



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera Abogacía

El imputado indígena en el proceso penal

N° 666

Dafna Mariel Lachman

Tutor: David Efraín Villarreal

Departamento de Investigaciones
Febrero de 2015

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 (C1426DQ6)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533
e-mail: invest@ub.edu.ar
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>

INTRODUCCIÓN.

A la hora de analizar los motivos por los cuales se desarrolla la presente investigación, resulta de vital importancia remontarse al siglo XV, cuando los españoles arribaron a las costas americanas en busca de nuevas tierras.

Lo cierto es que al pisar tierra firme, los conquistadores no se encontraron con extensiones deshabitadas, sino que hallaron diferentes comunidades de “indios” distribuidas a lo largo de lo que hoy conforma este territorio nacional, y con los cuales se dieron diferentes procesos, desde la resistencia hasta el mestizaje, dándose así la primera matriz cultural del pueblo argentino.

Más allá de los diferentes sucesos históricos que se fueron dando desde aquel entonces y hasta la actualidad, y las muchas corrientes inmigratorias que arribaron a la Argentina en los últimos siglos, lo cierto es que fueron aquellos indígenas quienes resultaron los primeros y principales habitantes de estas tierras -y de lo que hoy constituye territorio de otros países latinoamericanos-, y justamente por ello, por ser originarios -como se los llama-, es que resulta fundamental que sus derechos sean contemplados, y por sobre todo, respetados.

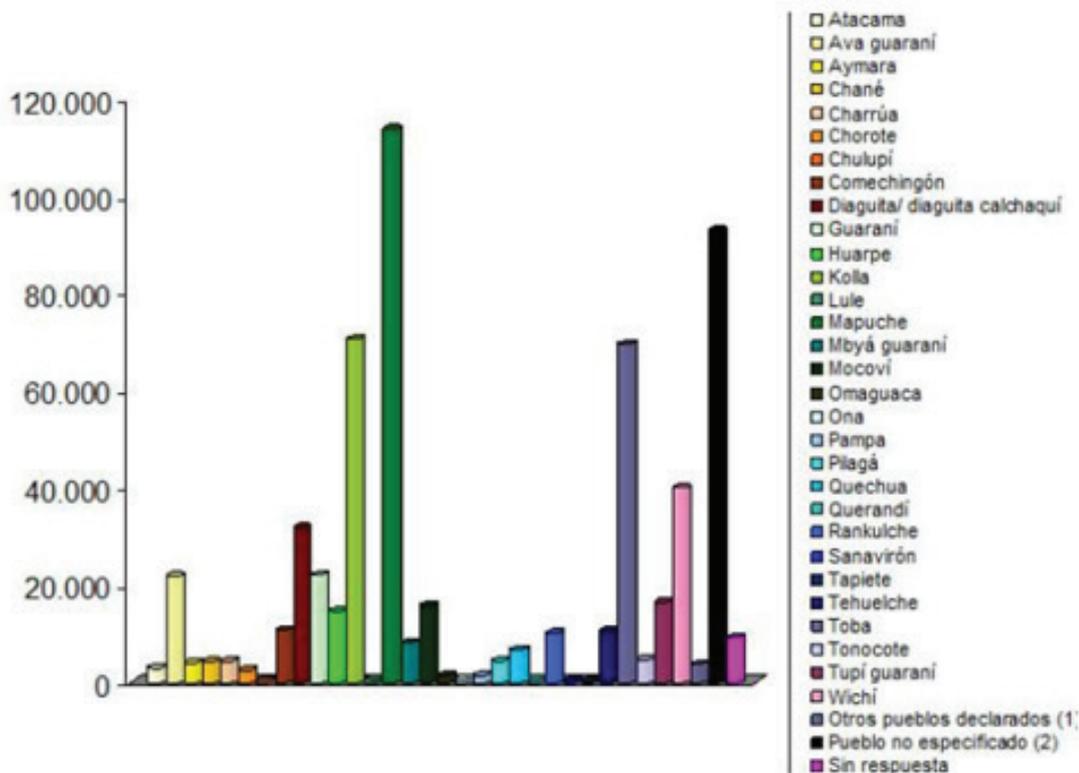
Entonces cabe preguntarse, entre otras cuestiones, si eso ocurre en la actualidad, y de qué manera las diferentes legislaciones se ocupan de ello, en especial desde la óptica del derecho penal y la administración de justicia.

Previamente a abordar la cuestión en sí, es necesario recordar que en el año 2001 el I.N.D.E.C. realizó un censo a fin de precisar la cantidad de población indígena en el país, y que junto con la “Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas”, llevada a cabo entre los años 2004 y 2005, se concluyó que “(...) 600.329 personas se reconocen pertenecientes y/o descendientes en primera generación de pueblos indígenas (...)”. Para ello, se visitaron aproximadamente 57.000 hogares, distribuidos por varias de las provincias del territorio nacional, e inclusive, se hallaron descendientes de tribus que se creían extintas. Con la información recabada, se realizaron diferentes gráficos, siendo uno de ellos el que obra a continuación, que resulta por demás ilustrativo en el presente trabajo¹.

¹ <http://www.desarrollosocial.gob.ar/Uploads/i1/Institucional/6.InformacionEstadistica.pdf> - Sitio web del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (visitada el 20 de octubre de 2014)

Gráfico 1 - Población por Pueblo Indígena. Total País

Cantidad de población



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas 2004-2005, del Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2001, INDEC.

Sin embargo, las cifras extraoficiales de dicho censo habrían arrojado un porcentaje mucho mayor de indígenas en el país, ascendiendo a la cantidad de 1.500.000 personas que se reconocen como tales, es decir, un 4% aproximadamente de la población de aquel entonces².

De lo anterior se desprende que no es menor la cantidad de aborígenes que ocupan estas tierras, aunque sí representan minorías culturales dentro de la Nación Argentina, por lo cual merecen una protección legislativa y judicial adecuada.

Al respecto, en la última reforma constitucional de 1994, se incorporaron al inciso 22 del artículo 75 distintos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, así como también se dedicó un inciso específico a la necesidad de garantizar el reconocimiento de las pautas culturales de los pueblos originarios del país -entre otros derechos a partir de ese entonces reconocidos-, lo que a su vez supuso el posicionamiento de aquello como norma máxima y superior respecto de otro tipo de disposiciones de menor alcance, conforme la pirámide jurídica imperante en el país.

Es por ello, y porque desde aquel entonces y hasta la actualidad pueden vislumbrarse distintos supuestos y desenlaces que surgen del cotejo de aquella disposición con la realidad en materia penal, y con las distintas normas que regulan dicho ámbito jurídico, que en este trabajo se pretende plantear algunos interrogantes a fin de arribar a posibles soluciones.

² "Panorama sobre el derecho indígena: hacia una vigencia sociológica" de Juan F. Gouvert – <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81816000013e0fbe722669c75fc6&docguid=i2F33BED6E5C6401F866E6B71C46F02B7&hitguid=i2F33BED6E5C6401F866E6B71C46F02B7&spos=40&epos=40&td=40&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append> (última fecha de visita: 25/09/2013).

La hipótesis que se plantea es la siguiente:

Resulta imperioso reformular la normativa penal para así poder incluir disposiciones que se adecuen a lo prescripto por el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional -en cuanto al reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos-, y lo dispuesto por los instrumentos internacionales referidos a la materia, ya que no se advierte que desde la sanción de la misma se hayan realizado las modificaciones necesarias al respecto, y tal como se presenta actualmente, muchas veces se encuentran vulneradas garantías constitucionales de indígenas involucrados en casos del ámbito penal.

A fin de confirmar o refutar dicha hipótesis, como objetivo principal se buscará determinar si a partir de la incorporación del inciso 17 al artículo 75 de la Constitución Nacional -al que antes se hiciera referencia- existieron cambios legislativos que contemplen lo allí dispuesto, a la vez que se considerará si la normativa penal tanto de forma como de fondo vigente permite la incorporación de prescripciones atinentes a que ello ocurra, o debe modificarse estructuralmente, para no incurrir en contradicciones.

Asimismo, y como objetivos secundarios, se ahondará en lo prescripto en la primera parte de dicha disposición constitucional, y en el por qué se llegó a consensuar mundialmente que lo relativo a los pueblos indígenas resulta de importancia universal, así como también se estudiará la relevancia de ello a nivel local, indagando así en conceptos relativos a la materia, y traídos de otras disciplinas sociales, con las que necesariamente se encuentran interrelacionadas.

A su vez, se ofrecerá un exhaustivo análisis de las normas tanto locales como internacionales que se relacionan con el tema planteado, haciendo mayor hincapié en las que atraviesan el ámbito penal, sin dejar de lado lo manifestado por distintos doctrinarios tanto locales como extranjeros, que enriquecen sin lugar a dudas el estudio del tema.

Finalmente, y previo a detallar las conclusiones a las que se logró arribar, se brindarán ejemplos concretos mediante jurisprudencia específica, que servirán aún más para lograr la tarea encomendada.

ÍNDICE.

1.- ANTECEDENTES	9
1. I.- Reseña de las fuentes de derecho locales e internacionales relacionados a la garantía y defensa de derechos de los pueblos indígenas y sus miembros	9
1. II.- El inciso 17 del artículo 75 de la constitución nacional, y su interpretación	10
1. III.- Las constituciones provinciales	11
1. IV.- El convenio 169 de la organización internacional del trabajo en profundidad	11
1. V.- La declaración de las naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas	14
1. VI.- Teorías del derecho penal que rigen en argentina	15
1. VI.i.- La teoría del delito	15
1. V.ii.- Las teorías de la pena	15
2. DESARROLLO	16
2. I.- La teoría del delito y su aplicación en el caso de los imputados indígenas	16
2. II.- El principio de igualdad ante la ley, fenómeno de la discriminación inversa	19
2. III.- De las penas y sus consecuencias en el imputado indígena.....	19
3. CASOS DE ESTUDIO, EJEMPLOS DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA	22
I. Abuso sexual en la etnia Wichí – “Ruiz, José Fabián s/ abuso sexual...”	22
II. Pelea entre jóvenes Mapuches - Expte. nro. 24.456/99, caratulado “Maripán Fermín Rodolfo s/ lesiones graves”	24
III. Usurpación de tierras - Expte. nro. 4.930/2006, caratulado “Antiman, Víctor Horacio y Linares, José Cristóbal s/ usurpación”	24
IV. Algunas palabras respecto de los casos planteados.....	25
4. CONCLUSIONES.....	26
5. BIBLIOGRAFÍA.....	34

1.- ANTECEDENTES.

1. I.- RESEÑA DE LAS FUENTES DE DERECHO LOCALES E INTERNACIONALES RELACIONADOS A LA GARANTÍA Y DEFENSA DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS MIEMBROS.

Como se dijo anteriormente, y a modo de introducción, a continuación se expondrá de manera sucinta pero completa el marco normativo que rodea la cuestión planteada, tomando no sólo las disposiciones argentinas, sino también distintas fuentes internacionales, que como tales, repercuten a nivel local.

En primer lugar, cabe evocar lo prescripto en el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional, incorporado a partir de la última reforma del año 1994, -en la que también se decidió incluir en el inciso 22 once instrumentos internacionales de derechos humanos, muchos de los cuales también tienen injerencia en materia indígena-, mediante el cual se establece 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 comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”*, otorgándosele así la jerarquía de norma suprema, de índole operativa.

A partir de ello, puede observarse que en aquel entonces se consideró que la temática relacionada a los derechos de las poblaciones aborígenes en el país merecía un tratamiento adecuado y un alcance superior que el que tenía hasta el momento, posiblemente a la luz de los avances que se dieron a nivel internacional en los años anteriores.

Al respecto, en el año 1989 emergió a nivel internacional el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, con un amplio número de naciones ratificantes, convirtiéndose así en la norma internacional con mayor alcance en lo atinente a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, en múltiples aspectos, incluyendo el ámbito laboral, social y cultural, entre otros.

Asimismo, Argentina ratificó dicho Convenio mediante la Ley 24.071 del año 1992, incorporando a su vez esa disposición a su cuerpo normativo, de donde se desprende -entre otras cuestiones- que en el marco de la Organización Internacional del Trabajo se convocó esa reunión *“Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”*³.

En otro orden, pero también dentro del ámbito internacional, pueden hallarse distintos principios establecidos en normas de carácter ius cogens relacionados a la cuestión indígena, los cuales por su naturaleza resultan ser de contenido inalterable y de carácter imperativo para los Estados, acarreado la nulidad de cualquier acto o disposición que se les contrapongan, todo lo cual los coloca en un estrato superior respecto del resto de las normas existentes.

Tal es el caso del principio de la “libre determinación de los pueblos” o “derecho de autodeterminación”, por el cual se entiende que todos los pueblos tienen el derecho de decidir respecto de sus formas de gobierno, lograr sus respectivos desarrollos económicos, sociales y culturales, y estructurarse libremente -conforme lo establecen distintos documentos que le dieron acogida⁴-, lo que a su vez dio lugar a la formulación de distintas teorías, que más adelante se desarrollarán.

Actualmente, además de los instrumentos normativos antes citados, se cuenta con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007, que contiene de manera

³ <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/470/norma.htm> - Sitio web de Información Legislativa y Documental del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación (última fecha de visita: 29/10/2014).

⁴ Ver artículo 1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y; artículos 1° y 55° de la Carta de las Naciones Unidas, entre otros.

palmaria el principio citado precedentemente⁵, así como también protege varios derechos expresamente enumerados de los pueblos indígenas y sus integrantes.

