

CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL

Maestría en Magistratura
y Derecho Judicial

Departamento de Derecho Judicial

El jurado de integración indígena
en la provincia del Chaco

Emilia María Valle

40

THOMSON REUTERS

LA LEY

UNIVERSIDAD
AUSTRAL



DERECHO

Autoridades de la Universidad

Mag. Julián Rodríguez
Rector

Dr. Ricardo Crespo
Vicerrector de Asuntos Académicos

Mag. Luis García Ghezzi
Secretario General

Dr. Domingo Tarzia
Vicerrector de Investigación

Esp. María Susana Urrutia
Vicerrectora de Alumnos y Extensión

Dr. Luciano Elizalde
Dra. Viginia Sarría Allende
Consejeros

Autoridades de la Facultad de Derecho

Mag. Manuel García-Mansilla
Decano

Dr. Sebastián Balbín
Vicedecano

Dr. Andrés Sánchez Herrero
Secretario Académico

Abog. María de la Paz Miatello
Directora de Estudios

Dra. Miriam Ivanega
Mag. Celina Cantú
Consejeras

Autoridades del Departamento de Derecho Judicial

Dr. Rodolfo Vigo
Director del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Gattinoni de Mujía
Directora Ejecutiva del Departamento de Derecho Judicial

Mag. Gustavo Sa Zeichen
Coordinador Académico del Departamento de Derecho Judicial

**Miembros del Consejo Académico y Consejo Editorial
de la Colección Cuadernos de Derecho Judicial**

Rodolfo Vigo
María Gattinoni
Néstor Sagüés
Jorge Jiménez Martín
Carlos Alberto Andreucci
María Lilia Díaz Cordero

MAESTRÍA EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL

Emilia María Valle

Director: Matías Mariano Deane

EL JURADO DE INTEGRACIÓN INDÍGENA
EN LA PROVINCIA DEL CHACO



UNIVERSIDAD
AUSTRAL | DERECHO

THOMSON REUTERS

LA LEY

Valle, Emilia María

El jurado de integración indígena en la provincia del Chaco / Emilia María Valle. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley ; Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad Austral, 2022.

Libro digital, PDF - (Cuadernillos de derecho judicial ; 40)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-4443-8

1. Derecho. I. Título.

CDD 340

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2022
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

ISBN 978-987-03-4443-8

BIOGRAFÍA PROFESIONAL Y ACADÉMICA

Emilia María Valle nació en Villa Ángela, Provincia del Chaco, el 03 de Octubre de 1959. Se recibió de Abogada en la Universidad Católica de Santa Fe, obteniendo la medalla de oro al mejor promedio de su promoción.

Es Magister en Magistratura y Derecho Judicial egresada de la Universidad Austral, mejor promedio de su promoción y su tesis premiada como mejor trabajo final en dogmática jurídica. Tiene Posgrados en Derecho Penal y Procesal Penal.

Expositora, conferencista, disertante y panelista en numerosas actividades académicas.

Integra el Poder Judicial de Chaco desde octubre de 1984, oportunidad en que ingresara como Escribiente, habiendo desempeñado posteriormente los cargos de Secretaria, Defensora, Fiscal, Jueza de Instrucción, Jueza de Garantía y Camarista en lo Criminal.

Actualmente es Presidenta del Superior Tribunal de Justicia, cargo también obtenido por concurso de antecedentes, oposición y audiencia pública. Es Vice Presidenta de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Jufejus) y Directora del Centro de Estudios Judiciales.

Presidió el Consejo de la Magistratura del Chaco y el Foro Federal de Consejos de la Magistratura y Jurados de Enjuiciamiento de la República Argentina (Fofecma).

Casada con Guillermo Daniel Kuray con quien tuvo 3 hijos: Matías, Lucas y Martín.

PRÓLOGO

El reconocimiento de la pre-existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas en nuestro país, consagrado en la reforma constitucional de 1994 por medio del artículo 75 inc. 17 de la Norma Fundamental, que los convencionales votamos con entusiasmo y por aclamación, significó el final de un trayecto de postergada reivindicación histórica y, a la vez, el inicio de un camino de reformas y adaptaciones que pocos assembleístas imaginábamos en esa época, tal vez porque proveníamos de culturas diferentes a las ancestrales de nuestro territorio.

El recorrido para “garantizar la identidad” de dichos pueblos fue transitado con luces y sombras, alternando avances y estancamientos, en un escenario plural que presenta heterogeneidades evidentes a lo largo y ancho de su geografía. Los puntos de equilibrio –y de tensión- entre la cultura estatal y la indígena fueron (y continúan siendo en gran medida) variados, conforme se trate de aspectos vinculados con los recursos naturales, la propiedad colectiva, la educación y los sistemas organizativos de decisión política.

La tesis de Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, que tenemos el placer y el honor de prologar, debida de autoría de Emilia María Valle, titulada “El jurado de integración indígena en la provincia del Chaco”, aborda un tópico relevante de esta relación (que a veces no es relación sino pura tensión), pues conjuga dos aspectos disruptivos del orden jurídico estatal tradicional: la integración cultural de la cultura indígena y el juzgamiento por jurados. Cuando decimos “disruptivos” no lo hacemos con una connotación negativa; por el contrario, afirmamos que se trata de dos interrupciones saludables para fortalecer la calidad en la toma de decisiones públicas que, además –preciso es recordarlo- vienen exigidas por el texto constitucional y, por lo tanto, deben ser cumplidas.

La tesis de la Dra. Valle nos ubica en el contexto normativo vigente, recorriendo las disposiciones provinciales referidas a la introducción del juicio por jurados en el Chaco y las regulaciones internacionales y locales vinculadas a la integración de la cultura indígena en el entramado cultural y jurisdiccional establecido. No sin antes abrir el interrogante sobre el desafiante tema de la relación entre el orden jurídico sustantivo estatal y el orden jurídico de convivencia indígena, la tesista focaliza su análisis en el tema central de su investigación, dirigido a maximizar la eficacia de las disposiciones sobre la participación e integración protagónica de las culturas

ancestrales cuando se trate de juzgar conductas en las que hayan participado miembros de los pueblos aborígenes provincialmente reconocidos.

En esa procura, la Dra. Valle destaca el progreso legislativo logrado en su provincia. Luego de cuestionar el texto originariamente sancionado por la legislatura chaqueña que, alejándose del proyecto que le servía de base, había aprobado que el tribunal se conformaría *con la mitad de jurados de pueblos indígenas, siempre que víctima y victimario pertenezcan a la misma comunidad*, consagrando el prejuicio consistente en considerar *que la participación de los jurados por etnia solo aseguraría la imparcialidad en caso de que el conflicto fuese intra-étnico (victimario y víctima perteneciente a la misma etnia)*, al punto que *de pertenecer los sujetos a diferentes etnias, las diferencias culturales entre ellas harían aconsejable conformar el jurado del modo habitual*, destaca el avance introducido por una modificación legislativa posterior, al resolver que: a) *“cuando se juzgue un hecho en el que el acusado o la víctima pertenezcan al pueblo indígena Qom, Wichi o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en la mitad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia”*; y b) *“cuando se juzgue un hecho en el que tanto el acusado como la víctima pertenezcan al mismo pueblo indígena Qom, Wichi o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en su totalidad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia”*.

La modificación legislativa reseñada significó un avance, pero –tal como advierte la tesista– subsiste un potencial problema: no se contempla el caso en que el conflicto se suscite entre distintas etnias, sean sus partícipes víctimas o victimarios, para lo cual propone la integración del jurado de forma proporcional al número de etnias presentes en el conflicto. La Dra. Valle grafica la propuesta con ejemplos: *“si en un caso intervinieran dos imputados de diferentes etnias, uno Qom y el otro Wichi, y la víctima Moqoit, en el panel de jurados deberán estar representadas todas las etnias involucradas, es decir, cuatro (4) personas de cada pueblo, siempre respetando la paridad de género. Lo mismo ocurriría, si hubiera una persona no indígena. En ese caso, deberá conformarse el panel de jurados con tres (3) personas de cada etnia, y tres (3) sorteadas del listado anual general”*.

La iniciativa de jurado de integración indígena pluri-étnica proporcional, que aporta la Dra. Valle como original solución en su tesis de maestría, permitirá –en la medida en que logre consagración legislativa– desterrar prejuicios y subjetividades impropias de una cultura participativa y democrática, y cumplir con dos criterios que deben guiar la institución juradista: la teoría de la *distancia justa*, por la cual se entiende que el juzgador no debe estar guiado ni por prejuicios ni por el nudo desinterés sino por el ‘interés justo’ para comprender y decidir, y la teoría del *margen del error*, según la cual en el ámbito del conocimiento social –donde no rige el tipo de ley propio de las ciencias naturales, caracterizado por su inexorabilidad–, existe una relación inversa entre el número de personas que participan en

la deliberación previa a la toma de una decisión (normalmente un juez o un tribunal de tres jueces) y el margen de error que en tal decisión pueda incurrir.

Un número razonable de integrantes como en el caso chaqueño, que representen a todos los sectores étnicos involucrados, como lo propone la Dra. Valle, con igualdad de género, es el mejor camino para asegurar que las decisiones no sólo sean imparciales sino también legítimas.

No se trata de ignorar el sistema jurídico estatal ni subvertir el principio de ciudadanía ni el de estatidad, ratificado en la reforma constitucional de 1994, sino de comprendernos mejor, de entender nuestras diferencias, sin prejuicios ni omisiones, sobre la base de la buena fe. En suma, reivindicando el carácter epistémico de la deliberación responsable, aquel que enseña que más sabremos mientras más participemos.

Felicitemos a la Dra. Valle por la calidad y originalidad de su trabajo, que seguramente iluminará el camino legislativo provincial a futuro, y nos congratulamos de que ocupe actualmente un lugar como integrante del Superior Tribunal de Justicia del Chaco, pues esta condición facilitará que la relación entre la vida académica y el mundo de las decisiones estatales se haga posible y fructifique.

Horacio Rosatti⁽¹⁾

(1) Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Invierno de 2022

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
Biografía profesional y académica	V
Prólogo	VII
RESUMEN	
.....	3
I. INTRODUCCIÓN	
.....	5
II. EL JUICIO POR JURADOS	
II.1. Dimensiones de la nueva legitimación	7
III. EL JUICIO PENAL POR JURADOS EN LA PROVINCIA DEL CHACO	
III.1. Instrucciones	11
III.2. Revisión amplia del veredicto de culpabilidad	15
III.3. Unanimidad	15
IV. LA CUESTIÓN INDÍGENA	
IV.1. Evolución hacia su reconocimiento	19
IV.1.a. Instrumentos internacionales	19
IV.1.b. Normativa nacional y provincial previa a las reformas constitu- cionales	21
IV.1.c. Reformas constitucionales de 1994	21
V. JURADO INDÍGENA EN LA PROVINCIA DEL CHACO	
V.1. Suspensión de su implementación	26
V.2. Consulta Previa (CP) y Consentimiento Previo, Libre e Informado (CLPI).....	28
VI. EL ACCESO A JUSTICIA	
VI.1. La doble vertiente	33

	Pág.
VI.1.a. Acceso a la Justicia Estatal y acciones del Poder Judicial de la Provincia del Chaco	33
VI.1.b. El reconocimiento de la diversidad y acceso a la jurisdicción propia	35
VII. IMPORTANCIA DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL JURADO INDÍGENA	
VII.1. Antecedentes de Jurados Mixtos	40
VII.1.a. <i>Recuperatores</i>	40
VII.1.b. El jurado mixto <i>de Medietate Linguae</i>	40
VII.1.c. Jurado Intercultural de Neuquén.....	42
VII.2. Casos paradigmáticos y garantía de imparcialidad	43
VII.2.a. El caso “King” en Estados Unidos	43
VII.2.b. El caso “Stanley” en Canadá	43
VII.2.c. El caso “LNP” en Argentina.....	44
VIII. INTEGRACIÓN DEL JURADO INDÍGENA EN LA PROVINCIA DEL CHACO	
.....	47
IX. CONCLUSIÓN. PROPUESTA SUPERADORA: INTEGRACIÓN PLURI-ÉTNICA	
.....	51
X. BIBLIOGRAFÍA	
.....	55

**EL JURADO DE INTEGRACIÓN INDÍGENA
EN LA PROVINCIA DEL CHACO**

Por Emilia María Valle

RESUMEN

Este trabajo aborda la necesidad de impulsar e implementar el juicio por jurados de composición indígena como instrumento de transformación de las relaciones entre los pueblos indígenas y la ciudadanía no indígena. Constituyen la razón y justificación de la integración especial del panel de jurados con pueblos indígenas, el reconocimiento de su preexistencia, derechos y cosmovisión propia. Se propone la conformación pluri-étnica del jurado cuando haya varios imputados o víctimas de diferentes etnias, como así también criollos, proporcionalidad que deberá ser asegurada por el juez técnico en cada caso y respetando la paridad de género. Asimismo, se propicia la incorporación de un Defensor Especializado en Derecho Indígena al Ministerio Público de la Defensa.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se promovieron políticas destinadas a reformar la justicia y dar mayor transparencia a su administración, y a la par se gestó el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas, sus derechos y su forma de relacionarse y concebir el mundo. El paso del sistema inquisitivo al acusatorio, marcando la oralidad en todas las etapas del proceso penal, trajo inherentemente a los ámbitos académicos la necesidad de poner en observación los mandatos incumplidos del constituyente en lo que refiere a la participación del pueblo en la administración de justicia y consecuentemente la instauración de los juicios por jurados ⁽¹⁾.

El jurado es una institución obligatoria para la ciudadanía, y como tal, en una sociedad cada vez más multicultural, es un punto de encuentro obligado para la deliberación y la toma de decisión entre múltiples y diferentes perspectivas sociales. Los veredictos de los jurados deciden los conflictos reales más graves de las personas y lo hacen bajo el poderoso signo de la diversidad. Esto significa que el jurado tiene un gran potencial para mostrarnos cómo es la sociedad en que vivimos, las personas que la integran y nuestro sistema de solución de disputas ⁽²⁾.

La grave crisis de credibilidad que atraviesa el Poder Judicial en general y el fuero penal en particular, exige soluciones que, en lo básico, contribuyan a dotar a las decisiones jurisdiccionales de plena imparcialidad e independencia ⁽³⁾.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua” ⁽⁴⁾, sentencia del 8 de marzo de 2018, Excepciones

(1) El juicio por jurados es tres veces mencionado en la Constitución Nacional: “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados” (artículo 24), al establecer las atribuciones del Congreso, sienta entre ellas la de dictar leyes generales para toda la Nación “...y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados” (artículo 75 inciso 12) y “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido en la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esta institución” (artículo 118).

(2) HARFUCH, Andrés, “El veredicto del jurado”, Ad. Hoc, Buenos Aires, 2019, p. 139.

(3) VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., “Crisis De la Justicia Penal y Tribunal de Jurado”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, 2ª ed. ampliada y actualizada, ps. 113-114.

(4) Corte IDH, “V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua”, sentencia del 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 222.

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 222 advirtió que “...diversos Estados parte de la Convención han adoptado la institución del jurado como forma de juzgamiento en sus diseños procesales penales, modelo que hoy sigue proyectándose a nivel regional. Los orígenes y motivos deben ser rastreados en el desarrollo histórico, social y cultural de los sistemas jurídicos de los países de la región, así como en el valor asignado a la participación popular en la administración de justicia como opción de política judicial. El juicio por jurados se ha concebido, además, como una forma de devolver a la sociedad la confianza en el sistema judicial, como forma de democratización y acercamiento de la impartición de justicia a la comunidad, otorgándole a ésta un rol fundamental en aquellos delitos sensibles al orden público”.

