

DICTAMEN TÉCNICO JURÍDICO
ACCESO A LA JUSTICIA CULTURALMENTE ADECUADO

El presente tiene por objeto exclusivo emitir una opinión técnica jurídica acerca de los alcances generales del derecho al acceso a la justicia culturalmente adecuado, a fin de ser puesto a disposición XXXXX XXXXXX XXXXXX XXXXXX, en el marco de su intervención en la causa penal seguida XXXXX XXXXXX XXXXXX ante la justicia penal de la provincia XXXX XXXX XXXXX, a los fines que se estime correspondan, con sustento en la trayectoria de trabajo recorrida por el *Programa sobre Diversidad Cultural* de la *Defensoría General de la Nación*, cuyo objeto es atender asuntos relativos a los derechos de los pueblos indígenas y de diversidad cultural.

Sumario

Presentación del Programa sobre Diversidad Cultural; el deber de considerar la situación de vulnerabilidad de las personas frente al proceso penal como principio general de orden público; el deber de considerar las especificidades culturales y étnicas en el proceso penal como principio general de orden público; el deber de considerar la situación de especial y grave vulnerabilidad por razones de género, pobreza, migrante y pertenencia a una minoría étnica como principio general de orden público, el deber de designar un intérprete para considerar la interculturalidad, el deber de valorar el rol del peritaje antropológico en el proceso judicial, el deber de considerar pautas específicas en la recepción de declaración de niños, niñas y adolescentes indígenas como principio general de orden público y las conclusiones.

El Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación. Presentación

El Programa sobre Diversidad Cultural cumple funciones en el ámbito de la Secretaría General de Política Institucional de la DGN, y fue creado en el año 2008 mediante la resolución DGN 1290/2008, en el marco de los diferentes programas y comisiones del Ministerio Público de la Defensa que

buscan facilitar el acceso a la justicia de diversos sectores de la población que se encuentran en condición de vulnerabilidad, con el objetivo principal es promover acciones orientadas a la defensa y protección de la diversidad cultural. En virtud de las necesidades funcionales y los obstáculos en el acceso a la justicia, el Programa sobre Diversidad Cultural da prioridad a las actividades relacionadas con la defensa y protección de los derechos de los pueblos originarios, especialmente en consideración que, a partir de la incorporación del artículo 75 inc. 17 a la Constitución Nacional, se configuró un nuevo modelo de protección de los derechos de los pueblos indígenas y de la diversidad cultural, circunstancia que demanda la adopción de medidas especiales para garantizar su pleno ejercicio.

De este modo, el Programa tiene como principal objetivo promover actividades orientadas a la defensa y protección de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas, brindando apoyo a los integrantes del Ministerio Público de la Defensa, en coordinación con otros programas y comisiones de la Defensoría General, e integrando a otras instituciones nacionales e internacionales vinculadas con la problemática.

El deber de considerar la situación de vulnerabilidad de las personas frente al proceso penal como principio general de orden público

El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental consistente en las posibilidades de las personas de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas¹. Este derecho representa un pilar fundamental del sistema normativo nacional en tanto es expresión en el ámbito de la administración de justicia del principio constitucional de igualdad ante la ley y no discriminación. El Estado debe organizarse de manera que todos los individuos puedan acceder no sólo a los recursos judiciales sino que

¹ El artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 8 y 10); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8.1 y 25); la Convención Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIV); la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-11/90 DEL 10 de agosto de 1990.

encuentren una respuesta adecuada ante la autoridad jurisdiccional que corresponda. La Constitución Nacional en su artículo 18, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (por vía del art. 75 inc. 22 de la CN) garantizan expresamente el derecho a un recurso efectivo para reclamar el goce efectivo de los derechos y el acceso a la justicia con igualdad.

Este reconocimiento implica la existencia de obligaciones estatales positivas para hacerlo efectivo debido a que, de lo contrario, se incurriría en responsabilidad internacional ante el sistema interamericano o universal de derechos humanos. Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad establecen parámetros generales para garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas que por razón de su edad, género, y por circunstancias étnicas o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia.