1. II.- EL INCISO 17 DEL ARTÍCULO 75 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, Y SU INTERPRETACIÓN.

A continuación, y a fin de comprender lo que la mencionada disposición constitucional plantea, se tratará de explicar brevemente algunos de los conceptos elegidos al redactar la norma, sin olvidar que para ello habrá que recurrir a otras disciplinas como la antropología y la sociología, puesto que de ellas emanan dichos vocablos.

Sin embargo, y a la luz del objeto del presente trabajo, se tomará únicamente la primera parte de dicha disposición, la cual establece que corresponde al Congreso *“reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”*.

Cuando se habla de preexistencia, en principio se estaría admitiendo que las poblaciones indígenas desde antaño fueron reconocidas como sujetos de derechos, remontándonos al ya aludido período de colonización y a los posteriores procesos de formación nacional, evidenciándose aquello en que muchas de las proclamas revolucionarias de 1810, actas de la Asamblea de 1813, y la Declaración de la Independencia de 1816 fueron publicadas también en algunas de las lenguas indígenas que se hablaban en el territorio del antiguo Virreinato⁶.

Por otra parte, etnia, conforme el Diccionario de la Real Academia Española, se define como la *“comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, etc.”*, lo cual denota la amplitud del término y la dificultad que por ello se manifiesta a la hora de arribar a un concepto a nivel objetivo, por lo que antropológicamente se llegó al acuerdo básico de que *“la etnicidad debe ser redefinida para cada concreto contexto histórico particular”*⁸, implicando ello una noción dinámica que hace referencia al *“grado de conformidad entre los miembros de una colectividad respecto a normas compartidas”*⁹.

Ello significa que al hacerse referencia a ese término, constitucionalmente se aceptó que ese sentido de pertenencia por parte de las colectividades indígenas existía previamente a la conformación del Estado Nacional y el panorama jurídico actual.

Al hablarse de cultura, nótese que se hace referencia al conjunto de elementos que hacen a la identidad de una población, en las que se incluyen diferentes aspectos como ser las costumbres, el lenguaje, y ciertos modos de vida, que todos los integrantes comparten, y que los diferencian de otros. Sin embargo, y más allá de la escueta definición dada, es el tema central que se desarrollará a lo largo del presente trabajo, por lo que posteriormente, se darán mayores especificaciones.

Finalmente, y como último concepto incluido en la norma traída a estudio, al referirse aquélla a los *pueblos indígenas argentinos*, se tomó la tipificación realizada tanto por la Ley Nacional 23.302 y otras legislaciones provinciales, así como también la formulada por normas anteriores, entendiéndose por tales a *“aquellos grupos étnicos que se identifican como tales por descender de la población que habitaba el territorio nacional en las épocas de la conquista, de la colonización o de la organización nacional”*¹⁰.

⁵ Resolución nro. 61/295, Artículo 3: los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural; Artículo 4: los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas; Artículo 5: los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho de participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado; entre otros.

⁶ Altabe, Ricardo y otros, *Derechos Indígenas en la Argentina: reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales* contenidos en el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, “Relaciones de la Sociedad Argentina de Antropología”, Tomo XXI, p. 81, 1996, Buenos Aires.

⁷ <http://lema.rae.es/drae/?val=etnia> - Sitio web de la Real Academia Española (última fecha de visita: 29/10/2014).

⁸ Ob. cit. precedentemente, p. 83.

⁹ Ob. cit. precedentemente, p. 83.

¹⁰ Ob. cit. precedentemente, p. 82.

1. III.- LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES.

Más allá de lo establecido en la Constitución Nacional, algunas de las provincias del país adoptaron en sus constituciones artículos referidos a la protección de los pueblos indígenas en los respectivos ámbitos territoriales.

Tal es el caso de la Constitución de la provincia de Jujuy, que en su artículo 50 reza *“La Provincia deberá proteger a los aborígenes por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración y progreso económico y social”*; de la provincia de Río Negro, que en su artículo 42 refiere *“El Estado reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborígen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial. Establece las normas que afianzan su efectiva incorporación a la vida regional y nacional, y le garantiza el ejercicio de la igualdad en los derechos y deberes. Asegura el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, promueve la propiedad inmediata de la tierra que posee, los beneficios de la solidaridad social y económica para el desarrollo individual y de su comunidad, y respeta el derecho que le asiste a organizarse”*; y de la provincia de Formosa, que enuncia *“La Provincia reconoce la preexistencia de los pueblos aborígenes que la habitan. El Estado reconoce y garantiza: 1. Su identidad étnica y cultural. 2. El derecho a una educación bilingüe e intercultural. 3. La personería jurídica de sus comunidades. 4. La posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. 5. Su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que la afecten” (art. 79)*.

Ello también ocurre en la ley suprema de la provincia de Chaco, que en su artículo 37 se expresa *“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; 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 todo gravamen. Serán inembargables, imprescriptibles indivisibles e intransferibles a terceros. El Estado les asegurará: a) La educación bilingüe e intercultural. b) La participación en la protección, preservación, recuperación de los recursos naturales y de los demás intereses que los afecten y en el desarrollo sustentable. c) Su elevación socio-económica con planes adecuados. d) La creación de un registro especial de comunidades y organizaciones indígenas”, y también en la de la provincia de Salta, que regla “I. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta. Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley. II. El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros” (art. 15), entre otras.*

1. IV.- EL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN PROFUNDIDAD.

El aludido Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en sus cuarenta y tres artículos, trata desde varias aristas la garantía y defensa de diferentes derechos de los pueblos originarios y sus miembros, razón por la cual se dejarán de lado ciertas cuestiones para así analizar las concernientes a la problemática aquí planteada.

En el primer apartado, titulado “Política General”, se hallan contenidas disposiciones que sientan las bases de lo que versará dicho Convenio, estableciendo entre otras cosas que *“Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.”* (artículo 4, inciso 1), así como

también que *“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y trabajo.”* (artículo 5).

Al respecto, Juan Manuel Salgado ha dicho -en cuanto al primero de los artículos citados- que *“La finalidad de la norma es salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo y el medio ambiente de los pueblos indígenas. Se trata del derecho colectivo a preservar la privacidad y la propia vida cultural indígena. El término “salvaguardia” (...) implica reconocimiento legislativo, administrativo y judicial de la pluralidad étnica, y obliga a los estados a “tomar en cuenta la especificidad indígena”. De este modo la cláusula funciona en dos sentidos: 1) como pauta de interpretación general del convenio, 2) como directriz de acción afirmativa. Como pauta de significación la norma constituye una aplicación del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, e implica que todos los derechos -individuales o colectivos- establecidos en el convenio, los demás tratados de derechos humanos y la legislación interna, deben ser interpretados teleológicamente con el fin de proteger “la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística... (fomentando)... las condiciones para la promoción de esa identidad” (Artículo 1.1 de la Declaración sobre minorías)”*¹¹.

A su vez, y en cuanto al artículo siguiente, manifiesta *“El reconocimiento y la protección se refieren a la “cultura” en su sentido más amplio. El texto menciona a “los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales” (...) Una de las consecuencias del reconocimiento de las “prácticas” es que los tribunales deberán tener especialmente en cuenta la prueba oral propia de las culturas no escritas apartándose de las limitaciones establecidas en las leyes para la prueba testimonial. Si bien en el párrafo no se menciona a las “instituciones” ellas deben considerarse incluidas en la norma ya que constituyen un todo con los valores y prácticas (párrafo b) y también deben ser protegidas (artículo 4.1)”*¹².

Y parafraseando al autor, agrega que ese *“reconocimiento de la identidad”* cobra relevancia cuando la diversidad cultural acarrea conflictos que los órganos estatales deben resolver, dirigiéndose así a los funcionarios judiciales o administrativos, encargados de dirimir dichos problemas inmediatos que surgen *“en el contacto con la cultura indígena, tanto los que se produzcan dentro de la propia vida comunitaria como los que se afrontan en la relación con la cultura hegemónica, sean individuales o colectivos”*. Así -continúa explicando-, la norma exige a los funcionarios nacionales que busquen comprender esos problemas desde la óptica de las culturas indígenas, debiendo a su vez conjugar los sistemas conceptuales originarios y las normas del derecho positivo nacional e internacional relativas a la materia en trato, lo que lleva a presumir que cualquier decisión tomada respecto de un problema tanto general como particular indígena que no halle fundamento en el contexto cultural del/los afectado/s, resultaría violatoria de la disposición en trato¹³.

En otro orden, y volviendo al texto mismo del Convenio, el artículo 8, inciso 1, reza *“Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.”*, mientras que el inciso siguiente se expresa *“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”*

En este sentido, el aludido autor refiere que el mencionado artículo hace alusión a las relaciones entre el derecho particular de los pueblos originarios y el derecho nacional de los estados, constituyendo a su vez una guía para suavizar las dificultades de comunicación entre aquéllos y el sistema judicial. Asimismo, agrega que se establece un marco dentro del cual cada estado debe resolver las cuestiones que

¹¹ Salgado, Juan Manuel, *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas (Comentado y anotado)*, Ed.: Publifadecs, 2006, Neuquén.

¹² Ob. cit. precedentemente.

¹³ Ob. cit. precedentemente.

surgen de la coexistencia de esos sistemas jurídicos, sentando en primer término que la aplicación del derecho estatal debe considerar la especificidad indígena, además de que *“los pueblos indígenas tienen el derecho a mantener sus propias normas e instituciones y el estado debe establecer procedimientos para solucionar los conflictos”*¹⁴.

Continúa Salgado: *“La norma sienta un principio general para todos los casos que conciernan a los pueblos indígenas o a sus miembros (sea que involucren un conflicto entre indígenas y no-indígenas, entre distintos pueblos indígenas o en las relaciones internas de un mismo pueblo) descartando una relación de jerarquía entre los sistemas jurídicos diferentes. Se trata de una guía para regular cómo deben solucionarse los conflictos que impliquen normas originadas en culturas diferentes a la hegemónica (...) Tomar “debidamente en consideración” (párrafo 1) conjuntamente con el “derecho de conservar sus costumbres e instituciones” (párrafo 2) implica que los órganos estatales (incluidos los judiciales) tienen que atender en primer lugar a las propias normas indígenas y que en los casos en que decidan hacer prevalecer el derecho estatal se encuentran obligados a fundamentar su apartamiento de las costumbres o derecho indígena mediante argumentos congruentes con el espíritu del convenio (los límites a la aplicación del derecho indígena se tratarán más adelante, en el comentario de este artículo). En materia penal, en los casos de juzgamiento de miembros de los pueblos indígenas por los tribunales estatales, la norma obliga a adecuar la teoría del delito de modo de tener en cuenta las diferencias culturales”*¹⁵.

A la vez, refiere Salgado que la única condición establecida para la aplicación de los derechos, costumbres e instituciones indígenas se encuentra en que estos *“no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”*, siendo los derechos humanos reconocidos universalmente el *“umbral mínimo”* que debe respetar toda cultura. Finaliza explicando: *“Además de esta garantía mínima, el sistema jurídico indígena tiene prioridad sobre el derecho estatal siempre que no trasgreda los derechos fundamentales que, por encima de aquellos estándares internacionales mínimos, define el sistema jurídico nacional”*¹⁶.

Adentrándose en la cuestión penal, el Convenio en trato instituye, mediante el artículo 9, que *“1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”*; así como también que *“1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”* (artículo 10).

En este punto, el ya citado jurista sostiene que la norma hace referencia a los conflictos internos que se generan en el seno de los pueblos indígenas, y que *“Ante la prueba de que en el caso se han aplicado o la comunidad desea aplicar métodos tradicionales de resolución de conflictos, los órganos penales del estado deben abstenerse de actuar”*. Hace saber que ello resulta difícil de comprender desde la óptica occidental, dado que generalmente en el derecho indígena no existen conductas antisociales que merecen la intervención de la autoridad pública, trascendiendo la voluntad de las víctimas, como ocurre en la concepción penal moderna¹⁷.

Asimismo, agrega *“Por ello las ideas penales clásicas resultan de difícil traducción a contextos sociales no estatales en donde la principal preocupación que guía al tratamiento de las conductas dañinas para la comunidad es el restablecimiento de la concordia, para lo cual normalmente se apela a la responsabilidad colectiva de la familia del autor, que se hace cargo de reparar o compensar el daño y garantizar que no se repetirá. Lo que en el sistema penal de estado es la primera (y generalmente única) vía de aproximación al conflicto, la aplicación de una pena al infractor, entre los pueblos indígenas suele ser la última e indeseable decisión (muestra de un fracaso en restablecer la convivencia social voluntaria). De allí que en la preparación de la declaración americana de derechos de los pueblos indígenas se haya aludido expresamente a soluciones distintas a las jurisdiccionales”*¹⁸.

¹⁴ Ob. cit. precedentemente.

¹⁵ Ob. cit. precedentemente.

¹⁶ Ob. cit. precedentemente.

¹⁷ Ob. cit. precedentemente.

¹⁸ Ob. cit. precedentemente.

En ese sentido, aquél refiere que al obligar el segundo inciso a los Estados a “tener en cuenta las costumbres” aborígenes en las cuestiones penales, aquello debe aplicarse no sólo a los casos internos de una comunidad -que no entren dentro del inciso anterior- sino también a todos los otros supuestos en que se vean involucrados miembros indígenas, independientemente de la calidad que revistan; a la vez que si bien el texto hace alusión a las costumbres en materia penal, ello no excluye el resto de las prácticas culturales indígenas, dado que en dichos contextos, no existe la división del derecho en ramas¹⁹.

