

CUM LAUDE
Revista del Doctorado en Derecho
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE
N°1 – Diciembre 2014
Corrientes – Argentina
ISSN 2422-6408 (formato digital)
info@revistacumlaude.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 25/04/2014
FECHA DE ACEPTACIÓN: 16/06/2014

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. LA DIVERSIDAD JURÍDICA Y EL EFECTIVO

ACCESO A LA JUSTICIA EN LA ARGENTINA

MARÍA LUISA ZALAZAR

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

RESUMEN

La presencia de los pueblos indígenas en la región implica diversidad, que se hace visible a través de sus idiomas, sus organizaciones sociales heterogéneas y sus costumbres. Sin embargo, poco de esta realidad se refleja en la práctica del derecho.

La situación jurídica de los Pueblos Qom y en particular de los menores de estas comunidades derivada de la situación de vulnerabilidad y desprotección en que se encuentran, representa el objeto de estudio del presente trabajo, mediante el cual se pretende llegar a una aproximación a los factores determinantes que propenden a la existencia de una franja poblacional objeto de criminalización.

PALABRAS CLAVE

Criminalización – minoridad - pueblos indígenas – multiculturalismo - vulnerabilidad.

ABSTRACT

The presence of indigenous communities in the region implies diversity, which is visible through their languages, their heterogeneous social organizations and customs. However, little of this reality is reflected in the practice of law.

The legal status of Qom Peoples and in particular the vulnerability and lack of protection of the children of these communities, represents the object of study of this paper, which intends which intends to approach and establish determinant factors that promote the existence of a population group subject of criminalization.

KEYWORDS

Criminalization – minority - indigenous peoples - multiculturalism - vulnerability.

IDEAS PRELIMINARES

Las políticas penales estatales tienen como objeto el control social sobre aquellos sectores de la población más vulnerables¹ a los procesos de criminalización.

¹ Para referirnos a la vulnerabilidad como categoría de análisis, tenemos que partir del concepto de “vulnerable”, pues aquella no es otra cosa que la condición de vulnerable. Así tenemos que vulnerable deriva del latín vulnerabilis y se refiere a un adjetivo que proyecta la posibilidad de “ser herido o recibir lesión, física o moralmente” (Real Academia Española, 1998). A partir de esta definición es posible entender por “persona vulnerable” a quien por sus características físicas, sociales, culturales o económicas se encuentra en situación de desventaja con respecto al resto de la sociedad.

Vulnerable es toda persona susceptible de ser violentada en su integridad física, moral, intelectual y económica, a causa de factores de riesgo; de ahí que podamos afirmar que todas las personas somos potencialmente vulnerables.

Para abordar esta vinculación, hemos focalizado nuestro trabajo de investigación sobre dos casos concretos:

a. La vulnerabilidad dada por la pertenencia a una minoría étnica: el Pueblo Qom, y,

b. la vulnerabilidad dada por la minoridad.

Este planteo presupone reconocer al sistema jurídico como un todo (mas no un todo homogéneo ni una institución total), cuyos distintos segmentos están vinculados por relaciones contradictorias, y en cuyo seno se disputan distintos proyectos políticos vinculados a intereses diversos que pugnan por imponer un sentido particular a la cuestión del orden social y del control punitivo. Asimismo, implica identificar la existencia de distintos niveles jerárquicos en el plano normativo.

Entendemos a las normas como una enunciación de principios teóricos y normativos que delinear el estado de derecho, y constituyen el plano del deber ser en términos de las representaciones sociales acerca del sistema jurídico.

El análisis de las políticas jurídicas y los debates que se dan en torno a las mismas permite abordar la disputa existente entre las distintas elites morales competentes en su lucha por la hegemonía acerca de lo que debe ser el orden social en general y el control social punitivo -tanto activo como reactivo- en particular. En este marco, es posible distinguir tensiones y contradicciones al interior del sistema jurídico que se vinculan con esa lucha por la hegemonía y que, lejos de mostrar un funcionamiento coherente y consistente, ponen en evidencia las permanentes fisuras y tensiones que existen al interior del mismo.

Para ello, nos hemos propuesto analizar esta vinculación entre las políticas de control social y el funcionamiento de la justicia, basándonos en el análisis de caso de dos tipos de sectores objetos de control, los menores y la población indígena, tomando como recorte a los menores integrantes del Pueblo Qom en la Argentina.

Existe una vasta producción sociológica sobre la administración de justicia, que se encuadra mayoritariamente en dos tradiciones diferentes. La primera tradición intelectual priorizó una visión sustantivista y normativista del derecho, y tuvo importante influencia en la construcción del objeto de la sociología del derecho en la post-guerra. La segunda, surgida al poco tiempo -fines de la década del 50 y principios de la década del 60-, tiene como antecedente el desarrollo de la sociología de las organizaciones, y desarrolla un interés específico por la organización judicial en particular.

A nivel local y regional, la mayoría de los estudios referidos a la administración de justicia proviene de la sociología y de las ciencias jurídicas, como surge de la investigación llevada a cabo por Carlos Manuel Garrido; ello no significa desconocer que hoy se está trabajando en esta área desde distintos campos del saber y con diferentes perspectivas, dada la preocupación que genera la crisis que atraviesa el sistema judicial en nuestro país.

Al respecto, cabe mencionar el trabajo realizado por Rafael A. Bielsa, en el que analiza el servicio de justicia en general con el objetivo de discutir la factibilidad de una reforma orgánica del mismo; en dicho trabajo encontramos un pormenorizado análisis de los distintos factores que integran la problemática del servicio de justicia.