El presente trabajo abordará en primer lugar las bondades del juicio por jurados y las características que presenta la ley 2364-B sancionada el 2 de septiembre del año 2015, que establece el juicio penal por jurados en la Provincia del Chaco, exponiéndose seguidamente sobre la cuestión indígena y el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas en el Estado Argentino y en especial de las tres naciones indígenas reconocidas Qom, Wichi y Moqoit en el territorio provincial.

En este orden de ideas, se pretende demostrar la necesidad de la puesta en funcionamiento del juicio por jurados de conformación indígena, y en consecuencia reformar la normativa actual cuando los involucrados, ya sean víctimas y/o victimarios, pertenezcan a diferentes pueblos indígenas, estableciendo la integración proporcional étnica del panel que deberá ser asegurada por el juez técnico en cada caso y respetando la paridad de género, como modelo de reivindicación de los derechos reconocidos a dichos pueblos y como camino hacia la implementación de su propia jurisdicción, aun cuando esto último excede el objeto de este trabajo.

En palabras de Edmundo Hendler “si hay una funcionalidad especialmente importante para la participación ciudadana en el juzgamiento de los delitos más graves a través del mecanismo del juicio por jurados, ella está referida a la necesidad de asegurar la integración del tribunal con quienes pertenecen al mismo entorno cultural que quienes tienen que ser juzgados” ⁽⁵⁾. Entiende este autor que las diversas culturas tornan imprescindible asegurar la participación de todos los sectores sociales en el proceso de juzgamiento de los hechos de mayor gravedad, y que esa es la función de la participación ciudadana en el enjuiciamiento penal y la del juicio por jurados en particular “resguardar la homogeneidad cultural de quienes imponen los castigos y quienes son castigados” ⁽⁶⁾.

(5) HENDLER, Edmundo S., “El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas”, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 13.

(6) Cfr. HENDLER, ob. cit., p. 13.

II. EL JUICIO POR JURADOS

En el modelo constitucional republicano y federal instituido por el art. 1 de la CN se estableció una ruptura con el sistema institucional, político y jurídico procedente de la monarquía, e irrumpió en distintos órdenes. En otras palabras, la titularidad del poder deja de pertenecer a un monarca y pasa a nacer del pueblo —soberanía popular—, la estructura del Estado deja de ser unitaria para pasar a ser federal, la forma de gobierno es democrática por vía de la república, y en cuanto al enjuiciamiento, es el juicio por jurados —que presupone el sistema acusatorio adversarial—, frente al anterior sistema inquisitivo. Con ello se abandona la organización de la sociedad estamental para consagrar la igualdad, la eliminación de fueros personales, la esclavitud y el patriarcado ⁽⁷⁾.

La Constitución Nacional en la Primera Parte, Capítulo Primero, relativo a las “Declaraciones, derechos y garantías”, prevé en su art. 24 que “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados”.

Después, en la Segunda Parte, relativa a las “Autoridades de la Nación”, en el Capítulo Cuarto del Título “Atribuciones del Congreso” y Sección Primeros correspondiente al Poder Legislativo, establece en el art. 75, inc. 12 que corresponde al Congreso “Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

Por último, también en la Segunda Parte relativa a las “Autoridades de la Nación”, en el Capítulo Segundo de la Sección Tercera correspondiente al Poder Judicial, prevé en el art. 118 que “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara

(7) SCJ de Mendoza, Sala II (voto del Dr. José V. Valerio), “F. c. Petean Pocoví, Alberto Sebastián P/ Homicidio Criminis Causa s/ Casación” causa N° 13-04804137-4, sentencia del 7 de febrero de 2020.

de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

Resulta desde todo punto de vista indiscutible el expreso y claro mandato constitucional que ordena al Congreso de la Nación Argentina el establecimiento del juicio ante jurados, mandato cuyos orígenes se remontan a los primeros esfuerzos organizativos del país y que ha sido reafirmado en la reforma de 1994. El diseño constitucional atiende a aspectos institucionales en el juego de los poderes del Estado y ubica la cuestión dentro de los derechos y garantías ciudadanos frente al poder penal. En este sentido es tanto un derecho del justiciable a ser juzgado por sus pares como un derecho del ciudadano a intervenir en el servicio de justicia ⁽⁸⁾.

En efecto, de los 35 países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), 21 Estados prevén el juicio por jurados, siendo el modelo clásico el más utilizado en la región ⁽⁹⁾. Este instituto da legitimidad al sistema de justicia, cubriendo las expectativas de una ciudadanía que pese al paso del tiempo no encuentra satisfacción a la demanda general de justicia. Permite a los ciudadanos participar de manera directa en el Poder Judicial, aplicar la ley por ellos mismos y saber que sus veredictos tienen consecuencias concretas para las partes del juicio ⁽¹⁰⁾.

II.1. Dimensiones de la nueva legitimación

Entre las dimensiones de la nueva legitimación ⁽¹¹⁾ caben destacar:

La imparcialidad

El jurado está compuesto por doce [12] ciudadanos que ejercen accidentalmente el poder de juzgar, lo que, si bien no excluye absolutamente el riesgo de influencias, reduce notablemente las posibilidades de que ello ocurra.

El control

Introduce un mecanismo de control social sobre el funcionamiento del sistema de justicia que impacta en la calidad de la investigación, del juicio y sobre todo de la decisión judicial. Este mecanismo previene las arbitrariedades en que puedan incurrir los actores intervinientes del proceso judicial

(8) VÁZQUEZ ROSSI, ob. cit., p. 113.

(9) Corte IDH, caso “V. R. P., V. P. C.”, citado, párrafo 223.

(10) HARFUCH, ob. cit., p. 124.

(11) PORTERIE, Sidonie - ROMANO, Aldana, “El poder del jurado: descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires: comentarios de Julio B. J. Maier...” (et al.). Buenos Aires; Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales- INECIP, 2018, 1ª ed., ps. 25 y ss.

y por añadidura, eleva el estándar de calidad y legitimación de la decisión judicial.

La proximidad

Es un mecanismo de participación que rompe la distancia entre representante y representado. El jurado acerca al pueblo con los administradores de justicia, a partir de la delegación de la facultad de juzgar. El jurado obliga a los operadores a modificar su lenguaje técnico judicial por uno asequible y aprehensible por la comunidad.

La democratización

La fuerza democratizadora del jurado reside tanto en su conformación como en su funcionamiento. La deliberación es la forma de interacción entre iguales tendiente a la toma de una decisión de consenso, aceptándose el saber ciudadano como un saber legítimo diferenciado del saber experto, que expresa una interpretación colectiva de la realidad social aplicable al caso, en la que se congrega la multiplicidad de perspectivas debido a género, edades, oficios, experiencias de vida, etc.

Así el juicio por jurados es una alternativa que permite conjugar la “precisión” propia del saber técnico con la “apreciación” propia del saber popular, congregando la garantía inherente al debido proceso y la percepción de la realidad propia de una decisión basada en el sentido común. En concreto, los representantes del saber técnico se encargan de controlar que el camino hacia la decisión se encuentre balizado conforme a reglas procesales previas y precisas (debido proceso adjetivo); y los representantes de la opinión popular se encargan de construir una conclusión prudencial sobre la base del sentido común (debido proceso sustantivo) ⁽¹²⁾.

(12) CSJN, 2/05/2019, “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado”, párrafo 20.

III. EL JUICIO PENAL POR JURADOS EN LA PROVINCIA DEL CHACO

La ley 2364-B (antes Ley 7661) sancionada el 2 de septiembre del año 2015, estableció el Juicio Penal por Jurados en la Provincia del Chaco, para los delitos que tengan prevista en el Código Penal de la Nación la pena de reclusión o prisión perpetua, los contemplados en los arts. 79, 81 y 165 y los previstos en el art. 119 tercer y cuarto párrafo, art. 125 segundo y tercer párrafo, aún en su forma tentada y junto con los conexos que con ellos concurren, siendo obligatoria e irrenunciable en estos casos la integración del tribunal con jurados ⁽¹³⁾.

El sistema de jurados provincial se corresponde con el clásico. Entre sus características esenciales se encuentra que el jurado debe integrarse por doce [12] miembros, y en ese sentido, el jurado no debe ser visto como doce [12] entidades individuales juzgando un hecho, sino que se trata de un cuerpo colectivo decisor. En otras palabras, el juez funciona como individuo y el jurado como un cuerpo colectivo ⁽¹⁴⁾.

El número de doce asegura la representación de la comunidad, reduce el error judicial, logra veredictos unánimes y es a la vez un tamaño manejable para la administración del sistema de justicia.

El principio de representatividad justa de la comunidad no solo se extiende al proceso de sorteo de jurados anual, es decir la lista desde donde aleatoriamente se extraen los jurados (padrón electoral vigente), sino también contempla la paridad de género al determinar la integración del panel de jurados: seis [6] mujeres y seis [6] hombres ⁽¹⁵⁾.

(13) Artículo 2º: Competencia. Deberán ser juzgados por jurados, aún en su forma tentada y junto con los delitos conexos que con ellos concurren, los siguientes delitos:a) Los que tengan prevista en el Código Penal la pena de reclusión o prisión perpetua;b) Los contemplados en los artículos 79, 81 y 165 del Código Penal de la Nación;c) Los previstos en el artículo 119 tercer y cuarto párrafo y artículo 125 segundo y tercer párrafo del Código Penal de la Nación.La integración del tribunal con jurados en estos casos es obligatoria e irrenunciable.

(14) Cfr. HARFUCH, ob. cit., p. 439 y ss.

(15) Artículo 3º: Integración del Jurado. El jurado estará integrado por doce [12] miembros titulares y, como mínimo, por dos [2] suplentes y será dirigido por un solo juez penal. El juez podrá ordenar que haya más suplentes de acuerdo con la gravedad y/o complejidad del caso. El panel de jurados titulares y suplentes deberá estar siempre integrado por mujeres y hombres en partes iguales.

El panel de jurados quedará conformado una vez terminada la audiencia de selección de jurados o *voir dire*⁽¹⁶⁾. Nacida en Francia en el medioevo, *voir dire* es el juramento solemne que prestaban los antiguos jurados de que se pronunciarían con verdad ante el asunto que se ponía frente a ellos, expresión que se mantuvo hasta nuestros días para designar la audiencia en donde se seleccionará al jurado, y representa el intento más poderoso de la historia de los sistemas judiciales por acercarse al ideal de imparcialidad del juzgador⁽¹⁷⁾.

La selección se hará de un pool de potenciales jurados, que han sido previamente sorteados aleatoriamente de la lista anual de cada circunscripción. Las partes frente a las preguntas hechas al jurado deben obtener suficiente información para detectar de cada jurado, potenciales prejuicios que puedan afectar la imparcialidad frente al caso, los que una vez revelados, las partes podrán recusar con o sin causa, conformándose finalmente el panel definitivo de jurados titulares y suplentes.

En el juicio por jurados se divide la decisión entre el veredicto para el jurado y la sentencia para el juez profesional, retomando este último su auténtico rol de juez de garantías del juicio, especialmente respecto a la admisibilidad o rechazo de las pruebas⁽¹⁸⁾.

III.1. Instrucciones

El jurado delibera sobre la prueba y determina la culpabilidad o la no culpabilidad del acusado en relación con el hecho o los hechos y al delito o grado de este por el cual éste debe responder.

Para ello, los jurados son obligatoriamente instruidos por el juez técnico sobre el derecho sustantivo aplicable acerca del delito principal imputado y de los delitos menores incluidos en él⁽¹⁹⁾. Es decir que, mediante las

(16) Artículo 33: Audiencia de Selección del Jurado. (Voir Dire) a) Los potenciales jurados deberán prestar juramento, individual o colectivamente según dispusiere el juez, de contestar veraz y fielmente todas las preguntas que se les hicieren en relación con su capacidad para actuar como jurado, bajo apercibimiento de multa que en ningún caso podrá ser inferior al sueldo básico de un juez de primera instancia; b) Las partes podrán acordar o solicitarle al juez que, antes de comenzar la audiencia, autorice que los potenciales jurados llenen por escrito un cuestionario de preguntas con información relevante a fin de agilizar el trámite de la audiencia de selección de jurados; c) Una vez en la audiencia, las partes podrán formular preguntas a los potenciales jurados sobre posibles circunstancias que pudieran afectar su imparcialidad. La audiencia será dirigida por el juez, que moderará las preguntas. El juez también podrá examinar y formular a los potenciales jurados preguntas pertinentes a su capacidad para actuar.

(17) Cfr. HARFUCH, ob. cit., p. 331 y ss.

(18) Cfr. HARFUCH, ob. cit., p. 376 y ss.

(19) Artículo 6º: Función del Jurado y del Juez. El Jurado delibera sobre la prueba y determina la culpabilidad o la no culpabilidad del acusado en relación con el hecho o los hechos y al delito o grado de este por el cual éste debe responder. Para

instrucciones, el juez trasmite al jurado el derecho penal, procesal, probatorio y constitucional que se aplica a los hechos ventilados en el juicio en el instante previo a la deliberación. El veredicto es rendido por el jurado según su leal saber y entender, sin expresión de motivos, de acuerdo con la prueba exclusivamente producida en el juicio ⁽²⁰⁾.

La importancia de las instrucciones radica, entre otras, en que la valoración probatoria se realiza según el método de la íntima convicción. En lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados, la culpabilidad del imputado y la calificación legal, la sentencia contiene la transcripción de las instrucciones sobre las disposiciones aplicables al caso y el veredicto (art. 92 de la ley 2364-B).

En este aspecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Taxquet vs. Bélgica”, ha sostenido que: “Teniendo en cuenta el hecho de que el cumplimiento de las exigencias del proceso justo se aprecia sobre la base del conjunto del procedimiento y dentro del contexto específico del sistema jurídico en cuestión, la tarea del Tribunal, frente a un veredicto no fundamentado, consiste en examinar si, a la luz de todas las circunstancias de la causa, el procedimiento seguido ofreció suficientes garantías contra la arbitrariedad y permitió al acusado comprender su condena” ⁽²¹⁾.

La misma Corte en el fallo “Judge vs. Escocia” ⁽²²⁾, ratificó: “Finalmente, en contraste con las disposiciones sobre apelación de la ley belga consideradas en ‘Taxquet’, el tribunal entiende que los derechos de apelación disponibles en la ley escocesa hubieran sido suficientes para remediar *cualquier veredicto impropio del jurado*. Según la sección 106[3](b) de la ley de 1995, *la Cámara de Apelaciones tiene amplias atribuciones de revisión y puede revocar cualquier condena que implique una denegación de justicia*, en particular, Ainsworth y Rooney, citado más arriba, pone en claro que *la Cámara de Apelaciones puede revocar o modificar cualquier veredicto del jurado que sea lógicamente inconsistente o carente de razonabilidad*”.

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no

que el jurado pueda desempeñar y llevar a cabo esta función, los miembros del jurado deben ser obligatoriamente instruidos sobre el derecho sustantivo aplicable por el magistrado que preside el proceso acerca del delito principal imputado y de los delitos menores incluidos en él.

(20) Artículo 7º: Veredicto y rol de las instrucciones del juez. El jurado rinde su veredicto según su leal saber y entender, de acuerdo con la prueba exclusivamente producida en el juicio y sin expresión de los motivos de su decisión. Las instrucciones del juez al jurado, el requerimiento de elevación a juicio y el registro íntegro y obligatorio del juicio en taquigrafía, audio y/o video constituyen plena y suficiente base para el control amplio de la decisión del jurado.

(21) TEDH, 6/10/2010, “Taxquet vs. Bélgica”, GC, párrafo 93.

(22) TEDH, “Judge vs. Escocia”, sentencia del año 2011, párrafo 38, citado por HARFUCH, ob. cit., p. 223.

vulnera en sí misma la garantía de la motivación y que en efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa. Pero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales ⁽²³⁾.

En este orden de ideas, cabe destacar que las exigencias de motivación explícita para el jurado y para el juez técnico son diferentes. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Canales”: “...la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo —no electivos— en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Es distinto cuando el mismo pueblo, representado por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte del juez profesional” ⁽²⁴⁾.

