

# La perspectiva multicultural en el Proceso Penal

por MARÍA MERCEDES ROSSI  
5 de Marzo de 2021  
[www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar)  
Id SAIJ: DACF210038

## Resumen.

El derecho internacional reconoce normativamente distintos grupos de personas que por cualidades puntuales se encuentran en cierto grado de vulnerabilidad frente a otras, a partir de ello elabora un conjunto de normas para neutralizar las desigualdades evidenciadas, este plexo normativo en nuestro país adquirió jerarquía constitucional en el año 1994. En este trabajo se recorren las normas que identifican el concepto sociológico de multiculturalismo, su impacto al momento de interpretar para resolver casos penales, y en ese sentido el papel que juegan los operadores del sistema de administración de justicia.

## I. Introducción.

Es innegable que las relaciones humanas que se dan en el mundo post-moderno, post- industrial, globalizado, poseen un dinamismo de permanente transformación que se evidencia en varios aspectos como los económicos, sociales y culturales.

La ciencia del derecho no escapa a esta transformación fija, los cambios que se dan en el plano de la realidad con el tiempo repercuten en el plano de la moral para luego, con una velocidad menor, consolidarse en el plano del derecho positivo bajo la estructura de una norma jurídica.

Entre muchos de los cambios que podemos identificar que han transitado el camino antes descrito encontramos al concepto de "multiculturalismo" al que podemos definir como la coexistencia de distintas tradiciones culturales en un mismo territorio.

Este postulado, surge en Estados Unidos como una doctrina que pone en crisis la hegemonía cultural de los "grupos blancos" dirigentes respecto de las minorías(1).

Desde este trabajo se busca analizar el concepto de "perspectiva multicultural" que surge de las normas que constituyen el bloque de convencionalidad de nuestro ordenamiento jurídico. Para ello primero identificaremos la ubicación sistemática de los enunciados que aluden a tal perspectiva como también las normas relacionadas con tal prerrogativa, para luego definir su extensión al momento de su aplicación en la argumentación de casos judiciales.

Partiremos desde la base del liberalismo multicultural y que su análisis y aplicación deviene obligatoria toda vez que guarda una íntima relación con la configuración de la identidad de los individuos, lo que hace a su autonomía y dignidad humana.

Concentraremos el estudio a partir de cómo debiera ser el tratamiento que debiera recibir una persona perteneciente a una comunidad indígena imputada de un delito penal conforme los derechos constitucionales.

## II. Desarrollo.

Para iniciar el camino analizaremos las normas que aluden a la perspectiva multicultural en lo concreto como así también las normas que se relacionan con este concepto.

En ese sentido en el orden internacional La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD), define en su artículo primero que:

la expresión 'discriminación racial' denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública(2).

Esta Convención fue elaborada por la ONU entrando en vigencia en el año 1969 y ratificada por la República Argentina por medio de la [Ley 17.722](#), para luego en la reforma constitucional del año 1994, adquirir el rango convencional-constitucional en el [art. 75 inc. 22 C.N.](#).

En el año 2007 la Asamblea General de Naciones Unidas elaboró la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, mencionando en el artículo segundo que "los pueblos y los individuos son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tiene derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas"(3).

El artículo 15. 2 determina que "los estados adoptaran medida eficaces, [...] para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, cooperación, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad"(4).

Los Convenios 107(5) y 169(6) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)(7) sientan los lineamientos generales y esenciales para una legislación nacional que regule la protección de los derechos de los pueblos indígenas, fomentando la igualdad en la diversidad cultural para dar camino al acceso a la justicia de tales ciudadanos.

Cabe mencionar que la Observación General nro. 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU(8) da cuenta de las obligaciones del Estado argentino para lograr la igualdad en el acceso de justicia y cumplir con el principio de no discriminación y el respeto a los derechos de los pueblos indígenas y la diversidad cultural.

Desde la órbita nacional, la Constitución reconoce la existencia de los pueblos originarios y garantiza su respeto, cuestión que emana del artículo 75 inc. 17 al decir "reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural [...]".

Las normas enunciadas refiere a lo puntual del caso, es decir, que hacen alusión a la perspectiva multicultural que ha de ser necesaria para efectivizar las prerrogativas en ellas descriptas, mas no se debe perder de vista que al analizar el derecho debe verse como un todo por lo que esta perspectiva no es una cuestión aislada toda vez que se yuxtapone con la efectivización de principios fundamentales tales como el de igualdad y su contracara no discriminación, debido proceso (con todos los principios que de allí se derivan) y debido acceso a la justicia que podemos encontrar plasmados en los siguientes instrumentos internacionales, a saber:

El [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#)(9) en su artículo 2.1, habla de la obligación de los Estados de garantizar el goce efectivo de los derechos del Pacto para todos los habitantes dentro de su jurisdicción sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de otra índole, origen nacional o social,

posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Tanto en el artículo 14 como en el 26 se enuncia la igualdad ante la ley como una de las garantías procesales mínimas del debido proceso.