Según las 100 Reglas de Brasilia se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Dice que *“podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”* (4).

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 condición 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 N° 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 N° XXV relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género. 56° 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”².

Todas las recomendaciones alcanzan también a los operadores judiciales quienes están obligados a adecuar su actuación a los parámetros allí establecidos, bajo riesgo de afectar el bloque de constitucionalidad existente como la responsabilidad internacional del país.

El deber de considerar las especificidades culturales y étnicas en el proceso penal como principio general de orden público

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.

² Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Serie C-215 Sentencia de 30 de agosto de 2010 párrafo 116.

Este principio es 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 cuenta para interpretar el derecho, o interpretar normativamente situaciones de hecho y juzgar conductas pasibles de reproche penal.

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. Este principio adquiere especial importancia en los procesos penales, en ocasión de determinar responsabilidades y descartar o confirmar que las especificidades culturales pudieron haber sido un factor de atenuación o liberación, por lo que el respeto al debido proceso en estos casos obliga al juzgador y al operador judicial a considerar en forma expresa las consecuencias jurídicas liberatorias o atenuantes derivados de la especificidad cultural. 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.

En estos casos, 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”* de los pueblos indígenas en la materia, entre las que cabe enunciar principalmente el respeto a la identidad cultural étnica y a la diversidad cultural.

Como dice José Hurtado Pozo, jurista peruano 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, los derechos de los pueblos nativos y el etnocentrismo”, y que además hay que tener en cuenta que “la cuestión no sólo se refiere a los pueblos originarios que fueron sometidos mediante la colonización, sino también a los inmigrantes instalados en países de cultura diferente de la suya”³.

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 sujeto indígena –como sí lo presenta el proyecto de reforma-, 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.

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

Eugenio Raúl Zaffaroni ha sostenido que el error de comprensión -especie del error de prohibición- provoca *“la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente”* por la imposibilidad de exigirle al sujeto que *“incorpore a sus propias pautas de conducta otras diferentes, que responden a una*

³ “Derecho Penal y diferencias culturales: el caso peruano”, Revista *Derecho penal y criminología* 29, n° 86–87 (2008): 59–94, Universidad Externado Colombia, Bogotá (Colombia).

*concepción del mundo y de sí mismo por entero distinta*⁴ o bien que *“el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, es decir, su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo”*.

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”*⁵.

En la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, más precisamente en el caso **“Rosendo Cantú”**⁶, se 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”* (parr. 184).

Como se concluye en el *“Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas”* de la Suprema Corte de Justicia de México⁷, en relación a las consideraciones a tener en cuenta por los juzgadores en casos de personas pertenecientes a pueblos indígenas y minorías étnicas o culturales, *“está en los impartidores de justicia averiguar si en los casos que revisan hay elementos de especificidad cultural relevantes para ser tomados en cuenta en el momento de determinar, por ejemplo, la responsabilidad*

⁴ “Derecho Penal, Parte General”, Zaffaroni/Alagia/Slokar, Ediar, 2000, Buenos Aires, p. 650.

⁵ Idem. Zaffaroni y otros, p. 704.

⁶ Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C nro. 216.

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), 2da edición, 2014, p. 41.

penal y si estos elementos influyeron en la comisión de los hechos o en los elementos determinantes de la responsabilidad del encausado. Para que la justicia sea cultural y materialmente accesible a estas personas y colectivos, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, deben contar con intérpretes que conozcan su lengua. Deben contar con los medios eficaces para comprender y hacerse comprender dentro del procedimiento. Para ello es recomendable que en caso de requerir peritos intérpretes o peritos técnico-culturales, se soliciten sus servicios a la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Consejo de la Judicatura Federal”.

