

Reflexiones acerca del rol de la defensa pública para la protección de los derechos de las personas y de niñas, niños y adolescentes indígenas¹

En este punto debe precisarse la necesidad de ofrecer un abordaje activo e integral para la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas. El carácter colectivo y comunitario de estos derechos –cuya titularidad está en cabeza de sujetos colectivos en condiciones de vulnerabilidad- y su intersección con la especificidad de la protección integral de los derechos de las NNyA indígenas, reconocida tanto por la normativa nacional e internacional, sumada a sus condiciones culturales, sociales y económicas, parece requerir un esfuerzo aún mayor por nuestra parte para poder trabajar con la problemática que presentan cada vez que una persona indígena se acerca a solicitar asesoramiento o a reclamar por sus derechos.

Desde la Defensoría General de la Nación se ha puesto énfasis en esta situación y se comenzó a trabajar en la capacitación de los defensores, fortaleciendo así las líneas de trabajo. Sobre esto se destaca la Resolución DGN nro. 1106/09, del 8 de septiembre de 2009, en la que se mencionó:

...considerando la especial situación de vulnerabilidad en que se halla este grupo, particularmente en lo relacionado con la efectiva realización de sus derechos y los obstáculos que se les presentan para su pleno desarrollo, y teniendo en cuenta el principio pro homine, toda decisión que se adopte en orden a la intervención de los agentes de este Ministerio deberá orientarse en el sentido de favorecer el acceso a la justicia de los pueblos originarios de manera de que puedan instar las acciones que resulten pertinentes para la satisfacción de sus derechos.

Por ello:

...en las medidas de protección que se lleven a cabo habrán de tenerse en cuenta las particularidades propias de estos pueblos, sus características económicas y sociales, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y

costumbres (cfme. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1972, OEA/Ser.L/V/II.29 Doc. 41 rev. 2, 13 marzo 1973 Original:español; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr.83; Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 51 y 63; Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana desarrollada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008).

También se afirmó:

...la defensa pública debe jugar un rol proactivo para colaborar con la remoción de barreras estructurales y facilitar el pleno acceso a la justicia de los pueblos indígenas, respetuoso de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales de protección, instando la colaboración de otras entidades y/u organismos nacionales o provinciales, o la actuación coordinada, en los casos en que correspondan, atendiendo los límites de actuación legales de este Ministerio.

De este modo, con fundamento en lo anterior, mediante la resolución citada se dispuso “instar a los Defensores Públicos, conforme sus respectivos ámbitos de actuación, a la adopción de medidas proactivas para el resguardo de los derechos de los integrantes de los pueblos originarios y su efectivo acceso a la justicia.”²

Algunas sugerencias para una adecuada atención de la defensa pública

Presentaremos algunos criterios posibles de atención de personas pertenecientes a pueblos indígenas y de las NNyA indígenas, por parte de la defensa pública, derivados de la experiencia y del intercambio entre los diferentes actores involucrados en la temática, participantes de los encuentros desarrollados en las ciudades de Salta y Corrientes³. Haremos algunas referencias y recomendaciones para ser tenidas en cuenta por la Defensa Pública ante la consulta de adultos y NNyA indígenas:

- **Identificación cultural:** Con el fin de cumplir con la identificación de la diversidad cultural, en todas las causas en las que sean parte personas indígenas se podría rotular la carátula del expediente con esa información, consignando además el grupo étnico y el pueblo al que pertenece.
- **Principio de no discriminación y de igualdad de derechos:** En cada presentación de personas pertenecientes a comunidades indígenas es preciso prestar una especial atención a la posibilidad que hayan ocurrido actos discriminatorios a la condición étnica, por parte de organismos públicos y/o de sujetos privados, en las diferentes demandas que ellas hayan requerido, así como la posible existencia de un contexto general discriminatorio en el que se desarrolle la vida cotidiana de la comunidad. Esto último, debe ser tenido en cuenta muy en particular por parte de la Defensa Pública cuando realice las diferentes entrevistas con las personas indígenas, porque las situaciones de discriminación sistemática y estructural son causa de una predisposición a la desconfianza general hacia las instituciones públicas y privadas, lo que incluye tanto a la administración de justicia como a la defensa oficial.