En la [Convención Americana de Derechos Humanos](#)(10) encontramos en su artículo octavo las garantías de toda persona en el marco de un proceso, en el caso específico que estamos tratando resulta destacable por motivos que se expondrán más tarde, por una lado la garantías de ser oído con las debidas garantías que se encuentra en el punto 1.1 del citado artículo y por otro lado lo plasmado en el punto 1.7 donde encontramos la garantía de obtener a una decisión fundada que no solo garantice la razonabilidad en la decisión, sino también, que impone al organismo que decide tener un efectivo conocimiento del caso incluyendo el contexto en el cual se desarrolla el suceso histórico en análisis, y expedirse sobre los hechos, evitando el rechazo de la acción por razones meramente rituales.

En relación con los extremos normativos que se han ido desarrollando, los informes N° 74/98(11) y N° 105/99(12) del Comité Interamericano de Derechos Humanos de la OEA indican que las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación amplia en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, por lo que el principio pro actione, obliga a extremar las posibilidades de interpretación con norte hacia aquello que resulta más favorable al acceso a la jurisdicción.

En el punto 2.2 -del art.8vo del Pacto de San José de Costa Rica- se describe la garantías de una comunicación previa y detallada al imputado de la acusación, la finalidad de este requisito es que no se produzcan actos de autoridad que el ciudadano desconozca, y que por lo tanto, no pueda controlar y oponerse con eficacia(13).

En la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#)(14) el artículo décimo indica que toda persona tiene derecho a ser oída públicamente, mientras que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre(15) en su artículo 18 habla de derecho de justicia.

Visto el contenido de las normas en juego en el caso, debemos definir su extensión, es decir su alcance de aplicación, el papel que juegan al momento de dar fundamento, y para ello no podemos eludir un primer interrogante que es por qué se deben argumentar las resoluciones judiciales.

Encontramos una respuesta de modo indiciario en el principio republicano de gobierno que implica la división de poderes consagrada en el artículo primero de nuestra Constitución Nacional que nos indica que el poder de los ciudadanos delegado en el Estado se divide en Judicial, Ejecutivo y Legislativo, siendo que los actos de gobierno de cada uno de esos poderes deben ser públicos, justamente en pos de poder ser controlados por los otros poderes como por el pueblo todo.

Por otro lado en lo concreto el artículo 14 del PIDCP, en el artículo 8 de la CADH, y [18 CN](#) dan el marco de las garantías del debido proceso, de la lectura de los mismos debe interpretarse que la motivación de las resoluciones judiciales no es un requisito del debido proceso, sino bien es la base fundamental para la aplicación de la violencia justificada de modo legítimo, -pena- toda vez que la sentencia desarrolla la explicación del decisorio, cuál es el acto reprochado, a quién y cuáles son las consecuencias jurídicas derivadas de ello(16).

El modo de garantizar las garantías es por medio de la motivación que contiene las razones de las afirmaciones que hacen a la decisión, atiende a los planteos de las partes y explica por qué es legalmente correcta la decisión, por ese camino el juez se expone en cuanto a descripción y valoración de la prueba, define los hechos y el derecho aplicable, los que eventualmente pueden ser cuestionados en un recurso tal como lo sostiene el jurista italiano Ferrajoli.

Así las elecciones de los jueces deben estar justificadas racionalmente(17) toda vez la motivación es un

instrumento de control de las decisiones y no un ejercicio reflexivo interno de quien ejerce la jurisdicción, garantiza a todas las demás garantías, y sin ella resultarían huérfanos de protección los derechos implicados en el litigio, al quedar sometidos al juicio discrecional de autoridades que no justifican sus actos(18).

Sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que "la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión"(19).

El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia(20), que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por razones que el Derecho suministra y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática [...] las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado.

Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el art. 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso(21).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado su posición al respecto en el antecedente "Casal"(22) indicando que el estándar de motivación debe ser conforme el método de reconstrucción histórico que consta de cuatro etapas, la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis.

Parece algo obvio todo lo dicho pero creo oportuno siempre preguntarnos y repasar aquello que parece palmario, porque lo riesgoso de no hacerlo es abandonar la tarea de pensar, adormeciéndonos como el trabajador que ajusta tuercas en "Tiempos Modernos" de Charles Chaplin, sosteniendo sin más situaciones que implican, en muchos casos, atrocidades desde una óptica jurídica como moral.

