” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE ZAPALA EL 19/9/2017.

Para profundizar sobre el derecho al territorio, véase el [informe del caso “CII”](#).

HECHOS

Durante una noche, personal de Gendarmería Nacional ingresó a un territorio de la comunidad mapuche de Zapala. Las fuerzas de seguridad se presentaron sin orden judicial y sin el consentimiento de los miembros de la comunidad. En ese contexto, indicaron que buscaban a Santiago Maldonado. Por ese hecho, la población de la zona se sintió amedrentada y amenazada. Ante esa circunstancia, los representantes del colectivo mapuche interpusieron un *habeas corpus* preventivo y solicitaron que se garantizara la libertad y la integridad física de sus miembros. El Programa sobre Diversidad Cultural colaboró con la elaboración de un informe.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Allanamiento. Consulta previa.

“La omisión de realizar una consulta y brindar un espacio de participación a los miembros de la comunidad –a través de sus autoridades comunitarias– sobre el motivo y el modo en que se llevó a cabo el operativo, es contrario al objeto de la medida, ya que no sólo se avasallan sus derechos, sino que se pierde la oportunidad de contar con información relevante que podría aportar la comunidad. Para ello, es fundamental en forma inicial, que los funcionarios judiciales se presenten previamente ante las autoridades comunitarias (el Lonko en el pueblo Mapuche), a través de quien se inicia el diálogo que requiere la consulta indígena. Es decir, el pueblo mapuche al exigir y reclamar que se respeten sus derechos fundamentales de ninguna manera está interesado en entorpecer la búsqueda de Santiago Maldonado.

El objeto de las medidas de instrucción en el proceso penal –como el registro domiciliario– es la averiguación del hecho y del secuestro de cualquier objeto útil para la investigación. Ahora, esta finalidad se cumple con eficacia si se garantiza al mismo tiempo el derecho a la consulta y participación de la comunidad. Esto implica cumplir con las garantías mínimas del proceso penal tendiente a evitar daños y menoscabo de los miembros de la comunidad, y además contar con su colaboración para una mayor eficacia de la medida. Hay que tener muy en cuenta que el allanamiento no es contra la comunidad, que no cuenta con ninguna imputación en su contra.

El artículo 224 del CPPN habilita al registro de un lugar mediante auto fundado del juez. El 225 dispone que cuando el allanamiento deba realizarse en un lugar habitado la diligencia solo podrá realizarse desde que sale el sol hasta que se pone, salvo consentimiento expreso. El art. 226 establece la excepción que no regirá lo dispuesto en el art. 225 para lugares cerrados que no estén destinados a habitación o residencia particular.

El territorio comunitario debe ser considerado como un lugar cerrado –por ser de propiedad de la comunidad y con derecho a excluir al resto–, destinado a la residencia de sus miembros. Corresponde tener en cuenta que dentro del territorio existen casas donde moran las distintas familias, por lo que el

registro realizado debe ser considerado como un allanamiento domiciliario al que le corresponde todas las exigencias de las garantías del proceso penal. De ahí que no pueda entenderse como configurada la excepción del art. 226 CPPN, y el registro debió, al menos, realizarse durante el día, con el consentimiento comunitario.

La exigencia de cumplir el derecho a la consulta y participación indígena, no implica un obstáculo al ejercicio de las facultades judiciales legalmente establecidas como medidas de instrucción, pero sí requiere de un respeto a mínimas garantías”.

17. DICTAMEN DEL CASO “MM” PRESENTADO ANTE EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N°4 DE SAN MARTÍN EL 13/7/2016.

HECHOS

Una mujer analfabeta, de cultura gitana Rom, vendía réplicas de discos de música en la vía pública. La situación fue advertida por la fuerza de seguridad y la detuvieron. A continuación, la trasladaron a la comisaría y la imputaron por infracción a las leyes de Propiedad Intelectual y Marcas y Patentes. Durante su detención, el personal policial le hizo burlas y aplicó un trato discriminatorio. El Programa sobre Diversidad Cultural colaboró con la defensa y elaboró un dictamen. Además, la asistida se entrevistó con una antropóloga del Equipo Interdisciplinario de la Defensoría General de la Nación.

ARGUMENTOS

1. Minorías culturales, étnicas y lingüísticas. Criterio de autoadscripción.

“Se considera como grupo étnico-nacional a toda colectividad de individuos con tradiciones, o lengua, o religión u origen territorial común, que asuma su pertenencia a dicho colectivo, siendo esta ‘auto-inclusión’ la característica central de su pertenencia³⁵.

Por lo expuesto, la concepción jurídica de la identidad étnica y cultural es un aspecto de relevancia a ser precisado, para lo cual rigen pautas normativas. Si existieran dudas acerca de la identidad étnica de la persona traída a proceso judicial, la cuestión no debe ser dilucidada por el juzgador sin recurrir a verificar el criterio normativo internacional de autoadscripción, mediante la pregunta directa al involucrado para develar su conciencia de identidad y pertenencia (artículo 1 del Convenio 169 de la OIT). Para el caso que persista el interrogante de modo fundado, podría, en respeto del mismo principio, recurrirse a la misma comunidad para que aportara su criterio de adscripción.