Asimismo, el acceso a las estadísticas del Poder Judicial presenta algunas dificultades, pues esta información es centralizada por la Corte Suprema de Justicia de

la Nación (CSJN) la que, en teoría, las proporciona a través de su Secretaría de Superintendencia Administrativa, pero en la práctica el acceso se hace bastante más complicado (Martínez, 1996).

INTRODUCCIÓN

Los indígenas del mundo constituyen aproximadamente 350 millones de personas que habitan extensas zonas del planeta en una superficie que va desde el Ártico hasta el Pacífico Sur y que comprende más de 70 países y representa más de 5.000 lenguas y culturas. De esta cifra 40 millones corresponden a la población Indígena de América (Valenzuela, 2003).

Para las Naciones Unidas, se utiliza la denominación pueblos indígenas o aborígenes; según una definición, son los descendientes de las personas que habitaban un país o una región geográfica en el momento en que llegaron poblaciones de culturas u orígenes étnicos diferentes.

Entendemos por Pueblo Indígena lo fijado por el Art. 1 letra (b) del Convenio 169 de la OIT²: “los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación

² El Convenio número 169 es un instrumento jurídico internacional vinculante que trata específicamente los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Una vez que se ratifica el Convenio, el país que así lo hace cuenta con un año para alinear la legislación, políticas y programas antes de que el mismo devenga jurídicamente vinculante. Los países que ratificaron el Convenio están sujetos a supervisión en cuanto a la implementación.

jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

De la base de datos del Registro Nacional de Comunidades Indígenas Argentina surge, como tercera comunidad en orden de importancia de pobladores, la comunidad Toba Qom, después de los Mapuches y Kollas.

En los últimos tiempos, luego de años de ser temas relegados, que no formaban parte de las agendas públicas ni de información relevante para los medios de difusión, la cuestión de los pueblos originarios tanto como la de los menores forma parte de las “materias urgentes” para el Estado y la sociedad toda, al menos en los países latinoamericanos.

En Argentina se han realizado algunos trabajos de recolección de datos estadísticos que reflejan, de manera objetiva, cómo la marginalidad y la exclusión se transforman muchas veces en objeto de acción judicial.

En ciertas provincias como las de análisis (Chaco y Formosa) la población indígena constituye un porcentaje considerable de la sociedad.

Éste fragmento de la población, por distintos factores, forma parte de los grupos denominados “excluidos”, y en consecuencia, son más vulnerables de ser objeto de acción judicial.

Dentro de este segmento de la población, los menores, resultan más vulnerables por varios motivos determinantes.

En primer término lo son por el hecho de la niñez, que les otorga características a partir de las cuales se sitúan en desventaja y en riesgo de ser agraviados (Uribe, 2007).

En segundo término lo son desde múltiples miradas, es decir, en los casos analizados, la vulnerabilidad es social, económica, pero más aún jurídica.

Así, a la población indígena, en los hechos, se la incluye forzosamente en instituciones jurídicas y se le aplica una cultura jurídica, que, no sólo le es ajena, sino además en muchos casos desconocidas.

Esto es así ya que los pueblos originarios en general y los integrantes de la comunidad Qom, en la provincia del Chaco y Formosa –Argentina-, en particular poseen una cultura jurídica ancestral, de carácter consuetudinario, con reglas, prohibiciones, permisos y estructuras muy distintas a la normativa vigente del país y de la provincia que habitan. Estas normas del derecho vigente, se les impone sin más, por el sólo hecho de ser considerados ciudadanos, sin considerar su especialidad en el sentido señalado por la Constitución Nacional.

LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN GENERAL

La experiencia de México, con la aparición de los movimientos denominados “zapatistas” del 1º de enero de 1994, mostró que la cuestión indígena en los países americanos debía ser tratada en las agendas de nuestros Estados. Ésta, a pesar de hacerse evidente en un primer momento como un conflicto étnico con algunas características violentas, implicó más bien la impugnación y el rechazo de los modelos de construcción de los Estados, y el pedido de reconocimiento por parte de los Pueblos indígenas de su lugar en la llamada construcción nacional.

La ratificación del Convenio 169 de la OIT, en consonancia con el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional Argentina, viene a dar el reconocimiento del lugar de los Pueblos indígenas en nuestra construcción nacional. Busca reparar el daño históricamente causado y a confirmar la soberanía nacional a través del reconocimiento del orden precedente y los derechos de toda la población originaria.

Éste reconocimiento se traduce en pasos concretos destinados a reparar los efectos lesivos que aún perduran. Se privó de la vida, de la libertad, de la propiedad, pero también de la cultura, y es claro que el derecho es un producto cultural. Devolver a estos pueblos su jurisdicción no fragmenta la soberanía, sino que importa un pacto entre un orden jurídico que se proclama independiente y, como tal, pone distancia de los horrores cometidos por su predecesor, devolviendo a los desapoderados el derecho a su propia cultura, y los pueblos que se vieron privados de esos derechos y hoy se integran a la soberanía con su derecho y su jurisdicción (Zaffaroni, 2004).

Pueblos indígenas³ según el Convenio 169 OIT, “considerados indígenas” -“who are regarded”- se refiere a la tradición o uso en el país o el modo a través del que se identifica habitualmente a estos pueblos.

