

SE PRESENTAN COMO AMIGOS DEL TRIBUNAL

Mario Alberto JULIANO, D.N.I. 11.416.894 y **Nicolás LAINO**, DNI 30.296.348, en nuestro carácter de Presidente y Secretario General de la Asociación Civil Pensamiento Penal, respectivamente, y **Sidonie PORTERIE**, DNI 27.835.849 en calidad de Directora del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, nos presentamos en la causa nro. 422, caratulada “GONZÁLEZ, Lorenzo s/ abuso sexual con acceso carnal y homicidio”, constituyendo domicilio junto al pretense querellante, y decimos:

I. OBJETO

La Asociación Civil Pensamiento Penal (en adelante APP) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (en adelante INECIP), vienen a expresar opinión sobre la presentación acompañada por Hilario Acosta con el propósito de constituirse en parte querellante, esperando sea tomada en consideración por el señor Juez y contribuya a la mejor resolución del tema.

II. PERSONERIA

La presentación es suscripta por Mario Alberto Juliano y Nicolás Laino, Presidente y Secretario General de APP, respectivamente; así como por Sidonie Porterie, Directora del INECIP.

Como lo acreditamos con la copia de los estatutos sociales y acta de distribución de cargos, que son fieles de sus originales y que se encuentran a su disposición, resulta que los suscriptos nos encontramos estatutariamente habilitados para obrar en nombre y representación de la Asociación Pensamiento Penal - (Resolución D.P.P.J. 9196) con domicilio legal en 111 Nro. 1716 de Necochea, provincia de Buenos Aires- y por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales con domicilio legal en Talcahuano 256, 1° piso, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

III. LEGITIMACIÓN DE LA ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL Y EL INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS SOCIALES Y PENALES PARA EFECTUAR ESTA PRESENTACIÓN

Es pertinente indicar que la Asociación Pensamiento Penal (en adelante, APP) es una entidad civil, sin fines de lucro, integrada por operadores del sistema penal (jueces, fiscales, defensores, abogados de la matrícula, docentes y estudiantes) de todo el país, cuyos principales objetivos son la promoción, el respeto y resguardo de los derechos humanos en general y de los incorporados a la Constitución nacional en el artículo 75 inciso 22.

Cabe remitir al artículo 2 del estatuto social de APP, que fija el objeto social de la entidad, y particularmente a sus incisos a (*Procurar mediante acciones positivas el afianzamiento de la justicia y de las instituciones democráticas del país*), e (*Propender al progreso de la legislación en general y en articular la penal a fin que responda a la plena vigencia de los derechos humanos y el respeto de la dignidad individual*) y h (*Pronunciarse sobre leyes, proyectos de leyes, ordenanzas, decretos o cualquier documento normativo, que traten directa o indirectamente temas relativos al derecho penal, los derechos humanos, torturas o medidas de seguridad*).

APP es responsable de la publicación de la revista electrónica “Pensamiento Penal” (www.pensamientopenal.com.ar) en la que se publican mensualmente materiales jurisprudenciales, doctrinarios, informes, etcétera, sobre la situación de los derechos humanos y de las personas privadas de su libertad, y otros temas relacionados íntimamente con el derecho penal en todas sus expresiones. También cuenta con una publicación institucional (www.pensamientopenal.org.ar) donde diariamente se publican las noticias relacionadas con el mundo penal y que son remitidas vía mail a más de diez mil contactos.

Estas actividades tienen como objetivo ayudar, desde el espectro que le cabe abarcar, a la información de la población en general y de los profesionales del derecho en particular sobre derechos humanos y derecho penal, constitucional y penitenciario.

Como antecedentes más inmediatos y relevantes de este tipo de presentaciones, vale tener en cuenta el “*amicus curiae*” acompañando la acción que fuera iniciada por los detenidos en *Penitenciarías de Mendoza* en situación de obtener libertad condicional, pero imposibilitados de ello por haber sido declarados reincidentes, solicitando por acción declarativa de certeza la declaración de inconstitucionalidad de este instituto (autos 93.267 del registro de la Corte Suprema de Mendoza).

En fechas más recientes, APP ha acompañado con sendos *amicus curiae* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, la presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales denunciando el incumplimiento de lo que la Corte Suprema Nacional ordenara en su resolución del 3 de mayo de 2005 en el marco del *hábeas corpus* de la causa “Verbitsky”.

APP también ha efectuado presentaciones ante el máximo Tribunal nacional solicitando la invalidez de las detenciones efectuadas por personal de Gendarmería nacional en zonas fronterizas de la República Argentina (causas “Tonore Arredondo” y “Jiménez Manrique”), y ha realizado una presentación en el marco de una solicitud judicial, propiciando la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad de la facultad policial contenida en el inciso “b” del artículo 8 del decreto ley 4.663 de Catamarca.