Asimismo, expone la idea de que para que ello sea posible, tanto la Teoría del Delito como la Teoría de la Pena deben adecuarse a los parámetros que implica el reconocimiento de la diversidad cultural, agregando que *“soluciones conocidas en la dogmática como la adecuación social del tipo, el error culturalmente condicionado y la “no exigibilidad” de otra conducta, pueden constituir herramientas teóricas que permitan abrir el pensamiento penal a la realidad propia de los pueblos indígenas”* y que *“Como no se presume que los funcionarios estatales conozcan las costumbres indígenas, se impone que prácticamente en todos los casos se requieran informes brindados por las autoridades de cada pueblo o pericias antropológicas, salvo en supuestos incontrovertidos de conocimiento público”*²⁰.

En cuanto al artículo 10, Salgado manifiesta entre otras cosas, que dicha norma deriva del principio de no discriminación, dado que las penas fueron concebidas desde la visión cultural de la sociedad dominante para ser aplicada a sus propios miembros, y su aplicación a miembros de pueblos originarios importaría un sufrimiento aún mayor, violatorio del derecho a la igualdad ante la ley, debido a que se le suma a la sanción el sufrimiento causado por el desarraigo cultural²¹.

1. V.- LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

La aludida Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas data del año 2007, consta de cuarenta y seis artículos, y avanza sobre ciertas cuestiones ya contenidas en el Convenio analizado anteriormente, al ahondar en ciertas disposiciones allí establecidas, y fijar nuevas garantías en materia indígena, aunque como tal, no reviste carácter vinculante para los Estados.

Al respecto, uno de los folletos informativos existentes en la sección del “Día Internacional de los Pueblos Indígenas” del sitio web de dicho organismo internacional, explica que la citada Declaración *“hace hincapié en el derecho de los pueblos indígenas a vivir con dignidad, a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones y a buscar su propio desarrollo, determinado libremente de conformidad con sus propias necesidades e intereses”*, así como también que *“La Declaración aborda, entre otros, los derechos individuales y los derechos colectivos, los derechos culturales y la identidad, y los derechos a la educación, la salud, el empleo y el idioma”*, remarcando que *“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho pueden determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”*²².

Por lo expuesto en la primera parte de este apartado, y en razón de su carácter no vinculante para las Naciones, es que no se hará un análisis concreto de sus disposiciones particulares, sino que oportunamente se volverá sobre ellas, en relación al resto de las normas ya traídas a estudio.

¹⁹ Ob. cit. precedentemente.

²⁰ Ob. cit. precedentemente.

²¹ Ob. cit. precedentemente.

²² http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf - Sitio web de las Naciones Unidas (última fecha de visita: 30/10/2014).-

1. VI.- TEORÍAS DEL DERECHO PENAL QUE RIGEN EN ARGENTINA:

1. VI.i.- LA TEORÍA DEL DELITO.

La Teoría del Delito fue construida para poder analizar adecuadamente si un hecho o conducta que se da en la realidad constituye o no un “delito” propiamente dicho, dado que conforme uno de los principios mundiales, incluidos en la Constitución Nacional, no puede haber crimen sin conducta (“*nullum crimen sine conducta*”).

Al respecto, se entiende que se está frente a un DELITO cuando hay una ACCIÓN, TÍPICA, ANTI-JURÍDICA y CULPABLE, lo que se traduce en que tiene que existir una conducta humana conflictiva, violatoria de un “tipo penal” -ente lógico que establece legalmente qué se considera delito-, que a su vez no se encuentre prevista ninguna causa de justificación que habilite en el caso concreto la realización de esa conducta típica por parte del autor, y finalmente que pueda reprochársele en forma personal al sujeto activo²³.

Esta conceptualización resulta relevante en la presente investigación en virtud de que como se dijera en un comienzo, se buscará examinar, entre otras cuestiones, la problemática que surge en ciertas ocasiones cuando conforme el derecho penal positivo una conducta realizada por un indígena constituye un delito, mientras que para aquél no lo es, sino que es parte de una práctica cultural o guarda relación con sus costumbres; lo cual se analizará en la sección siguiente.

1. V.ii.- LAS TEORÍAS DE LA PENA.

En la estructura del “tipo penal” que se aludiera anteriormente, puede advertirse que se establece una conducta (prohibida) que en caso de ser realizada, y de no mediar ninguna causa justificativa, trae aparejada una consecuencia, llamada PENA.

En función de ello, a lo largo de la historia se formularon distintas teorías que buscan explicar la finalidad de dichas penas, lo que dio como resultado un gran abanico de postulados, que obedecen a diferentes miradas acerca de dicho concepto.

A modo de síntesis, y siguiendo una antigua clasificación, esas teorías pueden distribuirse en tres grupos denominados “teorías absolutas”, “teorías relativas” y “teorías mixtas”, dado que las primeras sostienen básicamente que la pena es un fin en sí mismo, que no tiene un objetivo extrínseco, sino que aquélla se manifiesta como la mera sanción del delito; las segundas la consideran como un medio de prevención para la comisión de delitos futuros, y; las terceras consideran que la pena tiene en miras el pasado y el futuro, retribuyendo el delito ya perpetrado y previniendo a su vez la realización de nuevos²⁴.

Dentro de esa categorización, más específicamente en la segunda de ellas, se encuentra la llamada “prevención especial positiva”, fundamento en el que reposa la normativa argentina, que a su vez encierra las “ideologías re”, es decir, *resocialización*, *reeducción*, *reinserción*, *repersonalización*, *reindividualización*, *reincorporación*, entre otros²⁵.

Respecto de esta cuestión, y advirtiendo que en este sentido podría existir un conflicto atinente al tema en cuestión, más adelante se volverá sobre este punto.

²³ <https://www.youtube.com/watch?v=CljA-bArWQc> - Exposición del Dr. Eugenio Zaffaroni sobre la Teoría del Delito (última fecha de visita: 31/10/2014).-

²⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed.: Ediar, 2008, C.A.B.A., p. 37/48.-

²⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed.: Ediar, 2008, C.A.B.A., p. 37/48.-

2. DESARROLLO.

Ahora bien, habiendo ya analizado los distintos instrumentos tanto internacionales como locales que hacen a la garantía y protección de los derechos indígenas, y teniendo en cuenta que las comunidades indígenas manejan prácticas y valores culturales disímiles entre sí, y también respecto de los restantes habitantes del país, en este acápite se tratará la interacción entre ambos sistemas en el ámbito del derecho penal, más específicamente en los casos en que un miembro de una comunidad aborigen comete “un delito”, conforme lo establecido en el compendio de normas que rigen la materia.

No obstante, y a fin de comenzar el tratamiento de la cuestión con un razonamiento que funcionará de base, debería tomarse en cuenta que de la conjugación de las distintas fuentes ya citadas, y fundamentalmente a partir de la inclusión del texto del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional -con el peso que su jerarquía normativa implica-, se desprende que como dijera Juan F. Gouvert, “*la primera consecuencia del reconocimiento de la diversidad cultural es que ella pase a formar parte de los principios fundamentales que dan contenido a la política criminal del Estado como base ideológica del sistema penal*”²⁶.

Por lo tanto, y siguiendo las palabras del citado autor, “*El derecho penal de un Estado pluricultural debe incorporar el presupuesto fundamental de que no se sancionará la diversidad cultural, que (siempre respetando) será tomado en cuenta el derecho consuetudinario; que serán respetadas las distintas valoraciones sobre las conductas que provengan de parámetros culturales diversos y ‘preexistentes a la cultura oficial’, y que los jueces abandonaron el paradigma de funcionario judicial que sólo toma en cuenta la ley y desentendido con otros datos importantes del contexto social en que se desenvuelve el caso y su propia tarea*”²⁷.

A fin de comprender los diferentes puntos que presenta la problemática en trato, y teniendo en cuenta los múltiples enfoques desde los cuales puede analizarse, se desdoblará la temática en distintos puntos de necesaria contemplación.

2. I.- LA TEORÍA DEL DELITO Y SU APLICACIÓN EN EL CASO DE LOS IMPUTADOS INDÍGENAS.

Para comenzar el análisis en este sentido, se traerá a colación lo dicho en la parte anterior, en cuanto a que la Teoría del Delito establece que para que exista una conducta delictiva tiene que existir una acción, típica, antijurídica y culpable respecto del infractor de la norma.

Asimismo, y en relación a ello, es necesario recordar que en Argentina constituye delito toda acción u omisión especialmente establecida -o tipificada- en el Código Penal y en sus leyes complementarias, que el Estado decide punir, de lo que se infiere que las conductas consideradas como delictivas responden en sí a valores culturales predominantes en la sociedad argentina, representada por el aparato estatal, los cuales no necesariamente encuentran correlación con otros sistemas culturales de grupos que habitan el mismo territorio nacional, en este caso de estudio, los de los diferentes pueblos originarios.

Entonces, y volviendo a lo sostenido oportunamente, cabe analizar cuál debería ser la correcta actuación del aparato judicial y del poder punitivo estatal cuando un indígena actúa conforme a sus costumbres, pero sus conductas a su vez constituyen delitos conforme la legislación penal vigente; ello, a la luz de las garantías de reconocimiento y respeto a las culturas aborígenes que establecen la Constitución Nacional, norma suprema local, y las diferentes fuentes internacionales antes citadas.-

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el conjunto de costumbres y valores que rigen dentro de las diferentes comunidades indígenas no se encuentran escritos, sino que constituyen lo que se conoce

²⁶ “Hacia una efectiva vigencia de los derechos indígenas en el sistema penal argentino” de Juan F. Gouvert – <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81816000013e0fbc722669c75fc6&docguid=iB03D9A2FA2D5D5A4423BF75BEC99D07E&hitguid=iB03D9A2FA2D5D5A4423BF75BEC99D07E&spos=25&epos=25&td=40&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=13&crumb-action=append> (última fecha de visita: 25/09/2013).

²⁷ “Hacia una efectiva vigencia de los derechos...”.

como Derecho Consuetudinario, que debe ser reconocido y respetado a nivel local, conforme ocurre a nivel internacional, ámbito en el que es considerado fuente de derecho.

Al respecto, y a fin de comprender a qué se refiere dicho concepto, puede decirse que por Derecho Consuetudinario se entiende al bagaje de *“normas que resultan de una práctica general aceptada como derecho, cuya existencia es independiente del derecho convencional”*²⁸, tratándose entonces de normas jurídicas que no están incluidas en ninguna fuente escrita -o formal- pero que en la práctica se realizan porque en el tiempo se ha hecho costumbre cumplirlas, siendo requisitos básicos que dichas normas tengan un uso repetitivo y generalizado, así como también que dentro del territorio específico en que se desarrollan, exista consciencia de su obligatoriedad.

De lo anterior se desprende que para el cotejo de la normativa aludida y de esas prácticas culturales, no se contará con instrumentos jurídicos de igual naturaleza, sino que se trata de fuentes formales -por un lado-, frente a un derecho basado en las costumbres -por el otro-, que sin embargo también tiene relevancia jurídica, a la luz de su deber de reconocimiento por parte de las autoridades jurídicas de un país.

Entonces, volviendo a lo dicho en el primer párrafo, se desarrollará a continuación y de manera breve, qué implica cada uno de los conceptos allí nombrados y que componen la llamada Teoría del Delito.

Como cuestión fundamental, debe tenerse en cuenta que para que se pueda imputar a una persona un delito, debe existir un nexo causal, y ello está dado por una acción que genera como consecuencia un efecto lesivo, previamente contemplado en una norma penal -el tipo-, y sobre el cual se establece una pena, pero que a su vez es achacable al sujeto por su libre determinación de actuar de ese modo, y en busca de ese resultado. En función de ello, el Dr. Edgardo Alberto Donna refiere que *“(...) el concepto ‘hecho penal’ resulta de una noción fundamental, cual es la interrelación de una acción u omisión libre, externa e interpersonal que viola el mandato o la prohibición de una norma de conducta, lesionando el bien jurídico esencial, que es la autonomía de la voluntad de ese tercero, ya sea de manera directa o indirecta”*²⁹. De ello se deduce que el análisis que debe hacerse es de índole objetivo-subjetivo, ya que no alcanza con que se dé el supuesto indicado en la norma, sino que también debe analizarse la voluntad del autor en el caso concreto.

Es por ello que el autor continúa más adelante en su obra, señalando que *“el fundamento de la culpabilidad necesariamente debe buscarse precisamente en la libertad del autor, es decir, habrá culpabilidad cuando se le pueda reprochar al autor la conducta típica y antijurídica realizaba, porque le era exigible un comportamiento distinto, dado que tenía la capacidad para motivarse en la norma. Dicho de otro modo, la libertad es la base de la culpabilidad, luego, si el hecho no puede ser imputado a la decisión libre del autor, no es posible formular ningún juicio de reproche”*³⁰. Así, si el individuo actuó conforme a lo establecido en la norma pero sin comprender la “criminalidad” de su acto, no le será reprochable tal conducta, y por lo tanto, tampoco su consecuencia. Como una de esas causales de inimputabilidad, o falta de culpabilidad, el Dr. Donna, citando a Hruschka, escribe que *“(...) no habrá acción libre cuando la necesidad o la ignorancia impiden la imputación del proceso o la acción”*³¹.