Las personas pertenecientes a una minoría étnica son titulares, en el sistema normativo nacional, de los derechos previstos en el Convenio 169 de la Organización General del Trabajo. En este sentido, la categoría de pueblo tribal –sujeto de derecho definido por el Convenio– incluye a todos los grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la predominante en la sociedad a la que pertenece, reconociendo así la existencia de grupos étnicos diferentes, para garantía de su supervivencia social, económica, política y cultural”.

2. Minorías culturales, étnicas y lingüísticas. Igualdad. Principio de dignidad humana. No discriminación.

“En el derecho comparado, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado sobre la admisión del reconocimiento constitucional del pueblo Rom o Gitano como grupo étnico y cultural de la nación, al incluir dentro de la expresión ‘pueblos tribales’ del citado Convenio, lo que impone al Estado el cumplimiento de obligaciones determinadas a fin de garantizar los derechos de las personas pertenecientes a la cultura Gitana Romaní en su condición de minoría étnica [...].

³⁵ Hacia un plan nacional contra la discriminación: la discriminación en Argentina - 1a ed. - Buenos Aires: Inadi, 2005, pág. 102.

El reconocimiento y protección de derechos a las minorías étnicas y culturales debe darse en condiciones de igualdad y dignidad, respetando las diferencias y particularidades de cada cultura, en todos los aspectos, muy particularmente durante el desarrollo de la totalidad de las etapas del proceso judicial-penal. Este reconocimiento y protección de derechos obedece a motivos culturales y razones étnicas, sin que lo desvirtúe el mayor o menor grado de integración a las normas y pautas culturales predominantes por parte del grupo social o de las personas pertenecientes al mismo. Al contrario, la interacción social, el intercambio y el mestizaje étnico forma parte de la condición dinámica de la cultura en general. No hay identidad cultural estática, salvo los casos de aislamiento.

En este mismo sentido de protección normativa, corresponde tener en cuenta que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la reunión celebrada en 1992 adoptó la Resolución 1992/75 titulada 'protección a los Rom', por medio de la cual invitó a tomar las medidas necesarias para eliminar toda forma de discriminación contra las personas pertenecientes a la cultura Gitana".

3. Minorías culturales, étnicas y lingüísticas. No discriminación. Acceso a la justicia. Violencia de género. Niños, niñas y adolescentes. Educación. Estereotipos.

"Según surge del Mapa Nacional de la Discriminación elaborado en 2013 por el INADI (Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo), 'las personas identificadas como gitanos/as constituyen el grupo que recibió los mayores niveles de representaciones negativas por parte de los/as entrevistados/as. Es decir que se trata del grupo que se percibe como el más discriminado y rechazado en nuestra sociedad actual'³⁶. A la vez, se ha puesto de relieve los múltiples obstáculos en el acceso a la justicia ya que 'por lo general, la minoría que aún practica la tradición nómada vive en el interior del país y está, desafortunadamente, asociada a niveles de pobreza profundos y estructurales, que entorpecen el acceso a derechos, a la vez que dan cuenta de la existencia de una fuerte estratificación de clase al interior de la propia comunidad rom'³⁷.

También, se ha destacado el género como condición de vulnerabilidad aún mayor, en tanto que 'la discriminación de género que atraviesa a todas y cada una de las mujeres que así se identifican (tanto por autopercepción en tanto tales, como por cómo las perciben las demás personas) y que implica complejas relaciones de violencia y desigualdad, atraviesa también a las mujeres gitanas. Este atravesamiento de la desigualdad de género se juega en una doble dirección, desde grupo occidental y desde su propio grupo gitano [...]. No es un dato menor que sean las menos alfabetizadas y las que más baja expectativa de vida tienen dentro de su comunidad. Tampoco lo es el alto nivel de violencia de género que viven al interior de sus grupos familiares, garantizado por las rígidas estructuras sociales rom, de corte androcéntrico'³⁸.

Por lo expuesto, puede afirmarse que en la actualidad se considera que las personas pertenecientes a la cultura gitana, en tanto colectivo étnico específico, son objeto de una discriminación de carácter estructural, que atraviesa los diferentes aspectos de la sociabilidad. Se destaca así el ámbito educativo como uno de los espacios fundamentales de discriminación, máxime cuando la identidad gitana queda

³⁶ "El pueblo rom y la discriminación en la Argentina", de Julia Contreras, pág. 25 y ss. en "Exclusión e inclusión III. Discursos. Estereotipos. Desigualdad de oportunidades. Prejuicio y violencia.", DAIA, Buenos Aires, 2015.

³⁷ Idem. Julia Contreras

³⁸ Idem. Julia Contreras.

al descubierto, lo cual opera como causa de deserción escolar, al generar una contradicción entre la preservación de la identidad y la continuidad de la escolarización³⁹.