Ahora bien, ya definido que en todo caso que se plantea debe haber acceso de la persona imputada a conocer los elementos de cargo y poder ser oída, como también que la resolución a la que se arribe sea fundada y motivada cabe ver el modo en que esto debe hacerse, es decir, delimitar cómo se deben garantizar todas las garantías enunciadas(23).

Es que el derecho posee una dimensión fija que se puede identificar en la letra la ley, y una dimensión en movimiento que se identifica con las situaciones de conflicto de particulares que surgen de la interacción humana en sociedad que son expuestas ante el Poder Judicial, por lo que entonces podremos hablar de derecho cuando la letra de la ley sea ejercida y esto solo se da bajo un hecho concreto, en una interferencia intersubjetiva puntual que implica las vivencias de las personas inmersas en el suceso ventilado para "solucionarse", lo que dan lugar a los "casos" y allí siempre al intervenir los operadores judiciales estarán interpretando, eligiendo, expresando su subjetividad, por tal motivo este trabajo pretende, aunque sea de modo limitado dar luz sobre la obligación personal y la necesidad social de interpretar de acuerdo a los principios normativos vigentes para dar cuerpo al valor justicia que reposa en nuestra Carta Magna, dando vitalidad a la voz del pueblo.

Sobre este punto ha dicho el Dr. Jacobucci "juegan un rol fundamental los principios penales pues son los encargados de concretar normativamente los valores a los que debe atenderse el juez en su actividad de aplicación de la ley"(24).

El tema de la extensión de los principios del derecho está íntimamente vinculado con el poder discrecional de

los jueces como bien puede verse en el debate entre Ronald Dworkin y Herbert L.A. Hart, mas ambos juristas plantean la discusión en el ámbito de un sistema de precedentes siendo que nuestro ordenamiento es de corte continental europeo con control difuso por lo que es posible afirmar que los principios generales del derecho no son una cuestión de base moral discrecional de los jueces sino bien son normas de derecho positivo obligatorias para el operador judicial.

Partiendo de este axioma se puede arribar, aunque de un modo distinto a la conclusión del primer profesor nombrado, que la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual cuando ninguna norma es aplicable a un caso en cuestión el juez es libre de ejercer su discreción para llegar a una solución, debe ser rechazada toda vez que por un lado implica una violación al principio de la división de poderes, y por otro lado implica una violación al principio de legalidad y de reserva por legislar posterior al hecho en análisis y pretender la aplicación retroactiva de ello, extremos éstos que se neutralizan al dotar a los principios convencionales de la extensión universal que poseen, son ellos los que evidencian que no hay discrecionalidad en la función jurisdiccional toda vez que siempre se podrá recurrir a un principio general del derecho para arribar a la respuesta correcta para el caso.

Lo que sucede en la interpretación y aplicación de ellos es que funcionan como si fueran una perilla, su aplicación es regulable, a diferencia de las reglas que funcionan como un botón, es decir, se aplican o no se aplican, en palabras de Alexy:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos(25).

La base filosófica de la obligación de aplicar los principios normativos del modo que plantea Alexy la podemos ver en las ideas de Aristóteles, cuando postula que en el estudio correcto de la justicia y la injusticia se deben considerar tres cuestiones, por un lado a qué acciones se aplican, qué especie de medio es la justicia, y cuáles son los extremos entre los cuales lo justo es un medio laudable y en ese camino "[...] lo justo será lo que es conforme a la ley y a la igualdad, y lo injusto será lo ilegal y lo desigual[...]"(26), las normas determinan algo y tiene como norte el interés general de la ciudadanía, con lo cual serán justas en la medida que construyan o mantengan el bienestar, o algunos de sus elementos, para los ciudadanos, por eso es que la ley irradia sobre todas las virtudes y todos los vicios prescribiendo unas acciones y prohibiendo otras, con razón, cuando se elaboró racionalmente y sin razón, cuando se gestó sin un estudio pormenorizado.