De allí que cobra relevancia una cuestión subjetiva del individuo, fundamental a la hora de analizar su culpabilidad, que se ha llamado “dolo”, y que si bien no encuentra una definición única y correcta, el ya citado Dr. Donna caracteriza como *“(...) el conocimiento de todos los elementos del tipo y la voluntad de realizarlos”*, dejando asentado que existen otras corrientes doctrinarias que únicamente lo reducen a una cuestión intelectual, dejando de lado el elemento volitivo³².

Es por ello que a falta de dolo, y no siendo posible imputarle a un sujeto la realización de un tipo penal, por no haber obrado aquél de manera libre, se crearon diferentes causales de inimputabilidad, entre las cuales se encuentra el “error de tipo” y el “error de prohibición”, ambos establecidos en el artículo 34, inciso 1°, del Código Penal. Y lo cierto es que dicho concepto es el que merece especial atención en

²⁸ <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/customary-law/> - Sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja.

²⁹ Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte general*, T. II, Ed.: Rubinzal Culzoni, 2006, Santa Fe, p. 15/16.-

³⁰ Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte general*, T. II, Ed.: Rubinzal Culzoni, 2006, Santa Fe, p. 192.-

³¹ Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte general*, T. I, Ed.: Rubinzal Culzoni, 2006, Santa Fe, p. 55.-

³² Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte general*, T. II, Ed.: Rubinzal Culzoni, 2006, Santa Fe, p. 515.-

el presente trabajo, ya que es allí en donde podrían encuadrarse los casos en que un indígena realiza una acción considerada “delictiva” por la tipificación existente en la normativa penal, pero que aquél no entiende como tal, debido a sus diferencias culturales.

El mencionado inciso 1° del artículo 34 del Código Penal, en su primera parte establece “*No son punibles: 1° El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (...)*”. De las varias situaciones que engloba dicho precepto, la que resulta de interés es la que prevé el supuesto de que un agente pueda no entender la criminalidad de su conducta, ya sea por error o ignorancia de hecho no imputable, lo cual implicará que de probarse dicha circunstancia, no le sea punible la consecuencia dañosa de ese accionar.

Al respecto, el Dr. Eugenio Zaffaroni explica que la distinción de “error de tipo” y “error de prohibición” radica en que en el primer caso, el error recae sobre algunos de los componentes del tipo objetivo -ya sea en la identidad del objeto, o en la causalidad y resultado, o sobre los atenuantes y agravantes, o por incapacidad psíquica general-, mientras que en el otro supuesto, el error impide la comprensión de la antijuridicidad, sin afectar el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Así, agrega “*(...) la diferencia fundamental entre ambos radica en que en el de tipo, el sujeto ‘cree que hace otra cosa’ mientras que en el de prohibición, el sujeto ‘sabe lo que hace’, sólo que no puede motivarse en la norma, puesto que no se dan a su respecto las circunstancias que posibiliten su comprensión*”³³.

Sin ahondar en cada uno de ellos, porque no constituye el objeto de la presente investigación, a modo de síntesis, se dirá que existen distintas clases de error de prohibición. Uno de ellos es el “error directo de prohibición”, que es el que recae directamente sobre la norma misma, es decir, sobre la representación de la valoración jurídica del acto, ya sea por falta de interpretación de la misma por parte del agente, o porque cree que la misma colisiona con otra norma de carácter superior. En sí, “*(...) es un error que afecta siempre la comprensión de la norma prohibitiva, sea por desconocimiento de su existencia como también por ignorancia acerca de su validez o alcance*”³⁴. Asimismo, existe otro supuesto que engloba esta categoría de error de prohibición, y es la que surge en el caso de que exista conocimiento de la norma, pero el sujeto no logre comprenderla, y es la que el mencionado jurista denomina “error de comprensión”.

Conforme expone Zaffaroni, comprender la antijuridicidad de un accionar implica no sólo el conocimiento, sino también la introyección de las pautas de derecho. Entonces, continúa, el error de comprensión es aquel que determina siempre un mayor esfuerzo para la comprensión, lo que llevará al menos a una disminución del reproche de culpabilidad del acto.

Sin embargo, existen supuestos en los que ese error resulta invencible, que aniquilan cualquier posibilidad de formular un reproche, y consecuentemente eliminan la culpabilidad. Estos son los “*(...) errores que condicionan culturalmente la comprensión. Así, no se le puede reprochar a un sujeto la falta de internalización de pautas de conducta cuando ello se opera por razones culturales, aunque conozca la norma prohibitiva*”³⁵.

Así, parafraseando al mencionado autor, un grupo de investigación de la Universidad de Córdoba, a cargo del constitucionalista Claudio Guiñazú, refieren que este tipo de error puede presentarse en tres formas: como un error de comprensión, en el que una persona de una cultura distinta le es imposible entender y aceptar una norma que pena cierta conducta que para aquél se encuentra avalada y forma parte de sus prácticas habituales; como un caso de conciencia disidente, para el caso de que un sujeto tenga conocimiento de la prohibición establecida normativamente, pero no pueda exigírsele su internalización ni la consecuente adecuación de su conducta, a la luz de las diferencias culturales; y por último, como justificación putativa culturalmente condicionada, para la situación de que el autor crea erróneamente que actúa bajo alguna circunstancia de justificación³⁶.

³³ Zaffaroni, Eugenio Raúl y otro, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. I, Ed.: Hammurabi, 1997, C.A.B.A., p. 548.-

³⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl y otro, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. I, Ed.: Hammurabi, 1997, C.A.B.A., p. 550.-

³⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl y otro, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. I, Ed.: Hammurabi, 1997, C.A.B.A., p. 551.-

³⁶ http://www.dpicuatico.com/rueda/rev0003_art02.php#ref2 – (última fecha de visita: 02/02/2015).

Partiendo de esta base, es dable observar que al menos es factible que al momento de imputársele a un indígena un delito, puede ocurrir que su accionar encuadre en alguno de los supuestos antes abarcados, lo cual supondría una causal de inimputabilidad. Sin embargo, aquello no se encuentra claramente incluido en la legislación penal, sino que surge a partir de la construcción conceptual doctrinaria y jurisprudencial.

2. II.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY, FENÓMENO DE LA DISCRIMINACIÓN INVERSA.

Otro punto que debe sumarse al análisis del reproche penal desde la óptica de la Teoría del Delito, es el que se desprende del “principio de igualdad ante la ley” contenido en el artículo 16 de la Constitución Nacional, y por el cual se establece que *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”*, y por eso se entiende -en un sentido restringido- que *“(…) todos los que pertenecen a una misma categoría, establecida por el legislador, [deben ser] tratados de la misma forma”*³⁷.

Este ítem es traído a colación, porque llegado el caso de analizar la situación particular de un indígena imputado en una causa penal, y considerar que su situación es especial, diferente a la del resto de los ciudadanos, algunos podrían aducir que conforme a tal principio constitucional, todos los habitantes de la Nación somos iguales, por lo que deberíamos ser juzgados bajo las mismas normas y condiciones.

Sin embargo, y a pesar de que el citado principio está orientado a que no surjan situaciones de discriminación en ningún ámbito que puedan ocasionar consecuencias dañosa para el “discriminado”, lo cierto es que la garantía consagrada opera “entre iguales”, es decir, entre personas en iguales condiciones y oportunidades, surgiendo así un nuevo fenómeno, que deriva del anterior principio, y que se denomina “discriminación inversa”, en virtud del cual debe tratarse de manera desigual a los desiguales para así asegurarles un tratamiento igualitario respecto del resto, a fin de cumplir con el mandato constitucional.

Y es en este último supuesto en el que debe encuadrarse la situación del aborígen, que forma parte de una minoría cultural, y por lo cual merece un tratamiento diferenciado, ya que en caso contrario, quedaría sometido a los cánones culturales occidentales/argentinos.

En este sentido, resulta relevante recordar que se ha dicho que *“cuando la muy vieja y consolidada jurisprudencia de nuestra Corte nos repite sin cesar que la igualdad -lejos de confundirse con el igualitarismo- exige tratar de modo igual a quienes se hallan en igual situación, y de manera diferente a quienes se hallan también en situación distinta, nos ha dado -y sigue dando- un parámetro que es capaz de proporcionar mucha riqueza aplicativa”*³⁸.

Así, al comprender que no se estaría violando tal garantía constitucional, sino que se estaría aplicando correctamente, atendiendo al espíritu de dicho precepto, no queda más que continuar el análisis en otro sentido, y dejar atrás cualquier posible reproche al respecto.

2. III.- DE LAS PENAS Y SUS CONSECUENCIAS EN EL IMPUTADO INDÍGENA.

Independientemente de lo planteado anteriormente, y en atención a las limitaciones que presenta la realidad legislativa hoy en día, con los consiguientes tratamientos que demandan las causas e investigaciones penales de este tipo, se debe hacer hincapié entonces en otra cuestión que se desprende de ello, y que no es más que el tipo de pena que se aplica en caso de recaer un pronunciamiento condenatorio sobre el imputado indígena.

Como se dijo en la sección anterior, es necesario recordar que la Argentina sostiene como fundamento de la pena la “prevención especial positiva”, lo que significa la asunción por parte del Estado de la tarea

³⁷ http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/19/el-principio-de-igualdad-en-la-ensenanza-del-derecho-constitucional.pdf - Artículo caratulado “El principio de igualdad en la enseñanza del Derecho Constitucional”, de las autoras Liliana Ronconi y Leticia Vita (última fecha de visita: 05/11/2014).

³⁸ Bidart Campos, Germán, *Los derechos de los pueblos indígenas argentinos*, B- 1205 y ssg, 1996, Buenos Aires.

de corregir la conducta del infractor conforme los valores nacionales, así como también transformar su personalidad a fin de que resulte adecuada su convivencia con el resto de la sociedad, una vez que recupere su libertad.

Sentado ello, cabe preguntarse si las penas que nuestro ordenamiento reconoce -prisión, tareas comunitarias, inhabilitación, arresto domiciliario, multa- resultan adecuadas para casos en los que el imputado resulta ser indígena, con costumbres culturales completamente disimiles al resto de los habitantes del país, ajeno al entorno sociocultural en que éste se desarrolla, y de tal modo, si el fin de esa pena se ve distorsionado o aún conserva su razón de ser.

Previo a analizar la cuestión en sí, se citarán algunos delitos y sus penas, conforme lo establece el Código Penal, seleccionados al investigar cuáles son las conductas en las que habitualmente se ven envueltos “infractores aborígenes”, y por los cuales se enfrentan a un proceso de esa índole:

ART.	DELITO	PENA
79	Homicidio	De ocho a veinticinco años de prisión
90	Lesiones dolosas graves	De uno a seis años de prisión
92	Lesiones dolosas graves agravadas	De tres a diez años de prisión
107	Abandono de persona de padres a hijos y viceversa y hacia el cónyuge	De dos años y ocho meses a ocho años de prisión
119	Abuso sexual con acceso carnal agravado	De ocho a veinte años de prisión
150	Violación de domicilio	De seis meses a dos años de prisión
162	Hurto agravado	De uno a seis años de prisión
181	Usurpación	De seis meses a tres años de prisión

Ahora bien, más allá de los ejemplos citados precedentemente, es dable observar que la pena impuesta en todos ellos -y la más comúnmente prevista en el mencionado código de fondo- es la de prisión; herramienta que transgrede los límites que tal teoría sostiene, siendo comprobando en el plano de la realidad que poco resultados se consiguen en relación a lo que las ideologías “re” proponen.

Sin embargo, en algunos casos y dependiendo de las características de cada causa en particular, puede optarse por algún otro medio de resolución, alternativo a la pena de prisión que usualmente establece el Código Penal, existiendo a tal fin -por ejemplo- el juicio abreviado o de la suspensión del juicio a prueba, mal llamado usualmente *probation*.

A modo de síntesis, y centrándonos en el último supuesto, se podría decir que la suspensión del juicio a prueba es una forma de terminación del proceso que no configura una pena en sí, ya que no significa un pronunciamiento condenatorio, sino que como bien refleja el artículo 76 ter, párrafo 4°, del Código Penal, la aceptación de este instituto implica que durante un tiempo determinado por el Juez interviniente, el imputado no deberá cometer ningún otro delito, a la vez que deberá cumplir con ciertas reglas de conducta previamente impuestas, y también reparar el daño en la medida ofrecida, tras lo cual, se considerará extinguida la acción penal en su contra.

A su vez, como requisitos fundamentales para su aplicación, es necesario que dicho beneficio sea solicitado por el propio enjuiciado, el cual deberá ofrecer a su vez una reparación del daño causado a la

víctima y expresar su sometimiento a las reglas de conducta que se le impusieren, ello, en el marco de un proceso en el que se lo esté imputando por un delito levemente penado. Asimismo, para su procedencia, deberán haberse cumplido ciertas etapas procesales (declaración indagatoria, posterior procesamiento, entre otros), y se deberá contar con el consentimiento fiscal para su otorgamiento³⁹.

Así, citando a la Dra. Romina Sette, Romina Soledad Guadagnoli -en su trabajo publicado el 14 de noviembre de 2013 en el sitio web "Infojus", caratulado "*La suspensión del juicio a prueba en conflictos penales de violencia de género*"-, refiere que aquella expresó que la suspensión del juicio a prueba "*se presenta como el primer mecanismo jurídico que modifica el rígido programa de persecución penal oficial que nuestro sistema impone, por medio del cual, el Estado puede renunciar a investigar y a juzgar ciertos delitos, por razones de conveniencia, aunque siempre sujeto a una reglamentación legal de las condiciones de admisibilidad y a un control judicial -meramente formal- acerca de la concurrencia de las mismas en el caso concreto*"⁴⁰.