Esto último por supuesto es extensible al ámbito de la administración de justicia y los operadores judiciales en general. A la vez, resulta necesario para comprender como esta condición de víctima de discriminación estructural, determina el perfil del proceso de socialización primaria cuya consideración es imprescindible para la determinación de factores culturales de condicionamiento de la conducta de las personas pertenecientes a esos colectivos culturales discriminados. Para mayor ilustración y fundamento de la condición de colectivo discriminado, se ha concluido en investigaciones antropológicas que 'es poco usual que los niños y niñas gitanos concluyan la escolaridad primaria. Suelen llegar hasta cuarto o quinto grado, cumpliendo así las expectativas de sus familias, que se contentan con que adquieran rudimentos básicos de lectoescritura y cálculos que les permitan el desempeño comercial de la vida diaria'⁴⁰. Así también como que 'en el ámbito local, de igual manera, los medios masivos de comunicación suelen homogeneizar a la comunidad y mostrarnos a gitanos vinculados al robo de autos, la desaparición de niños, operaciones mafiosas y estafas de todo tipo, advirtiendo 'tenga cuidado con ellos, porque, aunque no llevan armas consigo, logran que los abuelos les abran las puertas de sus casas a través de engaños para los que utilizan a mujeres y niños. Estos informes periodísticos con alto contenido sensacionalista contribuyen a forjar prejuicios y estigmatizaciones que agudizan las consecuencias de la exclusión económica''⁴¹.

4. Minorías culturales, étnicas y lingüísticas. Error culturalmente condicionado. Acceso a la justicia. Educación. Pobreza.

"La construcción cognoscitiva de la subjetividad de la persona perteneciente a una minoría étnica condiciona, en buena medida, su posibilidad de comprensión de las figuras simbólicas de la cultura predominante y, por ende, de los elementos normativos tipificados por la ley penal. En lo que respecta a la cultura gitana en especial y la exigencia de su comprensión de ciertos aspectos normativos motivadores de la conducta, y base del reproche penal, resulta relevante la siguiente caracterización: 'este tipo de propuestas que parten de una cultura letrada, no repara en sus propias limitaciones, se propone exigirle a un pueblo nómada que opere, de un modo para el cual no ha sido preparado. Esto es posible de realizar cuando el destinatario tiene una representación mental de la vida, constituida desde y por la escritura, que imparte sus valores desde la escuela primaria, desde la documentación estatal, jurídica, religiosa y artística. Si bien los gitanos han sabido de la existencia de la escritura, y además la podían visualizar; deberá entenderse que no podían sentirse constituidos por ella, no es un

³⁹ Hacia un plan nacional contra la discriminación: la discriminación en Argentina - 1a ed. - Buenos Aires: Inadi, 2005, pág. 138.

⁴⁰ Abduca Ricardo Gabriel y Calcagno, Marisa Elsa (2013). Gitanos de Buenos Aires. Prácticas culturales rom de pureza y escolarización. Hipótesis de trabajo. VII Jornadas Santiago Wallace de Investigación en Antropología Social. Sección de Antropología Social. Instituto de Ciencias Antropológicas. Facultad de Filosofía y Letras, UBA, Buenos Aires.

⁴¹ Testimonio de discriminación, en http://repositorio.filo.uba.ar/xmlui/bitstream/handle/filodigital/904/uba_ffyl_t_2009_857868.pdf?sequence=1&isAllowed=y "Negociando la otredad Los usos permitidos de la diversidad y la estigmatización de la diferencia en el espacio público urbano: etnografiando los procesos de reelaboración identitaria a través del caso de los gitanos caló en la ciudad de Buenos Aires" Pacheco, Julieta Fernanda Lacarrieu, Mónica Beatriz, 2009, pág. 73 y ss.

elemento propio al que se pueda acceder fácilmente y mucho menos creerle, más aún si tenemos en cuenta que desde la escritura han partido las ordenes de persecución y asesinato en su contra. La escritura obliga, retiene, encarcela y hace viva la presencia del pasado, y puede congelar en un documento la libertad del hombre⁴². Esta situación de la cultura gitana, en lo relevante para el derecho penal, debe ser ponderada para evaluar la comprensión de los elementos normativos como el registro de marcas, propiedad intelectual, y la posibilidad cognoscitiva de aproximarse a conceptualizar la línea divisoria de lo lícito e ilícito, que así se torna difusa”.

“Todo esto constituye un conjunto de principios y obligaciones a ser considerado por los juzgadores en general, con el fin de garantizar un acceso a la justicia culturalmente adecuado. Al mismo tiempo, existen factores a considerar como relevantes para concluir respecto del grado y modo de comprensión normativa para arribar a un juicio de reproche penal. Entre los más destacables se puede mencionar a la interferencia en la socialización primaria, por vía de la deserción escolar sin concluir con el aprendizaje de lectoescritura y, en tales casos, la consecuente condición de analfabeto; el tipo de relación con el resto del entorno social, el vínculo amplio con las familias al interior de la cultura gitana, la exclusión social y la pobreza padecida en todos los órdenes de la vida social (escuela, hospitales, tribunales, empresas, comercios, lugares de trabajo) como causa de la discriminación estructural”.

Finalmente, el relato de la entrevista oral mantenida con la Sra. M. aporta elementos que contribuyen a la comprensión de un enfoque jurídico respetuoso de la diversidad cultural.