Según Thornberry, los rasgos generales de los pueblos indígenas son: 1) vínculos espirituales con la tierra, 2) sobrevivencia cultural pese a la persistente opresión estatal 3) sufrimiento de la experiencia colonial.

En el Convenio 107 el concepto “indígena” se encontraba subsumido en el de “tribal”. En el nuevo texto, se trata de dos situaciones que pueden ser diferentes, de modo que la caracterización como “indígena” no es dependiente de la organización tribal -lo que tiene relevancia para la cuestión de los indígenas urbanos-.

Previo al dictado del Convenio 169, en Argentina, a través de la Ley 23.302 de 1985, se había incorporado el criterio de autoidentificación en el artículo 2 de la mencionada ley, de la siguiente manera “Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de

³ O.I.T., Informe VI (1), pág. 113.

poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad”.

La posterior reforma a la Constitución Nacional en 1994 incorporó en el inciso 17 del artículo 75 el reconocimiento de la “preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”.

De todos modos, esta no es una cuestión que pueda debatirse teniendo sólo en mira el derecho interno argentino. Los derechos de los pueblos indígenas conforman un capítulo del derecho 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, que sólo reconocen excepciones en el ejercicio de los derechos políticos de ciudadanía.

El Comité de Derechos Humanos en su Observación General 23 aclaró que “ningún Estado Parte puede limitar la aplicación de los derechos enunciados en el artículo 27 exclusivamente a sus nacionales. El artículo 27 reconoce derechos a las personas pertenecientes a minorías que ‘existan’ en un determinado Estado Parte”.

Por otra parte el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial entiende como “discriminación” “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” (artículo 1.1). Se trata

de una norma incorporada al *ius cogens* como principio inderogable de comportamiento de los estados.

De modo que, no sólo no es razonable establecer distinciones basadas en el origen estatal respecto de pueblos que precedieron a los estados, sino que además pretender hacerlo constituiría un acto discriminatorio prohibido tanto en el orden internacional como en el interno.

EL PUEBLO QOM

El Pueblo Qom (Toba) de la familia lingüística Guaycurú ha vivido desde tiempos inmemoriales en una vasta zona de la región del Gran Chaco, que abarca Argentina, Bolivia y Paraguay.

Históricamente los Qom estaban organizados en familias extensas exógamas que se movían en un amplio territorio donde aprovechaban los recursos naturales de diversos nichos ecológicos. La caza, la pesca y la recolección de frutos silvestres han sido la base de su sustento, aún en la actualidad. En épocas anteriores a la conquista las familias se reunían una vez al año durante la cosecha del fruto del algarrobo para celebrar uniones matrimoniales y concretar alianzas políticas.

Había una perfecta complementariedad entre los grupos de familias que vivían cerca de los ríos y aquéllas que vivían en el interior de los bosques. Una complementariedad similar se daba en la organización del trabajo entre hombres y mujeres. El acceso a los puestos de liderazgo estaba abierto a cualquier jefe de familia.

Su autoridad se basaba en la sabiduría y prestigio que había adquirido por su habilidad para solucionar diferencias o conflictos internos, además de sus habilidades

para la caza y la pesca. La mayoría de las veces estos jefes eran también los guías espirituales de su pueblo.⁴

Debido a distintos factores los pobladores Qom atravesaron un proceso de sedentarización forzosa y de división del gran pueblo en comunidades donde se mezclaron con miembros de otras etnias.

En la actualidad, las comunidades poseen aún un orden jerárquico de autoridades, y aunque en algunos grupos se haya extinguido el título “cacique, ya que lo consideran una etiqueta puesta por los pueblos conquistadores, responden al mismo aunque con el título de “referente”.

De las actividades de campo realizadas en algunos barrios habitados por integrantes del Pueblo Qom entre los años 2009 y 2010, se puede observar que uno de los factores determinantes que agravan la situación, es la deserción escolar⁵, a causa de la pobreza y la drogadicción con el consecuente maltrato en la relación con la policía local.⁶

Así conforme la Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas (ECPI), (Instituto Nacional de Estadística y Censos [INDEC], 2004-2005), el Pueblo Qom, es el tercero en orden poblacional del país.

⁴ In re comunidad indígena Nam Qom c/Estado argentino (presentación CIDH).

⁵ La deserción escolar se presenta generalmente en los últimos años de la educación primaria, quedando los niños fuera del sistema desde los diez o doce años.

⁶ Estudios de campo realizados en el marco del Proyecto de Extensión “Capacitación Jurídica al Pueblo Toba Qom. Comunidades del Nordeste” dentro del Programa “Universidad en el Medio” de la Universidad Nacional del Nordeste, dirigido por el Dr. Sergio López Pereyra de la Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas de la mencionada Universidad. En el marco del Proyecto se recorrieron los barrios “Cacique Pelayo” de la localidad de Fontana, ubicada en los suburbios de la ciudad de Resistencia en la Provincia del Chaco y la comunidad Qom de Clorinda, localidad de la Provincia de Formosa, también ubicados en un barrio a las afueras de la localidad; estas comunidades han sufrido de manera diversa procesos de adaptación al sistema jurídico adaptándose de manera irregular a los sistemas culturales, de educación, religiosos, y de convivencia social abandonando de manera parcial sus hábitos y costumbres.