Independientemente de la discusión doctrinaria acerca de si el mencionado instituto importa una causal de extinción de la acción penal o una excepción al principio de legalidad, lo cierto es que a los fines prácticos funciona como un método alternativo de resolución del proceso penal en sede judicial, que como se verá más adelante, podría resultar de especial interés aplicar a los casos penales de imputados indígenas, como sustitución de la pena que prevén los delitos por los que se los juzga.

³⁹ De Olazabal, Julio, *Suspensión del proceso a prueba*, Ed.: Astrea, 1994, Buenos Aires, p. 16/17.

⁴⁰ http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf130340-guadagnoli-suspension_juicio_prueba_en.htm - (última fecha de visita: 02/02/2015).

3. CASOS DE ESTUDIO, EJEMPLOS DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

I. ABUSO SEXUAL EN LA ETNIA WICHÍ – “Ruiz, José Fabián s/ abuso sexual...”

i. HECHOS:

El 14 de junio de 2005, en Lopocho Mocho, provincia de Salta, Teodora Tejerina, miembro de la comunidad Wichí, y a instancias de la Directora interina de la Escuela Paraje k.m. nro. 14 nro. 4744, denunció a su ex pareja José Fabián Ruiz, también miembro de dicha comunidad, por abuso sexual reiterado a su hija Estela Tejerina, de nueve u once años de edad -cuestión en duda por diferencias entre los dichos de la denunciante y los datos de su inscripción en el Registro de las Personas-, quien producto de ello habría quedado embarazada.

Asimismo, y luego de realizada la debida investigación a fin de probar los hechos denunciados, el Juez de primera instancia procesó a “Qa’Tu” -como se llamara al aludido Ruiz dentro de la comunidad- por el delito de “abuso sexual con acceso carnal en forma reiterada”, resolución apelada por la Dra. América Angélica Alemán, defensora del imputado, y sobre el cual se pronunciara luego la Sala Tercera de la Cámara de Acusación, no haciendo lugar a dicho recurso.

Ante ello, la mencionada letrada presentó un recurso de casación, resuelto con fecha 29 de septiembre de 2006 por los Dres. Antonio Omar Silisque, María Rosa I. Ayala, Guillermo A. Posadas y María Cristina Garros Martínez, miembros de la Corte Suprema de Justicia de Salta en aquel entonces, y por el cual se declaró la nulidad del procesamiento atacado.

Al día de hoy, no existe resolución firme en el caso, aunque Ruiz se encuentra en libertad.

ii. CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO:

En el suceso planteado, y teniendo en cuenta la plataforma fáctica, es dable observar que intervienen distintos instrumentos legales que colisionan entre sí, en especial ante el hecho de que dentro de la comunidad indígena en que ocurrieron los “abusos reiterados”, es costumbre -y consecuentemente parte de su derecho consuetudinario- que cuando una niña menstrúa por primera vez, ya puede elegir a su compañero de vida, considerando que la edad que posea en ese momento, resulta suficiente para ser capaz de llevar una pareja y la vida sexual que ello implica.

Frente a ello, y como norma contraria directa, desde la óptica del Derecho Penal, el Código de fondo de la materia establece que el suceso en trato constituye el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado, dado que una persona mayor de edad mantuvo relaciones sexuales con una menor de trece años, de la cual a su vez resultaba afín en línea recta, o bien por haber convivido con la misma antes de su mayoría de edad, lo cual merece una pena de prisión de entre ocho a veinte años de prisión.

Entonces, dada la contrariedad entre el derecho consuetudinario del imputado y de la damnificada, y la legislación penal argentina, surge como primer interrogante ¿qué tratamiento se debería haber aplicado en el caso planteado? Y teniendo en cuenta que fue la madre de la menor quien formuló la denuncia que activó el mecanismo judicial, pero luego aquélla se desdijo refiriendo que no era su deseo continuar con dicho proceso, dado que fue obligada y engañada al momento en que la realizada, cabe preguntarse, ¿debería haberse continuado?

Y lo cierto es que son muchas las variables a considerar, y las diferentes preguntas que surgen al observar las diferentes aristas que presenta el caso, más aún cuando existen otros instrumentos internacionales que mandan a los Estados a proteger los intereses de los niños en sus territorios, y para nuestro país, un menor de edad es considerado incapaz para decidir en su vida sexual, y por ello, es que trasciende la voluntad privada, y pasa a ser de interés pública la intervención estatal en cuestiones como la planteada.

Pero la cuestión más importante a considerar, y habiendo ya hallado las respuestas a los anteriores interrogantes, es la que nace desde el fondo de la cuestión, y es qué prevalece, si la legislación penal positiva o la costumbre del imputado, que conforme la Constitución Nacional resulta debe ser respetada.

Sobre lo anterior, existieron muchas voces que se pronunciaron al respecto, desde miembros de la comunidad hasta antropólogos y abogados reconocidos, que expusieron sus opiniones en ambos sentidos, demostrando los múltiples caminos que pueden tomarse para arribar a una conclusión, la cual sin duda es de lo más compleja.

Así, se rescatan las siguientes opiniones a fin de ilustrar lo antes sostenido: la antropóloga Morita Carrasco refirió *“Esta comunidad no se maneja con la noción de delito (...) cuando hay peleas, se busca consejo en el responsable de mantener las buenas relaciones en el grupo. Un conflicto frecuente es la pelea entre dos mujeres por un hombre, ante la cual el responsable se ubica como mediador (...) Desde la primera menstruación, la mujer es casable y busca esposo; éste será el reaseguro de su mantenimiento en el grupo (...)”*⁴¹.

A su vez, John Palmer, antropólogo norteamericano que vive en la comunidad Wichí a la que pertenecen las partes, manifestó *“Lo que para nosotros es un adolescente, para ellos es un adulto. Las parejas sexuales se establecen por iniciativa de la mujer (...)”*⁴², mientras que la abogada Silvina Rodríguez, especialista en materia indígena, adujo *“En la detención de Qa’Tu, no se respetaron las normas de su cultura y se dieron por supuestos las de la cultura dominante, la occidental (...) El principio de igualdad requiere respetar las diferencias y, en el Derecho Penal, se han generado mecanismos para ello. Es necesario apelar a intérpretes: muchas veces el indígena no sabe por qué se lo está juzgando. En el caso de Qa’Tu, en la comunidad había una gran perplejidad: simplemente no entendían por qué estaba en la cárcel”*⁴³.

Desde la vereda opuesta, el presidente del Tribunal Oral Federal nro. 1 de la Plata y autor de la ley para casos de abuso sexual infantil, opinó *“Hoy todos, Wichí o no Wichí, deben adherir a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: en la Argentina no se acepta que una niña tenga su despertar sexual con un individuo de mucho más edad que convive con la madre, un perverso, en una relación incestuosa, que inequívocamente está abusando de ella. En el caso que examinamos, no hubo posibilidad de consentimiento válido de la niña, ya que su decisión se basaba en lo que le habían hecho creer que es libre decisión”*⁴⁴.

Por su parte, Octorina Zamora, miembro de la mencionada comunidad Wichí, refirió *“Que se defienda ese caso de la manera en que ellos consideren, que ellos crean, es una cuestión que no involucra al pueblo y a las costumbres Wichí, para justificar la trata, el abuso infantil, y en el futuro, la violencia de género. Así que yo como mujer Wichí me siento bien afectada, dolida y hasta me siento más vulnerable (...) Nosotros luchamos para que dejemos de ser una mentalidad colonizadora, colonizada. Luchamos contra el colonialismo para que venga una antropóloga que sale de las aulas de las universidades argentinas, a llevar esa colonización hacia nuestras comunidades y para mantenemos sometidas (...)”*⁴⁵, a la vez que Leckott Audencio Zamora, escritor de esa comunidad, manifestó *“La erradicación de la violencia contra las mujeres indígenas se debe comenzar respetando sus derechos y en especial a las niñas quienes son las más vulnerables en las diferentes situaciones en las que viven (...) Estupefacto, leí la declaración de una “indióloga”, la antropóloga Morita Carrasco (...) Las personas no se comparten y las niñas, después de su primera menstruación, están en el camino de ser mujeres adultas, y deben guardar normas (...) Después de unos años y cuando ella y la familia (mujeres) lo crea así, ella se pinta y a veces comienza un viaje junto a sus padres para visitar comunidades. Es ella, la mujer, que elige a su futura pareja (...)”*⁴⁶.

En otro orden, desde el canal televisivo “Encuentro” se grabó una serie de documentales bajo el título “Pueblos Originarios”, cuyo capítulo XLII “Wichi. Culturas distantes” trata este caso⁴⁷.

⁴¹ <http://cosecharoja.org/argentina-abuso-sexual-en-la-etnia-wichi-expertos-e-indigenas-debaten/> - Artículo periodístico caratulado “Argentina: ¿Abuso sexual en la etnia Wichí? Expertos e indígenas debaten” (última fecha de visita: 07/12/2014).

⁴² “Argentina: ¿Abuso sexual en la etnia Wichí?...”

⁴³ “Argentina: ¿Abuso sexual en la etnia Wichí?...”

⁴⁴ “Argentina: ¿Abuso sexual en la etnia Wichí?...”

⁴⁵ “Argentina: ¿Abuso sexual en la etnia Wichí?...”

⁴⁶ “Argentina: ¿Abuso sexual en la etnia Wichí?...”

⁴⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=IWaeJta1D-w> - Documental del canal televisivo “Encuentro” que trata el caso de Teodora Tejerina (última fecha de visita: 20/01/2015).

II. PELEA ENTRE JÓVENES MAPUCHES - Expte. nro. 24.456/99, caratulado “Maripán Fermín Rodolfo s/ lesiones graves”.

i. HECHOS:

El 24 junio de 1999, dentro del territorio de la comunidad Mapuche de Calfucurá, en el centro de la provincia de Neuquén, Fermín Maripán y Juan López Villalobos -cuyas familias se hallaban enfrentadas por un problema de tierras asignadas para el pastoreo de sus animales- se encontraron en uno de los campos y comenzaron una discusión, en el marco de la cual el primer nombrado extrajo un revólver calibre .22 y efectuó un disparo, rozando la sien de López Villalobo, causando con ello que aquél perdiera la visión del ojo izquierdo. Ante ello, fue trasladado en ambulancia hacia un hospital de la localidad de Zapala, en donde personal policial tomó conocimiento de lo ocurrido, y dio aviso a la justicia local, iniciándose así una causa por lesiones gravísimas, que conforme el Código Penal, resulta delito de orden público.

Paralelamente, y en diciembre de aquél año, se conformó dentro de la comunidad indígena del “agresor” un tribunal interno (el Nor Feleal) -integrado por un jefe mapuche, un consejero, y dos miembros del pueblo-, el cual llevó a cabo diferentes reuniones con las familias involucradas, hasta que arribaron a la solución del caso: la familia Maripán entregó a la familia López Villalobos el veinticinco por ciento de su ganado y ofreció disculpas públicas, tras lo cual el conflicto quedó resuelto.

Al ser citado a prestar declaración el imputado Maripán, éste se negó a declarar, a la vez que presentó el Estatuto de su comunidad y el acuerdo del Nor Feleal, solicitando a que el mismo sea homologado por la justicia ordinaria, lo que derivó -en el caso específico- el case de la intervención de la justicia estatal.

ii. CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO:

En este hecho las cuestiones a tomar en cuenta son diferentes, dado que no existe un choque cultural y legal en cuanto a si la conducta achacada al imputado constituye delito o no, sino que la problemática versa sobre el modo de resolver el conflicto.

En síntesis, de haberse hallado a Maripán penalmente responsable de las lesiones causadas a López Villalobos, se le habría impuesto una pena de entre uno y seis años de prisión, mientras que dentro de la comunidad, la resolución adoptada con la intervención del Nor Feleal, llevó a una solución de recomposición y resarcimiento del vínculo entre las familias involucradas, considerando ello suficiente para que el conflicto se considere resuelto.

La pregunta que surge entonces es si la justicia penal debería tomar en consideración este tipo de resoluciones alternativas a los conflictos que llegan a su conocimiento y homologarlas, o bien si aquéllas carecen de relevancia jurídica, debiendo imponer entonces las penas que establece el Código Penal.

III. USURPACIÓN DE TIERRAS - Expte. nro. 4.930/2006, caratulado “Antiman, Víctor Horacio y Linares, José Cristóbal s/ usurpación”.

i. HECHOS:

Se les atribuyó a Víctor Horacio Antiman -líder de una comunidad Mapuche “Linares” de la provincia de Neuquén- y a José Cristóbal Linares -también miembro de dicha comunidad- haber cometido el delito de usurpación, a partir del día 31 de enero de 2005, aproximadamente a las 07:30 horas, momentos en los que ingresaron al campo de propiedad de Plácido José González, mediante clandestinidad, despojando al mismo de dicho terreno, junto a un número indeterminado de personas (aproximadamente once a caballo, niños, adultos y ancianos a pie) y también entre 40 o 50 vacas, invadiendo dicho inmueble.

Asimismo, se les achacó también haber permanecido allí a pesar de la advertencia que les hiciera el personal policial luego de la denuncia formulada, en cuanto a que de proceder en tal sentido se configuraría el delito de usurpación, remarcando que los imputados manifestaron que estaban dando inicio a una

toma de tierras y que iban a asentarse a la vera del arroyo Ruca Ñanco, en cercanías de un chenque, para luego construir un puesto y habitar en forma permanente allí y tomar posesión de esas tierras.