El jurado motiva en deliberación secreta (art. 74 de la ley 2364-B) basándose en las instrucciones que han realizado los letrados de las partes y el Presidente del Tribunal, corolario de lo cual el veredicto no es revisable en sus argumentos sino que las instrucciones resultan el pilar de su impugnación al igual que el proceso de constitución del tribunal del jurado ⁽²⁵⁾.

La tarea de revisión se asume: “...corroborando la corrección de las instrucciones, verificando que no se encuentre afectado el debido proceso, examinando la hipótesis del caso que ofrece la defensa, y habiendo tomado contacto con la integridad de la prueba producida en el juicio, cuya ponderación, más allá de los límites de la intermediación (ciertamente más acotados desde que contamos con un adecuado registro audiovisual), nos pone sobre un correcto atalaya para la estimación probatoria, su entidad, alcance, y por sobre todo, para verificar que el veredicto haya superado el test de la duda razonable” ⁽²⁶⁾.

Así es que lo que se impugna en el juicio por jurados directamente son las instrucciones del juez y el estándar probatorio de culpabilidad más allá de la duda razonable (la cantidad y calidad de prueba llevada al debate y si ella ha probado más allá de duda razonable la acusación fiscal), y no el veredicto de culpabilidad del jurado el cual es simplemente un juicio de convicción que es consecuencia de tres *estándares previos, objetivos y perfectamente controlables* por las partes durante todo el juicio, y especialmente, por

(23) Corte IDH, caso “V. R. P., V. P. C.”, citado, párrafo 259.

(24) CSJN, caso “Canales”, citado, considerando 19.

(25) GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor, “II Congreso Internacional de Juicio por Jurados”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2015, 1a ed., p. 64.

(26) TCas. Penal de la Provincia de Buenos Aire, Sala I, 27/10/2015, “Mazzón, Marcos Ezequiel s/ Recurso de Casación”.

la defensa con los nuevos medios impugnativos con jurados: la acusación (requisitoria de elevación a juicio), las instrucciones del juez y el estándar probatorio de la duda razonable durante todo el litigio público ⁽²⁷⁾.

III.2. Revisión amplia del veredicto de culpabilidad

La ley 2364-B de juicio por jurados no permite recurso alguno contra el veredicto de no culpabilidad, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que fue producto de soborno (art. 89).

El derecho al recurso solo está previsto a favor del imputado y la base mínima sobre las cuestiones que pueden ser revisables en casación las establece el art. 93 al decir que serán aplicables las reglas generales de la impugnación de las sentencias condenatorias o las que impongan una medida de seguridad que prevé el Código Procesal Penal de la Provincia del Chaco, pero constituirán motivos específicos para su interposición:

a) La inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución y recusación del jurado y a la capacidad de sus miembros;

b) La arbitrariedad de la decisión que rechace o admita medidas de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado;

c) Cuando se hubieran cuestionado las instrucciones brindadas al jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar su decisión;

d) Cuando la sentencia condenatoria o la que impone una medida de seguridad se derive de un veredicto de culpabilidad del jurado que sea arbitrario o que se apartare manifiestamente de la prueba producida en el debate.

Es decir, que los acápites “a” y “b” se refieren a cuestiones procesales, el “c” a las instrucciones y el “d” a las pruebas, lo que significa que se permite impugnar ampliamente por cuestiones de hecho, derecho y prueba. En caso de que se invoquen como motivos de agravio, el tribunal deberá examinar.

III.3. Unanimidad

La exigencia del veredicto unánime ⁽²⁸⁾, incrementa la calidad, dinamismo e intensidad de la deliberación a los máximos niveles que se conozcan en cualquier sistema judicial, además de que le asegura un gran

(27) Cfr. HARFUCH, ob. cit., ps. 229-230.

(28) Artículo 86: Unanimidad. El jurado admitirá una sola de las propuestas de veredicto por el voto unánime de sus doce [12] integrantes. La sesión terminará cuando se consiga un veredicto, pero, en casos excepcionales, a solicitud de los jurados, el juez puede autorizar el aplazamiento de la deliberación por un lapso breve destinado al descanso.

poder a las minorías que opinan distinto, por cuanto las mayorías necesitan de su voto para un veredicto válido. Si hay desacuerdos, con el afán de convencer a los disidentes, el jurado necesariamente va a involucrarse en una discusión aún más profunda de la prueba, los hechos y la ley, los jurados revén sus puntos de vista que creían tener solidificados y exploran nuevas posibilidades de acuerdo ⁽²⁹⁾.

Recientemente la Corte Suprema de los Estados Unidos en el fallo “Ramos v. Louisiana” de fecha 20 de abril de 2020, por mayoría, decidió que la unanimidad del veredicto de los jurados es una garantía constitucional, y declaró la inconstitucionalidad de las leyes de juicio por jurados de Luisiana y Oregón, únicos dos estados -entre los 50 que componen a los Estados Unidos, más el sistema federal- que históricamente habían llegado a admitir veredictos decididos por mayorías de 10 a 2 y no por unanimidad para algunos casos.

La Corte corrigió un error histórico adoptado en los precedentes “Apostol v. Oregon” y “Johnson v. Louisiana”, ambos de 1972, en donde se había declarado que, si bien la unanimidad formaba parte de la garantía de ser juzgado por un jurado imparcial a nivel federal, ese requisito no podía ser trasladado a los Estados sin afectar su autonomía.

En ambos, el relajamiento de la regla de la unanimidad se debió a intereses de supremacía racial, con el propósito de permitir condenas a judíos y afroamericanos, respectivamente, en casos penales débiles.

En Luisiana, la regla de la mayoría no unánime fue establecida “con un ojo puesto en la demografía racial” y para asegurar que la participación de jurados afroamericanos —cuya participación no podía excluirse de forma explícita— no tuviera incidencia en las decisiones. En Oregón, por su parte, aparece junto al surgimiento del *Ku Klux Klan* y buscó “diluir la influencia de las minorías raciales, étnicas y religiosas en los jurados”.

En el fallo, los jueces supremos señalaron que en la tradición del *common law* la garantía constitucional a un “juicio por jurado imparcial” incluye, necesaria e inconfundiblemente, a la exigencia de un “veredicto unánime”. Asimismo, destacaron el origen “racista” de las leyes que habían eliminado la exigencia de unanimidad en los Estados de Luisiana y de Oregón, enfatizando al inicio de su voto la primera jueza de raíz hispana en la historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Sonia Sotomayor, la especial significación que dicha circunstancia detentaba para la resolución del caso ⁽³⁰⁾.

(29) Cfr. HARFUCH, ob. cit., p. 457.

(30) “(...) the racially biased origins of the Louisiana and Oregon laws uniquely matter here”.

El *amicus curiae*⁽³¹⁾ presentado al caso señaló: “Las modernas investigaciones empíricas enfatizan la sabiduría de la percepción que tuvieron los Constituyentes sobre que la unanimidad es crucial para el derecho a un juicio por jurados. Dichas investigaciones demostraron que el requisito de la unanimidad refuerza las deliberaciones, reduce la frecuencia del error en la determinación de los hechos, fomenta una mayor consideración de los puntos de vista de las minorías, e incrementa la confianza en los veredictos y en el sistema de justicia criminal. Así, requerir veredictos unánimes es esencial para asegurar que los acusados en material criminal reciban el juicio justo para cuya protección fue diseñada la 6ª Enmienda”.

También sostuvo la Corte que la unanimidad fue entendida por los constituyentes americanos como una característica innata del derecho a un juicio justo, imparcial y por jurados. Es decir: cuando la Constitución habla de “juicio por jurados”, incluye a sus características esenciales, entre ellas, a la unanimidad⁽³²⁾.

(31) Memorial de profesores y científicos sociales como *amicus curiae* a favor del demandante de fecha 18 de junio de 2019.

(32) <http://www.juicioporjurados.org/2020/04/corte-suprema-de-eeuu-los-veredictos.html>.

IV. LA CUESTIÓN INDÍGENA

Desde la conquista colonial y hasta nuestros tiempos, la relación entre los pueblos indígenas y el sistema de derecho occidental ha ido evolucionando en etapas, pasando del rechazo a la invisibilización, y de ella al reconocimiento ⁽³³⁾. El hecho colonial puso a los pueblos indígenas en una condición de subordinación política, explotación económica y subvaloración cultural. La ideología de la inferioridad natural de los indígenas del siglo XVI y la herencia republicana de la idea del Estado-Nación y la identidad Estado-Derecho del siglo XIX, han impedido el reconocimiento pleno de la dignidad de los diferentes pueblos y culturas, así como de los diversos sistemas jurídicos indígenas. Esta situación ha sido contestada por los diferentes movimientos indígenas y campesinos y también, durante la década pasada, por importantes cambios normativos ⁽³⁴⁾.

En este sentido, el derecho indígena no ha tenido una especificidad en los instrumentos internacionales hasta después de la segunda mitad del siglo XX. Si bien el auge de los instrumentos de Derecho internacional se da luego de la segunda guerra mundial, y como un modo de superar los horrores de la guerra a través de consensos estatales que priorizan determinados derechos humanos universalmente reconocidos, no fueron tratados en lo particular hasta el Convenio 107 de la OIT de 1957 (*Convenio relativo a la Protección e integración de las Poblaciones indígenas y de otras Poblaciones tribales y semitribales en los países independientes*), que dio lugar más de tres décadas después al Convenio 169 de la OIT, hoy en vigencia ⁽³⁵⁾.

IV.1. Evolución hacia su reconocimiento

IV.1.a. Instrumentos internacionales

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su carácter de organismo internacional, en 1953 publicó un trascendental estudio sobre

(33) ÁVILA ORDÓÑEZ, María Paz, “El Derecho Penal Indígena: entre la Diversidad y los Derechos Humanos”, *American University International Law Review* 28 N° 4 (2013): 943-974.

(34) YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, *El otro derecho*, número 30, junio de 2004, ILSA, Bogotá D.C., Colombia.

(35) RAMÍREZ, Silvina, “Derechos De Los Pueblos Indígenas y Reforma Procesal Penal”. Casos de Chile y Guatemala, p. 7, disponible en <https://pdba.georgetown.edu/Security/citizenssecurity/Guatemala/Evaluaciones/ramirez-der-pueblos-indigenas.pdf>.

pueblos indígenas, adoptando en 1957 el Convenio 107 y la Recomendación 104 sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y Tribales, convirtiéndose en los primeros instrumentos internacionales de protección de sus derechos y estilo de vida ⁽³⁶⁾.

El Convenio 107 fue el resultado de estudios y reuniones de expertos que esclarecieron el estado de vulnerabilidad en que se encontraban los trabajadores indígenas, buscando promover la igualdad e integración económica y social con los demás ciudadanos del Estado ⁽³⁷⁾. Abordó cuestiones importantes, como el derecho sobre la tierra, el trabajo y la educación, pero desconoció aspectos esenciales de los propios pueblos indígenas ⁽³⁸⁾. Partía de la concepción de que eran sociedades atrasadas y transitorias, cuya supervivencia temporal requería una sucesiva incorporación y asimilación cultural hacia la sociedad moderna preponderante ⁽³⁹⁾ y que los derechos que proclamaba eran solo individuales y no también para los indígenas como pueblo ⁽⁴⁰⁾.

A partir de 1980, estos aspectos comenzaron a ser abordados en diversos foros internacionales, como el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, creado en el seno de la Organización de Naciones Unidas (1982) y en atención a los múltiples cuestionamientos existentes sobre el Convenio 107, la OIT convocó a una Reunión de Expertos en el año 1985, buscando lograr una revisión de este ⁽⁴¹⁾.

Como consecuencia de dicha labor, en 1989, la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó el Convenio 169 mediante el cual se intentó superar y eliminar actitudes paternalistas frente a los indígenas, pero en esta oportunidad ya no se anunciaba protección, ni menos integración, tampoco población, sino que ahora se refería a pueblos ⁽⁴²⁾.

El Convenio 169 marcó un cambio fundamental respecto de la concepción sobre los pueblos indígenas plasmada en el Convenio 107, reconociendo ahora el carácter permanente de los pueblos indígenas y la necesidad

(36) ROBLEDO, Federico Justiniano, "Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", dirigido por Daniel A. Sabsay y coordinado por Pablo L. Manilli., Buenos Aires, Hammurabi, 2010, 1ª ed., p. 542.

(37) MAZEL, Odette, "The Evolution of Rights: Indigenous Peoples and International Law". AUIndigLawRw 8; 13 [1] Australian Indigenous Law Review 140; 2009, p. 143, disponible en <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AILRev/2009/8.pdf>.

(38) EGUIGUREN PRAELI, Francisco José, "El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa: desarrollo, dificultades y desafíos", Revista Pensamiento Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, Vol. 21 Núm. 21, 2016, p. 64.

(39) EGUIGUREN PRAELI, ob. cit., ps. 63-64.

(40) MAZEL, ob. cit., p. 143.

(41) EGUIGUREN PRAELI, ob. cit., p. 64.

(42) MACARÓN, Pablo Maximiliano, "Propiedad Indígena. Reivindicación de tierras ancestrales", Ed. Astrea, 2017, p. 142.

de proteger la continuidad de su existencia, como expresión de la diversidad cultural y étnica y del respeto a sus formas de vida, identidad, cultura y tradiciones ⁽⁴³⁾.

Dicho instrumento comenzó a regir en el ámbito internacional desde el 5 de septiembre de 1991 y fue ratificado por la República Argentina por Ley 24.071 del 4 de marzo de 1992, publicada el 20 de abril del mismo año, pero recién comenzó a tener vigencia, sin reserva alguna, el 3 de julio de 2000, cuando se realizó el depósito de los instrumentos ratificadores ⁽⁴⁴⁾.

IV.1.b. Normativa nacional y provincial previa a las reformas constitucionales

El 30 de septiembre de 1985 el Congreso de la Nación sancionó la Ley 23.302 sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes —promulgada el 8 de noviembre del mismo año—, siendo la primera normativa nacional en abordar la problemática indígena en forma global, reconocer la personalidad jurídica de las comunidades indígenas radicadas en el país, crear el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y disponer la adjudicación, en propiedad a las comunidades indígenas, de tierras aptas y suficientes para su explotación, entre otras cosas ⁽⁴⁵⁾.

Consecuentemente, la legislatura chaqueña en la sesión ordinaria iniciada el 13 de mayo de 1987, sancionó en la madrugada del 14 de mayo la Ley 3258 (Ley 562-W del Digesto Jurídico) promulgada el 30 de septiembre de ese mismo año, que creó el Instituto del Aborigen Chaqueño (IDACH), contemplando además temas de tierra, educación, cultura y vivienda.

Una comisión de seis indígenas, dos por cada etnia (Qom, Wichi y Moqoit), se encargó de las gestiones para la sanción de la ley y como el tratamiento se demoraba, en la semana del 10 de mayo de 1987 numerosos indígenas acamparon frente a la Legislatura para presionar a los legisladores. Culminó de esa manera un largo proceso que se había iniciado el 28 de julio del año anterior en la Primera Asamblea de Comunidades Indígenas en Presidencia Roque Sáenz Peña ⁽⁴⁶⁾.

IV.1.c. Reformas constitucionales de 1994

Las constituciones también se hicieron eco del fenómeno y reconocieron el carácter pluricultural y multiétnico de la configuración estatal, incorporando la tutela constitucional a los derechos de los pueblos indígenas.

(43) EGUIGUREN PRAELI, ob. cit., ps. 63-64.

(44) MACARÓN, ob. cit., ps. 142-143.

(45) MACARÓN, ob. cit., p. 118.

(46) Diputada Andrea Charole, ex titular del IDACH. Fecha: 16/05/2019., disponible en http://www.legislaturachaco.gov.ar/sitio/noticia.php?not_id=6535#.Xyl-ZYShKiUk.