Entendemos que cuanto hemos manifestado en los párrafos que anteceden marcan la indubitable legitimación de APP para intervenir como amiga del tribunal en esta causa, al demostrar el constante compromiso, desde su constitución, con la lucha a favor de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho y con el respeto irrestricto de las libertades ciudadanas.

El INECIP, desde 1989, mantiene como línea de trabajo principal la contribución a los procesos de fortalecimiento del Estado de Derecho en Latinoamérica y el Caribe, impulsando actividades en el ámbito de los sistemas de administración de justicia penal, con el objetivo de democratizarlos a fin de disminuir la violencia en la respuesta institucional.

Pretendemos construir y cimentar una administración de justicia que asegure un absoluto respeto por los derechos humanos, reemplazando los modelos inquisitivos propios de la herencia autoritaria -que todavía prevalecen en buena parte de los países de la región- por un sistema que tienda a la gestión y resolución no violenta de conflictos con amplia participación social, y que a su vez observe un estricto respeto por las garantías individuales.

La transformación que buscamos pretende cambios a nivel normativo y de organización de la administración de justicia penal, pero también asume la necesidad de construir y fortalecer una nueva cultura donde el respeto por los derechos humanos no sea sólo un principio abstracto sino, por sobre todo, una práctica efectiva. Para ello consideramos fundamental la creación de canales de participación y espacios de construcción colectiva que permitan a los distintos actores involucrados apropiarse del proceso de reforma. A lo largo de estos años hemos propiciado la conformación y el fortalecimiento de nuevas organizaciones en los países como un elemento fundamental para garantizar la continuidad del proceso de reforma y su efectiva inserción en la vida social de la comunidad.

Por ello se crea en 1998 la Red Latinoamericana y del Caribe para la Democratización de la Justicia, conformada por numerosas organizaciones como un espacio de encuentro e intercambio de experiencias que permita la vinculación de iniciativas y diseño de estrategias conjuntas de trabajo para consolidar los principios democráticos en el ámbito del sistema judicial y de seguridad. Asimismo también somos parte de la red de organizaciones de la sociedad civil, impulsada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), con el objetivo de sumar esfuerzos que provienen de sectores sociales diferentes en la lucha por la democratización de los sistemas de justicia del continente.

También debemos señalar que el INECIP desde su fundación ha trabajado a nivel nacional y provincial en la reforma de la justicia penal y procesal penal. Para ello, ha celebrado convenios de colaboración con Ministerios Públicos provinciales, Ministerios de Justicia, Ministerios de Seguridad, y demás actores políticos involucrados en los ejes de reforma de la justicia.

En este sentido, los objetivos institucionales de INECIP consisten en:

- Contribuir a la consolidación y el progresivo fortalecimiento del Estado de Derecho en los países de América Latina, trabajando intensamente en el campo específico de los procesos de transformación de los sistemas judiciales y de los sistemas penales ligados a la transición democrática de los países de la región.
- Mejorar la calidad institucional de los sistemas de administración de justicia en general propiciando iniciativas que fortalezcan la capacidad de diálogo entre las instituciones y la sociedad civil.
- Formar profesionales que reúnan un elevado nivel técnico con un compromiso probado en la lucha contra cualquier forma de autoritarismo y violencia institucional.
- Consolidar una red fluida de intercambio regional, a través de la firma de convenios de cooperación e intercambio con distintas organizaciones no gubernamentales que tienen objetivos afines a los nuestros, pertenecientes a los demás países de América Latina, que permitan la elaboración y ejecución de proyectos conjuntos.
- Contribuir al fortalecimiento de la independencia del poder judicial tanto en lo que concierne a la ingerencia de los poderes políticos como limitando su verticalidad y los mecanismos de control jerárquico existentes, fomentando para ello el asociacionismo judicial.

Es menester poner de relieve que a lo largo de sus veinte años de trayectoria, el INECIP ha hecho un acotado ejercicio de la potestad de presentarse como *Amicus Curiae*, reservándolo para circunscriptos supuestos de extrema gravedad, tal como resulta serlo el presente, los cuales revisten singular relevancia institucional por su estrecha conexión con los objetivos que presiden nuestra labor. Debemos mencionar como antecedente inmediato la presentación del *amicus* en la causa “Asociación por los Derechos Civiles c/ GCBA s/ acción declarativa de

inconstitucionalidad” (expediente N° 8730/12), en la cual el INECIP se manifestó favor de la declaración de inconstitucionalidad de la exclusión del padrón electoral de los condenados en Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A la luz de los citados objetivos y atentos a que en la presente causa son objeto de controversia los alcances del Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho, es que formulamos esta presentación.