Aunque Pierre respecto del filósofo griego dice que el juicio ético no puede asimilarse con el de la geometría sino con el del carpintero, la justicia del plano abstracto encuentra su destino unida a la suerte de la ley, porque es la misma justicia que por la virtud de equidad exige ser corregida, así la prudencia como virtud intelectual permite definir la norma, y quien la aplique en aras de ser equitativo deberá utilizar la prudencia en su máxima expresión al hacerlo en el marco de las relaciones entre los hombres, porque, Si la ciencia se dirige a lo menos humano del hombre, lo más impersonal, el intelecto, y si su transmisión se realiza por las vías universales del logos, la experiencia se sitúa en un nivel más vital: en el nivel donde las facultades intelectuales son responsables no sólo de la lógica de su contenido, sino de la conducta del hombre, de la cual son guía, en este nivel donde el logos mismo debe hablar el lenguaje de la pasión, del carácter, del placer y de la pena, si quiere

ser entendido por ellos y elevarlos a su nivel [...]. La prudencia es, pues, como la experiencia; y no es casual que tanto una como la otra sean atribuidas a políticos como Pericles que unen, en un análisis singular, la capacidad de la perspectiva global y el sentido de lo particular"(27).

Una postura similar es la que sostiene en nuestra doctrina el Doctor Zaffaroni cuando sostiene que "en la medida en que el Derecho Penal deja de pensar, se convierte en un análisis y elaboración de reglamentos que legitiman, racionalizan y facilitan el poder ilimitado"(28).

No debemos nunca perder de vista que el sustento constitucional de los bienes jurídicos tiene a la dignidad humana como fundamento antropológico y límite ineludible de toda coerción estatal, por eso se debe relacionar los principios normativos con conocimientos empíricos para desplegar el necesario proceso hermenéutico de concreción de la norma, es decir no olvidarnos de la realidad social, mas debo insistir en que este punto no se mal entienda en cuanto a que alude a discreción deliberada jurisdiccional, sino bien debe entenderse como la razonabilidad en la interpretación.

Es así que debemos partir de la base del respeto del principio constitucional de igualdad y las garantías del debido proceso para analizar el caso lo que implica considerar al hecho multicultural en un sentido fuerte, en el entendimiento que el derecho es una institución social y su fin es esencialmente práctico, significa que las normas que forman parte del derecho que existe para justificar acciones y decisiones se encuentre permeado por razones que nos habilitan a contextualizar la justicia y a establecer derechos diferenciados a favor de grupos e individuos que conforman la diversidad cultural.

Queda claro que, entre otras cosas, la teoría del derecho debe tomar como GPS el ideal de universalidad de los derechos humanos y así identificar las herramientas hermenéuticas para la adjudicación real de los derechos humanos para aquellas personas sobre las que debe haber especial consideración como son los grupos e individuos que forman parte y constituyen las fuentes del multiculturalismo.

Las obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado argentino a través de la ratificación y jerarquización constitucional de ciertas normas del derecho internacional de los derechos humanos(29) establecen la necesidad de cambios coyunturales en las leyes, pero también en la administración de justicia y sus operadores.

En consecuencia, todo ello merece un tratamiento diferenciado y supone incorporar perspectivas específicas, tal como lo dispone la Constitución Nacional y la normativa de derechos humanos incorporada a nuestro ordenamiento jurídico interno.

Desde este atalaya podemos definir lógicamente que discriminar es también no contextualizar las circunstancias particulares de una determinada persona cuya concepción y formación socio- cultural es totalmente diversa a la imperante en el ámbito en el que habita, cuando este es ajeno a su cultura inicial, no tener en cuenta las circunstancias particulares de la persona acusada en el contexto de la administración de justicia en materia penal, devendría en una discriminación hacia su persona violatoria de los derechos fundamentales.

Es decir los operadores judiciales tienen la obligación de certificar de modo puntual en cada caso que la persona imputada conozca lo que se le imputa, los motivos y alcance de las posibles sanciones, y que posea todas las herramientas para poder recrear en el proceso su versión de lo sucedido.

En el caso del multiculturalismo, el idioma, la creencias, etc., de las personas de grupos minoritarios no deben correr en el proceso como una mochila que ellos deben cargar, sino bien, el Estado por vía de los operadores debe garantizar el acceso a la justicia, que no es una prerrogativa única de quienes resultan víctimas, y así utilizar todas las herramientas que le sean posibles para tornar activo el derecho a la igualdad, porque si

miramos lo empírico si hay algo que tenemos por igual todos los ciudadanos es que somos diferentes y estas diferencias dentro del proceso deben neutralizarse por imperativo convencional que surge de la normas antes analizadas, de otro modo las normas convencionales no serían más que el muñeco de Gepetto antes de la llegada del hada madrina.

Es decir debe cotejarse la situación de la persona imputada, sus recursos, su contexto, obligatoriamente para obtener una radiografía que permita ver qué cuestiones deben atenderse para poder garantizarle su derecho a un debido proceso, es obligación del operador judicial corroborar en lo concreto que quien está acusado ingrese al estándar de igualdad.