La Reforma de la Constitucional Nacional de 1994, en su art. 75 inc. 17 asumió oficialmente la preexistencia de los pueblos indígenas, estableciendo que corresponde al Congreso “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 comunitaria 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”.

La “preexistencia” (expresión ya utilizada al pasar por la Ley 23.302 en el art. 3° doblemente adjetivada como “étnica y cultural” es un acierto del constituyente de múltiples repercusiones: rompe la concepción de una cultura única, homogénea y hegemónica tan propia del clásico Estado-nación de corte occidental europeo modelado en 1853, abandonando la tendencia integracionista y reconociendo en su lugar, a la sociedad argentina como multiétnica y pluricultural (aporte español e inmigratorio, pero también indígena). Además, recepta la tendencia antropológica de no definir a los indígenas como grupo racial ya que en una misma raza existen culturas diferentes y no hay purismo racial ⁽⁴⁷⁾.

En el contexto de la norma, “preexistencia” significa anteriores a la formación del Estado argentino, por ello es discutible la calificación de “argentinos” que se hace de los pueblos indígenas, ya que esa noción es una categoría jurídico política posterior que aparece con la formación de nuestro Estado ⁽⁴⁸⁾. Si bien pone en cuestión la existencia y pervivencia de un único Estado Nacional, quizás por ello y pese a la historia de injusticia que vivieron, los grupos indígenas impulsaron al Constituyente de 1994 y aceptaron el reconocimiento de su identidad como pueblos indígenas argentinos, sin renunciar a esa otra identidad consagrada en la Constitución histórica. Así, la fórmula constituye una síntesis de inclusión nacional, resguardo de la propia identidad originaria, consagración de la pluralidad cultural y mantenimiento de un único Estado ⁽⁴⁹⁾.

La Constitución Nacional de esta manera se enroló en el “pluralismo cultural” o “multiculturalismo”, que tiene por objeto la protección de la

(47) QUIROGA LAVIÉ, Humberto - BENEDETTI, Miguel Ángel - CENICACELAYA, María de las Nieves, “Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, Tomo I, p. 330.

(48) QUIROGA LAVIÉ — BENEDETTI - CENICACELAYA, ob. cit., p 329.

(49) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada”. Buenos Aires: La Ley, 2011, Tomo II, cuarta edición ampliada y actualizada, p. 192.

diversidad y preservación de la cultura, como positivas y enriquecedoras del Estado, tanto los ciudadanos como los poderes estatales, tendrán que hacer el esfuerzo e implementar los mecanismos necesarios para proteger estas culturas minoritarias, a fin de prevenir su extinción ⁽⁵⁰⁾.

Por lo cual, los pueblos indígenas son sociedades permanentes que tienen derecho a continuar existiendo y, siendo también en la actualidad protagonistas en la sociedad pluricultural, a mantener su identidad y determinar libremente su propia manera de vivir y su destino ⁽⁵¹⁾.

A su turno, el preámbulo de la Constitución de la Provincia del Chaco, en la reforma del 1994, también declaró el respeto al pluralismo étnico ⁽⁵²⁾, y en el art. 37, bajo el título “Pueblos Indígenas” dispuso que: “La Provincia reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, su identidad étnica y cultural; la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones; y promueve su protagonismo a través de sus propias instituciones; la propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan y las otorgadas en reserva. Dispondrá la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán adjudicadas como reparación histórica, en forma gratuita, exentas de todo gravamen. Serán inembargables, imprescriptibles, indivisibles e intransferibles a terceros (...)”.

(50) BRAVO, Paula A., “Los derechos de los Pueblos Indígenas: territorio y recursos naturales”, Sup. Esp. Const. 2019 (noviembre) - Cita Online: AR/DOC/3768/2019.

(51) ROBLEDO, ob. cit., p. 544.

(52) “Nos, los representantes del pueblo de la Provincia del Chaco, reunidos en Convención Constituyente Reformadora, respetuosos de nuestra cultura fundante, con la finalidad de exaltar la dignidad de la persona humana y el pleno ejercicio de sus derechos; el respeto al pluralismo étnico, religioso e ideológico; los valores de la justicia, la libertad, la igualdad, la solidaridad y la paz; proteger la familia, la salud, el ambiente y los recursos naturales; garantizar el acceso de todos a la cultura, y a la educación; el derecho y el deber al trabajo; el estímulo a la iniciativa privada y a la producción, con vistas a la promoción de una economía puesta al servicio del hombre y de la justicia social; para afianzar los poderes del Estado y sus órganos de control a fin de consolidar su independencia, equilibrio y eficiencia; consolidar la vigencia del orden constitucional; fortalecer el régimen municipal autónomo; afirmar las instituciones republicanas y los derechos de la Provincia en el concierto federal argentino, la integración regional, nacional e internacional; para el definitivo establecimiento de una democracia pluralista, participativa y por la consecución del bien común; invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia, sancionamos esta Constitución para todos los que habitan y quieran habitar el suelo del Chaco”.

V. JURADO INDÍGENA EN LA PROVINCIA DEL CHACO

La ley 2364-B fue más allá en el cumplimiento de los mandatos constitucionales y determinó en los artículos 4⁽⁵³⁾ y 15⁽⁵⁴⁾-segundo párrafo- una conformación especial si acusado y víctima pertenecen al mismo pueblo indígena Qom, Wichi o Moqoit, la mitad del panel de jurados estará obligatoriamente integrado por hombres y mujeres de su misma comunidad.

Esta conformación especial del jurado fue destacada a nivel internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como garantía de representación ciudadana en el ya citado caso “V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua”⁽⁵⁵⁾.

Pero cabe destacar que si bien el segundo párrafo del artículo 95⁽⁵⁶⁾ de la ley 2364-B establece que recién entrará en vigor una vez cumplida la consulta el jurado de composición indígena, ésta en realidad debió ser previa a la sanción de la normativa.

(53) Artículo 4º: Integración del jurado con pueblos indígenas. Cuando se juzgue un hecho en donde el acusado y la víctima pertenezcan al mismo pueblo indígena Qom, Wichi o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en la mitad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia.

(54) Artículo 15: Lista anual de jurados. El Ministerio de Gobierno, Justicia y Seguridad de la Provincia confeccionará anualmente, por sorteo en audiencia pública efectuada en la Lotería Chaqueña por el Escribano Mayor de Gobierno y utilizando el padrón electoral vigente, las listas de ciudadanos que cumplen con los requisitos establecidos en esta ley, discriminados por distrito judicial y por sexo, a razón de un jurado por cada mil [1000] electores masculinos y femeninos empadronados en el registro general actualizado. También sorteará las listas de ciudadanos, discriminados por sexo y separadas por su pertenencia a los pueblos indígenas Qom, Wichi y Mocoví, respectivamente, cuyos miembros cumplan con los requisitos legales y por cada circunscripción judicial, que serán extraídas por sorteo de los padrones oficiales confeccionados y actualizados por el IDACH. Cada una de las listas de ciudadanos de los pueblos indígenas no será inferior a las cien personas. Las listas se confeccionarán por orden alfabético, expresando el nombre de cada persona, documento de identidad, su domicilio, profesión u ocupación habitual.

(55) Corte IDH, caso “V. R. P., V. P. C.”, citado, nota al pie 348.

(56) Artículo 95: (...) El artículo 4º de la presente ley entrará en vigor una vez obtenido el consentimiento tras la consulta a los pueblos indígenas Qom, Wichi y Mocoví, en las condiciones previstas en el artículo 6º inciso 1º “a” e inciso 2º del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y en el art. 75 inc. 22) de la Constitución Argentina.

V.1. Suspensión de su implementación

Así es que sancionada la ley y a falta de cumplimiento del art. 95, por decreto 2725 de fecha 22 de julio de 2019, el Poder Ejecutivo reglamentó la ley, y facultó al entonces Ministerio de Gobierno, Justicia y Relación con la Comunidad a poner en funcionamiento el Sistema de Juicio por Jurados según sus atribuciones, estableciendo que el sorteo respecto de los pueblos indígenas, solo podrá ser efectuado una vez realizada la consulta del Convenio 169 de la OIT, autorizándolo a cumplir acabadamente con los recaudos previsto por los arts. 15, 16, 17 y 18 de dicha ley.

Seguidamente, en fecha 13/08/2019 el Superior Tribunal de Justicia por resolución 1154, puso en funcionamiento la Oficina Judicial Central de Juicio por Jurados y destacó lo fundamental que resulta dar cumplimiento al segundo párrafo del art. 95 de la ley 2364-B y convocar a una consulta a los Pueblos Indígenas por parte del Poder Ejecutivo. Ello desde que el Estado tiene la obligación de garantizar que los Pueblos indígenas sean consultados sobre las decisiones que afecten sus derechos y tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas, conforme los arts. 75 incs. 17 y 22 de la CN, art. 6 y concordantes del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, arts. 5, 18, 19 y concordantes de la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; XX al XXIII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y art. 37 y concordantes de la Constitución de la Provincia del Chaco, solicitando en consecuencia al Poder Ejecutivo Provincial en el punto III del resuelto, la Consulta previa a los pueblos indígenas.

Por pedido del Superior Tribunal de Justicia al decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, Dr. Mario R. Villegas, se convocó a la Cátedra Libre de Derecho Indígena.

En el Acuerdo 3544 de fecha 06/08/2019 se ratificaron las “Charlas Informativas a la Población Indígena del Chaco sobre la ley de Juicio por Jurados. Acceso a Justicia: El Derecho a Consulta y el rol de dos Traductores e Intérpretes Indígenas”, acordadas oportunamente por el Directorio del Centro de Estudios Judiciales y la Cátedra Libre de Derecho Indígena, estableciéndose el cronograma para realizar las mismas en Colonia Pastoril, Villa Ángela, Roque Sáenz Peña, Juan José Castelli y Resistencia, con el objetivo de brindar información sobre la Ley de Juicio por Jurados, y en particular del art. 4 de dicha ley, que establece la participación de jurados provenientes de los pueblos indígenas, el derecho a la consulta y el rol de los traductores e intérpretes indígenas.

El 07/08/2019, a continuación del primer sorteo anual de jurados, tuvo lugar el primer encuentro de trabajo tendiente a la implementación del jurado indígena en la Provincia del Chaco. Estuvieron presentes Elizabeth

González (Qom), Coordinadora de Pueblos Indígenas del Poder Judicial del Chaco, quien llevó adelante la reunión, junto a los integrantes de la Cátedra de Derecho Indígena —Rosario Augé— Egidio García (líder Qom, diputado con mandato cumplido e integrante del Comité contra la Tortura de la Provincia del Chaco); Lecko Zamora (Wichí), Florencio Ruiz (Moqoit), especialistas de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (Andrés Harfuch) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Aldana Romano y Víctor Del Río) y las profesoras de Estados Unidos, Shari Diamond (Chicago, *Northwestern University*) y Valerie Hans (Nueva York, *Cornell University*), como así también la Ministra del Superior Tribunal de Justicia, Iride Isabel María Grillo y la suscripta, entonces Presidenta de ese Alto Cuerpo, el subsecretario de Promoción de Derechos Humanos de la Secretaría DDHH y especialista en derecho de Pueblos Indígenas, Dr. Julio César García, entre otros. Seguidamente, ese mismo día se realizó una reunión de referentes indígenas, oportunidad en que decidieron presentar una nota al Ministerio de Gobierno, Justicia y Relación con la Comunidad.

En virtud de las notas presentadas por los pueblos indígenas al entonces Ministerio de Gobierno, Justicia y Relación con la Comunidad, el Poder Ejecutivo convocó a dos mesas de trabajo a las que fue invitado el IDACH. La primera tuvo lugar el día 16/10/2011, donde participaron el Ministro de Gobierno, Justicia y Relación con la Comunidad José María Quirós, la Ministra del Superior Tribunal de Justicia Iride Isabel María Grillo, la Dra. Lorena Llanos —asesora del IDACH—, representantes de los pueblos Qom, Wichi y Moqoit, la Cátedra Libre de Derecho Indígena, Centro de Estudios Judiciales, Oficina de Coordinación de Juicio por Jurados, y la Oficina Judicial Central de Juicio por Jurados, donde los líderes y lideresas indígenas, entre otras cosas, solicitaron que la consulta previa se haga no solo a partir de los datos del IDACH sino que se amplíe la convocatoria a organizaciones no registradas ante tal organismo oficial, entre otras cuestiones.

En fecha 31/10/2019, se realizó la segunda reunión, donde estuvieron presentes el Ministro de Gobierno, Justicia y Relación con la Comunidad José María Quirós, la Ministra del Superior Tribunal de Justicia Iride Isabel María Grillo, la Coordinadora Elizabeth González, y en representación del IDACH, Lorena Llanos, Sebastián Dufek, Juan Pablo Pérez, Natalia Moran y dos vocales del mismo, Jorge Bregui y Julio Benítez. También estuvieron presentes líderes y lideresas indígenas, miembros del Poder Judicial, la Oficina de Coordinación de Juicio por Jurados del Poder Ejecutivo y la Oficina Judicial Central de Juicio por Jurados. En dicha reunión, se dejó plasmado que los pueblos indígenas trabajarán en un protocolo de consulta, entre otros temas.

En fecha 07/11/2019, se reunieron en Sala 1 del Anexo Legislativo, la diputada Claudia González, Egidio García vicepresidente del Comité de Prevención de la Tortura, la Coordinadora Elizabeth González, el Cacique del Barrio Toba, de la Asociación Civil *Noolxanaxanacpi* Fernández Ramón y referentes de los pueblos indígenas de la Provincia del Chaco.

En febrero de 2020, se reunieron nuevamente con la nueva conformación ministerial, presentando un protocolo de consulta previa, el que establece llevar a cabo un proceso de sensibilización, debate y consulta a nivel provincial con la participación de los líderes de Pueblos Indígenas, dividido en quince [15] foros a fin de alcanzar el objetivo propuesto que es la elaboración del documento acta final.

En el Proyecto se enumeran los principios por los cuales debe estar regida la consulta, a saber: legalidad, libertad, oportunidad, representatividad, inclusividad, presunción de identidad, participación, recursos de igualdad de oportunidades, interculturalidad, buena fe, transparencia, flexibilidad, accesibilidad, igualdad y no discriminación, información oportuna y exhaustiva, plazo razonable, representatividad de instituciones de Pueblos Indígenas.

Por otro lado, se mencionan como objetivos la necesidad de generar espacios que faciliten el intercambio de diferentes abordajes y maneras de pensar, teórica y políticamente, “el estado intercultural” entre los representantes de los pueblos indígenas y representantes del gobierno provincial (miembros de los Ministerios y Organismos relacionados con los derechos que demandan los pueblos indígenas), así como con ONGs y otras instituciones que desarrollan tareas en los territorios de Pueblos Indígenas o promueven el estudio y la investigación sobre estas temáticas.

Se insiste en que como resultado se busca no solo implementar de la mejor manera el jurado indígena, sino también dejar sentadas las bases para la realización de un Censo de Pueblos Indígenas, por cuanto el mismo se encuentra desactualizado.

V.2. Consulta Previa (CP) y Consentimiento Previo, Libre e Informado (CLPI)

Como se estableció precedentemente, el art. 4º de la ley, en función del artículo 95 ⁽⁵⁷⁾, entrará en vigor una vez obtenido el consentimiento tras la consulta a los pueblos indígenas Qom, Wichi y Mocoví, en las condiciones previstas en el art. 6º incs. 1º “a” y 2º del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Argentina.

