



# Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

## DICTAMEN TÉCNICO JURÍDICO ACCESO A LA JUSTICIA CULTURALMENTE ADECUADO Y EL PROCESO DE EXTRADICIÓN DE PERSONAS INDÍENAS

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 de xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxx, en el marco de su intervención en la solicitud de extradición xxxx xxxxxxxx, por parte del Estado xxxxxxxxxxxx, 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; la criminalización de los miembros de pueblos originarios; el conflicto entre Chile y el Pueblo Mapuche; Extradición y derechos humanos de los pueblos indígenas 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



# Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

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 jurídicas<sup>1</sup>. 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 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, 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

---

<sup>1</sup> 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.



# Ministerio Público de la Defensa

## Defensoría General de la Nación

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 circunstancias étnicas o culturales –entre otras– encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia.

En ese sentido, según las 100 Reglas de Brasilia *“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”* (Regla nº4).

Asimismo, en las mencionadas reglas se expresa 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 nº 9)

Las personas 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 evaluar si corresponde que 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*



# Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

*sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad” (Regla nº25).*

## **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.

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.



# Ministerio Público de la Defensa

## Defensoría General de la Nación

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”*<sup>2</sup>.

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 concepción del mundo y de sí mismo por entero distinta”*<sup>3</sup> o bien que *“el sujeto conoce la norma prohibitiva,*

USO OFICIAL

<sup>2</sup> “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).

<sup>3</sup> “Derecho Penal, Parte General”, Zaffaroni/Alagia/Slokar, Ediar, 2000, Buenos Aires, p. 650.



# Ministerio Público de la Defensa

## Defensoría General de la Nación

*pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, es decir, su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo”.*

En la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, más precisamente en el caso **“Rosendo Cantú”**<sup>4</sup>, 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”*.

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 México<sup>5</sup>, 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 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”*.

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*

USO OFICIAL

<sup>4</sup> Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Párr. 184

<sup>5</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), 2da edición, 2014, p. 41.



# Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

*involucrado a fin de ofrecer un marco general del sistema cultural de la persona involucrada y su sistema normativo”.*

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<sup>6</sup>.

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.

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

USO OFICIAL

---

<sup>6</sup> Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.



# Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

desarrolladas en el marco de la regla de la sana crítica al dictar sentencia.

## **El problema de la criminalización de los referentes indígenas en el marco de los las reivindicaciones territoriales**

Como se ha mencionado con anterioridad, los pueblos indígenas cuentan con una amplia gama de normas que reconocen y protegen sus derechos humanos. Sin embargo, suelen sufrir violaciones a sus derechos por parte de particulares e incluso del Estado, y encuentran diversos obstáculos para el acceso a la justicia a la hora de reclamar respecto de esas violaciones.

En ese marco, teniendo los pueblos originarios cada vez mayor conciencia respecto de los derechos que los amparan, y ante la violación de los mismos, 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

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.

La corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *“los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”*. Los Estados están obligados *“a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”*<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Párr. 271





# Ministerio Público de la Defensa

## Defensoría General de la Nación

La imputación en causa penales de personas indígenas y sobre todo de sus líderes y referentes es una cuestión de particular sensibilidad para los pueblos originarios, por interferir en el pleno ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, a peticionar a las autoridades y a exigir el cumplimiento efectivo de sus derechos en general. En la causa “xxxxx xxxxxxxxxxxxxx otros s/ Interrupción a los medios de comunicación y transporte por tierra-art. 194 CP”, la Cámara Federal xxxxxxxxxxxxxx xxx, revocó el procesamiento de los indígenas imputados por una protesta sobre una ruta nacional, porque,

*“la manifestación ordenada y pacífica en ningún caso puede considerarse infracción penal, pues el derecho de reunión y petición a las autoridades pertenece a la esencia del sistema de gobierno”.*

En ese mismo fallo manifestaron lo siguiente:

*“Si bien no caben en un pronunciamiento propio de la instrucción, aun cuando fuera de 2da. Instancia, análisis determinantes de conductas permisivas y/o algún otro análisis sobre la imputabilidad, lo cierto es que con el fallo recurrido **húbose operado una suerte de criminalización de la protesta social, que en este caso reviste un carácter especial por la diversidad cultural señalada que ameritaba al menos un análisis más profundo, ya que además de social la protesta era también cultural pues con la actitud reclamante quienes quedaron procesados, no han hecho otra cosa que exteriorizar el grito de ayuda de su comunidad**”.* (El resaltado me pertenece).

Este último criterio es particularmente relevante para un proceso de extradición, en el cual, en definitiva, sin ingresar al análisis de la conducta objeto de reproche en la causa penal principal –que motiva el pedido extraditorio-, debe evaluarse en todo caso el factor de criminalización de la protesta social indígena, en los términos señalados por aquel tribunal.

En otra oportunidad, la misma Cámara xxxxxx xxxxxxxxxxxxxx, amplió el concepto jurídico al incorporar al análisis la falta o insuficiente respuesta estatal o social a los múltiples y graves problemas padecidos por el mundo indígena. En un proceso penal, los jueces liberaron de responsabilidad a los imputados, porque



# Ministerio Público de la Defensa

## Defensoría General de la Nación

*“En este sentido, no puedo pasar por alto la circunstancia de que las autoridades de la Provincia de xxxxx xx han desatendido los múltiples reclamos de las comunidades indígenas en violación de preceptos de orden superior, llevando a tales grupos al extremo de reclamar, por el único medio que entienden efectivo, el reconocimiento de sus prerrogativas, asistiendo razón a la defensa en este punto”.<sup>8</sup>*

En fin, los conflictos que afectan los derechos humanos de las personas y comunidades indígenas no deben 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.

### **La condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado Chileno: un antecedente relevante a considerar**

A partir del retorno de la democracia a Chile durante la década de los 90, los Mapuches comenzaron a exigir el cumplimiento adecuado de sus derechos civiles y sociales. Durante los primeros años, los líderes y miembros del pueblo Mapuche fueron imputados en virtud de la Ley de Seguridad Interior y posteriormente el Estado Chileno comenzó a aplicar incluso la Ley Antiterrorista contra los Mapuche que llevan a cabo los actos de protesta mencionados.

Conforme lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de fondo de la causa XXX XXXXXXXX otros vs. Chile, de las 19 causas formalizadas por el Ministerio Público entre el 2000 y el 2013 bajo la Ley Antiterrorista, 12 de ellas “se relacionan a reivindicaciones de tierras de grupos mapuche”.

En ese caso, el Estado Chileno llevó adelante procesos penales contra 8 personas (tres autoridades tradicionales del pueblo Mapuche, cuatro miembros de ese pueblo y una activista por la reivindicación de los derechos de los Mapuche) por hechos ocurridos en los años 2001 y 2002 en las Regiones VIII (Biobío) y IX (Araucanía) de Chile, a través de los cuales se los condenó como autores de delitos calificados de terroristas en aplicación de la Ley N° 18.314.

En su sentencia, la Corte Interamericana explica que *“Dos testigos con identidad reservada declararon en las audiencias públicas celebradas*

<sup>8</sup> ““Autores varios s/ Infracción Art. 194 C.P.” iniciada en el Juzgado Federal N° 2 de Formosa



# Ministerio Público de la Defensa

## Defensoría General de la Nación

*en los juicios seguidos contra xxxx xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx. Lo hicieron detrás de un “biombo” que ocultaba sus rostros de todos los asistentes, exceptuando a los jueces, y con un “distorsionador de voces”. La defensa tuvo la oportunidad de interrogar a los mismos en esas condiciones. En el segundo juicio, que fue celebrado en razón de la declaratoria de nulidad del primero, se permitió que los defensores de los imputados conocieran la identidad de los referidos testigos, pero bajo la prohibición expresa de transmitir esa información a sus representados. Los defensores xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx se negaron a conocer tal información sobre la identidad de los testigos porque no se la podían comunicar al imputado. Tanto en la sentencia absolutoria inicial como en la posterior sentencia condenatoria, se valoraron y tuvieron en cuenta las declaraciones de los testigos con reserva de identidad.”<sup>9</sup>*

En el caso, también se impusieron a las víctimas penas accesorias que consistieron en la afectación del derecho al sufragio, la participación en la dirección de asuntos públicos y el acceso a las funciones públicas, incluso con carácter absoluto y perpetuo o por un término fijo y prolongado.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que la imposición de las penas accesorias “es particularmente grave en el caso de xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx, por su condición de líderes y dirigentes tradicionales de sus comunidades (supra párr. 78), de manera que por la imposición de las referidas penas también se afectó la representación de los intereses de sus comunidades respecto de otras, así como respecto del resto de la sociedad chilena en general. En concreto, la Corte resalta que estos fueron impedidos, en virtud de las referidas penas, de participar o dirigir funciones públicas en entidades estatales que, por su propia naturaleza, buscan promover, coordinar y ejecutar acciones de desarrollo y protección de las comunidades indígenas que estos representaban, lo que constituye una vulneración concreta de los derechos amparados en el artículo 23 de la Convención”<sup>10</sup>.

En la sentencia del 29 de mayo de 2014 sobre la causa “ xxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>9</sup> Corte IDH “Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile”. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Párr. 234.

<sup>10</sup> Corte IDH “Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile”. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Párr. 384.



# Ministerio Público de la Defensa

## Defensoría General de la Nación

determinó que el Estado de Chile era responsable por la violación del principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia, del principio de igualdad y no discriminación, del derecho a la igual protección de la ley, a la libertad personal, a la defensa a interrogar testigos, a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, así como también por la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, de los derechos políticos y del derecho a la protección a la familia.

### **Extradición y derechos humanos de los pueblos indígenas**

Como se mencionó anteriormente, el artículo 8, inc. 1º del Convenio Nº 169 de la OIT establece que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

En el mismo sentido, el artículo 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dice que *“Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”*

Por otra parte, el artículo 10 inc. 1º del Convenio Nº 169 de la OIT determina que Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. Mientras, el inc. 2º de ese artículo, establece que deberá darse preferencia a penas diferentes a la del encarcelamiento. Ello se encuentra lógicamente relacionado con el hecho de que los miembros de los pueblos indígenas tienen un vínculo especial con su territorio. Así lo ha reconocido y sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos fallos. Por ejemplo en la sentencia del caso XXX XXXX :

*“Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y*



# Ministerio Público de la Defensa

## Defensoría General de la Nación

*comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”<sup>11</sup> .*

También, en el caso xxx xxxxxx la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó que:

*“La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”<sup>12</sup>.*

En esa línea de pensamiento, si conforme los estándares vigentes de derechos humanos resulta poco adecuado encarcelar a una persona indígena debido a la relación cultural con su territorio y con su comunidad, la extradición de una persona indígena resulta un extremo que debe evitarse. Ello por cuanto la afectación particular que para un indígena representa el encarcelamiento, en términos de distanciamiento con el territorio y con la vida cultural de su comunidad sería aún mayor en caso de ser enviado a otro país. En ese supuesto, la posibilidad de la persona indígena de sostener sus vínculos culturales se vería reducida a ser prácticamente nula.

Por otra parte, el artículo 3, inc. D de la Convención sobre Extradición suscrita en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, establece que el Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición *cuando se trate de delito político o de los que le son conexos*.

A su vez, la Ley 24767 sobre cooperación en materia penal determina en su artículo 8, inc. D que *“El proceso que motiva la extradición evidencie propósitos persecutorios por razón de las opiniones políticas, la nacionalidad, la raza, el o la religión de las personas involucradas o*

<sup>11</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Párr. 149

<sup>12</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay Sentencia de 17 de junio de 2005. Párr. 135



# Ministerio Público de la Defensa

## Defensoría General de la Nación

*hubiese motivos fundados para suponer que esas razones pueden perjudicar el ejercicio del derecho de defensa en juicio”.*

Teniendo en cuenta el complejo panorama en el que se desarrolla la lucha indígena por el territorio y los derechos humanos de los pueblos originarios, ante casos de pedidos de extradición de personas indígenas, que se encuentren imputadas por supuestos delitos cometidos en el marco de la mencionada lucha, las autoridades competentes para decidir respecto de su extradición deben hacer un análisis pormenorizado de la situación, para descartar que no existan propósitos persecutorios en las imputaciones correspondientes, derivados de los intereses contrapuestos entre los pueblos originarios y quienes detentan las tierras por ellos reclamadas o de la discriminación étnica estructural que sufren dichos pueblos.

Finalmente, no puede pasar por inadvertido, para una adecuada evaluación del presente caso respetuosa de los derechos humanos, los gravísimos acontecimientos ocurridos recientemente y durante el transcurso de este año -operativos de fuerza de seguridad durante los meses de enero y agosto pasados-, a raíz de lo cual se está investigando la desaparición forzada de una persona. Ello, de conocimiento público, aporta a caracterizar el grave contexto de especial vulnerabilidad padecida por las comunidades indígenas en general, y en particular xxxxxxxx y la comunidad xxxxxxxxxxxx de donde proviene, justamente, xxxxx xxxxxxxxxxxx.