Fragmentos de la entrevista a M. realizada por Elena Andreea Parvu y su análisis antropológico para el caso⁴³

En esa ocasión, la nombrada nos hizo saber, respecto del proceso penal en su contra, la esperanza de que ‘todo esto se termine de una vez porque yo no hice nada malo’. En este sentido, realizó una serie de apreciaciones de relevancia, como que el día del hecho que diera origen a la causa penal, un policía tras observarla y hacerle señas para pararse, le preguntó ‘¿de dónde sos?’, a lo que le contestó que era ‘de Moreno’. Según ella, el policía la interpelló porque: ‘me notó cara de gitana’.

También, M. contó que en aquel momento no comprendió los motivos por los cuales el policía la llevó a la comisaría, lo cual la angustió sobremanera ‘porque nunca me llevaron a la policía, ni nunca me encerraron’. Explicó que el mismo efectivo policial le dijo que no iba a salir y le ‘hacía burla’ [...] ‘¡mmm! ¡mmm! ¡mmm!’ (sic), como manera de reproducir la gestualidad a la que hizo referencia, mediante sonidos guturales y onomatopeyas, expresando una actitud de burla. Respecto de su significado, nos explicó que ‘porque así hablan los gitanos que viven por la zona de Ciudadela, aunque nosotros no’. La Sra. M. se definió a ella misma y a su familia como pertenecientes a la cultura gitana, a una parcialidad de esa etnia de origen rumano residente desde hace mucho tiempo en la localidad de Moreno, provincia de Buenos Aires. También contó que comparte la vivienda con su madre, su padre que ‘va y viene’, un hermano, dos hermanas y un sobrino.

⁴² “Pueblo Rom: Nomadismo y oralidad”, de Jorge Emilio Nedich, en el sitio <http://argentina.indymedia.org/news/2007/05/516542.php>, consultado el 27/06/2016

⁴³ Elaborado por Elena Andreea Parvu, Prof. en Antropología, para el Dictamen, ex integrante del Programa sobre Diversidad Cultural y, al tiempo del dictamen, del Equipo Interdisciplinario de la Secretaría General de Política Institucional, Defensoría General de la Nación.

A diferencia de las comunidades gitanas de origen húngaro de la zona de Ciudadela, quienes usan vestimenta tradicional gitana *'con las polleras y todo eso'* (sic), prefiere conservar los rasgos vestimentarios tradicionales en el interior de sus viviendas y sus ceremonias comunitarias, y llevar en espacios públicos el tipo de prendas comúnmente utilizadas. Nos señaló que, sin perjuicio de no utilizar en la vía pública la vestimenta típica, ella y sus familiares son habitualmente identificados como gitanos por parte de las demás personas, por su fisonomía, costumbres y manera de hablar, lo cual usualmente da lugar a prejuicios. No obstante, respecto de los demás, nos dijo que *'a algunos les gusta, pero a muchos les da miedo, porque piensan que los gitanos roban chicos y hacen cosas malas'* (sic).

La Sra. M. nos manifestó que no asistió a la escuela por necesidades de subsistencia de la familia, por lo que tuvo que comenzar a trabajar desde los 10 años de edad. Nos señaló que esa situación es común en las comunidades gitanas para *'poder comer una comida, llevar una ayuda'* (sic). En esas condiciones, por su falta de escolarización, nos dijo que nunca terminó de aprender a leer y escribir, lo que en su familia es común. Nos dijo que sólo saben leer una hermana y su sobrino. Por eso, en la sede de la comisaría les señalo a los policías, respecto del acta de procedimiento que le mostraban, que no la entendía –les dijo *'no entiendo eso'*– y al pedirle el policía que la firmara, ella le explicó que *'no sé firmar'*, por lo que aquél le indicó *'hacé un garabato'* (sic).

“De acuerdo a Brubaker y Cooper (2001), la identidad es una categoría nativa, a la cual es menester desnaturalizar, a fin de revelarla como lo que es: una construcción social que se sitúa en los intersticios de auto-identificaciones, adscripciones grupales y asignaciones externas de identidad⁴⁴. El proceso de construcción de la identidad nacional hegemónica en Argentina definió diferentes trayectorias para las alteridades, que se corresponden con dos *'movilidades estructuradas funcionales'*⁴⁵. Se trata de un proceso de racialización y etnicización que perdura y se resignifica hasta el presente. En la construcción y reproducción de la identidad nacional, la racialización y etnicización se fueron instalando como homólogos de la estratificación social que preexistía y a la que a su vez retroalimentaron. Lo expuesto es relevante en tanto es en este marco histórico-antropológico en el que hay que situar culturalmente a la Sra. M.

De la entrevista realizada con la nombrada, se desprende que en el encuentro fundacional con el efectivo policial que dio inicio a su procesamiento, se juegan representaciones y prácticas sociales en un doble sentido: una auto-identificación como gitana y una asignación por parte del efectivo policial – agente estatal– de la identidad gitana, o al menos de una determinada alteridad. Ello se observa en la primera pregunta que le hace el policía.