Digo estándar de igualdad porque este extremo no es una cuestión fáctica real sino una construcción jurídica, todos tenemos contextos distintos, o sea, en el plano de la realidad no es lo mismo una persona argentina con conocimiento del idioma que una persona nacida y criada en un contexto cultural distinto como son el caso de los pueblos originarios, es por ello que la perspectiva multicultural es la herramienta que permite identificar las diferencias que pueden afectar los principios convencionales y así, en caso de identificarse tal afectación, poder sanearla en pos de garantizar el derecho a la igualdad y debido proceso.

Podríamos de alguna manera metafórica hablar de la perspectiva multicultural como uno de los anteojos que deben colocarse los operadores del sistema al trabajar.

Lo expuesto hasta aquí es conteste con la jurisprudencia internacional sobre el tema. La CIDH en el Caso "López Álvarez vs. Honduras," - miembros de la comunidad garífuna como imputados- indicó que "los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquellos"(30).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Rosendo Cantú y otra vs México,"(31) informa sobre los obstáculos que enfrentan particularmente las mujeres indígenas para acceder a la justicia, generalmente relacionados con la exclusión social y la discriminación étnica "dichos obstáculos pueden ser especialmente críticos, ya que representan formas de "discriminación combinadas". En este caso la Corte IDH considero que:

[...] es indispensable que los Estados otorguen 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" "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.

Queda claro entonces que se debe procurar la aplicación irrestricta del principio de igualdad, que también implica suplir las condiciones de desventaja y vulnerabilidad en las que se encuentran determinadas personas y colectivos, como las poblaciones indígenas.

Así lo determina la Corte IDH, en la Causa "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador"(32) al establecer que el principio de igualdad y no discriminación se efectiviza en la medida en que se reconozca el derecho a la identidad cultural que "es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención . el respeto a dicha diversidad es una característica esencial de una sociedad pluralista, democrática y multicultural.

El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en la causa LNP vs.

Argentina(33), se puso fuertemente en duda la credibilidad de la niña -en el caso R. M. B.-, víctima de violencia sexual, a punto tal que luego del análisis de la causa, el Comité emitió un dictamen en el que estableció que el Estado Argentino violó una serie de normativas internacionales, con jerarquía constitucional, y concluyó que tal violación se produjo debido a la existencia de discriminación basada en la condición de niña de la víctima y su etnicidad.

Asimismo, en este proceso el Comité consideró que el trato recibido por la menor víctima de la etnia Qom-Toba en la dependencia policial y médica luego de haber sido agredida y como durante el proceso judicial significaron que el estado, ante su falta de refutación de las acusaciones, violentó el derecho de la víctima de acceder a los tribunales en condiciones de igualdad.

En relación al acceso a la justicia por parte de quienes pertenecen a pueblos originarios, el Relator Especial de las Naciones Unidas para la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, indicó que, en muchos países, los pueblos indígenas no disfrutaban de igualdad de acceso al sistema de justicia y que, una vez ingresados a éste, suelen ser objeto de diversas formas de discriminación, malos tratos y violencia, afirmando que las mujeres y niños indígenas son los más afectados(34).

El Relator resaltó en dicho informe que la justicia debe entenderse no sólo como la aplicación efectiva de la ley y el funcionamiento de un buen sistema judicial, sino también como un proceso en el que las personas que se hallan en una permanente situación de desventaja puedan encontrar la forma de superarla por medios legítimos y socialmente aceptables que impliquen modificaciones coyunturales a largo plazo(35).

Destacó que la realidad dista mucho del principio de igualdad y no discriminación y concluyó que "la falta generalizada de acceso al sistema oficial de justicia debido a la discriminación directa o indirecta profundamente arraigada en contra de los pueblos indígenas, es un rasgo importante de las deficiencias en la protección de los derechos humanos," en gran parte de los Estados miembros y signatarios de diversos instrumentos internacionales para su protección(36).

Continuó explicando que la falta de acceso a la justicia y la discriminación dentro de su administración, se deben muchas veces al aislamiento físico y a la falta de medios de comunicación en las zonas indígenas, pero también a la ausencia de recursos públicos que sean suficientes para establecer un sistema judicial eficaz en el que se tengan en cuenta las necesidades de las comunidades indígenas(37) y que ello puede indicar que "la cultura jurídica oficial de un país no está adaptada para hacer frente al pluralismo cultural y que los valores dominantes de una sociedad tienden a ignorar, olvidar y rechazar las culturas indígenas"(38) subrayando que la particular discriminación y prejuicios que sufren los indígenas en el sistema de justicia, especialmente en la justicia penal, y la situación de desventaja especial de mujeres, jóvenes y niños.