Pueblo indígena	Población
Atacama	3.044
Ava guaraní	21.807
Aymara	4.104
Chané	4.376
Charrúa	4.511
Chorote	2.613
Chulupí	553
Comechingón	10.863
Diaguita/diaguita calchaquí	31.753
Guaraní	22.059
Huarpe	14.633
Kolla	70.505
Lule	854
Mapuche	113.680
Mbyá guaraní	8.223
Mocoví	15.837
Omaguaca	1.553
Ona	696
Pampa	1.585
Pilagá	4.465
Quechua	6.739
Querandí	736

Rankulche	10.149
Sanavirón	563
Tapiete	524
Tehuelche	10.590
Toba (Qom)	69.452
Tonocoté	4.779
Tupí guaraní	16.365
Wichí	40.036
Otros pueblos declarados (1)	3.864
Pueblo no especificado (2)	92.876
Sin respuesta	9.371

Incluye, entre otros, los casos registrados con las siguientes denominaciones: abaucán, abipón, ansilta, chaná, inca, maimará, minuán, ocloya, olongasta, pituil, pular, shagan, tape, tilcara, tilián y vilela. ⁷

⁷ De acuerdo a los resultados de la ECPI (INDEC, 2004-2005) hay 600.329 personas que se reconocen pertenecientes y/o descendientes en primera generación de pueblos indígenas. A continuación se presenta la población indígena clasificada según los dos criterios utilizados para su identificación (autorreconocimiento y ascendencia indígena en primera generación). Población por autorreconocimiento y ascendencia indígena (%). Total del país. Años 2004 y 2005 (INDEC, 2004-2005).

La población que se reconoce perteneciente a un pueblo indígena está clasificada en base al criterio de autorreconocimiento, independientemente de si tiene ascendencia indígena o no. El 93,4% de la población que se reconoce perteneciente a un pueblo indígena desciende de ese pueblo indígena en primera generación por parte de padre y/o de madre (INDEC, 2004-2005).

Estas personas forman parte de una gran diversidad de pueblos indígenas y están distribuidas en todas las provincias del país. Los pueblos mapuche, kolla, toba y wichí en conjunto agrupan cerca del 50% de la población relevada. En el siguiente cuadro se presenta la población indígena según el pueblo indígena de pertenencia y/o ascendencia en primera generación.

EL PROBLEMA DE LA DIVERSIDAD JURÍDICA

La presencia de los pueblos indígenas en la región implica diversidad, que se hace visible a través de sus idiomas, sus organizaciones sociales heterogéneas y sus costumbres. Sin embargo, poco de esta realidad se refleja en la práctica del derecho.

No cabe duda que en los últimos tiempos, la mayoría de los países latinoamericanos, ha sufrido una evolución normativa que refleja la composición pluricultural y pluriétnica de nuestros pueblos.

Esta evolución responde al encuentro –y el reconocimiento- de lo indígena y lo no indígena.

Se trata de un proceso que en algunos casos siguió el rumbo del pluralismo jurídico y en otros de mestizaje jurídico en el que el dualismo tiende a disolverse.

El reconocimiento de los derechos indígenas ha sido un proceso lento, resultado de las constantes demandas de los Pueblos Indígenas en las plataformas de discusión internacional. Estos avances han permitido obtener de manera creciente que los Estados reconozcan, a través de Instrumentos Jurídicos de Derechos Humanos, el carácter pluriétnico, pluricultural y multilingüe de sus sociedades.

En el marco normativo nacional el tema es muy reciente, la reforma constitucional de 1994, reconoció la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, a su vez nuestro país ha ratificado el Convenio 169 de la O.I.T. y ha incorporado el derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno, que incluye a dicho Convenio y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Pero aún se encuentra en proceso la adaptación y

armonización de los principios y conceptos expresados en tal normativa en la jurisprudencia, doctrina y legislación regional.

Existen países como Ecuador, EE.UU., México, entre otros que han avanzado, cada uno de acuerdo a las particularidades regionales y culturales en el tema de la armonización de las normas consuetudinarias de los pueblos originarios con las normas escritas de derecho vigente, pero el avance significativo generalmente se puede observar en el ámbito de derecho penal.

En la región del nordeste argentino, en las provincias de Chaco y Formosa, existe una situación de enfrentamiento de sistemas culturales “Qom”, “Sistema Jurídico Nacional”, que a su vez genera conflictos jurídicos.

Esto se ve reflejado en las radicales diferencias conceptuales de ambas culturas jurídicas e institucionales –como las referidas al matrimonio, los delitos sexuales y principalmente, el concepto de propiedad-. La inexistencia de concepto de propiedad privada de la cultura Qom, tal como nosotros lo entendemos, genera conflictos jurídicos.

El derecho subjetivo de propiedad es el que conllevaba las mayores dificultades en la coexistencia de los regímenes legales derivados de la cultura Qom y la nuestra; para los Qom no existe la propiedad individual tal como nuestro derecho la concibe y sólo los bienes tienen usos.

La Constitución Argentina de 1994, con el agregado de un artículo nuevo al texto, planteó el inicio de una nueva etapa en lo que refiere a la situación normativa de los pueblos originarios.

Así el constituyente aprobó en Asamblea Constituyente por unanimidad el art., 75 inc.17⁸, reconociendo la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizando el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan.

En el país luego de la reforma constitucional, se produjeron intentos de adecuación de contenidos tanto normativos como jurisprudenciales en algunos ámbitos del derecho, pero dada la complejidad del tema, la cuestión aún no ha sido resuelta; nuestra región, como el resto del país, se encuentra en esa línea de trabajo, pero en el ámbito de derecho subjetivo de propiedad aún no se han realizado estudios científicos.