Luego de concluida la investigación, y habiendo sido reunida toda la prueba necesaria, se realizó un debate oral el 30 de octubre de 2007, mediante el cual el Titular del Juzgado Correccional de la IV Circunscripción Judicial de la provincia de Neuquén, Dr. Andrés D. Luchino, resolvió absolver a los encartados del delito de usurpación, a la vez que no hizo lugar al pedido de desalojo de las tierras que ocupaban, tal como fue solicitado por la parte querellante.

iii. CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO:

A diferencia de los casos anteriores, en los que las partes involucradas pertenecían a la misma comunidad indígena, en el presente caso sólo los imputados resultan ser aborígenes, mientras que los denunciados y damnificados viven conforme a las costumbres argentinas.

Ello tiene como consecuencia que se dé una dicotomía entre las concepciones de cada uno de ellos: para los imputados ellos ocupaban un territorio que les correspondía ancestralmente, dado que sus antepasados habitaron esa porción de tierra, y nunca dejaron de ocuparla, aunque funcionara como lugar de pastoreo de sus animales, espacio de ceremonias, y lugar sagrado -entre otros-; mientras que para los querellantes, conforme a la asignación de tierras y los registros provinciales, la familia de González había ocupado dicho territorio desde mediados de los años 60', por lo que esas personas se encontraban ocupando ilegalmente una parte de su terreno, lo que configuraría el delito de usurpación, conforme el artículo 181 del Código Penal, merecedora de una pena de prisión de seis meses a tres años de prisión.

Sin embargo, en el este hecho, se tomaron en cuenta las diferentes piezas probatorias, concluyendo el Señor Juez no sólo que no se daban los elementos objetivos que manda el artículo penal antes mencionado, sino también que conforme a la Constitución Penal y otras leyes locales, así como también lo establecido por instrumentos internacionales, se estaba ante el caso de que una población indígena ocupaba tierras ancestrales indígenas, mientras que supuestos poseedores de las mismas reclamaban la turbación de la propiedad.

Por lo tanto, y más allá de considerar que la cuestión debería resolverse en sede civil, determinó que se encontraba suficientemente probado que las tierras del conflicto pertenecieron históricamente a la comunidad Linares, y que sus miembros nunca dejaron de utilizarla, por lo que imputarles el delito de usurpación y desalojarlos resultaría errado, absolviéndolos entonces de dichos cargos.

IV. ALGUNAS PALABRAS RESPECTO DE LOS CASOS PLANTEADOS.

De los casos penales planteados anteriormente, se desprende como primera cuestión de relevancia que más allá de ser distintos los hechos llegados a la órbita judicial, ellos sirven de ejemplo para demostrar las diferentes alternativas que se pueden plantear con respecto a las partes: que ambas pertenezcan a la misma comunidad, o que sólo una de ellas sea indígena, mientras que la otra se maneja con los cánones culturales argentinos.

A su vez, también es dable observar que en los casos elegidos, fueron distintos los elementos de prueba arrimados a los procesos penales que cada uno de ellos demandó, y lo cierto es que en este tipo de supuestos, este tema en particular resulta de especial relevancia.

Asimismo, pueden advertirse las consecuencias de que no existan pautas específicas en materia penal aplicables a los indígenas y sus prácticas culturales cuando las mismas colisionan con el resto del cuerpo normativo, lo que deriva en la falta de coherencia entre los diferentes instrumentos legales tanto nacionales como internacionales y el derecho consuetudinario aborígen, y la consecuente disparidad de resoluciones judiciales, dependiente de la opinión de los magistrados intervinientes.

4. CONCLUSIONES.

Habida cuenta de los elementos consignados en los distintos acápite de la presente investigación, y volviendo a la hipótesis planteada en un primer término, ha llegado el momento de determinar si la misma puede ser confirmada, o en caso contrario, si debe ser refutada.

Asimismo, como cuestión primigenia, se habrá de confirmar la idea planteada y sometida a investigación, concluyéndose que debería reformarse la legislación penal tanto de fondo como de forma, para así lograr una adecuación de la manda constitucional al resto de la normativa que está por debajo de ella, lo cual resultaría -valga la redundancia- ajustado a derecho.

En el derecho comparado latinoamericano, encontramos que en esta región existen diferentes sistemas legislativos. Así, más allá de que la gran mayoría incluye en sus textos constitucionales garantías de respeto a la diversidad cultural indígena, existen Estados cuyas normativas contemplan dicho aspecto bajo la forma de excepciones o atenuantes de responsabilidad en caso de que conforme la legislación imperante se considere que la conducta realizada por un aborigen constituye un delito; a la vez que existen otros países que poseen sistemas mixtos, que cuentan no sólo con un orden jurídico nacional, sino también con sistemas jurídicos diferenciados para las comunidades nativas que habitan el territorio nacional.

A fin de ilustrar lo antedicho, se analizarán brevemente las situaciones legislativas que se presentan en algunos de los países del continente, para luego compararlo con la situación en Argentina, y rescatar los aspectos prominentes que podrían resultar útiles en nuestro país.

En el caso de México, el ordenamiento penal se compone entre el Código Penal Federal, las Leyes Penales Estatales y los Códigos Penales Estatales, instrumentos de los cuales se logra advertir un abordaje parcial de la problemática que acarrea la figura del indígena y sus costumbres frente a lo que el Estado considera como delito, ya que si bien se realizan consideraciones especiales, no se lo exime de responsabilidad.

En tal sentido, en el primero de los Códigos aludidos, se distingue que en la primera parte del artículo 51, se establece *“Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan”*, a la vez que el artículo siguiente fija que para meritar la pena, se deberá una vez más contemplar los usos y costumbres del agente indígena. Asimismo, en el caso de la tenencia de estupefacientes, más precisamente de hongos alucinógenos o peyote, se exime a su poseedor indígena en caso de que pueda presumirse que su uso se encuentra destinado a ceremonias, usos y costumbres de su pueblo.

A su vez, y como otro caso de interés, se encuentra establecido en la *“Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal”*, que en el caso de tratarse de un menor indígena, aquéllos tienen derecho *“en todo el tiempo”* (sic) a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura (conforme los artículos 3, segunda parte, 21 inciso VI, 32 inciso IV y ccs.), así como también ordena al Consejo de Menores tener en cuenta los usos y costumbres de las comunidades a las que pertenezcan los menores indígenas al aplicar las disposiciones contenidas en esa ley (artículo 5 inciso IV).

Finalmente, y a modo de ejemplo, puede tomarse lo establecido por el *“Código de Ejecución de Sanciones Penales y Medidas de Libertad Anticipada para el Estado de Chiapas”*, en cuanto se hace alusión al reconocimiento estatal de la diversidad cultural, y en función de ello se propone la creación de Centros de Readaptación Social Comunitaria para la compurgación de sanciones en caso de delitos graves comunes cometidos por indígenas.

En cuanto a Colombia, cabe remarcar que constitucionalmente se establece el reconocimiento jurisdiccional indígena, articulado a su vez con la nacional (artículo 246), estableciéndose así un sistema mixto de juzgamiento, que opera en diferentes ámbitos pero dentro del mismo país. En este sentido, el Código Procesal establece en su artículo 30, *“Excepciones a la jurisdicción penal ordinaria. Se exceptúan los (...) asuntos de los cuales conozca la jurisdicción indígena”*.

En otro orden, existe una norma de especial relevancia dentro del Código Penal, más precisamente en el artículo 33, por la cual se establece como una de las causales de inimputabilidad el hecho de que el infractor al momento de cometer el delito "(...) *no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por (...) diversidad sociocultural (...)*".

Similares características a lo que ocurre en Colombia se halla dispuesto en la Constitución de Ecuador, en cuanto al reconocimiento de la jurisdicción indígena, aunque se dio un paso más al establecer en el artículo 76, inciso 7.i. que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia, pudiendo considerarse al respecto los casos juzgados por la jurisdicción indígena.

Asimismo, existe en ese cuerpo normativo una sección encabezada por el título "Jurisdicción Indígena", por la cual se determina que "*Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria*" (artículo 171).

A su vez, al igual que el anterior país nombrado, en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano se establece el principio *non bis in ídem* -prohibición de doble juzgamiento-, contando a tal efecto los casos resueltos bajo la jurisdicción indígena (artículo 9), y también se determina que se considerará víctima a "*Las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas indígenas, en aquellas infracciones que afecten colectivamente a los miembros del grupo*" (artículo 441, inciso 8), como cuestiones de mayor relevancia.

Otro caso es el de Perú, que en su Constitución reconoce la pluralidad étnica y cultural de la Nación, a la vez que les otorga personería jurídica a las "*comunidades nativas*", y también establece la jurisdicción indígena, aunque limitada (artículos 2 inciso 19, 89 y 149).

En tal sentido, el último artículo consignado, determina que las "*comunidades campesinas y nativas*" pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de sus ámbitos territoriales, conforme a sus derechos consuetudinarios, siempre y cuando no violen los derechos fundamentales de la persona, a la vez que legalmente se establece una coordinación de dicha jurisdicción con los Juzgados de Paz y demás instancias del Poder Judicial.

Por su parte, en el Código Penal se incluye el ya aludido "error de comprensión culturalmente condicionado", por el cual se exime de responsabilidad delictiva a quien "(...) *por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión (...)*", debiendo a su vez disminuirse la pena cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida (artículo 15).

Finalmente, toca analizar la situación de Bolivia, uno de los países con mayor cantidad de población indígena de la región⁴⁸, que como ya el nombre completo del país lo indica -Estado Plurinacional de Bolivia-, ya no trata especialmente la situación del indígena en su Constitución, sino que desde el artículo 1, y bajo el título "Bases fundamentales del Estado", determina que dicho país se "(...) *constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país*", a la vez que en la disposición siguiente, reconoce la preexistencia colonial indígena en sus territorios, razón por la cual se les garantiza su libre determinación, "(...) *que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley*" (artículo 2). A partir de ello, y a lo largo de todo el cuerpo normativo, constantemente se incluye en las disposiciones constitucionales garantías de igualdad y reconocimientos de derechos colectivos de los pueblos aborígenes e individuales de sus integrantes, tanto del lenguaje, como de las tierras, y también les otorga jurisdicción propia en asuntos internos.

⁴⁸ <http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD9/contenidos/sobre/pon2/pag4.html> (última fecha de visita: 13/01/2015).

Sin embargo, y a pesar de tal reconocimiento pluricultural, en el actual Código Penal de dicho país no existen disposiciones eximentes de responsabilidad en caso de que un aborigen cometa un delito conforme la ley ordinaria, sino una causal de atenuación de la pena, redactada del siguiente modo: “Art. 40°.- (ATENUANTES GENERALES). *Podrá también atenuarse la pena: (...) 4. Cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley*”.

De todos modos, existe un Anteproyecto de Reforma del Código Penal de Bolivia de los años 2008/2009, en cuya confección y redacción participó el Dr. Zaffaroni, en el cual se incluye el “error de comprensión culturalmente condicionado”, estableciendo en el artículo 19 un “error de tipo” que se resume en la idea de que de recaer el autor en un error invencible sobre algún elemento constitutivo del tipo penal, se excluye su responsabilidad penal, y en caso de que dicha persona pertenezca a una cultura originaria, se deberá tener especial consideración por sus “*condicionamientos culturales que impidan o dificulten el reconocimiento de los elementos constitutivos del tipo penal*”. A continuación, se prevé el “error de comprensión”, por el que también se exige de responsabilidad al agente que por sus costumbres o cultura no comprenda la criminalidad de sus actos o no se le pueda exigir que adecue su conducta a dicha comprensión, siendo que en caso de que dicha falta de comprensión o adecuación no sea total, se deberá ajustar la pena conforme el grado en que ello ocurra.

Asimismo, el Código de Procedimiento Penal, determina en su artículo 28, que se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta sea cometida dentro de una comunidad indígena y entre sus integrantes, y sus autoridades hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario -el cual la Ley conciliará-, siempre y cuando dicha resolución no sea contraria a lo establecido en la Constitución estatal.

A su vez, el artículo 391 de ese código de forma, determina que en caso de que un indígena sea imputado por un delito en la justicia ordinaria, se observarán las normas que establece ese Código, así como también las reglas especiales consistentes en que durante el proceso los jueces y/o fiscales serán asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas, el cual también podrá participar en el debate, y que previo a dictarse sentencia, dicho perito deberá confeccionar un dictamen que “*(...) permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal (...)*”.

De lo desarrollado precedentemente, es dable que en mayor o menor medida, en los citados países latinoamericanos existe un reconocimiento a la diversidad cultural y a la jurisdicción indígena, aunque esta última dentro de sus territorios, lo cual podría suscitar el inconveniente de que el delito lo cometa una persona ajena a la comunidad pero que afecte sus intereses o a alguno de sus integrantes, y que en razón de ello la justicia ordinaria reclame la jurisdicción, o bien el caso inverso, en el que el infractor indígena delinca fuera del ámbito que ocupa la comunidad a la que pertenece y así corresponda la intervención de la justicia nacional o también que el hecho lo cometa un agente externo a una comunidad, pero dentro del territorio de la misma, y que por ello aquél desee ser juzgado por la justicia ordinaria, o bien ésta reclame su jurisdicción.