(57) Artículo 95: Las disposiciones de la presente ley, con excepción del art. 4º, entrarán en vigor a partir de su promulgación. El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley, dentro de un plazo de sesenta [60] días. El artículo 4º de la presente ley entrará en vigor una vez obtenido el consentimiento tras la consulta a los pueblos indígenas Qom, Wichi y Mocoví, en las condiciones previstas en el art. 6º inc. 1º “a” e inc. 2º del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y en el art. 75 inc. 22) de la Constitución Argentina

Ahora bien, que se entiende por consulta previa y consentimiento previo, libre e informado. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas fue reconocido en el Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La consulta previa supone un derecho de participación de los pueblos indígenas, que constituye expresión del desarrollo de la democracia política y social, del respeto a la diversidad y pluralidad étnica y cultural existente en múltiples Estados y regiones del mundo. Constituye una forma de eliminación de la desigualdad y de la discriminación que tradicionalmente han padecido estas colectividades humanas. Busca posibilitar su intervención en la formación y adopción de decisiones gubernamentales, de tipo legislativo o administrativo, que puedan afectar sus derechos e intereses colectivos como pueblos, o en la implementación de proyectos de desarrollo o de explotación de recursos naturales ubicados en sus tierras y territorios ancestrales. La aplicación del procedimiento de consulta previa tiene por finalidad procurar lograr u obtener el acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas para la aprobación de medidas o ejecución de actividades que tengan incidencia en su hábitat e identidad ⁽⁵⁸⁾.

El art. 6 establece:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente; (...) 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

A partir del propio texto de esta norma surgieron interpretaciones jurídicas divergentes acerca de los alcances de la consulta, a saber: Si su finalidad es “tratar” de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento del pueblo indígena, lo que podría alcanzarse o no; o si se requiere necesariamente “obtener” ese acuerdo y consentimiento sobre la materia objeto de consulta. En vinculación con este debate, surgía otro interrogante: ¿La negativa del pueblo indígena a arribar a un acuerdo u otorgar su consentimiento, le confiere una suerte de “derecho de veto”, que impediría al Estado aprobar la medida objeto de consulta? ⁽⁵⁹⁾.

Acudiendo a documentos de la propia Organización del Trabajo, cabe mencionar que, en el año 2007, el Departamento de Normas Internacionales de la OIT, señaló: “(...) el concepto de consulta a las comunidades indígenas

(58) Cfr. EGUIGUREN PRAELLI, ob. cit., p. 62.

(59) Cfr. EGUIGUREN PRAELLI, ob. cit., p. 67.

comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común” ⁽⁶⁰⁾.

A su vez, en el documento publicado el 16 de febrero de 2011 por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT, se señala que la Comisión ha revisado las memorias detalladas del Convenio 169 desde que entró en vigor en 1991, a efectos de apreciar cuál era el real “objetivo y fin del Convenio”, concluyendo que el sentido de la redacción era que la finalidad de lograr un acuerdo o consentimiento es un objetivo que puede o no producirse ⁽⁶¹⁾.

No obstante, esta interpretación respecto a la finalidad y los alcances de la consulta previa prevista en el Convenio 169, emanada de órganos de la OIT, debería considerar “un nuevo sentido” a partir de lo establecido en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2016). En la primera, el artículo 19 señala expresamente que “la consulta que realizará el Estado tendrá por finalidad obtener el consentimiento, previo, libre e informado de los pueblos indígenas”, respecto de las medidas que puedan afectarlos, advirtiéndose que la finalidad de la consulta previa pasa de la búsqueda de lograr el acuerdo o consentimiento, a la necesidad de obtenerlo efectivamente ⁽⁶²⁾.

Si bien este instrumento no tiene aún efecto vinculante, siendo lo que en el derecho internacional se denomina *softlaw*, si tuviera un indudable valor político y moral, por haber sido aprobado por un número abrumador de Estados. En él, la “obtención del consentimiento (previo, libre e informado)” de los pueblos indígenas, “se convierte en un fin y un requisito taxativo de fondo para la consulta” ⁽⁶³⁾.

En este orden de ideas, la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, ha recogido el mismo criterio, en donde se alude expresamente a la “necesidad de obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas” en las consultas que realice el Estado sobre medidas legislativas o administrativas (artículo XXIII, numeral 2) o para la aprobación de proyectos de desarrollo o explotación de recursos naturales ubicados en sus tierras y territorios (artículo XXIX, numeral 4) ⁽⁶⁴⁾.

Estos dos últimos instrumentos, más allá de su carácter no vinculante, han permitido ampliar el debate en materia de participación de los pueblos indígenas, y entender que no solo los Estados deben garantizar la efectiva

(60) Cfr. EGUIGUREN PRAELI, ob. cit., p. 67.

(61) Cfr. EGUIGUREN PRAELI, ob. cit., p. 69.

(62) Cfr. EGUIGUREN PRAELI, ob. cit., ps. 69-70.

(63) Cfr. EGUIGUREN PRAELI, ob. cit., p. 70.

(64) Cfr. EGUIGUREN PRAELI, ob. cit., p. 70.

participación de estos en los procesos de consulta previa, sino que además tienen que asegurar determinadas condiciones para que el acuerdo sea alcanzado por medio de un consentimiento que tiene que ser previo, libre e informado ⁽⁶⁵⁾.

Además, establece en el 1.3 que “La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”. Es decir que “pueblos” no deberá ser interpretada en un sentido similar o equiparable al que se atribuye a este término en el derecho internacional, como el elemento humano componente de un Estado independiente ⁽⁶⁶⁾.

Por su parte, el art. 75 inc. 17 de nuestra CN asegura también, en su segundo párrafo a los pueblos indígenas “su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan”. Es decir, consagra el derecho a participar en la vida económica, social y cultural del país, de acuerdo con sus costumbres y normas estatales. De nada serviría reconocer su identidad y sus tierras sin la correlativa participación en la adopción de decisiones sobre aspectos que a ellos les conciernen. Es una precisión especial para los indígenas del mandato general derivado de la soberanía del pueblo que otorga derecho a todo ciudadano a participar de las decisiones que puedan afectarlo ⁽⁶⁷⁾. De este inciso surge que corresponde asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten ⁽⁶⁸⁾.

Sin perjuicio de ello, no existe ley ni regulación normativa alguna que determine como dar cumplimiento al derecho a la consulta. Por tal razón, es que tanto a nivel federal como provincial predominan prácticas discrecionales para elegir en qué casos y bajo qué modalidades se activa la obligación de consultar. En tal sentido, es de destacar que el Encuentro Nacional de Organizaciones Territoriales de Pueblos Originarios —ENOTPO— ha elaborado un proyecto de Protocolo de Consulta Previa, Libre e Informada donde establecen que el objetivo fundamental es salir de la mera resistencia, y en su lugar, asumir el compromiso de tomar en sus propias manos el futuro de sus pueblos. El desafío es un procedimiento adecuado de consulta, que respete las cosmovisiones e instituciones representativas, obligatorio para todo aquel que pretenda desarrollar una acción que afecte sus pueblos o territorios. Además, dicha organización presentó un anteproyecto de ley

(65) Abogados Sin Fronteras Canadá, Lineamientos sobre el derecho a la consulta previa y al consentimiento libre e informado, ASF Canadá; Publicación: 23/01/2021, p. 5.

(66) Cfr. EGUIGUREN PRAELI, *ob. cit.*, p. 65.

(67) QUIROGA LAVIÉ — BENEDETTI - CENICACELAYA, *ob. cit.*, p. 340.

(68) HIGHTON DE NOLASCO, Elena Inés, “El Camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la constitución de 1994”, Cita: RC D 1397/2012.

en julio de 2014 pero aún no ha ingresado formalmente para su tratamiento legislativo en el Congreso.

Establece que el Estado es el principal obligado y garante del cumplimiento pleno y efectivo del Derecho Indígena, es quien debe garantizar que se tomen las medidas de consultas y participación necesarias para que el procedimiento se lleve a cabo, siendo además titular de la obligación de consultar el órgano estatal competente en materia indígena, tanto a nivel nacional, provincial o local como así también el proponente, es decir toda persona física o jurídica, pública o privada, que tenga la intención de llevar adelante proyectos o acciones que afecten directa o indirectamente a los pueblos indígenas. Además, las partes podrán requerir la intervención al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), organismo de aplicación de la política indígena a los fines de realizar y/o llevar a cabo las diligencias y acciones que las partes soliciten en el marco del presente protocolo.

VI. EL ACCESO A JUSTICIA

El acceso a Justicia es el derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, nacionalidad, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta a sus necesidades jurídicas ⁽⁶⁹⁾.

El acceso a la *justicia* es una garantía legal reconocida en tratados y documentos internacionales, así como también una promesa notoriamente incumplida. El incumplimiento se vuelve crónico prejuicio colonial en el caso de los pueblos indígenas. Su omisión puede verificarse en las prácticas rutinarias y como solapadas formalidades técnicas que suprimen el acceso. De manera que se observan tanto discriminación como prejuicios ⁽⁷⁰⁾.

VI.1. La doble vertiente

El acceso a la justicia respecto a los pueblos indígenas comprende el acceso a la justicia estatal pero también el acceso a la jurisdicción propia.

VI.1.a. Acceso a la Justicia Estatal y acciones del Poder Judicial de la Provincia del Chaco

Respecto al acceso a la Justicia Estatal, debe hacerse referencia a las “100 Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, las que tienen como objetivo “garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial”. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco fue uno de los primeros en adherir a las mismas por Acuerdo 3092 de fecha 29 de abril de 2009.

La Regla 9 establece: “Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán

(69) Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia. Inecip, Buenos Aires, 2005, p. 7.

(70) MOREIRA, Manuel, “La Constitución y el derecho de los pueblos originarios: el acceso a la justicia culturalmente adecuado”, en Derecho Constitucional Indígena. Argentina, Estado Pluricultural y Multiétnico (art. 75 incs. 17 y 19), Coordinador Julio C. García, Ed. Contexto, Resistencia, 2012, p. 191.

las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal”.

La Regla 32 determina el derecho a contar con intérprete: “Se garantizará el uso de intérprete cuando el extranjero que no conozca la lengua o lenguas oficiales ni, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad hubiese de ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución”.

Asimismo, la Regla 49 preceptúa: “...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 peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma”.

En esta temática, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chaco dispuso —mediante la res. 1859/2015— la creación del Registro Especial de Traductores e Intérpretes de Lenguas Indígenas para garantizar el efectivo acceso a justicia de los pueblos indígenas, habilitado el 13 de octubre de 2015.

La resolución establece que se podrá acreditar la idoneidad con certificación del Instituto del Aborigen Chaqueño, instituciones que acrediten la idoneidad de los traductores e intérpretes indígenas o, en su caso, constancia de las autoridades tradicionales de alguno de los pueblos indígenas que hablen la lengua respectiva.

Dispone también que la incorporación en el registro tiene una vigencia de cinco años y exime a los traductores del pago de la tasa de justicia prevista en el art. 15° inc. a) de la ley 840-F (antes ley 4182).

Asimismo, se puso en funcionamiento un juzgado multifuero ubicado en el corazón del Impenetrable Chaqueño, en Nueva Pompeya, con una población mayoritariamente perteneciente a la etnia Wichi, distante a más de 400 km de la capital Resistencia.

Sumado a ello, se designaron indígenas que actúan como enlace entre los pueblos y el Poder Judicial favoreciendo el acceso de estos a la justicia, informando, asesorando, guiando e interpretando sus necesidades. En Resistencia se nombró una Coordinadora de Asuntos Indígenas del Poder Judicial de la etnia Qom y para que la asista, el primer abogado indígena de

la misma etnia, en Nueva Pompeya un referente de la etnia Wichi y dos referentes de la etnia Moqoit, uno en Villa Ángela y otro en Charata. Por otro lado, en Castelli, se designaron dos personas, una de la etnia Wichi y otra de la etnia Qom, que cumplen las mismas funciones antes expuestas, pero en forma itinerante.

Así, los pueblos indígenas tienen derecho al acceso a la justicia estatal sin discriminación, pero este derecho no es solo el acceso a un intérprete, sino que también debe garantizar que los indígenas puedan comprender adecuadamente lo que ocurre en un proceso, facilitando para ello cualquier mecanismo eficaz ⁽⁷¹⁾.

VI.1.b. El reconocimiento de la diversidad y acceso a la jurisdicción propia

Ahora bien, para que el acceso sea adecuado y eficaz en el ámbito penal —donde están en juego dispositivos coercitivos y amenazas represivas— el usuario debe ser escuchado en su idioma original pero también atendido bajo las pautas de su cultura y la conciencia legal de la que es portador social, o al menos al momento de revelar esa condición ⁽⁷²⁾.

Así es que debe entenderse que el principio de no discriminación y la consiguiente protección de la cultura indígena exigen modificaciones sustanciales en los procesos judiciales que involucren a pueblos indígenas o a sus comunidades o miembros individuales ⁽⁷³⁾.

El Sistema Procesal Penal de la Provincia del Chaco, ha receptado la diversidad cultural al consagrar en su Código Procesal Penal, art. 6 (ley 965-N): “Cuando se trate de hechos cometidos por miembros de una comunidad indígena, se aplicará en forma directa el art. 9º párrafo 2, del Convenio N° 169 —de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)—.

En especial todos los actos procesales comprendidos en la tramitación de los procesos, desde los primeros momentos de la investigación hasta la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, deberán realizarse conforme el principio de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. La omisión de aplicar lo dispuesto en el presente artículo sólo será admisible en la medida en que ello sea incompatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos y deberá ser fundada bajo pena de nulidad”.

(71) LILLO, Rodrigo, “Justicia penal y derechos indígenas. El largo camino del reconocimiento de la diversidad”, *Revista Austral de Ciencias Sociales*, [28], 2017, 99-115. doi:10.4206/rev.austral.cienc.soc.2015.n28-06, p. 111.

(72) Cfr. MOREIRA, ob. cit., p. 192.

(73) SALGADO, Juan Manuel, “El derecho constitucional a la identidad: una garantía procesal del imputado indígena”, *Sup. Act.* 01/09/2011, 1- AR/DOC/2905/2011, p. 2.

Pero este reconocimiento de diversidad entraña la preocupación sobre el reconocimiento del derecho indígena (o derecho propio), lo que implica intensos cambios institucionales y paradigmáticos en el Estado: pasar de un estado monista, a uno pluralista ⁽⁷⁴⁾.

En otras palabras, el acceso a la justicia para los pueblos indígenas no se limita al acceso a la justicia estatal sino también comprende el acceso a la jurisdicción propia. Ésta segunda vertiente en materia de acceso a la justicia de pueblos indígenas presenta el reto de reconocer también la existencia de un sistema de administración de justicia preexistente al propio Estado diferente al sistema de administración de justicia estatal. De esta manera, conciliar los diversos sistemas es una de las tareas fundamentales de cualquier Estado que se denomine pluricultural, a la vez que colocarlas en un pie de igualdad para que las respuestas a los conflictos puedan ser dadas tanto por el propio Estado como por el pueblo originario ⁽⁷⁵⁾.

En este sentido, la Regla 48 determina el sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas, estableciendo que 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”.

Todas las hipótesis legales que determinan o no la aplicación de un castigo se deben entender en el espacio socio cultural en el que el hecho ocurre, y remitir a preguntas tales como: ¿cuándo existe un derecho legítimo que ejercer?, ¿cuándo hay fuerza irresistible?, y hasta ¿qué se entiende por familia o lazos familiares? ⁽⁷⁶⁾.

Sin embargo, es común que los tribunales carezcan de la adecuada comprensión que implica el delicado problema de desigualdad colectiva subsistente en el juzgamiento de indígenas desde las instituciones, el derecho y la cultura hegemónicas. Habitualmente, cuando se reconoce (lo que casi nunca sucede), la cuestión de las diferencias culturales es enfocada como un hecho más a probar, sujeto a las reglas generales que rigen la evidencia procesal y orientado a determinar ciertos aspectos subjetivos de los tipos penales que en el caso pueden aparecer como problemáticos ⁽⁷⁷⁾.

(74) YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, “Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)”, *Justicia penal y comunidades indígenas*. Pena y Estado 4: 129-142 (2000) citado por LILLO, ob. cit., p. 101.