Entendemos que cuanto hemos manifestado en los párrafos que anteceden marcan la indubitable legitimación de APP y el INECIP para intervenir como amigos del tribunal en esta causa, al demostrar el constante compromiso, desde su constitución, con la lucha a favor de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho y con el respeto irrestricto de las libertades ciudadanas.

IV. HECHOS:

Se inicia esta investigación el 10 de marzo de 2010 a raíz del hallazgo sin vida del niño de 5 años de edad, Aníbal Eliseo Acosta, en el monte lindero a la aldea aborigen “Takuapí”. Fallecimiento que habría ocurrido como corolario de su decapitación y un abuso sexual con acceso carnal.

Al día siguiente, se produjo la detención de Lorenzo González, a quien se le recibió declaración indagatoria y el 20 de abril se ordenó su libertad luego de dictar su falta de mérito.

Sin perjuicio de las medidas de prueba practicadas, no existen al día de la fecha otros imputados –formalmente hablando-, así como avances significativos a fin de esclarecer el hecho.

Decimos esto, porque al margen de la línea de investigación que culminó en la imputación dirigida contra González, no se han abordado otras, apoyadas en igual o mayor caudal probatorio, que exigirían evaluar -cuando menos- qué participación le pudo haber cabido a Atilio Vera Roa, Vicente Escobar, Valeria Ramos e, incluso, al joven Rosendo Acosta.

Nótese que Ramón Cristino Vera dijo que **Vera Roa** no tenía buena relación con los integrantes de la comunidad “Takuapí”, y Ricardo Martínez, Hilario César

Acosta y Marcelo Velazquez señalaron que lo habían visto volver del monte alrededor de las 18.30 hs. y subirse a su auto con un machete.

Escobar fue expresamente acusado por Francisco González. Dijo que el domingo anterior al hecho había manifestado tener relaciones sexuales con cualquiera, y que tenía un machete; mientras que Catalino Bogado relató que se lo había encontrado y que le había dicho “yo no sé qué van a hacer de mí los policías o los caciques cuando me encuentren”.

En el caso de **Ramos**, no puede desatenderse que Alicia Benítez dijo que ella le tenía envidia a Teodora González, madre de Aníbal, y que desde hacía un tiempo venía diciendo que algo malo iba a sucederle a esa familia. Que alguien iba a morir, bien sea en manos de los blancos o de los paisanos.

Rosendo Acosta, que para ese entonces contaba con 13 años de edad, habría sido la última persona que vio a Aníbal con vida. Además, Teodora González dijo que antes del anochecer se había cruzado con su madre quien le había dicho que se dirigía a la casa de Desiderio Acosta a buscar “un calmante porque su hijo Rosendo estaba como en estado de shock”. Por otra parte, Marcela González, líder religiosa de la comunidad, destacó que la familia vivía en la última casa antes del monte donde había sido hallado Aníbal, que no podían saber qué había sucedido, y que sus sospechas recaían sobre él. Por último, del examen psicológico practicado resultó que “hay indicadores de estados de aflicción, dolor, tristeza, retraimiento, sentimiento de culpa que pueden estar asociados a la pérdida de un ser querido. No hay tendencia a la fabulación”.

Cabe señalar que el 17 de marzo de 2010, caciques y representantes de varias comunidades reunidos en asamblea (*aty guasu*) en la aldea Takuapi, para considerar asuntos de su incumbencia, manifestaron su dolor y tristeza ante el crimen del niño Aníbal Eliseo y pidieron al cacique Hilario Acosta acompañe al juez de la causa un acta firmada por los presentes en la que solicitaron que “no suspenda la investigación, que ponga todas sus fuerzas y que siga hasta encontrar al verdadero culpable”. A su vez, hicieron saber “todo lo que sufren en este momento no sólo los padres y la familia sino también toda la comunidad Takuapi como el resto de las comunidades de la provincia”.

Luego, los caciques, representantes y miembros de las comunidades reunidos en *Aty Ñeychyro* en la aldea Takuapi los días 9, 10 y 11 de agosto de ese mismo año dirigieron una carta al Comisario Gallardo de Ruiz de Montoya con el fin de poner en su conocimiento la decisión que habían adoptado de pedir a la justicia no indígena que Valeria Ramos y Margarita Acosta y Rosendo Acosta miembros de la comunidad sean investigados e interrogados. Esto, debido a los datos aportados por Teodora González, Marcelina González, Alicia Benítez y Nancy Vera.

A pesar de la veda que establece el artículo 21 de la Constitución de la provincia de Misiones en esta situación el *Aty Ñeychyro* en su carácter de autoridad del pueblo mbya en la provincia de Misiones solicita constituirse en parte querellante y actuar en este proceso en calidad de acusador privado, designando como su representante al Señor Hilario Acosta, cacique de la comunidad Takuapí, integrante del *Aty Ñeychyro*.