“De esa forma se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, tanto para determinar si la conducta particular está influida por una visión del mundo distinta al sentido común que presupone la ley positiva, como para determinar si en el contexto socio-cultural de la persona existen normas que le prohibieron, le obligaron o le permitieron realizar conductas distintas a las esperadas por el derecho positivo”. También se continúa precisando que “el juzgador debe hacer una valoración integral del caso y el contexto cultural del indiciado mediante una actitud proactiva orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, allegándose los elementos que le ayuden a resolver considerando esas especificidades”. Por lo que “se recomienda consultar a peritos antropólogos expertos sobre el pueblo indígena involucrado a fin de ofrecer un marco general del sistema cultural de la persona involucrada y su sistema normativo”.

También, la Corte IDH en el mencionado caso **“Rosendo Cantú”** se ha pronunciado sobre cuestiones de relevancia⁸. En esa oportunidad, puso de manifiesto que la víctima, la Sra. Rosendo Cantú, no había contado *“con un intérprete provisto por el Estado cuando requirió atención médica ni cuando presentó su denuncia inicial, ni tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia...”*. El

⁸ Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C nro. 216.

tribunal interamericano resaltó que *“la imposibilidad de recibir información y denunciar en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la Sra. Cantú, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho a acceder a la justicia (...) en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación al artículo 1.1 del mismo instrumento”* (par. 185).

En oportunidad de fallar en el caso **“Tiu Tojín”**, la Corte IDH consideró que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas, en tanto miembros de un pueblo indígena, con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, *“el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin. Asimismo, el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas del presente caso no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia”* (par. 100)⁹.

Finalmente, en línea con el criterio expuesto, la Corte IDH en **“Xákmok Kásek”** (2010) ha concluido 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)¹⁰.

Esta obligación alcanza también por supuesto al momento de la determinación y ejecución de las sanciones penales, en la línea de lo establecido en el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT, por lo que debe tenerse en cuenta la identidad étnica como factor para ser considerado y debidamente atendido en función de las necesidades.

⁹ Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C nro. 190.

¹⁰ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C nor. 214.

Cabe resaltar que el alcance de la cuestión étnica abarca tanto al ámbito rural como al urbano. Así, en aquellos procesos judiciales en los que se afectan derechos de personas o comunidades indígenas, para cumplir con los estándares vigentes de derechos humanos y realizar una impartición de justicia que respete la pluralidad cultural de la nación, los jueces deben considerar y respetar a lo largo de todo el proceso y en sus sentencias las diferencias culturales.

En síntesis, se trata pues, de una obligación de parte del juzgador con especial intensidad en los procesos penales, consistente en verificar adecuadamente si se han configurado situaciones de especificidad cultural y étnica en el caso, y que no puede ser delegada en las partes como mera carga probatoria. El principio de igualdad y no discriminación, y el de respeto a la diversidad cultural, hace recaer sobre los jueces la obligación de evaluar y ponderar expresamente los elementos de carácter cultural y étnico y las condiciones de vulnerabilidad en general, que puedan influir decisivamente sobre la resolución del caso, para descartar su virtualidad como atenuante o causa de absolución del hecho. De tal modo que el no respeto al principio de considerar las especificidades culturales y étnicas de las personas sometidas a juicio, afecta sustancialmente el debido proceso y constituye una violación a las reglas de orden público susceptible de ser corregida y reparada mediante el sistema general de nulidades.

Por ello, los derechos y principios de orden público establecidos en torno a la igualdad y no discriminación, implican la existencia de obligaciones que solo pueden estar en cabeza de los jueces y fiscales que actúan, quienes deben acreditar en los diferentes procesos su cumplimiento mediante la realización de actos procesales, tendientes a dilucidar las cuestiones que se planteen y dar protección judicial efectiva, y ser debidamente razonablemente atendidas, valoradas y conceptualmente desarrolladas en el marco de la regla de la sana crítica al dictar sentencia.

El deber de designar un intérprete para considerar la interculturalidad

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 apreciación del mundo, sino otro modo de enfocar la realidad, de filosofar a partir de ésta y de organización de manera distinta”*¹¹.

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

¹¹ Carlos Lenkersdorf, “Filosofar en clave tojolabal” México, Porrúa, 2002.