En la práctica regional, si realizamos una observación crítica, muchas veces se genera una oposición de modelos de justicia, un modelo de justicia comunal consuetudinario a otro modelo, el tradicional.

Este modelo de justicia tradicional, la del derecho positivo y la del único sistema jurídico reconocido en nuestro país se presenta muchas veces ajeno e irreconocible para las comunidades Qom, a pesar de que para parte de la sociedad configure lo que tradicionalmente vincula a su propio concepto de justicia.

Actualmente nuestro país sostiene un Estado de derecho monista, siguiendo a las teorías clásicas europeas, repitiendo los modelos de codificación surgidos luego de los

⁸ Constitución Nacional. Segunda Parte: Autoridades de la Nación. Capítulo Cuarto Atribuciones del Congreso:

Art. 75.- Corresponde al Congreso: (...) 17. 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; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

procesos de revoluciones antimonárquicas. Esta adopción de sistema es el que genera conflictos frente a un país claramente intercultural.

Las ideas pluralistas de derecho fueron dejadas de lado porque se asociaban a un estado antiguo, caduco, con rasgos feudales; fue así como todos los países de cultura occidental, uno a uno adoptaron ideas monistas.

Uno de los primeros en América en volver a hablar de pluralismo jurídico fue Boaventura de Sousa Santos⁹, sociólogo jurídico, quien a través de sus estudios en las favelas de Río de Janeiro, Brasil, en los años setentas, concluyó que en las mismas se vivía bajo una dualidad jurídica: el derecho positivo y el derecho de la comunidad.

Como este, existieron y existen muchos ejemplos prácticos de coexistencia de subsistemas jurídicos en toda Latinoamérica, muchos de ellos, actualmente reconocidos constitucionalmente.

Por su lado los estados americanos actuales se comprometieron a proteger y respetar los sistemas culturales de las comunidades indígenas, en particular, Argentina a partir de la última reforma constitucional, quien como se dijo, reconoció la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Este compromiso implica respetar el derecho de estas comunidades a su propio derecho, a sus idiomas, filosofías, concepciones lógicas y religiosas.

⁹ Boaventura de Sousa Santos es profesor emérito de la Facultad de Economía de la Universidad de Coimbra y distinguido erudito en derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin-Madison y Académico Global Legal de la Universidad de Warwick. También es Director del Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra, coordinador científico del Observatorio Permanente de Portugal Centro de Justicia y un miembro de la Democracia, Ciudadanía y Derecho (decidir). Coordinador científico de los Programas de Doctorado:

- Derecho, Justicia y Ciudadanía en el Siglo XXI
- La democracia en el siglo XXI
- Post-colonialismo y la Ciudadanía Global

Ha publicado obras sobre la globalización, la sociología del derecho, los derechos de la epistemología, la democracia y humanos. Sus obras se traducen en Inglés, español, italiano, francés y alemán.

Ese reconocimiento trae como consecuencia indefectible el compromiso de armonizar el derecho positivo para que el mismo no impida el libre ejercicio de los derechos constitucionales de los pueblos originarios.

La cosmovisión de las comunidades Qom y su filosofía rigen la vida de sus integrantes, forman parte importante del cotidiano, y dan la base de su derecho consuetudinario.

Las comunidades, poseen su propio sistema de administración de justicia consuetudinario y milenario, pero no reconocido como tal en la práctica del derecho positivo vigente de nuestro país.¹⁰

En consecuencia, la CN Argentina¹¹ al incorporar el reconocimiento de las culturas preexistentes plantea un cambio al anterior paradigma, que luego en nuestro país avanza con la adhesión al Convenio 169 de la OIT.¹²

¹⁰ No se trata de hablar de diversidad jurídica de manera indiscriminada, es decir, no se trata de cualquier diversidad jurídica y cualquier costumbre diversa la que se intenta armonizar con el derecho vigente, sino, que se trata de una cultura jurídica preexistente a la nuestra, que rigió por muchos miles de años la vida de los pobladores y que luego de los procesos de conquista fueron abandonados imponiéndose así un sistema europeo de resolución de conflictos a comunidades que nada compartían con la cultura de los conquistadores.

¹¹ Constitución Nacional de 1994 Segunda Parte. Capítulo Cuarto. Artículo 75 incisos 17, 22 y 23.

“...Art. 75.- Corresponde al Congreso:

(...) inciso 17. 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; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

(...) inciso 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

A su vez en relación a los derechos de los niños niñas y adolescentes se pueden distinguir claramente un antes y un después de la Convención de los Derechos del Niño y, en el caso de nuestro país, del dictado de la ley 26.061 de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.¹³

El período anterior al dictado de la Convención respondía a un sistema denominado “tutelar” a través del cual los niños que cometían delitos no eran pasibles de sanción penal sino que debían ser “tutelados” por el Estado.

En los hechos este sistema tutelar funcionaba como un verdadero régimen penal juvenil pero sin las garantías penales y procesales que gozaba el régimen penal ordinario.

Luego de la Convención, se produce el abandono del sistema “tutelar” o de “patronato” y se adecúa la normativa al modelo de justicia penal especializada establecida en la mencionada Convención.

garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

(...) inciso 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

¹² Por ley 24.071 de 1992, aunque este convenio entró en vigencia en Argentina recién en el año 2001 cuando el Estado hizo el depósito correspondiente ante la OIT- el 3 de julio del 2001-.

¹³ La Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. La misma reglamenta la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 que fuera incorporada a la Constitución Nacional Argentina por la reforma de 1994 a través del artículo número 75 inciso 22.