(75) Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), ob. cit., ps. 44-45.

(76) LILLO, ob. cit., p. 111.

(77) Cfr. SALGADO, ob. cit., 2.

En efecto, se evalúa la conducta del individuo siempre desde la perspectiva del orden jurídico estatal, y se le exime o atenúa del reproche porque se vio forzado a actuar de ese modo, por sus patrones culturales, o sencillamente no creyó que sus acciones fueran contrarias a la ley ⁽⁷⁸⁾. En otras palabras, el sistema penal resulta permeable a la pluriculturalidad en relación con la situación subjetiva del imputado, aunque, no obstante, es reticente a la consideración colectiva de un derecho distinto, que ampare, por tanto, su forma de actuar, aunque esté penado por ley ⁽⁷⁹⁾.

Esta omisión de considerar en el proceso penal las normas protectoras de los derechos humanos de los pueblos indígenas, reduce la problemática que emerge del reconocimiento a la diversidad cultural dentro del estrecho marco de las normas de inferior rango (procesales y penales) concebidas en el paradigma de la uniformidad cultural, en lugar de interpretar adecuándolas a las de superior jerarquía. Decisiones de ese tipo traducen una incompreensión respecto a que los pueblos indígenas tienen derechos y garantías especiales en orden a la salvaguarda de su cultura y sus instituciones y no llegan a advertir que un proceso que omita incorporar la información acerca de las normas y prácticas propias de la cultura de los imputados viola tales garantías ⁽⁸⁰⁾.

Las pautas para la convivencia entre el sistema jurídico estatal y el propio de los pueblos indígenas deben resultar de mecanismos institucionales participativos, respetando los siguientes principios: 1) los pueblos indígenas tienen el derecho de conservar su derecho interno y sus instituciones jurídicas; 2) el derecho interno de los pueblos indígenas (o del pueblo o comunidad involucrados en el caso particular) debe ser conocido y tenido en cuenta; 3) debe evitarse la imposición de decisiones adoptadas de modo unilateral por el Estado; 4) los pueblos indígenas y sus miembros conservan todos los derechos generales que tienen por ser ciudadanos del Estado en condiciones de igualdad; 5) el respeto a los derechos humanos internacionalmente reconocidos es el requisito común de validez de las normas y prácticas jurídicas, tanto para el Estado como para los pueblos indígenas ⁽⁸¹⁾.

La Constitución Nacional omite en el art. 75 inc. 17 la admisión expresa del derecho indígena y de la jurisdicción indígena, es decir, que no menciona al derecho indígena, ni a las autoridades indígenas con funciones gubernativas o judiciales. Tal silencio puede entenderse en una primera aproximación como negación de ambos, pero de una lectura más permisiva, podría

(78) COUSO, Jaime, "Mapuches y derecho penal", *Derecho y pueblo mapuche*. Olea, H. Ed. Santiago: Diego Portales, 2013, ps. 155/214 citado por LILLO, ob. cit., p. 109.

(79) LILLO, ob. cit., ps. 109-110.

(80) Cfr. SALGADO, ob. cit., p. 3.

(81) Cfr. SALGADO, ob. cit., p. 2.

repcionar, sin embargo, al derecho indígena con el mismo valor genérico de cualquier costumbre en la medida en que ella sea operativa en la rama jurídica del caso. Incluso podría tener mayor gravitación, por ejemplo, en aras de cimentar la identidad de esos pueblos, objetivo este que, si está reconocido de manera explícita en el texto constitucional, como igualmente afirmar los otros derechos especialmente tutelados en la cláusula que aludimos ⁽⁸²⁾.

El punto que interesa es como el derecho estatal considera en su praxis la diversidad cultural y el reconocimiento del otro en tanto colectivo, en tanto titular de una forma de pensamiento y conocimiento, de un derecho diferente o derecho propio ⁽⁸³⁾.

(82) SAGÜES, Néstor Pedro, "Derechos de los pueblos originarios: ¿El derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción?", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* Año XIX, Bogotá, 2013, ps. 384-385.

(83) LILLO, ob. cit., p. 106.

VII. IMPORTANCIA DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL JURADO INDÍGENA

En juicios penales que involucren elementos sensibles e inconfundibles de racismo existe un consenso generalizado de que un jurado mestizo ofrece muchos beneficios. Muchos estudiosos, jueces y litigantes argumentan que un jurado mixto puede convertirse en una palanca fundamental para superar prejuicios, mejorar la imparcialidad de los procedimientos judiciales y mejorar el respeto y aceptación de veredictos penales y civiles. Aquellos que abogan por jurados con equilibrio racial afirman que la representación de las minorías en el panel del jurado minimiza la influencia distorsionadora de la raza, y genera posibilidades de un veredicto más justo y legítimo ⁽⁸⁴⁾.

Deborah Ramírez ha señalado que “en la medida en que las personas de color pueden contribuir con puntos de vista que pueden no ser evidentes para la mayoría de los miembros del jurado, el proceso deliberativo podrá ser sustancialmente más justo y sabio” ⁽⁸⁵⁾.

Ahora cabe destacar que los pueblos indígenas pasaron de únicos habitantes y señores de las tierras americanas a ser considerados minorías y hasta intrusos en su propio territorio. La consecuencia de que en la actualidad algunos consideren a los pueblos indígenas como “minorías étnicas” no es otra cosa que el resultado de siglos de una política de asimilación estatal, manejada con total discriminación, donde siempre se pretendió equiparar, cuando la igualdad perjudicaba al indígena, y diferenciar, cuando la igualdad no le convenía al estado ni a intereses privados. Si bien diversos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos se refieren a los indígenas como minorías étnicas (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre los Derechos del Niño, Declaración sobre Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas), en la Declaración de Viena a propuesta del movimiento indígena, se distinguen los derechos indígenas de los derechos de

(84) FUKURAI, Hiroshi - DAVIES, Darryl, Affirmative Action in Jury Selection: Racially Representative Juries, Racial Quotas, and Affirmative Juries of the Hennepin Model and the Jury De Medietate Linguae, (march 23, 1997). Virginia Journal of Social Policy and the Law, 1997, 4:645-681, p. 647, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2584196>.

(85) RAMÍREZ, Deborah A, The Mixed Jury and the Ancient Custom of Trial by Jury De Medietate Linguae: A History and a Proposal for Change, 74 B.U. L. Rev. 777, 798, 1994.

las minorías. Debe tenerse presente que los pueblos indígenas no siempre importan las minorías étnicas en todos los estados, como por ejemplo en Bolivia y Guatemala, constituyen la mayoría numérica de población ⁽⁸⁶⁾.

VII.1. Antecedentes de Jurados Mixtos

VII.1.a. Recuperadores

La historia nos enseña que la mixtura en la conformación de los jurados puede remontarse a Roma mediante los *Recuperadores*⁽⁸⁷⁾. La función juzgadora de estos jurados, no se basaba en el *imperium*, del que no estaban asistidos, sino en el *officium*, que tenía su apoyo en el juramento hecho a la hora de ser nombrados y por el que prometían fallar de acuerdo con las normas del derecho positivo ⁽⁸⁸⁾.

En la primera etapa de la República, ya se puede encontrar a los Recuperadores (*recuperatores* o *recuperatur*) que era un tribunal integrado por particulares, en número de tres o cinco, según la norma corriente, nombrados a instancia del *praetor praeegrinus*⁽⁸⁹⁾, para intervenir en controversias suscitadas entre ciudadanos romanos y peregrinos. Se tiene la certeza de que se les dio ese nombre porque generalmente recuperaban las cosas al demandante. No constituían tribunales permanentes, sino que eran nombrados para cada caso, sobre todo cuando eran urgentes ⁽⁹⁰⁾.

VII.1.b. El jurado mixto de Medietate Linguae

Este modelo de jurado dividido se ideó en Inglaterra originalmente con el propósito de evitar el prejuicio discriminatorio contra los judíos a quienes se reconocía el derecho, en disputas comerciales con cristianos, de someterlas a un jurado integrado en su mitad por judíos. Se remonta al Siglo XI y a Guillermo “El Conquistador” ⁽⁹¹⁾.

Un estatuto sancionado en 1190 por el Rey Ricardo I, ratificado en 1201 por su sucesor, Juan I, lo consagró expresamente. Después de 1290, año en que los judíos fueron expulsados de Inglaterra, el mismo derecho fue reclamado y reconocido a los extranjeros, especialmente a los comerciantes

(86) MACARÓN, ob. cit., ps. 74-75.

(87) http://ual.dyndns.org/Biblioteca/Derecho_Romano/Pdf/Unidad%203.pdf.

(88) <https://www.derechoromano.es/2016/03/procedimiento-civil-derecho-romano-procedimiento.html>.

(89) Cfr. MOUSOURAKIS, George, *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Routledge, 2003, 1ª ed., ps. 129 y 196.

(90) http://ual.dyndns.org/Biblioteca/Derecho_Romano/Pdf/Unidad%203.pdf.

(91) RAMÍREZ, Deborah A., *The Mixed Jury and the Ancient Custom of Trial by Jury De Medietate Linguae: A History and a Proposal for Change*, 74 B.U. L. Rev. 777,798 (1994) cit. por HENDLER, ob. cit. p. 46 y ss.

italianos y alemanes con quienes los reyes tenían especial interés en mantener relaciones comerciales y financieras y así como también cobrarles los impuestos.

El jurado mixto inglés incluía la mitad de los jurados locales de la comunidad y la mitad de una comunidad alternativa como judíos o extranjeros, y podían ensamblarse en casos donde los litigantes eran miembros de estas comunidades alternativas.

Se lo conocía como *mixed jury de medietate linguae* o sea jurado mixto de lengua intermedia y es una de las costumbres que dieron origen al derecho mercantil. Fue usado para atraer comerciantes, dando mayor legitimidad a las decisiones.

Un estatuto del año 1353 contempló la integración en un 100% con extranjeros en casos de litigios entre ellos, y en 1354 se hizo aplicable tanto a juicios civiles como penales. Una restricción establecida en 1414, exigiendo ciertos requisitos a los extranjeros para poder integrar un jurado, debió ser modificada en 1429, por la presión de los comerciantes extranjeros.

Salvo la exclusión dispuesta en 1554 en casos de delito de traición, la utilización de los jurados mixtos perduró hasta los tiempos de la Reina Victoria, siendo suprimido en 1870 por cuanto en ese año se permitió que cualquier jurado estuviera integrado por extranjeros. A pesar de eso, de todos modos, en las colonias británicas, y hasta 1951, siguió aplicándose la costumbre cuando era reclamada por los súbditos del imperio o por europeos.

En los Estados Unidos la práctica fue llevada por los colonizadores británicos, y en, el periodo que va de 1674 a 1911, siete de los futuros estados, Kentucky, Maryland, Massachusetts, Pennsylvania, Nueva York, Virginia y Carolina del Sur, establecieron jurados mixtos. En un juicio en la entonces Colonia de Plymouth en 1674, en un notable caso sobre homicidio, donde tanto el acusado como la víctima eran indígenas, seis [6] indígenas fueron anexados a doce [12] colonos para formar un gran grupo que finalmente, por unanimidad, recomendó la condena del imputado.

Declarada la independencia y cesada entonces la obligatoriedad de las leyes de la corona inglesa, el derecho al jurado mixto sobrevivió, por ejemplo, en el estado de Virginia en que estaba reconocido en casos de acusación de un extranjero por delito castigado con pena capital.

Existen asimismo documentos que comprueban que Jefferson era partidario del modelo *de medietate linguae* para los extranjeros, lo mismo que quien fuera su oponente, John Marshall, de quien se registra la intervención como juez de circuito itinerante en un caso en que se juzgaba a un extranjero acusado de piratería y homicidio, a quien se le acordó el derecho al jurado mixto.

Sin embargo, el uso del jurado mixto disminuyó tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos por el ideal de que el jurado es representativo

de la comunidad y la selección aleatoria se convirtió en el método preferido para lograrlo. La Corte Suprema Federal se refirió al punto en un fallo de 1936, *United States v. Wood*, señalando que no cabía entender que la VI Enmienda de la Constitución, al aludir al jurado, hubiese consagrado el derecho de que se trata. En verdad esta afirmación aparece efectuada solo como acotación pues no era la cuestión tratada en el fallo y por otra parte, se deduce que si bien el jurado mixto no es una regla impuesta por la Constitución, no se descarta su aplicación por los tribunales de los distintos estados.

VII.1.c. Jurado Intercultural de Neuquén

La Provincia del Neuquén estableció un jurado de integración mixta al disponer en su art. 198, inc. 6 del Cód. Proc. Penal que “El jurado deberá quedar integrado, incluyendo los suplentes, por hombres y mujeres en partes iguales. Se tratará de que, como mínimo, la mitad del jurado pertenezca al mismo entorno social y cultural del imputado. Se tratará también, en lo posible, que en el panel de jurados haya personas mayores, adultas y jóvenes”.

El 28 de diciembre de 2012, la comunidad mapuche Winkul Newen, en el paraje Portezuelo Chico, a 30 kilómetros de Zapala, se defendió de la medida judicial comisionada a la auxiliar de Justicia Verónica Pelayes que ordenaba desalojar a los miembros de la comunidad que bloqueaban el acceso al territorio y así facilitar el ingreso de la petrolera Apache Corporation y policías al mismo ⁽⁹²⁾.

La fiscal Sandra González Taboado imputó a Relmu Ñamku, Martín Maliqueo y Mauricio Rain por el delito de lesiones. Sin embargo, luego cambió la acusación a “daño agravado” y “tentativa de homicidio”, ya que reconoció a Relmu Ñamku como autora de arrojar la piedra que hirió a la auxiliar Pelayes quien sufrió fractura del tabique nasal ⁽⁹³⁾.

El juicio comenzó el 27 de octubre de 2015, y se desarrolló simultáneamente en los dos idiomas: el de los acusados, *mapuzungun* (idioma mapuche), y el de la víctima, español. Luego de ocho [8] días y dos [2] horas de deliberación, el jurado compuesto por doce [12] personas —seis [6] de ellas mapuches—, declaró a los tres imputados no culpables del delito homicidio en grado de tentativa. Más allá de considerar a Relmu Ñamku culpable del delito de daño simple, el que en la audiencia de cesura fue declarado prescripto.

(92) Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/neuquen-un-jurado-intercultural-absolvio-a-la-mujer-mapuche-relmu-namku-nid1842662/>.

(93) HARDING, Carol, “El caso de Relmu Ñamku como observatorio para valorar potencialidades, riesgos y desafíos de juicios por jurados interculturales / The Case of Relmu Ñamku as an observatory to assess the potentials, risks, and challenges of intercultural jury trials”, 2018. Independent Study Project (ISP) Collection. 2770.

Aunque el jurado intercultural tiene cierta semejanza con el antiguo jurado mixto, difiere de una manera muy significativa del jurado histórico *de medietate linguae*, ya que éste no solo aplicaba la ley, sino que también la creaba ⁽⁹⁴⁾.

VII.2. Casos paradigmáticos y garantía de imparcialidad

VII.2.a. El caso “King” en Estados Unidos

El 29 de abril de 1992 un jurado de California no integrado por miembros afroamericanos, en su veredicto absolvió a los cuatro agentes de policía blancos de Los Ángeles acusados de violar los derechos civiles de un ciudadano a pesar del hecho de que la mayoría de estos oficiales habían sido grabados en video pateando y golpeando a Rodney King, un sospechoso afroamericano, tendido en el suelo.

La decisión del jurado desencadenó el peor motín racial en la historia estadounidense, dos días de violencia que costaron cincuenta y ocho vidas y casi mil millones de dólares en daño a la propiedad. Es que la opinión pública atribuyó las absoluciones al racismo y falta de participación del jurado afroamericano en lugar de errores procesales, evidencia inadecuada o lealtad a la policía. Si el jurado de King hubiera incluido afroamericanos, el público podría haber estado dispuesto a aceptar una decisión de un jurado racialmente mixto, más que el veredicto de un jurado predominantemente blanco ⁽⁹⁵⁾.