La práctica recurrente consiste en que los agentes de las fuerzas de seguridad soliciten el documento de la persona retenida, y a lo sumo su domicilio. En cambio, en la ocasión que nos concierne, la pregunta *'¿De dónde sos?'* es tan amplia que implica situar a la Sra. M. en un origen distinto al del resto de los transeúntes y del mismo policía. Insinúa que éste último la ubica en la esfera de una otredad de algún tipo. Si la Sra. M., tal como detalla en la entrevista, no ostentaba vestimenta tradicional gitana, queda en evidencia que el agente policial identifica –racialización/ etnicización mediante– un rasgo fenotípico

⁴⁴ Brubaker, R. y Cooper, F. “Beyond identity”. *Theory and Society*, 2000.

⁴⁵ Briones, Claudia: *Cartografías argentinas: políticas indigenistas y formaciones provinciales de alteridad*, Claudia Briones Ediciones, Buenos Aires, 2002

particular o diferente en ella. Y es por eso que la interpela en primer lugar. La Sra. M. reconoce ese gesto inicial como causa de su problema: 'Me notó cara de gitana'.

A lo largo de la entrevista, aparecen varios elementos que denotan la discriminación que M. está acostumbrada a padecer. El miedo de los demás, los estereotipos, mitos y estigmas en torno al grupo étnico al cual pertenece, se condensan en el relato acerca de la burla a la que la somete el policía en la Comisaría. La Sra. M refiere a una auto-identificación construida en múltiples niveles en torno a lo étnico y lo nacional, donde el sentido de pertenencia choca constantemente con el sentido de la discriminación. Los condicionantes étnicos de su analfabetismo se convierten en impedimentos socioculturales a la hora de comprender, interpretar y apropiarse de una cultura letrada y normativa jurídica que le resulta ajena y desconocida”.

18. DICTAMEN DEL CASO “RMB” PRESENTADO ANTE LA SALA VI DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES EL 17/5/2015.

HECHOS

Una mujer originaria del Estado Plurinacional de Bolivia, indígena, analfabeta, quechua parlante, vivió la mayor parte de su vida en una zona rural. En su país de origen, inició una relación sexoafectiva con un hombre y tuvieron dos hijos. Luego, él se mudó a la Argentina y tiempo más tarde lo acompañaron la mujer y sus niños. La familia vivía en una pieza pequeña. Una noche, su concubino fue asesinado y su cuerpo fue enterrado en un basural. Por ese hecho, la mujer fue imputada y procesada por el delito de homicidio agravado. Durante el proceso penal, no contó con un intérprete. Los testigos tampoco contaron con traductor oficial. Además, su defensa indicó que sufría violencia de género por parte de su pareja y que se encontraba en estado de vulnerabilidad. Sin embargo, el tribunal interviniente condenó a la mujer por el delito de homicidio agravado por alevosía y por haberse cometido para ocultar otro delito. Contra esa sentencia, su defensa interpuso un recurso de casación. El Programa sobre Diversidad Cultural confeccionó un dictamen para fundar la impugnación. Con posterioridad, la defensa, con colaboración del Programa, interpuso una acción de amparo para recibir la Asignación Universal por Hijo, que prosperó.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Igualdad. No discriminación. Diversidad cultural. Interculturalidad. Derecho de defensa. Debido proceso. Acceso a la justicia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia.

“El principio de considerar las especificidades culturales y étnicas para el acceso a la justicia es un deber por parte de los juzgadores y tiene sustento constitucional en los artículos 16 y 75 incs. 17 y 19 de la Constitución Nacional y, en el ámbito internacional, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (artículos 8, 9 y 12), en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 13 y 40) y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se trata de cumplir con la obligación judicial de garantizar el pleno acceso a la justicia de un modo culturalmente adecuado.

Este principio es una derivación del derecho a la igualdad, a la no discriminación y al respeto a la diversidad cultural y étnica, y consagra un ejercicio de la jurisdicción penal con perspectiva intercultural, en razón de la pertenencia étnica de las personas sometidas a proceso. Su carácter es de orden público constitucional y del sistema interamericano de derechos humanos, por lo que los juzgadores tienen la obligación de tomarlo en cuenta para interpretar el derecho, o interpretar normativamente situaciones de hecho y juzgar conductas pasibles de reproche penal. De lo contrario se afecta de modo fulminante el derecho a la defensa, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia, de acuerdo a lo establecido en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y art. 9.2 del Convenio 169 de la OIT.

En ‘Rosendo Cantú’, la Corte IDH señaló que el principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana impone la obligación del Estado de otorgar ‘una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como

su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres' (párr. 184). En 'Xákmok Kásek', aquel tribunal precisó que el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, ha ingresado en el dominio del *jus cogens* sobre el cual se basa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional (par. 269)".

2. Pueblos indígenas. Idioma. Traducción. Derecho al intérprete. Interculturalidad. Igualdad. No discriminación. Derecho de defensa. Debido proceso. Arbitrariedad.

"El derecho a nombrar y designar un intérprete en el idioma autóctono de la persona traída a proceso, le asiste desde el inicio hasta la finalización, en especial en aquellos casos en que se identifique étnicamente como originaria y evidencia un dominio y comprensión real del idioma español. El intérprete debe ser garantizado más allá del nivel de comprensión que la persona tenga del idioma español, ya que se trata de una cuestión principalmente cultural. Para acercarnos a este asunto, conviene recurrir a lo que señalan investigaciones académicas, en cuanto a que 'las lenguas de los pueblos originarios no sólo manifiestan otras apreciaciones del mundo, sino otro modo de enfocar la realidad, de filosofar a partir de ésta y de organización de manera distinta'⁴⁶.