Por otro lado la Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU ya citada al interpretar el art. 14 del PIDCP respecto de la administración de justicia, estableció que, a pesar de la complejidad de su texto, la finalidad de todas sus 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"(39).

La Corte IDH dijo en el Caso "López Álvarez vs. Honduras"(40) que el idioma de un pueblo es un elemento esencial que hace a su identidad porque permite "la expresión, difusión y transmisión de su cultura" por lo que la limitación al ejercicio de la libertad de hablar la lengua implica en muchos contextos, una restricción al ejercicio de la libertad de expresión, incompatible con la garantía prevista en la CADH, a la vez que constituye un acto discriminatorio contra la persona.

Asimismo, la Corte IDH concluyó que, frente a tal limitación, el Estado tuvo responsabilidad por la violación de los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión, y de la igualdad ante la ley(41).

En el caso "Rosendo Cantú vs. México" la Corte IDH dijo que los obstáculos para denunciar y recibir información en el idioma de la persona en los momentos iniciales del proceso puede implicar un trato que no tome en cuenta la situación de vulnerabilidad de la persona, basada en su idioma y etnicidad, resultando en un menoscabo de hecho injustificado al derecho de acceder a la justicia, lo que inevitablemente perjudica también el derecho de defensa(42).

La Observación General nro. 13 antes nombrada estableció específicamente que la primera de las garantías mínimas de un proceso penal, previstas en el párrafo tercero del artículo 14 del PIDCP, refiere al derecho de toda persona a ser informada, en un idioma que comprenda, de la acusación formulada contra ella(43).

Y en la causa LNP vs. Argentina, el Comité también consideró como una violación del estado al derecho de acceso a los tribunales en condiciones de igualdad, que el proceso fuera desarrollado íntegramente en español, idioma con el que los testigos, la víctima y los imputados tenían problemas de comunicación(44).

Todo lo dicho permite sostener que la perspectiva multicultural es una herramienta de interpretación obligatoria para construir la efectividad del derecho de toda persona a ser tratada ante la justicia de modo igualitario, de poder recibir y entender toda la información que surge del legajo para poder ejercer con plenitud su defensa, y poder dar su versión de los hechos en caso de así quererlo, de modo tal que los eventuales obstáculos idiomáticos y culturales que puedan darse deben ser sorteados obligatoriamente por los operadores de la administración de justicia. Solo garantizando estos extremos y teniendo en cuenta las diferencias fácticas sociales al momento de fijar los hechos del caso y las normas aplicables, se podrá estar frente a una resolución motivada correctamente en términos constitucionales.

### III. Conclusión.

Así pretendo resaltar el reconocimiento expreso y respeto a la diversidad cultural y a la existencia -previa a la colonización- de comunidades y pueblos indígenas, como una parte esencial en la construcción de la Nación Argentina.

En consecuencia, la normativa internacional y nacional adoptada por el Estado argentino busca la igualdad legal como elemento necesario para una igualdad real y fáctica que destruya los viejos paradigmas de superioridad cultural y, en consecuencia, de discriminación.

Es por ello que debe entenderse a la denegación generalizada de justicia y la discriminación imperante en su administración como una derivación directa de procesos históricos basados en la concepción de que existe superioridad de una cultura sobre otra.

Por tal motivo es obligación de quien ejerce la jurisdicción en cada caso concreto llevar a cabo el debido control de convencionalidad, fijado en el caso "Almonacid Arellano", que en nuestro sistema funciona con un control difuso, es decir que cada juez debe efectuar tal control porque no está concentrado en un Tribunal específico, y el mismo implica confrontar la adecuación tanto de las normas jurídicas internas de los Estados parte de la Convención como los comportamientos estatales, con los principios, derechos y garantías contenidos en el Pacto(45).

Esta función se divide en dos dimensiones, una destructiva, que tiene como norte quitar del ordenamiento jurídico interno aquellas normas que sean contrarias a la Convención como a los precedentes de la Corte

Interamericana y otra dimensión constructiva en cabeza de quienes ejercen la judicatura en el plano interno que implica llevar a cabo una lectura de las normas internas de modo tal que sean armonizadas con la Convención y el análisis que de ella se hace en la jurisprudencia de la Corte IDH(46).

Así, los magistrados tienen la obligación de hacer compatibles las normas locales con las internacionales como así también interpretar conforme las principios convencionales que en nuestro caso no resultan una facultad discrecional del Juez como puede pasar en los sistemas del common law, sino que ellos están plasmados en las normas que hacen al bloque de convencionalidad, por lo que el Juez queda ceñido en su análisis del caso al marco allí delimitado, para ser de este modo el portavoz del pueblo porque en rigor el sujeto que interpreta, que es el plural de la ciudadanía, lo hace a través del juez.