En un nuevo juicio, un jurado de la Corte Federal compuesto por nueve blancos, dos afroamericanos y un latino condenaron finalmente a dos de los oficiales involucrados en la golpiza ⁽⁹⁶⁾.

VII.2.b. El caso “Stanley” en Canadá

El paradigmático caso Stanley (2018) de Canadá trata de un hombre blanco acusado de matar a un indígena, el que fue absuelto por un jurado totalmente blanco, jurado conformado en virtud de las recusaciones sin causa (*peremptory challenges*) por las que fueron apartados todos los potenciales jurados indígenas, en un uso claramente discriminatorio de aquellas ⁽⁹⁷⁾.

(94) CONSTABLE, Marianne, *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law, and Knowledge*, Chicago, IL: Univ. Of Chicago Press, 1994, citado en HANS, Valerie P, *Trial by Jury: Story of Legal Transplant, Law and Society Review*, Volume 51, Number 3; Law and Society Association, 2017, p. 479.

(95) Cfr. FUKURAI - DAVIES, ob. cit., p. 646.

(96) ALSCHULER, Albert W., *Racial Quotas and the Jury*, 44 *Duke Law Journal* 704-743 (1995) disponible en <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol44/iss4/2>.

(97) ROACH, Kent; *Juries, Miscarriages of Justice and the Bill C-75 Reforms*, Forthcoming, 2020, 98 [1] *Canadian Bar Review*, pp. 1-2.

Lo así acontecido condujo a una reforma legal para abolir las recusaciones sin causa (Bill C-75 del año 2019), pero conforme señala Kent Roach ⁽⁹⁸⁾, la misma sería insuficiente por lo que propone como solución, entre otras, un jurado mixto, es decir seis [6] jurados indígenas y seis [6] no indígenas, como los utilizados en el pasado por Canadá -jurado compuesto por seis [6] angloparlantes y seis [6] francoparlantes, o seis [6] ciudadanos y seis [6] extranjeros. En tal sentido, la diferente perspectiva garantizada por los jurados mixtos sería el punto de comienzo de las deliberaciones y no el punto de finalización, ya que deberán llegar a un veredicto unánime ⁽⁹⁹⁾.

VII.2.c. El caso “LNP” en Argentina

El objetivo de incluir una síntesis de este doloroso y paradigmático hecho ocurrido en la Provincia del Chaco, que da cuenta de la incalificable actuación de funcionarios policiales y judiciales, los que en lugar de proteger los derechos de la víctima, niña, indígena y pobre, la revictimizaron llevando adelante un proceso plagado de irregularidades, prejuicios de género y discriminación social y racial, es justamente visibilizar lo diferente que hubiera sido la solución judicial y sus consecuencias posteriores, de haber sido juzgado el caso con la pluralidad de visiones que implica un jurado mixto, con conformación indígena.

El caso atestigua el evidente estado de vulnerabilidad en que se encontraba la niña, vulnerabilidad que al decir de la iusfilosófica Martha Fineman: “...está formulada como una característica que nos posiciona en relación con el otro como ser humano y también sugiere una relación de responsabilidad entre el estado y el individuo” ⁽¹⁰⁰⁾.

Siguiendo la clasificación de Úrsula Basset, se trata de una vulnerabilidad —en tanto restricción en el acceso equitativo a los derechos convencionales—, por situación estable (niña, indígena) y por situación transitoria (pobreza). Lo que a su vez determina la interseccionalidad por la intensificación de la vulnerabilidad en función de esas circunstancias que conviven y que constituyen factores multiplicadores ⁽¹⁰¹⁾.

En efecto, LNP, niña indígena de la comunidad *Qom*, tenía 15 años, vivía en El Espinillo, una localidad de El Impenetrable chaqueño. El 03 de octubre de 2003 tres jóvenes “criollos” abusaron sexualmente de ella. Llevado a cabo el juicio, el 31 de agosto de 2004, la Cámara Segunda en lo Criminal

(98) Cfr. ROACH, ob. cit., p. 3.

(99) Cfr. ROACH, ob. cit., p. 39.

(100) FINEMAN, Martha A., *The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition*, Yale Journal of Law and Feminism, 20, 2008, pp. 1-23.

(101) BASSET, Úrsula, “La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *Tratado de la vulnerabilidad*, Basset, Fulchiron, Bidaud-Garon y Lafferriere (dir.), CABA, La Ley, 2017, 1ª ed., ps. 19-40.

de Presidencia Roque Sáenz Peña, constituida en Sala Unipersonal, absolvió de culpa y cargo a los tres imputados. Concluyó que, si bien estaba probado el acceso carnal, no quedó acreditada la falta de consentimiento de la víctima, poniendo en duda a través de estigmatizaciones y descalificaciones, el relato de la víctima, recalcando las inconsistencias de su declaración, sin considerar que fue realizada en un idioma extraño. Introdujo el factor de la no virginidad como elemento decisorio, haciendo hincapié en su aparente “experiencia sexual” e indagando en su vida privada. A su vez, minimizó las imprecisiones y contradicciones de los acusados. Por otra parte, fue definitiva la falta de intérpretes durante el juicio, que se llevó a cabo íntegramente en idioma español, pese a que no era el idioma nativo de la víctima ni de los testigos que podrían haber declarado en su favor.

El Fiscal no recurrió la sentencia. Tampoco lo hizo ni podría haberlo hecho LNP quien, por falta de asesoramiento, no se constituyó en Querrelante y fue tardíamente anoticiada del fallo. Transcurridos dos años sin noticias, un grupo de jóvenes de la Asociación *Meguexogochi*, que agrupa a comunidades de etnia *Qom*, se acercó hacia la localidad más cercana a 80 km, Juan José Castelli, donde luego de conocer el sentido del decisorio, procedieron a comunicarse con la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

El caso fue denunciado ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por INSGENAR (Instituto de Género, Derechos y Desarrollo) y CLADEM (Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer). En fecha 18 de julio de 2011 el Comité emitió dictamen por medio de la Comunicación 1610/2007, en el que consideró que LNP fue víctima de violaciones a sus derechos reconocidos por los arts. 2, 3, 7, 14 párr. 1, 17, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determinándose la responsabilidad del Estado y de las autoridades provinciales por incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Todo lo cual derivó en la concreción de importantes cambios legislativos, judiciales y sociales, tomando activa intervención frente a la garantía de no repetición, el Estado Provincial, principalmente el Poder Judicial.

VIII. INTEGRACIÓN DEL JURADO INDÍGENA EN LA PROVINCIA DEL CHACO

El proyecto de ley original de juicio por jurados penal en la Provincia del Chaco refería inicialmente a que, si el acusado fuera integrante de alguno de los pueblos indígenas, el jurado estaría conformado en su mitad por integrantes de dicho pueblo, y en caso de que víctima y victimario pertenecieran al mismo pueblo indígena, la totalidad del jurado debería conformarse por dicha etnia. Pero finalmente el texto aprobado, reflejado en el art. 4 de la ley 2364-B, consigna que el jurado se conformará con la mitad de jurados de pueblos indígenas y siempre que víctima y victimario pertenezcan a la misma comunidad.

No se comparte la forma en que quedó redactado dicho articulado, por cuanto traduce una idea prejuzgadora de “incivilización” de los pueblos indígenas de interactuar entre sí. Es decir, se extrae que el legislador ha entendido que la participación de los jurados por etnia solo aseguraría la imparcialidad en caso de que el conflicto sea intra-étnico (victimario y víctima perteneciente a la misma etnia), y de pertenecer los sujetos a diferentes etnias, las diferencias culturales entre ellas harían aconsejable conformar el jurado del modo habitual ⁽¹⁰²⁾.

Ahora bien, el 16 de diciembre del corriente año, la Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco, sancionó la ley 3326-B que modifica en su artículo 1° ⁽¹⁰³⁾, la integración del jurado indígena del art. 4 de la ley 2364-B: “Cuando se juzgue un hecho en el que el acusado o la víctima pertenezcan al pueblo indígena Qom, Wichi o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en la mitad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia. Cuando se juzgue un

(102) Cfr. DEL RÍO, Víctor Emilio - CARBAJAL, Fernando, “Juicio por jurados: ley de jurados del Chaco”, Resistencia, Chaco, Contexto Editorial, 2019, 1era. edición, p. 272.

(103) Artículo 1°: Modifíquese el artículo 4°, (...) de la ley 2364-B los que quedarán redactados de la siguiente manera: “Artículo 4°: Integración del Jurado con Pueblos Indígenas. Cuando se juzgue un hecho en el que el acusado o la víctima pertenezcan al pueblo indígena Qom, Wichi o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en la mitad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia. Cuando se juzgue un hecho en el que tanto el acusado como la víctima pertenezcan al mismo pueblo indígena Qom, Wichi o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en su totalidad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia”.

hecho en el que tanto el acusado como la víctima pertenezcan al mismo pueblo indígena Qom, Wichí o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en su totalidad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia”.

Asimismo, dicha normativa modifica la edad para ser jurado del art. 11 ⁽¹⁰⁴⁾ inciso a) última parte de la ley 2364-B, que establece como requisito tener entre 25 y 65 años a la edad de 18 a 75 años ⁽¹⁰⁵⁾ lo que se comparte. Es que aquella acotada franja no solo es objetada por la ciudadanía en general sino también por los pueblos indígenas y en especial lo concerniente al límite de edad en 65 años que resulta contrario al lugar preponderante que ocupan para los pueblos indígenas sus “Ancianos”.

En la misma fecha, el Poder Legislativo a través de la ley 3325-B amplió los Juicios por Jurados a casos en materia Civil y Comercial, estableciendo en el art. 16 ⁽¹⁰⁶⁾ la aplicación de todas las reglas previstas para el funcionamiento del jurado de la ley 2364-B de Jurados Populares de la Provincia del Chaco, con las adaptaciones especiales a la naturaleza del litigio contempladas expresamente en dicha ley, al procedimiento del jurado civil.

Pero, además, dejó explícito en el art. 7° ⁽¹⁰⁷⁾ la integración del jurado para casos civiles con pueblos indígenas: “Cuando se juzgue un hecho en el que una de las partes pertenezca al pueblo indígena Qom, Wichí o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en la mitad por hombres y mujeres de su misma comunidad de

(104) Artículo 11: Requisitos. Para ser jurado se requiere: a) Ser argentino, con cinco años de ejercicio de la ciudadanía en el caso de los naturalizados, y tener entre 25 y 65 años de edad; b) Tener estudios primarios completos y entender plenamente el idioma nacional, c) Contar con el pleno ejercicio de los derechos políticos; d) Tener domicilio conocido; e) Tener una residencia inmediata no inferior a cuatro [4] años en la Provincia.

(105) Artículo 1°: Modifíquese (...) el artículo 11 inciso a), (...) de la ley 2364-B los que quedarán redactados de la siguiente manera (...) “Artículo 11: Requisitos: Para ser jurado se requiere: a) Ser argentino, con cinco años de ejercicio de la ciudadanía en el caso de los naturalizados, y tener entre 18 y 75 años de edad” (...).

(106) Artículo 16: Aplicación de la ley 2364-B de Juicios Penal por Jurados. Se aplicarán al procedimiento del jurado civil todas las reglas previstas para el funcionamiento del jurado de la ley 2364-B, con las adaptaciones especiales a la naturaleza del litigio contempladas expresamente en esta ley. A los efectos de esta ley, se reemplazarán los términos “imputado o acusado” por “demandado” o “parte demandada” y “acusador o fiscal” por “actor” o “parte actora”.

(107) Artículo 7°: Integración del jurado con pueblos indígenas. Cuando se juzgue un hecho en el que una de las partes pertenezca al pueblo indígena Qom, Wichí o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en la mitad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia. Cuando se juzgue un hecho en el que ambas partes pertenezcan al mismo pueblo indígena Qom, Wichí o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en su totalidad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia.

pertenencia. Cuando se juzgue un hecho en el que ambas partes pertenezcan al mismo pueblo indígena Qom, Wichi o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en su totalidad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia”.

Es decir, conforme la ley 3326-B modificatoria, si el acusado y la víctima pertenecen al mismo pueblo indígena, la totalidad del jurado deberá conformarse por dicha etnia, y si víctima o victimario pertenecen a un pueblo indígena, el jurado estará integrado en su mitad por dicha etnia. Si bien, esta nueva redacción revive el proyecto original de integración del jurado indígena, ahora agrega el derecho a conformar la mitad del jurado indígena, cuando la víctima pertenezca a un pueblo indígena.

La selección del jurado imparcial no solo implica el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial, sino también de los derechos de todos a igual protección de la ley sin discriminación. El prejuicio racial puede afectar no solo al imputado, sino también a la víctima.

Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua” ya citado, recordó en el párr. 217 que las “debidas garantías” del art. 8.1 de la Convención amparan el derecho a un debido proceso del imputado y también salvaguardar los derechos de acceso a la justicia de la víctima de un delito o de sus familiares y a conocer la verdad.

Por otro lado, si bien las tres naciones indígenas reconocidas Qom, Wichi y Moqoit, están censadas, a través de padrones propios del IDACH (Instituto del Aborigen Chaqueño), las listas se encuentran incompletas, y estadísticamente la posibilidad de que alguno de ellos integre un panel de jurados, aunque se encuentre en los padrones electorales, es muy baja ⁽¹⁰⁸⁾. En el primer sorteo realizado en la Primera Circunscripción Judicial, de 308 ciudadanos de la lista anual, solamente dos pertenecen a pueblo indígena.

Nótese que el requisito de “entender plenamente el idioma nacional” (Art. 11 inc. b) excluye de las listas generales de jurados a los ciudadanos indígenas que no entiendan el español, resultando asimismo una barrera de participación la exigencia de “Tener estudios primarios completos...” (Art. 11 inc. b), descalificando objetivamente a este grupo de personas por su realidad económica y cultural.

Es decir, que si bien el requisito del idioma en la ley 2364-B resulta saneado en el último párrafo del art. 74 que dispone “Cuando participen jurados de los pueblos indígenas que no hablen la lengua castellana, serán asistidos por un intérprete durante las deliberaciones...”, se entiende que ello solo fue porque se conformó el jurado con la integración indígena del art. 4 de dicha ley.

(108) Cfr. HARFUCH, ob. cit., p. 569.

La ley de jurado civil y comercial en el art. 8 ⁽¹⁰⁹⁾, si bien es más amplio y determina la obligatoriedad de participación del traductor o intérprete indígena cuando se juzgue un hecho en el que una de las partes o miembro del jurado pertenezca al pueblo indígena Qom, Wichi y/o Moqoit, siguiendo la misma lógica de los requisitos generales para ser jurado, un ciudadano argentino que pertenezca a pueblo indígena y que haya salido sorteado en el sorteo anual, pero que no hable el idioma castellano, nunca ingresará a la lista anual de jurados, salvo que sea por la integración especial.

En otras palabras, la exclusión del servicio de jurado a una persona perteneciente a un pueblo indígena creará desconfianza y falta de fe en el sistema de justicia. Si bien es cierto que el jurado se sortea del padrón electoral, la falta implementación del jurado indígena, manteniendo los requisitos antes explicados, traerá como consecuencia que los pueblos indígenas permanezcan sub-representados incluso sin una discriminación injusta, y muy difícilmente lleguen a conformar un jurado.

(109) Artículo 8º: Intérpretes. Cuando se juzgue un hecho en el que una de las partes o miembro del jurado pertenezca al pueblo indígena Qom, Wichi, Mocoví, o sea una persona con discapacidad, se dispondrá la participación obligatoria de traductores o intérpretes según corresponda

IX. CONCLUSIÓN. PROPUESTA SUPERADORA: INTEGRACIÓN PLURI-ÉTNICA

El Estado Nacional ha reconocido la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas en Argentina en la Constitución, asumiendo la tarea de encarar políticas públicas a fin de garantizar su plan de vida y el respeto a su cosmovisión. En este sentido, el jurado indígena es un mecanismo de acción positiva para asegurar jurados con representación justa de la comunidad, ya que no solo se tiene derecho a un jurado imparcial sino también a un jurado representativo.

En palabras del Dr. Horacio Rosatti en el punto 9° de su voto en el citado fallo “Canales” expresa que “el juicio por jurados no debe ser entendido solo como un derecho individual del imputado, y por ende renunciable, sino que debe ser concebido como un modelo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo en la administración de justicia penal. Dicho de otro modo: en nuestro sistema constitucional, el juicio por jurados supone no solo —o no tanto— el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares sino —fundamentalmente— el derecho del pueblo a juzgar...”.

Como se viene diciendo, tanto el proyecto inicial para jurado penal, como el texto final, y las recientemente aprobadas leyes 3325-B y 3326-B (modificatoria de la 2364-B), coinciden en punto a que la conformación del jurado indígena solo será posible en tanto se trate de un conflicto entre integrantes de la misma etnia (intra-étnico), o en su caso conformar la mitad del jurado con la comunidad a la que pertenezcan acusado o víctima, resaltando en este sentido la conjunción disyuntiva “o”. En otras palabras, no se contempla la situación de diversidad de etnias en un mismo caso.

Por ello, teniendo en cuenta que la conformación del jurado tiene por objeto asegurar la imparcialidad del juzgamiento evaluado en abstracto, se propone como idea superadora en esta tesis que en supuestos donde hubiera más de una etnia involucrada, ya se trate de víctimas y/o victimarios, la integración del jurado deberá ser proporcional al número de etnias presentes en el conflicto, lo que en todos los casos será asegurado por el juez técnico. Ejemplificando, si en un caso intervinieran dos imputados de diferentes etnias, uno Qom y el otro Wichi, y la víctima Moqoit, en el panel de jurados deberán estar representadas todas las etnias involucradas, es decir, cuatro [4] personas de cada pueblo, siempre respetando la paridad de género. Lo mismo ocurriría, si hubiera una persona no indígena. En ese caso, deberá

conformarse el panel de jurados con tres [3] personas de cada etnia, y tres [3] sorteadas del listado anual general.

De este modo, el mecanismo de composición proporcional del jurado asegurará paneles de jurados étnicamente representativos, mejorarán el papel educativo del servicio de jurado al exigir que los jurados de diferentes orígenes trabajen juntos como iguales, desacreditando los estereotipos raciales y ofreciendo a largo plazo beneficios para la sociedad civil.

Así, los paneles de jurados serán integrados por personas de todas las extracciones sociales y de todas las condiciones que deberán ponerse a trabajar mancomunadamente en pos de un veredicto. El sistema de jurados a través del número de doce [12], su accidentalidad y origen diverso, intensidad y dinamismo en la deliberación, es una de las vías para abrazar la diversidad y obtener diversos puntos de ver a través de toma de decisiones. Para algunos, quizás sea la única vez en su vida que se juntarán con gente tan distinta para decidir un caso, lo cual representa una oportunidad única de mirarlo con las lentes de la diversidad ⁽¹¹⁰⁾.

También incrementará la legitimidad de los veredictos del jurado, especialmente en casos relacionados con la raza o el racismo, fomenta y promueve la paz social, la que se logra legitimando a la policía y a la administración de justicia a los ojos de quienes viven bajo su autoridad. La ciudadanía no solo exige un jurado justo sino también un jurado legítimo. Sin perjuicio del art. 38 ⁽¹¹¹⁾ que establece que las recusaciones sin causa no podrán estar basadas en motivos discriminatorios de ninguna clase, la normativa vigente no ofrece ningún mecanismo para garantizar dicha regla, y en ese caso podría recusarse sin causa a algún jurado de pueblo indígena.

Por otra parte, para la correcta implementación del sistema, el operador judicial deberá estar preparado en temática vinculada a justicia, diversidad cultural y particularmente en cuestiones indígenas, proponiéndose por ello, la incorporación de un abogado especializado en derecho indígena que integre el Ministerio Público de la Defensa.

Asimismo, es fundamental insistir en la imperiosa necesidad de efectuar el proceso de consulta previa, tanto en la ley penal como en la ley de jurado civil y comercial —que omitió toda referencia a dicho procedimiento—, dando intervención al INAI e IDACH como órganos legitimados a tal fin.

En este contexto, se desarrolla una iniciativa de jurado de integración indígena pluri-étnica proporcional, que sin duda debe ser bienvenida, como

(110) Cfr. HARFUCH, ob. cit., ps. 124-125.

(111) Artículo 38: Recusaciones. Número. Discriminación. Cada una de las partes tendrá derecho a recusar sin causa a cuatro [4] jurados. Las partes pueden recusar con causa de manera ilimitada. Las recusaciones no podrán estar basadas en motivos discriminatorios de ninguna clase.

objetivo y como medio, y por qué no, en materia de acceso a justicia de los pueblos indígenas, como punto de partida para reconocer la jurisdicción indígena propia, al incluso incorporar a las instrucciones las costumbres, tradiciones y cosmovisiones que difieren incluso de un pueblo indígena a otro. Si bien falta recorrer un largo camino en el reconocimiento de los derechos indígenas ante la justicia, que presenta grandes desafíos para la conformación del Estado, desde que éste pierde el monopolio de la administración de justicia al coexistir dos sistemas de justicia, en la implementación del juicio por jurados indígena existiría un notable avance, esencial para la estructura de equidad y legitimidad en los procedimientos penales. Es que, si el reconocimiento de jurisdicción aún es un desafío por perseguir, la brecha del monismo jurídico se ha fracturado ahí, donde la diversidad ha podido filtrarse ⁽¹¹²⁾.

(112) LILLO, ob. cit., p. 110.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ABOGADOS SIN FRONTERAS CANADÁ, “Lineamientos sobre el derecho a la consulta previa y al consentimiento libre e informado”, ASF Canadá; Publicación: 23/01/2013, disponible en www.asfcanada.ca.
- ALSCHULER, Albert W., *Racial Quotas and the Jury*, 44 *Duke Law Journal* 704-743 (1995) disponible en <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol44/iss4/2>.
- ALTABE, Ricardo - BRAUNSTEIN, José - GONZÁLEZ, Jorge A., “Derechos indígenas en la Argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional”, *El Derecho*, N° 8858, Buenos Aires, 1995.
- ÁVILA ORDÓÑEZ, María Paz, “El Derecho Penal Indígena: Entre La Diversidad y Los Derechos Humanos”, *American University International Law Review* 28 N° 4 (2013): 943-974.
- BASSET, Úrsula, “La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *Tratado de la vulnerabilidad*, Basset, Fulchiron, Bidaud-Garon y Lafferriere (dir.), CABA, La Ley, 2017, 1ª ed.
- BINDER, Alberto M. - HARFUCH, Andrés (Compiladores), “El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional”, *Ad. Hoc*, Buenos Aires, 2016.
- BINDER, Alberto M. - HARFUCH, Andrés (Compiladores), “Teoría y práctica del juicio por jurados. III Congreso internacional de juicio por jurados”, *Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2019.
- BONAVERI, Agustín Bernardo, “Mecanismos para la determinación jurídica de las identidades de los pueblos indígenas argentinos. El control jurisdiccional y las tensiones en el federalismo”, en *El Control de la Actividad Estatal II*, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016.
- BRAVO, Paula A., “Los derechos de los Pueblos Indígenas: territorio y recursos naturales”, *Sup. Esp. Const.* 2019 (noviembre) - Cita Online: AR/DOC/3768/2019.

- CEJA, *Informe sobre Reforma Procesal Penal y Pueblos Indígenas*, Chile, octubre, 2006.
- CONSTABLE, Marianne, *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law, and Knowledge*, Chicago, IL: Univ. Of Chicago Press, 1994.
- COUSO, Jaime, “Mapuches y derecho penal”, Derecho y pueblo mapuche. Olea, H. Ed. Santiago: Diego Portales, 2013.
- CUNEO, Marina, “Pluralismo Jurídico y Jurisdicción Indígena en América Latina Sistemas de Coordinación”, disponible en: <http://www.jusco-rrientes.gov.ar/>.
- DEL RÍO, Víctor Emilio - CARBAJAL, Fernando, “Juicio por jurados: ley de jurados del Chaco”, Contexto Editorial, 2019, 1era. edición, Resistencia, Chaco.
- DIAMOND, Shari, “Las múltiples dimensiones del juicio por jurados”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2016.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José, “El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa: desarrollo, dificultades y desafíos”, Revista Pensamiento Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, Vol. 21 Núm. 21, 2016.
- ENOTPO - Encuentro Nacional de Organizaciones Territoriales de Pueblos Originarios - *Protocolo de consulta previa libre e informada a pueblos originarios*, Argentina.
- FINEMAN, Martha A., *The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition*, Yale Journal of Law and Feminism, 20, 2008.
- FUKURAI, Hiroshi - DAVIES, Darryl, *Affirmative Action in Jury Selection: Racially Representative Juries, Racial Quotas, and Affirmative Juries of the Hennepin Model and the Jury De Medietate Linguae*, (march 23, 1997). Virginia Journal of Social Policy and the Law, 1997, 4:645-681, p. 647, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2584196>.
- GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada”, Buenos Aires: La Ley, 2011, Tomo II. Cuarta Edición ampliada y actualizada.
- GOLDBACH, Toby S. and HANS, Valerie P., *Juries, Lay Judges, and Trials* (2014). Cornell Law Faculty Working Papers. Paper 122, disponible en http://scholarship.law.cornell.edu/clsops_papers/122.
- GÓMEZ ALCORTA, Elizabeth, “Interculturalidad y derecho penal. Tomar partido”, disponible en www.infojus.com.

- GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor, "II Congreso Internacional de Juicio por Jurados", Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2015, 1ª ed., p. 64.
- GROSS, Jordan, *Let the Jury Fit the Crime: Increasing Native American Jury Pool Representation in Federal Judicial Districts with Indian Country Criminal Jurisdiction*, 77 Mont. L. Rev. 281, 2016, disponible en <https://scholarship.law.umt.edu/mlr/vol77/iss2/3>.
- HANS, Valerie - GASTIL, John, "El juicio por jurados: Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia", Ad. Hoc, Buenos Aires, 2014.
- HANS, Valerie P, *Trial by Jury: Story of Legal Transplant*, Law and Society Review, Volume 51, Number 3; Law and Society Association, 2017.
- HARDING, Carol, "El caso de Relmu Ñamku como observatorio para valorar potencialidades, riesgos y desafíos de juicios por jurados interculturales / The Case of Relmu Ñamku as an observatory to assess the potentials, risks, and challenges of intercultural jury trials", 2018. Independent Study Project (ISP) Collection. 2770.
- HARFUCH, Andrés (Director), "El jurado clásico. Manual Modelo de Instrucciones al Jurado. Ley Modelo de Juicio por Jurado", Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, 2014.
- HARFUCH, Andrés, "El veredicto del jurado", Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, 2019.
- HARFUCH, Andrés - BILINSKI, Mariana - ORTIZ, Andrea, "El jurado indígena en Argentina", en Juicio por jurados y procedimiento penal (Coordinado por Gustavo Letner y Luciana Piñeyro), Ed. Jusbaire.
- HENDLER, Edmundo S., "El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas", Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- HIGHTON DE NOLASCO, Elena Inés, "El Camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la constitución de 1994", Cita: RC D 1397/2012.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, "El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígena", San José, C.R.: IIDH, 2016.
- IWGIA - GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDÍGENAS-, *Convenio 169 de la OIT. Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación*, disponible en www.iwgia.org, Copenhague, Dinamarca.
- LILLO, Rodrigo, "El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas", Defensoría Penal Pública, Minuta Regional, 2010, disponible en:

<http://www.dpp.cl/resources/upload/093e523d3fa9fe3d8745793ada63a58b.pdf>.

LILLO, Rodrigo, "Justicia penal y derechos indígenas. El largo camino del reconocimiento de la diversidad", *Revista Austral de Ciencias Sociales*, [28], 2017, 99-115. doi:10.4206/rev.austral.cienc.soc.2015.n28-06.

MACARÓN, Pablo Maximiliano, "Propiedad Indígena. Reivindicación de tierras ancestrales", Ed. Astrea, 2017.

MAZEL, Odette, *The Evolution Of Rights: Indigenous Peoples And International Law*, AUIndigLawRw 8; 13 [1] *Australian Indigenous Law Review* 140; 2009, disponible en <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AILRev/2009/8.pdf>.

MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas* en www.mpd.gov.ar - Buenos Aires, 2010.

MOREIRA, Manuel, "La Constitución y el derecho de los pueblos originarios: el acceso a la justicia culturalmente adecuado", en *Derecho Constitucional Indígena. Argentina, Estado Pluricultural y Multiétnico* (art. 75 incs. 17 y 19), Coordinador Julio C. García, Ed. Contexto, Resistencia, 2012.

MOUSOURAKIS, George. *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Routledge, 1ª ed., 2003.

PORTERIE, Sidonie - ROMANO, Aldana, "El poder del jurado: descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires: comentarios de Julio B. J. Maier..." (et al.). Buenos Aires; Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales- INECIP, 2018, 1ª ed.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia*, Inecip, Buenos Aires, 2005.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto - BENEDETTI, Miguel Ángel - CENICACELAYA, María de las Nieves, "Derecho Constitucional Argentino", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, Tomo 1.

RAMÍREZ, Deborah A, *The Mixed Jury and the Ancient Custom of Trial by Jury De Medietate Linguae: A History and a Proposal for Change*, 74 B.U. L. Rev. 777, 798, 1994.

RAMÍREZ, Silvina, "Derechos De Los Pueblos Indígenas y Reforma Procesal Penal". Casos de Chile y Guatemala, p. 7, disponible en <https://pd-ba.georgetown.edu/Security/citizensecurity/Guatemala/Evaluaciones/ramirez-der-pueblos-indigenas.pdf>.

- ROACH, Kent, *Juries, Miscarriages of Justice and the Bill C-75 Reforms*, Forthcoming, 2020, 98 [1] Canadian Bar Review.
- ROBLEDO, Federico Justiniano, "Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", dirigido por Daniel A. Sabsay y coordinado por Pablo L. Manilli, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, 1ra. ed.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Derechos de los pueblos originarios: ¿El derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción?", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX, Bogotá, 2013.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Elementos de Derecho Constitucional", Astrea, Buenos Aires, 1999, T. II.
- SALGADO, Juan Manuel, "El derecho constitucional a la identidad: una garantía procesal del imputado indígena", Sup. Act. 01/09/2011, 01/09/2011, 1. Cita Online: AR/DOC/2905/2011.
- SANCHEZ, Orlando, "Historia de los Qom del Gran Chaco contadas por sus ancianos", Bilingüe, Resistencia, Contexto Libros, 2017, 2da. ed.
- SIDNEY, Ernestina Marcos Escobar, "El derecho de los indígenas a una defensa adecuada en el nuevo sistema de justicia penal en México", Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Vol. 5 N° 9, enero-junio, 2012.
- UNIDAD DE DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA, "Guía básica para la defensa de imputados indígenas", Chile, 2018, disponible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/f16fc19ab31dc6c65178a3d651408dd7.pdf>.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., "Crisis de la Justicia Penal y Tribunal de Jurado", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, 2da. ed. ampliada y actualizada.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos", El otro derecho, número 30, junio de 2004, ILSA, Bogotá D.C., Colombia.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, "Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)", Justicia penal y comunidades indígenas. Pena y Estado 4: 129-142, 2000.

X.1. Instrumentos internacionales

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención sobre los Derechos del Niño.