Sin embargo, y más allá de las problemáticas que podrían plantearse, lo cierto es que como se dijera en un principio, en las diferentes legislaciones se le da una gran acogida a la cuestión indígena, y se prevé que debe garantizárseles el respeto a sus culturas y costumbres, teniendo aquéllos derecho a preservarla, porque en caso contrario, de existir una cultura superior nacional, con una jurisdicción única que aplique una única legislación ordinaria, se estaría ante el supuesto de colonización cultural o un nuevo proceso de aculturación, de sometimiento del más fuerte al más débil. Y a pesar de que en Argentina constitucionalmente se determina el reconocimiento a la preexistencia étnica y cultural indígena, a la vez que en algunas provincias también se contempla constitucionalmente dicha cuestión, la realidad es que no existe legislación penal que contemple tal garantía, sino un único bagaje de normas aplicables a todos los habitantes y ciudadanos por igual, sin considerar la diversidad cultural, y tampoco se encuentra determinada una justicia distinta para atender en casos en que un agente indígena sea imputado de un delito conforme dicha normativa.

No obstante ello, en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, sancionado en el año 2014, existen dos normas específicamente dirigidas a los indígenas del país, la primera en cuanto a los derechos individuales de sus miembros, y la segunda en relación a sus derechos colectivos: el artículo 24 establece que “*Cuando se trate de hechos cometidos entre miembros de un pueblo originario, se deberán*

tener en cuenta sus costumbres en la materia", y el artículo 78, inciso e, determina que dentro de lo que se considera "víctima", se hallan "los pueblos originarios en los delitos que impliquen discriminación de alguno de sus miembros, genocidio o afecten de un modo directo sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente".

De la mera lectura se desprende que ello no importa un avance legislativo tan avanzado como el de otros países del continente en la materia, dado que parecería ser una simple aproximación a un eventual tratamiento de la cuestión indígena en el proceso penal, pero tan sutil, y tan primitivo, que no se abarcan las aristas que debieran contemplarse para que exista un respeto real por la garantía constitucional de diversidad cultural, las cuales -aunque ya fueran nombradas- podrían resumirse en cuatro cuestiones: i) la responsabilidad penal del infractor indígena conforme la legislación ordinaria; ii) la jurisdicción indígena en sus territorios y respecto de hechos que ocurran entre sus integrantes y, en su caso, la consecuente homologación judicial; iii) la posibilidad de desistimiento de la acción penal por parte de la víctima en caso de que el suceso llegue a tratarse en sede judicial, y; iv) el tipo de pena aplicable en caso de que intervenga la justicia ordinaria y se resuelva la condena de un imputado aborígen.

i) LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INFRACTOR INDÍGENA CONFORME LA LEGISLACIÓN ORDINARIA.

Sobre esta primera cuestión, cabe destacar que en el país no existe normativamente ninguna consideración especial respecto de la responsabilidad penal que le cabría a un imputado indígena en caso de que se le reprochare un delito, sino que se lo trata y se lo juzga bajo las mismas condiciones que a un ciudadano que se maneja bajo los cánones nacionales, con una óptica "occidental" de la vida y con una rutina acorde a ella, que básicamente sigue la cultura "argentina". Y ello, a primera vista, ya se advierte como un equívoco, dado que resulta imposible pensar en un verdadero respeto a la cultura del indígena -como garantiza la norma máxima argentina y disposiciones varias a nivel internacional- si se lo enjuicia conforme la cosmovisión de la legislación ordinaria, teñida por conceptos culturales "argentinos", y que por tal motivo considera delito a aquello que ética y valorativamente el "argentino" tomó como tal.

Sentado ello, y a fin de sortear esta cuestión, la alternativa que usualmente resulta viable es subsumir cada caso particular a la causal de inimputabilidad establecida en el artículo 34, inciso 1°, del Código Penal, que se desprende del error de prohibición, y que se denomina "*error de comprensión culturalmente condicionado*" (ya invocado anteriormente), que como error invencible, supone la no comprensión de la antijuridicidad del hecho por desconocimiento de la norma o de la situación de hecho que supone la aplicación de la norma debido a la pertenencia del autor a una cultura diferente.

Ahora bien, como se dijo en apartados anteriores, de ello se desprende que el autor del supuesto delito obró conforme a sus costumbres y creencias, desconociendo el carácter delictivo atribuido por la legislación penal a su accionar, o bien conociéndolo, pero no pudiendo actuar de manera distinta, dado que sus valores y costumbres lo tornan parte de su práctica cultural habitual.

Es que sucede que los indígenas tienen su propio conjunto de usos y costumbres, sus sentimientos, sus lenguajes, sus concepciones de familia, sus consideraciones respecto de lo justo e injusto, y sus nociones de castigos, lo que a su vez representa consecuencias en la construcción, vigencia y aplicación de las normas a las cuales se someten y eventualmente sancionan sus comportamientos en comunidad⁴⁹, lo cual lleva a la conclusión de que subsumir las culturas de cada pueblo originario a una cosmovisión única desde la mirada nacional estatal, implicaría no sólo un absurdo, sino también un tratamiento errado, a la luz de las ya mencionadas reglas constitucionales y universales de garantía y respeto de sus costumbres.

Entonces, más allá de esta solución provisoria que muchas veces se advierte jurisprudencialmente, ¿No resultaría correcto y ajustado a derecho reformar la legislación penal nacional de fondo para así incluir dicha causal de inimputabilidad en el cuerpo normativo, y que su aplicación no dependa de la audacia de un abogado o funcionario judicial que decida aplicarla? Es que a esta altura, y considerando el desarrollo internacional en la materia, la situación normativa argentina al respecto se encuentra desactualizada, antigua, y poco garantista de los derechos que la Constitución Nacional reconoce a la diversidad cultural indígena.

⁴⁹ "Panorama sobre el derecho indígena...".

Sin embargo, existen otras reformas, más profundas aún, que contemplan desde otros aspectos las garantías constitucionales e internacionales establecidas para los indígenas, que merecen atención.

ii) LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN SUS TERRITORIOS Y RESPECTO DE HECHOS QUE OCURRAN ENTRE SUS INTEGRANTES Y, EN SU CASO, LA CONSECUENTE HOMOLOGACIÓN JUDICIAL.

Otro de los puntos que merecen tratamiento es el que versa sobre la jurisdicción indígena en sus territorios y para casos en que ocurra un hecho entre algunos de sus integrantes.

Sin entrar en la temática de las tierras indígenas, que merece un tratamiento aparte y muy extenso, lo cierto es que no se encuentra prevista en ningún tipo de legislación argentina una jurisdicción especial aborígen con facultad de actuar en dichas áreas en caso de que surja algún evento “delictivo” entre integrantes de una comunidad, sino que en tal caso, será la misma justicia ordinaria que actúa en todo el país la que investigará y juzgará lo ocurrido, conforme las normas que se aplican a todo “argentino”. Consecuentemente, quedarán relegadas las costumbres ancestrales que mantienen los pueblos en cuanto a las formas de resolver los conflictos, y así se arribarán a resultados completamente disímiles a los que ellos adoptarían, lo que se traduce en un nuevo caso de aculturación, contrario a la letra constitucional e internacional.

Varios son los inconvenientes que surgen a la hora de tratar una problemática indígena bajo la óptica de funcionarios judiciales, siendo el más destacable, el hecho de que puede resultar muy difícil o incluso imposible comprender la cultura de las partes desde la “cultura argentina”, dado que muchas veces resultan muy disímiles así. Y ello, no sólo introduce errores desde una etapa muy prematura de la investigación, sino que acarrea nuevas problemáticas, fundamentalmente en el modo de resolver el conflicto.

El caso de los jóvenes mapuches, Fermín Maripán y Juan López Villalobos, es un claro ejemplo de lo sostenido en este punto. En esa ocasión, paralelamente a la intervención de la Justicia provincial, en la que el imputado enfrentaba una pena de prisión por causar lesiones de entidad grave al damnificado, se formó dentro de la comunidad a la que pertenecían los involucrados una especie de “consejo juzgador”, que con la participación de las familias de aquéllos, acordó una forma suficiente de resolver el conflicto, consistente en un perdón público y la entrega de una cantidad determinada de animales de pastoreo por parte de la familia del agresor. Por último, se buscó una homologación judicial de ello, que de fin al proceso penal.

Ahora bien, de lo anterior es dable advertir varias cuestiones de interés. La principal -que será tratada en el punto siguiente- es que a todas luces, ambos modos de resolver el conflicto adoptan formas distintas, y ello responde al espíritu que rige detrás de cada uno de los “procesos”, tanto al indígena como al judicial. Al respecto, sólo a modo de adelanto, se dirá que en el primero, se busca la autocomposición de las partes, y una solución en lo posible amistosa, mientras que en el otro, la pena de prisión tiene por fin reeducar y reformar al infractor para que reinsertado en la sociedad, no vuelva a delinquir. Pero no debe olvidarse que todo ello tendrá lugar en la cárcel, institución que responde a la “cultura nacional”.

Pensar en una jurisdicción aborígen propia, es considerar una de las alternativas de autogobierno, u auto-organización. Y yendo más profundo aún, ¿No es eso parte de la “preexistencia étnica y cultural” indígena cuyo respeto se garantiza no sólo a nivel constitucional, sino también internacionalmente? La forma de resolver conflictos entre miembros de una comunidad, que no involucre intereses de terceros ajenos a ella, es sin duda un aspecto cultural más, en el que el Estado no debería intervenir, ya que como se sostuvo en varias partes del presente trabajo, ello constituiría un sometimiento de la cultura mayoritaria más fuerte por sobre la minoritaria y más débil. Y lo más prudente sería entonces, permitir que se resuelva dentro de cada comunidad, y que judicialmente se homologue dicha resolución, para así hacer “cosa juzgada” del hecho allí tratado, y no se caiga en un futuro doble juzgamiento del mismo.

Sin embargo, y de considerarse que una jurisdicción paralela resulta de algún modo muy controversial, podrían crearse una Unidad Fiscal especial -como la UFI de Medio Ambiente; la UFI PAMI; la PROCUVIN, que trata delitos relativos a la violencia institucional; la UFI de Violencia de Género; etc- a fin de que trate todo caso que involucre a un indígena, y cuyo personal se encuentre más capacitado para hacerlo, tanto

desde el conocimiento cultural hasta también por el tipo de medidas que podrían adoptar y solicitar al conducir las investigaciones.

No obstante, y hasta tanto exista alguna modificación legislativa que prevea alguna de estas jurisdicciones especiales, existen ciertas medidas que deberían adoptarse dentro de cualquier proceso penal para que efectivamente se garanticen los derechos del indígena, cualquiera sea el rol que ocupe.

En primer lugar, y en caso de que hable otro lenguaje, debería asignársele un traductor, capaz de comprender los tecnicismos jurídicos, y una persona -que podría ser la misma-, a fin de que le explique el proceso y cada acto del mismo, con sus implicancias. Por otra parte, todas las partes, es decir, Juez, Fiscal y abogados intervinientes, deberían conocer y estudiar los aspectos culturales del o los indígenas involucrados, para lo cual se podría solicitar la asistencia de un antropólogo conocedor de la misma, que podría volcar los aspectos principales y demás cuestiones de interés en una pericia antropológica. Asimismo, se podría solicitar a diferentes organizaciones, tanto oficiales como ONGs, el envío de información relevante con la que cuenten y que resulte de interés para comprender la cultura de la/s parte/s. Finalmente, se debería solicitar a las autoridades de la comunidad a la que pertenece/n su opinión en el tema, ya que son los verdaderos conocedores de la dinámica de la misma. Y todo ello, porque para que sea un proceso justo, debería existir fundamentalmente una comprensión de lo más completa respecto de la cultura distinta.

iii) LA POSIBILIDAD DE DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DE LA VÍCTIMA EN CASO DE QUE EL SUCESO LLEGUE A TRATARSE EN SEDE JUDICIAL.

A modo de síntesis, podría decirse que en el sistema penal existente en nuestro país, rige un sistema acusatorio, en el que como regla general, los delitos son de "orden público", por lo cual el Estado deberá impulsar la acción en los procesos penales, independientemente de la voluntad del damnificado, conforme lo establece el artículo 71 del Código Penal. Sin embargo, a modo de excepciones, se establecen taxativamente "delitos de orden público dependiente de instancia privada" en los cuales es necesario que el ofendido inste la acción penal, tras lo cual el Estado impulsará el proceso, dado que a partir de ese momento nacen las razones de interés o de orden público necesarios (conforme surge del artículo 72 del mencionado Código de fondo), y "delitos de instancia privada", en los que la víctima es la encargada de impulsar el proceso (especialmente establecidos en el artículo 73 del Código Penal).

Sentado ello, y a la luz de lo desarrollado en las páginas precedentes, cabría preguntarse si no resultaría una alternativa viable y de suma utilidad incluir un nuevo artículo en el Título XI del Código Penal, denominado "Del ejercicio de las acciones", que establezca que en caso de que un caso en el que se vean involucrados indígenas llegue a conocimiento judicial, el damnificado tenga la posibilidad de desistir de la acción penal, independientemente de cuál delito constituya el objeto procesal.

Como se viera en los casos de estudio traídos a colación previamente, ante ciertas situaciones previstas en la normativa penal como delictivas, puede ocurrir que aquellas no se encuentren dentro de las previsiones de los ya mencionados artículos 72 o 73 del Código Penal, razón por la cual el Estado se verá obligado a impulsar el proceso judicial, independientemente de que la víctima no desee hacerlo.

Pero lo cierto es que puede ocurrir que el damnificado indígena no desee que ello ocurra, o porque para él no constituye delito alguno, o porque desea que la situación planteada se resuelva en el seno de la comunidad a la que pertenece, como ocurrió en el caso de los Mapuches Fermín Maripán y Juan López Villalobos.