Por otro lado la lógica del constitucionalismo actual de los Derechos Humanos Fundamentales exige limitar el poder coercitivo del Estado y en ese sentido se le impone al juez el deber de motivar para fundamentar sus decisiones con especial obstinación, así debe entenderse a la razonabilidad como un elemento básico para que las decisiones judiciales aprueben el examen que las haga aceptables por un lado y por otro como la expresión de la seguridad jurídica del constitucionalismo actual y sobre esa base queda claro que en la tarea de motivar la función jurisdiccional, la perspectiva multicultural es un deber.

Justamente sobre la base de ese deber se funda la obligación del Estado negativa de no violentar las reglas del debido proceso como la obligación positiva de dotar al sujeto vulnerable de las herramientas necesarias para que ejerza sus derechos convencionales y en esa línea quienes ejercen la judicatura cuando afrontan un caso con cierta peculiaridad que permite ubicarlos bajo el denominador de poco comunes, no deben limitarse a invocar las normas elegidas como solución para subsumir el caso en ellas, sino que deben buscar de hacer explícita esa peculiaridad axiológica inherente al caso mismo con que éste se presenta, directamente como experiencia perceptible(47), porque la norma debe tomarse como inicio y no como meta frente al cambio social, tal como la utopía que nos plantea Eduardo Galeano que está en el horizonte, que sirve para caminar.

Notas al pie:

(\*)María Mercedes Rossi, Abogada UBA. Magister en Derecho Penal Universidad Austral.

1)Para mayor ilustración se puede consultar el libro de Taylor, Charles, "El multiculturalismo y la política de reconocimiento" 2da. Edición, México, Ed. Fondo de cultura Económica, 2009, pp.11, 12, destacando el prefacio elaborada por Amy Gutmann donde señala que "partiendo de una perspectiva kantiana, Habermas sostiene que la protección equitativa de la ley no es suficiente para construir una democracia constitucional. No sólo debemos ser iguales ante la ley, también debemos ser capaces de vernos a nosotros mismos como los autores de las leyes que nos gobiernan. Una vez que tomemos en serio esta conexión interna entre la democracia y el Estado Constitucional es claro que el sistema de derechos no es ciego a las condiciones sociales de desigualdad ni a las diferencias culturales".

2)Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 1, adoptado el 21 de diciembre de 1965.

3)Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblo Indígenas, Asamblea General de la ONU, sesión 61, Nueva York, 13 de septiembre de 2007, A/Res/61/295 Doc. Oficial.

4)Ibíd. Art. 15.2.

5)Convenio sobre población indígena y tribales aprobado el 26 de junio de 1957, celebrado en a Ciudad de

Ginebra, Suiza, ratificado por nuestro país en el año 1959.

6) Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, celebrado en la Ciudad de Ginebra, Suiza, ratificado por nuestro país en el año 1991.

7) Específicamente puede verse en los arts. 8 y 9 del Convenio 169 OIT.

8) U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 154, 1984.

9) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.1, adoptado el 16 de diciembre de 1966.

10) Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

11) Al examinar los méritos del caso 10.194 Narciso Palacios, la Comisión aprobó el Informe No. 74/98 el 28 de septiembre de 1998, durante el 100° Periodo Ordinario de Sesiones de acuerdo con establecido en el artículo 50 de la Convención Americana.

12) Comité Interamericano de la Organización de Estados Americanos. Informe 105/99, caso 10.194. Narciso Palacios, Argentina, 29 de septiembre de 1999.

13) Cf. Corte IDH, Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de noviembre de 2009, párr. 29.

14) Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

15) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

16) Herbel, Gustavo A: "Derecho del imputado a revisar su condena. Motivación del fallo y derecho al recurso a través de las garantías constitucionales" Buenos Aires, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013. p. 378.

17) Taruffo, Michele, "Algunas consideraciones sobre la relación entre la prueba y verdad", en Doxa, 2003, año III, p. 34.

18) Herbel, Gustavo A, *Ibíd*, p. 386.

19) Cf. Corte IDH, Caso "Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador". Excepción Preliminar, Fondo y Reparación. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, nro. 170, párr. 107, 83.

20) Corte Europea Caso Suominen vs. Finland. Nro. 37801/97 S-forma de S en cita- 34, 1 de July 2003.

21) Cf. Corte IDH, Caso "Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo" vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 78.