A pesar de los grandes avances realizados en relación al afianzamiento de las garantías procesales con la nueva normativa, léase, Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores, Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño con jerarquía constitucional en nuestro país y luego reglamentada por la Ley 26.061, el ya mencionado Convenio 169 de la OIT, también adoptado por nuestra nación, y la declaración a través del art.75 inc. 17 de la Constitución Nacional, la realidad material del sistema penal juvenil es grave.

De acuerdo a nuestra normativa vigente, la libertad personal del niño sólo podrá ser restringida cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.

Por lo tanto la prisión preventiva tendrá carácter excepcional, y deberá estar limitada por los principios de inocencia, necesidad y proporcionalidad. Única y fundadamente, bajo pena de nulidad, podrá ser decretada cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho y las condiciones personales de la niña, niño y/o adolescente imputado hicieren presumir que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Además, en virtud del principio de proporcionalidad, sólo podrá ordenarse judicialmente la privación de libertad provisional cuando el hecho imputado pudiere ser sancionado con privación de libertad.

Por lo tanto en el caso bajo análisis podría haber sido planteada si se habría constatado riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación fundada en circunstancias objetivas.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Suárez Rosero Vs. Ecuador” ha expresado que “Con respecto a la detención

preventiva, la Comisión resalta que la jurisprudencia internacional reiterada sobre su aplicación en el sentido de entenderla como una medida excepcional que debe responder exclusivamente a fines procesales, adquiere especial relevancia cuando se trata de niños y niñas que por su condición se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad.

Por ello, sólo se justifican cuando exista un real peligro de obstaculización en la averiguación de la verdad o peligro de fuga. Incluso dentro de las mismas, se dará preferencia a las menos gravosas.

Los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos determinan que nadie puede ser sancionado y menos aún privado de su libertad antes de ser condenado por haber cometido un delito.¹⁴

En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutivas. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de niñas, niños y/o adolescentes y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la aplicación de la prisión preventiva a personas menores de edad en el caso “Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay” – Párrafo 229- señalando que: [...] la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención

¹⁴ Cfr. Reglas de la Habana N° 17. Así, “...Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables...”.

Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales de derecho universalmente reconocidos”.

Además, la Regla 13.4 de Beijing, el Art. 37 inc. c de la Convención sobre Derechos del Niño, la regla N° 29 de Reglas de Naciones Unidas Para la Protección de los Menores Privados De Libertad y el artículo 5.5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos precisan que los niños y/o adolescentes detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables. Es decir no sólo debe estar separado de las personas adultas sino también de otros jóvenes condenados (Barbirotto, 2013).

En nuestro país a pesar de haber distinción entre las causas por las que los menores son pasibles de encierro, esto es, si lo son por haber cometido delitos o encontrarse en contexto de encierro por causas sociales o de desamparo; en los hechos comparten muchas veces el lugar ya que no existe infraestructura para diferenciarlos por tales causas.

Inclusive, de acuerdo a estudios realizados por Unicef sobre Niños, Niñas y Adolescentes Privados de Libertad en la Argentina, en la Provincia del Chaco existen veinte establecimientos tanto de organismos gubernamentales y no gubernamentales donde se alojan menores por distintos motivos. De los veinte establecimientos solo uno tiene como función institucionalizar a los menores por causas penales, los diecinueve restantes lo hacen por motivos asistenciales o sociales (Barbirotto, 2006).

A su vez la provincia registró sólo un plan o programa alternativo a la privación de libertad de los menores y más grave aún resulta el dato arrojado por tal informe respecto a la distribución de los menores.

Así, los menores institucionalizados por motivos penales¹⁵ comparten las mismas instituciones que los institucionalizados por causas no penales.

Estos datos reflejan una idea latente de encierro con fines tutelares que generan colateralmente una profunda coerción estatal sobre un sector de la sociedad.

Se presenta el encierro como solución muchos casos a situaciones de desprotección extrema de los menores en el sentido socio-económico; dándose argumento para la intervención estatal que culmina en la privación de uno de los derechos constitucionales más importantes como lo es la libertad.

De este modo, en lugar de ser una medida de última ratio como postulan los instrumentos internacionales de derechos humanos,¹⁶ la privación de libertad continúa

¹⁵ La gran mayoría de los niños, niñas y adolescentes se encuentra institucionalizada por causas de tipo “no penal”, lo que representa el 87,1% del total. Mientras que los niños, niñas y jóvenes privados de libertad por causas penales constituyen el 12,1% de la población. Privados de Libertad. Situación de Niños, Niñas y Adolescentes en la Argentina (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Secretaría de Derechos Humanos, 2006).

¹⁶ Art. 19, 20 y 37.b de la Convención de los Derechos del Niño (CDN); Regla 11b de las Naciones Unidas para la Protección de las Personas Privadas de Libertad (Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de Diciembre de 1990).

Art 19: “... Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño... Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial...”

Art. 20. “... 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. ...”

Art. 37: “... b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente... c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés

siendo la norma a aplicar, tanto en el caso de los niños, niñas y adolescentes que poseen una causa penal como en el caso de aquellos niños, niñas y jóvenes que terminan siendo objeto de una medida judicial y/o administrativa en razón de su situación personal o social.¹⁷

En la provincia del Chaco, luego de la Convención sobre los Derechos del Niño, se modificó la legislación procesal, derogándose expresamente artículos del Código Procesal Civil y Comercial, creándose el “Fuero del Menor de Edad y la Familia”¹⁸, y regulando nuevas normas en el ámbito procesal penal y procesal civil, junto con una serie de procedimientos especiales.