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 cultural, en la medida de la ajenedad 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 judicial¹². En esa oportunidad, puso de manifiesto que la víctima, la Sra. Rosendo Cantú, no había contado *“con un intérprete provisto por el Estado cuando requirió atención médica ni cuando presentó su denuncia inicial, ni tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia...”*. El tribunal interamericano resaltó que *“la imposibilidad de recibir información y denunciar en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la Sra. Cantú, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho a acceder a la justicia (...) en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación al artículo 1.1 del mismo instrumento”* (par. 185).

¹² Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C nro. 216.

En oportunidad de fallar en el caso “**Tiu Tojín**”, la Corte IDH consideró que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas, en tanto miembros de un pueblo indígena, con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, *“el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin. Asimismo, el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas del presente caso no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia”* (par. 100)¹³.

En el caso traído por la Comunicación N° 1610/ 2007, presentada por L.N.P. contra el Estado argentino, el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U dictaminó que *“La autora alega asimismo varias irregularidades acaecidas durante el proceso judicial que se siguió contra los tres imputados. En particular, según afirma la autora, el proceso tuvo lugar íntegramente en español y sin interpretación a pesar de que tanto ella como otros testigos tenían problemas de comunicación en dicho idioma. En vista de que el Estado parte no ha refutado dichas alegaciones, el Comité considera que se ha violado el derecho de la autora a acceder a los tribunales en condiciones de igualdad reconocido en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos”* (18 de julio de 2011).

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 suyo¹⁴.

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 actuaciones judiciales puede constituir una desventaja considerable para la debida protección de los derechos de los indígenas, en los países

¹³ Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C nro. 190.

¹⁴ Acceso a la justicia de los Pueblos Indígenas, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2011, p. 61.

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 justicia¹⁵.

El Comité de Derechos Humanos mediante la Observación General nro. 13 también puso de relieve la importancia del rol de los intérpretes en el proceso para garantizar un adecuado acceso a la justicia. Al respecto, sostuvo el Comité *“que el artículo 14 del Pacto (por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) es de una naturaleza compleja y que diferentes aspectos de sus disposiciones exigirán comentarios concretos. La finalidad de todas estas disposiciones es garantizar la adecuada administración de la justicia y, a tal efecto, afirmar una serie de derechos individuales, como la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley... “(1). Por eso, dice el Comité “en el apartado f) del párrafo 3 se dispone que si el acusado no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal tendrá derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete. Este derecho es independiente del resultado del procedimiento y se aplica tanto a los extranjeros como a los nacionales. Tiene importancia básica cuando la ignorancia del idioma utilizado por un tribunal o la dificultad de su comprensión pueden constituir un obstáculo principal al derecho de defensa” (13).*

El deber de valorar el rol del peritaje antropológico en el proceso judicial

El peritaje antropológico es un instrumento poco conocido pero fundamental en cuando se trata de resolver situaciones de interculturalidad. Su aporte al proceso judicial proporciona al juzgador los elementos de ponderación necesarios para arribar a la solución del caso del modo más justo posible, de acuerdo al ejercicio de la sana crítica judicial, en consideración de la pluralidad cultural. Por tal motivo los

¹⁵ Rodolfo Stavenhagen, “Los pueblos indígenas y sus derechos”, Informes temáticos del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, Tercer informe: la justicia y los derechos indígenas (2004), pags. 82 y 83.

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

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 judiciales¹⁶. 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, muy lejos de eso “no se está afirmando que se haga una excepción al aplicar el derecho, sino que el derecho contemple la variabilidad cultural y las nociones que un colectivo tiene sobre lo prohibido o lo permitido. En este sentido, 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)¹⁷.

Es decir, el peritaje antropológico aporta elementos imprescindibles para reconstruir el contenido y sentido particular de la voluntad del sujeto, cuyo significado se

¹⁶ “El peritaje antropológico: Los retos del entendimiento intercultural” Laura R. Valladares de la Cruz, Universidad Autónoma de México.