¹ El presente documento forma parte de la publicación “Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Indígenas – Criterios para una defensa técnica adecuada”, Ministerio Público de la Defensa-UNICEF, 2012, elaborada por el Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación

² Véase Anexo II. Resolución DGN N°1106/2009.

³ En Costa Rica, a partir del reconocimiento de la necesidad de fortalecer la asistencia jurídica de las comunidades, la Defensa Pública elaboró las “Reglas prácticas para facilitar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas” (2009), que fueron consultadas para la elaboración de la presente publicación.

La discriminación por motivos étnicos forma parte de lo que la doctrina y la jurisprudencia ha catalogado como “categorías sospechosas” de discriminación, cuyo análisis impone la necesidad de que cualquier desigualdad establecida sea objeto de un exhaustivo control de constitucionalidad y convencionalidad. La inclusión bajo esta categoría genera un plus de protección para las comunidades indígenas e implican un mandato sobre los funcionarios públicos, quienes deben actuar con la presunción de que existe una situación discriminatoria y adoptar las medidas necesarias para revertirla.

- **Representación de las NNyA indígenas:** En todos los casos en que se vean involucrados los derechos colectivos de los pueblos indígenas correspondería la intervención de la defensa pública por representación de las NNyA indígenas –por ejemplo, por medio del Asesor de Menores según la jurisdicción-, con el fin de la protección integral de sus derechos y del reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos. En todas las comunidades indígenas hay NNyA indígenas, por lo que la Defensa Pública podría evaluar, en cada caso, el grado de afectación a sus derechos y la posible intervención en orden a la protección del interés superior del niño indígena.
- **Uso de normativa internacional:** Se recuerda la importancia de utilizar, en sus estrategias de defensa, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, así como de los instrumentos internacionales generales en materia de derechos humanos y, de forma específica, los que se refieren a la protección del derecho de igualdad y no discriminación; ya que todos ellos tienen implementación obligatoria en el orden interno. Además, debe siempre fundarse en el conocimiento de la normativa local específica sobre la materia indígena.
- **Traductores e intérpretes:** En todos aquellos casos en que una parte se identifique como persona indígena y no demuestre un dominio y comprensión real del idioma español, es obligación de la Defensa Pública solicitar el nombramiento de un traductor o intérprete en el idioma autóctono del asistido. Esta disposición deberá cumplirse tanto para las diligencias judiciales que se realizan en el marco de un proceso, como para cuando se entrevista al asistido y/o en las visitas carcelarias. En realidad, el intérprete debe ser garantizado por una razón cultural, más allá del nivel de comprensión que la persona tenga del idioma español, ya que la visión y comprensión del mundo están ligados a la lengua, a partir de la cual construimos asignaciones de sentido. Así, “las lenguas de los pueblos originarios no sólo manifiestan otra apreciación del mundo, sino otro modo de enfocar la realidad, de filosofar a partir de ésta y de organizarla de manera distinta”⁴, lo que evidentemente debe ser incorporado a los fines del ejercicio de su derecho a la defensa.
- **Revisión de actos y diligencias ya realizadas:** En el mismo orden que el punto anterior, también es importante que la Defensa Pública verifique, en su primera intervención, el dominio y comprensión real del idioma español por parte del asistido en todos los actos judiciales ya cumplidos y diligencias de prevención realizadas por parte de autoridades policiales y/o administrativas, ya sea que el asistido tenga la condición de imputado de la comisión de un delito o de víctima. Caso contrario, posiblemente vaya en desmedro del asistido y afectaría su garantía de defensa. En tal caso, la Defensa Pública podría evaluar la interposición de los planteos procesales que considere oportuno –por ejemplo, un pedido de nulidad-, para lograr una mejor defensa con invocación de normativa nacional e internacional propia de la materia indígena.
- **Asistencia jurídica:** Es conveniente que la asistencia jurídica de las personas indígenas incluya una descripción básica y esencial del significado del proceso jurídico en el que se encuentran involucradas, así como también de las partes que participan, sus funciones específicas y las posibilidades y fines del proceso. Esto es importante porque los modos de resolución de conflictos en el derecho indígena y en el interior de las comunidades tienen diferencias respecto del sistema jurídico estatal establecido, por lo que tal diferencia cultural podría afectar la comprensión de las consecuencias jurídicas del proceso en desmedro del acceso a la justicia y el derecho a la defensa. Al respecto, se sugiere recabar la posible colaboración de las autoridades comunitarias en el proceso de formación y explicación a la comunidad.
- **Peritajes culturales:** En aquellas causas en las que resulte necesario demostrar la condición de indígena de alguno de los asistidos, o bien sea relevante la ponderación de valores o bienes jurídicos de la etnia a la que pertenecen, o sus prácticas consuetudinarias y tradicionales en un contexto de pluralismo jurídico, deben solicitarse peritajes culturales, en especial con vistas a fundar una petición liberatoria o bien sostener la concurrencia de hipótesis atenuantes. Por ejemplo, en causas de índole civil es necesario demostrar la existencia misma de la comunidad, el tiempo histórico que lleva ocupando el territorio y la modalidad específica de relacionarse con la tierra, para lo cual resulta fundamental el aporte al proceso de estudios antropológicos y culturales.
- **Identificación de usos y costumbres, y de motivaciones normativas propias de la comunidad indígena:** Es preciso advertir cuál es el grado de comprensión del sistema normativo nacional y provincial por parte del asistido. También la defensa debe identificar en qué medida nuestro asistido ha motivado su actuar de acuerdo a normativa propia de carácter indígena, y cuál podría ser la eventual contradicción con el sistema jurídico estatal (sea en el ámbito municipal,