Ya en el año 1996 la provincia se puso en línea con el dictado de la Ley N° 4334/96 que declaró de "interés provincial" la Convención y aprobó el programa de "Metas para el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño" que dentro de sus lineamientos de acción se habían fijado entre otros objetivos como “el fortalecimiento de los grupos familiares en situación de vulnerabilidad, emprendiendo tareas coordinadas con los distintos subprogramas, tales como el de brindar asistencia y protección a las víctimas de violencia familiar a través del programa "Red solidaria"; “la

superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales...”

Art. 11b: ... por privación de la libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública” Como así la Regla 12 del mismo cuerpo, que establece: ”La Privación de la Libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores...”

¹⁷ “Privados de Libertad. Situación de Niños, Niñas y Adolescentes en la Argentina” UNICEF - Oficina de Argentina, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Secretaría de Derechos Humanos, 2006.

¹⁸ Ley de la Provincia del Chaco 4369. La ley tuvo por objeto la protección y atención integral del menor de edad, como sujeto de derecho, por parte de la familia, el estado y la sociedad, de conformidad al cuerpo de las reglas jurídicas integradas por la convención internacional sobre los derechos del niño, las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), las reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de la libertad y las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD). Conforme Artículo N° 5 de la ley.

desinstitucionalización de los niños(as) en tareas de contención de los menores de mayor riesgo social”; “la desjudicialización de los problemas de los menores de edad, evitando la permanencia de menores privados(as) de su libertad en lugares no adecuados para su alojamiento”.

Es necesario destacar que si bien la nueva normativa pretende adecuarse a los principios del modelo de protección integral, posee concepciones e instituciones propias del sistema tutelar.

A pesar de que el derecho vigente establece que la privación de libertad de los menores debe ser la última ratio, que la doctrina coincide con ello, en Argentina existen casi 20.000 niños institucionalizados (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Secretaría de Derechos Humanos, 2006).

El motivo de ese número de niños privados de la libertad permanece a causa del sistema tutelar que todavía perdura en el país a través de las prácticas de administración de justicia.

Esto se torna aún más grave si reparamos en que el la mayoría de los niños institucionalizados no lo son por haber pesado sobre ellos una condena penal, es decir que éstos se encuentran privados de su libertad por una causa “de protección” o “asistenciales”.

En consecuencia, la privación de libertad de estas personas menores de 18 años, no se encuentra determinada en el tiempo, no guardan relación con alguna imputación de delito, y no resultan de un debido proceso legal, por tanto no hay posibilidad de solicitar revisión de tales medidas, pues éstas no resultan recurribles.

A pesar de esto, y siguiendo lo dicho en los trabajos preparatorios al dictado de las Reglas de Brasilia, el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando,

como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad.

Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social.

CONCLUSIÓN

La situación jurídica descrita de los Pueblos Qom, sumada a lo dicho respecto a los menores en la región Chaqueña, trae como consecuencia que estas comunidades, y más aún los menores de estas comunidades se encuentren en situación de vulnerabilidad y desprotección.

No es novedad que esta franja de la población sea considerada “vulnerable”, es más en el caso de estudio, los menores Qom poseen una doble vulnerabilidad, así las “Cien Reglas de Brasilia...” en su capítulo preliminar fija “...podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a

comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad...”¹⁹

Esto es así desde que existen factores determinantes para propender a que ellos pertenezcan a la franja poblacional objeto de criminalización; en concreto estos factores giran sobre cuatro ejes:

1. El desconocimiento en algunos casos parcial, en otros total, de lo que el sistema jurídico Argentino establece como “legal-ilegal”.

2. La falta de coincidencia entre lo que es entendido por “concepto subjetivo de propiedad” en el derecho positivo vigente y lo que la cultura jurídica consuetudinaria Qom concibe al respecto.

3. La desprotección de los menores frente a la ausencia de concordancia entre la cultura jurídica que les es transmitida por sus generaciones anteriores y el sistema jurídico en el que están inmersos.

4. La ausencia del efectivo acceso a la educación, y otros derechos y garantías constitucionales que los menores de los Pueblos Qom sufren.

Es por esto que resulta menester que el sistema jurídico argentino continúe el proceso iniciado con la reforma constitucional de 1994 hacia el reconocimiento de los derechos de sus pueblos originarios²⁰. En el presente trabajo me he detenido en la realidad del Pueblo Qom, pero la situación de las distintas Etnias y Naciones

¹⁹ 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad - XIV Cumbre Judicial Iberoamericana “Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables”.

²⁰ En el sentido señalado por las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas, la Ley Nacional N° 26.160 de emergencia en la propiedad comunitaria indígena del país, que declaró la suspensión de toda actuación judicial o administrativa cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las referidas tierras, la Ley Nacional N° 26.331 de presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos, en cuyo articulado se hace referencia a los derechos de los pueblos indígenas.

Indígenas²¹ que habitan el territorio argentino, requieren en igual medida la armonización de conceptos y el reconocimiento efectivo de los derechos y garantías ya expresados en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

En concreto considero que podría seguirse, lo fijado por el Convenio 169 de la OIT y las Cien Reglas de Brasilia (entre otros tratados) respecto a la resolución de conflictos en una instancia intermedia a través de formas propias de justicia indígena.²²

23 24

²¹ Así, reflejan la situación de los Pueblos Indígenas de nuestro país los fallos:

"Comunidad Indígena Eben Ezer c/ Provincia de Salta -Ministerio de Empleo y la Producción-" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - 30/09/2008, en el que una Comunidad Indígena inició acción de amparo contra la provincia de Salta y el Ministerio de Empleo y la Producción, con motivo de la Ley local 7274 mediante la cual fueron desafectados como reserva natural determinados lotes fiscales y se habilitó al Poder Ejecutivo provincial para ponerlos en venta por vía de un proceso licitatorio. El Juzgado de Primera Instancia, juzgó que el caso no era de su competencia sino de la originaria de la Corte de Justicia provincial. Apelada esta decisión, la citada Corte, por mayoría, la confirmó. Contra este pronunciamiento, la actora dedujo recurso extraordinario, cuya denegación, motivó la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia apelada. En el mismo sentido: Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo. Buenos Aires, 29 de diciembre de 2008, Salas Dino y otros c/ Pcia de Salta y Estado nacional Buenos Aires, 14 de septiembre de 2010, Comunidad Indígena del Pueblo Guaraní Kuña Piru II c/ Misiones, Provincia de y Estado Nacional s/ demanda ordinaria de acción de reconocimiento de posesión y propiedad comunitaria indígena, escrituración, y daños y perjuicios. Recurso Originario Buenos Aires, 21 de marzo de 2006, Estado Nacional (Secretaría de Desarrollo Social de la Presidencia de la Nación) c/ Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. y Juntas de San Andrés S.A. s/ expropiación. Buenos Aires, 23 de mayo de 2006, Lof Casiano c/ Provincia de Río Negro s/recurso de queja Corte Suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires, 15 julio de 2008, Recurso de hecho deducido por la defensa de Mauricio Fermín en la causa Fermín, Mauricio s/causa N°2061 Buenos Aires, 22 de julio de 2008, Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otro (provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento Recurso Originario. Buenos Aires, 29 de diciembre de 2008.

²² 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad XIV - Cumbre Judicial Iberoamericana "Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables"

Regla (48) "Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos."

Regla (49) "Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al patrimonio cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma."

²³ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales:

"Artículo 9:

APÉNDICE NORMATIVO

1. Convenio N° 169, de la OIT.
2. Constitución de la Nación Argentina.
3. Convención de los Derechos del Niño.
4. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
5. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.
6. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barbirotto, P. A. (2013). Niños y adolescentes en conflicto con la ley... o ¿ley en conflicto con los niños y adolescentes? *Revista Pensamiento Penal*, 163.

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”

²⁴ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales. “Artículo 10:

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

“Artículo 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.”

Recuperado de [http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/ninos-adolescentes-conflicto-con-ley-ley-conflicto-con niños-adolescentes](http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/ninos-adolescentes-conflicto-con-ley-ley-conflicto-con-ninos-adolescentes)

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Secretaría de Derechos Humanos. (2006). *Privados de Libertad. Situación de Niños, Niñas y Adolescentes en la Argentina*. Argentina: Autor.

Instituto Nacional de Estadística y Censo. (2004-2005). *Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas (ECPI)*.

Martínez, M. J. (1996). *Cuestiones teóricas y metodológicas para el estudio de la violencia Sistema judicial penal y políticas penales: Una etnografía de las relaciones de poder*. Buenos Aires: Equipo de Antropología Política y Jurídica Facultad de Filosofía y Letras Universidad de Buenos Aires.

Real Academia Española (1998). *Diccionario de la Lengua Española* [edición electrónica]. Madrid: Espasa-Calpe.

Uribe Arzate, E. y Chávez González, M. de L. (2007). La protección jurídica de las personas vulnerables. *Revista de Derecho*, 27, 205-229.

Valenzuela Reyes, M. (2003). Derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional, especialmente en lo relativo a los aspectos penales. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, Ministerio de Justicia, Gendarmería de Chile, UNICRIM, Santiago de Chile*, 17, 221-247.

Zaffaroni, E. R. (2004). Prólogo a la Primera Edición. En J. M. Salgado y M. M. Gomiz (2010), *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas: Su aplicación en el*

derecho interno argentino (2ª ed., pp. 9-12). Neuquén, Argentina: Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas.

CURRICULUM VITAE

La autora es Profesora de la Cátedra “B” de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste. Abogada por la Universidad Nacional del Nordeste (2008). Integrante de Grupo de Investigación de PI acreditado por Secretaría General de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional del Nordeste G006-11 "Verdad real en el proceso, su interpretación por las sentencias de los superiores tribunales de justicia de las provincias del nordeste. Un análisis desde la teoría de la argumentación jurídica" y G007-11 "Pluralismo y sistema jurídico: la interpretación de la normativa consuetudinaria de los pueblos originarios del nordeste y su armonización con el derecho vigente". Integrante del equipo de Extensión Universitaria de la Universidad Nacional del Nordeste en el marco del Programa “La Universidad en el Medio” Proyecto “Capacitación integral al Pueblo Toba Qom, formación de promotores legales en las comunidades del nordeste”. Becaria de Investigación Perfeccionamiento tipo “B” por Resolución N° 136/13 de la Secretaría General de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional del Nordeste con el título “Pluralismo y derecho subjetivo de propiedad: la interpretación de la normativa consuetudinaria de los pueblos originarios del nordeste y su armonización con el derecho vigente”. Correo electrónico: marialuisazalazar@hotmail.com