Entonces, considerando que el sistema acusatorio se apoya en que le corresponde al Estado, entre otras cosas, velar por los intereses de la sociedad en su conjunto, para que dentro de ella se respete la normativa establecida, y por ello se buscaría en última instancia readaptar al infractor para que una vez devuelto a la sociedad, aquél se adecue a los valores que dentro de la misma se manejan, no existirían en estos casos razones de orden público ni de interés que merezcan la intervención "obligatoria" del Estado, ya que los indígenas -como es sabido- manejan otros cánones culturales, ajenos al resto de la población argentina.

Y es por ello que, como se sostuviera anteriormente, incluir una previsión de este tipo resultaría al menos respetuosa de las garantías constitucionales e internacionales de los de los derechos indígenas, a la vez que se ajustaría a los fundamentos del sistema penal argentino.

iv) EL TIPO DE PENA APLICABLE EN CASO DE QUE INTERVENGA LA JUSTICIA ORDINARIA Y SE RESUELVA LA CONDENA DE UN IMPUTADO ABORIGEN.

Dejando de lado la cuestión de la jurisdicción especial, y dado que a la fecha no se encuentra prevista, queda como último punto a tratar la procedencia de la pena de prisión que establece el Código Penal para ciertos delitos a los cuales muchas veces imputados indígenas resultan condenados, luego del proceso llevado a cabo en el seno del aparato judicial.

Como se anticipó en el punto previo, aplicar a un condenado indígena una pena de prisión, resultaría por demás equivocado, ya que conforme la finalidad de la pena que sigue nuestro país, dicha institución teóricamente funciona para reeducar y resocializar -conforme la cultura argentina- al infractor de las normas -también creadas bajo parámetros culturales nacionales-, para que una vez reinsertado en la sociedad, no delinca nuevamente. Y más allá de que impartirle al aborigen condenado una cultura ajena a la suya importaría un sometimiento cultural violatorio de las garantías contenidas en el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional, lo cierto es que para un indígena, que vive junto con otros integrantes de su misma comunidad, con costumbres y condiciones muchas veces completamente opuestas al resto de la sociedad argentina, ello significaría un castigo mucho más severo.

Vale recordar que la mayoría de los pueblos originarios del país viven en zonas rurales, muy conectados con la naturaleza, y en asentamientos apartados de las principales ciudades, lejos de personas que se manejan con los cánones culturales "argentinos". A su vez, sostienen entre ellos diferentes costumbres, imposibles de reproducir en un espacio carcelario.

Al respecto, en un documental sobre los Q'om, el cacique Diaviaxaiqui (o Clemente López) de la comunidad de Derqui, en la Provincia de Chaco, dice "*uno, como bien decía mi abuela que murió de ciento doce años, dice, el indio sin tierras no es indio (...) eso es lo que extraño yo, el río, el bosque, el campo, las aves*" (sic)⁵⁰.

Así, vale decir que conforme se puede obtener de múltiples fuentes que reproducen los aspectos culturales y cotidianos de las varias poblaciones indígenas que habitan este país, es un signo característico la vida en comunidad, más allá de los núcleos familiares que la componen, y en razón de ello para muchos no existe la propiedad privada, ni cerraduras en las puertas de las viviendas, a la vez que todos viven en permanente contacto con la naturaleza, los animales, y los ritos que realizan en torno a ella.

Entonces, a modo de síntesis, y tomando lo dicho hasta el momento en este acápite, aplicar una pena privativa de la libertad a un indígena resultaría desacertado, ya que dejaría de responder a los fundamentos de la pena que le sirven de sustento, a la vez que resultaría violatorio de sus garantías constitucionales e internacionales.

Entonces deviene necesario preguntarse qué tipo de pena alternativa podría establecerse en estos supuestos. Lo primero que se advierte como adecuado sería el trabajo comunitario, la reparación a la víctima, o en todo caso el arresto domiciliario, pero también resultaría prudente considerar como regla general la aplicación de la probation en esta clase de procesos; debiendo recordar que ello implicaría que el infractor cumpla con ciertas reglas de conducta impuestas por un tiempo definido -durante el cual se encuentra a prueba-, tras lo cual, y habiéndolas realizado satisfactoriamente, se considera que las pena se extingue, sobreseyéndolo y archivando finalmente el expediente.

Pero lo cierto es que para que ello sea posible, debería reformarse el artículo 76 bis del Código Penal, ya que el mismo establece condiciones para que pueda aplicarse, a la vez que supedita su concesión al consentimiento fiscal. Lo sostenido, en concreto, es que debería existir un apartado especial que establezca

⁵⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=nSwuQvVSFSs> - Documental sobre los Q'om (última fecha de visita: 20/01/2015).

que en caso de que recaiga un pronunciamiento condenatorio sobre un indígena, a pedido del mismo, se le concederá sin más trámite la suspensión de juicio a prueba, sin necesidad de consentimiento fiscal, y para todos los casos que no vulneren derechos fundamentales de las personas.

CONSIDERACIÓN FINAL.

Habiendo planteado en primera instancia una hipótesis, que luego mereció el desarrollo de las páginas anteriores, no queda más que confirmar lo oportunamente ensayado, y así sostener que es necesario reformar la legislación penal argentina, tanto de forma como de fondo, para que no se vean vulneradas las garantías constitucionales e internacionales consagradas respecto de los derechos de los indígenas, especialmente en lo que respecta a la preservación por parte del Estado de su identidad cultural.

Así también concluye su ensayo "Error y cultura en el Derecho Penal" el Dr. Ricardo Ángel Basílico, al expresar que *"El sistema de enjuiciamiento penal y la propia pena como forma de reacción del Estado, no resulta el modo más adecuado para enfrentarse a los conflictos sociales cotidianos, y menos aún, cuando nos hallamos frente a casos en donde se encuentra presente la diversidad cultural. Por ello, resultan esenciales leyes (en este caso la ley penal) que se adecuen ágilmente a la Constitución Nacional, la cual reconoce la pluralidad cultural, e incorporen criterios garantizadores del respeto a la diversidad cultural, observando la no violación de derechos fundamentales"*⁵¹.

⁵¹ <https://www.kennedy.edu.ar/DocsDep18/Psicolog%C3%ADa%20Preventiva/Error%20y%20Cultura%20en%20el%20Derecho.%20Ricardo%20Bas%C3%ADlico.pdf> – (última fecha de visita: 02/02/2015).-

BIBLIOGRAFÍA

- Altabe, Ricardo y otros, *Derechos Indígenas en la Argentina: reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional*, "Relaciones de la Sociedad Argentina de Antropología", Tomo XXI, p. 81, 1996, Buenos Aires.
- Salgado, Juan Manuel, *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas (Comentado y anotado)*, Ed.: Publifadecs, 2006, Neuquén.
- Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte general*, T. I y II., Ed.: Rubinzal Culzoni, 2006, Santa Fe.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl y otro, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. I, Ed.: Hammurabi, 1997, C.A.B.A.
- Bidart Campos, Germán, *Los derechos de los pueblos indígenas argentinos*, B- 1205 y ssg, 1996, Buenos Aires.
- De Olazabal, Julio, *Suspensión del proceso a prueba*, Ed.: Astrea, 1994, Buenos Aires.
- <http://www.senado.gov.ar/delInteres> - Constitución de la Nación Argentina.
- <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm> - Código Penal de la Nación.
- <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm> - Código Procesal Penal de la Nación.
- <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml> - Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- <http://www.senado.gov.ar/bundles/senadoparlamentario/pdf/70/pacto-internac-der-ciiviles-pol.pdf> - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- <http://www.un.org/es/documents/charter/> - Carta de las Naciones Unidas.
- <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6030.pdf?view=1> - Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- <http://lema.rae.es/drae/?val=etnia> - Sitio web de la Real Academia Española.
- http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf - Sitio web de las Naciones Unidas.
- <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/customary-law/> - Sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja.
- <https://www.youtube.com/watch?v=C1jA-bArWQc> - Exposición del Dr. Eugenio Zaffaroni sobre la Teoría del Delito.
- <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/470/norma.htm> - Sitio web de Información Legislativa y Documental del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación.
- <http://www.desarrollosocial.gob.ar/Uploads/i1/Institucional/6.InformacionEstadistica.pdf> - Censo del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

- <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/25013> - Artículo publicado en el Servicio de Difusión de la Creación Intelectual de la Universidad de La Plata.
- <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81816000013e0fbe722669c75fc6&docguid=i2F33BED6E5C6401F866E6B71C46F02B7&hitguid=i2F33BED6E5C6401F866E6B71C46F02B7&spos=40&epos=40&td=40&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append> - Artículo publicado, "Panorama sobre el derecho indígena: hacia una vigencia sociológica", del autor Juan F. Gouvert.
- <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81816000013e0fbe722669c75fc6&docguid=iB03D9A2FA2D5D5A4423BF75BEC99D07E&hitguid=iB03D9A2FA2D5D5A4423BF75BEC99D07E&spos=25&epos=25&td=40&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=13&crumb-action=append> - Artículo publicado, "Hacia una efectiva vigencia de los derechos indígenas en el sistema penal argentino", del autor Juan F. Gouvert.
- http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/19/el-principio-de-igualdad-en-la-ensenanza-del-derecho-constitucional.pdf - Artículo caratulado "El principio de igualdad en la enseñanza del Derecho Constitucional", de las autoras Liliana Ronconi y Leticia Vita.
- http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf130340-guadagnoli-suspension_juicio_prueba_en.htm - Artículo caratulado "La suspensión del juicio a prueba en conflictos penales de violencia de género", de la autora Romina Soledad Guadagnoli.
- <http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD9/contenidos/sobre/pon2/pag4.html> - Artículo publicado en el sitio web del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología.
- <https://www.youtube.com/watch?v=nSwuQvVSFSs> - Documental sobre los Q'om.
- <http://www.terragnijurista.com.ar/jurisprudencia/indigena.htm> - Artículo publicado, relacionado al caso "I. ABUSO SEXUAL EN LA ETNIA WICHÍ – "Ruiz, José Fabián s/ abuso sexual...".
- <http://cosecharoja.org/argentina-abuso-sexual-en-la-etnia-wichi-expertos-e-indigenas-debaten/> - Nota periodística relacionado al caso "I. ABUSO SEXUAL EN LA ETNIA WICHÍ – "Ruiz, José Fabián s/ abuso sexual...".
- <http://www.cij.gov.ar/nota-2881-Salta--la-Corte-orden--que-acusado-de-abuso-sexual-siga-detenido.html> - Nota periodística relacionado al caso "I. ABUSO SEXUAL EN LA ETNIA WICHÍ – "Ruiz, José Fabián s/ abuso sexual...".
- <http://www.slideshare.net/jorgejujuy/corte-de-justicia-de-salta-ruiz-jos-fabin-recurso-de-casacin> - Recurso de Casación del caso "I. ABUSO SEXUAL EN LA ETNIA WICHÍ – "Ruiz, José Fabián s/ abuso sexual...".
- <https://www.youtube.com/watch?v=IWaeJta1D-w> - Documental del canal televisivo "Encuentro" que trata el caso de Teodora Tejerina.
- <http://edant.clarin.com/diario/1999/12/18/e-07201d.htm> - Nota periodística relacionado al caso "II. PELEA ENTRE JÓVENES MAPUCHES - Expte. nro. 24.456/99, caratulado "Maripán Fermín Rodolfo s/ lesiones graves".
- http://www.derechopublicointegral.com/rueda/rev0003_art02.php - Artículo publicado, relacionado al caso "II. PELEA ENTRE JÓVENES MAPUCHES - Expte. nro. 24.456/99, caratulado "Maripán Fermín Rodolfo s/ lesiones graves".
- <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s> - Código Penal Federal de México.
- <http://mexico.justia.com/federales/leyes/ley-para-el-tratamiento-de-menores-infractores-para-el-distrito-federal-en-materia-comun-y-para-toda-la-republica-en-materia-federal/> - Ley para el Tratamiento de

Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda La República en Materia Federal de México.

- <http://www.pgje.chiapas.gob.mx/informacion/marcojuridico/Leyes/Estatales/Codigo%20de%20Ejecucion/Condigo%20de%20Ejecucion.pdf> - Código de Ejecución de Sanciones Penales y Medidas de Libertad Anticipada para el Estado de Chiapas, México.
- <http://www.constitucioncolombia.com/indice.php> - Constitución de Colombia.
- http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf - Código Penal de Colombia.
- http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_const.pdf - Constitución de Ecuador.
- http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/EQU/INT_CEDAW_ARL_EQU_18950_S.pdf - Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano.
- <http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf> - Constitución de Perú
- <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo> - Código Penal de Perú.
- <http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf> - Constitución de Bolivia.
- http://www.oas.org/juridico/spanish/gapeco_sp_docs_bol1.pdf - Código Penal de Bolivia.
- http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/bolivia%20anteproyecto%20parte%20general%20version%20final%5B2%5D.pdf - Anteproyecto de Reforma del Código Penal de Bolivia.
- http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/BO/codigo_procedimiento_penal.pdf - Código de Procedimiento Penal de Bolivia.
- http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502012000200008&script=sci_arttext – Artículo “Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal” DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE, VOL. XXV, NRO. 2, DICIEMBRE DE 2012, P. 177 A 205 (última fecha de visita: 14/01/2015).
- http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf - Nuevo Código Procesal Penal de la Nación.