¹⁷ ” Escalante B., Yuri (2002) La experiencia del peritaje antropológico. págs. 9 y ss., Sedesol-Instituto Nacional Indigenista, México.

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.

El peritaje antropológico contribuye esencialmente a la resolución de casos en los que el juzgador está obligado a ponderar situaciones de conflictos y diferencias de valor, así como pautas de comportamiento, que impliquen una reflexión intercultural. Dice Yuri Escalante que ello es así *“ya que el especialista ha tenido la oportunidad de estudiar y analizar no sólo las culturas que se encuentran en interacción sino todo un universo conceptual y temático del campo de su trabajo, perspectiva que le posibilita teóricamente proporcionar mayores elementos para que el razonamiento de una autoridad sea objetivo”* (ob. cit.).

En esta línea resulta útil la advertencia acerca del contenido del peritaje, en cuanto a la pertinencia de un objeto de estudio y trabajo preciso, concreto y claro, para evitar que su estudio se debilite y desvirtúe su propósito de puente intercultural para terminar incluso alimentando los prejuicios del juzgador. Justamente, el propósito esencial del peritaje debe ser despejar y superar cualquier prejuicio cuya existencia es previsible teniendo en cuenta la dimensión intercultural del caso. Como dice con acierto Yuri Escalante *“no es la cultura total lo que se está sometiendo a juicio sino individuos sujetos a motivaciones en circunstancias y modos particulares”*. Se trata en definitiva de atender a *“la complejidad y necesidad que encierra valorar el grado de comprensión que puede existir entre la justicia y el inculpado cuando ambos pertenecen a matrices culturales y lingüísticas distintas”* (p. 13 y ss. ob. cit.).

Finalmente, 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.

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.

El deber de considerar pautas específicas en la recepción de declaración de niños, niñas y adolescentes indígenas como principio general de orden público

En esta materia rigen determinados principios de orden público regulados por normativa nacional e internacional de derechos humanos, que deben ser respetados. Entre lo más relevantes, se encuentran el interés superior del niño, del derecho a ser oído y el principio de respeto a la identidad cultural, los que exigen al operador judicial a adecuar su actuación conforme determinadas pautas.

La Observación General nro. 11 del Comité de los Derechos del Niño es el documento específico que regula el interés superior del niño. En ella se formula que para determinar “*cuál es el interés superior de un niño indígena, las autoridades estatales, incluyendo sus órganos legislativos, deberían tener en cuenta los derechos culturales del niño indígena*”. Por eso, los Estados tienen el deber de adoptar “*activamente, en sus sistemas legislativo, administrativo y **judicial**, medidas que apliquen sistemáticamente ese principio estudiando las consecuencias de sus decisiones y de su actuación sobre los derechos y los intereses del niño*”, así como que “*teniendo en cuenta los obstáculos que impiden que los niños indígenas ejerzan ese derecho, el Estado Parte debería crear un entorno que aliente la libre expresión de la opinión del niño. **El derecho a ser oído incluye el derecho a la representación, a una interpretación culturalmente apropiada** y,*

*asimismo, el derecho a no expresar la propia opinión” (los resaltados nos pertenecen)*¹⁸. De esta manera, el interés superior del niño y el derecho a ser oído deben adoptar una forma que respete el principio de identidad cultural de los niños.

En esta línea resulta relevante recurrir para la solución de casos en los que se involucre o requiera la toma de declaración de niños indígenas o con pertenencia étnica originaria, a fijar determinadas reglas que permitan el respeto de estos principios. En la “Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso” del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y Asociación por los Derechos Civiles (ADC)¹⁹, se realizan una serie de recomendaciones como las siguientes.