Este contexto de particular relevancia fue advertido recientemente por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en sus observaciones a los informes periódicos 21 a 23 del estado argentino. En éste, el Comité, tras analizar la información recibida, expresó su preocupación por la discriminación estructural de la cual continúan siendo víctimas los pueblos indígenas, lo cual se agrava por la falta de titularización de sus tierras y las actividades de las empresas que explotan recursos naturales. Así, el Comité instó al estado a la adopción de medidas para facilitar la posesión y titulación de sus territorios, y el acceso efectivo a los procedimientos judiciales en la materia.

La situación de violencia padecida por las comunidades indígenas fue advertida por el Comité, quien se mostró especialmente preocupado el alto número de desalojos de los indígenas, a pesar de la vigencia de la ley 26160, y por los incidentes con alto nivel de violencia contra las



# Ministerio Público de la Defensa

## Defensoría General de la Nación

comunidades indígenas, bien en procesos de desalojos o en protestas contra éstos mismos. Tiene notable actualidad la referencia a la falta de investigación y sanción de los actos violentos cometidos por las fuerzas de seguridad y terceros contra los defensores de los derechos y miembros de los pueblos indígenas, así como la falta de medidas para evitar estos hechos violentos.

Por esto último, el Comité instó al estado a adoptar medidas para garantizar la seguridad de los pueblos indígenas que sufren amenazas, persecuciones y otros actos violentos tanto por parte de funcionarios públicos como de particulares, y prevenir, investigar y sancionarlos. También, instó a la protección de los líderes y miembros de las comunidades indígenas contra todo acto de intimidación y violencia, así como de cualquier acto arbitrario por parte de autoridades públicas o entes privados, como consecuencia del ejercicio de sus funciones.

Por eso, también instó a garantizar el acceso efectivo a la justicia y el respeto de los derechos fundamentales y las garantías al debido proceso en los juicios que se siguen contra defensores de los derechos y miembros de las comunidades indígenas.

### **La situación de vulnerabilidad del pueblo indígena Mapuche.**

El núcleo fundamental de la organización social mapuche es, históricamente, la familia mapuche tradicional (amplia, extensa y compleja). La base de autoridad radica en el Lonko, aunque es frecuente que para toda resolución que afecta a la comunidad se consulta con los jefes de familia y la decisión es tomada en forma colectiva. La cohesión social-comunitaria se funda en estrechos lazos de parentesco y en relaciones de solidaridad y cooperación, los que se manifiestan a través del trabajo comunitario y solidario, que recibe la denominación de mingako, minga, la vuelta de mano o la mediería.

La organización social mapuche, al igual que otros pueblos originarios, conserva sus formas jerárquicas tradicionales, el cual debe ser respetado durante el proceso penal. Esto especialmente si el imputado es una autoridad tradicional, como el caso del Lonko, cargo tradicional comunitaria, al que se accede por la posesión de aptitudes y talentos sobresalientes relacionados con el conocimiento de la cultura indígena y de los mecanismos para la convivencia. Su palabra suele tener el rol de conciliar conflictos entre los miembros de la comunidad. Por su parte, el Werken ocupa el rol de consejero del Lonko. De esta manera, debe considerarse durante el desarrollo de los diferentes actos procesales, la condición de autoridad comunitaria que tiene el Lonko, lo cual no debe ser entendido como un privilegio personal sino una exigencia en función



# Ministerio Público de la Defensa

## Defensoría General de la Nación

de lo que su figura representa para el resto de los miembros de la comunidad. Por eso, un testimonio dice<sup>13</sup>

“A un lonko no se le puede tratar como cualquier mapuche, a mí se puede tratar como cualquiera, porque soy un werken, pero al lonko se le tiene que tratar de otra manera si está acusado de algo. No es lo mismo, tiene que ser otro respeto...”

En este sentido, es relevante el criterio adoptado por la Defensa Pública Penal de la República de Chile en cuanto a que es preciso conocer la historia del conflicto social y territorial de la comunidad a la cual pertenece la persona indígena imputada o involucrada judicialmente.