V. FUNDAMENTOS.

A modo introductorio

Transcurrieron casi tres años desde el fallecimiento de Aníbal Eliseo Acosta.

Evidentemente, los órganos competentes no han garantizado a la víctima así como a sus familiares, y al pueblo mbya guarani una investigación judicial seria y diligente; deber que les cabe de acuerdo a los estándares que derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En especial de los que atañen a los Pueblos Indígenas.

Ante este cuadro de vulneración de derechos, que de por sí sólo conmueve la responsabilidad internacional del Estado, estimamos adecuado presentarnos en calidad de amigos del Tribunal y brindar nuestro punto de vista respecto a la cuestión de la participación de la víctima o sus familiares en los procesos penales, y de su especial connotación en los casos donde se encuentren comprometidos los derechos de los Pueblos indígenas, de manera que sea tenido en cuenta por el señor juez en ocasión de decidir sobre el punto.

Básicamente, aportaremos argumentos en el sentido que sigue.

El artículo 21 de la Constitución de la provincia de Misiones establece que la acción penal en los delitos de acción pública pertenece exclusivamente al Estado. Prevé que es indisponible, así como que su promoción y ejercicio no pueden ser compartidos, e instituye al Ministerio Público como único promotor y ejecutor de la acción pública. Solo faculta a los damnificados por un delito a ejercer pretensiones de índole resarcitoria o indemnizatoria.

Desde nuestro punto de vista, esta disposición se contrapone con el nuevo paradigma en materia de administración de justicia penal que deriva de la incorporación de los principales Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la Constitución Nacional y, en definitiva, del nuevo *bloque de constitucionalidad federal*.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce el derecho del ofendido por un delito, así como de sus familiares, a impulsar la acción penal en calidad de acusador privado y, como tal, a participar activamente del proceso penal (artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Este escenario, además de obligar a los legisladores locales a adecuar la legislación constitucional y procesal de la provincia (artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos); impone que las agencias judiciales dicten las medidas que sean necesarias con el propósito de garantizar y satisfacer la pretensión de la víctima, **en nuestro caso, la declaración de la anti-convencionalidad de la norma constitucional provincial citada**, so pena de generar la responsabilidad del Estado ante la comunidad internacional.

Sobre el final, ahondaremos en punto a que los derechos colectivos de los Pueblos indígenas imponen que sean sus autoridades quienes ejerzan el rol de querellante.

Razones de honestidad intelectual obligan a señalar que la posición de sostener el *origen convencional del derecho a querellar*, lejos está de constituir una idea original de quienes suscriben. Se trata *lisa y llanamente* de la opinión actual de los organismos de aplicación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y del consenso actual de la doctrina más destacada.

De manera que las líneas que siguen serán tributarias en buena medida de las consideraciones realizadas por los organismos interamericanos en los casos donde sentaron posición en esta temática, así como de los aportes que han realizado los autores nacionales en este último tiempo. Particularmente, en el Congreso Nacional de Derecho Procesal que tuvo lugar en el 2009 donde, justamente, se ocuparon de definir este asunto.

El estatus jurídico de la Convención Americana de Derechos Humanos y de las decisiones de sus organismos de interpretación y aplicación

El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional otorgó jerarquía constitucional a los principales Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Entre éstos, a la Convención Americana de Derechos Humanos –en adelante, la Convención-.

De esta forma pasó a integrar el estamento más alto del orden de prelación de las leyes, y las autoridades de las provincias están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales (artículo 31 de Constitución Nacional).

Además, por expresa mención de la Constitución, rige en las condiciones de su vigencia (art. 75.22). Es decir, como lo hace en el ámbito internacional: de acuerdo a la interpretación de los tribunales internacionales competentes para su aplicación¹.

Así se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación –en adelante la CSJN- en el caso “Giroldi”², donde justamente señaló que “en las condiciones de su vigencia” implicaba: “...tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación...”.

¹ REY, Sebastián Alejandro, “Juicio y castigo”, Del Puerto, 2012, pag. 308.

² Fallos 318:514.

En consecuencia, las decisiones de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su calidad de intérpretes finales de la Convención, son obligatorias para los Estados parte. Esta conclusión igualmente deriva, en el primer caso, de la letra del articulado de la Convención (artículo 68) y, en el otro, porque – al decir de la Corte- el principio de buena fe consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a tal Estado realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana³.

Este estándar fue recogido en gran medida por la CSJN en el caso “Espósito”⁴ donde reconoció el deber de subordinar sus decisiones a las del Tribunal internacional aún cuando guarde una fundamentada disidencia con el contenido de la decisión⁵.

El derecho convencional de la víctima a la tutela judicial efectiva

Cabe señalar que la Convención establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (artículo 8.1).

A la vez, prevé que tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales (artículo 25). Se trata del derecho a ser oído y del derecho de acceder a la justicia.

³ CtIDH, “Loayza Tamayo”, sentencia de 17 de septiembre de 1997, citada en FILIPPINI, Leonardo G., “Los informes finales de la Comisión Interamericana en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”, en ABRAMOVICH, Víctor y otros (comp.), “La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local”, Del Puerto, 2006, pag.153.

⁴ REY, Sebastián Alejandro, obra citada, pag. 359.

⁵ ABRAMOVICH, Víctor, ob. Cit. Introducción, pag. VI.

Sobre esta base, los organismos interamericanos de aplicación de la Convención desarrollaron el **derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva**⁶. Básicamente, consiste en el derecho a acceder a los tribunales sin discriminación alguna, de incoar un proceso y de seguirlo, de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, de utilizar los recursos, y que la sentencia se ejecute⁷.

La CIDH en ocasión de elaborar el tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia, señaló que del juego de los artículos 8 y 25 de la Convención derivaba el derecho de las víctimas y sus familiares a una administración de justicia apropiada. Desde ese lugar, cuestionó su legislación procesal por cuanto restringía la participación de las víctimas de un delito **–al igual que lo hace la Constitución de la provincia de Misiones–** a la de mero actor civil⁸. Mientras que la víctima o sus familiares se vean impedidos de declarar o de solicitar la búsqueda de pruebas, el Estado afecta su derecho a un recurso efectivo⁹.

La Corte afirmó en el caso “*Villagrán Morales*” que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8, las víctimas o sus familiares debían tener amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos; tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación¹⁰.

⁶ CAFFERATA NORES, José I., “Proceso Penal y Derechos Humanos”, Del Puerto, 2008, pag. 51.

⁷ VAZQUEZ SOTELO, José Luis, “Reflexiones en torno de la acción penal”, citado en Cafferanta Nores, José I. ob. cit. Pag. 54.

⁸ CIDH, “Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos Colombia”, Capítulo “Administración de Justicia y Estado de Derecho”, Parágrafos 4 y 71.

⁹ DI CORLETO, Julieta; “El derecho de las víctimas al castigo a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos”.

¹⁰ CtIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 1999, Parágrafo 227.

De esta forma, la Corte habilitó a las víctimas a presentar prueba, a controlar la acompañada por la otra parte, y a buscar tanto la verdad de lo ocurrido como el castigo del responsable¹¹.

Del mismo modo, en los casos “Blake” y “Durand y Ugarte”, sostuvo que el art. 8.1. de la Convención Americana, en vinculación con el art. 25, confería a los familiares de las víctimas el derecho a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos, a que se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios sufridos¹².

En opinión de los intérpretes finales de la Convención, le cabe a la víctima el *derecho convencional a la tutela judicial efectiva* y, como tal, a *reclamar la jurisdicción criminal e impulsar la acción penal en calidad de acusador privado*¹³.

La posición de la doctrina

De conformidad con la jurisprudencia actual de los organismos interamericanos, Alberto Binder destaca que uno de los mayores problemas de los sistemas de tipo inquisitorial –contrario al que deriva del modelo constitucional: el acusatorio- es que han abandonado la idea de *tutela judicial efectiva de la víctima*. Así, pone de relieve que uno de los métodos para recuperar en la práctica el lugar de la víctima y protegerla de modo efectivo es, entre otras, a través de la figura del querellante¹⁴.

Por su parte, Diego García Yomha y Santiago Martínez, sobre la base del artículo 25 de la Convención, entienden que existe la obligación estatal de brindar a la víctima el efectivo acceso a la justicia; circunstancia que –a su criterio- no se puede equiparar con la simple facultad de denunciar, pues aquélla le corresponde a

¹¹ DI CORLETO, Julieta; ob. cit.

¹² DI CORLETO, Julieta; ob. cit.

¹³ DI CORLETO, Julieta; ob. cit.

¹⁴ BINDER, Alberto M. “La implementación de la nueva justicia penal adversarial”, AD-HOC, 2012, Pag.167.

todo ciudadano y no ejerce ninguna facultad de persecución. Simplemente pone en conocimiento de los órganos de persecución penal la noticia del delito.

En su opinión, *la tutela judicial efectiva* constituye la base insustituible de legitimación del ejercicio del poder punitivo e impone que cualquier ordenamiento adjetivo respetuoso de la CN permita una participación plena de la víctima¹⁵.

Por lo demás, recientemente -y lo que sigue nos exime de mayores citas- se celebró la edición XXV del Congreso Nacional de Derecho Procesal, donde juristas de todo el país intercambiaron opiniones sobre esta temática en particular, y reconocieron la necesidad de la actuación de la víctima en calidad de querellante con facultades de promoción de la investigación.

Lo relevante es que concluyeron -por mayoría- que el carácter de su actuación respondía al anclaje del nuevo bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Incluso, la doctrina minoritaria -encabezada por Daniel Pastor- sostuvo que en caso que la querrela sea de origen constitucional o convencional debía actuar en forma exclusiva, so pena de lesionar el derecho del imputado a defenderse de un único discurso acusatorio¹⁶.

Podemos afirmar que es prácticamente unánime la opinión doctrinaria de que la tutela judicial efectiva de la víctima exige su participación en calidad de parte querellante y que ésta tiene carácter convencional¹⁷.

¹⁵ GARCÍA YOMHA, Diego y MARTÍNEZ, Santiago, “El derecho de la víctima a intervenir como querellante en el proceso penal y la recolección de la información en la investigación preparatoria”

¹⁶ Citas efectuadas en BRUZZONE, Gustavo, “Víctima y querrela. El derecho de la víctima a intervenir como querellante en el proceso penal ¿es de origen constitucional, convencional o simplemente procesal? Ponencias presentadas en la XXV edición del Congreso Nacional de Derecho Procesal.

¹⁷ En suma, el punto de vista minoritario no es para nada categórico y exige, en todo caso, la exclusión del Ministerio Público Fiscal, de manera de garantizar al imputado un adecuado ejercicio de la defensa en juicio.

El principio de igualdad ante la Convención

Hasta aquí, se aprecia que el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima faculta a la persona ofendida por un delito, o a sus familiares, a actuar dentro del proceso penal en calidad de acusador privado. Deriva de las propias decisiones de los intérpretes finales del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; así como del consenso de los procesalistas de todo el país.

De este punto de partida, no parece nada casual que los ordenamientos procesales de todas las provincias –a excepción de Misiones, claro está- prevean en forma expresa la figura del querellante.

Esto –nos atrevemos a señalarlo- revela la notable influencia de los estándares internacionales en los procesos de reforma de los últimos tiempos y, como contrapartida necesaria, que siendo Misiones aún el único distrito que no ha adecuado su legislación procesal, le sigue cabiendo a la República Argentina la posibilidad de rendir cuentas ante la comunidad internacional. En definitiva, existen habitantes que continúan vedados de ejercer un derecho convencional.

Entonces, los residentes de misiones no pueden ejercer su *derecho a la tutela judicial efectiva* ante cualquier acto que lesione un derecho fundamental; como sí lo pueden hacer aquéllos que residan en cualquier otra localidad.

Ante este panorama, bien se puede argüir que en la Argentina existen personas que no tienen facultades legales para ejercer un derecho reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos por el mero hecho habitar la Provincia de Misiones.

Este desequilibrio vulnera el principio de igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 1 de la CADH, puesto que establece que los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Los derechos de los Pueblos indígenas: la víctima como sujeto colectivo

En el caso que nos ocupa, adquieren especial trascendencia los derechos colectivos de los Pueblos indígenas y, dentro de éstos, la posibilidad de que sea su autoridad *aty ñechiroy* representado por el cacique Hilario Acosta en su carácter de autoridad de la comunidad Takuapi, integrante de *aty ñechiroy* quien pueda actuar como querellante.

La razón de la emergencia de los derechos colectivos se debe a que las garantías brindadas por los derechos individuales son insuficientes e inadecuadas para los pueblos que poseen características únicas, de modo que los derechos vinculados con estas características dependen de la protección del pueblo como un todo¹⁸.

El artículo primero estándar de los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el artículo 1.2 de la Carta de las Naciones Unidas establecen el derecho a la libre determinación de los pueblos. Este derecho colectivo, ampliamente aceptado por el derecho internacional, es parte integral de la normativa de derechos humanos con validez universal, convirtiéndose así en una norma imperativa general. Los derechos de los pueblos indígenas conforman un capítulo de los derechos humanos al que se le aplican todos los principios generales en esta materia, especialmente el de no discriminación por origen nacional, establecido en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Aunque la estructura del estado argentino refleja una concepción social basada en derechos individuales, la CN en su artículo 75 inc. 17 reconoce la pre-existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas y ha incorporado la normativa internacional de derechos humanos que obliga a su respeto, protección y realización efectiva. En tanto derecho inherente a los seres humanos, les corresponde el

¹⁸ Mackay, Fergus: *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional*. Asociación Pro Derechos Humanos, FIDH, Lima 1999, pag. 53

derecho a la libre determinación lo que afirma y fortalece su identidad grupal y sus atributos colectivos.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo primero establece que “ los indígenas tienen derecho como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos humanos y la normativa internacional de los derechos humanos” .

El Convenio 169 de la OIT reconoce expresamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas y la necesidad de que tales derechos se gocen plenamente. Los pueblos indígenas deben ser “considerados tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en alguna región a la que pertenece el país con anterioridad a la conquista, colonización o establecimiento de las fronteras actuales y porque “ conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas” (Art. 1).

Los derechos colectivos son esenciales para la protección del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas. En su art. 2 inc. b la Declaración de Friburgo Sobre Derechos Culturales, define la identidad cultural como “el conjunto de referencias culturales por el cual una persona, individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entiende ser reconocida en su dignidad.” El preámbulo de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), ha definido a la cultura como “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.” El artículo 5b. del Convenio 169 de OIT señala “ deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de [los] pueblos [indígenas] “.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 18 establece que “ los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus

propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”. Y, art. 34 “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

En consecuencia, el respeto de la identidad cultural y su garantía de ejercicio, constituyen un imperativo ético¹⁹ y jurídico necesario para el reconocimiento de la dignidad humana y adquieren una dimensión práctica cuando obligan a los estados a respetar las instituciones propias de los pueblos indígenas. El derecho a las instituciones propias abarca todas las realidades que el “ pluralismo asociativo indígena” (expresión del Dr. Bidart Campos) haya establecido, incluyendo organizaciones de pueblos, asociaciones comunitarias urbanas, federaciones y confederaciones, etc²⁰. Vinculado al reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural establecido en la CN art. 75 inc. 17 el derecho a las instituciones propias implica que “cualquier agrupamiento , entidad o comunidad que se cree y organice de acuerdo al derecho indígena en el marco de su convivencia colectiva, merecen ser reconocidos, registrados o inscriptos”²¹.

Del derecho a la libredeterminación y el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural derivan escenarios posibles de imaginar desde lo jurídico y desde lo político, en donde pueden utilizarse las herramientas procesales penales para fortalecer los derechos colectivos de los Pueblos indígenas, reconocidos por el ordenamiento jurídico argentino. Su contribución es relevante en términos de inter-legalidad.

¹⁹ Preámbulo de la Declaración Universal de las Unesco sobre la diversidad cultural (2001)

²⁰ Gomiz, M.M. y J.M. Salgado 2010, *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*. Buenos Aires, Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas y Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas. 2da. Edición.

²¹ Comentario del Dr. Germán Bidart Campos respecto de un dictamen inédito facilitado por la Confederación Mapuche Neuquina. En: Gomiz y Salgado (ob.cit: Pp.: 154).

Desde esa perspectiva, es medular que sea el pueblo quien asuma la *defensa de sus derechos colectivos*, no sólo para reafirmar su propia autonomía y existencia, sino porque les corresponde en función del reconocimiento que deriva de los instrumentos jurídicos internacionales anteriormente mencionados e incorporados a la Constitución nacional.

A modo de ejemplo, el *Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca de México* -de 2007- contempla una serie de disposiciones que prestan especial atención a los derechos indígenas. El artículo 126 considera como víctimas, entre otras, a “las comunidades indígenas, en los hechos punibles que impliquen discriminación o genocidio respecto de los miembros de la etnia o generen regresión demográfica, depredación de su hábitat, contaminación ambiental, explotación económica o alienación cultural”.

Desde allí, se infiere que los pueblos indígenas pueden intervenir “colectivamente” en un proceso, lo que solidificaría aún más el goce de sus derechos colectivos. Este artículo abre las puertas a la protección no solamente de derechos individuales, sino también de derechos colectivos.

Como ya ha sido expresado, el reconocimiento de los pueblos indígenas como víctima fortalece su concepción como *sujeto colectivo*, y en ese sentido les permite reforzar la integridad de su identidad como pueblo. La posibilidad de que sean ellos –a través de sus autoridades- quienes exijan la protección de sus derechos colectivamente, respeta los derechos previstos en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, fortaleciendo sus instituciones y garantizando su acceso a la justicia.

El reconocimiento expreso de la Constitución nacional de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas garantiza el goce pleno de los derechos de los Pueblos indígenas. Admitir que sea el *Aty Ñeychyro*, autoridad del pueblo mbya guarani quien participe en el proceso penal como querellante honra los derechos vigentes en nuestro país, y contribuye a construir un Estado intercultural que respeta la diversidad.

VI. A modo de conclusión:

La obligación del juez de aplicar el derecho internacional de los derechos humanos y dictar la anticonvencionalidad del artículo 21 de la Constitución local

Está a la vista que la incorporación de los tratados sobre derechos humanos al régimen constitucional amplió el reconocimiento de derechos fundamentales en el sistema legal²². Especialmente, implicó un cambio de paradigma en materia de formulación del proceso penal²³ y, por ende, una obligación impostergable en cabeza del legislador.