Por esto mismo, no se trata solo de garantizar un traductor sino de recurrir a la tarea de un intérprete, cuyo objetivo sea el de traducir tanto la literalidad de las formas como el contenido de las sustancias, es decir que realice una tarea de interculturalidad, de comprensión del contexto normativo y cultural en que se desenvuelve la persona emisora del mensaje, para una adecuada traducción de los significados. Sin ese puente intercultural, la comunicación es fallida y, por lo tanto, se erige como obstáculo para el libre desempeño del sujeto y su adecuado ejercicio del derecho a la defensa, lo cual viola el debido proceso de modo irreversible. Tal es la gran importancia de la presencia de un traductor, cuyo conocimiento previo debe ser también fehacientemente acreditado en el proceso, el cual incluye necesariamente el saber específico sobre la situación en que se encuentra la persona, su origen e historia de vida, del entorno familiar y especialmente el de la comunidad a la cual pertenece. Nada de esto puede ser ajeno al proceso, bajo riesgo de tornar arbitraria cualquier decisión judicial que se adopte.

A modo ilustrativo, se puede mencionar que las autoridades comunitarias son designadas de acuerdo al sistema de cargos particularmente existente en cada lugar, y cumplen la función de ser la referencia obligada para la vida colectiva, con quienes se vinculan, relacionan y tienen expectativas las personas pertenecientes a la comunidad. Cuando éstos migran a la ciudad –lo cual se agrava si el destino se trata de una ciudad en otro país-, la pérdida de esta vinculación muchas veces no puede ser sustituida y los deja sin referentes, por lo que según el caso y las circunstancias son empujadas a una soledad que puede alcanzar la dimensión de una desintegración de la subjetividad por pérdida y frustración de la identidad cultural. Los jueces tienen la obligación de indagar y tomar en cuenta como premisas de sus decisiones, de tales circunstancias para descartar el conflicto con la identidad cultural que genera tal situación de vulnerabilidad. Las dificultades en vincularse con el sistema de autoridades ciudadano, al que corresponde la institución policial y la administración de justicia, suelen tener causa en ese conflicto

⁴⁶ Carlos Lenkersdorf, "Filosofar en clave tojolabal" México, Porrúa, 2002.

cultural, en la medida de la ajenidad y distancia simbólica en relación al existente en la comunidad de origen y donde se ha desarrollado la mayor parte del proyecto vital de la persona sometida a proceso.

Esto se refuerza con estándares judiciales desarrollados en el sistema interamericano de derechos humanos. La Corte IDH en 'Rosendo Cantú' se ha pronunciado sobre la relevancia de contar una interpretación adecuada respecto durante la totalidad del proceso judicial”.

“El derecho a la identidad étnica y el principio de igualdad y no discriminación en el acceso a la justicia, torna inadecuada la pretensión de que una persona cuya lengua materna no es el español, se exprese fluidamente en esta lengua, y que cualquier insuficiencia o falencia en su uso repercuta en perjuicio suyo. En este sentido, el Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas ha señalado en su oportunidad, que el idioma de la actuación judicial puede constituir una desventaja considerable para la debida protección de los derechos de los indígenas, en los países en los que los idiomas autóctonos no gozan de reconocimiento oficial. Indicó para su superación, la posibilidad que se fomente como medida afirmativa adoptada en algunos países, la creación de la figura de ‘facilitadores’ o ‘guías judiciales’ para facilitar el contacto con el sistema de administración de justicia”.

3. Pueblos indígenas. Diversidad cultural. Interculturalidad. Peritaje antropológico. Peritos. Prueba de peritos. Culpabilidad. Dolo.

“Los procesos judiciales deben tomar en cuenta las prácticas normativas, culturales y los usos y costumbres de las personas involucradas, muy especialmente si se trata de sostener el reproche penal de conductas.

El peritaje cultural o antropológico tiene como objetivo brindar información al juzgador sobre la importancia que tiene la diferencia cultural en el entendimiento de un caso específico, de modo que, en casos en que se alega o plantean situaciones de diversidad cultural, o que se encuentre involucradas personas de una condición étnica diferente a la hegemónica, es imprescindible contar con esa información para un ejercicio adecuado de la sana crítica y el fundamento en las decisiones judiciales.

De acuerdo al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT –de carácter supralegal en nuestro país y por ende de cumplimiento obligatorio para los operadores del derecho– el juez tiene la obligación de considerar la condición étnica del inculpado, para lo cual el peritaje antropológico es el método adecuado. Según los artículos 8 y 9 del citado Convenio deben tomarse ‘debidamente en consideración los costumbres o derecho consuetudinario’ así como ‘los métodos a los que recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros’.