*Los procesos penales por los que son acusados los mapuches, y especialmente sus dirigentes y líderes, están inscritos dentro de la demanda de tierras ancestrales. Desde la perspectiva de los dirigentes, no se trata de delitos comunes aislados, sino de hechos que son parte de una lucha política y social que mantiene el pueblo mapuche frente al Estado. De esta forma lo expresan los entrevistados:*

*“Hay que hacer una diferencia tremenda entre aquéllos que han caído en un proceso judicial por un contexto de lucha y de reivindicaciones sociales, políticas, territoriales a diferencia de que pueden existir también dentro de una comunidad hechos delictuales, donde ahí no va a existir el mismo apoyo colectivo de la comunidad”. (Werken)*

*Esto no implica tomar partido en la disputa política, pero sin duda es una referencia necesaria para comprender la situación de la población mapuche en la zona de la Araucanía.*<sup>14</sup>

También es fundamental diferenciar entre la judicialización como consecuencia de un ilícito común, de la que resulta del conflicto territorial de raíz indígena. Por eso la Defensoría Pública de Chile opina que<sup>15</sup>

*“es conveniente diferenciar entre aquellas causas en que el imputado o imputada es indígena, pero se trata de un caso común, y en las que se vean involucrados los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la normativa internacional, tales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Consultados los Imputados indígenas de la Defensoría Mapuche sobre este tema, señalaron:*

*“Tendrían que ser las que son acusadas por terrorismo, incendio, abigeato que se está haciendo muy común por los fiscales y por cualquier causa que está siendo perseguido un lonko, un mapuche. Cuando uno siente persecución ya sabe que si o si o si lo van a agarrar y lo van a encerrar, ahí*

USO OFICIAL

<sup>13</sup> Según el documento: “Modelo de Defensa Penal para imputados indígenas” de la Defensoría Penal Pública de la República de Chile, .p. 177.

<sup>14</sup> Idem. pag. 178.

<sup>15</sup> Idem, pag. 179.





# Ministerio Público de la Defensa

## Defensoría General de la Nación

*tendría que estar ese defensor exclusivo. (lonko, Imputado indígena) Los mapuches que están en recuperaciones. De repente al mapuche lo acusan de hurto en las mismas comunidades que están en conflicto y los winkas, para acusar al mapuche, le acusan que roba animales, los mismos usurpadores.”*

Cabe destacar esta cuestión como de fuerte impacto distorsivo en las relaciones sociales, que obstaculiza la posibilidad de integración. Así, se puso en énfasis en que la protesta social mapuche desarrollada en Chile, por organizaciones y comunidades mapuche, a principios de los años noventa comenzó a ser calificadas como terroristas. La Defensoría cita el dato que muchas personas Mapuches fueron condenadas por los delitos de asociación ilícita y usurpación de tierras. Señala, como muestra del perfil de respuesta represiva, que ante la agudización del conflicto, se aplican sucesivamente la ley penal común, la ley de seguridad interior del Estado y desde el 2002 en adelante, la ley Antiterrorista. A su vez, “progresivamente se generaliza un discurso en el que las comunidades en conflicto son las que alteran la tranquilidad y la paz social”<sup>16</sup>

Al mismo tiempo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU se mostraba “profundamente preocupado por la aplicación de leyes especiales, como la ley de seguridad del Estado (Nº 12.927) y la ley antiterrorista (Nº 18.314), en el contexto de las actuales tensiones por las tierras ancestrales en las zonas mapuche”<sup>17</sup>.

Por su parte, el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU constato que, si bien en los últimos años ha mejorado el vínculo estatal-mapuche, los “líderes tradicionales y otros dirigentes y comuneros mapuches han sido condenados y siguen siendo procesados bajo diversos regímenes penales por actos que de alguna manera se relacionan con la protesta social mapuche en torno a reivindicaciones de tierras”<sup>18</sup>

### **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

<sup>16</sup> Idem. 139.

<sup>17</sup> *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales : Chile. 11/26/2004.*

<sup>18</sup> *La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Consejo Económico y Social Naciones Unidas. 5 de octubre de 2009. p.5.*



# Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

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*).

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 inculpado 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.

En ese contexto, debe prestarse especial atención a la afectación que la extradición de una persona indígena tiene sobre sus derechos humanos como tal, y analizar pormenorizadamente si la criminalización y el pedido de extradición correspondiente no esconden motivos de persecución étnica y discriminación estructural, en cuyo caso, la misma no debe proceder.

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, 25 de agosto de 2017.

USO OFICIAL

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