Sin embargo, no se puede perder de vista que las declaraciones de derechos son –por vía de principio- directamente operativas, y no requieren para su vigencia de la interposición del órgano legislativo²⁴.

Un *derecho convencional* vigente, cual es el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima, carece de aplicación a raíz de una veda establecida por una norma de rango inferior. Es que el artículo 31 de la Constitución nacional, además de establecer el orden de prelación de las leyes y sentar la supremacía convencional y constitucional, prevé expresamente que las autoridades provinciales deben adecuarse a ellas, aún a expensas de las previsiones de las constituciones locales.

Si bien es cierto que las provincias se reservaron la facultad de delinear su propio modelo de administración de justicia (artículo 5 Constitución nacional); no lo es menos que debe encontrar legitimidad y asidero en los principios, declaraciones y garantías del *Bloque de Constitucionalidad Federal*²⁵.

Ante este cuadro de vulneración de derechos, el juez tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias en aras de aplicar sin más el *derecho convencional*

²² ABRAMOVICH, Víctor, Ob. cit. Pag. III.

²³ CHILLIER, Gastón; prólogo en CAFFERATA NORES, José I., “Proceso Penal y Derechos Humanos”, Del Puerto, 2007, pag. III.

²⁴ CARNOTA, Walter, “La operatividad de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en ABRAMOVICH, Víctor, ob. cit. Pag. 77.

²⁵ IGLESIAS, Miguel, “Reforma procesal penal en Misiones. El inicio de un largo camino”.

a la tutela judicial efectiva de la víctima. Máxime, cuando se trata de un *derecho convencional* reconocido en todos los códigos procesales provinciales, circunstancia que, a su vez, vulnera el principio de igualdad ante la ley convencional.

Ha sido éste el camino escogido por la CSJN en numerosos precedentes, donde asignó a los tratados carácter operativo, permitiendo que los derechos que consagran fueran directamente exigibles ante los tribunales, aun en ausencia de leyes que los reglamentaran. Estos principios influyeron numerosas decisiones judiciales. Así, en algunos casos, se declararon inconstitucionales leyes del Congreso por su contradicción con los tratados. En otras ocasiones, los tribunales basaron directamente en los tratados la existencia y el alcance de determinados derechos²⁶.

Por lo demás, es de señalar que la Cámara de Representantes de la provincia en las últimas sesiones ordinarias del año 2012 aprobó un proyecto para modificar el artículo aquí cuestionado e incluir al querellante en el proceso penal. Consecuentemente, es voluntad del legislador provincial sumarse a los procesos de reforma ocurridos en el resto del país y adecuar el código procesal –cuando menos en lo que a esta temática se refiere- a los estándares convencionales y constitucionales.

Este escenario, si bien refleja que el poder constituyente provincial ha reconocido la inconstitucionalidad y anti-convencionalidad de la actual redacción del artículo 21; no elimina -ni posterga- la obligación del juez de reconocerle al aquí pretense querellante su derecho convencional a participar activamente de este proceso penal.

Han transcurrido diecinueve años desde la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la Constitución nacional y, por tanto, de la obligación de adecuar los sistemas procesales vigentes al paradigma constitucional.

Como lo señala la doctrina local, deviene ineludible recurrir a una vía menos costosa y, en este caso, más rápida y efectiva. Superar el obstáculo de la ley suprema provincial, con una interpretación Constitucional y de Convencionalidad –

²⁶ ABRAMOVICH, Víctor, ob. cit. Pag. IV.

como la que se sostiene en estas líneas- sobre la participación de la víctima en el impulso de la acción penal, pues ésta se deduce claramente del texto federal²⁷.

La obligación del juez de respetar los derechos colectivos de los Pueblos indígenas.

Se encuentran vigentes en el país a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, la suscripción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, y la reforma de la Constitución Nacional de 1994.

Es así que uno de estos derechos es ser reconocidos como sujetos colectivos, de allí que se vuelve central para su fortalecimiento –y la posibilidad cierta de acceder a la justicia- que puedan accionar como comunidad.

VII. PETITORIO

Por las razones enunciadas, solicitamos que se tenga a la Asociación Pensamiento Penal y al INECIP presentados como “amigos del tribunal”, como así también que los argumentos aportados sean utilizados para la resolución del caso.



Mario Alberto Juliano
PRESIDENTE APP

Nicolás Laino
SECRET. GRAL APP

Sidonie Porterie
DIRECTORA INECIP

²⁷ IGLESIAS, Miguel, ob. Cit.