No se trata de justificar excepciones o privilegios, sino que el derecho contemple la variabilidad cultural y las nociones que un colectivo tiene sobre lo prohibido o lo permitido. La argumentación jurídica para hacer valer una prueba pericial no debe girar alrededor de la noción de inimputabilidad o de indulgencia (nadie está libre de obligaciones) sino de la intencionalidad o culpabilidad (el dolo en los actos cometidos).

Es decir, el peritaje antropológico aporta elementos imprescindibles para reconstruir el contenido y sentido particular de la voluntad del sujeto, cuyo significado se corresponde al contexto social, normativo y cultural de pertenencia étnica. De tal manera que tal peritaje constituye una pieza clave y

de consideración obligatoria por parte del juzgador a la hora de ejercer la sana crítica y hacer valoraciones de reproche o liberación. Son casos en los que, a la administración de justicia para arribar a una resolución fundada, requiere de una comprensión intercultural de situaciones, prácticas y comportamientos bajo esquemas y referentes cognitivos de las propias culturas étnicamente diferentes de las que emergen.

En definitiva, el peritaje antropológico es una medida de importancia en el proceso judicial, para evitar reproducir estigmas de discriminación etnocéntricas en el sistema normativo y las decisiones judiciales, o resabios del prejuicio del concepto de atraso cultural o barbarie cultural que se les atribuye a la diversidad étnica”.

4. Pueblos indígenas. Migrantes. Género. Perspectiva de género. Discriminación racial. Violencia sexual. Vulnerabilidad. No discriminación. Reglas de Brasilia. DESC.

“Las mujeres migrantes con identidad cultural étnica de alguno de los pueblos originarios de nuestra América, en situación de pobreza, son portadoras de una potencial múltiple situación de vulnerabilidad. Esto genera en el operador judicial, y en especial en los jueces y fiscales, la obligación de evaluar en forma estricta los efectos de esa especial condición de vulnerabilidad para descartar que no funcione como atenuante o causa de absolución del hecho penalmente atribuido, con el fin de procurar una tutela judicial efectiva. Por eso, en las Reglas de Brasilia se señala que ‘se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad’ (25).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha expresado que las mujeres pertenecientes a algunos grupos, además de sufrir discriminación por el hecho de ser mujeres, también pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación por otras razones, como la raza y el origen étnico, por ejemplo. En consonancia con ello, recomendó a los Estados Partes que adopten medidas especiales de carácter temporal para eliminar esas diversas formas de discriminación múltiple contra la mujer y las consecuencias negativas y complejas que tiene (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General Nº 25 (párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Medidas especiales de carácter temporal, párr. 12).

También, el mismo Comité ha sostenido que determinadas formas de discriminación racial pueden dirigirse contra las mujeres en calidad de tales como, por ejemplo, la violencia sexual cometida contra las mujeres de determinados grupos raciales o étnicos. Esta discriminación puede tener consecuencias que afectan únicamente a las mujeres, como embarazos resultantes de violaciones motivadas por prejuicios raciales. Afirmó, asimismo, que las mujeres pueden verse limitadas por la falta de remedios y mecanismos de denuncia de la discriminación a causa de impedimentos por razón de sexo, tales como los prejuicios de género en el ordenamiento jurídico y la discriminación de la mujer en la vida privada. En consecuencia, instó a los Estados a evaluar y vigilar la discriminación racial de las mujeres, así como las desventajas, obstáculos y dificultades por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico con que tropiezan para ejercer y disfrutar plenamente de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (Comité contra la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación general Nº XXV relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género. 56º período de sesiones, 2000).

La violencia sexual exige un especial y delicado tratamiento por parte de la administración de justicia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha caracterizado como una experiencia sumamente traumática con severas consecuencias y gran daño físico y psicológico que deja a la víctima ‘humillada física y emocionalmente’”.

19. DICTAMEN DEL CASO “VRS” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE ELDORADO EL 7/4/2015 Y RESUELTO POR LA SALA II DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL.

HECHOS

Un hombre perteneciente a una comunidad Mbya Guaraní había sido imputado por el delito de comercio de estupefacientes y se encontraba privado de su libertad en prisión preventiva. En ese contexto, su defensa solicitó el arresto domiciliario con base en el artículo 10, inciso 2, del Convenio N° 169 de la OIT. Asimismo, la Asesora de Menores se expidió de manera favorable e invocó el interés superior de los hijos del imputado. El juzgado interviniente rechazó el pedido. Luego, la defensoría interpuso un recurso de apelación, que fue rechazado. Los magistrados de la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Posadas visitaron la comunidad indígena con el fin de constatar si se daban las condiciones para conceder el arresto domiciliario. Tras entrevistar al cacique, concluyeron que la comunidad era un lugar abierto donde los habitantes ingresaban y egresaban libremente para trabajar y que la idiosincrasia del pueblo indígena estaba orientada a incrementar la relación con el resto de la sociedad. Finalmente, indicó que había riesgo de fuga y confirmó la decisión apelada. A continuación, la defensa planteó un recurso de casación. En ese marco, la Cámara Federal de Casación Penal anuló lo decidido y dispuso conceder la prisión domiciliaria. Entre sus argumentos, expuso que la persona tenía arraigo en su comunidad y que el riesgo procesal no era argumento suficiente para privarla de su libertad. También, invocó los derechos vulnerados de los hijos del imputado y la necesidad de que permaneciera con el núcleo familiar afectado. El Programa sobre Diversidad Cultural confeccionó un dictamen relativo a las sanciones penales de las personas pertenecientes a pueblos indígenas.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Prisión preventiva. Arraigo. Vulnerabilidad. Medidas de acción positiva. Prueba de peritos. Principio de reinserción social. Debida diligencia.