22) CSJN, "Casal Matías Eduardo", Fallos: 328:3329.

23) Cabe destacar que solo se hace mención a estas garantías por ser las notas distintivas del caso, pero que en rigor rigen en el proceso tantas otras garantías que pueden ser agrupadas en tres grupos, a saber: las

relativas a la seguridad individual, inocencia, juicio previo, defensa material y técnica, prohibición de persecución múltiple, oralidad, recurso, publicidad, reformatio in pejus, no juzgar en rebeldía. Las relativas a la organización judicial, imparcialidad, independencia, juez natural. Y las relativas al carácter estatal de la pena, oportunidad, legalidad y oficialidad.

24)Cfr. Yacobucci, Guillermo J., "Algunas cuestiones respecto a la interpretación de la ley penal" en Zuleta Puceiro, Enrique, "Interpretación de la ley. Casos y materiales para el estudio", Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 281.

25)Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 5, 1988, pp. 143-4.

26)Aristóteles, "Ética a Nicomaco" Libro V, capítulo I.

27)Pierre Aubenque, "La prudencia en Aristóteles", Traducción de M. José Toores Gómez-Pallete, Grijalbo Mondadori. Barcelo, Editorial Crítica, 1999, pp. 53, 54, 55, 72.

28)Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, "Derecho Penal, Parte General", Buenos Aires, Ed. Ediar, 2002, pp. 266 y sgtes.

29)Conforme la reforma constitucional de Nuestra Carta Magna del año 1994 que puede verse plasmado en el art. 75 inc. 22.

30)Cf. Corte IDH, Caso "López Álvarez Vs. Honduras". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 171 1era parte.

31)Cf. Corte IDH, "Caso Rosendo Cantú y otra vs. México". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. sentencia de 31 de agosto de 2010, párr.184.

32)Cf. Corte IDH, Caso "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador". Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 213.

33)Comité de Derechos Humanos. Dictamen del 18 de julio de 2011, comunicación nro. 1610/2007, CCPR/C/102/D/1610/2007.

34)Tercer informe: La justicia y los derechos indígenas, 2004, p. 75.

35)Ibíd, p. 76.

36)Ibíd, p. 79.

37)Ibíd, p. 79.

38)Ibíd, p 79.

39)Conforme el párr. 1.

40)Cf Corte IDH, Caso "López Álvarez vs. Honduras,". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 171 2da parte, 172 y 173.

41)41 Ibíd, párr. 174.

42)Ibíd, párr. 185.

43)Ibíd, párr. 8.

44)Comité DDHH-ONU, 2011. Comunicación 1610/07 LNP c/ Estado Argentino Comité de Derechos Humanos - ONU.

45)Cf. Corte IDH, Caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

46)Esta interpretación de las dimensiones del control de convencionalidad puede verse en el párrafo 123 del "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile" -función destructiva- y en el párrafo 338 del "Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos", del 23 de noviembre de 2009.

47)Cossio, Carlos, "La causa y la comprensión en el derecho", 4ta. Edición, Buenos Aires, 1969, pp. 78-79.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

-Alexy, Robert "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en Doxa. Cuaderno de Filosofía del Derecho, núm. 5, 1988.

-Aristóteles, "Ética a Nicomaco". A todos los efectos no debe considerarse como un libro editado por Luarna. [www.luarna.com](http://www.luarna.com).

-Aubenque Pierre, "La prudencia en Aristóteles", Traducción de M. José Toores Gómez- Pallette, Ed. Crítica. Grijalbo Mondadori. Barcelona, 1999.

-Cossio, Carlos "La causa y la comprensión en el derecho", 4ta. Edición. Ed. Juárez, Buenos Aires, 1969.

-Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón. Teoría del garantismo". Ed. Trotta, Madrid, 1995.

-Herbel, Gustavo A: "Derecho del imputado a revisar su condena. Motivación del fallo y derecho al recurso a través de las garantías constitucionales". Ed. Hammurabi, Buenos Aires; 2013.

-Taruffo "Algunas consideraciones sobre la relación entre la prueba y verdad", en Doxa, 2003, año III.

-Taylos, Charles, "El multicularismo y la política de reconocimiento" de Charles Taylor. Ed. Fondo de cultura Económica. 2da. edición. México FCE, 2009.

-Yacobucci, Guillermo J., "Algunas cuestiones respecto a la interpretación de la ley penal" en Zuleta Puceiro, Enrique, "Interpretación de la ley. Casos y materiales para el estudio", La Ley. Buenos Aires 2003ica. 2da. edición. México FCE, 2009.

-Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, "Derecho Penal, Parte General". Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2002.