⁴ Cfr. los estudios de Carlos Lenkersdorf sobre la cultura de los pueblos mayas, entre otros, *Filosofar en clave tojolabal*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2002.

provincial o nacional)⁵. Esta indicación corresponde tanto a la totalidad de los procesos: de carácter penal, civil, laboral o contencioso administrativo.

• **Derechos de las personas privadas de la libertad:** En estos casos, la Defensa debe velar por el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en el establecimiento donde cumple el encierro. Por eso, debe promover que la persona indígena cuente con la posibilidad de realizar sus prácticas, usos y costumbres en el ámbito de encierro, así como de lograr una adecuada comprensión de las reglas penitenciarias. Además, la Defensa debe procurar que el asistido indígena pueda mantener los lazos con la comunidad a la que pertenece, la que suele residir en zonas rurales distantes de donde se encuentran los institutos penitenciarios o de encierro, factor que obstaculiza el ejercicio de los derechos culturales, afecta a la identidad indígena –agregándole un sufrimiento injustificado- y no contribuye a la reinserción social.

• **Conocimiento del entorno:** Es importante que, en la medida de lo posible, los defensores y defensoras públicas que se desempeñen en regiones donde residan comunidades indígenas, las visiten con el fin de conocer el entorno geográfico y cultural en el que se desenvuelven las personas indígenas que, en forma actual o posible, requieran de nuestra asistencia jurídica.

• **Capacitación y difusión de derechos y modos de ejercerlos:**

Debe evaluarse la posibilidad de realizar en forma periódica eventos de capacitación y de difusión de derechos, y de los mecanismos administrativos y jurídicos destinados a las comunidades indígenas, los que deben realizarse cerca de ellas. Esta práctica fortalecería la capacidad de ejercer sus derechos colectivos, así como también ayudaría a consolidar el intercambio necesario entre la comunidad y los miembros de las defensas públicas.

Sobre esto, cabe citar la Resolución DGN nro. 168/09 del 18 de febrero de 2009, donde se sostiene: “la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos es aún mayor cuando se trata de personas o grupos que encuentran mayores obstáculos para su ejercicio, ya sea por la falta de conocimiento acerca de las herramientas que permiten el reclamo o acceso al goce de ciertos derechos”.

• **Identificación de las autoridades comunitarias:** En cada caso en que se requiera la asistencia de personas indígenas, la defensa pública debe identificar la comunidad y pueblo al que pertenece el asistido. En esa oportunidad, la Defensa debe procurar identificar a las personas que sean las autoridades comunitarias o representantes del colectivo, con el fin de recabar de ellas, en carácter de interlocutoras, la información necesaria para una mejor defensa de sus derechos. Del mismo modo, la Defensa debe evaluar, para una mejor asistencia, la posibilidad de recurrir a personas especialistas en el estudio de las normas, prácticas y costumbres de la comunidad específica en cuestión, que podría ser algún antropólogo con experiencia y vínculos con ésta, pero también miembros de la propia comunidad (por ejemplo, una autoridad comunitaria). La identificación de las autoridades también es importante porque es el interlocutor válido para el propio defensor, el que debe respetar a esas autoridades y los procedimientos de toma de decisión de la comunidad. En el supuesto de que haya más de una representación de la comunidad, como puede darse cuando en el ámbito provincial se reconoce la existencia de una asociación civil o alguna otra forma de personería jurídica previamente otorgada que cuenta con autoridades propias, lo ideal es avanzar hacia una forma de representación unificada con el consenso de todos los miembros.

• **Fortalecimiento del trabajo en red para garantizar un mejor acceso a la justicia de los pueblos indígenas:** Cada vez que se asista jurídicamente a una persona o comunidad indígena, es importante relevar si ya se ha relacionado con algún organismo público y/u organización de la sociedad civil. En ese caso, el vínculo de la defensa pública con tales organismos podría ser de gran utilidad para un mejor acercamiento a nuestros asistidos y para la obtención de una información más precisa, con el fin de brindar una asistencia integral y coordinada.

• **Casos de indígenas urbanos:** Existe un número importante de personas que se autoadscriben como indígenas y que viven en contextos urbanos, en general producto de la migración interna de miembros de su comunidad. Una de las necesidades recurrentes es el mantenimiento del vínculo con la comunidad de origen, de sus costumbres en un ámbito urbano que se presenta como hostil, y el respeto y reconocimiento a su identidad indígena y a sus derechos colectivos. De este modo, si no se advierte la condición de indígena de nuestro asistido, se dificultaría la prestación de una adecuada asistencia jurídica así como también no se adoptarían las medidas necesarias para la remoción de obstáculos que dificultan el correcto acceso a la justicia. En este punto, debe prestarse especial atención a la comprensión y real dominio del idioma español y del significado de los actos administrativos y/o judiciales que lo involucren.

• **Participación en las decisiones del proceso:** Las decisiones que se adopten en el proceso legal, en orden al despliegue de las diferentes estrategias de defensa que se adopten, se deben tomar en consulta con la comunidad, por medio de sus autoridades representativas y respetando sus procedimientos de toma de decisiones en el interior de la comunidad. Es importante que la Defensa, a fin de generar un vínculo de confianza con la comunidad y las personas indígenas, oriente su actuación con criterio de interculturalidad, con especial cuidado a la desconfianza habitual que suelen tener las personas indígenas fundada en el histórico trato discriminatorio dispensado hacia ellas.

⁵ Además, en los casos penales deberá promoverse la aplicación de penas distintas al encarcelamiento y tener en consideración lo previsto por los arts. 8, 9 y 10 del Convenio 169 OIT.

En el citado estudio “Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas” se realizan algunas de recomendaciones posibles, tales como:

- La creación, dentro de la Defensa Pública Nacional y Provincial, de unidades especializadas en derecho de los pueblos indígenas y de niñez, con posibilidades de descentralización de estos órganos y accesibilidad respecto de las zonas en donde viven las comunidades.
- La incorporación de traductores e intérpretes especializados que puedan actuar ante necesidades concretas de las personas, de las comunidades, y de las niñas, niños y adolescentes indígenas.
- Recordar a los operadores del sistema judicial que deben tomar en consideración los usos y costumbres a la hora de juzgar y decidir sobre los derechos de una persona o comunidad indígena, e incluir su cosmovisión; así como considerar los derechos de las niñas, niños y adolescentes indígenas.
- Promoción de programas de actualización dentro de los ministerios públicos, en especial respecto de las defensorías, sobre los derechos de los pueblos indígenas y de la niñez indígena.
- Creación de observatorios de conflictos judiciales que involucren a los pueblos indígenas y, en particular respecto de la niñez, así como de promoción de acciones de litigio estratégico.
- Promover instancias permanentes de diálogo y consultas entre los operadores del sistema judicial, los miembros de las defensorías y del ministerio público y las comunidades indígenas.

Por otro lado, como consecuencia de los diferentes trabajos mencionados, se hace evidente la necesidad de lograr que haya una articulación y coordinación entre el trabajo de los defensores públicos federales y provinciales. La defensa pública es una garantía de acceso a la justicia para los pueblos indígenas que requiere trabajar en forma mancomunada por medio de sus diferentes jurisdicciones y competencias. Éste constituye el mayor desafío para todos.