“El artículo 10 del Convenio 169 de la OIT establece la obligatoriedad de tratar [la imposición de sanción penal] desde una perspectiva diferencial y específica a favor de las personas pertenecientes a pueblos indígenas, al disponer: ‘Artículo 10. 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento’. [...] El Convenio 169 de la OIT tiene rango suprallegal y forma parte de los derechos de los pueblos originarios de raíz constitucional, conforme lo previsto por el artículo 75 inc. 17.

Por ello, es una obligación constitucional a cumplir por parte de la administración de justicia, la realización de las medidas suficientes para averiguar la existencia de una especificidad cultural que sea relevante para el avance del proceso penal, y de los elementos que pudieran determinar una variación en el carácter cautelar de la prisión preventiva.

Sentado esto, corresponde señalar que en los casos en los que se encuentren imputadas personas pertenecientes a pueblos indígenas, además de las reglas y principios generales del proceso penal en la materia, la justificación del dictado de la prisión preventiva y la modalidad de su implementación

deben respetar las exigencias normativas específicas propias de los derechos de los pueblos indígenas, para evitar una doble vulneración de los derechos.

Esto no afecta en lo más mínimo el principio constitucional de la igualdad y no discriminación (artículo 14 de la Constitución Nacional), ya que se trata de establecer reglas de protección a personas pertenecientes a grupos en situación de especial vulnerabilidad, como el caso de los pueblos indígenas. En este sentido 'es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida' (Corte IDH Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28/11/2007, serie C nro. 172, párrafo 103) [...].

En general, en los casos de pueblos indígenas, cobra relevancia el valor del vínculo estrecho entre la persona sometida a proceso y la comunidad a la cual pertenece y en la que ha desarrollado toda su vida, de modo de evitar el sufrimiento grave implicado en la vivencia del período de encierro padecido como desarraigo, con todas sus implicancias vitales negativas. Un modo de cumplir con el mandato constitucional es adoptar las medidas necesarias para evitar la desintegración del vínculo entre el individuo y la comunidad a la cual pertenece.

Para echar luz sobre esta cuestión central, corresponde recurrir a peritajes de contenido antropológicos relativos a los usos y costumbres de la comunidad, el rol de la persona implicada, y otros elementos que le indiquen a la administración de justicia las cualidades y características de la cosmovisión indígena puesta en juego.

La implementación de la prisión preventiva por lo general conlleva el riesgo de su prolongación en el tiempo por diversos factores, lo cual implica una agravación de la situación en general de la persona imputada, además de una violación a sus derechos, en especial por el principio de inocencia. Pero esta situación se agrava aún más en el caso de personas indígenas, ya que al consolidarse en el tiempo la desvinculación comunitaria impuesta por la separación de la persona, aumenta la dificultad de revertirla y volver a reintegrarse a su medio social, pudiéndose tornar irreparable el daño causado por ese distanciamiento involuntario. En el caso de los pueblos indígenas, la separación se traduce en desarraigo definitivo, por lo que el encierro cobra un significado mucho más dañino cuando se trata de uno de sus miembros, siendo además que, como resultado no contemplado ni justificado se le excluya del goce de sus propias costumbres y usos.

Por este motivo corresponde un especial cuidado y una debida diligencia en el dictado y mantenimiento de la privación de la libertad durante el proceso, mucho mayor que en el caso de personas no indígenas, para evitar la imposición de un sufrimiento excesivo, que desborda la finalidad cautelar de asegurar el desarrollo del proceso y por demás contrario al fin resocializador que justifica en última instancia la pena de encierro".

2. Pueblos indígenas. Prisión. Vías alternativas. Igualdad. Medidas de acción positiva. Prueba de peritos.

"Para mayor prueba y diligencia judicial, es importante recurrir a la realización de peritajes específicos (ya sea antropológicos, culturales, sociológicos, de miembros de las comunidades) en el proceso penal, tendientes a brindar información al Juez sobre la pertenencia a una comunidad indígena de la personas imputada, de sus usos y costumbres, del grado de enraizamiento comunitario, de las particularidades

culturales y normativas vigentes, la existencia de autoridades comunitarias y en especial de las condiciones de vida social en el ámbito indígena que posibilitarían su permanencia en el lugar durante el desarrollo del proceso. Todo esto permite arrimar al proceso un panorama más preciso y certero para que el Juez pueda adoptar una decisión adecuada a derecho y justa, con aborde de la totalidad de las cuestiones en juego.

Por todo esto, es que la preferencia de sanciones alternativas a la privación de libertad, en particular respecto de unidades penitenciarias o sitios de encierro alejados de la comunidad, no solo se encuentra plenamente justificada, sino que es un mandato de raíz constitucional y supra legal a seguir por los diferentes operadores del derecho”.