Se recomienda que la NNyA relate lo sucedido por única vez durante la entrevista de declaración testimonial. Por ello, es fundamental que una profesional específicamente capacitada la lleve a cabo lo antes posible y la video-grabe. De esta manera, evitará que la NNyA reitere en distintas oportunidades y a diversos actores los detalles sobre los hechos denunciados durante las distintas instancias y etapas del proceso judicial, incluso el juicio oral. De esta forma se tiende a evitar la revictimización que supondría un nuevo llamado a prestar declaración, sumado a los riesgos de deterioro del recuerdo, la posibilidad de influencias o intimidaciones externas –tanto para que se calle como para que se retracte- y a la afectación de su predisposición a volver a relatar los hechos. Sin embargo, en caso que

¹⁸ Comité de Derechos del Niño, Observación General nro. 11 (2009), párrafos 30, 31, 32, 33 y 38

¹⁹ “Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso” del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Buenos Aires, primera edición, septiembre de 2013.

la NNyA relate espontáneamente lo sucedido en cualquiera de las instancias o etapas del proceso, es indispensable que se tome registro textual de su relato, consignándose de manera entrecomillada.”

En cuanto al derecho a ser oído, se señala que este “supone la necesidad de que se garanticen las condiciones adecuadas para que la NNyA pueda expresarse libremente, en un entorno conforme a sus necesidades, características y particularidades. En este sentido los procedimientos que se utilicen deben ser accesibles y apropiados a su edad, grado de madurez y desarrollo, adaptándolos en aquellos casos en que se trate de una NNyA con algún tipo de condición especial, como puede ser discapacidad mental, desarrollo insuficiente del lenguaje o que requiera de un intérprete cuando no domine el español adecuadamente.”

En cuanto a la identidad cultural, resulta relevante destacar que “la precisión de la información que podrá obtenerse del relato de la NNyA será diferente para cada caso particular. Esto dependerá de la edad de la NNyA, su desarrollo cognitivo, **el contexto familiar y socio-cultural, el nivel de lenguaje alcanzado** y su predisposición a hablar, siendo un factor de suma relevancia la habilidad y competencia de la entrevistadora para lograr la comunicación de la NNyA, entre otros factores” (el destacado nos pertenece). Finalmente, en otra oportunidad de publicar “Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes indígenas: Criterios de actuación para una defensa técnica adecuada”²⁰ hemos dedicado un capítulo a las “Consideraciones acerca de la especificidad de la protección integral de los derechos de las NNyA indígenas”, en el cual señalamos: “Todas las NNyA indígenas tienen derecho a que se les garantice su pleno desarrollo respetando la identidad cultural y los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en igualdad de

²⁰ “Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes indígenas: Criterios de actuación para una defensa técnica adecuada” UNICEF y Defensoría General de la Nación, Programa de Diversidad Cultural, Bs As. 2012. p. 29.

condiciones y sin discriminación respecto de cualquier otra NNyA. Los derechos individuales, así como se los expone en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), son derechos que se reconocen a los niños en su calidad de individuos, como sujetos de derechos individuales. Pero, a la vez, las niñas, niños y adolescentes indígenas gozan también de los derechos colectivos de los que son titulares los pueblos o comunidades a los que pertenecen. Este reconocimiento de derechos colectivos, es decir, los derechos de los pueblos indígenas les adjudica a los niños indígenas la cualidad específica de ser titulares tanto de derechos individuales como colectivos”.

Lo expuesto resulta de relevancia para la temática aquí tratada.

Conclusiones

En virtud de lo expuesto, 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.

En un resumen de las obligaciones, la carga de la prueba para evaluar la condición de vulnerabilidad y descartar que no funcione como atenuante o causa de absolución del hecho inculcado se encuentra en cabeza del operador judicial; la exigencia de producir y valorar adecuadamente un peritaje 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. Otra exigencia es la de satisfacer el derecho al intérprete por medio de una comprensión intercultural, la cual no se agota

en una mera traducción lingüística, y debe estar presente desde el inicio del proceso y en cada de una de sus etapas hasta el juicio y la eventual ejecución de la pena en los procesos penales.

Todo esto constituye un conjunto de principios y obligaciones a ser considerados como los juzgadores y operadores judiciales en general, con el fin de garantizar un acceso a la justicia culturalmente adecuado.

Buenos Aires, de mayo de 2015.

Fdo: Sebastian Tedeschi, Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación y Javier Azzali, Secretario de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación.