



**EXIMIENTE DE PENA Y ATENUANTES PREVISTAS EN EL ANTEPROYECTO
DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO.**

**APLICACIÓN A LA CASUÍSTICA QUE CONTEMPLA LA SITUACIÓN DE LOS
PUEBLOS ORIGINARIOS**

ABOGACÍA

ALTAMIRANO, LORENA YANINA TAMARA

AÑO 2019

Dedicatoria

A todos los integrantes de mi familia, Susana, mi mamá y mis hermanos Gonzalo, Florencia, Gastón, Facundo y Agustín, por ser quienes me apoyaron, me acompañaron, confiaron en mí y en que podía y durante estos años me dieron su amor incondicional, su comprensión y su constante motivación a seguir adelante con mi formación profesional y enviándome siempre sus buenos deseos para cada uno de los exámenes que he rendido.

A mi abuela Nina, por sus consejos, por su ayuda y por su apoyo incondicional.

A mis compañeros de trabajo que me apoyaron y me ayudaron siempre. Al que fue mi juez durante 9 años, Daniel Muñoz, por su acompañamiento en todos esos años.

A mis compañeros de estudio, que hoy se han vuelto grandes amigos, a los cuales felicito porque han llegado al título profesional aún ante las adversidades que les ha puesto la vida pero demostrando que con perseverancia todo se puede.

Muchas gracias a todos.

Resumen

El presente trabajo se basa en el análisis de una nueva figura penal, incorporada en el Anteproyecto de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, en el que se plantea una eximente cultural y un atenuante cultural en relación al tratamiento que debe darse en caso que un hecho delictivo sea cometido por un miembro de un pueblo originario.

Analizaremos la situación actual de los pueblos originarios en nuestro país y el marco regulatorio vigente.

Expondremos la necesidad de incorporar la eximente y atenuante cultural dentro de las eximentes previstas dentro del Código Penal, específicamente como causa de justificación, ausencia de culpabilidad o excusa absolutoria.

Estudiaremos el artículo en cuestión y así desarrollaremos los motivos que manifestaron los redactores a la hora de incluirlo dentro del Código Penal y por qué consideraron a la eximente y atenuante cultural dentro de las eximentes de falta de culpabilidad.

Finalmente, aplicaremos lo expuesto a un caso particular, esto es, a la utilización de sustancias estupefacientes prohibidas manipuladas por dos pueblos originarios durante sus rituales religiosos.

Palabras Clave: pueblos originarios, delitos culturalmente condicionados, eximente y atenuante cultural, causas de justificación, ausencia de culpabilidad, excusas absolutorias.

Abstract

The present work is based on the analysis of a new criminal figure, incorporated in the Draft of Reform, Update and Integration of the National Criminal Code, which proposes a cultural exemption and a cultural mitigation in relation to the treatment that must be given in the event that a criminal act is committed by a member of an original people.

We will analyze the current situation of the native peoples in our country and the current regulatory framework.

We will expose the need to incorporate cultural exemption and mitigation within the exemptions provided for in the Criminal Code, specifically as a cause of justification, absence of guilt or absolute excuse.

We will study the article in question and thus develop the reasons stated by the editors when including it in the Criminal Code and why they considered the cultural exemption and mitigation within the exemptions of lack of guilt.

Finally, we will apply the above to a particular case, that is, to the use of prohibited narcotic substances manipulated by two native peoples during their religious rituals.

Keywords: native peoples, culturally conditioned crimes, exemptions and cultural mitigations, causes of justification, absence of guilt, absolute excuses.

ÍNDICE

<p>EXIMIENTE DE PENA Y ATENUANTES PREVISTAS EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO.</p> <p>APLICACIÓN A LA CASUÍSTICA QUE CONTEMPLA LA SITUACIÓN DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS</p>

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: PUEBLOS ORIGINARIOS	21
1. Concepto	22
2. Culturas originarias	26
3. Pueblos originarios en nuestro país	28
4. Marco regulatorio	30
5. Conclusiones parciales	51
CAPÍTULO II: LA EXIMIENTE CULTURAL Y SU TRATAMIENTO EN LA DOCTRINA	54
1. La eximente cultural	55
2. La eximente cultural, el tipo subjetivo y la culpabilidad	56
3. La eximente cultural y la antijuridicidad	67
4. La eximente cultural y la excusa absoluta	72
5. Conclusiones parciales	77
CAPÍTULO III: LA EXIMIENTE CULTURAL EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL	80
1. Exposición de motivos	82
2. Artículo n.º 19	86
3. Postura adoptada por el legislador	99

4. Conclusiones parciales	99
CAPÍTULO IV: CASO PRÁCTICO EN EL MARCO DE LA LEY NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES N.º 23737	102
1. Artículo n.º 5	103
2. Las posibilidades de realización típicas de las conductas descritas motivadas culturalmente	104
3. Conclusiones parciales	106
CONCLUSIONES	108
ANEXO	117
BIBLIOGRAFÍA	195

Introducción

El objetivo que tiene este Trabajo Final de Grado es profundizar el estudio de un artículo del Anteproyecto de Reforma del Código Penal¹, específicamente hacemos referencia al artículo n° 19 del Libro Primero, Parte General, Título III -De las penas y medidas-, Capítulo I -De las penas y su determinación- el que reza:

“(…) Exención y reducción de la pena 1. Exención de pena. Insignificancia. No se impondrá pena alguna cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren insignificantes. 2. Exención de pena y aplicación de la pena por debajo del mínimo. El juez podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, o incluso prescindir de ésta, en los siguientes casos: a) Pena natural en hechos culposos. En los hechos cometidos por imprudencia o negligencia, cuando las consecuencias hubieren afectado gravemente al autor o partícipe. b) Pueblos originarios: sanciones. Cuando el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres. Se atenderá a la magnitud de la sanción sufrida y a la gravedad del hecho. c) Hechos conforme a la cultura originaria. Cuando la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria, salvo que se tratare de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana. 3. Aplicación de la pena por debajo del mínimo. El juez podrá determinar a pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, en los siguientes casos: a) Menor significación. Cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren de escasa significación. El juez podrá imponer la pena de multa reparatoria. b) Pena natural en hechos dolosos. En las circunstancias del apartado a) del inciso 2°, y tratándose de hechos dolosos, cuando mediare una significativa desproporción entre la lesión sufrida por el agente y la causada por éste al bien jurídico. c) Penas o lesiones ilícitas infligidas por funcionarios. Cuando el agente hubiere sido objeto de tortura,

¹ Texto según Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Zaffaroni, E. Raúl (Presidente); Arslanián, León Carlos; Barbagelata María Elena; Gil Lavedra, Ricardo; Pinedo, Federico (Miembros); Álvarez, Julián (Secretario); Carlés, Roberto Manuel (Coordinador). 1ra. edición - Marzo 2014. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A. Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. ISBN en trámite. <www.saij.gov.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>. Página 343. Fecha de consulta 05/04/2017.

tormento o vejaciones por acciones u omisiones de funcionarios encargados de su detención, cuidado o transporte, o hubiere sufrido un grave daño en su salud por la inseguridad de los lugares de detención o los medios de transporte”.

Así, se trabajará en concreto el tipo penal proyectado, para observarlo desde un punto de vista abstracto, sistemático y axiológico y así determinar su verdadero sentido y genuino alcance. Una vez desentrañada su valoración política y legal corresponderá su entendimiento para integrarla dentro del sistema unitario y coherente de derecho positivo.

Con el fin de resaltar la razonabilidad de esa figura, tanto por atender una necesidad que incumbe a grupos étnicos determinados, como por verificarse su introducción armónica en los institutos que rigen el marco legal pertinente, se procederá a su análisis confrontándola con los conceptos que derivan del delito penal.

La teoría del delito constituye un concepto analítico porque se construye como un método de análisis de distintos niveles –acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- cada uno de los cuales admite el anterior, se va subiendo uno a uno. Es un sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se va elaborando, a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales, comunes a todas las formas de aparición del delito.

Adentrándonos específicamente a cada uno de los niveles mencionados debemos partir del concepto de delito y así mencionar las nociones brindadas por algunos grandes doctrinarios. Roxin (1997) estableció que *“toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple con eventuales presupuestos de punibilidad”* (p. 193). Por su parte, Bacigalupo (1994) definió al delito como una *“acción típica, antijurídica y culpable”* (p. 44), para Soler (1970) es la *“acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal”* (p. 208), Zaffaroni (1981) aduce que es la

“conducta típica, antijurídica y culpable” (p. 30) y Núñez (1999) como el *“hecho (acción en sentido amplio) típico, antijurídico, culpable y punible”* (p. 110).

De allí surgen los elementos de la teoría del delito ya mencionados que refieren en primer lugar si existió alguna conducta, acción u hecho, como comportamiento exterior voluntario, que causa un resultado. Luego, hay que analizar si esa acción, conducta o hecho humano comisivo (hacer) u omisivo (no hacer), encuadra en una figura prevista en el Código Penal o en otra ley de naturaleza penal. Esto no es otra cosa que la tipicidad, o sea, la adecuación de la acción humana a una figura legal, ya que de lo contrario sería una conducta atípica.

El tipo es un elemento del hecho punible. Es la selección de hechos que por su dañosidad, el legislador lo declara digno de ser penado. Es la determinación conceptual del hecho contenido en la norma. La tipicidad es la conducta y limita la causalidad (teoría de la equivalencia de las condiciones). El tipo es el limitador del ius puniedi; solo se castiga las conductas típicas. Por lo tanto importa una garantía para los ciudadanos. Los tipos son dispositivos de la ley penal (están contenidos en la Parte Especial del Código Penal) que describen las conductas prohibidas penalmente.

Los elementos del tipo son tres: 1) Elementos objetivos: son realidades externas, 2) Elementos subjetivos: son elementos psíquicos o internos del autor y 3) Elementos normativos: son valoraciones o juicios de valor.

Además, el tipo hace referencia a los contenidos de la culpabilidad, toda vez que, por medio del tipo se puede determinar si la conducta es dolosa o culposa. Asimismo,

determina la pena en especie y cantidad, teniendo en cuenta la importancia del bien jurídico en juego. Pueden ser tipos comunes o calificados comúnmente llamados agravados.

El tipo establece condiciones objetivas de punibilidad, cuando enuncia condiciones objetivas sin la cuales niega la imposición de la pena. Se trata de circunstancias previstas en la ley penal, que se parecen a las que conforman la categoría independiente de punibilidad, ya que se inspiran en criterios políticos-criminales que no afectan los presupuestos específicos que hacen a su infracción (disvalor de la acción o del resultado).

No obstante, estas condiciones se diferencian de las que integran la punibilidad propiamente dicha, porque hacen depender la objetiva relevancia jurídico-penal del hecho en sí mismo (tipicidad), por lo que subordinan el castigo de todos y no sólo de algunos de sus intervinientes. Su naturaleza es objetiva ya que se refieren exclusivamente al hecho.

Así, son condiciones objetivas de punibilidad (como ya dijimos, circunstancias típicas ajenas al comportamiento o al resultado del hecho punible), aquellas descriptas en la figura respectiva, que solo representan modalidades de ejecución, calidades del autor, ocasión o condiciones del supuesto típico. Lo dicho es congruente con la postura de Carlos Lascano (2000) cuando deja sentada su postura al respecto:

aunque es cierto que estas condiciones no se identifican con los elementos típicos propiamente dichos, que ya no se refieren ni al disvalor del comportamiento ni al del resultado del hecho punible, igualmente integran la tipicidad, porque si el tipo penal sirve, precisamente, para seleccionar los hechos penalmente relevantes, deben constituir materia suya, todos los elementos que condicionan la objetiva punibilidad de un evento (incluidas las condiciones objetivas de punibilidad) y no solamente aquellos que hacen a la infracción de la norma primaria (p. 321).

En la vereda del frente se encuentran autores como Carlos Creus (en Lascano, 2000, p. 321) que sitúan las condiciones objetivas de punibilidad dentro de la categoría punibilidad porque entiende que aunque se relacionan con la conducta típica, no la integran y sólo determinan la necesidad de aplicar al caso concreto una pena.

La antijuridicidad es *“la calidad del hecho que determina su oposición al derecho”* (Nuñez, 1999, p. 143). Lo antijurídico es lo jurídicamente prohibido y lo que el derecho prohíbe es el ataque a los bienes jurídicos. Corroborando que la acción es típica debemos continuar por establecer si la misma es antijurídica o, por el contrario, en qué casos la realización de un tipo penal no es contraria a derecho. Como expresa Mir Puig (1996, p. 121/122) *“El primer requisito de la antijuridicidad penal es la tipicidad penal. Un hecho es penalmente típico cuando se haya previsto por una ley como constitutivo de una especie o figura (tipo) de delito, como el asesinato, el robo, la estafa, la falsificación de documento público, etcétera. Ello asegura la relevancia penal del posible hecho antijurídico, pues no todo hecho antijurídico tiene carácter penal, sino solo los que realizan un tipo de delito. (...). El segundo requisito de la antijuridicidad penal es la ausencia de causas de justificación...”* (en Donna, 2009, p. 8).

Y así, una acción típica no será antijurídica si interviene a favor del autor alguna causa de justificación, las que obedecen al principio de que en caso de conflicto entre dos bienes jurídicos debe salvarse el preponderante para el derecho.

Sin desconocer la postura de De La Rúa y Tarditti (2015) en cuanto refieren que *“Las causas de justificación emergen de la totalidad del orden jurídico y, por lo tanto, configuran un elenco que no se encuentra cerrado porque está sometido a las variaciones*

de la legislación” (p. 23), aquí vamos a analizar las previstas en el artículo 34 del Código Penal.

El estado de necesidad es *“un estado de peligro actual para intereses legítimos que sólo puede ser conjurado mediante la lesión de los intereses legítimos de otros”* (Jescheck. p. 316 en Lascano, 2000, p. 154). Según Nuñez (1999) *“es la situación en que se encuentra el que causare un mal a un bien ajeno, por evitar otro mayor inminente a un bien propio o ajeno, al que ha sido extraño”* (p. 161).

Ampliando un poco el concepto dado, debemos decir que mal es el daño causado a un interés individual o social protegido jurídicamente, bien jurídico. Estos bienes pueden ser individuales como la vida, la libertad, la integridad física, la propiedad, el honor y pueden ser propios o ajenos o pueden ser bienes de índole social como la salud pública y la seguridad pública o el orden constitucional y la seguridad de la Nación. Inminente es que está por suceder. Mediante la frase “por evitar”, la ley exige que el autor obre movido por la necesidad de impedir el mal mayor. La mayor entidad del mal, y así la determinación del bien menos valioso, no depende exclusivamente de la calidad de los bienes en juego, sino también, de la calidad del daño evitado al bien defendido y del causado al bien lesionado. La apreciación de ambas calidades se estima según el valor que les asigne el derecho positivo de conformidad con las normas de cultura social propias de cada tiempo y lugar y las circunstancias de cada caso. Que el autor haya sido extraño al mal mayor quiere decir que no puede serle atribuible y que no está obligado a soportarlo.

La legítima defensa es *“una reacción ante una agresión actual e ilegítima de una persona a la persona o bienes propios del defensor o del tercero defendido, que consiste en*

la realización de un tipo que afecta a un bien jurídico del agresor y que es legítima, lo que dependerá de que esta afectación sea oportuna y racionalmente necesaria para impedir o detener el ataque, que no es imputable al defensor” (De la Rúa y Tarditti, 2014, p. 60).

Aquí la justificación encuentra fundamento en la prevalencia de interés por la protección del bien del agredido respecto del interés por la protección del bien del agresor, lesionado por aquél o por el tercero que lo defiende. Asimismo, resulta justificado el sacrificio de un bien de mayor valor que el defendido siempre que haya racionalidad en el medio empleado por el agredido y que éste no haya provocado suficientemente la agresión. La legítima defensa puede ser de la propia persona o de los derechos propios o de la persona de un tercero o sus derechos.

Por último, haremos referencia al ejercicio legítimo de un derecho, al ejercicio legítimo de un cargo, al cumplimiento de un deber y al ejercicio legítimo de una autoridad. Aquí, la justificación está regida por el cumplimiento de una ley porque son causas que tratan deberes que surgen directamente de ella y que el autor directamente ejecuta. Es importante traer a colación que, el que un hecho considerado lícito por otra rama del derecho, no pueda castigarse, en principio por el derecho penal según Mir Puig (1996) “*es por algo más que la unidad del ordenamiento jurídico: es por la **función de ultima ratio del derecho penal dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico***” (Lascano, 2000, p. 166). En este punto se actúa en el ámbito de la libertad y dentro de lo autorizado por el ordenamiento jurídico. El sujeto sabe lo que hace y actúa conforme ese conocimiento, pero el hecho típico no se castiga ya que no es reprochable puesto que si bien se produce el ataque a un bien jurídicamente protegido, el ataque se encuentra autorizado por el ordenamiento jurídico.

Debe tenerse presente que quien actúe en exceso traspasando los límites permitidos por la ley, la necesidad o la autoridad será castigado con la pena fijada para el delito ya sea por culpa o imprudencia según el artículo 35 del Código Penal.

El tercer peldaño es el de la culpabilidad, entendida ésta como *“la actitud anímica jurídicamente reprochable del autor respecto de la consumación de un hecho penalmente típico y antijurídico”* (Nuñez, 1999, p. 181). El reproche tiene fundamento en tres cuestiones bien diferenciadas, la primera es en la capacidad de autor para comportarse con arreglo a las exigencias del derecho penal (imputabilidad); la segunda en la conciencia por parte del autor del significado de lo que hace y su voluntad de hacerlo (dolo) o en su falta de precaución (culpa) y tercera en su libertad de decisión (inexistencia de coacción). Sin embargo, puede ocurrir, que el sujeto autor de la conducta típica y antijurídica no sea pasible de reproche por ausencia de culpabilidad.

La imputabilidad es según Nuñez (1999) *“la capacidad para ser penalmente culpable”* (p. 181), que presupone madurez mental, salud mental y conciencia que hacen que la persona comprenda la criminalidad del acto y dirija sus acciones. Es un método mixto bio-psicológico.

El criterio biológico está compuesto por la madurez mental que *“es el desenvolvimiento intelectual y volitivo suficiente para comprender la criminalidad del acto ejecutado y dirigir las propias acciones”* (Nuñez, 1999, p. 182), esa madurez se alcanza a los dieciséis años de edad según la el artículo n° 1 del Régimen Penal de la Minoridad el que reza: *“No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con*

multa o con inhabilitación”². Hasta el momento en que la persona cumple esa edad, es absolutamente incapaz.

La salud mental está relacionada a la falta de enfermedades de la mente. Según lo dispuesto en el Código, no goza de salud mental quien padece insuficiencia de sus facultades o alteraciones morbosas de las mismas. La insuficiencia de las facultades (oligofrenia) según Nuñez (1999) “*es la detención, preferentemente intelectual, del desarrollo síquico del individuo*” (p. 183), ejemplos serían la idiocia, la imbecilidad, la debilidad mental y la sordomudez. La deficiencia o retraso mental es considerada por la Organización Mundial de la Salud como un trastorno del desarrollo mental caracterizado principalmente por el deterioro de las funciones concretas de cada época del desarrollo y que contribuyen al nivel global de inteligencia, tales como las funciones cognitivas, las del lenguaje, las motrices y la socialización. La alteración morbosa se equipara a la alineación mental o trastorno psicopático de la esfera intelectual (sicosis) y a la semialineación que son trastornos de otra índole, particularmente afectivos y comprende la neurosis y las personalidades sicopáticas.

El último de los criterios es la conciencia que “*como característica de la capacidad delictiva, es la cualidad psicológica que tiene el individuo de conocer y valorar sus propios estados, ideas, sentimientos, voliciones, etc. o algo exterior*” (Nuñez, 1999, p. 1983). La expresión conciencia se refiere a la conciencia perceptiva o lúcida, que consiste en “*el claro o nítido conocimiento de los acontecimientos internos y externos de nuestra vida*

² Régimen Penal de la Minoridad. Ley 22.803. Sancionada y promulgada el 05 de Mayo de 1983. Recuperado servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/114167/texact.htm. Fecha: 20/06/2019

psíquica, en cuya virtud percibimos correctamente, nos orientamos en tiempo y espacio, respondiendo adecuadamente a los estímulos ambientales y los evocamos cronológicamente” (Cabello, en Lascano, 2000, p. 204).

El estado de inconciencia generado por causas fisiológicas como el sueño, el estado de hipnosis, el mandato post-hipnótico y los estados afectivos en su grado más profundo, o por causas patológicas, no le debe ser imputable al autor que lo padece.

El presupuesto psicológico está dado por la posibilidad de comprender la criminalidad del acto, es decir, la posibilidad del autor de saber lo que hace y comprender el significado social de ello y por la posibilidad de dirigir sus acciones, o sea, el autor debe tener la posibilidad de gobernar su conducta comprendiendo el acto que ejecuta.

Con lo dicho se concluye que, la insuficiencia o la alteración morbosa de las facultades y el estado de inconciencia que excluyen la posibilidad de comprender la criminalidad del acto o de dirigir las propias acciones, constituyen causas de inimputabilidad.

Por último, en el ámbito de la punibilidad debemos decir que lo que aquí se analiza es que, para que formalmente se produzca la posibilidad de la imposición de pena o de una medida de seguridad, existen otras condiciones ajenas a la teoría del delito. Un delito resulta punible si concurren ciertas condiciones de punibilidad que son necesarias y suelen distinguirse en positivas, que son las necesarias para la pena o la medida de seguridad, y las negativas, que son las que impiden dichas consecuencias.

La condición positiva tradicional es la acción penal como vía del ejercicio del poder que tiene el Estado para promover y ejercitar la persecución penal a través del debido proceso. Las acciones penales se distinguen por su disposición en públicas y privadas,

según sea público (Ministerio Público o Fiscal) o privado³ (ofendido) el titular de su ejercicio. Asimismo, las acciones públicas, por su promoción, se dividen en promovibles de oficio o promovibles a instancia privada⁴, de acuerdo a que no sea obligatorio o sí, la provocación de la actividad persecutoria por parte del ofendido. Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, la acción penal es pública y se ejerce de oficio.

En este punto es importante hablar de las penas y las medidas de seguridad. La pena es un mal consistente en la pérdida de bienes como retribución por haber violado el deber de no cometer un delito y decimos que es un mal porque se priva a la persona de algo de lo que gozaba o le impone una carga personal que no tenía la obligación jurídica de soportar. Sólo la pérdida de bienes como retribución por el mal causado por el delito cometido es una pena. La pena es retributiva porque con ella la sociedad responde a la ofensa que, violando su deber de abstenerse de delinquir, el autor le infiere a bienes individuales o sociales.

³ Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Año 2019. ARTICULO 72.- Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91. 2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas. 3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio: a) En los casos del inciso 1, cuando la víctima fuere menor de 18 años de edad o haya sido declarada incapaz; b) En los casos del inciso 2, cuando mediaren razones de seguridad o interés público; c) En los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre éstos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

⁴ *Ibidem*. ARTICULO 73.- Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: 1) Calumnias e injurias; 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157; 3) Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159; 4) Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge. Asimismo, son acciones privadas las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima. La acción por calumnia e injuria, podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes. En los demás casos, se procederá únicamente por querrela del agraviado o de sus guardadores o representantes legales.

Se acoge el principio de personalidad de la pena que constituye una derivación del principio de culpabilidad por el hecho propio, el que supone que la pena no puede recaer sobre persona distinta a la que cometió el delito, es intransferible.

El fin de la pena es la resocialización o readaptación social. Así, la pena se aplica para que no se delinca y puede darse procurando que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley, a fin de posibilitar su adecuada reinserción social y evitando así su recaída mediante el cumplimiento efectivo de la pena o su suspensión condicional. Asimismo, funciona como prevención respecto de los demás miembros de la sociedad.

Por su naturaleza o especie, o sea, por la clase de bienes del condenado que afecta, las penas se clasifican en privativas de libertad, que son las que afectan la libertad ambulatoria (prisión), pecuniarias, poseen contenido económico, afectando directamente el patrimonio (multa, decomiso) y privativas de derechos, también llamadas impeditivas, son aquellas que suponen la pérdida de un derecho o la imposibilidad o suspensión en el ejercicio de un derecho, empleo, cargo o profesión no afectando el derecho a la libertad ambulatoria (por ejemplo la inhabilitación). Por las vinculaciones de subordinación o complementación, las penas pueden clasificarse en principales que son las que no dependen de otra para su aplicación, encontrándose expresamente previstas en las normas, accesorias, que son las que siguen a las principales y las complementarias que son de aplicación facultativa según el caso, como una potestad del Tribunal. Otra clasificación sería por su duración, y así, tenemos penas temporales que duran un tiempo determinado (divisibles, flexibles o elásticas y admiten su determinación judicial en el caso concreto) o perpetuas que duran el tiempo de vida del condenado (fijas, inelásticas, indivisibles o inflexibles).

En palabras de De La Rúa y Tarditti (2015):

“Las medidas de seguridad son medios curativos sometidos al principio de legalidad, que el juez le impone al autor de un delito en atención a su peligrosidad, para evitar que se dañe a sí mismo o a los demás. Las medidas de seguridad previstas para los inimputables adultos no son penas, sino medidas de prevención con fines tendientes tanto a la recuperación terapéutica del inimputable como a la protección de riesgos a la comunidad por la peligrosidad futura” (p. 724).

El Código Penal prevé separadamente las medidas de seguridad aplicables a los enajenados del artículo 34, inc. 1, párrafo 2° y las otras situaciones comprendidas que se interpretan limitadas a los estados de inconsciencia por adicciones que llevan a la no punibilidad por inimputabilidad. En ambos casos, consiste en la internación, pero para el caso de los enajenados será en un manicomio y en el caso del resto en establecimientos adecuados. Se exigen tres condiciones para la internación, la primera es la inimputabilidad por capacidad psíquica insuficiente que comprende tanto la insuficiencia como la alteración morbosa de las facultades, la segunda condición es el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás y la tercera consiste en que la internación configure un recurso terapéutico excepcional, como última ratio, cuando no sean posibles otras alternativas.

Así como se requiere que jurisdiccionalmente se declare la inimputabilidad del acusado, o sea, se dicte sentencia judicial y por esto, se lo absuelva, también se requiere que el cese de la medida sea efectuado mediante resolución judicial, de oficio o a instancia de parte en el proceso, con audiencia del Ministerio Público Fiscal y dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

Las condiciones negativas de la punibilidad son las llamadas excusas absolutorias que determinan que se deja de castigar una conducta a pesar que el caso haya calificado como típicamente antijurídico y culpable por razones político-criminales, es decir, que

obedecen a la priorización legislativa de intereses jurídicos distintos a los que normalmente informan a la potestad estatal de castigar. Se encuentran comprendidas en la Parte Especial del Código Penal y en las leyes especiales. Estas excusas hacen referencia a lazos familiares, a lazos de amistad o afectivos, a la actitud posterior al delito restaurativa respecto de la víctima, a una contribución significativa para revelar un delito antes del proceso penal o durante su sustanciación.

En esta secuencia corresponde destacar que el análisis que sigue se relaciona con la eximente que porta el articulado penal contenido en el proyecto en los incisos b y c del artículo n° 19. Ello porque la hipótesis que expone la figura penal hace referencia a ausencia o atenuación de sanciones para delitos especiales cometidos por integrantes de pueblos originarios. En consecuencia es menester encontrar la correcta subsunción de aquellos hechos desentrañando del catálogo de institutos que eximen o mejoran la situación procesal de las personas sometidas a proceso, cual es el que corresponde aplicar.

Corresponde traer nuevamente a colación estos conceptos pues resultará dirimente determinar cuál de las eximentes reguladas en el código penal son de aplicación para efectuar la subsunción penal del hecho delictivo.

En ese sentido cobra relevancia establecer las diferencias entre justificación e inculpabilidad.

Las causas de justificación son según Fontán Balestra (1970) “*situaciones de hechos y de derecho cuyo efecto es excluir de antijuridicidad*” (p. 87) de un hecho típico. Núñez (1999), por su parte, las considera “*permisos concedidos para cometer en determinadas circunstancias un hecho penalmente típico*” (p. 157). Debemos dejar en claro que la justificación sólo nace de la ley sea que resulte de una disposición expresa o de valorar todo el ordenamiento vigente. Están establecidas en el artículo n° 34 incisos 2 a 7

del Código Penal, que, como ya se mencionó, son: a) el estado de necesidad, b) la legítima defensa, c) el ejercicio legítimo de un derecho o d) el cumplimiento de una obligación.

En la inculpabilidad el estado no concede permiso alguno, simplemente no tiene otro remedio que aceptar que no resulta exigible al autor del injusto que se haya comportado en esa situación de forma distinta. Es una causal personal ya que para que una persona sea declarada inculpable la ley exige, por una parte, la presencia de un presupuesto biológico, a saber, insuficiencia de facultades, alteraciones morbosas de dichas facultades o estado de inconciencia, y que dicho presupuesto biológico impida que el autor del hecho comprenda la criminalidad de acto o dirigir sus acciones y por otro lado, que no haya habido posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, por un error de prohibición invencible.

Resta señalar la característica de la excusa absolutoria donde la punibilidad queda excluida y el delito es impune en ciertos casos declarados por la ley. Su especificidad reside en opciones beneficiosas fundadas en elecciones de políticas de persecución penal con direccionamiento personal y asociado a razones de utilidad pública. Esta característica se muestra compatible con la redacción de la norma analizada donde se decide no imponer la consecuencia lógica de la pena por priorizar consideraciones político-criminales. Reafirma la respuesta positiva a la aplicación de la solución relacionada al perdón legal su diferencia con las causas de justificación –allí el acto ejecutado es antijurídico, ilícito pero impune o atenuado- y con las causas de inculpabilidad –donde el agente es imputable, y sin embargo, no obstante ser el hecho antijurídico, no se lo castiga por excluir la tipicidad subjetiva (error de tipo), o por verificarse la desaparición total de la tipicidad (error invencible).

De lo expuesto anteriormente surge nuestro problema de investigación el que consiste en determinar la vinculación concreta de la eximente y atenuante cultural planteada

en el artículo n.º 19 inciso 2º supuesto c) del Anteproyecto de Reforma del Código Penal, con las eximentes contempladas en los institutos penales que se encuentran dentro de la Teoría del Delito.

Así, basándonos en nuestro interrogante, resolveremos los cuestionamientos que pueden darse a la hora de encuadrar el tratamiento del problema central a saber: ¿Es procedente interpretar o analizar la situación, cuando el autor de un hecho típico es miembro de un pueblo originario o actúa conforme a su respectiva cultura originaria, como una causal que excluya la antijuridicidad del hecho?; ¿Estaríamos ante la presencia de una causal que excluye la culpabilidad del agente, cuando comete un hecho típico y antijurídico, pero forma parte de un pueblo originario o actúa conforme a su respectiva cultura originaria?; ¿O, en su caso, podría ser explicado como una excusa absolutoria, la exención o reducción de pena -de un agente que ha cometido un hecho típico, antijurídico y culpable-, con motivo de formar parte de un pueblo originario o que haya actuado conforme a su respectiva cultura originaria?.

Como objetivos generales nos concentraremos en analizar el encuadre dogmático de las eximentes o atenuantes culturales y el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. Atenuantes son aquellas particularidades que se presentan en un caso concreto sometido a análisis que hacen que, a pesar de que al autor del hecho ilícito se lo declare culpable y se le imponga una pena, su responsabilidad penal se vea disminuida, mientras que al hablar de eximentes o atenuantes culturales nos referimos a la posibilidad de disminuir la responsabilidad penal o directamente no generarla teniendo en cuenta las tradiciones o creencias de los pueblos originarios.

Para ello, identificaremos y clasificaremos las causas de exclusión de antijuridicidad, los supuestos de falta de culpabilidad, el instituto de la excusa absolutoria, el artículo 19 del Proyecto de Reforma elaborado por el Dr. Eugenio Zaffaroni y los motivos expresados por la Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma.

El tipo de estudio que se utilizará en el presente trabajo es el exploratorio y el descriptivo⁵. El estudio de alcance exploratorio se utiliza “cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado o que no ha sido abordado antes”⁶. Se optó por este método por tratarse de una investigación de un artículo que se incorporaría al ordenamiento jurídico penal, en caso de aprobarse el Anteproyecto, y que, por ende, al no haber sido regulado aún dentro de nuestro sistema judicial, no hay demasiados antecedentes en nuestro país. Con el estudio descriptivo buscaremos las características más importantes del instituto sometido a análisis, recogiendo información y evaluando sus diversos aspectos o condiciones. El objetivo es mostrar con precisión las dimensiones del instituto a tratar. Para lo cual se identificará el artículo cuestionado, su incorporación dentro del ordenamiento legal, los requisitos para que los jueces puedan aplicarlo a un caso en concreto, se seleccionarán una serie de cuestiones a tener en cuenta como las causas de

⁵ Los tipos de estudio mayormente utilizados en el marco de los Proyectos PIA son los que siguen: - Exploratorios: Se centran en la idea de descubrir. A través de este tipo de estudios, se establece un marco de ideas generales cuando no hay información previa, identificando dimensiones y categorías de análisis, a los fines de describir cualitativamente el fenómeno bajo estudio (Vieytes, 2004). En el marco específico de nuestra disciplina, se opta por un estudio exploratorio cuando no hay demasiados antecedentes sobre la figura o problemática elegida, por ser relativamente nueva o no haber sido aún regulada en el marco de un ordenamiento jurídico específico. -Descriptivos: Buscan especificar las propiedades más importantes de instituto sometido a análisis, midiendo, o evaluando sus diversos aspectos, dimensiones o condiciones. La selección de este tipo de estudio supone una mayor disponibilidad de antecedentes relativos a la temática elegida, y que la misma ya ha sido receptada -aunque sólo fuera jurisprudencialmente- en el ordenamiento jurídico de referencia. Aquí, el investigador no se limitará a identificar las características de la cuestión estudiada, sino que además, analizará los supuestos de su funcionamiento, los requisitos para su utilización, las dificultades interpretativas que presenta su regulación, etc. <https://siglo21.epic-sam.net/Learn/Player.aspx?enrollmentid=8932561> (Fecha de Consulta: 12/01/2018).

⁶ Hernandez Sampieri. R. (2006). Metodología de la Investigación. Capítulo 5. Ed. McGraw-Hill Education. México.

justificación, la excusa absolutoria, el error, la falta de culpabilidad y se evaluarán cada una de ellas independientemente. Asimismo, se examinarán los requisitos para la aplicabilidad de la eximente o atenuante cultural y las dificultades de interpretación que puede presentar el tema.

Con respecto a la estrategia metodológica, a fin de profundizar la problemática planteada, se utilizará el método cualitativo. El presente trabajo buscará profundizar el adecuado sentido de la eximente cultural, recabando información objetiva del tema a investigar y realizando una comprensión analítica e interpretativa de las normas en cuestión. Es decir, se buscará averiguar exhaustivamente sobre la eximente cultural en el derecho penal para así lograr entender acabadamente el tema. Este método nos permitirá obtener un conocimiento más profundo y crítico de la dimensión normativa y valorativa del fenómeno a estudiar.

Se recolectarán sistematizadamente datos válidos y consistentes que ayuden a elaborar una clara conclusión del tema abordado, haciendo que el presente trabajo genere un conocimiento válido y explicativo para el lector.

Generar este Trabajo Final de Grado desde una visión explicativa, descriptiva y cualitativa, hace que la fuente de materiales debe ser detectada y seleccionada cuidadosamente. Tomaremos como fuentes de inspiración, basamento y justificación, en primer lugar y como fuente primaria⁷ a la Constitución Nacional y a los diferentes Tratados

⁷ Fuentes primarias: Proporcionan datos de primera mano, pues se trata de documentos que contienen los resultados de estudios, como libros, antologías, artículos, monografías, tesis y disertaciones, documentos oficiales, reportes de asociaciones, trabajos presentados en conferencias o seminarios, artículos periodísticos, testimonios de expertos, documentales, videocintas en diferentes formatos, foros y páginas en internet, entre otros (SAMPIERI, 2006, pág. 55).

Internacionales de Derechos Humanos. De aquí se respaldarán los derechos que poseen los pueblos originarios y los vinculados directamente a la problemática planteada.

Siguiendo en éste tipo de fuente, se aplicarán las teorías que emanan de las obras de grandes autores como los descritos en la bibliografía del presente trabajo. Además se vincularán artículos especializados, leyes nacionales e internacionales, y los motivos expuestos para la elaboración del Anteproyecto.

Como fuentes secundarias⁸ se expondrán doctrinas contenidas en libros tomando una postura sobre el problema y artículos especializados en el tema a investigar.

Como fuentes terciarias⁹ y al ser los mismos productos basados en fuentes secundarias, por medio de estas utilizaremos, por ejemplo, estudios realizados por la UNESCO, por el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.C.I.) y el Programa Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas (Re.Te.C.I.) e investigaciones científicas, entre otras.

En cuanto a la determinación temporal nuestro trabajo tomará como puntos de partida el año 2014 que es el de la presentación del Anteproyecto de Reforma del Código Penal.

⁸ Fuentes secundarias: Son listas, compilaciones y resúmenes de referencias o fuentes primarias publicadas en un área de conocimiento en particular. Es decir, reprocessan información de primera mano. Comentan brevemente artículos, libros, tesis, disertaciones y otros documentos. Éstos pueden encontrarse disponibles físicamente o por la internet (SAMPIERI, 2006, pág. 55).

⁹ Fuentes terciarias o generales: Se trata de documentos donde se encuentran registradas las referencias a otros documentos de características diversas (León y Montero, 2003) y que compendian nombres y títulos de revistas y otras publicaciones periódicas, así como nombres de boletines, conferencias y simposios, sitios web, empresas, asociaciones industriales y de diversos servicios (por ejemplo, directorios de empresas que se dedican a cuestiones de recursos humanos, mercadotecnia y publicidad, opinión pública, etc.); títulos de reportes con información gubernamental; catálogos de libros básicos que contienen referencias y datos bibliográficos y nombres de instituciones nacionales e internacionales al servicio de la investigación. Son útiles para detectar fuentes no documentales tales como organizaciones que realizan o financian estudios, miembros de asociaciones científicas (quienes pueden dar asesoría), instituciones de educación superior, agencias informativas y dependencias del gobierno que efectúan investigaciones (SAMPIERI, 2006, pág. 57).

En relación a los niveles jurídicos el presente comprenderá el estudio de legislación nacional e internacional, doctrina nacional e internacional y jurisprudencia.

Abordaremos el tema planteado en cuatro capítulos. Iniciaremos con la presente introducción y seguidamente en el primer capítulo se definirán y tratarán aspectos generales de Pueblos Originarios y su regulación legal.

Luego, en el capítulo dos, se analizará sucintamente las diversas líneas de pensamiento expuestas por la doctrina en relación con la ubicación de la eximente cultural en la teoría del delito.

Ya en el tercero analizaremos el tratamiento que a la eximente cultural le otorga el Anteproyecto de Reforma del Código Penal.

En el cuarto y último capítulo mencionaremos un caso práctico en el cual identificaremos aquellas prescripciones de la Ley Nacional de Estupefacientes n.º 23.737 que pudieren entrar en pugna con las costumbres de los pueblos originarios argentinos, ello, al sólo efecto de bajar a la realidad un tema tan abstracto como el planteado.

Al finalizar cada capítulo, se expondrán las conclusiones parciales pertinentes explicitando una postura personal sobre el tema.

Cerraremos el presente trabajo con la conclusión general en la que justificaremos porque es acertada la posición que han tomado los redactores del Anteproyecto de Reforma al incluir a la eximente y atenuante cultural dentro de una excusa absolutoria.

CAPÍTULO I: PUEBLOS ORIGINARIOS

Introducción

En este capítulo expondremos en primer término, el concepto de palabras como indígenas, pueblos, pueblos indígenas y comunidades indígenas.

Luego, haremos referencia de manera sucinta a la cultura de los pueblos originarios, expondremos sobre su vestimenta, alimentación, lengua, música, sociedad, rituales, etc.

Posteriormente, nos referiremos a los pueblos originarios reconocidos como tales en nuestro país y el marco regulatorio vigente a nivel internacional, nacional y provincial.

Finalmente exteriorizaremos una breve conclusión sobre el tema, específicamente sobre la legislación que protege a dichas comunidades originarias.

1. Concepto

Según el Diccionario de la Real Academia Española del año 2016 la palabra indígena proviene del latín *indigēna*, originario del país de que se trata, independientemente de su etnia¹⁰.

En un sentido amplio, la palabra indígena se aplica a todo aquello que es relativo a una población originaria del territorio que habita, cuyo establecimiento en el mismo precede al de otros pueblos o cuya presencia es lo suficientemente prolongada y estable como para tenerla por oriunda. Mientras que en un sentido estricto se aplica la denominación indígenas a las etnias que preservan las culturas tradicionales.

Así podemos decir que, se denomina indígenas a los grupos humanos que presentan las características de pertenecer a tradiciones organizativas distintas al estado moderno y/o

¹⁰ Diccionario del español jurídico - RAE – Recuperado de: <<https://dej.rae.es/lema/indigena>>. Fecha: 20/06/2019

pertenecer a culturas que sobrevivieron la expansión planetaria de la civilización occidental. Constituyen corrientes minoritarias organizadas según pautas culturales, religiosas, políticas, económicas, raciales, etc.

Una Comunidad Indígena es según la Real Academia Española una localidad geográfica en la que mayoritariamente habitan familias indígenas y que comparten lazos familiares, económicos o culturales¹¹.

Sin embargo, no existe consenso sobre el significado de los términos Pueblos Originarios.

“Pueblos indígenas”, este término se refiere a los pueblos que cumplen tres criterios: el primero es que son descendientes de los pueblos que habitaban la región de América Latina y el Caribe en la época de la Conquista o la colonización; el segundo que cualquiera que sea su situación jurídica o su ubicación actual, conservan, parcial o totalmente, sus propias instituciones y prácticas sociales, económicas, políticas, lingüísticas y culturales; y por último que se auto vinculan como pertenecientes a pueblos o culturas indígenas o pre coloniales.

Resulta útil asimismo para establecer el significado del concepto pueblos originarios la remisión a la definición aportada por el Relator Especial de Naciones Unidas, José Martínez Cobo, quien sostiene que las comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos que:

“teniendo una continuidad histórica con las sociedades previas a la invasión y colonización que se desarrollaron en sus territorios, se consideran a sí mismos distintos de otros sectores de las sociedades que prevalecen actualmente en esos territorios, o en partes de los mismos. En la actualidad constituyen sectores no dominantes de la sociedad y están determinados a preservar,

¹¹ Ibídem.

desarrollar y traspasar a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como base de su continua existencia como pueblos, de acuerdo con sus propias pautas culturales, instituciones sociales y sistemas legales”¹².

González Ferreyra Sola (2012) refiere que

“el carácter indígena de una determinada persona o comunidad – verdadero sello de “identidad aborígen” – (...) viene signado por las siguientes notas esenciales: a) Por el origen ético-cultural de la persona (sangre y cultura); b) Por su pertenencia actual, natural, permanente y estable a una comunidad indígena de reconocida ascendencia histórica (vida actual en comunidad indígena con arraigo territorial e histórico); c) Por el modo en que discurre y se conduce la vida individual y social del grupo comunitario (vida socio-cultural según creencias, costumbres y valores típicos del grupo tribal); d) Por la efectiva y concreta encarnación de los rasgos sociológicos definidores de alguna cultura aborígen en particular (autenticidad, espontaneidad y efectividad de esa vida socio-cultural); e) Por la identificación de sus miembros con las tribus históricamente preexistentes al nacimiento de la república argentina (identidad histórico-cultural aborígen)” (p. 436)

También, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por la Argentina en el año 2000, establece que el mismo se aplica:

“a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su

¹² Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Informe Final (última parte) que presenta el Relator Especial, Sr. José R. Martínez Cobo. Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. 30 de Septiembre de 1983. Recuperado de: <indigenas.bioetica.org/not/MCS_xxi_xxii_s.pdf>
Fecha: 10/10/2017

situación jurídica, conservan todos sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”¹³.

El “indígena” es la persona que pertenece a una población autóctona por autoidentificación (conciencia de grupo) y que es reconocida y aceptada por esta población en calidad de uno de sus miembros (aceptación por parte del grupo). Esto otorga a las comunidades autóctonas el derecho y el poder soberano de decidir cuáles son sus miembros, sin injerencia externa.

Así, y de manera complementaria, los Estados reconocen como criterio fundamental la conciencia que aquellos tienen de su identidad, aspecto receptado por el Convenio mencionado, que introduce el criterio de autoidentificación en el artículo 1, apartado 2: “*La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.*”¹⁴

También deja asentado que en el inc. 3 del mismo artículo 1 que: “*La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional*”¹⁵.

La ley nacional 23.302 sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes, sancionada el 30 de septiembre de 1985 y reglamentada en 1989, en su artículo 2 establece que: “*Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el*

¹³ Convenios Ley N° 24.071. Sancionada: Marzo 4 de 1992. Promulgada de hecho: Abril 7 de 1992. Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/inai/normativa>. Fecha: 03/11/2017

¹⁴ Convenios Ley N° 24.071. Sancionada: Marzo 4 de 1992. Promulgada de hecho: Abril 7 de 1992. Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/inai/normativa>. Fecha: 03/11/2017

¹⁵ *Ibidem*

territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad”¹⁶.

2. Culturas Originarias

La definición de cultura fue incorporada en el Preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural en el año 2001. Así, establece que la cultura debe ser considerada como *“el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”¹⁷.*

La cultura de los pueblos originarios de América es considerablemente distinta una de otra ya que varían bastante la lengua, la vestimenta y las costumbres. Esto se debe a la extensa distribución de los miembros de las tribus por todo el continente y a las adaptaciones a las diferentes regiones de América.

- a) Sociedad: Generalmente se organizaban socialmente en tribus, conformadas por varias familias emparentadas entre sí. El jefe máximo era el cacique.
- b) Armas: usualmente eran la boleadora, la lanza y el arco y la flecha.
- c) En relación a la música se considera que era inseparable de las festividades religiosas, y se incluían una gran variedad de instrumentos de viento y percusión como tambores, flautas, conchas de caracol (utilizados como trompetas) y tubos de lluvia. Los instrumentos contaban con dos o tres cuerdas tensadas sobre arcos y

¹⁶ Ley 23302. Sancionada: Setiembre 30 de 1985. Promulgada de Hecho: Noviembre 8 de 1985. Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/inai/normativa>. Fecha: 03/11/2017

¹⁷ Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural. 2 de Noviembre de 2001. Recuperada de: unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127162s.pdf Fecha: 11/11/2017

algunos grupos llegaron a emplear los instrumentos de cuerda utilizando elementos naturales (frutos y troncos ahuecados) e incluso la cavidad bucal como caja de resonancia. Después de la entrada de los españoles, los indígenas aprendieron las reglas del contrapunto y la polifonía e incluso el manejo virtuoso de los instrumentos.

- d) Medicina: la natural que se basaba en la utilización de los recursos de la naturaleza y la mágica, en la que se aplicaban amuletos y piedras.
- e) En cuanto a la agricultura se estima que más de la mitad de la producción de cultivos del mundo procede de plantas inicialmente desarrolladas por los indígenas de América. Entre las técnicas agrícolas desarrolladas por los indígenas americanos se encuentran la asociación de cultivos como la milpa mesoamericana o la chacra andina, el cultivo en andenes y diversas clases de sistemas de riego. Los aztecas usaron sistemas de agricultura intensiva basados en chinampas.
- f) Tecnología: En Mesoamérica el conocimiento del calendario y la astronomía había alcanzado niveles de desarrollo notables.
- g) Lengua: De todas las lenguas indígenas americanas, las dos con mayor número de hablantes son el guaraní (se habla en Paraguay, Brasil, Bolivia y Argentina), y el quechua (el quechua sureño se habla en Bolivia, Perú y Argentina, y la quichua en Ecuador y Colombia). Otras lenguas importantes por el número de hablantes serían el aimara en Argentina, Bolivia y Perú, el habla náhuatl en México y quiché y maya en Guatemala y México respectivamente.
- h) Rituales: tienen por objeto neutralizar algún poder maléfico (la fiesta del diablo por ejemplo) o influenciar en forma directa a la naturaleza o al hombre. Los rituales se consumaban para celebrar todo tipo de situaciones por ejemplo se hacían en honor

de las tierras y de los espíritus que los protegen, para la crecida de las plantas, aumento de los frutos, por la llegada de la pubertad en la mujer, la iniciación sexual, etc. Rendían culto a sus dioses. Eran realizados en medio de cantos, danzas, música y hasta sacrificios humanos y animales, en varias tribus se utilizaban sustancias estupefacientes como por ejemplo la aspiración por la nariz del polvo del cebil, considerado alucinógeno.

3. Pueblos Originarios en nuestro país

Pueblos Originarios reconocidos por el Estado Nacional

Utilizando el mapa¹⁸ elaborado con información del Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.C.I.) y el Programa Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas (Re.Te.C.I.), realizamos el siguiente listado en el que encuentran los Pueblos indígenas registrados y reconocidos por el Estado nacional a septiembre de 2017. Estos son:

Buenos Aires: Guaraní; Qom (toba) y Mapuche

Catamarca: Diaguita calchaquí y Colla-atacameño

Chaco: Wichí; Qom (toba) y Mocoví (moqoit)

Chubut: Mapuche; Tehuelche (aonikén) y Mapuche-tehuelche

Córdoba: Comechingón

Corrientes: Guaraní

Entre Ríos: Charrúa

Formosa: Wichí; Pilagá y Qom (toba)

¹⁸ Mapa de las comunidades indígenas en la Argentina. Elaborado por Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.C.I.) y el Programa Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas (Re.Te.C.I.). Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/inai/map>. Fecha: 05/11/2017

Jujuy: Kolla; Guaraní; Ocloya; Tilián; Atacama; Omaguaca y Quechua

La Pampa: Ranquel (rankulche)

La Rioja: Diaguita calchaquí

Mendoza: Huarpe y Mapuche

Misiones: Mbyá guaraní

Neuquén: Mapuche

Río Negro: Mapuche

Salta: Kolla; Guaraní; Atacama; Diaguita calchaquí; Lule; Wichí; Qom (toba); Chané;

Tapiete; Iogys; Chulupí (nivaclé); Chorote y Tastil

San Juan: Huarpe

San Luis: ninguno

Santa Cruz: Mapuche y Tehuelche (aonikén)

Santa Fe: Qom (toba) y Mocoví (moqoit)

Santiago del Estero: Guaycurú; Lule-vilela; Vilela; Sanavirón; Tonokoté y Diaguita cacano

Tierra del Fuego: Selknam

Tucumán: Diaguita calchaquí y Lule

Existen además comunidades como chicha (en Jujuy), charrúa (Santa Fe), diaguita (San Luis), huarpe (San Luis), lule (Santiago del Estero), mapuche (La Pampa), avipón (Santa Fe), yámana (Tierra del Fuego), querandí (Buenos Aires), tehuelche (Buenos Aires), tehuelche (La Pampa), tonokoté (Buenos Aires), tilcara (Jujuy), sanavirón (Córdoba) aún no reconocidas por el Estado nacional y que se hallan en proceso de organización.

Asimismo, existen treinta y dos pueblos indígenas que cuentan con comunidades organizadas y reconocidas por el Estado, mientras que otros están en proceso de registro o de organización.

4. Marco Regulatorio

Orden internacional

Siguiendo el esquema presentado ut supra, podemos enunciar las leyes internacionales de la siguiente manera: En el año 1992 y a través de la ley 24.071, Argentina adoptó el Convenio 169 de Organización Internacional del Trabajo (OIT). En el 2000, se ratificó el Convenio que entró en vigencia el 3 de julio del 2001.

En 1995 se aprobó, por ley 24.544, la Constitución del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (ONU).

En 1997, la ley 24.874 adoptó el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (ONU).

En su conjunto, las leyes “indigenistas” intentaron incorporar el reconocimiento de la diversidad cultural, pero no todas se aplican plenamente.

La ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes. Objetivos. Comunidades Indígenas. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Adjudicación de Tierras. Planes de Educación, Salud y Vivienda, establece la necesaria participación indígena en el INAI a través de representantes designados por sus comunidades. Sin embargo, esto nunca se implementó.

El 13 Septiembre del año 2007 en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América y durante la sesión 61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se adoptó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Esta Declaración es un compromiso político internacional de derechos humanos para la protección de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Enfatiza en el derecho de los pueblos originarios a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones, y a perseguir libremente su desarrollo de acuerdo con

sus propias necesidades y aspiraciones; prohíbe la discriminación contra los indígenas y promueve su plena y efectiva participación en todos los asuntos que les conciernen y su derecho a mantener su diversidad y a propender por su propia visión económica y social.

Nivel nacional

La Constitución argentina de 1853 establecía en el artículo 67, inciso 15 que correspondía al Congreso Nacional: “Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”, inciso que mantuvo su vigencia hasta la reforma constitucional de 1994.

Entre 1984 y 1993 se promulgaron una serie de leyes integrales que tienen a los indígenas como destinatarios: la Ley Nacional 23302 sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes, sancionada en 1985 y reglamentada en 1989, y las provinciales N° 426/84 de Formosa (Ley Integral del Aborigen), N° 6373/86 de Salta (De Promoción y Desarrollo del Aborigen) reformada en el 2000, N° 3258/87 de Chaco (Ley Provincial del Aborigen), N° 2727/89 de Misiones (Aborígenes - Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes - Creación - Comunidades Guaraníes), N° 2287/88 de Río Negro (Ley Integral del Indígena), N° 3657/91 de Chubut (De las Comunidades Indígenas) y N° 11078/93 de Santa Fe que regula las relaciones colectivas e individuales de las comunidades aborígenes.

La Ley Nacional N° 23.302 reconoció la personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país e inscriptas en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI). Además, creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) como entidad descentralizada que actuará como organismo de aplicación de la política indigenista del Estado, con participación indígena en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional. El INAI quedó integrado por un presidente dependiente del Ministerio de Salud y

Acción Social, un Consejo de Coordinación que incluye representantes elegidos por las comunidades indígenas y un Consejo Asesor técnico. La reglamentación de la misma se instrumentó por el decreto 155/1989, pero el Consejo Asesor y el Consejo de Coordinación fueron establecidos en 2008, teniendo éste 30 representantes indígenas, 14 de los estados provinciales y 6 del Poder Ejecutivo Nacional.

En 1994 se reformó la Constitución Nacional, incorporando en su artículo 75 inc. 17 que al Congreso le corresponde: 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 afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones¹⁹.

El Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas fue creado por el INAI por Resolución 587 del 25/10/2007 para relevar las tierras ocupación actual, tradicional y pública de las comunidades indígenas. Si bien el Estado nacional había sancionado la ley n.º 24071 ratificatoria del Convenio n.º 169 de la OIT en 1992 y realizado el depósito de la misma el 3 de julio de 2000, recién el 25 de octubre de 2007 se dispuso el relevamiento con la intervención del Ministerio de Desarrollo Social y del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas dando así, efectivo cumplimiento a lo dispuesto en el art. 14.2 del Convenio que obliga a los gobiernos a: “tomar las medidas que sean necesarias

¹⁹ Sabsay, D. A. y Onaindia, J. M. (2002). *La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*. (6º ed.). Buenos Aires. Errepar

para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”. Para junio de 2015 se habían relevado 647 comunidades indígenas y 6 999 443 hectáreas, lo que equivalía a un 67% del total estimado. El Registro Nacional de Comunidades Indígenas para entonces había otorgado personería jurídica a 1380 comunidades pertenecientes a los hasta entonces 32 pueblos indígenas reconocidos por el Estado nacional.

En agosto de 2004 se creó el Consejo de Participación Indígena (CPI), reformulado en 2008 orientando sus funciones hacia tareas de acompañamiento y fortalecimiento de sus comunidades. Está compuesto por representantes elegidos en asambleas comunitarias por pueblo y por provincia y para su renovación se han realizado cuarenta y un asambleas comunitarias en las provincias de Buenos Aires, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Salta, San Juan, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero, Tucumán, Neuquén, Tierra del Fuego, Misiones y Río Negro. En la provincia de Formosa los representantes de cada uno de los tres pueblos indígenas allí reconocidos -Wichí, qom y pilagá- son los mismos que se eligen para integrar el directorio del Instituto de Comunidades Aborígenes. A marzo de 2016 el CPI estaba compuesto por ciento cuarenta representantes de treinta y cuatro pueblos reconocidos por el Estado argentino.

El 1 de Noviembre de 2006 fue sancionada la Ley 26160 y promulgada el 23 del mismo mes y año por la que declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes, por el término de 4 años.

El nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina (Ley 26.994) sancionado el 1 de Octubre de 2014, promulgado el 7 de Octubre del mismo año, establece el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena. Al no acreditar ningún título ni reconocimiento por parte del Estado, desde antaño los indígenas fueron acusados de haberse apropiado de las tierras que ocupan.

El nuevo Código prevé la sanción de una ley especial que regulará el alcance y la instrumentación de la propiedad comunitaria, con su correspondiente titulación. Así, en su art. 18 dispone el derecho de las comunidades indígenas -reconocidas por el Estado- a la posesión y a la propiedad comunitaria de las tierras que actualmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional Argentina.

En septiembre del año 2016 el INAI informó al Senado de la Nación que existen en el país unas mil seiscientas comunidades indígenas identificadas, de las cuales mil cuatrocientos diecisiete cuentan con personería jurídica y un total de ochocientas veinticuatro iniciaron los trámites para reclamar como territorios de ocupación tradicional un 3% del territorio nacional. De esas comunidades cuatrocientas veintitrés culminaron el relevamiento territorial del Programa de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas.

Orden provincial

Las constituciones provinciales fueron incluyendo disposiciones respecto de los derechos indígenas, algunas de las cuales hasta lo hicieron antes de que lo dispusiera la constitución nacional.

Así, la Constitución de Jujuy en el año 1986 dictó el artículo n° 50²⁰ estableciendo que debía protegerse a los aborígenes por medio de una legislación adecuada. La Constitución de Río Negro en 1988 y en el artículo n° 42²¹ aduciendo que el estado reconocía al indígena rionegrino y establecía las normas que afianzaban su efectiva incorporación a la vida regional y nacional, garantizando el ejercicio de la igualdad en los derechos y deberes, entre otras cosas. La Constitución de Formosa, en 1991, le reconoce al aborígen su identidad étnica y cultural (artículo n° 79)²².

Desde 1994 lo hicieron la Constitución de Buenos Aires que en su artículo n° 36²³ regulo la reivindicación de la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas. La del Chaco hizo lo propio en el artículo n° 37²⁴ reconociendo su identidad étnica y cultural,

²⁰ Constitución de la Provincia de Jujuy. Art. 50: “Protección a los aborígenes. La Provincia deberá proteger a los aborígenes por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración y progreso económico y social”. Recuperado de:

<coleccion.educ.ar/coleccion/CD18/contenidos/.../leyes/constituciones/cp_jujuy.pdf>. Fecha: 28/11/2017

²¹ Constitución de Río Negro. Art. 42: “Derechos de los indígenas. 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”. Recuperado de: < www.legisrn.gov.ar/const_prov.php>. Fecha: 28/11/2017

²² Constitución de la Provincia de Formosa. Art. 79: “La Provincia reconoce al aborígen su identidad étnica y cultural, siempre que con ello no se violen otros derechos reconocidos en esta Constitución; y asegura el respeto y desarrollo social, cultural y económico de sus pueblos, así como su efectivo protagonismo en la toma de decisiones que se vinculen con su realidad en la vida provincial y nacional. Asegura la propiedad de tierras aptas y suficientes; las de carácter comunitario no podrán ser enajenadas ni embargadas. La utilización racional de los bosques existentes en las comunidades aborígenes requerirá el consentimiento de éstos para su explotación por terceros y podrán ser aprovechados según sus usos y costumbres, conforme con las leyes vigentes”. Recuperado de: <mininterior.gov.ar/provincias/formosa/cp-formosa.pdf>. Fecha: 28/11/2017

²³ Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Art. 36: “La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. Inc. 9: De los Indígenas. La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas y la posesión familiar y comunitaria de las tierras que legítimamente ocupan”. Recuperado de: <www.infoleg.gob.ar/?page_id=173>. Fecha: 27/11/2017

²⁴ Constitución de la Provincia de Chaco. Art. 37: “Pueblos indígenas. La Provincia reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, su identidad étnica y cultural; la personaría jurídica de sus comunidades y organizaciones; y promueve su protagonismo a través de sus propias instituciones; propiedad comunitaria

asegurándole entre otras cosas, educación bilingüe e intercultural. La Constitución del Chubut, reivindicó la asistencia de los pueblos garantizando el respeto de su identidad, reconociéndole la posesión y propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, su personería jurídica (artículo n° 34²⁵). La de la Provincia de La Pampa en su artículo n° 6²⁶ dispuso que no se admite discriminación por razones étnicas, de género, religión, opinión política o gremial, origen o condición física o social, reconociendo la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, al igual que la Constitución de Neuquén que también reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial (artículo n° 53)²⁷.

inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan y las otorgadas en reserva. Dispondrá la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán adjudicadas como reparación histórica, en forma gratuita exentas de todo gravamen. Serán inembargables, imprescriptibles indivisibles e intransferibles a terceros. 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”. Recuperado de:

<coleccion.educ.ar/coleccion/CD18/contenidos/.../leyes/constituciones/cp_chaco.pdf>. Fecha 27/11/2017

²⁵ Constitución de Chubut. Art. 34: “De los indígenas. La Provincia reivindica la asistencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto de su identidad. Promueve medidas adecuadas para preservar y facilitar el desarrollo y la práctica de sus lenguas, asegurando el derecho a una educación bilingüe e intercultural. Se reconoce a las comunidades indígenas existentes en la Provincia: 1. La posesión y propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. El Estado puede regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas es enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. 2. La propiedad intelectual y el producido económico sobre los conocimientos teóricos y prácticos provenientes de sus tradiciones cuando son utilizados con fines de lucro. 3. Su personería jurídica. 4. Conforme a la ley su participación en la gestión referida a los recursos naturales que se encuentran dentro de las tierras que ocupan y a los demás intereses que los afectan”, y art. 95: “Tierras Fiscales: El Estado brega por la racional administración de las tierras fiscales tendientes a promover la producción, la mejor ocupación del territorio provincial y la generación de genuinas fuentes de trabajo. Establece los mecanismos de distribución y adjudicación de las tierras fiscales en propiedad, reconociendo a los indígenas la posesión y propiedad individual de las tierras que legítima y tradicionalmente ocupan”. Recuperado de: <americo.usal.es/oir/legislatura/leyesestados/Argentina/cons_Chubut.pdf>. Fecha: 27/11/2017

²⁶ Constitución de La Pampa. Art. 6: “Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. No se admite discriminación por razones étnicas, de género, religión, opinión política o gremial, origen o condición física o social. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas. La convivencia social se basa en la solidaridad e igualdad de oportunidades. Las normas legales y administrativas garantizarán el goce de la libertad personal, el trabajo, la propiedad, la honra y la salud integral de los habitantes”. Recuperado de: www.lapampa.gov.ar/constitucion.html. Fecha: 28/11/2017

²⁷ Constitución de Neuquén. Art. 53: “La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial. Garantiza el respeto a

En el año 1998 hizo lo propio la Provincia de Salta en 1998 (artículo n° 15)²⁸. Por su parte la Constitución de Tucumán desde el 2006 (art. 149)²⁹, la Provincia de Corrientes incorporó el artículo n° 66³⁰ en el año 2007 y por último la de Entre Ríos en el año 2008 con el artículo n° 33³¹ disponiendo todas el reconocimiento étnico y cultural de los indígenas, garantizándoles derechos tales como la propiedad de sus tierras.

su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural. La Provincia reconocerá la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurará su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten, y promoverá acciones positivas a su favor”. Recuperado de: <leyes-ar.com/constitucion_neuquen/53.htm>. Fecha: 28/11/2017

²⁸ Constitución de la Provincia de Salta. Art. 15: “Pueblos Indígenas. 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”. Recuperado de:

<coleccion.educ.ar/coleccion/CD18/contenidos/.../leyes/constituciones/cp_salta.pdf>. Fecha: 28/11/2017

²⁹ Constitución de la Provincia de Tucumán. Art. 149: “La Provincia reconoce la preexistencia étnico-cultural, la identidad, la espiritualidad y las instituciones de los Pueblos Indígenas que habitan en el territorio provincial. Garantiza la educación bilingüe e intercultural y el desarrollo político cultural y social de sus comunidades indígenas, teniendo en cuenta la especial importancia que para estos Pueblos reviste la relación con su Pachamama. Reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Se dictarán leyes que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados en este artículo” Recuperado de: <https://argentina.justia.com/provincias/tucuman/constitucion>. Fecha: 28/11/2017

³⁰ Constitución de la Provincia de Corrientes. Art. 66: “Se declara patrimonio estratégico, natural y cultural de la Provincia de Corrientes a los fines de su preservación, conservación y defensa: el ecosistema Iberá, sus esteros y su diversidad biológica, y como reservorio de agua dulce, en la extensión territorial que por ley se determine, previo relevamiento y fundada en estudios técnicos. Debe preservarse el derecho de los pobladores originarios, respetando sus formas de organización comunitaria e identidad cultural”. Recuperado de: https://www.corrientes.gov.ar/.../articulo.../Constitucion_de_la_Provincia_de_Corrientes. Fecha: 27/11/2017

³¹ Constitución de Entre Ríos. Art. 33: “La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de sus pueblos originarios. Asegura el respeto a su identidad, la recuperación y conservación de su patrimonio y herencia cultural, la personería de sus comunidades y la propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan. La ley dispondrá la entrega de otras, aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán adjudicadas como reparación histórica en forma gratuita. Serán, indivisibles e intransferibles a terceros. Reconoce a los pueblos originarios el derecho a una educación bilingüe e intercultural, a sus conocimientos ancestrales y producciones culturales, a participar en la protección, preservación y recuperación de los recursos naturales vinculados a su entorno y subsistencia, a su elevación socio-económica

Asimismo, algunas provincias de Argentina establecieron organismos provinciales para aplicar sus políticas relacionadas con los indígenas a saber:

- Buenos Aires: Registro Provincial de Comunidades Indígenas (creado el 22 de diciembre de 2004).

- Chaco: la Comisión Honoraria del Aborigen fue creada el 19 de octubre de 1956 y la Dirección del Aborigen el 10 de diciembre de 1956. Ambas fueron suplantadas por el Instituto del Aborigen Chaqueño (IDACH), que es un ente autárquico creado el 28 de mayo de 1963 y cuya sede se encuentra en la Colonia Aborigen Chaco del departamento 25 de Mayo. El directorio del IDACH está constituido por un presidente y dos vocales titulares y dos suplentes de cada etnia, elegidos democráticamente por cada etnia. El decreto 2749/87 establece: Entiéndase como nativos de la provincia a las etnias tobas, maticos o wichi y mocovi, que habitan el territorio provincial desde tiempo inmemorial.

- Chubut: el 22 de diciembre de 1988 fue creada la Comisión Provincial de Identificación y Adjudicación de Tierras a las Comunidades Aborígenes y el 30 de agosto de 1991 el Instituto de Comunidades Indígenas (ICI), integrado por un representante indígena titular y otro suplente por cada departamento político en donde existan comunidades indígenas reconocidas. El 19 de octubre de 1994 fue creado el Registro de Comunidades Indígenas de la Provincia del Chubut.

- Formosa: el 6 de noviembre de 1984 la Ley Integral del Aborigen creó el Instituto de Comunidades Aborígenes (ICA) con un directorio de 3 directores titulares y 3 suplentes, uno a propuesta de cada etnia (wichi, pilagá y toba).

- La Pampa: el 21 de junio de 1990 fue creado el Consejo Provincial del Aborigen.

•Misiones: el 27 de diciembre de 1989 fue creado el Registro de Comunidades Indígenas y la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes. Por decreto 917/2003 el Poder Ejecutivo provincial reconoció expresamente al pueblo guaraní como nación.

•Río Negro: el 1 de septiembre de 1988 fue creada la Comisión de Estudio del Problema Indígena de la Provincia de Río Negro y el 22 de diciembre de 1988 reconoció la existencia del Consejo Asesor Indígena con sede en Ingeniero Jacobacci. El 6 de abril de 1998 fue creado el Consejo de Desarrollo de Comunidades Indígenas y reconocida la Coordinadora del Parlamento del Pueblo Mapuche, como instancia representativa conformada por todas las organizaciones del pueblo mapuche.

•Salta: el 3 de julio de 1986 fue creado el Instituto Provincial del Aborigen (IPA) como entidad autárquica integrado por un presidente, dos vocales designados por el poder ejecutivo y 6 designados por cada grupo étnico mayoritario en asamblea. El 29 de diciembre de 2000 fue creado el Instituto Provincial de los Pueblos Indígenas de Salta (IPPIS) con domicilio legal en la ciudad de Tartagal.

•Santa Fe: el 27 de octubre de 1961 fue creada la Dirección Provincial del Aborigen. El 4 de enero de 1994 fue creado el Instituto Provincial de Aborígenes Santafesinos (IPAS) con sede en la ciudad de Santa Fe y se reconoció a las culturas y lenguas toba y mocoví como valores constitutivos del acervo cultural de la provincia.

También, algunos códigos procesales penales han hecho referencia a la cultura de los pueblos originarios en relación a la comisión de hechos delictivos.

El Código Procesal Penal de la Nación, sancionado por ley 27.603 B.O. 10/12/2014, ahora Código Procesal Penal Federal, aprobado por Decreto 118/2019 (07/02/2019), en su Primera Parte, Parte General, Libro Primero, Principios Fundamentales, Título I, Principios y Garantías Procesales, y por medio del artículo 24 reza: “Diversidad Cultural. Cuando se

trate de hechos cometidos entre miembros de un pueblo originario, se deberán tener en cuenta sus costumbres en la materia”³².

En la redacción anterior, en el artículo 78 del Libro Segundo. La Justicia Penal y los Sujetos Procesales. Título III. La Víctima. Capítulo 1. Derechos Fundamentales. La Calidad de Víctima, el Código consideraba de ésta manera “*a 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*”³³. Sin embargo, en la actual redacción del Código Procesal Penal Federal no se estipula más la calidad de víctima de los pueblos originarios sino que se establece que tales podrán querellar³⁴.

El Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Neuquén, dictado bajo el número de Ley 2784, sancionado con fecha 24/11/2011, publicado con fecha 13/01/2012, en el artículo 19 reza: “Diversidad cultural. En los procedimientos se tendrá en cuenta la diversidad étnica y cultural”. Asimismo, en su Libro II. Admisión del caso, Título I. Ejercicio de la acción penal, Capítulo III. Reglas de disponibilidad de la acción, Sección Tercera. Pueblos indígenas, artículo 109³⁵, establece que cuando se trate de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena se aplicará en forma directa el artículo 9.2. del Convenio N° 169 Organización Internacional del Trabajo que dispone que las

³² Código Procesal Penal Federal. Ley 27.603. Decreto 118/2019. Recuperado de: <<http://www.saij.gov.ar/27063-nacional-codigo-procesal-penal-federal-to-2019-Ins0006496-2019-02-07/123456789-0abc-defg-g69-46000scanyel?>> Fecha: 20/06/2019

³³ Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.603. Recuperado de: <servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239340/norma.htm> Fecha: 12/12/2017

³⁴ Artículo 84. Derecho a querellar. Además de las víctimas, podrán querellar: (...) c. 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. Código Procesal Penal Federal. Ley 27.603. Decreto 118/2019. Recuperado de: <<http://www.saij.gov.ar/27063-nacional-codigo-procesal-penal-federal-to-2019-Ins0006496-2019-02-07/123456789-0abc-defg-g69-46000scanyel?>> Fecha: 20/06/2019

³⁵ Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén. Artículo 109. Pueblos indígenas. Cuando se tratare de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena se aplicará en forma directa el artículo 9.2. del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Recuperado de: <<https://www.legislaturaneuquen.gov.ar/LegislaturaCodigoProcPenal/LEY2784.pdf>>. Fecha: 20/06/2019

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

Además, la Provincia de Neuquén elaboró con fecha 02 de Septiembre de 2014, el Instructivo General N° 6, Instructivo para el Reconocimiento y el Respeto de las Costumbres y Métodos de los Pueblos Indígenas para Resolver sus Conflictos, el que instruye que:

“ARTÍCULO 1º: Los/las fiscales deberán reconocer y respetar la identidad cultural de los pueblos indígenas neuquinos en la forma de resolver sus conflictos, dentro del marco de los Derechos Humanos y del ordenamientos jurídico vigente; fomentar, a través de actividades conjuntas, el intercambio cultural; rescatando y poniendo en valor las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas; promover los métodos de resolución de conflictos basados en el diálogo y el respeto mutuo; y coordinar acciones en conjunto para articular el abordaje de los conflictos. ARTÍCULO 2º: A los fines de respetar las costumbres y los métodos utilizados por los pueblos indígenas neuquinos para resolver sus conflictos, los/las fiscales podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla, en los términos de los artículos 106, inciso 1, segundo supuesto, e inciso 5, y 109, del Código Procesal Penal, cuando se den los siguientes requisitos: 1. Debe tratarse de un conflicto que interese al derecho penal; 2. Que involucre sólo a miembros de comunidades indígenas reconocidas por el Estado; 3. Que haya ocurrido únicamente en territorio reconocido de las comunidades indígenas; 4. Que el hecho no afecte gravemente el interés público o que no involucre un interés público prevalente; 5. De aplicarse una sanción, que la misma respete los derechos humanos; 6. Que el conflicto sea resuelto o avalado por una autoridad legitimada por las comunidades indígenas”³⁶.

³⁶ Instructivo General N° 6. 02/09/2014. Recuperado de: <http://www.mpfneuquen.gob.ar/mpf/index.php/es/resoluciones-e-instrucciones-2> Fecha: 21/06/2019

En el Código Procesal Penal de la Provincia de Chaco, la Ley 4.538, B.O. 12/06/1999, el artículo 132, Declaraciones Especiales, dispone que para recibir juramento y examinar a una *“persona que desconoce el idioma nacional o de un indígena de cualquiera de las etnias autóctonas que no supiere expresarse fluidamente o no comprendiere la lengua nacional, a solicitud del declarante, las preguntas y respuestas deberán ser traducidas por un intérprete”*³⁷. Complemento de lo anterior, el artículo 245 hace referencia a la designación de intérpretes: *“Designación: Se nombrará un intérprete cuando fuere necesario traducir documentos redactados o declaraciones a producirse en idioma distinto al nacional o lenguas indígenas. Durante la investigación penal preparatoria el deponente podrá escribir su declaración, la que se agregará al acta”*³⁸.

El lenguaje es uno de los problemas que más inconvenientes genera al momento de armonizar sistemas penales. En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos preliminares³⁹, patrocinada por la UNESCO, establece en el punto 1 del artículo 18: *“Toda comunidad lingüística tiene derecho a que las leyes y otras decisiones jurídicas que le conciernan se publiquen en la lengua propia del territorio”* y en el punto 2. que: *“Los poderes públicos que tienen en sus ámbitos de actuación más de una lengua territorialmente histórica deben publicar todas las leyes y otras disposiciones de carácter*

³⁷ Código Procesal Penal de la Provincia de Chaco. Ley 5374. Recuperado de: www.saij.gob.ar/...chaco-codigo-procesal-penal...chaco.../123456789-0abc-defg-835... Fecha: 12/12/2017

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Declaración Universal de Derechos Lingüísticos. 1996. Barcelona. Recuperado con fecha 21/06/2019 de: https://www.pencatala.cat/wp-content/uploads/2016/02/dlr_espanyol.pdf.

general en estas lenguas, con independencia que sus hablantes entiendan otras lenguas”.

Asimismo, en el artículo 20 dispone:

“Todo el mundo tiene derecho a usar de palabra y por escrito, en los Tribunales de Justicia, la lengua históricamente habada en el territorio donde están ubicados. Los Tribunales deben utilizar la lengua propia del territorio en sus actuaciones internas y, si por razón de la organización judicial del Estado, el procedimiento se sigue fuera del lugar de origen, hay que mantener la lengua de origen”.

Asimismo es oportuno mencionar a Moreira (2012) quien aduce que el traductor en realidad

“se trata –según se infiere de los documentos internacionales- de un mediador cultural. La función del mediador cultural no es contemplada en los Códigos de Procedimientos, tampoco es atendida en los niveles hermenéuticos exigidos por la normativa internacional. En realidad cumplirá dos roles: el de intérprete de un idioma perteneciente a un pueblo indígena, para el que deberá ser competente, tanto en el idioma nativo como en el oficial. El otro rol es el de explicar al indígena de que se trata la audiencia, quiénes y cómo se realiza un juicio o la manera de formular sus derechos y reclamos. Al mismo tiempo podrá explicar a los operadores judiciales la concepción judicial de la que es portador el usuario indígena. Su sistema de autoridades y creencias” (p. 202/203).

Jurisprudencia

En este punto merece especial atención el Dossier Legislativo, Pueblos Originarios, realizado por la Biblioteca del Congreso de la Nación, Dirección GLIN y de Referencia Legislativa, Subdirección Documentación e Información Argentina, Departamento Investigación e Información Argentina⁴⁰ el que contiene doctrina y jurisprudencia relacionados con la temática y tales como: amparo de los derechos constitucionales

⁴⁰ Pueblos Originarios. Biblioteca del Congreso de la Nación. Mayo 2013. Recuperado de: <https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiwzaLlr4LjAhVqJ7kGHc2tB80QFjAAegQIBhAC&url=https%3A%2F%2Fbcn.gob.ar%2Fuploads%2FDossier-legislativo-A1N7-Pueblos-Originarios.-Doctrina-y-Jurisprudencia.pdf&usg=AOvVaw2XkQPIK3b0C3v3iYKg1s4D>. Fecha: 21/06/2019

reconocidos por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, su inclusión en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, propiedad comunitaria y patrimonio cultural indígena, derecho penal, entre otros.

En lo que respecta a la temática del presente trabajo se mencionarán solo las siguientes:

Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Salta, 29/9/06, causa: Ruiz, José Fabián (Delitos contra la integridad sexual. Abuso sexual. Aspecto subjetivo. Imputado miembro de la cultura wichí. Costumbres indígenas. Auto de procesamiento. Revocación. Inimputabilidad)⁴¹. Aquí la defensa sostiene que la resolución recurrida dictada por la Sala Tercera de la Cámara de Acusación en la que no se hizo lugar el recurso de apelación interpuesto contra el auto de procesamiento, resulta arbitraria, porque no considera prueba decisiva, en orden a acreditar que en el caso concurre un supuesto de necesidad de respeto a la identidad étnica y cultural del imputado. El caso que resuelve esta sentencia se da dentro de la comunidad wichí, a la que pertenecen sus protagonistas (víctima e imputado). Se inicia como consecuencia de la denuncia por violación realizada por la madre de la niña, indicando como responsable a su pareja. Cabe destacar que la niña quedó embarazada como consecuencia del hecho delictivo, siendo advertida dicha circunstancia por la directora de la escuela a la que ésta asistía. Con posterioridad, la madre de la niña modifica su declaración y expresa que su pareja e hija convivían hacía un año, hecho que sería una costumbre en la comunidad. El juez de primer grado ordenó el procesamiento y detención de Ruiz, quien apela la sentencia pero es rechazada por la Cámara, ante lo cual la defensa interpone un recurso de casación ante la Corte de Justicia de Salta. La Corte finalmente anula el procesamiento y la orden de detención. La característica de este caso es que lleva a plantear

⁴¹ Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. Buenos Aires, enero 2007, p. 178. En: www.justiciasalta.gov.ar

una tensión entre el derecho a la identidad cultural de los aborígenes y los derechos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico.

Los argumentos esgrimidos por la defensa y por los vocales de la Corte que deciden anular el procesamiento: 1) El juez de grado valoró de manera peyorativa el hecho de que en la comunidad wichí las mujeres mantienen relaciones sexuales desde su primera menstruación. 2) No se consideró que los miembros de la comunidad se sorprendieron ante el procesamiento, puesto que para ellos la situación de convivencia entre las partes es una costumbre ancestral. 3) El hecho de pertenecer a una comunidad aborigen, en este caso la wichí, determinaría la atipicidad del hecho e inimputabilidad de Ruiz, puesto que estos aceptan como un modo de vida el matrimonio privignático, en el que “no existe concubinato sino matrimonio tanto con la madre como con su hija”. Es decir que al constituir este tipo de unión matrimonial una práctica cultural aceptada, el imputado no comprende la criminalidad de su acto resultando inimputable. 3) Que la Constitución Nacional y Provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos originarios, lo que para ellos merece una valoración particular aún en la perpetración de delitos penales. 4) El fallo no fue unánime.

Entre los argumentos del voto en disidencia se destacan los siguientes: 1) La Corte Suprema de la Nación sostiene la inexistencia de derechos absolutos y que ningún derecho puede esgrimirse de manera aislada, puesto que todos conforman un complejo de operatividad. 2) No puede pretenderse la inaplicabilidad del derecho penal argentino amparado en la condición de indígena, puesto que esto no implica la titularidad de derechos absolutos. 3) Debe tenerse en cuenta el art. 8 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos de los Pueblos indígenas y Tribales en Países

Independientes, que establece que si bien deben considerarse las costumbres indígenas, están deben ser confrontadas con el bloque de legalidad y constitucionalidad. Es decir que las costumbres indígenas y sus pautas culturales serán respetadas mientras no sean incompatibles con el sistema jurídico nacional ni con derechos humanos reconocidos. 4) Quienes ejercen la judicatura deben respetar y proteger las costumbres indígenas mientras no impliquen un menoscabo a los derechos humanos.

En el caso concreto, la supuesta costumbre wichí que acepta como institución social el matrimonio privignático, es discordante y violatoria de derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico y por instrumentos internacionales de derechos humanos como la integridad personal y la dignidad del ser humano. Explica la jueza que deben descartarse los argumentos del llamado relativismo cultural, para el cual deben respetarse las prácticas identitarias, tales como la mutilación femenina o el matrimonio privignático, y que “tienen valor por el mero hecho de existir y enriquecer la diversidad cultural mundial”. Destaca las opiniones vertidas por mujeres indígenas en talleres e investigaciones. Básicamente éstas expresan la importancia de mantener sus costumbres pero mientras no afecten su integridad. Manifiestan además la importancia de debatir sobre el tema, distinguen entre costumbres que les gustan y que no les gustan y destacan la importancia de la justicia como encargada de proteger sus derechos. Se refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en diferentes casos estableció que las manifestaciones culturales si bien deben ser respetadas, no pueden atentar contra derechos fundamentales de la persona humana, y rechazando además el relativismo cultural.

Por último, considera que debe confirmarse el fallo de primera instancia atento a que no existen razones para que amparándose el imputado en costumbres indígenas cometa delitos

castigados por nuestro ordenamiento jurídico y por el derecho internacional, tales como la integridad física, el derecho a la vida y los derechos de niños, niñas y adolescentes. Cabe destacar que no se probó la institucionalización del matrimonio privignático o de la bigamia como práctica cultural.

Superior Tribunal de Justicia de Formosa, 28/4/08- Sosa, Ariel Gabriel s/ abuso sexual c/ acceso carnal⁴². Aquí se plantea que Sosa pertenecía a otra etnia, que las relaciones paralelas no son bien vistas por la comunidad aborígen a la que pertenecía Torres y que los miembros de la etnia de la misma estaban presentes en la audiencia e hicieron algunas manifestaciones en su dialecto, lo que llevó a la testigo Torres a incurrir en mendacidad. El Tribunal concluyó que hubo una extremada desidia mostrada por los órganos encargados de la investigación del hecho durante la instrucción, revelando una indiferencia tan grave que no puede dejar de ser vista como una discriminación respecto de quienes forman parte de los pueblos originarios, y un verdadero menoscabo a la identidad aborígen, en lo que haberse olvidado que la garantía del debido proceso, ampara a todos los individuos por igual.

Cámara Segunda Criminal y Correccional, Formosa, 21/05/07 – González, Rubén Héctor y otros. (Abuso sexual. Acceso carnal. Agravantes. Violencia)⁴³. La Cámara Segunda en lo Criminal, condenó a González y Bonilla a la pena de seis años de prisión con más inhabilitación absoluta por igual tiempo, por considerarlos autores penalmente responsables del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal (art. 119 3º párrafo del Código Penal). La defensora oficial de los imputados planteó un recurso de casación contra dicha sentencia. Así, el Superior Tribunal de Justicia de Formosa, con fecha 29/4/08 en los autos -

⁴² En: www.jusformosa.gov.ar.

⁴³ La Ley Litoral. Buenos Aires, junio 2008, p. 499. En: www.jusformosa.gov.ar

González, Rubén Héctor- Bonilla, Hugo Oscar, Santander, Sergio André (prófugo) s/ abuso sexual –art. 119- 3º párrafo C.P.⁴⁴, resuelve rechazar el recurso de casación planteado, debiéndose destacar que con dos votos en disidencia. Entre los argumentos destacables podemos mencionar: Que la afirmación de uno de los vocales del Tribunal de Casación consistente en “que las mujeres indígenas han sido históricamente oprimidas y excluidas, por una triple condición: la de ser mujer, la de ser pobres y la de ser indígenas, como producto de un proceso histórico – cultural”; Que el acceso a la Justicia de los indígenas es limitado, ya que sus denuncias no son recibidas o no son investigadas, agravándose esta situación en el caso de mujeres aborígenes; En los votos en disidencia (que consideran que no existe una certeza para condenar a los imputados) se reconoce la práctica del llamado “chineo”, concibiéndolo como una pauta cultural de jóvenes criollos que salen a buscar “chinitas” (aborígenes niñas o adolescentes) a las que persiguen y toman sexualmente por la fuerza tomando esto como diversión; Señalan que vivimos en una cultura machista en que suele creerse que la mujer provoca de alguna manera al hombre, agravándose esta situación en el caso de estudio, puesto que la víctima además de ser mujer, es aborígen; Existe una paradoja que merece destacarse, a saber: la violación en nuestro ordenamiento jurídico es una acción penal de instancia privada, es decir que es condición indispensable la denuncia del ilícito por parte de la víctima. En el caso de que la víctima sea menor de edad, sus padres ejercen su representación. Ahora bien, en la cultura aborígen la mujer es dueña de su cuerpo desde la menarca (primera menstruación), es por ello que los padres no acompañan a la menor ya que dan por sentado que la hija es libre sexualmente y es ella quien debe denunciar el hecho. Por último y no menos importante, el voto en disidencia atribuye la falta de medios probatorios a una suerte de “*capitis diminutio*” que sufre el

⁴⁴ En: www.jusformosa.gov.ar

aborigen, ya que en el presente caso se comprobó una discriminación tanto por parte de la policía como por la justicia misma.

STJ Formosa, Fallo N° 3765 de fecha 17/11/11, causa: “Almirón, Cecilio s/ abuso sexual c/acceso carnal”⁴⁵. El caso mencionado llega a la Corte a los fines de analizar la admisibilidad formal del Recurso de Casación planteado por la Señora Asesora de Menores e Incapaces de Cámara, Dra. María Fátima Pando. Que el remedio procesal se pretende sustentar en el artículo 422 del Código Procesal Penal contra el Fallo N° 6.944 - Tomo 2.011 perteneciente a la Excma. Cámara Segunda en lo Criminal que decide el rechazo del Recurso de Apelación incoado conjuntamente por el Señor Fiscal de Instrucción y Correccional y la Señora Asesora de Menores de Primera Instancia –ambos de la Tercera Circunscripción Judicial- y en consecuencia confirmar la decisión de archivo tomada por el Señor Juez de Instrucción y Correccional de Las Lomitas mediante Resolución de Archivo N° 01/11. El problema que aquí se plantea es que se trata de un delito de instancia privada, y el obstáculo procesal concerniente a la promoción de la acción no fue salvado y tampoco se verifican -al menos de lo actuado no surgió- la existencia de alguno de los supuestos de excepción que autorizan el inicio oficioso de las investigaciones. En tal sentido, y de acuerdo a lo establecido en el art. 72 de la norma penal sustantiva, que prescribe expresamente, que no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, su tutor, guardador o representantes legales, disponiendo también en su parte final, aquellos supuestos en los que la regla se excepciona. La compulsa de los actuados, teniendo en cuenta tal premisa de análisis, revela que la agraviada es una menor no emancipada y por ende la iniciación del proceso debe ser promovida por sus representantes legales por lo cual, y dado que la misma tiene la madre fallecida y se encuentra viviendo

⁴⁵ En: www.jusformosa.gov.ar

con su padre, éste es el único habilitado, a la luz de la letra de la norma (art. 72) a promover la instancia y si puesto en conocimiento de tal facultad, expresó su voluntad de no instar, indudable resulta que el obstáculo procesal no fue removido, con lo cual, se verifica, respecto del Instructor, el supuesto de imposibilidad de actuar, consagrado en el art. 179 del Código Procesal Penal. Esta situación, se consolida a poco de corroborar que tampoco quien reviste la titularidad de la Acción Penal Pública (Fiscal) promovió la actuación oficiosa invocando y justificando la aplicación de la causal prevista en el art. 72 último apartado del Código Penal, sin que tampoco al deducir el recurso de apelación haya explicado cuál es la situación fáctica que lo lleva a considerar viable su actuación oficiosa, en tanto allí, a más de destacar un estado de abandono de la menor -situación no contemplada en el texto legal- no indica las razones que lo llevan a motivar la existencia de intereses contrapuestos entre la presunta víctima y el sujeto facultado a accionar.

En su recurso la señora Asesora de Menores de Cámara fundamenta porque debe entenderse a la resolución impugnada en casación por ocasionar un gravamen de imposible reparación ulterior por existir –en sus palabras- un apartamiento al principio de debido proceso, prefiriendo valores procesales antes que el interés superior del niño de raigambre constitucional; tornándola en consecuencia a una resolución equiparable a definitiva. Que en ese cometido se advierte que más allá de las palabras y argumentos utilizados por la parte recurrente la misma no se encuentra legitimada para intervenir en los presentes obrados, dado que la menor víctima no se encuentra en estado de abandono y la representación de la funcionaria es promiscua sólo cuando está dada conjuntamente con los padres de la menor, razón por la cual, el presente impulso excede sus facultades. Asimismo, el Tribunal Superior aduce que una vez analizadas las actuaciones de referencia no se vislumbró un ataque al principio del interés superior del niño, sino que, es justamente en

defensa de éste que se expidieron el Juez de Primera Instancia y la Señora Juez de Apelaciones. Por las razones planteadas se declaró mal concedido el Recurso de Casación, devolviendo las actuaciones al Tribunal de origen. Sin perjuicio de lo antes mencionado, el Señor Ministro, Dr. Eduardo Manuel Hang, deja en claro un punto muy importante dejando de lado la cuestión de legitimidad de la parte, cuestionando que se quiso crear un caso de delito sexual cuando hubo un deficiente análisis antropológico cultural, porque la cuestión no debe encararse desde los condicionamientos de la cultura occidental cristiana, por eso es que el padre de la menor aborígen no estaba realmente preocupado por la relación sexual sino por el alejamiento del hogar. Es notorio entonces que sería un despropósito aplicar reglas a los pueblos originarios en desmedro de su cultura.

5. Conclusiones Parciales

Como primera nota debemos decir que nuestra postura a la hora de definir a los pueblos originarios es que son los habitantes de los territorios que preceden a los colonialistas, organizados bajo pautas culturales, lingüísticas, religiosas, políticas, económicas, administrativas, judiciales, etc. que han transmitido generación a generación con independencia de los grupos mayoritarios y preservando siempre su identidad étnica.

A nivel internacional ocurrieron varios acontecimientos relacionados a los pueblos originarios. Así, en las Naciones Unidas se constituyó el Foro Permanente para los Pueblos Indígenas del Mundo, cuya primera reunión fue en el mes de mayo del año 2002.

Cabe resaltar que los pueblos originarios fueron incorporados en masa al Estado Argentino como ocupantes precarios de sus propios territorios en el ámbito de una política donde se propició que adoptaran una religión y un estilo de vida que no les era propio. La desnaturalización de su cultura llegó a determinar procesos regionales de migraciones

indeseadas de importantes grupos que viven en áreas urbanas y suburbanas donde exhibir su identidad, llegado el caso, hasta puede tener consecuencias negativas para su desarrollo personal.

Como se vio en la legislación, es a partir de 1990, cuando el indigenismo empezó a tener impulso. La reforma de la Constitución del '94, la suscripción y ratificación del Convenio 169 de la OIT y el depósito de los instrumentos de su ratificación en Naciones Unidas así lo demuestran.

En nuestro país se instauró el Programa de Participación Indígena, el Foro Patagónico y el Primer Seminario de Políticas Sociales para Pueblos indígenas.

Empero y a pesar del gran progreso legal, en los hechos no se dan las condiciones necesarias para que estos grupos puedan vivir en comunidad, respetando sus culturas o asumiendo definitivamente una cultura común y a la vez integrada en el Estado del que forman parte. Así las cosas, falta mucho por recorrer para adecuar el marco jurídico y alcanzar el reconocimiento y efectivo cumplimiento del mismo a la vida de los pueblos originarios.

La integración social y cultural, el respeto a su identidad y diversidad, su derecho al desarrollo autónomo y a la participación real, activa e informada en la ejecución de las políticas públicas que los afectan, es el gran desafío al que se enfrenta la sociedad y el estado mismo.

Así como es importante destacar el rasgo distintivo de la aborignariedad, esto es, la característica de ser los primeros habitantes de los territorios que habitan, también corresponde el reconocimiento a una normativa que dé cabida a sus “derechos especiales” sin menoscabo de los demás derechos del ciudadano.

Además como se considera legítima la reivindicación de la ocupación continua de tierras ancestrales o al menos de parte de ellas, constituida por la calidad del vínculo que los une, junto al hábitat, el paisaje y el territorio, tal situación no podrá ser realidad sin las leyes pertinentes que aseguren las condiciones indispensables para el mantenimiento de la identidad como pueblo.

Sin embargo, y como ha quedado evidenciado en la redacción del marco regulatorio, las leyes dictadas en relación a los pueblos originarios, sólo se refieren a cuestiones civiles, laborales, económicas, etc. pero ninguna, o casi ninguna, hace referencia al orden penal, y es aquí donde corresponde resaltar que el eximente penal en tratamiento y bajo análisis se inserta como una pauta de adecuación de convivencia con inserción en la sociedad toda pero con reconocimiento en la diversidad de los pueblos originarios. Significaría un gran avance en la legislación nacional penal.

El ordenamiento jurídico penal actual no posee una regulación específica que contemple las costumbres culturales, las considere como tales y brinde a los jueces una solución unánime en el tema, y no se vean obligados los magistrados de manera discrecional a recurrir e interpretar las figuras genéricas del Código Penal, para dar una solución a casos concretos. Se vislumbra en los fallos jurisprudenciales mencionados en el presente capítulo, que los jueces han tratado de proteger siempre las tradiciones culturales innatas de los pueblos originarios adecuando, aun ante la ya mencionada falta de reglamentación explícita en la materia, sus fallos a las conductas culturales de dichos pueblos.

CAPÍTULO II: LA EXIMENTE CULTURAL
Y SU TRATAMIENTO EN LA DOCTRINA

Introducción

En este capítulo haremos referencia en un primer momento a lo que se considera eximente cultural.

Luego, haremos alusión al elemento subjetivo del tipo y su relación con la eximente mencionada.

Seguidamente se tratará a la eximente cultural desde varios aspectos. Primero expondremos la posición de autores que la relacionan directamente como causa de justificación. Luego, quienes bregan por considerarla como una falta de culpabilidad. Por último, los que la explican como si fuera una excusa absolutoria.

1. La eximente cultural

Se considera pertinente en este punto hacer hincapié en lo analizado durante todo el capítulo I ya que allí, se abordó la problemática que sufren los pueblos originarios en relación a la falta de un sistema legal que ampare sus derechos sin tratar de cambiar sus conductas ni de avasallar con toda su cultura ancestral.

Como se planteó, sería importante y necesario un avance en la normativa, sobre todo penal, para poder insertar a los miembros de los pueblos originarios en nuestra cultura pero también para poder entender que ellos tienen costumbres distintas a las nuestras y que las debemos aceptar por su condición de tales.

El Diccionario de la Real Academia define la cultura como: *“el conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etcétera”*⁴⁶.

Se considera que la cultura que posee un individuo, como conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo, influye sobre sus pensamientos y forma de actuar, por lo que corresponde considerar el efecto que provoca en esa persona inmiscuirlo en una cultura diferente y sobre todo tratar de individualizar una respuesta penal a su capacidad real para adecuar su comportamiento a las exigencias de la norma contemplada en un ordenamiento que permite el control social.

Bajo las palabras eximente cultural se agrupan una serie de estrategias con las cuales se trata de enfocar la responsabilidad de las personas que han cometido un delito culturalmente condicionado, es decir, un delito que, sin embargo, es considerado una costumbre conforme a la cultura del grupo al que pertenece el autor del mismo.

Cabría, de esta manera, tanto una eximente como un atenuante de responsabilidad penal de comprobarse que el miembro del pueblo originario actuó conforme a su costumbre o su cultura incorporada durante toda su vida por pertenecer a un grupo en especial.

2. La eximente cultural, el tipo subjetivo y la culpabilidad

En este punto debemos recordar que la Teoría del Delito estudia el hecho típico, antijurídico, culpable y punible.

⁴⁶ Diccionario del español jurídico - RAE – Recuperado de: <<https://dej.rae.es/lema/cultura>>. Fecha: 20/06/2019

El tipo es la construcción lógica y gramatical que utiliza el legislador para definir la conducta, sus circunstancias y modalidades que son materia de sanción penal.

El concepto de tipo se vincula con el principio de legalidad ya que éste establece que nadie será castigado sino por hechos previstos en la ley al tiempo de cometerse. De nada valdría este principio si no existiera un concepto dentro de la teoría del delito a través del cual se exprese cuál es la conducta (activa u omisiva) que se conmina con una pena.

El tipo penal es la descripción abstracta de la conducta prohibida por la norma que efectúa el legislador y por eso, el congresista debe definir conductas en tipos claros, precisos y excluyentes (y, en su caso, resultados), elementos y condiciones que perfeccionan la infracción de que se trata. Así, la falta de un elemento del tipo elimina el delito. El tipo delictivo es un elemento de un hecho punible.

La tipicidad es el resultado de un juicio mental llevado a cabo por el juez que permite determinar que la conducta objeto de examen coincide con la descripción abstracta contenida en la ley penal. Si realizada dicha operación surge que el resultado es negativo porque el comportamiento en cuestión no se adecua al respectivo tipo delictivo, estaremos en presencia de un hecho atípico.

De acuerdo con su contenido, podemos diferenciar dos conceptos de tipo, el tipo garantía y el tipo sistemático. El primer tipo contiene la totalidad de los presupuestos que condicionan la aplicación de una pena. Este tipo deriva del ya mencionado principio de legalidad. El tipo sistemático describe la conducta prohibida por la norma.

Posicionándonos en que el tipo tiene una construcción compleja, debemos decir que se construye con elementos objetivos y subjetivos. El tipo objetivo comprende el aspecto externo del comportamiento humano prohibido por la norma, que abarca la descripción abstracta y valoraciones de distinta índole. Su núcleo lo constituyen la acción descrita por

el verbo (matar, robar, falsificar), diferentes circunstancias como su relación con personas o cosas, su vinculación con el tiempo y el espacio y modo de ejecución y sus nexos con otras acciones. Algunos tipos exigen la producción de un resultado.

Los elementos subjetivos del tipo son los elementos con contenido psíquico, emocional o volitivo. Ricardo Núñez (1999) afirma que:

“Representa un elemento subjetivo del tipo todo elemento suyo que aluda a una situación anímica del autor del delito, cualquiera que sea su naturaleza. Puede ser un saber (“sabiendo que lo son”...); una intención (“proponiéndose” (...) “para satisfacer” (...)); un motivo (causa o razón del hecho) (“por precio o promesa remuneratoria” (...)); un sentimiento (“maliciosamente” (...)) o un estado afectivo (“estado de emoción violenta” (...))” (p.140/141).

Velásquez (1997), los llama “*especiales elementos subjetivos*” ya que “*suponen en el autor un determinado propósito o intención, una motivación o un impulso, que se suman al conocimiento y voluntad de la realización del tipo (dolo)*” (en Lascano, 2000, p. 303). Por su parte, Bacigalupo (1994) los denomina *especiales elementos de la autoría*, porque son aquellos que requieren que el autor, además de haber querido la realización del tipo, haya perseguido una “*finalidad ulterior*” (en Lascano, 2000, p. 304).

Asimismo, se pueden distinguir dos clases de conductas lesivas a los bienes jurídicos según la actitud subjetiva del autor y son los tipos dolosos y los tipos culposos.

En los dolosos, el sujeto es plenamente consciente de que su actuar lesiona el bien jurídico y quiere afectarlo (el autor conoce y quiere).

En los tipos culposos el autor no pretende lesionar el bien jurídico pero su conducta descuidada produce su afectación, aquí la persona se limita a infringir una norma de cuidado.

Estos elementos suscitan un problema con la culpabilidad y por eso Soler (1970) sostuvo que:

Para evitar equívocos que puedan llevar a confundir esta clase de elementos de la figura con elementos subjetivos del delito, esto es, con la culpabilidad, mejor sería llamarles elementos psíquicos subjetivos, pues son datos psíquicos cuya presencia o ausencia gravita directamente sobre el encuadramiento del hecho en la figura, ya que el legislador ha requerido la concurrencia de esa clase de datos como si se tratase de otro dato de cualquier otra naturaleza (p. 188).

Fontán Balestra (1995), por su parte, admitió que el tipo se integraba con elementos subjetivos siempre que ellos se limitasen a complementar o sumarse a la culpabilidad genérica, pero si en lugar de desempeñar esa función exigían determinada especie de culpabilidad, pertenecían a ésta y no al tipo.

En lo que sigue y por estar relacionado con lo hasta aquí explicado, estudiaremos el tercer peldaño de la teoría del delito, esto es, la culpabilidad.

La culpabilidad del autor, entendida como reproche por haber actuado en contra de la norma, pudiendo conocerla, es un peldaño de la teoría del delito o lo que se ha dado en llamar la imputación de segundo grado, en cuanto conocimiento de la antijuridicidad. En la culpabilidad se avanza sobre el reproche penal y así se dice que éste se funda: a- En la capacidad para actuar de acuerdo a la Ley -madurez mental, salud y conciencia-. b- Conciencia de lo que hace y voluntad de actuar -dolo-. c- Libertad de decisión -no coacción-.

La imputabilidad es según Nuñez (1999) “*la capacidad para ser penalmente culpable*” (p. 181). Esta capacidad es la de comprender lo que hace y dirigir las acciones según esta comprensión. La misma debe existir al momento de cometer el hecho.

Los presupuestos de la imputabilidad son dos porque se trata de un método mixto:

* Presupuestos biológicos: son la madurez mental, la salud mental y la conciencia.

Madurez mental: De manera tal que permita comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones. La Ley entiende que a partir de los 16 años hay madurez mental.

Salud mental: Se requiere que no padezca una insuficiencia de sus facultades o alteraciones morbosas de las mismas, que le impida comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

Conciencia: esta puede faltar en estados febriles, intoxicaciones etílicas o drogas, cuando le impiden comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

* Presupuestos psicológicos: Tiene que tener madurez mental, salud mental y conciencia de manera tal que le permita comprender la criminalidad del acto (saber lo que hace) y dirigir sus acciones.

La inimputabilidad excluye la pena y se la define de la siguiente manera: imputabilidad es un estado bio-psicológico -recalco la palabra estado que da una idea de cierta permanencia- que supone determinada calidad o aptitud de dicha índole en la persona responsable: se es imputable cuando en virtud de un estado de equilibrio de la personalidad biopsíquica se tiene la aptitud de comprender la criminalidad de la acción y de dirigir la propia conducta conforme a esa comprensión (...) se es imputable en general, frente a cualquier especie de delito; pero sólo se es culpable en concepto, es decir, con referencia a un determinado delito y no a otro que puede cometerse, incluso contemporáneamente, en forma no culpable⁴⁷.

El autor de un hecho típico puede ser culpable por dolo o por culpa. El dolo es el elemento subjetivo por excelencia, motivo por el cual nos encontramos que la mayoría de

⁴⁷ Definición extraída del artículo “Notas sobre la teoría normativa de la culpabilidad”, del Dr. Frías Caballero, Jorge, publicado en LL “Páginas del ayer” 2005-1, 26 (© La Ley S.A. 2008).

los delitos previstos en la Parte Especial del Código Penal son tipos dolosos. El dolo puede ser directo (quiere lo que hace), indirecto (quiere realizar la conducta pero sabe que por extensión se produciría otro resultado típico) y eventual (prevé la posibilidad del resultado típico, pero no detiene la acción). Posee dos elementos: El cognoscitivo, que es el conocimiento de la antijuridicidad. Este elemento es eliminado en caso de existir error. Y el volitivo, es decir cuando se acepta realizar la conducta antijurídica, lo cual queda eliminado si se actúa bajo coacción.

El dolo se excluye por el error de hecho. El error, es la falsa creencia de algo y la ignorancia es el desconocimiento, pero desde el punto de vista jurídico es tomado como el error, en cuanto provoca el desconocimiento de que la conducta que se realiza es típica y antijurídica. Excluye de esta forma el elemento cognoscitivo del dolo.

El artículo n° 34 inciso 1°⁴⁸, considera no punible al que por error o ignorancia de hecho no haya podido comprender la criminalidad del acto.

El error de hecho no se asienta en un concepto natural de hecho, sino que se entiende como hecho criminal. El error de hecho abarcaría los que versan sobre los elementos del tipo (tanto objetivos como subjetivos de la víctima) y sobre las circunstancias de justificación o inculpabilidad (coacción), porque todos los aspectos atañen a la criminalidad del hecho. El hecho justificado es permitido por el ordenamiento, y por lo

⁴⁸ Código Penal de la República Argentina. Zavalia. Buenos Aires. 2019: “**34.** 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 inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso”.

tanto, lícito, en cambio el hecho exculpado sólo es eximido de castigo por no ser reprochable, pero al no resultar excluida su ilicitud, subsiste el derecho de la víctima al resarcimiento del daño.

Es de suma importancia distinguir entre el error de prohibición y el error de tipo. El error de prohibición sería aquel que recae sobre normas que dan lugar a un hecho, el carácter de delito. El error de tipo sería aquel que recae sobre las circunstancias que dan contenido a la figura o tipo delictivo, es decir, sobre circunstancias de hecho. Cuando el error de tipo es invencible elimina cualquier tipicidad, en tanto que, cuando es vencible, puede dar lugar a tipicidad culposa, en caso de que los extremos de la misma estén dados.

Enfrentada al error de tipo, que elimina siempre la tipicidad dolosa, pero que, cuando es vencible, puede dar lugar a tipicidad culposa, está el error de prohibición, que cuando es invencible elimina la culpabilidad. Así como el “error de tipo” es lo contrario de la existencia de dolo, el “error de prohibición” lo es del actual conocimiento del injusto.

Decimos que es error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Cuando es invencible (inevitable), es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible (evitable), para nada afecta la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza o, en algunos casos, aplicando disposiciones especiales.

Entonces, en el error de tipo el hombre no sabe lo que hace y en el error de prohibición, sabe lo que hace, pero cree que no es antijurídico. Si es invencible elimina también la culpabilidad; si es vencible puede dar lugar a culpa.

En palabras de Carlos Lascano (2000) el *“error de prohibición invencible impide la infracción de la norma primaria penal, y con ello, se excluye la primera condición de la culpabilidad o atribuibilidad individual, determinándose la impunidad”* y el *“error de prohibición vencible deja paso a una imprudencia iuris por falta de cuidado en el sujeto al no haber advertido la antijuridicidad, determinándose una atenuación de la reprochabilidad criminal”* (p.211).

Como dijimos, la culpabilidad se funda en tres cuestiones dos de las cuales ya se trataron, la capacidad para actuar de acuerdo a la ley y la conciencia de lo que hace y voluntad de actuar. Ahora haremos referencia a la libertad de decisión (no coacción). Aquí lo que se requiere es que el sujeto acceda a la norma penal en condiciones de normalidad motivacional, que puede excluirse por causas de inimputabilidad, o por causas de inexigibilidad de otra conducta.

El artículo n° 34 en su inciso 2 reza que no son punibles *“el que obrare violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente”*. Por el empleo de la palabra amenazas en plural parecería que la situación de violencia moral únicamente podría restringirse al anuncio verbal o escrito de un mal, proveniente de una persona. Sin embargo, comprende también las amenazas que al margen del lenguaje pueden expresar las personas por otros medios, como por ejemplo el uso de violencia física actual que vence la resistencia, sin ser físicamente irresistible y las amenazas de males de otro origen que el humano, en tanto no constituyan estado de necesidad.

Sentado este nuevo marco de análisis y al hablar de culpabilidad, debemos anunciar que de una primera lectura del artículo 19, inc. 2, supuesto c) del proyecto de ley se podrían identificar grandes indicios que permitían tratar el caso de estudio como un supuesto de ausencia de culpabilidad y en este punto diremos que de la redacción de la exposición de motivos del mentado artículo se puede realizar una deducción y direccionar la cuestión hacia el tratamiento del artículo como un error.

Tal postura cobra aún más asidero al ser cotejada con los dichos del propio Enrique García Vitor (1994), quien al dejar sentada su posición -respecto a que las cuestiones de multiculturalidad se deben resolver por intermedio de la figura de la causa de justificación- aclaró que *“el condicionamiento cultural puede tener una solución a través del error de comprensión”* (p. 32).

Abierta esta puerta de análisis, en lo que sigue, resta identificar a qué tipo de error se refiere la exposición de motivos, ya que en un párrafo del mismo reza textualmente que podrían encuadrarse algunos casos como un error de tipo, y en el resto del texto refiere que debería llevarse la solución al terreno de la culpabilidad al referir frases tales como:

Lo cierto es que estos casos plantean un serio problema respecto del grado de exigencia de esa comprensión y, por lo tanto, de la culpabilidad del agente, o es difícil —sino imposible— formular un reproche de culpabilidad a quien realmente no puede exigírsele la incorporación del desvalor del hecho a su mundo valorativo, porque implicaría el abandono de su cultura que, por otra parte, está protegida por la Constitución y por el derecho internacional⁴⁹.

Con el objeto de dirimir este interrogante, nos resulta imperioso traer a colación los conceptos de los dos tipos de error. En ese marco diremos que al abordar el error de tipo, Claus Roxin (1997) lo definió como: *“Quien en la comisión del hecho no conoce una*

⁴⁹Texto según Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Cit. (1), Pág. 95.

circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente” (p.458). Mientras que al error de prohibición este mismo autor lo conceptualizo como: *“Concorre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida”* (p.861), concepto al que en líneas generales le incorpora como principal efecto que en el caso de que ese error sea vencible o invencible, el mismo actuará como atenuante o eximente de la culpabilidad respectivamente. Recordemos que un error sea vencible o invencible, se basa en el poder conocer la antijuridicidad de la conducta desplegada, o sea, que el estudio está en la conciencia del autor, pero cabe destacar que esta conciencia sobre la antijuridicidad es diferente a la conciencia general exigida por la culpabilidad, ya que esta última, se analiza una vez confirmada la capacidad del sujeto de comprender la mentada antijuridicidad.

Sin adentrarnos demasiado en las particularidades de cada sub tipo de error y solo de la lectura de los conceptos e interpretación de los efectos que devenga cada uno de ellos, rápidamente podemos excluir el supuesto del error de tipo, bajo el principal argumento de que el mismo no puede ser aplicado de manera genérica a todos los casos, ya que como fuera expuesto, este abordaje excluye el dolo de la conducta y es imposible eliminar previamente el dolo de todos los eventuales delitos que pudieran devenir.

Sumado a ello, es importante destacar que llevar el análisis a este lugar es demasiado prematuro dentro de la estructura del delito, ya que al excluir el dolo de la conducta se lleva el análisis del caso de estudio al primer escalafón de la teoría del delito, esto es, la tipicidad. En este rumbo de ideas y al concatenar lo dicho con lo ya expuesto al abordar el caso de estudio como una causa de justificación -donde se dijo que excluir la antijuridicidad de esa conducta es una solución demasiado radical-, en este punto diremos

que excluir la tipicidad de la misma es aún más extremo, con lo cual el encuadre en el terreno de la tipicidad decanta por su propio peso, pero no se descarta su aplicación en algunos casos concretos.

Tras la contundencia de la crítica expuesta y de la lectura global de la exposición de motivo, la solución del caso objeto de análisis como un error de prohibición, empieza a cobrar relevancia y termina de tomar protagonismo al ser cotejada con la dogmática internacional, ya que por ejemplo la reconocida autora española, M. Elena Torres Fernández (2013), en su trabajo de multiculturalidad dijo que:

El instrumento legal más idóneo de los regulados en nuestro derecho penal parece ser el de error de prohibición, para una clase de hechos culturalmente determinados, cuando el efecto de la cultura es el desconocimiento de la ilicitud penal, basado en el desconocimiento del carácter prohibido del hecho (p. 436).

Sin lugar a dudas, una de las principales virtudes que este encuadre trae aparejado, es que otorga pautas claras de valoración que permiten identificar en qué caso procedería la exención o disminución de pena que estipula el artículo 19 del proyecto, ya que aporta un simple y rápido razonamiento de resolución, atento que en caso de que el error sea invencible excluye por completo la culpabilidad, mientras que cuando el error sea vencible el juez facultativamente podría disminuir o atenuar la pena.

No conforme con ello y más allá de las aparentes ventajas que este encuadre presenta, al error de prohibición se le suele achacar que llevar las cosas al campo de la culpabilidad no es del todo satisfactorio, ya que si bien excluye la pena, conforme a la tradición normativa argentina, cabría la posibilidad de aplicar una medida curativa o de seguridad En palabras de De La Rúa y Tarditti (2015):

Las medidas de seguridad son medios curativos sometidos al principio de legalidad, que el juez le impone al autor de un delito en atención a su peligrosidad, para evitar que se dañe a sí mismo o a los demás. Las medidas de seguridad previstas para los inimputables adultos no son penas, sino medidas de prevención con fines tendientes tanto a la recuperación terapéutica del inimputable como a la protección de riesgos a la comunidad por la peligrosidad futura (p. 724).

Y en ese contexto, resulta extremadamente contradictorio que, por un lado, un Estado pregone el reconocimiento de los derechos de una cultura y, por otro, le aplique una medida curativa o de seguridad cuando realice una conducta conforme a su cultura.

3. La eximente cultural y la antijuridicidad

Ricardo Núñez (1999) escribe que la antijuridicidad es la calidad del hecho que determina su oposición al derecho, que lo antijurídico es lo jurídicamente prohibido y lo que el derecho prohíbe es el ataque a los bienes jurídicos.

La antijuridicidad es excluida si existe una causa de justificación, es decir permisos concedidos por la ley para cometer en determinadas circunstancias un hecho penalmente típico. Estos permisos obedecen al principio de que en caso de conflictos entre dos bienes jurídicos debe salvarse el preponderante para el derecho.

El derecho no reduce las causas de justificación a las taxativamente enumeradas en el artículo 34 incisos 2° a 7°⁵⁰ del Código Penal, porque ello equivaldría a negar la

⁵⁰ Código Penal de la República Argentina. Zavalia. Buenos Aires. 2017: "Artículo 34.- No son punibles: ...2°. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente; 3°. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño; 4°. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo; 5°. El que obrare en virtud de obediencia debida; 6°. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias,

vinculación sistemática de las distintas ramas del derecho positivo y desconocería la necesaria coherencia del orden jurídico (necesidad de no contradicción).

Adentrándonos al caso que nos ocupa, en este punto lo analizaremos dentro del terreno de la antijuridicidad, ya que conforme modernas teorías cabe la posibilidad de tratar el tema como una causa de exclusión de antijuridicidad específicamente penal.

Ahora bien, de igual manera a lo expuesto al comienzo del análisis dogmático del caso que nos ocupa, donde se dijo que de una primera lectura del proyecto de ley se podrían identificar grandes indicios que permitían tratar el caso de estudio como una ausencia de culpabilidad, ahora debemos abordar al artículo n° 19, inc. 2, supuesto c) del proyecto de ley como si se tratara de un supuesto de causa de justificación ya que la doctrina tradicional entiende que la única o principal manera de eliminar la antijuridicidad de una conducta es que opere precisamente la ya referida causa de justificación. Esta última fue descrita por Diego Manuel Luzón Peña (2012) como:

Son circunstancias eximentes que por determinadas razones excluyen la antijuridicidad o ilicitud de la conducta en principio típica –que realiza en su parte objetiva el tipo positivo, como indiciario de la antijuridicidad-. Por eso se las denomina también causas de exclusión de la antijuridicidad o del injusto (p.346).

Siguiendo con el análisis del tema que nos ocupa, podemos decir que grandes autores nacionales desarrollaron dentro de un contexto más genérico algunas precisiones en las que han dejado en claro su posición y entienden que el fenómeno social que aquí se estudia se encuentra comprendido en un caso de causa de justificación. El ejemplo más

cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia; 7°. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurran las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor”.

representativo de ello es el del reconocido autor Enrique García Vitor (1994), quien al abordar el tema de la multiculturalidad expuso: *“Por tanto el condicionamiento cultural puede tener una solución a través del error de comprensión, reiterando, no obstante que desde nuestra perspectiva, la vía más apropiada es el de la justificación”* (p.32).

Con el andamiaje teórico esbozado por el último autor, podemos inferir que el caso que nos ocupa se podría encasillar como una causa de justificación de tipo cultural. La cual traería aparejado, entre sus principales bondades, un análisis mucho más temprano del caso dentro de la teoría del delito, ya que aquí se abordaría la cuestión en la segunda fase de la estructura -luego de analizar el tipo-.

En lo que hace a las consecuencias jurídicas de las causas de justificación, Diego Manuel Luzón Peña (2012) al tratarlas dice: *“No solo exime de responsabilidad penal, sino también de toda otra responsabilidad jurídica: responsabilidad civil (...), administrativa, tributaria, etc.”* (p.348). Lo cual es congruente con la postura de Hans-Ludwig Günther, (1995) quien al abordar la visión tradicional alemana del tema aquí expuesto, dijo:

Todas las causas de justificación se conciben como reglas permisivas (o de autorización); y como el ordenamiento jurídico no puede permitir en una rama del derecho lo que no permite en otra, para evitar contradicciones entre normas tiene que concordar las reglas de la exclusión del injusto de todas las ramas del Derecho (p.52).

De este modo vemos que abordar esta cuestión como una causa de justificación, no solo excluye la responsabilidad penal, sino que además, excluye la responsabilidad en todo el ordenamiento jurídico. Por lo cual el caso de estudio no solo no será penalmente reprochable, sino que además no existiría atribución de responsabilidad alguna en todo el

ordenamiento jurídico para los miembros de los pueblos originarios que cometan delitos dentro de sus comunidades y entre sus miembros.

Expuestos los efectos que devenga este encuadre, a este tratamiento se le suele recriminar que es la contracara de la misma moneda, ya que al hacerse un abordaje tan primario del tema se está tomando una solución extremadamente radical, consistente en eximir por completo de responsabilidad y ello resulta insostenible si se lo aplica a delitos de gran repudio social.

Por lo antes dicho es que el legislador del anteproyecto del código penal limitó la aplicación del mentado artículo a los tres supuestos de exclusión expresamente tipificados en el artículo 19, inc. 2 supuesto c) del proyecto de ley, a saber: delitos contra la vida, la integridad física y la integridad y libertad sexual. Y fuera de esos supuestos, dejó abierta la puerta para la aplicación del artículo aquí analizado para las restantes conductas, dejando de este modo un campo de conductas no reprochables demasiado amplio a los pueblos originarios.

Lo antes dicho subsista algunas críticas, ya que si bien se pregona el reconocimiento de los derechos de estas personas, parece procedente algún tipo de régimen jurídico que regule las conductas de los pueblos originarios.

No obstante la contundencia de la crítica expuesta, existe un autor que brinda por intermedio de su teoría una eventual solución superadora a esta mirada. Nos referimos al ya citado Hans-Ludwig Günther (1995) quien pregona su postura de que existen dos tipos de causas de justificación y que estas se diferencian entre sí por su grado de intensidad o impacto en el ordenamiento jurídico.

Al primer grupo el autor lo llamó las clásicas causas de justificación, a las cuales caracterizó como: *“imponen a la víctima un deber de soportar y eliminar por ello sin más el injusto con efectos para todo el ordenamiento jurídico, se derivan de deberes jurídicos, de derechos fundamentales o de facultades de intromisión en virtud de intereses preponderantes”* (Hans-Ludwig Günther, 1995, p.66). Mientas que al segundo grupo lo denominó causas de exclusión de injusto penal y las describió como: *“solamente expresan la renuncia a una reprobación jurídico-penal y cuya eficacia se limita al ámbito interno de Derecho Penal”* (Hans-Ludwig Günther, 1995, p.66).

De este modo, vemos que cabría la posibilidad de abordar el caso objeto de estudio dentro de las causas de exclusión de injusto penal, y así se podría sortear la crítica antes expuesta, ya que esta opción solo le quitaría responsabilidad jurídico-penal y permite que el Estado regule estas conductas por intermedio de regímenes jurídicos más flexibles y menos gravosos que los del derecho penal.

Finalmente, sin perjuicio del análisis dogmático realizado y de la eventual solución propuesta a este encuadre, una corriente de pensamiento encabezada por el Dr. Hugo O. Seleme⁵¹ rechaza totalmente la posibilidad de que un caso de multiculturalidad sea abordado como una causa de justificación. Sus argumentos ya no son estrictamente dogmáticos, sino más bien encaminados a la idea de que el derecho debe ser neutral respecto a sus ciudadanos atento a que este no ha sido construido para favorecer una determinada cultura -ya sea la mayoritaria o la minoritaria- y por ello los factores culturales deben tener una relevancia limitada dentro del sistema penal.

⁵¹ Postura expuesta por el Dr. Hugo O. Seleme, en el marco de su exposición de sobre multiculturalidad, dictada en la especialidad de derecho penal de la UNC, cohorte III, año 2015.

4. La eximente cultural y la excusa absolutoria

La punibilidad es la posibilidad o no de aplicar pena al hecho delictivo.

“El *castigo* de un hecho típico, antijurídico y culpable está supeditado a dos condiciones: a) que subsista una *acción penal* para perseguir al autor y b) que no concurra a favor del autor una *excusa absolutoria*” (Nuñez, 1999, p. 199).

Como dijimos, el castigo de un hecho típico, antijurídico y culpable exige dos condiciones: La subsistencia de la acción penal y que no concurra una excusa absolutoria.

La condición positiva tradicional es la acción penal como vía del ejercicio del poder que tiene el Estado para promover y ejercitar la persecución penal a través del debido proceso. Las acciones penales se distinguen por su disposición en públicas y privadas, según sea público (Ministerio Público o Fiscal) o privado⁵² (ofendido) el titular de su ejercicio. En la acción pública se actúa de oficio y rigen los principios de legalidad (siempre que aparezca un hecho delictivo debe procederse); principio de indivisibilidad (debe procederse contra todos los supuestos autores y partícipes) y principio de irrevocabilidad (una vez iniciado el proceso no puede volver atrás). Asimismo, las acciones públicas, por su promoción, se dividen en promovibles de oficio o promovibles a

⁵² Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Año 2019. ARTICULO 72.- Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91. 2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas. 3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio: a) En los casos del inciso 1, cuando la víctima fuere menor de 18 años de edad o haya sido declarada incapaz; b) En los casos del inciso 2, cuando mediaren razones de seguridad o interés público; c) En los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre éstos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

instancia privada⁵³, de acuerdo a que no sea obligatorio o sí, la provocación de la actividad persecutoria por parte del ofendido. Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, la acción penal es pública y se ejerce de oficio.

La acción penal se puede extinguir desde la comisión del hecho hasta la sentencia firme y causa el sobreseimiento porque no se resuelve sobre el fondo del asunto.

Las condiciones negativas de la punibilidad son las llamadas excusas absolutorias, o sea, el no castigo de un hecho típico, antijurídico y culpable por razones de política criminal. Extingue la pena, no extingue la acción.

La excusa absoluta excluye la punibilidad. El hecho va a ser punible salvo que exista una excusa absoluta. Esta es un permiso otorgado por la ley para en ciertas circunstancias a un hecho típico antijurídico y culpable no se le aplique pena. El Código Penal las regula en su artículo 185⁵⁴.

De una primera lectura del artículo 19, inc. 2, supuesto c), del anteproyecto de ley, cuasi de manera intuitiva la mayoría de los juristas referían que de la redacción del mismo se desprende un claro caso de exclusión de punibilidad, más precisamente de una excusa

⁵³ *Ibíd.* ARTICULO 73.- Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: 1) Calumnias e injurias; 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157; 3) Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159; 4) Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge. Asimismo, son acciones privadas las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima. La acción por calumnia e injuria, podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes. En los demás casos, se procederá únicamente por querrela del agraviado o de sus guardadores o representantes legales.

⁵⁴ “...*Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta; 2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro; 3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos. La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito*”.

absolutoria, ya que en un primer abordaje del mismo se puede identificar gran parte de los elementos constitutivos de esta figura penal. Por ello con el objeto de corroborar este postulado, resulta pertinente traer a colación algunas precisiones técnicas de los institutos descriptos, para lo cual en primer término, realizaremos una breve referencia a la punibilidad en general, y luego de ello nos adentraremos en el terreno de la excusa absolutoria.

En sintonía con lo expuesto, Enrique R. Buteler (Lascano, 2000) definió a la punibilidad como:

Si hablamos de punibilidad en un sentido amplio estaríamos haciendo referencia a todas aquellas condiciones de la que la ley hace depender el castigo penal. En ese marco quedarían incluidas las categorías que integran el concepto analítico de delito (acción, tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad), porque como elementos que caracterizan al hecho punible, no se presentan más que como presupuestos que subordinan la punición (p.315).

Del concepto antes vertido se desprende que nos encontramos ante un supuesto muy especial, en donde pese a haberse configurado la estructura del delito completa, el castigo que ella supone se encuentra supeditado a este último elemento. Incluso algunos autores, un poco más osados, encuentran en la punibilidad un elemento más de la estructura sistemática del delito, al cual llaman la cuarta categoría. El principal expositor que sostiene esta tesis o tal vez el autor de mayor renombre que mantiene esta postura es el propio Claus Roxin (1997), quien dice: *“cabe elaborar claramente la estructura de los presupuestos de la punibilidad que deben describirse en una cuarta categoría”* (p. 972).

Concluida esta breve e ilustrativa exposición de la punibilidad y volviendo al tema que nos ocupa, en lo que sigue analizaremos la excusa absolutoria, ya que esta es *a priori* la

figura penal que enmarcaría el artículo objeto de estudio. Esta figura jurídica ha sido abordada y analizada en los principales tratados de Derecho Penal por los más destacados juristas, y salvando diferencias sistemáticas, la mayoría de ellos la conceptualizan de manera similar.

Un autor clásico, como lo es Jiménez de Asúa (1959) hace más de cincuenta años la definía como:

Se ha dicho con razón que los hechos amparados por una excusa absolutoria son verdaderos delitos sin pena. Se trata de situaciones en las que la ley, generalmente por motivos de utilidad y política criminal, considera preferible prescindir de la pena por razones especialísimas (p.433).

Concepto al que Carlos Fontán Balestra (1995) adhirió y completó agregando: *“Por tal razón, estas excusas tienen carácter individual y sólo excluyen los efectos estrictamente penales del delito, dejando subsistentes las demás consecuencias resultantes del hecho típicamente antijurídico y culpable”* (p.443).

En términos muy similares un autor contemporáneo como Eugenio Raúl Zaffaroni (1983), continuó conceptualizando de manera similar a este instituto pero bajo la denominación de causas personales de exclusión de la punibilidad. El mentado jurista entiende a esta figura como:

No se trata de causas que impongan la absolución, sino que su existencia, puesto que es siempre concomitante con el delito, descarta *ad initio* la operatividad de la coerción penal, de modo que elimina cualquier posibilidad de que la acción penal procesal se ponga en movimiento contra quien se halla en esa situación o posición. Además, la clasificación de “personal” recalca suficientemente su efecto personal, en forma que queda claro que la misma no ampara al partícipe, ni al co-autor, sino únicamente al autor o partícipe que se halla en esa situación o estado (...) En estas causas personales de exclusión de la

punibilidad, la coerción penal queda paralizada desde el mismo momento del hecho. El fundamento de esta inhibición con la comisión misma, es siempre alguna razón *político-criminal* (p. 20/21)

De la lectura de los diferentes conceptos se desprende que la doctrina es casi unánime a la hora de analizar los elementos constitutivos del instituto objeto de análisis, y más aún si cotejamos esos elementos con el propio art. 19, inc. 2, supuesto c), del proyecto de ley, podemos identificar la totalidad de los componentes propios de ese instituto, lo cual rápidamente nos permitiría inferir que nos encontramos ante un claro ejemplo de una excusa absolutoria, donde el Estado bajo el ropaje de una cuestión de política criminal, reconoce la identidad cultural de los pueblos originarios.

Pero independientemente de la aparente contundencia dogmática que este abordaje jurídico representa, y tal cual lo advirtiera el propio Enrique R. Buteler (Lascano, 2000) en la obra ya traída a colación al comienzo de este tópico donde dijo: *“debe destacarse la solidez de modernas tendencias doctrinarias, que a algunas de ellas se la conceptualizan como una causa de exclusión de antijuridicidad específica penal”* (p. 370/371), agotar el análisis de la cuestión en este punto, sería llevar las cosas demasiado lejos en el análisis sistemático, ya que tal cual lo advierte el propio autor y tal cual fuera remarcado al comienzo de este título, conforme nuevas tendencias doctrinales correspondería analizar la cuestión en alguna de la categorías previas de la estructura del delito y no en el último escalafón de la teoría del delito tal cual se encuentra aquí planteado.

Este razonamiento previo, no solo contribuiría al correcto análisis progresivo y concatenando dentro de la estructura del delito, sino que además sería concordante con las nuevas tendencias doctrinarias y permitiría una correcta atribución de responsabilidad en todo el ordenamiento jurídico en general.

5. Conclusiones Parciales

La Teoría del Delito sirve para verificar si están dados los elementos del delito para requerir a los tribunales o jueces penales una respuesta que habilite el ejercicio de poder punitivo del Estado (Zaffaroni, 2006, pág. 288).

Su función consiste en *“ofrecer un modelo de análisis que facilite la enseñanza del derecho tanto como el planteo y decisión de los casos en los tribunales”* (Zaffaroni, 2006, pág. 289).

La norma jurídica penal es la regla estatal que sanciona con una pena o una medida de seguridad conductas humanas que atacan gravemente la convivencia. Ella tiene una doble función: Protectora de la convivencia y los bienes jurídicos; y Motivadora, al amenazar con una pena la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables.

Dicha norma consta de dos elementos: un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho lo constituye el delito y la consecuencia jurídica una pena o medida de seguridad.

Las disposiciones sobre eximentes constituyen la base legal para la construcción del concepto general del delito o la teoría del delito por lo que deben ser analizadas por la doctrina y la jurisprudencia conforme a categorías diferenciadas que posibilitan el correcto entendimiento en la consideración del delito primero y luego de las penas.

Las eximentes reguladas expresamente en el Código Penal son: las causas de justificación que excluyen la antijuridicidad, aquellos factores que desechan o mellan la culpabilidad, y las excusas absolutorias que cancelan la punibilidad.

En este capítulo estudiamos a grandes rasgos la teoría del delito, haciendo mayor hincapié en posiciones doctrinarias ampliamente reconocidas que nos llevaron a analizar la eximente y atenuante cultural receptada por el Anteproyecto de Reforma del Código Penal en un primer momento como exclusión de culpabilidad, luego como causa de justificación y en tercer lugar como una excusa absolutoria.

Sin adelantar la postura tomada sobre el tema, debemos decir que es muy difícil el tratamiento de eximente cultural dentro de cada sub tema ya que en las tres posturas analizadas puede claramente incluirse dicha causal.

En este rumbo, podemos mencionar que la eximente podría incorporarse como causa de justificación de tipo cultural, como un permiso concedido por el Estado para justificar que los miembros de los pueblos originarios puedan cometer ciertos delitos dentro de sus comunidades, trayendo así la posibilidad de un abordaje temprano en el análisis del caso concreto sin tener que estudiar los demás escalafones de la teoría de delito. Aquí el delito que se comete el típico pero antijurídico.

También puede interpretarse como una falta de culpabilidad, un error de prohibición, ya que se desconoce la ilicitud penal porque se desconoce el carácter prohibido del hecho y en este punto es menester distinguir si el error es vencible o invencible. Recordemos que es inevitable cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, el efecto es el de eliminar la culpabilidad y aquí cobraría fuerza la idea de la exención de la pena. Cuando es evitable sólo tiene el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la

pena, que puede atenuarse hasta donde la ley lo autoriza o, en algunos casos, aplicando disposiciones especiales. En este punto el acto delictivo es típico y antijurídico.

Asimismo, podemos analizar la eximente y atenuante cultural dentro de las excusas absolutorias, en este punto el delito es impune en ciertos casos declarados por la ley por razones de política criminal. El hecho es típico, antijurídico y culpable pero no se le va a aplicar pena.

**CAPÍTULO III: LA EXIMENTE CULTURAL EN EL ANTEPROYECTO
DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL**

Introducción

La realidad de los pueblos indígenas en la Argentina está marcada por la negación colectiva de su existencia como grupos social y culturalmente diferenciados. Esto implica, por un lado, que sus instituciones políticas y jurídicas tradicionales, su forma de relacionamiento con la tierra y el territorio, y sus costumbres ancestrales, si bien son consagradas a nivel legal, encuentran escaso reconocimiento en la práctica. Por el otro lado, que las medidas para su protección han sido insuficientes y actualmente muchos de estos pueblos corren el riesgo de desaparecer.

A pesar de que la Constitución Nacional incluye en su artículo 75 la obligación de garantizar sus derechos a la identidad, educación bilingüe, propiedad comunitaria, reconocimiento jurídico y participación en las decisiones que las afecten, y el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo ha sido debidamente ratificado, la discriminación contra las comunidades indígenas en Argentina persiste. El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas le recomendó a la Nación Argentina, entre otras cosas, la actualización de la legislación penal, para que esta no sea *“contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional, la legislación federal o los estándares internacionales en materia de pueblos indígenas”*⁵⁵. También fue enfático en señalar *“la necesidad de revisar la política penal aplicada en los últimos años respecto a las personas indígenas y sus actos de protesta, con la finalidad de que la política penal*

⁵⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. 4 de Julio 2012. Página 18. Recuperado de:

acnudh.org/.../Informe-del-Relator-sobre-derechos-de-pueblos-indigenas-mision-a-Ar. Fecha: 10/10/2017

se oriente a la búsqueda de soluciones que permitan la compatibilidad entre los fines de orden público y el respeto a las normas internacionales de derechos humanos”⁵⁶.

Conforme nuestro problema de investigación formulado que se basa en el encuadre jurídico que debería dársele a la exigente planteada en el Artículo 19 inc. 2, apartados b y c del Anteproyecto de reforma del Código Penal Argentino, en el presente capítulo necesitamos señalar cuáles fueron los motivos formuladas por la Comisión para elaborar el mismo, la forma en que quedó definitivamente redactado y la postura adoptada por los autores respecto a cómo justifican la exigente cultural dentro de los eximentes planteadas en el Código Penal vigente. Como cierre del presente capítulo se expondrá una conclusión parcial del tema.

1. Exposición de Motivos

El Gobierno de la República Argentina creó el 7 de mayo de 2012 y por Decreto 678/2012, la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación.

La misma se encontraría presidida por el ministro de la Corte Suprema, Eugenio Zaffaroni, y estaría integrada por los diputados nacionales Ricardo Gil Lavedra (UCR) y Federico Pinedo (PRO), la ex diputada nacional María Elena Barbagelata (FAP), y jurista León Arslanián, Secretario Julián Álvarez y Coordinador Roberto Manuel Carlés y debía elevar al Ejecutivo Nacional el proyecto de ley en un plazo de 180 días corridos, aunque dicho plazo podría ser ampliado a pedido de la Comisión.

⁵⁶ *Ibídem*, p. 21

La Comisión comenzó a desarrollar sus trabajos a partir de mediados del mencionado mes de mayo y concluyó su labor con la firma del Anteproyecto el día 10 de diciembre de 2013. En el transcurso de dieciocho meses sesionó en forma semanal, y durante un importante período lo hizo en dos días de la semana. De las sesiones participaron todos los miembros de la Comisión, su Presidente, el Coordinador y los asesores.

Ahora bien, específicamente al tema que nos ocupa, los redactores del Anteproyecto de Código Penal, en el Libro Primero, Parte General, Título III -De las penas y medidas-, Capítulo I -De las penas y su determinación-, regularon respecto a la exención y reducción de la pena.

Precisamente, al analizar la exención o reducción de pena, señalaron que el artículo 19 clasifica los supuestos en tres incisos, que corresponden a tres posibilidades diferentes, así: el inciso 1° prevé el caso en que el juez *debe* prescindir de imponer pena; el inciso 2° prevé supuestos en que el juez *puede* prescindir de pena o bien, imponerla por debajo del mínimo de la escala legal, según las características particulares del caso concreto y el inciso 3°, conforme a las mismas pautas concretas, el juez sólo *puede* imponer la pena por debajo del mínimo de la escala legal, sin habilitarlo a prescindir de la pena.

Textualmente, la comisión se pronunció de la siguiente manera en relación a la causa que provocó la elaboración del artículo atacado: “...*Cabe observar que en el derecho penal de un estado constitucional de derecho como el nuestro— todos los mínimos de las escalas penales deben considerarse indicativos, o sea, que el juez debe respetarlos sólo en la medida en que en el caso concreto no violen principios constitucionales, como la proporcionalidad y la culpabilidad, es decir, que se correspondan con el contenido ilícito del hecho (grado de lesión o*

peligro para el bien jurídico) y con el de reprochabilidad al autor por el hecho (culpabilidad). Ninguna norma inferior a la Constitución puede obligar al juez a imponer una pena que en el caso concreto viole los principios de aquélla, conforme a la regla elemental de supremacía constitucional: no usurpa el juez la función del legislador, sino que evita que el legislador usurpe la del constituyente. No obstante, la doctrina apegada a una tradición importada de estados legales de derecho —a la que hemos hecho referencia antes— y una jurisprudencia aún más temerosa frente a la letra de la ley ordinaria y a las amenazas políticas y mediáticas a los jueces, suelen resistirse a veces dramáticamente a reconocer este principio elemental. El Ministerio Público tiene por norma apelar toda sentencia que observe la regla constitucional y los tribunales colegiados temen el linchamiento mediático y de políticos oportunistas, con lo cual un primario criterio que parece obvio para cualquiera que sostenga la necesidad de mantener la jerarquía de la pirámide normativa, directamente no se aplica en casi ningún caso. Es bueno hacer notar que en la legislación comparada, el código alemán de 1974, por ejemplo, opta por prescindir en general de los mínimos, para dejar mayor amplitud de criterio al juez y, el caso de insignificancia, se ha enunciado precisamente en la doctrina de ese origen. Por tal razón se ha considerado necesario incluir en la ley, o sea, en el propio Código Penal, los supuestos en que debe realizarse este principio, a efectos de adecuar las sentencias a la naturaleza de nuestro Estado. Para eso, en este artículo se proyecta abarcar un conjunto de supuestos de diferente naturaleza jurídica, que pueden provocar exención de pena o imposición de ésta por debajo del mínimo de la escala legal, sin pretender un enlistado exhaustivo, pues resulta imposible imaginar todos los supuestos en que la pena en concreto pueda resultar desproporcionada incluso en su mínimo grado. De cualquier manera, se proyecta con la esperanza de haber abarcado, al menos, los casos más comunes...”.

En relación específica al inc. 2, apartados b y c los redactores justifican su necesidad de la siguiente manera: “...b) *Pueblos originarios: sanciones. En nuestro país viven pueblos originarios, cuya cultura se ha desconocido con demasiada frecuencia, pese a que en muchos casos disponen y practican formas de solución de conflictos entre sus miembros que, en sus comunidades,*

resultan más eficaces que el ejercicio del poder punitivo practicado sobre la mayoría de la población. Cuando se produce un conflicto entre personas que pertenecen a las culturas originarias, es inevitable que la comunidad ponga en funcionamiento sus procesos de solución, por lo general de carácter reparador, que en su grado máximo importan la expulsión de la comunidad, sanción de máxima gravedad pues para el partícipe de la cultura implica una pérdida de identidad. En caso de conflicto entre miembros de la comunidad originaria, imponer la pena prevista en el Código Penal desconociendo esta circunstancia importa admitir, en el plano material, una doble punición (la originaria y la estatal). Por tales razones se prevé que en esos supuestos el juez pueda disminuir la pena o prescindir de ella para evitar la antes señalada consecuencia de doble punición. El criterio que se le señala al juez es la magnitud de la sanción sufrida y la gravedad del hecho cometido. Por supuesto que la magnitud de la sanción la deberá evaluar según las pautas del sancionado, es decir, considerando su pertenencia cultural, puesto que cada persona experimenta el dolor de la sanción conforme a la valoración de los bienes de que es privado o cuya disposición se limita. Privar a una persona de participar en los actos y ceremonias de su comunidad puede parecer una sanción levísima desde la perspectiva de quienes no pertenecen a la comunidad, pero no lo es para quien comparte la cultura y los valores de ésta. c) Hechos conforme a la cultura originaria. El tercer supuesto contemplado por este inciso difiere del anterior, pues prevé los casos en que la conducta realizada se halle en conformidad con las costumbres emanadas de la cultura originaria. Como se ha señalado antes, si por comprensión de la criminalidad no se entiende el simple conocimiento de la prohibición con relevancia penal, sino la única forma en que un valor se comprende, es decir, internalizándolo y haciéndolo parte del propio equipo cultural, lo cierto es que estos casos plantean un serio problema respecto del grado de exigencia de esa comprensión y, por lo tanto, de la culpabilidad del agente. En otras palabras: se cuestiona hasta qué punto puede exigírsele a una persona que comparte una cultura, que introyecte los valores de otra, sin caer en una reiteración de imposiciones colonialistas, que serían inadmisibles, partiendo del reconocimiento —tímido pero existente— de tales culturas en la Constitución Nacional (artículo

75° inciso 17°), de los compromisos internacionales asumidos por la Nación y de los múltiples tratados celebrados con estas comunidades y nunca respetados. Cabe observar que nuestras culturas originarias no son muy diferenciadas, de modo que raramente se presentarán casos extremos. No obstante, preventivamente se excluyen los supuestos de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y la libertad sexuales, pero incluso éstos sólo en la medida en que importen una lesión grave a la dignidad humana. De cualquier modo, cabe insistir en que estos casos excepcionales no son muy previsibles en nuestras culturas originarias... ”⁵⁷.

2. Artículo N.º 19

Como se trató en la introducción al presente trabajo, la naturaleza jurídica del derecho penal deviene eminentemente sancionatoria, por lo que constituye sus propias ilicitudes y sobre ellas efectúa una conminación especial que es la pena prevista en abstracto para cada delito. Es necesario aclarar en ese sentido que la ley penal debe preexistir a toda sanción y por ello al constituir solo un proyecto, el artículo en cuestión no está vigente y por lo tanto no integra el catálogo que incluye las leyes que posibilitan aplicar la pena.

Aquí cabe propiciar su incorporación de manera perentoria a la normativa penal, ya que al tratar de manera diferenciada hechos que se proyectan a partir de usos, costumbres y culturas particulares otorgan la solución adecuada al conflicto que con intensidad enfrenta a aquellos particulares con la ley.

⁵⁷ Texto según Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Zaffaroni, E. Raúl (Presidente); Arslanián, León Carlos; Barbagelata María Elena; Gil Lavedra, Ricardo; Pinedo, Federico (Miembros); Álvarez, Julián (Secretario); Carlés, Roberto Manuel (Coordinador). 1ra. edición - Marzo 2014. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A. Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. ISBN en trámite. <www.saij.gov.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>. Página 94. Fecha de consulta 05/04/2017.

El artículo quedó redactado de la siguiente manera: “*ARTÍCULO 19.- Exención y reducción de la pena 1. Exención de pena. Insignificancia. No se impondrá pena alguna cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren insignificantes. 2. Exención de pena y aplicación de la pena por debajo del mínimo. El juez podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, o incluso prescindir de ésta, en los siguientes casos: a) Pena natural en hechos culposos. En los hechos cometidos por imprudencia o negligencia, cuando las consecuencias hubieren afectado gravemente al autor o partícipe. b) Pueblos originarios: sanciones. Cuando el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres. Se atenderá a la magnitud de la sanción sufrida y a la gravedad del hecho. c) Hechos conforme a la cultura originaria. Cuando la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria, salvo que se tratare de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana. 3. Aplicación de la pena por debajo del mínimo. El juez podrá determinar la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, en los siguientes casos: a) Menor significación. Cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren de escasa significación. El juez podrá imponer la pena de multa reparatoria. b) Pena natural en hechos dolosos. En las circunstancias del apartado a) del inciso 2º, y tratándose de hechos dolosos, cuando mediare una significativa desproporción entre la lesión sufrida por el agente y la causada por éste al bien jurídico. c) Penas o lesiones ilícitas infligidas por funcionarios. Cuando el agente hubiere sido objeto de tortura, tormento o vejaciones por acciones u omisiones de funcionarios encargados de su detención, cuidado o transporte, o hubiere sufrido un grave daño en su salud por la inseguridad de los lugares de detención o los medios de transporte”⁵⁸.*

En este punto debemos hacer varias reflexiones pertinentes. En primer lugar haremos referencia a la exención de pena por insignificancia, en segundo lugar hablaremos

⁵⁸ *Ibídem.* Página 343.

de la pena natural en los delitos culposos y en una tercera instancia referenciaremos los delitos que quedan excluidos de la disminución o de la prescindencia de la pena.

En relación a la insignificancia podemos decir que se consideran atípicas las conductas que importan una afectación insignificante del bien jurídico. Se permite, en la mayoría de los casos, excluir desde un principio daños de poca importancia. El principio de insignificancia *“parte de un concepto de bien jurídico que para transformarse en bien jurídico penal es menester que tenga suficiente importancia social y necesidad de protección por el derecho penal”* (Lascano, 2000, p. 122). Las penas por las bagatelas serían en verdad un medio irracional, desproporcionado en relación a los hechos a los que se aplica, que provocaría males innecesariamente mayores que aquellos que con la pena procura evitarse.

Dice Carlos Lascano (2000) que *“la insignificancia se manifiesta en la elevación del riesgo de manera ínfima para dicho bien, de tal modo que la conducta aparece como ilícita (antijuridicidad general) pero no al punto de merecer pena (antijuridicidad específica)”* (p. 122). Sin embargo, no todos los bienes jurídicos permiten el funcionamiento de la insignificancia porque algunos poseen una importancia tal que cualquiera que sea la afectación, ella se torna insoportable.

Tal lo justificado por el legislador, el juez deberá o estaría obligado a prescindir de las penas por la insignificancia, es decir, cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren insignificantes. Para imponer una pena es requisito fundamental la lesión o el peligro para el bien jurídico, sin embargo, no cualquier lesión o peligro cumplen ese requisito en los casos concretos sino sólo los que alcanzan un grado mínimo de relevancia, porque el poder punitivo del estado no se habilita para conflictos superficiales y la justicia penal no puede desperdiciar recursos para atender infracciones que apenas desgastan los bienes

jurídicos, que al fin y al cabo solo pueden significar simples molestias. En ejemplo sería el hurto de una manzana.

En cuanto a pena natural en hechos culposos, ésta es el mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un quantum que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad, o sea, cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado fuesen de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena. Estas consecuencias pueden consistir en un daño físico o moral grave. Dicho en otras palabras, el imputado ya sufrió un grave daño a consecuencia del hecho, y así, la pena que podría caberle resultaría desproporcionada o superflua.

En este caso el juez conforme a las particularidades de cada caso concreto, puede prescindir de pena o bien imponerla por debajo del mínimo de la escala penal. Queda implícito sin embargo, que puede no hacerlo cuando considere que el caso no encuadra en los supuestos mencionados en el artículo 19. En los hechos culposos, el legislador plasma que por lo general se trata de casos dramáticos, en los que el agente ha sufrido consecuencias sumamente dolorosas, que lo hayan afectado gravemente, considerando no sólo un daño físico o moral, como daños en su cuerpo o en su salud, sino también cuando le hubiese ocasionado una pérdida que lo afecte emocionalmente, siendo por ejemplo la lesión o la muerte a algún allegado o su ruina patrimonial.

Referenciando los delitos que quedan excluidos de la eximente y atenuante cultural tenemos los delitos contra la vida y la integridad física y la integridad y libertad sexual porque causan una lesión grave a la dignidad humana.

Se entiende que la dignidad humana es inherente al ser humano por su condición de tal, supone ser reconocidos como iguales por parte de todos los integrantes de la sociedad y de las instituciones, ser respetados y valorados sin distinción de raza, género, nacionalidad, condición social u orientación sexual. Es una cualidad innata de la persona. Es un derecho consagrado constitucionalmente. Sin embargo, existen algunas formas lesivas de esta dignidad y son los tratos inhumanos, las torturas, las vejaciones y los delitos que atentan contra los Derechos Humanos. La mayoría de los hechos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual, importan cierta dosis de crueldad inherente a la propia tipicidad, pero no se puede negar que hay ciertas acciones de esta naturaleza en que aparece una crueldad inusitada. No se trata necesariamente de circunstancias calificantes del hecho mismo, sino de características del medio empleado, del modo de comisión o de la vulnerabilidad de la víctima.

El Código Penal ha receptado en el Libro Segundo, De los Delitos, Título I, Delitos contra las personas, Capítulo I, Delitos contra la vida. Los delitos contra la vida son: El homicidio. Matar a otra persona. Hay casos en que se agrava el homicidio. Esto significa que se aplica una pena mayor. También hay casos en que se atenúa la pena, es decir se aplica una pena menor. El homicidio es agravado:

- Por el vínculo con la víctima. Matar a un familiar directo, al cónyuge o a la pareja, aunque no haya convivencia.

- Por la forma de cometerlo. Matar con:
 - Ensañamiento, que quiere decir, aumentar voluntariamente y de forma inhumana el sufrimiento de la víctima.
 - Alevosía, que significa actuar a traición y sobre seguro.
- Veneno u otro procedimiento insidioso. La insidia ocurre cuando los medios empleados hacen más difícil a la víctima precaverse, prevenirse, defenderse del agresor.
- Por precio o promesa remuneratoria. Matar a otro a cambio de un pago.
- Por odio racial, religioso, de género o de orientación sexual.
- Por el medio empleado. El código agrava el matar a otro con un medio que puede crear un peligro común. Por ejemplo una bomba, un incendio, etc.
- Matar a otro con el concurso premeditado de 2 ó más personas. Lo que significa que el que mata se pone de acuerdo con 2 o más personas para cometer el homicidio. Deben ser al menos 3 personas.
- Homicidio criminis causa. Matar para preparar, facilitar, cometer u ocultar otro delito.
- Homicidio a un miembro de las fuerzas de seguridad.
- Homicidio por un miembro de las fuerzas de seguridad, abusando de su cargo.
- Homicidio de un superior militar.
- Femicidio. Significa que un hombre mata a una mujer con violencia de género.

- Por venganza transversal. También llamado Femicidio Vinculado. Matar a alguien para causar sufrimiento a otra persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación.

Al contrario de lo que estamos estudiando, la pena se atenúa en los siguientes casos:

- Homicidio producido en un estado de emoción violenta. La emoción violenta es un estado psíquico y del ánimo del autor, que le genera una conmoción, a causa de una ofensa a sus sentimientos por parte de la víctima o de un tercero. Se afecta su facultad de controlarse a sí mismo. Puede ser ira, irritación, miedo, dolor, estado pasional etc.
- Homicidio preterintencional. Es el caso de quien tiene la voluntad de causar un daño en el cuerpo o en la salud de una persona y, sin querer, la mata. El medio usado para producir el daño no debía razonablemente ocasionar la muerte.

Asimismo, el Código Penal tiene previstos otros delitos contra la vida y son:

- Instigación o ayuda al suicidio. Convencer, obligar o ayudar a otro para que se suicide o intente hacerlo.
- Homicidio culposo. Culpa, en derecho penal, quiere decir que no se tuvo la intención ni la voluntad de matar. Se actúa con culpa cuando se actúa por negligencia o imprudencia. Negligencia es hacer de menos. Imprudencia es hacer de más. Ambos implican no tener el cuidado necesario.
- Homicidio por conducción imprudente. Quien causa la muerte a otro por manejar imprudentemente. Se agrava la pena si el conductor no ayuda a la víctima y la

abandona, o si está bajo los efectos de drogas u alcohol. O estaba conduciendo a exceso de velocidad o violó las señales de tránsito.

- Aborto. Es la interrupción voluntaria del embarazo. Se pena a la mujer que aborta y a quien realiza el aborto. No se castiga el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer:
 - Si el aborto se hizo para evitar un peligro para la vida o la salud de la madre.
 - Si el embarazo proviene de una violación cometido sobre una mujer idiota o demente.

En el Capítulo II, del mismo Libro, enumera los delitos contra la integridad física.

Estos delitos son:

- Lesiones. Causar a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño. Las penas se agravan según la gravedad de las lesiones.
- Lesiones por conducción imprudente. Se agrava la pena por lesiones si se producen por conducción imprudente. Y más aún, si el conductor no ayuda a la víctima y la abandona, o si está bajo los efectos de drogas o alcohol. O estaba conduciendo a exceso de velocidad o violó las señales de tránsito.
- Homicidio o lesiones en riña. Cuando en una pelea tomen parte más de dos personas y ocurra una muerte o se produzcan lesiones, sin poder saber quién las causó, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la víctima.
- Duelo. Combate entre dos personas que se han desafiado previamente.

- Abuso de armas. Disparar un arma de fuego contra una persona sin herirla. O la agresión con toda arma, aun cuando no haya herida. Si hay herida ya se convierte en un delito con mayor pena, como lesiones.
- Abandono de personas. Poner en peligro la vida o la salud de otro, colocándolo en situación de desamparo o abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que se deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado. Por ejemplo: abandonar a un niño pequeño; abandonar a un accidentado, luego de haberlo atropellado con el auto. También es abandono de persona encontrar perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; y no ayudarlos, cuando se pueda hacerlo sin riesgo personal o no dar aviso inmediatamente a la autoridad.

Por otro lado tenemos los delitos contra la integridad y libertad sexual. Los delitos contra la integridad sexual son aquellos que atacan la libertad y la voluntad sexual de una persona. Se trata de agresiones sexuales que atentan contra la integridad, la privacidad y la identidad de las personas. A modo de enumeración, los delitos contra la integridad sexual son:

- Abusos sexuales. El abuso sexual es una agresión sexual violenta que atenta contra la libertad sexual de la persona y su derecho a elegir la actividad sexual que quiere realizar. Si es cometido contra un menor afecta además su desarrollo personal en su sexualidad. Para que se considere abuso sexual es necesario que exista una conducta abusiva de contenido sexual; contacto corporal directo entre el agresor y la víctima; que este contacto físico afecte las partes sexuales del cuerpo de la

víctima y ausencia de consentimiento en la víctima respecto del acto sexual en que se ve involucrada.

- Abusos sexuales agravados.

Se considera abuso sexual la actividad sexual con un menor de 13 años, aunque haya prestado su consentimiento. Los casos de abuso sexual agravado, o sea, a los que se les aplicará una pena mayor son:

- Cuando el sometimiento sexual fue gravemente ultrajante para la víctima. En estos casos se suma a la situación de abuso un exceso que afecta aún más la dignidad de la víctima, la humilla y la degrada. Por ejemplo: actos sexuales realizados ante testigos.
- Si hubo acceso carnal. Este delito es lo que antes llamábamos violación. Es independiente del sexo del autor y de la víctima. El acceso carnal puede ser por vía anal, vaginal u oral y también se considera tal la introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.
- Por el resultado. El abuso sexual se agrava, se le aplica una pena mayor, cuando ocurre un grave daño en la salud de la víctima o la muerte.
- Por el parentesco con la víctima.
- Por la calidad del autor. El abuso sexual se agrava si el autor es autoridad de cualquier culto, miembro de las fuerzas policiales o si es un maestro o profesor.

- Por la enfermedad del autor. Es el caso en que el autor sabe que es portador de una enfermedad de transmisión sexual grave y hay peligro de contagio. Por ejemplo: sífilis, sida, hepatitis B, blenorragia.
- Por el número de autores. Cuando es cometido por dos o más personas.
- Por el medio empleado. Que el abuso fue cometido con armas.
- Por la edad y situación de la víctima. Que es más grave si es contra una persona menor de 18 años y aprovechando una situación de convivencia. También se agrava si es contra una persona menor de 16 años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor o su relación de preeminencia respecto de la víctima.
- Promoción y facilitación de la prostitución. Cualquiera sea la edad de la víctima y aun cuando haya dado su consentimiento, es delito promover o facilitar la prostitución de una persona.
- Corrupción de menores. Es pervertir o seducir a personas menores de 18 años. Se trata de actos que alteran el desarrollo normal de la sexualidad. No importa si los menores dieron su consentimiento. Se agrava si la persona es menor de 13 años. También se agrava si: hay engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier tipo de intimidación; si el autor es familiar, cónyuge, persona conviviente o encargada de la educación del menor.
- Proxenetismo agravado y Rufianería. Proxenetista es la persona que promueve o facilita la prostitución pero se agrava porque: Hay engaño, fraude, violencia,

amenaza o cualquier tipo de intimidación, abuso de autoridad o una situación de vulnerabilidad de la víctima; el autor es familiar de la víctima, cónyuge o conviviente, tutor, autoridad de cualquier culto o encargado de la educación de la víctima o porque el autor es funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Si la víctima es menor de 18 años la pena se agrava aún más. La rufianería es explotar económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aun con el consentimiento de la víctima. Sufre una pena mayor si hay engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier tipo de intimidación, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad sobre la víctima, si el autor es familiar de la víctima, cónyuge o conviviente, tutor, autoridad de cualquier culto o encargado de la educación de la víctima o si el autor es funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Si la víctima es menor de 18 años la pena se agrava aún más.

- Difusión de imágenes y espectáculos pornográficos de menores. Se entiende que difundir imágenes y espectáculos pornográficos de menores es producir, financiar, ofrecer, comerciar, publicar, facilitar, divulgar o distribuir, por cualquier medio, toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales o una representación de sus partes genitales con fines sexuales. Recibe pena también quien tenga en su poder estas representaciones con fines inequívocos de distribución o comercialización. Organizar espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participan menores. Recibe pena también el que facilite el acceso a espectáculos pornográficos o suministre material pornográfico a menores

de 14 años. Todas las escalas penales de este artículo se elevan si la víctima es menor de 13 años.

- Exhibiciones obscenas. Es mostrar en público los órganos genitales para que sean vistos por terceros sin voluntad de ello. Si los afectados son menores de 18 años la pena se agrava. También se agrava la pena cuando la víctima es un menor de 13 años, haya dado su consentimiento o no.
- Sustracción o retención de una persona con la intención de menoscabar su integridad sexual. Así, la sustracción o retención de una persona con la intención de menoscabar su integridad sexual es el secuestro de una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, para menoscabar su integridad sexual, esto es cometer cualquiera de los delitos contra la integridad sexual que hemos descripto en este título. Se pena también a quien retiene en esas condiciones a una persona menor de 16 años, con su consentimiento. La pena se agrava si se retiene mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de 13 años, con el mismo fin sexual.
- Ciberaacoso sexual infantil o grooming. ¿Qué es el ciberaacoso sexual infantil o grooming? Se trata de la persona que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contacta a una persona menor de edad, para cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.

3. Postura adoptada por el legislador

Ya hemos dado los fundamentos de porqué la Comisión redactó el artículo 19 y porqué específicamente trato a los pueblo originarios.

Ahora bien, nuestro trabajo claramente plantea la necesidad de encuadrar la eximente o atenuante cultural dentro de las eximentes establecidas por el Código Penal, para ello en primer medida se debe tener en cuenta la postura tomada por la Comisión en relación a dicho encuadre.

Así, en la confección del artículo 19 la Comisión dejó sentada su postura de la siguiente manera: *“...Algunos hechos que se han registrado constituyen más bien errores de tipo que excluyen el dolo, como supuestos tratamientos curativos que provocan la muerte o lesiones, por ejemplo, que plantean una cuestión que nada tiene que ver con la aquí señalada, pues se resuelven conforme a la regulación del error. En rigor, es difícil —sino imposible— formular un reproche de culpabilidad a quien realmente no puede exigírsele la incorporación del desvalor del hecho a su mundo valorativo, porque implicaría el abandono de su cultura que, por otra parte, está protegida por la Constitución y por el derecho internacional.”*⁵⁹

Como se ve, la Comisión entiende que la eximente o atenuante cultural se justifica por la falta de culpabilidad del autor del delito al cometer el hecho considerado típico y antijurídico.

4. Conclusiones Parciales

Los autores del Anteproyecto entienden que la individualización de la pena es una tarea eminentemente técnica razón por la cual dejan librado al órgano jurisdiccional la

⁵⁹ Ibídem. Página 95.

potestad de cuantificar la misma teniendo en cuenta, en el caso bajo análisis, los supuestos contemplados por el legislador para eximir de pena al autor o imponer ésta por debajo del mínimo establecido en abstracto para el delito de que se trate, siempre que el delito cometido sea realizado entre sus miembros y hubiese sufrido ya una sanción conforme a su propia cultura o que el hecho se hubiera perpetrado conforme a las costumbres que emanan de las culturas originarias.

Movidos por un sentido de estricta justicia, reafirman el principio general de que la pena se cuantifica conforme a la culpabilidad del autor y debe ser proporcional al contenido del injusto, reafirmando el carácter personal del derecho penal argentino, emergente de la Constitución Nacional.

El reproche penal lo concretan al hecho y no a la peligrosidad del autor. Podemos advertir que cuando se refieren a pueblos originarios y/o cultura originaria, lo hacen en relación “al delito cometido” entre sus miembros o cuando “la conducta” fuere conforme a la respectiva cultura originaria.

Respecto a la postura tomada por el legislador, en la exposición de motivos, al explicar en particular el tema abordado, la Comisión se cuestiona hasta qué punto puede exigírsele a una persona que comparte una cultura, que incorpore los valores de otra, sin caer en una reiteración de imposiciones por parte de la cultura dominante, reconociendo, de este modo, la diversidad cultural que existe en nuestro país.

Concluyen asimismo, y en congruencia que lo mencionado supra, que es difícil, hasta casi imposible, reprochar de culpable a quien no se le puede exigir que incorpore a su mundo valorativo que una conducta que lleva años realizándola conforme su cultura, es

delito, porque le estaríamos diciendo que abandone su cultura, demostrando así, que la eximente o atenuante cultural se justifica por la falta de culpabilidad del autor del delito al cometer el hecho considerado típico y antijurídico.

**CAPÍTULO IV: CASO PRÁCTICO EN EL MARCO DE LA LEY
NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES N.º 23737**

Introducción

En los anteriores capítulos se trató lo relacionado a los pueblos originarios, al tratamiento de la eximente y atenuante cultural dentro de las eximentes vigentes dentro del Código Penal y se analizaron los motivos expuesto por los redactores para la elaboración del artículo 19 del Anteproyecto de Reforma del Código Penal y su ubicación dentro de una las eximentes que en particular de la Teoría del Delito.

Ahora bien, con la necesidad de hacer una bajada a la realidad de los temas antes mencionados, en este capítulo trataremos un caso significativo en el cual se observa la comisión de delitos por parte de los pueblos originarios que a priori se encontrarían comprendidos por el artículo 19, inciso 2, supuesto c).

1. Artículo N.º 5

La Ley Nacional de Estupefacientes N° 23.737⁶⁰ en su artículo 5º, hoy art. 1º modificado por Ley 27.302/2016 Honorable Congreso de la Nación, establece que: “Art. 5º — Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientas (900) unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo:

- a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines;
- b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes;
- c) Comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte;

⁶⁰ Ley de Estupefacientes N° 23.737. Sancionada: 21 de septiembre de 1989. Promulgada de hecho: 10 de Octubre de 1989. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/138/texact.htm>>

d) Comercie con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte;

e) Entregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará prisión de tres (3) a doce (12) años y multa de quince (15) a trescientas (300) unidades fijas.

Si los hechos previstos en los incisos precedentes fueren ejecutados por quien desarrolla una actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará, además, inhabilitación especial de cinco (5) a quince (15) años.

En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un (1) mes a dos (2) años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21.

En el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21. (Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 27.302 B.O. 8/11/2016)”.

2. Las posibilidades de realización típicas de las conductas descriptas motivadas culturalmente

Desde antaño, los miembros de Atacama, uno de los pueblos originarios de la región norte de Argentina, más precisamente de las provincias de Salta y Jujuy, y de los Lules-Vilelas que habitaron el norte de Tucumán, el sur de Salta y el noroeste de Santiago del Estero, dentro de sus rituales y en el marco de sus ceremonias religiosas, utilizan sustancias estupefacientes.

Así, realizan las conductas típicas descriptas por el artículo 5 de la ley 23.737 y sus decretos reglamentarios, esto es, tenencia, almacenamiento, transporte, entrega, suministro, aplicación y facilitación de sustancias prohibidas, en franca contradicción al ordenamientos jurídico vigente. Esto se debe a que durante sus rituales religiosos utilizan y manipulan semillas de Cebil las que contienen una sustancia prohibida por el decreto reglamentario 299/2010⁶¹ y sus modificatorios, como es la Dimetiltriptamina (Anexo I, Sustancia N° 111).

La siembra o cultivo de plantas por su entidad y presencia de activos, resultan capaces de afectar el bien jurídico protegido que es la salud pública. No depende la cantidad de lo sembrado o cultivado, resulta suficiente para satisfacer las exigencias del art. 5° inc. a, la circunstancia de que las plantas o semillas puedan ser eventualmente empleadas para obtener estupefacientes.

Según la doctrina es autor del delito el que tiene y además cuida la conservación de las semillas o de la materia prima. Guarda las semillas quien les da a ellas los cuidados necesarios para su conservación, lo que evita que lo conservado sufra alteraciones que conviertan a las semillas como no aptas para su utilización.

La actividad de sembrar se configura cuando se siembra, cultiva plantas o se guardan semillas utilizables para producir estupefacientes.

Se considera un tipo de delito de peligro abstracto o potencial ya que, el cultivo es un acto preparatorio porque el autor aun no comenzó la cadena de tráfico, pero el riesgo potencial consiste en que sin las semillas y las plantas resultaría imposible la existencia de la droga.

⁶¹ Decreto Reglamentario N° 299/2010. Sancionado el 02/03/2010 y publicado en el Boletín Oficial el 04/03/2010. Recuperado de: <servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=164826>

El delito de siembra es instantáneo y de efectos permanentes, mientras que el de cultivo es permanente y se extiende hasta el momento en que del vegetal se extrae la materia prima o cuando comienza la producción o la fabricación.

3. Conclusiones Parciales

Retomando los conceptos ya analizados en los capítulos precedentes debemos preguntarnos si la conducta llevada a cabo por los pueblos originados Atacama y Lules-Vilelas, es típica o no, antijurídica o existe alguna causa que justifique dicha acción, es culpable o no y si es punible con castigo penal o no por concurrir alguna excusa absoluta.

El dolo se satisface cuando el autor conoce que la planta corresponde a alguna de las especies idóneas para producir estupefacientes y despliega su conducta sin autorización o con destino ilegítimo. El cultivo de plantas es potencialmente eslabón del tráfico.

Como puede verse en la casuística planteada, miembros de los grupos originarios Atacama y Lules-Vilelas, utilizan con frecuencia y sin ningún tipo de reparo sustancias estupefacientes que en nuestro país se encuentran prohibidas para su consumo.

Y es aquí justamente donde nos preguntamos si los habitantes originarios tienen conocimientos relacionados a los estupefacientes, es decir, saben o conocen que la semilla de Cebil que utilizan para sus rituales religiosos contienen una sustancia llamada Dimetiltriptamina que se encuentra prohibida por un el decreto reglamentario.

No obstante ello, entendemos que dichas comunidades, no comprenden o no saben que la utilización de la sustancia mencionada en alguna práctica religiosa está impedida legalmente.

Lamentablemente, en Argentina, no existe hasta el momento ninguna regulación legislativa que haga referencia sobre si debería o no considerarse a los miembros de los pueblos originarios con autorización para realizar las conductas típicas establecidas en el artículo 5 de la Ley de Estupefacientes o si su forma de utilizar sustancias prohibidas tiene o no destino legítimo. Si su utilización puede considerarse como una causa de justificación y por eso la conducta sería antijurídica, si en cambio existe falta de culpabilidad por existir algún tipo de error culturalmente condicionado o si por razones de política criminal el Estado va a declarar que su uso configura una excusa absolutoria.

Por todo lo dicho, la incorporación dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país del artículo 19 del Anteproyecto de Reforma del Código Penal sería un avance en la materia y echaría por tierra todas las especulaciones que nos venimos haciendo, dejando sentada la base para que los jueces puedan adecuar sus fallos a las tradiciones culturales.

CONCLUSIONES

La multiculturalidad es la pluralidad de culturas que pueden converger bajo la misma órbita de un Estado, fruto de los diferentes cambios económicos, sociales, históricos y culturales.

Debido a su relevancia, los Estados modernos tienden a reformular sus estructuras básicas de gobierno con el fin de que las distintas culturas o estilos de vida puedan integrarse y desarrollarse sin resignar en su totalidad su sentido de pertenencia.

En ese contexto de cambios, el Derecho y en especial el Derecho Penal no escapan a esta suerte de reestructuración que se viene gestando y por ello los juristas en la actualidad se encuentran ante el gran desafío de elaborar diferentes postulados que permitan lograr la vida pacífica y en comunidad de las distintas culturas.

En el marco descripto, la República Argentina no resulta ajena a esta cuestión ya que en ella convergen diferentes grupos étnicos o culturales, destacándose la existencia de comunidades indígenas que bregan por lograr el respeto y reconocimiento jurídico de sus derechos, de su identidad y autonomía en la toma de decisiones, principalmente cuando la cultura prevalente pueda afectar sus intereses.

Es real que los derechos de los pueblos originarios se encuentran protegidos por una amplia gama de instrumentos internacionales, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre de la Organización de Estados Americanos (ambas de 1948), y nacionales como la Constitución Nacional y las leyes que garantizan el goce de determinados derechos. No obstante, en el desarrollo cotidiano pugnan constantemente por conseguir su efectivo goce para lograr su vigencia y reconocimiento por parte del Estado en clara motivación contenedora e integrativa.

En este marco, específicamente se constata que el ordenamiento jurídico penal actual no posee una regulación que se adecue razonablemente a las costumbres culturales, las considere como tales y brinde a los jueces una solución apta para aplicar contemplando las circunstancias que informan el resultado desde una causalidad de naturaleza étnica o cultural determinante.

Como respuesta al conflicto planteado, advirtiendo que el Derecho Penal tradicional tiene vocación de aplicabilidad a todos los habitantes por igual sin consideración de la cultura de la que provienen, y con el claro propósito de adoptar una postura superadora, la comisión legislativa que fuera conformada para la redacción del proyecto del nuevo Código Penal, estipuló en el artículo 19, inc. 2, supuestos b) y c), regulación específica para resolver los casos en los que se vieran involucrados integrantes de pueblos originarios de nuestro país, previendo de esta manera, alternativas para los delitos vinculados a la multiculturalidad.

Una regulación como la del artículo 19 del proyecto mencionado es un enorme avance para nuestro ordenamiento jurídico, más allá de que el mismo entre o no en vigencia. Este avance normativo debe ser tomado en cuenta para futuras modificaciones o nuevos proyectos de ley en caso de que el aquí analizado no prospere o bien no logre los requisitos para su entrada en vigencia.

En este marco de cambios, es fundamental que los juristas nacionales estén a la altura de las circunstancias y tomen conciencia de que se encuentran ante el gran desafío de romper con los esquemas rígidos que marcan nuestro ordenamiento jurídico, para abrirle paso a esta nueva concepción del Derecho Penal que permitirá brindar mejores respuesta para todos los habitantes, fuera cual fuera su estilo de vida, tal cual lo establece la Constitución Nacional.

Asimismo estimo pertinente destacar la técnica legislativa propuesta para el artículo 19, más precisamente en lo que hace a los supuestos de los pueblos originarios, y en especial el inc. 2, supuesto c), ya que en este caso el legislador estipuló un gran abanico de conductas que serán resueltas por esta norma, limitando solo su aplicabilidad a los delitos

contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual y en la medida que estos importen una grave lesión a la dignidad humana.

De este modo, vemos que mediante esta regulación, la eximente cultural cobra una gran relevancia a la hora de resolver este tipo de casos, ya que es aplicable a gran parte de los eventuales delitos que se cometan en un contexto de costumbres arraigadas de una cultura, con la sola excepción de los supuestos taxativamente enumerados y mencionados *ut supra*.

En esta línea argumental, es sumamente elogiable que el legislador haya previsto, dentro de los supuestos de exclusión de aplicabilidad del artículo, los delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual ya que en la gravedad de estos se debe buscar el límite para la procedencia de la eximente cultural, tal cual lo expusiera la autora ya traída a colación, M. Elena Torres Fernández (2013), quien en su obra dijo:

parece muy difícil de aceptar el argumento cultural cuando se trata de excluir la responsabilidad por hechos, que constituyen el núcleo clásico de delitos contra los bienes jurídicos de titularidad individual y que están en la base de la dignidad de la persona en cuanto tal (p. 441/442).

Expuestas las principales virtudes de la redacción propuesta para el artículo objeto de estudio y al retomar el tema que nos ocupa, debemos identificar la respuesta a nuestro problema de investigación que consistía en determinar la vinculación concreta de la eximente y/o atenuante cultural planteada en el artículo n.º 19 inciso 2º supuesto c) del Anteproyecto de Reforma del Código Penal, con las eximentes contempladas en los institutos penales que se encuentran dentro de la Teoría del Delito.

Para eso nos habíamos planteado las siguientes preguntas: ¿Es procedente interpretar o analizar la situación, cuando el autor de un hecho típico es miembro de un pueblo originario o actúa conforme a su respectiva cultura originaria, como una causal que excluya la antijuridicidad del hecho?; ¿Estaríamos ante la presencia de una causal que excluye la culpabilidad del agente, cuando comete un hecho típico y antijurídico, pero forma parte de un pueblo originario o actúa conforme a su respectiva cultura originaria?; ¿O, en su caso, podría ser explicado como una excusa absolutoria, la exención o reducción de pena -de un agente que ha cometido un hecho típico, antijurídico y culpable-, con motivo de formar parte de un pueblo originario o que haya actuado conforme a su respectiva cultura originaria?.

Habiéndose estudiado acabadamente las teorías doctrinarias más importantes y la postura del legislador a la hora de disponer la eximente y/o atenuante cultural, nos encontramos en condiciones de afirmar que a nuestro criterio el mejor abordaje dogmático en que se pueden enmarcar los casos en los que intervienen miembros de pueblos originarios o hechos realizados conforme a las costumbres emanadas de su cultura originaria es el de la excusa absolutoria que concurre a favor del autor, conclusión a la que llegamos por los motivos que daremos a continuación.

En una primera línea y tomando como punto de referencia los efectos jurídicos que este encuadre dogmático genera, entendemos que la solución propuesta es la que brinda las mejores respuestas ya que al ser cotejado con la responsabilidad que devenga, es la que mejor refleja el espíritu de la norma. En este sentido, es claro que el legislador mediante este articulado pretende eliminar la punibilidad de los hechos típicos, antijurídicos y culpables, lo cual es perfectamente compatible con la postura aquí defendida.

Por lo expuesto, es claro que este encuadramiento es consecuente con la postura que pretende asumir el legislador respecto a cómo resolver este tipo de supuestos, ya que surge a todas luces que la intención de este último es el pleno reconocimiento de las costumbres culturales que son inherentes a los pueblos originarios, es decir, pretende el reconocimiento de esos hábitos o estilos de vida en atención a razones de política criminal eximiendo de pena al autor de determinados delitos.

Desde otro costado y ya recalando en argumentos exclusivamente sistemáticos, la postura aquí asumida es defendible bajo el fundamento de que el encuadre en el terreno de la excusa absolutoria respeta el análisis progresivo y concatenando de la estructura del delito. Decimos esto, ya que despojada cualquier duda sobre la tipicidad de la conducta realizada por los miembros de los pueblos originarios, el subsiguiente escalafón de análisis es la antijuridicidad, para pasar a la culpabilidad y allí terminar por entender que se trata de una acción típica, antijurídica y culpable pero no punible.

Es claro que la intención del legislador es la de no sancionar penalmente a los pueblos originarios por conductas que realicen en el marco de sus costumbres y en ese contexto que mejor que la excusa absolutoria para excluir la punibilidad de conductas típicas, antijurídicas y culpables.

Desde otro costado, fluye con claridad que independientemente de las bondades de la postura aquí tomada no resulta improcedente la viabilidad del instituto del error de tipo, ya que como fuera expuesto en el desarrollo de este trabajo se debe analizar la procedencia del mismo en cada caso concreto. Es claro que no todos los casos de delitos vinculados a la multiculturalidad pueden ser abordados como error o al menos resulta erróneo que se

aplique este instituto como regla general, pero habrá que estar a las particularidades de cada caso en concreto a fin de determinar su procedencia.

En otro orden de ideas y tras lo expuesto en el capítulo cuatro del presente trabajo se pueden extraer otras conclusiones que ilustran la cuestión:

Al abordar el supuesto factico de las ceremonias religiosas realizadas por los pueblos originarios Lules-Vilelas y Atacamas en las que utilizan y manipulan semillas de Cebil que contienen una sustancia prohibida por el Decreto Reglamentario 299/2010 llamada Dimetilriptamina, infringiendo así el artículo 5 (hoy art. 1 modificado por Ley 27.302 del año 2016), de la Ley Nacional de Estupefacientes N° 23.737, llegamos a la conclusión que no le cabría ningún tipo de reproche penal ya que su conducta es realizada en conformidad con su costumbre o su cultura. Consideramos que no comprenden que su conducta sea contraria a derecho ya que han internalizado la costumbre de dichos rituales religiosos desde su nacimiento. Por lo tanto, no se le puede exigir a un miembro de un pueblo originario que incorpore a su mundo valorativo el desvalor de una conducta que siempre realizó y nunca le fue reprochada.

Vemos así, que el ordenamiento jurídico de nuestro país necesita imperiosamente una restructuración que contemple los nuevos paradigmas que imponen las sociedades modernas. En ese contexto el ritmo que marca la mentada modernización impone cambios urgentes a fin de llevar mejores respuestas para todos sus ciudadanos independientemente de la cultura a la que pertenecen y que existan dentro del Estado. Surge a todas luces que la sociedad actual -donde la tecnología y la comunicación marcan el ritmo de nuestras vidas- necesita que la legislación toda prevea pautas claras para resolver los casos donde se vean involucradas cuestiones culturales.

Por lo dicho, la normativa traída a colación sin lugar a dudas marca un importante aporte e indica el norte de esa reestructuración ya que la misma refleja el espíritu de igualdad ante la norma que se pregona en la Constitución, por lo cual irremediablemente debe ser tomada en cuenta para futuros proyectos en caso del que aquí analizado no entre en vigencia.

Por lo tanto, considerando todo lo sostenido a lo largo de este trabajo, el abordaje de los casos en los que están involucrados de los miembros de los pueblos originarios que cometen hechos típicos, antijurídicos y culpables, como una excusa absolutoria, en atención a razones de política-criminal, quita por completo toda posibilidad de sanción penal y cumple fielmente con la postura tomada por el legislador a la hora de valorar dichas acciones y aquí, estimo importante considerar la posibilidad de atenuar o disminuir la escala penal por debajo del mínimo que otorga el artículo 19 del proyecto de ley. En este sentido entiendo que si bien el legislador pudo prever esta posibilidad para todos los supuestos establecidos en el artículo, la aplicabilidad de esta variable al supuesto del inc. 2, supuesto c) es correcta, ya que la misma es compatible con la posición que defendimos.

Retomando los conceptos estudiados en el presente trabajo queremos traer a colación lo apuntado por los Dres. De la Rúa y Tarditti (2015) cuando nos instruyen que un delito resulta punible si concurren ciertas condiciones que son necesarias y que denominan condiciones de punibilidad, distinguiéndolas entre condiciones de punibilidad positivas que son las necesarias para aplicar una pena o una medida de seguridad y las condiciones de punibilidad negativas que son las que impiden cualquiera de las consecuencias antes mencionadas. Y son, justamente estas últimas las también llamadas excusas absolutorias *“que determinan que no obstante haberse cometido un delito no se aplica pena por razones*

político-criminales. Se encuentran comprendidas en la Parte Especial del Código y en las leyes especiales” (p.411). Asimismo, en igual sentido se ha dicho que: “los hechos amparados por una excusa absolutoria son verdaderos delitos sin pena. Se trata de situaciones en las que la ley, generalmente por motivos de utilidad y política criminal, considera preferible prescindir de la pena por razones especialísimas (Jiménez de Asúa, 1959, p. 433).

Como cierre de la presente investigación queremos dejar en claro que el artículo 19 del Anteproyecto de Reforma del Código Penal debe ser interpretado como una excusa absolutoria, donde la exención o reducción de pena, a un agente que ha cometido un hecho típico, antijurídico y culpable, con motivo de formar parte de un pueblo originario o que haya actuado conforme a su respectiva cultura originaria, se establece por ley, por razones de utilidad y político criminales donde el Estado reconoce la identidad cultural de los pueblos originarios. Sería una finalidad extrapenal que tiene prioridad frente a la necesidad de castigo.

Se prefiere que sea la propia comunidad originaria la que castigue a sus miembros por los delitos que cometan y no propiciar una doble punición (la originaria y la estatal), dejando en claro que muchas veces la sanción impuesta por el jefe de la tribu puede causar un mayor dolor que la impuesta por el Estado, por ejemplo si es expulsado de la comunidad originando la pérdida de identidad.

ANEXOS

En ésta sección incluiremos el Decreto 678/2012 dictado para la creación de la Comisión para la elaboración del Proyecto de Reforma.

Se adjunta el Instructivo para el Reconocimiento y el Respeto de las Costumbres y Métodos de los Pueblos Indígenas para resolver sus conflictos dictado por el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Neuquén que fue recolectado como parte del material seleccionado y que nos pareció de suma utilidad para agregar en este apartado para comprender como las provincias están tratando el tema estudiado.

Por último, se anexan en forma completa los fallos expuestos en el ítem de jurisprudencia a fin de poder conocer ampliamente los casos y los fundamentos expuestos que justificaron las sentencias correspondientes.

CREACION DE LA COMISION PARA
LA ELABORACION DEL PROYECTO
DE LEY DE REFORMA,
ACTUALIZACION E INTEGRACION
DEL CODIGO PENAL DE LA NACION.

Decreto 678/2012

7 de mayo de 2012

Poder Ejecutivo - NACIONAL

Boletín Oficial, 8 de mayo de 2012

Vigente, de alcance general

Id Infojus: DN20120000678

Sumario

DERECHO CONSTITUCIONAL, Código Penal, modificación del código, Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación

Decreto Nacional 678/12

Visto

El Expediente N° S04:0020545/2012 del registro del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, la Ley N° 11.179 [1] y sus modificatorias y complementarias,
y

Considerando

Que la estructura y los lineamientos principales del CODIGO PENAL DE LA NACION vigente, fueron establecidos en el año 1921 mediante la sanción de la Ley N° 11.179 [1]. Que el HONORABLE CONGRESO DE LA NACION dio fuerza de ley al

texto conocido como "Proyecto 1917" que impulsara el diputado Rodolfo MORENO, el que en lo sustancial tomó como base la labor desarrollada hacia el año 1906 por la Comisión integrada por Rodolfo RIVAROLA, Norberto PIÑERO, Cornelio MOYANO GACITÚA, Diego SAAVEDRA, Francisco BEAZLEY y José María RAMOS MEJIA.

Que la adopción de ese CODIGO PENAL DE LA NACION, más de NOVENTA (90) años atrás, significó la abolición de la pena de muerte y la introducción de la condenación y la libertad condicionales, con el mérito adicional de haber sido el primer cuerpo normativo que unificó la totalidad de la legislación penal, hasta entonces dispersa e inarticulada.

Que asimismo, el texto en su momento sancionado dejó de lado las fuertes influencias positivistas del pensamiento de la época, permitiendo el desarrollo a nivel nacional de la dogmática jurídico penal, cuya tradición es universalmente reconocida.

Que, sin embargo, ese CODIGO PENAL DE LA NACION ha sido objeto de múltiples reformas, lo que importó la introducción de numerosas modificaciones en el articulado tanto de su Parte General como de su Parte Especial.

Que más allá de toda valoración acerca del grado de acierto de las enmiendas realizadas; la coherencia originaria de las disposiciones del Código se ha visto afectada, a la vez que se ha alterado el equilibrio y la proporcionalidad que deben guardar entre sí las escalas penales de los distintos delitos.

Que, por otra parte, la excesiva actividad reformadora en materia penal también ha dado lugar a la adopción de una diversidad de normas represivas especiales no integradas al CODIGO PENAL DE LA NACION, circunstancia que implica un alejamiento del mandato expreso de codificación contenido en el inciso 12 del artículo 75 de la CONSTITUCION NACIONAL, [2] a la vez que obstruye la sistematicidad del régimen punitivo y, en

definitiva, pone en cuestionamiento la vigencia del principio general del derecho que dispone que la ley se presume conocida.

Que la circunstancia señalada se ha visto acentuada a partir de la reforma constitucional de 1994, a la luz de los modernos postulados incorporados al derecho nacional tanto en el texto de la Carta Magna como por conducto de los instrumentos internacionales de derechos humanos de máxima jerarquía, cuya interpretación en la jurisprudencia nacional e internacional ha ido conformando un conjunto de cuestiones que demandan un tratamiento integrador.

Que asimismo, los más recientes avances en el proceso de integración regional, hacen deseable que las distintas codificaciones penales observen un grado de armonización creciente en sus aspectos fundamentales, con el propósito de favorecer la cooperación entre Estados y la implementación de estrategias coordinadas.

Que los antecedentes históricos y las circunstancias de actualidad referidas, han llevado en los últimos años a la conformación de un criterio generalizado y prácticamente unánime, en orden a la necesidad de una reformulación integral y totalizadora de la legislación penal.

Que en atención a todo ello, en el año 2004 se conformó en el ámbito del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, una Comisión para la elaboración de un proyecto de ley de reforma y actualización integral del CODIGO PENAL DE LA NACION, integrada por prestigiosos académicos que desarrollaron una labor ininterrumpida de DOS (2) años en los cuales efectuaron intercambios con expertos, universidades, asociaciones civiles y demás organismos, culminando con su cometido en el año 2006.

Que ese Ministerio sometió a consulta pública por espacio de TRES (3) meses el anteproyecto elaborado por la Comisión, tras lo cual se efectuaron modificaciones finales al texto y se recabó una extensa nómina de las personalidades y organizaciones adherentes, pese a lo cual el propósito reformador no pudo concretarse.

Que a la fecha subsiste la necesidad de emprender la labor de reforma penal integral, siendo un compromiso político asumido por el Gobierno Nacional en procura de consolidar la institucionalización, la seguridad jurídica y la plena vigencia de los derechos y las garantías individuales, para la presente y las futuras generaciones de argentinos.

Que por ello se estima conveniente la creación de una Comisión que lleve a cabo el objetivo de reforma, actualización e integración de la legislación penal en un único cuerpo normativo.

Que esta Comisión será presidida por el Ministro de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, doctor Eugenio Raúl ZAFFARONI, cuyos destacados méritos en su función de magistrado, jurista y docente en el ámbito del derecho penal, son motivo del más amplio reconocimiento nacional, regional e internacional.

Que la Comisión estará integrada además por los Diputados Nacionales doctores Ricardo GIL LAVEDRA y Federico PINEDO, la doctora María Elena BARBAGELATA y el doctor León Carlos ARSLANIAN, y contará con la asistencia y colaboración de la DIRECCION GENERAL DE ASISTENCIA TECNICA LEGISLATIVA dependiente de la SUBSECRETARIA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL de la SECRETARIA DE JUSTICIA del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

Que ha tomado intervención el Servicio Jurídico competente.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo

99, inciso 1, de la CONSTITUCION NACIONAL. [3] Por ello,

LA PRESIDENTA DE LA NACION ARGENTINA DECRETA:

ARTÍCULO 1º.- Créase la "COMISION PARA LA ELABORACION DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACION E INTEGRACION DEL CODIGO PENAL DE LA NACION".

ARTÍCULO 2º.- La Comisión creada por el artículo 1º del presente tendrá a su cargo el estudio de la reforma, actualización e integración del CODIGO PENAL DE LA NACION que considere necesaria, a fin de producir un único cuerpo normativo que concentre toda la normativa penal.

ARTÍCULO 3º.- La Comisión deberá elevar al PODER EJECUTIVO NACIONAL, por intermedio del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, un proyecto de ley de reforma, actualización e integración del CODIGO PENAL DE LA NACION en el plazo de CIENTO OCHENTA (180) días corridos, a partir de la fecha de su constitución. Dicho plazo podrá ser ampliado a pedido de la Comisión.

ARTÍCULO 4º.- La mencionada Comisión se integrará con el señor Ministro de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, doctor Eugenio Raúl ZAFFARONI (L.E. N° 4.299.533), quien actuará como Presidente, los señores Diputados de la Nación, doctores Ricardo Rodolfo GIL LAVEDRA (D.N.I. N° 7.851.276) y Federico PINEDO (D.N.I. N° 11.985.474), la doctora María Elena BARBAGELATA (D.N.I. N° 11.122.223) y el doctor León Carlos ARSLANIAN (D.N.I. N° 4.384.316). Los mismos desempeñarán sus cargos "ad honorem".

ARTÍCULO 5º.- La Comisión dictará su propio reglamento, se reunirá periódicamente y decidirá por mayoría.

ARTÍCULO 6°.- Para el cumplimiento de su cometido, la Comisión contará con el apoyo técnico y administrativo de la DIRECCION GENERAL DE ASISTENCIA TECNICA LEGISLATIVA dependiente de la SUBSECRETARIA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL de la SECRETARIA DE JUSTICIA del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

ARTÍCULO 7°.- Facúltase al señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos para designar al Secretario de la Comisión creada por el presente acto, a cursar las comunicaciones y emitir los actos de implementación que resulten necesarios para el cumplimiento del presente.

ARTÍCULO 8°.- Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Firmantes: FERNANDEZ DE KIRCHNER - ALAK

INSTRUCTIVO PARA EL RECONOCIMIENTO Y EL RESPETO DE LAS
COSTUMBRES Y MÉTODOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS PARA
RESOLVER SUS CONFLICTOS.

INSTRUCCIÓN GENERAL N° 6.

NEUQUEN, 02 de septiembre de 2014.

VISTO:

Los artículos 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, 53 de la Constitución de la Provincia del Neuquén, 19 y 109 del Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén, 9.1 y 9.2 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, y

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la Nación Argentina, en su artículo 75, inciso 17, establece que corresponde al Congreso “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” y “Garantizar el respeto a su identidad...”. También estipula que “Las Provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”;

Que la Constitución de la Provincia del Neuquén en su artículo 53, siguiendo estos lineamientos y de manera directa, “reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial” ; garantizando, asimismo, el respeto a su identidad;

Que el reconocimiento a los pueblos indígenas puede hacerse efectivo en diversos ámbitos, incluido el judicial;

Que el legislador neuquino en el nuevo Código Procesal Penal (Ley N° 2784) incluyó dos disposiciones relativas a tal reconocimiento: una comprendida entre los principios del proceso, referida a la diversidad cultural en general (art. 19, CPP), y la otra

dentro de las reglas de disponibilidad de la acción, que hace mención en forma específica a los pueblos indígenas (art. 109, CPP);

Que el artículo 19 del CPP indica: “En los procedimientos se tendrá en cuenta la diversidad étnica y cultural”. Esta norma es de aplicación general;

Que, por su parte, el artículo 109 del CPP alude a las comunidades indígenas específicamente, estableciendo la aplicación directa del artículo 9.2 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, cuando se tratare de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena;

Que el artículo 9.2 del mismo expresa: “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”;

Que este artículo debe ser interpretado en relación a lo indicado en el 9.1 del Convenio que señala: “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 ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”;

Que es función esencial del Ministerio Público Fiscal fijar políticas de persecución penal (art. 1º, Ley N° 2893) ;

Que este Ministerio resulta el titular de la acción penal pública y el órgano encargado de promoverla y ejercerla de acuerdo a las normas del Código (arts. 69, CPP y 1º, Ley N° 2893) ;

Que el artículo 109 está incluido en el Código Procesal Penal en el Capítulo III, dedicado a las “Reglas de Disponibilidad de la Acción” y en el Título I que se refiere al “Ejercicio de la Acción Penal”;

Que esta inclusión implica abordar la cuestión como un criterio de oportunidad, permitiendo la prescindencia total o parcial del ejercicio de la acción penal pública o su limitación, cuando el conflicto penal haya sido resuelto por los métodos y costumbres indígenas, y siempre que concurren una serie de requisitos jurídicos;

Que el 29 agosto de 2014, en la localidad de Aluminé, Provincia del Neuquén, autoridades del Ministerio Público Fiscal, del Directorio de la Corporación Interestadual Pulmarí (CIP), del Consejo Zonal Pehuenche y de comunidades mapuches firmaron la “Declaración de Pulmarí”;

Que en el mencionado documento se declaró: “Reconocer y respetar la identidad cultural de los pueblos indígenas neuquinos en la forma de resolver sus conflictos, dentro del marco de los Derechos Humanos y del ordenamientos jurídico vigente; fomentar, a través de actividades conjuntas, el intercambio cultural; rescatar y poner en valor las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas; promover los métodos de resolución de conflictos basados en el diálogo y el respeto mutuo; y coordinar acciones en conjunto para articular el abordaje de los conflictos”;

Que la “Declaración de Pulmarí”, que parte de una decisión del Ministerio Público Fiscal de comenzar a reconocer la justicia indígena, constituye un hecho histórico que coloca a la Provincia del Neuquén a la vanguardia en políticas de integración intercultural, y las materializa al amparo de normas internacionales, nacionales y provinciales que establecen el reconocimiento de los pueblos indígenas para resolver conflictos penales, en la medida que éstas sean compatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos reconocidos internacionalmente;

Que para efectivizar tal reconocimiento y posibilitar que los/las fiscales puedan prescindir del ejercicio de la acción penal, deben concurrir una serie de requisitos subjetivos y objetivos;

Por ello, en virtud de lo establecido en los artículos 1°, 2°, incisos a) y d), y 8°, incisos a) y q), de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal,

EL FISCAL GENERAL

INSTRUYE:

ARTÍCULO 1°: Los/las fiscales deberán reconocer y respetar la identidad cultural de los pueblos indígenas neuquinos en la forma de resolver sus conflictos, dentro del marco de los Derechos Humanos y del ordenamientos jurídico vigente; fomentar, a través de actividades conjuntas, el intercambio cultural; rescatando y poniendo en valor las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas; promover los métodos de resolución de conflictos basados en el diálogo y el respeto mutuo; y coordinar acciones en conjunto para articular el abordaje de los conflictos.

ARTÍCULO 2°: A los fines de respetar las costumbres y los métodos utilizados por los pueblos indígenas neuquinos para resolver sus conflictos, los/las fiscales podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla, en los términos de los artículos 106, inciso 1, segundo supuesto, e inciso 5, y 109, del Código Procesal Penal, cuando se den los siguientes requisitos:

1. Debe tratarse de un conflicto que interese al derecho penal;
2. Que involucre sólo a miembros de comunidades indígenas reconocidas por el Estado;
3. Que haya ocurrido únicamente en territorio reconocido de las comunidades indígenas;
4. Que el hecho no afecte gravemente el interés público o que no involucre un interés público prevalente;

5. De aplicarse una sanción, que la misma respete los derechos humanos;
6. Que el conflicto sea resuelto o avalado por una autoridad legitimada por las comunidades indígenas.

ARTÍCULO 3º: Protocolícese, hágase saber, comuníquese al Tribunal Superior de Justicia y a la Jefatura de la Policía de la Provincia del Neuquén, publíquese en www.mpfneuquen.gob.ar, y oportunamente archívese.

Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz - Registro: Tomo 109: 389/430

Salta, 29 de septiembre de 2006.

Y VISTOS: Estos autos caratulados “C/C RUIZ, JOSÉ FABIÁN –RECURSO DE CASACIÓN” (Expte. N° CJS 28.526/06), y

CONSIDERANDO:

Los Dres. Antonio Omar Silisque, María Rosa I. Ayala y Guillermo A. Posadas, dijeron:

1°) Que a fs. 250/260, la Dra. América Angélica Alemán, ejerciendo la asistencia técnica de José Fabián Ruiz, interpone recurso de casación contra la resolución de la Sala Tercera de la Cámara de Acusación de fs. 189/192 vta. que no hiciera lugar al recurso de apelación oportunamente deducido contra el auto de pro-cesamiento.

2°) Que tras la sustanciación de la queja esta Corte, a fs. 327, declaró formalmente admisible el recurso, otorgando luego a la defensa y al Ministerio Público Fiscal la intervención que prescriben los arts. 474 y sgtes. del C.P.P. por lo que los autos se encuentran en estado de resolver.-

3°) Que la defensa sostiene que la resolución recurrida resulta arbitraria, porque no considera prueba decisiva, en orden a acreditar que en el caso concurre un supuesto de necesidad de res-peto, a la identidad étnica y cultural del imputado. En este aspecto se agravia porque a fs. 190, al hacerse hincapié en la ex-temporaneidad del aporte de prueba relativa a las costumbres ancestrales del pueblo Wichí, se había incurrido en un exceso ritual conculcatorio del derecho de defensa. Dadas las vicisitudes procesales que impidieron

a la parte efectuar el aporte de esta prueba antes del auto de procesamiento, entiende la recurrente que debió haberse admitido en la alzada la ponderación de esta evidencia de carácter sustancial. Asimismo, se agravia porque habría existido un engaño y mala interpretación en las primeras manifestaciones de la denunciante y porque su presentación originaria fue inducida.-

4°) Que en informe de fs. 335/337, el Sr. Fiscal ante la Corte n° 2 opina que los preceptos constitucionales que invoca el recurrente deben ser ponderados en consonancia con el principio de igualdad y señala que las excepciones a la aplicación del régimen legal son un cometido específico del legislador. Entiende que no existiendo esa excepción legal la aplicación que pretende el recurrente no implicaría el respeto de un derecho sino la consagración de un privilegio, que atentaría contra un objetivo perseguido en los textos constitucionales consistente en la unidad nacional. Acerca del rechazo de prueba que se arguye como conculcatorio del derecho defensa, indica que se trata de una atribución del tribunal expedirse sobre la pertinencia de los elementos ofrecidos, que no ha sido ejercida en el caso de un modo arbitrario. Entiende que carecen de eficacia para refutar el fallo recurrido las expresiones referidas a las conductas coactivas que habrían afectado a la denunciante. Agrega que las testimoniales de éste y de Roque Miranda fueron debidamente valoradas y que la resolución recurrida presenta una motivación que le confiere suficiente sustento legal. Por lo expuesto solicita que no se haga lugar al recurso de casación analizado.

5°) Que la cuestión referida al respeto de la identidad cultural y étnica de las personas involucradas en el presente proceso se encuentra provista de implicancias relativas a la aplicación de la ley de fondo, tal y como se indica en la resolución impugnada; cabe,

sin embargo, profundizar el análisis de lo que en tal pronunciamiento se deja establecido acerca de que estos aspectos deben ser objeto de consideración y prueba en la etapa plenaria del proceso.

Para abordar esta temática es necesario entender que el auto de procesamiento es una resolución que, dado su carácter pro-visorio, no permite al juez omitir el exhaustivo análisis de todos los elementos legalmente incorporados a la causa al momento de su dictado y que se encuentren dotados de relevancia en orden al objeto del proceso penal. Este recaudo condiciona la validez del pronunciamiento, toda vez que para considerarse fundado, en los términos del art. 115 del C.P.P., no puede limitarse a evaluar algunos aspectos de la prueba, dejando sin considerar otros que puedan hacer variar el resultado de la declaración de presunta responsabilidad del imputado.

Sobre este tópico cabe señalar que el fundamento de una resolución debe ser expreso, claro y completo. Este último recaudo implica la necesidad de que el pronunciamiento abarque todas las cuestiones esenciales de la causa y cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar; y habrá falta de motivación cuando se omita la exposición de los motivos sobre un punto de la decisión (De la Rúa, Fernando - “El recurso de casación”, pág. 161).

6°) Que, en la presente causa, cuando el juez resolvió procesar a Ruiz, ya se había incorporado a las actuaciones el informe pericial antropológico de fs. 145/148. Consiguientemente, dada su particularidad requería un especial abordaje; sin embargo, este

elemento de juicio fue objeto sólo de una valoración peyorativa para el imputado, sin que se tuvieran en cuenta aspectos especialmente importantes que surgen de su contexto, tales como la aceptación social que en esos grupos tendría que las mujeres mantengan relaciones sexuales desde temprana edad, más concretamente a partir de la primera menstruación.

7°) Que también se hallaba agregado a la causa un conjunto de manifestaciones de referentes de la comunidad indígena, en las que como denominador común, se aprecia una cierta actitud de perplejidad por la consideración penal de la conducta de Ruiz. Ello ocurre con la declaración testimonial de Roque Miranda, Presidente de la Comunidad Lapacho Mocho (fs. 48), con la de la madre de la menor (fs. 46) y con las expresiones relevadas en la documental de fs. 118/124.

Estos elementos de juicio no constituyen cuestiones baladíes ni meras presunciones, toda vez que ellas se ven fuertemente avaladas por el informe de fs. 221/222, incorporado con posterioridad al auto de procesamiento que, dicho sea de paso, debió ser abordado oportunamente, toda vez que de él se desprende la existencia del puntual contexto de convivencia del imputado y de la víctima en un marco de costumbres ancestrales que resulta útil para apreciar una posible distorsión de la comprensión de la conducta atribuida como un injusto penal.

Cuando la ley impone al Juez el deber de motivar sus resoluciones, le pide mucho más que la simple enunciación de los elementos colectados; la exigencia transita concretamente por un ejercicio racional que involucre una apreciación equilibrada de la prueba de la que se deriven conclusiones en función del derecho vigente. El referido equilibrio impide que se soslayen o se dejen en un plano de carencia de gravitación

elementos útiles para la solución del caso, lo que aquí ha ocurrido cuando, al dictarse el procesamiento, se entendió que los aspectos antes mencionados, claramente indiciarios de un particularismo etno-cultural, no eran sino componentes de una trama de encubrimiento basada en la identidad cultural de los aborígenes. Desde esa óptica no ha sido razonable la evaluación que el juez hiciera de la influencia que tendrían, en el supuesto a juzgar, la multiplicidad de datos acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino, pudiendo suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan en la culpabilidad del imputado.

8°) Que en orden a esta problemática resulta necesario des-tacar que en la resolución de fs. 189/192 vta., se convalida el procesamiento dictado en contra de Ruiz, señalando que las circunstancias relativas a la forma de vida de la comunidad wichí “a lo sumo pueden tener en su momento alguna relevancia, en cuanto hacen a su aspecto subjetivo” (fs. 190 vta.). Dicha consideración, parece olvidar que el procesamiento debe basarse en la existencia de elementos de convicción suficientes acerca de todos y cada uno de los componentes del delito, y no sólo de los que hacen a su tipicidad como se indica en la mencionada resolución. Desde la óptica de apreciación integral que aquí se subraya, en modo alguno es dable procesar al imputado dejando la comprobación de su culpabilidad para la etapa plenaria, lo que podría traerle aparejado un gravamen irreparable, aspecto este precisamente individualizado al aceptarse la queja.

9°) Que, para entender la deficiencia de motivación del procesamiento, cabe acudir también al ilustrativo párrafo de la resolución que lo confirma donde se indica que todo lo

que hace la forma de vida, creencias e idiosincracia de la comunidad wichí, son aspectos que nada tienen que ver con los argumentos que dan sustento al auto respectivo (fs. 190). Es precisamente ese descuido por la incidencia que en la imputación subjetiva tiene en el caso la pertenencia del encartado a un pueblo originario, la que permite ver, a las claras, que la declaración de su responsabilidad a los fines de ser llevado a juicio, no se ha cumplido con arreglo a una ponderación integral.

10) Que en ese marco resultó enteramente lógico que el tribunal de apelación se despreocupara de la prueba por cuya omisión de valoración se agravia la defensa, ya que más allá del argumento relativo a la temporaneidad de su aporte, que se trae a colación en el recurso para denunciar un exceso ritual conculcatorio del derecho de defensa, lo que en rigor aparece sentado como principio por la Sala Tercera de la Cámara es que el extremo que se pretendía probar mediante ese elemento de convicción se refería a una cuestión irrelevante en ese estado de la causa.

11) Que la situación antes descripta cobra especial trascendencia, en tanto los arts. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aun provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

En razón de lo expuesto corresponde declarar la nulidad del auto de procesamiento de fs. 155/161, de la resolución de fs. 189/192 vta. que lo confirma y de todos los actos que de ellos dependen.

La Dra. María Cristina Garros Martínez, dijo:

1º) Que a fs. 250/260, la Dra. América Angélica Alemán, ejerciendo la asistencia técnica de José Fabián Ruiz, interpone recurso de casación contra la resolución de la Sala Tercera de la Cámara de Acusación de fs. 189/192 vta., que no hizo lugar al recurso de apelación oportunamente deducido contra el auto de procesamiento.

2º) Que tras la substanciación de la queja, esta Corte a fs. 327 declaró formalmente admisible el recurso, otorgando luego a la defensa y al Ministerio Público Fiscal la intervención que prescriben los arts. 474 y ss. del C.P.P., por lo que los autos se encuentran en estado de resolver.

3º) Que, en virtud de las cuestiones alegadas como fundamento del recurso de casación, cabe efectuar una breve reseña de los agravios formulados por la defensa del imputado a fs. 250/260. Sostiene que el fallo de la Cámara atenta contra el descubrimiento de la verdad real, objeto de la instrucción, tipificando como delito un hecho determinado en total violación al derecho constitucional indígena y conculca los arts. 15 y 18 de la Constitución Provincial, que garantizan el respeto a la identidad étnica y cultural de los indígenas argentinos, el ejercicio de la defensa en juicio y el debido proceso. A su entender en el presente proceso penal no se habría atendido a la realidad fáctica concreta, conformada por la condición de indígena de Ruiz, perteneciente a una cultura determinada donde es imposible vivir conforme la “Ley Penal” o según preceptos religiosos. En consecuencia atribuye arbitrariedad al pronunciamiento en cuanto, ante la ausencia de dolo, no se encontraría tipificado el delito que se le imputa. Afirma la existencia de agravio constitucional porque supedita la vigencia del “Derecho Consuetudinario” – a su juicio,

parte de la identidad cultural de los pueblo indígenas argentinos -, garantizado por la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 17, aún ordenamiento jurídico de rango inferior (el Código Penal), contraviniendo así el principio de supremacía constitucional.

Considera que las defensas articuladas en referencia a las pautas culturales del pueblo indígena wichí, lejos de ser ajenas a la causa, como lo entiende la Cámara, son centrales porque determinan la atipicidad del hecho y la inimputabilidad de Ruiz, y que su desestimación vulnera su legítimo derecho de defensa; que, además, el modo de aplicar el “derecho de igualdad” implica una discriminación porque emite un juicio sobre una conducta sólo comprensible en términos del “código” de la comunidad indígena, aplicando para ello otro código, el penal, sin que exista una relación intercultural de mutuo entendimiento. Afirma que, de acuerdo a la organización familiar imperante en la comunidad a la que pertenece, no existió violación ni reiteración del delito ni engaño y sí mala interpretación en las primeras manifestaciones de la madre de Estela –quien habría sido inducida a denunciar por la Directora de la escuela- ni se habrían producido consecuencias sociales dañinas ya que la comunidad persiste en sus costumbres. Agrega que en la supuesta víctima existe la madurez requerida para que la conducta sancionada pueda ser descripta como simple modo de vida, aceptado antropológicamente como una institución social denominada “matrimonio privignático”, en el que, a diferencia de lo que entiende la Cámara, no existe concubinato sino matrimonio tanto con la madre como con su hija.

En síntesis, el pronunciamiento recurrido habría conculcado el derecho que asiste a los miembros de las comunidades indígenas a que se respete su identidad cultural, invocando como sustento de su impugnación los arts. 75, incs. 17 y 22 de la Constitución

Nacional, 1.4 y 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los proyectos de Declaración sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas de la ONU y de la OEA.

Por otra parte, aduce arbitrariedad en materia probatoria, porque se habría rechazado prueba sustancial acerca de las costumbres de la etnia wichí y formulado apreciaciones personales, pre-sumiéndose que la denuncia de la madre habría sido rectificada con motivo de la presión de caciques y jefes de la comunidad, sin contarse con evidencia probatoria en tal sentido y en franca violación del principio “in dubio pro reo” contenido en el Código Penal. Asimismo, afirma que se valoró contradictoriamente el testimonio de Roque Miranda, Presidente de la Comunidad Hoktek T’oi (Lapacho Mocho) y omitió tener en cuenta que se está llevando a cabo la rectificación de la edad de Estela Tejerina, aplicando un criterio restrictivo al analizar la edad de la niña, en desmedro de la verdad real. Finalmente, afirma que la sentencia carece de motivación suficiente.

4º) Que, cabe analizar, en primer término, el vicio apuntado por la impugnante respecto a la falta de denuncia idónea para formar causa en contra del imputado, ya que el art. 72 del Código Penal que establece en el inc. 1º que son delitos dependientes de instancia privada los previstos en los arts. 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91 y, en el penúltimo párrafo, prescribe que no cabe formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales.

5º) Que a fs. 10 de estos autos obra un acta labrada por el Fiscal Penal nº 2 donde se consigna que Teodora Tejerina, madre de Estela Tejerina, formula denuncia en contra de José Fabián Ruiz, por haber violado a su hija quien, como consecuencia de ello, se encuentra embarazada. Afirma que fue amenazada por el Sr. Roque Miranda, Cacique de la Comunidad Lapacho Mocho quien le dijo que si denunciaba a Ruiz ella también quedaría presa y que la sacarían de la comunidad. Agrega que se siente atemorizada por la denuncia que hace pero ella teme que su ex-concubino le haga lo mismo a sus otras hijas. Se indica allí que la acompaña a radicar la denuncia la Sra. Directora (Interina) de la Escuela Paraje Km. 14 nº 4744, Srta. Dora Elena Carrizo y que pusieron en conocimiento de lo sucedido a la Defensora Oficial Civil nº 1.

A fs. 46 la denunciante, en sede judicial, expresa que se rectifica de la declaración efectuada a fs. 10 por haber sido obligada por la Directora a realizarla. Afirma que ella no estaba enojada con Ruiz, que sabía que él vivía con su hija Estela desde hace un año más o menos, situación que es costumbre entre los aborígenes. Agrega que no sabía que iban a pasar estas cosas, lo único que quería es que José acompañe a su hija y que no recibió amenaza alguna del cacique Roque Miranda.

6º) Que de la reseña efectuada surge que, conforme lo señala el Tribunal “a quo”, la madre de la menor no negó haber realizado la denuncia en contra de Ruiz sino que al ser llamada a ratificarla en sede judicial, modificó el contenido de la misma. Siendo ello así carece de fundamento el agravio sustentado respecto a la falta de autenticidad de la denuncia, por haber sido expresamente reconocido su contenido material por la Sra. Teodora Tejerina.

Cabe señalar que aun cuando el Fiscal interviniente no dejó constancia de haberle informado a la denunciante que el acta labrada podía ser leída y firmada por una persona de su confianza, tal circunstancia no la invalida ya que del contenido de ella surge que concurrió acompañada por la directora de la escuela de su hija, lo que le garantizó a la compareciente que lo consignado por escrito era lo que ella había expresado en forma verbal. Ello se corrobora con la afirmación de la Sra. Defensora Oficial Civil n° 1 Dra. Claudia Zamar de Esper quien a fs. 68 señaló que acompañó a la Sra. Teodora Tejerina a radicar la denuncia en contra de José Ruiz.

Si bien a fs. 46 decidió rectificarse de sus dichos, en ningún momento alegó discordancia con el contenido del acta inicial sino que sostuvo que la denuncia la hizo a instancias de la directora quien le ofreció darle cosas y que lo único que quería era que José acompañe a su hija.

Siendo ello así, por haber decidido la madre de la menor formular la denuncia por lo ocurrido a su hija, lo que habilitó la instancia penal en contra del autor del ilícito, su rectificación posterior no impide que la causa continúe de oficio.

7º) Que, por lo demás, aun cuando por vía de hipótesis, se dejara de lado la denuncia formulada por la madre de la niña, cabe apuntar que la promoción de la acción por la Fiscal Penal n° 2 se encuentra comprendida en las previsiones del último apartado del art. 72 del C.P. que establece que cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre el menor y sus padres, tutores o guardadores, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

En estos autos, a fs. 11 la Fiscal Penal n° 2 del Distrito Judicial del Norte, Circunscripción Tartagal, expresa que por una omisión involuntaria la denunciante no habría impreso su dígito pulgar en la denuncia realizada, pero que la niña se encuentra bajo el patronato del Estado, de conformidad con lo prescripto por la ley 10903. Afirma que en la causa de protección de personas que tramita ante el Juzgado de Personas y Familia, a instancias de la Asesora de Menores la Juez interviniente le remitió las fotocopias de los autos, ante la posible comisión de un ilícito penal. Fundamentalmente, corresponde ameritar que la Fiscal Penal n° 2, ejerce las atribuciones que le caben con sustento en las declaraciones efectuadas por la niña el 9 de junio de 2.003 ante la jefa de Servicio Social del Hospital Juan D. Perón, Marta Ortiz (fs. 7 de autos, fs. 04 del Expte. 14525/05), encontrando justificada su intervención de oficio en razón de las mismas. Es por ello que, en atención a su interés superior del menor (art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño), promueve acción penal pública en contra de José Fabián Ruiz por el delito de abuso sexual calificado con acceso carnal reiterado.

En definitiva, surgiendo de las actuaciones examinadas y del contenido del escrito de promoción de acción penal la presencia de intereses contrapuestos entre la madre y la hija, como también la necesidad de protección del interés superior de esta última, debe precisarse que se cumplen en autos los requisitos del art. 72 del C.P.

Por lo expuesto ya sea que se considere válida la denuncia realizada por la madre de la niña o la promoción de oficio efectuada por la Fiscal Penal, no se advierte en la instrucción de la causa el vicio alegado en el recurso en análisis.

8º) Que se imputa también arbitrariedad al fallo al aplicar un criterio restrictivo en el análisis de la edad de Estela Tejerina. Cabe señalar que conforme surge de la copia de su documento nacional de identidad de fs. 2, ella nació el 31 de diciembre de 1995, mientras que su madre señala a fs. 7 y vta. que, en realidad, nació el 31 de diciembre de 1993, fecha que también surge del informe del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas obrante a fs. 182.

Teniendo en cuenta que lo que los hechos por los que se procesa al imputado ocurrieron aproximadamente a mediados de 2004 (ya que en junio de 2005 tenía un embarazo de 36 semanas, según copia de fs. 7), la menor contaba en esa época con 9 años de edad (u 11 según su madre).

Si bien la recurrente a fs. 364 señala que se está tramitando la rectificación de la edad de Estela ante un Juzgado Civil de Tartagal, mientras esa prueba no sea arrojada, cabe estar a lo consignado en el documento de la menor.

9º) Que se atribuye al fallo vulnerar las normas constitucionales al no respetar las costumbres y normas imperantes en el pueblo wichí al que pertenece el imputado, sosteniéndose que la situación que se verifica en autos se trata de una unión matrimonial realizada con el consentimiento de las partes y de conformidad con las costumbres de su comunidad e inmerso en un sistema de derecho consuetudinario del pueblo wichí. La defensa agrega que Estela Tejerina es mayor que lo que se indica en el documento de identidad y que debe considerarse que el imputado carecía de la capacidad de comprender la criminalidad del acto atento a que, de conformidad con la cultura de su pueblo, la mujer,

a partir de su primera menstruación, es libre de tener relaciones con quien quiera, siendo las mujeres las que eligen al hombre para que sea su esposo.

En lo esencial se aduce que dentro de las pautas culturales propias de la comunidad wichí al que pertenece el imputado, la conducta que se sanciona con fundamento en los artículos del Código Penal conforma un modo de vida conocido como “matrimonio privignático”, y que aquél no tuvo conciencia de incumplimiento de norma jurídica alguna durante su trato íntimo con Estela Tejerina, por lo que, a todo evento, resultaría penalmente inimputable del delito que se le atribuye. Por el contrario, la decisión de la Cámara se apartaría de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales invocados, denegándose a su respecto el derecho a que el indígena tenga su propia vida cultural.

10) Que en el examen jurídico de cada uno de los agravios formulados no puede, efectivamente, prescindirse de la ameritación contextual de la conducta cuya tipificación como delito penal resiste la recurrente con fundamento en que la misma constituye una práctica cultural propia de la comunidad indígena a la que pertenece el imputado. Los hechos del presente caso revelan con certidumbre una gran densidad cultural y suscitan una particular línea de reflexión, dado que conllevan la necesidad de analizar la tensión que se plantea entre los distintos puntos que entran en conflicto cuando deben resolverse cuestiones acerca de comunidades indígenas o sus miembros, requiriéndose para ello de una perspectiva que, sin dejar de reconocer sus derechos fundamentales, en modo alguno se desconozca o niegue derechos vinculados, de otra naturaleza o alcance, que le asistan al resto de los individuos involucrados, como tampoco se relativicen las obligaciones que es dable exigir a todos los actores del conflicto.

Corresponde “ab initio” dejar sentado que, tal como lo estableciera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la vigencia de los Tratados de Derechos Humanos no implica la derogación de los principios, derechos y garantías reconocidos en la parte dogmática de la Constitución. De ahí que las previsiones de aquéllos deben armonizarse de acuerdo con la doctrina del Superior Tribunal, según la cual la interpretación de las normas constitucionales ha de realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para obtener esa unidad, la recta inteligencia de sus cláusulas no alterará el equilibrio del conjunto dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás (Fallos: 167:121; 190:571; 194:371; 240:311; 306:303), pues se trata de privilegiar las opciones hermenéuticas que maximicen su eficiencia.

La necesaria armonización e interpretación integrativa que debe existir entre los derechos y garantías consagrados en la parte dogmática de la Constitución y aquéllos enumerados en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, importa una pauta a seguir por los jueces que, valga señalarlo, expresamente fue considerada en el seno de la Convención Nacional Constituyente de 1994 (conf. "Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994", T. IV, p. 4130 y sgtes., espec. p. 4136/37, publicada por el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1995; CSJN, causa “Petric Domagoj”, 14/6/05, y muchos otros fallos posteriores a la reforma constitucional de 1994).

No podría ser, entonces, una conclusión de hermenéutica constitucional válida aquella que sostenga que la aplicación de normas emanadas de la facultad legislativa otorgada al Congreso de la Nación por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional se

opone a los derechos consagrados en el art. 75, inc. 17 de la C.N. y 15 de la C.P. y en los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22. Antes bien, entre la atribución estatal y los derechos aludidos hay una relación de necesaria complementación en el común marco protectorio de los derechos humanos fundamentales.

Por otra parte, es jurisprudencia constante del Máximo Tribunal Nacional la que sostiene la inexistencia de derechos constitucionales absolutos (Fallos: 257:275; 258:267; 262:205; 268:364; 290:83; 297:201; 300:700; 304:319 y 1524), pues todos deben operar atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen (Fallos: 255:293; 262:302; 263:460), ningún derecho esencial de los que la Ley Suprema reconoce puede esgrimirse y actuar aislada-mente porque todos forman un complejo de operatividad concertada de manera que el Estado de Derecho existe cuando ninguno resulta sacrificado para que otro permanezca (Fallos: 256:241; 258:267; 259:403; 311:1438).

Desde tal punto de vista, la demandada no puede pretender con éxito la inaplicabilidad de la ley penal nacional respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición de indígena y de su identidad cultural, a menos que se confiera a estos últimos una condición de derechos constitucionales absolutos que no poseen, y mucho menos cuando una decisión en tal sentido tendría como consecuencia el desconocimiento de otros derechos individuales cuya esencialidad surge de la interpretación integral de las normas que componen el complejo constitucional aplicable al caso.

11) Que el bloque de constitucionalidad al que debe atenderse en el sub lite se encuentra conformado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, su art. 75, incs. 12 y

17, los tratados mencionados por el art. 75, inc. 22 (en las condiciones señaladas en el art. 75, inc. 23), y el art. 15 de la Constitución Provincial. Asimismo cabe determinar la aplicabilidad del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la 76^a Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989, ratificado por ley 24071 de 1992; en vigencia en este país con rango constitucional desde el depósito de la ratificación, en el año 2000.

De tal modo, la pretensión del recurrente encuentra valla-dar, teniendo en cuenta el artículo 8 del Convenio 169, conforme el cual y sin perjuicio de tomarse debidamente en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de la comunidad indígena a la que pertenezca el individuo en cuestión (art. 8.1), resulta ineludible confrontar éstos con los bloques de legalidad y constitucionalidad señalados. Ello porque asiste a estos pueblos el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos funda-mentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (8.2); más aún, el citado Convenio deja establecido que los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para reprimir –o no, cabe agregar- los delitos cometidos por sus miembros, deberán respetarse “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 9.1), aun cuando, a la hora de imponerse sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, se tengan en cuenta sus características económicas, sociales y culturales (art. 10.1).

Siendo ello así, las decisiones judiciales deben resultar adecuadas a los compromisos asumidos por la República Argentina en la materia específica, pero evitando la intolerancia o la defensa de costumbres que implican la restricción y menoscabo de los derechos fundamentales de la persona humana pues ello, además de resultar atentatorio contra el sustrato filosófico-axiológico del bloque de constitucionalidad, se encuentra expresamente vedado por el mismo (cf. art. 30 Declaración Univ. Derechos del Hombre, 29 Pacto SJCR, art. 5.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 8 Convenio 169 OIT). No hacerlo implica abdicar del deber que impone a la judicatura decidir conforme la realidad que la circunda; en el caso en que hay una disputa sobre derechos fundamentales, el juez no puede mantenerse al margen, dice el Dr. Ricardo L. Lorenzetti (“Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs.As., 2006, p. 160). Posicionarse constituye un desafío para quienes tienen a su cargo la aplicación del derecho y a través de éste de las políticas internacionales sobre derechos humanos (entre quienes se cuentan los redactores de los tratados incluidos en el art. 75, inc. 22 de la C.N.). Fundamentalmente, ello hace al imprescindible orden social que todas las personas requieren para el efectivo ejercicio de los derechos inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática (arts. 28 Declaración Universal DDHH, 29 Pacto S.J.C.R.), propia del Estado de Derecho que caracteriza a la República Argentina.

12) Que son indudables los beneficios irrogados a los ciudadanos en su calidad de individuos a partir del reconocimiento del complejo jurídico garantístico de los aspectos elementales de la persona humana, pero sus previsiones, a veces contradictorias, deben ser interpretadas de un modo concomitante y equilibrado, de conformidad con la Convención de Viena sobre los Tratados y bajo un criterio armónico y fundado en los principios “pro

homine” y “favor debilis” (Manili, P., “El bloque de constitucionalidad”, L.L., 2003, p. 339; United Nations Workshop for the Asia-Pacific Region on Human Rights Issues – Report, Jakarta, January 1993, N.Y., U.N., 1993, p. 1.).

Bajo el imperio de dichos principios, sin hesitación la conclusión que se impone es que la vigencia de la “costumbre comunitaria” invocada por el recurrente como circunstancia apta para que se permita que la situación planteada a partir de la promoción de acción penal efectuada de oficio a fs. 11 por la Fiscal Penal N° 2, se resuelva de conformidad con el supuesto derecho consuetudinario wichí y no de acuerdo al Código Penal Argentino, no constituye una razón apta para enervar la regla contenida en los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT. Ello porque dicha costumbre no sólo resulta contradictoria con nuestro sistema jurídico nacional, sino con el plexo de derechos humanos internacionalmente re-conocidos, ante el cual resulta que se pretende subordinar un derecho esencial de la naturaleza humana al hecho de la pertenencia a un estado cultural determinado, a lo que obsta firmemente el Pacto de San José de Costa Rica, de cuyo Preámbulo emerge la relevancia superior de los derechos que hacen a los atributos de la persona humana.

En efecto, el acceso carnal a menores cuya edad que, aunque fuere de modo impreciso, pueda situarlas en una franja entre los 9 y los 11 años –como ocurre en el caso, sin que la recurrente haya logrado modificar este presupuesto fáctico-, de modo reiterado hasta alcanzar su embarazo, bajo la modalidad de supuestos consentimiento en virtud de relaciones matrimoniales aceptadas en ciertas comunidades indígenas, resulta objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano (arts. 5 y 11 Pacto SJCR, 12 Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales),

que no deben dejar de aplicarse a la menor Estela Tejerina por la circunstancia de que ambos -víctima y procesado- pertenecen a la etnia wichí, ya que el complejo garantístico de los derechos humanos debe ser aplicado por los Estados Nacional y Provinciales de modo igualitario a todos sus habitantes (arts. 24 Pacto SJCR, 26 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, 5 Conv. S/Discriminación, y 16 de la C.N. y C.P.).

Sostener que en la conducta bajo examen no hay agresión por-que “se trata de otra concepción cultural de ‘integridad sexual’ o por no haber sufrido ningún daño psico-emocional la supuesta víctima, significa apartarse del concepto de “integridad personal”, del cual la integridad sexual es sólo uno de los componentes; cobija, además, los efectos en la salud física, teniendo en cuenta edad, consiguiente contextura física, riesgos en la salud por la sexualidad en sí y por la temprana iniciación, maternidad precoz, efectos sobre los niños prematuros o mal nutridos por las condiciones de las madres, etc. Asimismo, la integridad personal incluye el derecho a no tener que soportar tratos considerados degradantes, conforme todo ello, a objetivos y parámetros médico-biológicos y, fundamentalmente, desde los estándares mínimos de los derechos humanos más elementales (Philip Alston y Bridget Gil-mour-Walsh; “El interés superior del niño - Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales”, Ed. UNICEF, Bs.As., 1997; p. 35; v. acta fs. 46).

Al analizar el principio que ampara el interés superior del niños los autores citados especifican que el problema acerca de la relación “niños-cultura-derechos humanos” se centra en la aplicación práctica de dicho principio, de acuerdo o con prescindencia de la tesis del “relativismo-cultural”, dado que uno de los puntos de indeterminación de su alcance se sitúa en vinculación con la cultura, precisamente porque constituye tanto un

conducto potencialmente importante para los valores culturales, como una rendija potencialmente explotable a través de la cual se busca la aceptación de ciertas prácticas incompatibles con los derechos humanos.

13) Que la decisión en análisis ha adscripto a la postura que, precisamente considerando la relación existente entre los valores culturales y los derechos humanos, descarta los argumentos del llamado “relativismo cultural” en sus variadas opciones (ob. cit., pp. 54/55).

Dicha teoría afirma que todos los sistemas culturales son intrínsecamente iguales en valor, y que los rasgos característicos de cada uno tienen que ser evaluados y explicados dentro del sistema en el que aparecen (cfr. Harris, Marvin; “Introducción a la Antropología General”; Ed. Alianza Universidad – Madrid, 1991), y defiende la postura según la cual toda pauta cultural es intrínsecamente tan digna de respeto como las demás. A la luz de estas dos afirmaciones, la actividad de organizaciones “occidentales” (como denomina la defensa a la cultura que supuestamente impide el desarrollo de la cultura wichí), tales como Amnistía Internacional UNICEF, etc., que intentan combatir ciertas prácticas consideradas aberrantes de comunidades nativas dentro de las cuales constituyen parte irrenunciable de su identidad cultural, es entendida como un acto destinado a destruir ese patrimonio cultural; según el relativismo cultural, en cambio, debería admitirse que dichas prácticas identitarias (como la mutilación genital femenina –clitoridectomía- o las relaciones sexuales de hombres mayores con niñas con las que se convive en razón de la unión parejal con la madre -matrimonio privignático-), son intrínsecamente tan dignas de respeto como cualquier otra, y tienen valor por el mero hecho de existir y de enriquecer la diversidad cultural mundial. Bajo tal premisa, concretamente, las niñas y mujeres que han sufrido

aquellas mutilaciones, o que a partir de los 8, 9, 10, 11 años contraen matrimonio o son “tomadas” por la pareja de la madre para formar una “forma típica de unión matrimonial”, vivirían en plenitud su identidad cultural. Las razones que dan los nativos para justificar estas prácticas son muy variadas, y de manera general se repiten en culturas muy diversas (Amnistía Internacional, in-forme 1998 “La mutilación genital femenina y los derechos humanos”, EDAI, Madrid; Goonesekere, “Interests of de Child”, en Ed. UNICEF, Alston y Gilmour-Walsh, “El matrimonio infantil”, p. 34). Las razones que la defensa del imputado brinda para convalidar este tipo de costumbres están resumidas en la frase “modo de vivir de la comunidad wichí”.

Otra opinión, sin embargo, expresan las propias mujeres indígenas cuando tienen oportunidad de expresarse sobre estos temas, circunstancia destacable en el marco de los agravios formulados por la recurrente.

Ilustran debidamente sobre el punto publicaciones especializadas que recogen conclusiones (textuales, en numerosos casos) de numerosos talleres e investigaciones llevados a cabo en comunidades americanas diversas, en los que se debatió lo relativo a realidades de las mujeres indígenas, opresión y discriminación, costumbres, cómo se dividen el trabajo las mujeres y los hombres, anhelos y esperanzas; reflexión y acercamiento entre las mujeres indígenas acerca de sus derechos, usos y costumbres; Convenio 169 de la OIT; tierra, proceso productivo, educación, salud y violencia; situación, derechos y cultura de la mujer indígena; comunidad y autonomía; educación; garantías de justicia a los indígenas, promoción y desarrollo de la cultura indígena; derechos humanos para las mujeres indígenas; maltrato hacia las mujeres; posibilidades de las mujeres indígenas. En estos ámbitos, en los cuales éstas exteriorizan sus sentimientos y

experiencias, manifiestan su intención de mantener tradiciones y cultura pero miran a ésta con los ojos críticos de sus propias vivencias, pidiendo “respeto a las tradiciones que no afectan o agreden a las mujeres indígenas” y dicen que “en diferentes eventos hemos manifestado que los usos y costumbres deben mantenerse siempre y cuando garanticen el respeto a las mujeres y que tenemos que seguir discutiendo y analizando detenidamente los derechos que queremos que se nos respeten en nuestras comunidades”, debiendo hacerse una aclaración en relación con la costumbre: en los talleres las indígenas hablan de las costumbres que les gustan y las que no les gustan; es importante ver entre la lista de las costumbres que “sí nos gustan” las siguientes: “cuando los padres no obligan a las niñas a casarse (pe-ro no deben irse con el novio)” o “que nos dejen estudiar” o, más interesante, “que caminen por igual, hombres y mujeres”.

Se colige de ello que la noción de costumbre parece bastante flexible y no se identifica siempre con lo antiguo -en comparación con lo nuevo-, sino más bien representa el comportamiento que se considera aceptado por la comunidad. Las mujeres indígenas piden que la justicia se imparta según los usos y costumbres, pero rechazando los que las perjudican, en el sentido de que la ley no debe proteger y promover el desarrollo de todos los usos y costumbres: “¡No todas las costumbres son buenas! Hay unas que son malas. Si dicen que el gobierno va a respetar las costumbres de los indígenas, las mujeres tienen que decir cuales costumbres son buenas y deben de respetarse y cuales costumbres son malas y deben de olvidarse”; en otras palabras, “hay cosas de la costumbre que son buenas”, y los puntos de vista “tradicionales” no están tan arraigados en toda la población (Carlos Lenkersdorg, “La comunidad de consenso” y “La libertad”, en *Los hombres verdaderos. Voces y testimonios tojolabales*, UNAM, México, 1996, p. 81.88; “Lo político en la

política”, UNAM, México, 1996, p. 7; Claudia de Lima Costa, “Situando o sujeito do feminismo: o lugar da teoria, as margens e a teoria do lugar”, *Travessia*, n. 29-30, UFSC, Florianópolis, 1997, pp. 139-40; Alston y Bridget Gilmour-Walsh, en ob. UNICEF cit., p. 47; María Jaidopulu Vrijea en su tesis doctoral “Las mu-jeres indígenas como sujetos políticos”, presentada ante la UNAM, entre muchas otras publicaciones).

Como surge de la limitada pero imprescindible apreciación que en el marco del presente pronunciamiento judicial procede sobre tan delicada cuestión, desde el seno mismo de diversos movimientos indigenistas surge el reclamo porque todavía se sigue considerando a los indígenas como los más débiles y vulnerables de la sociedad, lo que posibilita su discriminación en diversos ámbitos. Pero según esos propios grupos, esa “vulnerabilidad” se debe a la falta de acceso a la educación, salud, infraestructura y a no haber sido considerados capaces de realizar un trabajo intelectual sino únicamente físico. El peligro de dicha consideración, sostienen, es la tendencia a caer en un determinismo social que impida o retrase la mejora de sus condiciones de vida, llevando a prejuicios tan falsos como que la pobreza o la degradación humana forman parte de la cultura indígena, desconociendo que se trata de una población que anhela insertarse en un proceso de modernización, que ha comenzado incluso a acceder a algunos de sus beneficios, pero sin posibilidades de progreso.

De la comunidad indígena que nos ocupa, sólo podemos conocer que aceptaron que “para las mujeres, éstas deciden desde los doce años, con quién quiere tener una relación, porque muchas chicas se perdieron (conocieron a otra gente y se quedaron en la ciudad y no regresaron)” (fs. 233), situación que aparece como contrapuesta con la aceptación que las mayores parecieran demostrar a través de sus testimonios (fs. 119, entre otras constancias),

actitud que, en lo que aquí interesa, se relacionaría más con un cierto determinismo cultural que con la convalidación de una costumbre buena o positiva, que justifique su tolerancia frente a la norma penal contraria.

14) Que, al momento de analizar la vigencia de los derechos culturales de los pueblos indígenas de América, a fin de encuadrar jurídicamente la cuestión de las costumbres frente a los derechos humanos fundamentales, es imprescindible tener en cuenta lo expresado por la Corte Internacional de los Derechos Humanos, dado que la interpretación que este Tribunal hace sobre el texto de los artículos de la Convención Americana de los Derechos Humanos resulta –al decir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- insoslayable pauta a tener en cuenta por los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para los superiores tribunales provinciales, a los efectos de res-guardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (conf. considerando 15 del voto del Juez Maqueda en la causa "Vi-dela, Jorge Rafael" y considerando 15 del voto del Juez Maqueda en la causa "Hagelin, Ragnar Erland", Fallos, 326:2805 y 3268; Fallo, "Ekmekdjian", 315:1492); ello, debido al reconocimiento expreso que la República Argentina hizo de su competencia para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención (Fallos, 315:1492; 318:514; 319:3148; 321:3555).

La Corte Interamericana ha reconocido la importancia de evaluar determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América a los fines de la aplicación de la Convención, señalando en diversas oportunidades que muchas manifestaciones culturales de las comunidades indígenas forman el substratum de las normas jurídicas que

deben regir las relaciones de sus miembros “inter se” y con sus bienes, en referencia a las constituciones políticas vigentes en los Estados que disponen sobre la preservación y el desarrollo de la identidad cultural y las formas propias de organización social de esos pueblos, reiterando que estas formas de manifestación cultural y auto-organización social se han concretado a lo largo del tiempo en normas jurídicas y en jurisprudencia, tanto en el plano internacional como nacional, y tuvo en cuenta las prácticas culturales de colectividades en diversas cuestiones (caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Sentencia del 31/8/01, Serie C-79); caso “Aloeboetoe y otros vs. Suriname - Reparaciones, CtIADH, Serie C., n. 15, Sentencia del 10.9.93 pp.3-49, párrs. 1-116; caso “Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Sentencia del 21.11.99, Serie C, n. 70, pp. 3-149, párrs. 1-230). Profundizó en el análisis de la materia, en una aproximación a una interpretación integral de la cosmovisión indígena, destacando que la atención debida a la diversidad cultural constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional.

Sin embargo afirmó, con igual claridad, que la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. “Al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado “Relativismo Cultural” (voto razonado conjunto de los jueces Cancado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli en el caso de la Comunidad Mayagna), conclusión relevante en la especie.

15) Que, de acuerdo a la doctrina de la Corte Interamericana y al principio que reza que “se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos” (cf. Alston, informe Ed. UNICEF cit., p. 59) –una de cuyas manifestaciones es la jerarquización del principio de “protección del interés superior del niño”-, se debe concluir que no se advierten en autos las circunstancias que permitan descartar la operatividad, respecto de José Fabián Ruiz, de las normas del Código Penal en virtud de la práctica sexual o social alegada, precisamente porque la misma, de configurar una costumbre propia de la comunidad wichí a la que pertenece, resulta violatoria de los derechos que la comunidad internacional reconoce en cabeza de Estela Tejerina.

16) Que, analizada bajo tales premisas la tensión entre los derechos que como indígena amparan al procesado, alegados por su defensa, y aquéllos que protegen a la menor Estela Tejerina, invocados por la Fiscal Penal N° 2 al promover de oficio la acción pertinente, se advierte que el Tribunal “a quo” ha emitido su pr-nunciamiento jurídico con una profunda connotación ética sobre el hecho de que Fabián Ruiz haya accedido carnalmente a la menor, hi-ja de la mujer con la que convive. Tal valoración supone dos pre-supuestos: considerar a la víctima como “niña” y entender que los derechos éticos protegidos por la integralidad de los tratados de derechos humanos son universales por su estructura lógico-material, a pesar de que la Filosofía y, consiguientemente, la Ética como disciplina racional filosófica, tuvieron origen y desarrollo. La decisión cuestionada, al entender que las pautas culturales que atentan contra tales derechos son condenables, e impedir que el Estado –so pretexto de respetar la identidad cultural indígena- se abstenga de aplicar las normas jurídicas nacionales que condenan conductas que constituyen una

práctica degradante y per-judicial físicamente implica el respeto por las “personas humanas” que integran el grupo “niñas indígenas” y por ende encuadra en el bloque de constitucionalidad ya descrito y en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sustentada en el orden nacional por Corte Suprema de Justicia.

Las normas éticas que, como se señala, sostienen la decisión de la Cámara, son las “comunes a todos los pueblos”; las morales son las “particulares de cada pueblo”. A veces ambas coexisten pacíficamente e incluso coinciden, pero en otras ocasiones entran en conflicto. Pero los derechos humanos universales amparan, justa-mente, a los seres humanos frente a la vulnerabilidad y precariedad de su condición. Al contrario de lo que pregonan los adeptos del llamado “relativismo cultural”, y de acuerdo al criterio sustentado en la elaboración doctrinaria sobre derechos de las comunidades indígenas por la Corte Interamericana, los derechos humanos universales son enriquecidos por las múltiples experiencias culturales, las cuales, a su vez, se benefician de su propia apertura a los patrones mínimos universales –estándares- de tratamiento del ser humano, tal y como se revela en el contencioso internacional del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Con tal criterio, dicho tribunal reafirma la legitimidad universal de los derechos humanos, en un mundo marcado por el pluralismo y la angustia común a todos los seres humanos frente al respeto por su propia dignidad, sea cual fuere el ámbito en el que se desarrolla.

17) Que debe destacarse, para comprender la relevancia del criterio comentado, que la Corte Interamericana está obligada a observar las disposiciones de la Convención Americana, interpretándolas conforme a las reglas que ese mismo instrumento previene; además, ha de tener en cuenta el principio de interpretación que obliga a considerar el objeto y fin de los tratados (art. 31.1 de la Convención de Viena) y, finalmente, su decisión

debe regirse por la regla “pro homine”, inherente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que conduce a la mayor y mejor protección de las personas, con el propósito último de preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó este criterio, jerarquizando el valor del hombre en sí mismo y su derecho a la vida, “primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva”, “a cuyo respecto todo otro valor tiene carácter instrumental” (Fallos, 325:292), interpretando adecuadamente la razón del especial acogimiento de los Tratados de Derechos Humanos en nuestro orden constitucional: la imperiosidad de la protección de los atributos sustanciales del individuo, con distinción del valor vida –como la defensa lo advierte a fs. 376-, a cuyo respecto debe analizarse, precisamente, la esencialidad o no de los intereses en tensión.

No se trata, en el tema bajo análisis, de poner en marcha un mecanismo de ponderación de derechos –derecho a la integridad personal, derechos del niño, derecho a la cultura, derechos de los indígenas-, sino de ordenar el centro de gravedad del problema planteado, para recién decidir el pretendido conflicto que pudiere suscitarse en relación a la posibilidad de defensa de uno u otro, intentando evitar razonamientos que lleven a obviar la instrumentalidad que uno de los derechos tiene respecto del otro, pues cualquier reconocimiento a favor de la persona en sí misma carece de finalidad si no se efectiviza el respeto a ésta. Sin perjuicio del derecho de la sociedad de que se trate en la preservación de sus valores culturales, toda agresión a los superiores intereses de los niños agreden su libertad, en el concepto amplísimo que el sistema interamericano de derechos humanos

acuerda a ésta en relación a la esencialidad de la persona (Preámbulos Declaración Universal de los Derechos Humanos y Pacto SJCR).

18) Que, en definitiva, la confirmación del auto de procesamiento dictado a fs. 155/161, con fundamento en que éste se ajusta a derecho y descartando el factor cultural como causal para establecer la falta de tipificación del delito previsto en el art. 119 del Código Penal, encuentra sustento normativo en el citado art. 8 del Convenio 169 y, en cuanto a lo fáctico, en las constancias de la causa.

En efecto, no surge de las pruebas aportadas sobre el modo de vida wichí que las relaciones sexuales con menores de edades inferiores a los 13 o 14 años integren las prácticas habituales de la comunidad “Misión Wichí – km. 18 – Ruta 86”, a la que pertenece el imputado; más aún, de la prueba pericial de fs. 221/222 se verifica que en la entrevista realizada al Sr. Roque Miranda, Presidente de la Comunidad, el 6.7.05, éste dejó sentado que "dichas relaciones son frecuentes y consideradas normales dentro de la comunidad aborigen", pero que la madre se había separado de Ruiz en diciembre de 2004 y que “la menor tiene 11 años, en diciembre de este año cumplirá 12 años; por lo que le habían recomendado a Ruiz que no tuviera relaciones con la niña, porque podría tener problemas” (fs. 222).

A fs. 232 in fine/233, el Acta que recoge las declaraciones de Indalecio Calermo especifica: “...Refiere Calermo que se encuentra triste, porque esto ya lo veía venir. No van a defender personas que tienen delitos graves. Pero hay algo que les preocupa que es que la injusticia, porque nadie es perfecto. Su preocupación, que viene de tiempo atrás, porque no hay integración entre aborígenes y la justicia. Se siente que están afuera de la justicia. Y la

palabra cacique no es factible para la justicia y no se los escucha. Ellos tienen una ley cultural que va en contra de la Ley Argentina. En la partida de nacimiento de la chiquita es una violación porque tiene nueve años, pero él comunica que desgraciadamente, que por tanta tragedia que hay en los barrios, ellos adoptaron sus costumbres. Para las mujeres, éstas deciden desde los doce años, con quien quiere tener una relación...”, pero aclarando que “Adoptaron esta decisión porque muchas chicas se perdieron (conocieron a otra gente y se quedaron en la ciudad y no regresaron)”, por lo que “se les da la libertad de decidir a los doce años” aunque “ellos quieren que se casen por la Iglesia Evangélica”.

Por otra parte, del informe antropológico solicitado a la Universidad Nacional de Salta a fs. 144, emitido a fs. 145/149 por el Licenciado Francisco Márquez, si bien se instruye sobre la iniciación de la vida sexual a partir de la menarca, no da cuenta de la institucionalización en la cultura wichí de formas como la bigamia o de matrimonio privignático (fs. 148), señalando en cambio como pauta de dicha cultura la exclusión de uniones con hombres mayores (fs. 146).

19) Que, por lo demás, los derechos fundamentales invocados por el recurrente encuentran su límite en los mismos cuerpos normativos que los declaran (fundamentalmente arts. XXVIII DA DD HH, 29, 2º párr. Decl. Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 29.b y 30 pacto SJCR; art. 14 Const. Nac., 16 Const. Pcial.). Al mismo tiempo, debe ponerse de manifiesto que forman parte de los derechos y obligaciones de jerarquía internacional los deberes de obediencia a la ley (XXXIII Decl. Americana DD HH), de respetar derechos y libertades de los demás y de convivir con las demás personas de modo que éstas puedan formar y desenvolver íntegramente su personalidad (art. XXIX DA DD y Deberes del Hombre; 27 y 29 1º párr. Decl. Universal

de DD HH; 32 Convención Americana (Pacto SJCR); 4 Pacto Internac. DD Ec., Socs. Cult., además de las normas contenidas en las Constituciones Nacional y Provincial).

En tal sentido, al analizar los términos del Convenio 169 y su aplicabilidad en el marco normativo imperante en cada uno de los Estados Partes, el Juez Sergio García Ramírez, en su voto ra-zonado concluyente emitido en el caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, precisó –según precedentes del Tribunal Internacional- que conforme el artículo 29 de la Convención Americana, relativo a la interpretación de este instrumento, ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de “limitar el go-ce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar re-conocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes (...)”. En otros términos, quienes se hallan protegidos por el régimen de la Convención no pierden por ello –aún si ésta con-tuviera restricciones o limitaciones de derechos precedentes, que no es el caso- las libertades, prerrogativas o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran. En el precedente analizado, quedó plasmado el principio según el cual la Convención Americana, aplicada en los términos de la interpretación que ella misma autoriza, y que además figura en las reglas de la materia conforme al Derecho de los Tratados, debe significar un sistema normativo de protección segura para los indígenas de nuestro continente, no menos que para los otros pobladores de los países americanos a los que llega el sistema tutelar de la Convención.

20) Que la aplicabilidad al caso de autos de las prescripciones del Código Penal en razón de la naturaleza de la conducta sancionada y de la entidad de los derechos en juego, de acuerdo al artículo 8º del Convenio 169 OIT y en el marco de los límites precedentemente comentados, se adecua al principio de “unidad nacional” que el

Constituyente ha postulado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, sin que ello obste a la efectivización de los compromisos asumidos por el Estado Nacional con la firma de tratados internacionales, en virtud de la interpretación integradora que exige el texto constitucional.

Al respecto, resulta conveniente destacar que muy reciente-mente, el 30 de Junio del corriente año, en Ginebra y después de 22 años de negociaciones, los miembros del nuevo ente de Naciones Unidas (ONU) -sustituto de la Comisión de Derechos Humanos- decidieron por 30 votos contra 17 la aprobación de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas –cuyo proyecto invocó en su defensa el recurrente a fs. 255-, que contempla el reconocimiento de derechos de este colectivo tales como la preservación de sus valores culturales y de su identidad étnica, o la protección ante cualquier intento de expulsión de sus territorios ancestrales, a través de la figura de la autodeterminación. Sólo dos países vota-ron en contra, Canadá y Rusia, mientras que otros 15 se abstuvieron, entre ellos Argentina. Según el canciller argentino, Jorge Taiana, presente en la votación, el motivo de la abstención fue la falta de elementos que permitan poner al mismo nivel el derecho de autodeterminación de los pueblos y el principio de unidad nacional (fuente <http://argentina.indymedia.org/news /2006/07/421284.php>), que adscribe a la inquietud expresada por el Juez García Ramírez (v. punto precedente) en cuanto a que, no obstante los distintos instrumentos que tienden a la protección de la cultura indígena (entre los que citó aquél Proyecto de Declaración), el Convenio 169 debe aplicarse evitando decisiones que, lejos de asegurar la igualdad de todas las personas establezcan una desigualdad contraria a las convicciones y a los propósitos que inspiran el sistema continental de los derechos humanos.

21) Que, respecto de la alegación de arbitrariedad por la supuesta discriminación que el pronunciamiento supondría en detrimento de sus derechos como indígena, cabe señalar que, lejos de configurar una discriminación en contra de un individuo perteneciente a un grupo indígena determinado, la decisión del tribunal “a quo” importa el reconocimiento de la igualdad de condiciones para ser receptores y deudores de los derechos y obligaciones establecidos en los pactos internacionales de derechos humanos (art. 1.1 Convención Internacional sobre todas las formas de Discriminación Racial) pues la no aplicación de esta norma no implicaría el respeto a su cultura sino, por el contrario, la desvalorización discriminatoria de la misma al constituir un modo de impedimento al acceso a condiciones de progreso del grupo al que pertenece, única finalidad que podría justificar el reconocimiento de un “derecho distinto” (art. 1.4 de la Convención citada).

Bajo tales condiciones, el fallo cuestionado no infringe –como lo sostiene la recurrente- el deber del Estado de asegurar el pleno desarrollo de los derechos y libertades fundamentales de un grupo indígena, ni obsta al derecho a que los integrantes de la comunidad asentada junto a la Ruta Provincial 86 (km. 18) tenga su propia vida cultural, sino que tiene como norte la necesidad de considerar el ser humano dentro del medio social en que vive y sus derechos en relación con el medio social en que son ejercidos.

22) Que otro punto en el que radicaría, a juicio de la recurrente, la arbitrariedad del pronunciamiento, se relaciona con la duda que a su entender existiría en cuanto a la madurez requerida en la víctima, que daría aplicación al principio “in dubio pro reo” (fs. 253).

Al respecto, es de señalar que no existe duda alguna, ante la conceptualización de esta última como “niña” y no como “mujer”, “ama de casa”, “esposa”, o cualquiera de los otros términos utilizados por la defensa para referirse a la víctima, invocando para ello la salvedad prevista por el art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño (“Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”). Según la defensa y de acuerdo al “derecho consuetudinario wichí” –cuya existencia, por otra parte, no ha sido acreditada en autos-, Estela Tejerina ya era mujer al momento de iniciarse “el matrimonio con Ruiz” (fs. 171). Cabe destacar que, además de no haberse probado la existencia de otra norma que irrefutablemente disponga que la niña wichí a los 9, 10, 11 o 12 años alcanzó la mayoría de edad, la ley 23849, por la que el Estado Argentino aprobó esta Convención, especifica expresamente en su art. 2º, con relación al art. 1º de la misma, que “la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”, sin salvedad alguna.

Ello así, y disipadas también las dudas acerca de la aplicabilidad o no de la ley penal, o de la posible caracterización de la conducta del imputado como “modo de vida wichí” –también descartada-, corresponde concluir que el otro punto en el que el recurrente apoya sus agravios –la prescindencia de aplicación al sub examine del principio “in dubbio pro reo”- carece absolutamente de asidero y no puede ser aceptada.

23) Que el agravio relativo a la supuesta valoración contradictoria del testimonio de Roque Miranda en fs. 192 y fs. 191 vta. debe ser rechazado, por cuanto en su pronunciamiento el tribunal a quo deja debidamente establecido de qué manera valora los

dichos del Presidente de la Comunidad Lapacho Mocho en confrontación con los hechos acaecidos, encontrando en tal declaración elementos que, en esta etapa, sustentan en grado de probabilidad el procesamiento dictado, sin que ello signifique otorgarle a sus manifestaciones la validez que corresponde a una autoridad en la materia.

Asimismo, de los puntos a los que se hace referencia en el informe presentado por la defensa a fs. 176/179, se puede colegir que la Cámara, al rechazarlo, no ha dejado de considerar ninguna prueba sustancial que pudiera modificar el sentido de la decisión. Ello porque de su contenido no surgen elementos con fuerza de convicción en tal sentido sino que, por el contrario, en el mismo el Lic. J.A. Braunstein reitera conclusiones del Seminario de Antropología Jurídica llevado a cabo en Formosa en 1998, sobre los distintos tipos de uniones en los que se contemplan formas poligámicas, parentales y con menores de edad y expone que el acceso carnal de menores de edad parece encontrar el parámetro entre lo permitido y lo prohibido no ya en la edad de la menor, o en su real consentimiento y comprensión del acto sino en el riesgo de daño físico: “ya dijimos que posiblemente este delito no se conceptúe como un ataque a la libertad sexual sino una variante de agresión física ...- Consecuencia de ello es que se ponderen con exclusividad las consecuencias físicas del acto, con total prescindencia de aspectos tales como sufrimiento, secuelas psicológicas, etc.”- (fs. 389 de esta causa).

Los conceptos transcritos demuestran la correcta apreciación realizada por el tribunal “a quo” al resolver la tensión entre los derechos culturales de Ruiz y los derechos inherentes a la vida y a la integridad personal de Estela Tejerina, o entre la libertad del primero de vivir de acuerdo a sus pautas culturales y las prerrogativas del Estado en virtud

del bloque de constitucionalidad analizado, e incluso a la luz de la falta de libertad y el determinismo social a que este tipo de conductas genera en personas como esta niña.

Ello así, cabe concluir que el recurrente no alcanza a de-mostrar la pretendida arbitrariedad en materia de análisis del material probatorio de la causa, puesto que del mismo emerge la in-viabilidad de considerar al “factor cultural” como eximente de la aplicabilidad a su respecto de las normas contenidas en el Código Penal.

24) Que, finalmente, se atribuye al fallo vulnerar el derecho de defensa del imputado, ya que se sostiene que éste no se encontraba en condiciones de conocer que los hechos cometidos por él se encuentran incriminados por la normativa penal.

La doctrina ha definido a la imputabilidad penal como la capacidad que tienen el actor de un injusto penal para responder a la exigencia de que comprenda la antijuridicidad y de que adecue su conducta a esta comprensión (cfr. Zaffaroni, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo IV, 1982, p. 110).

La impugnante no logra demostrar la arbitrariedad incurrida por el tribunal “a quo” al confirmar el auto de procesamiento dictado por estimar como probable que el imputado estaba en condiciones de comprender que su accionar se encontraba penado por la ley argentina.

Cabe mencionar que del informe ambiental obrante a fs. 221/222 vta. surge que José Fabián Ruiz, cursó hasta tercer grado del nivel primario y desde hacía tres años era beneficiario del Plan Jefes/as de Hogar, lo que evidencia que tuvo contacto con las instituciones del país, sin que se demuestre que no estaba en condiciones de comprender la ilicitud de los hechos cometidos.

Asimismo, de la audiencia celebrada ante el Sr. Procurador de la Provincia de Salta, surge que, como se sostiene en la resolución recurrida, no puede concluirse que Misión Wichí importe un grupo étnico totalmente cerrado que mantenga sus principios culturales en forma totalmente pura, pues allí se pone de manifiesto que se habrían presentado denuncias en la Policía “para que se investigue lo que está sucediendo en la comunidad”, hay contacto con los barrios, cuyas costumbres “desgraciadamente” ellos adoptaron, receptan influencia de la Iglesia Evangélica, quisieran conocer más sobre las leyes porque, frente al problema que se le hace conocer al Cacique, éste escucha a las personas y decide lo que es más conveniente, reúne si es necesario a la comunidad y recién va a la ley, “para que intervenga el juez”, los chicos van a la escuela, etc. (fs. 232/236), de lo que se infiere, “prima facie”, la apertura social que la Cámara consideró para rechazar el agravio referido a la inimputabilidad de Ruiz.

25) Que, en suma, se desprende que la sentencia en análisis establece, en primer lugar, que al caso resulta aplicable el Código Penal y no el “derecho constitucional indígena”, sin perjuicio de la etnia a la que pertenece el imputado (fs. 191). En segundo término se advierte que, no obstante entender que lo inherente a “la forma de vivir de la comunidad wichí, son aspectos ajenos al típico proceso de tipificación de una conducta” (fs. 190 vta.), la Cámara se introduce en el tratamiento de los agravios formulados en relación al “aspecto subjetivo que en su momento tuvo el procesado por el hecho de responder su conducta a las costumbres de su comunidad indígena” y determina que no obran elementos en autos para analizar los supuestos planteados por el recurrente para quitar sustento a la decisión apelada (fs. 190 in fine y 192), por cuanto no se encontraría acreditado indiscutiblemente que el hecho que generara esta causa –conforme la

manifestación espontánea de la madre de la menor acerca de que su concubino habría violado a su hija de nueve años y que ésta tendría un hijo en consecuencia- fuera acorde con la costumbre de la comunidad wichí (fs. 191 vta., in fine). En tales puntos, cuya ponderación concreta realizó el Tribunal en función de las particulares condiciones aducidas por el recurrente, sustentó la fuerza convictiva acerca de todos los componentes del delito por el que el juez de la anterior instancia dictó el auto de procesamiento impugnado.

Tales extremos, como ya se desarrolló en los puntos precedentes, quedan convalidados con el material probatorio de la causa, principalmente la constancia agregada a fs. 10, el informe de fs. 145/148, la pericial de fs. 221/222 (v. pto. 18), y el acta de fs. 232/235, y encuentran sustento en la normativa nacional e internacional que rige el tema (v. pto. 11).

26) Que, en razón de lo precedentemente expuesto y atento que de las constancias de la causa surge que las garantías judiciales que el Pacto de San José de Costa Rica asegura a todas las personas (artículos 8 y 25) han sido respetadas en relación al recurrente, principalmente teniendo en cuenta su calidad de indígena, cabe concluir desestimando el recurso de casación deducido por la defensa de José Fabián Ruiz.

Por lo que resulta de la votación que antecede;

LA CORTE DE JUSTICIA, RESUELVE:

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 250/260 y, en su mérito, declarar la nulidad del auto de procesamiento de fs. 155/161, de la resolución de fs. 189/192 y de todos los actos que de ellos dependen.

II. MANDAR se registre, notifique y, oportunamente, bajen los autos.

(Fdo.: Dres. Guillermo A. Posadas -Presidente-, María Cristina Garrós Martínez, Antonio Omar Silisque y María Rosa Ayala -Jueces de Corte-. Ante mí: Dra. Mónica Vasile de Alonso -Secretaria de Corte de Actuación-).

RUIZ, JOSÉ FABIÁN –RECURSO DE CASACIÓN (Expte. N° CJS 28.526/06)

(Tomo 109: 389/430 – 29/setiembre/2006)

MATERIA: RECURSO DE CASACION. *Auto de procesamiento, deber de motivación de la sentencia, valoración de aspectos atinentes a la pertenencia del imputado a un pueblo originario.*

CUESTION RESUELTA: I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 250/260 y, en su mérito, DECLARAR la nulidad del auto de procesamiento de fs. 155/161, de la resolución de fs. 189/192 y de todos los actos que de ellos dependen.

DOCTRINA: La cuestión referida al respeto de la identidad cultural y étnica de las personas involucradas en el presente proceso no puede ser postergada en cuanto a su consideración y prueba para la etapa plenaria del proceso.

El auto de procesamiento es una resolución que no permite al juez omitir el exhaustivo análisis de todos los elementos legalmente incorporados a la causa al momento de su dictado y que se encuentren dotados de relevancia en orden al objeto del proceso penal.

Al dictarse el procesamiento sin valorar un informe pericial antropológico vinculado con la pertenencia del imputado a un pueblo originario, se incurre en un defecto de motivación que afecta la validez del pronunciamiento.

La nulidad debe declararse si del informe ignorado se relaciona con de un conjunto de manifestaciones de referentes de la comunidad indígena a que pertenece el imputado, en los que se aprecia como denominador común, una cierta actitud de perplejidad por la consideración penal de la conducta que determina el procesamiento.

El deber de motivación de las resoluciones judiciales exige que el juez efectúe una evaluación completa de la multiplicidad de datos existentes en la causa acerca de una

presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino, pudiendo suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan en la culpabilidad del imputado.

El procesamiento debe basarse en la existencia de elementos de convicción suficientes acerca de todos y cada uno de los componentes del delito, y no sólo de los que hacen a su tipicidad.

Los arts. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aún provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta. *(Del voto de los Dres. Silisque, Ayala, Posadas)*

No se concreta el vicio referido por la defensa en cuanto a la falta de instancia privada requerida en el art. 72 del Código Penal si en un acta incorporada a la causa consta que la madre de la menor víctima formuló denuncia en contra de imputado, por haber violado a su hija, a lo que no obsta la ulterior rectificación en sede alegando presiones de parte de terceros.

Carece de fundamento el agravio relativo a la falta de autenticidad de la denuncia si quien la efectuó, ha reconocido su contenido material.

Aun cuando el Fiscal interviniente no deje constancia de haberle informado a la denunciante que el acta labrada podía ser leída y firmada por una persona de su confianza, tal circunstancia no la invalida ya que del contenido de ella surge que concurrió acompañada por la directora de la escuela de su hija, lo que le garantizó a la compareciente que lo consignado por escrito era lo que ella había expresado en forma verbal.

La promoción de la acción es válida, aun cuando no medie la instancia de las personas indicadas en la ley si concurren las circunstancias descriptas en el último apartado del art. 72 del C.P. referido al supuesto en que existieren intereses gravemente contrapuestos entre el menor y sus padres, tutores o guardador, habilitante de la actuación de oficio en función de la conveniencia para el interés superior de aquél.

Surgiendo de las actuaciones y del contenido del escrito de promoción de acción penal la presencia de intereses contrapuestos entre la madre y la hija, como también la necesidad de protección del interés superior de esta última, se cumplen en autos los requisitos del art. 72 del C.P., para proceder aún sin que medie la instancia de parte de las personas mencionadas en la ley.

La necesidad de que la interpretación de las normas constitucionales se realice de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente y la inexistencia de derechos constitucionales absolutos impide que prospere un agravio contra la aplicación de la ley penal nacional basado en el ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición de indígena y de su identidad cultural, que no se compadece con otros derechos individuales cuya esencialidad surge de la interpretación integral de las normas que componen el complejo constitucional aplicable al caso.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, establece en su art. 8 que resulta ineludible confrontar los usos y costumbres de esos pueblos con los bloques de legalidad y constitucionalidad, porque el derecho a conservarlos se condiciona a que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Las decisiones judiciales deben resultar adecuadas a los compromisos asumidos por la República Argentina en la materia específica, pero evitando la intolerancia o la defensa de costumbres que implican la restricción y menoscabo de los derechos fundamentales de la persona humana pues ello, además de resultar atentatorio contra el sustrato filosófico-axiológico del bloque de constitucionalidad, se encuentra expresamente vedado por el mismo (cf. art. 30 Declaración Univ. Derechos del Hombre, 29 Pacto SJCR, art. 5.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 8 Convenio 169 OIT).

La vigencia de la “costumbre comunitaria” invocada por el recurrente no implica un obstáculo a la aplicación del Código Penal Argentino, si dicha costumbre no sólo resulta contradictoria con nuestro sistema jurídico nacional, sino con el plexo de derechos humanos internacionalmente reconocidos.

El acceso carnal a menores, de modo reiterado hasta alcanzar su embarazo, bajo la modalidad de supuestos consentimiento en virtud de relaciones matrimoniales aceptadas en ciertas comunidades indígenas, resulta objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano (arts. 5 y 11 Pacto SJCR, 12 Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que no deben dejar de aplicarse por la circunstancia de que ambos -víctima y procesado- pertenecen a la etnia wichí, ya que el complejo garantístico de los derechos humanos debe ser aplicado por los Estados Nacional y Provinciales de modo igualitario a todos sus habitantes (arts. 24 Pacto SJCR, 26 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, 5 Conv. S/Discriminación, y 16 de la C.N. y C.P.).

La atención debida a la diversidad cultural constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional, sin embargo, la invocación de las manifestaciones culturales no

puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Si bien es importante la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, debe rechazarse con firmeza las distorsiones del llamado “Relativismo Cultural.

Tratándose de un delito sexual cometido en perjuicio de una “niña” debe entenderse que los derechos éticos protegidos por la integralidad de los tratados de derechos humanos son universales por su estructura lógico-material, a pesar de que la Filosofía y, consiguientemente, la Ética como disciplina racional filosófica, tuvieron origen y desarrollo. La decisión cuestionada, al entender que las pautas culturales que atentan contra tales derechos son condenables, e impedir que el Estado –so pretexto de respetar la identidad cultural indígena- se abstenga de aplicar las normas jurídicas nacionales que condenan conductas que constituyen una práctica degradante y perjudicial físicamente implica el respeto por las “personas humanas” que integran el grupo “niñas indígenas” y por ende encuadra en el bloque de constitucionalidad.

Las normas éticas son las “comunes a todos los pueblos”; las morales son las “particulares de cada pueblo”. A veces ambas coexisten pacíficamente e incluso coinciden, pero en otras ocasiones entran en conflicto. Pero los derechos humanos universales amparan, justamente, a los seres humanos frente a la vulnerabilidad y precariedad de su condición.

Lejos de configurar una discriminación en contra de un individuo perteneciente a un grupo indígena determinado, el procesamiento dictado en su contra importa el reconocimiento de la igualdad de condiciones para ser receptores y deudores de los derechos y obligaciones establecidos en los pactos internacionales de derechos humanos (art. 1.1 Convención Internacional sobre todas las formas de Discriminación Racial) pues la

no aplicación de esta norma no implicaría el respeto a su cultura sino, por el contrario, la desvalorización discriminatoria de la misma al constituir un modo de impedimento al acceso a condiciones de progreso del grupo al que pertenece, única finalidad que podría justificar el reconocimiento de un “derecho distinto” (art. 1.4 de la Convención citada).

No resulta procedente la alegación de inimputabilidad si el acusado integra una comunidad que tiene una fluida comunicación con la cultura que la circunda y, además, el imputado durante parte de su vida se ha integrado al sistema educativo de esa cultura. (*Del voto de la Dra. Garros Martínez*)

TRIBUNAL: Dres. Silisque, Ayala, Garros Martínez, Posadas

DOCTRINA: Dr. López Viñals

Poder Judicial Formosa - Departamento de Informática Jurisprudencial

Fallo Nro.: -2993- Fecha: 28 de Abril de 2008

Tribunal: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

Carátula: "SOSA, ARIEL GABRIEL S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"

En la ciudad de Formosa, Capital de la Provincia del mismo nombre a los 28 días del mes de abril del año dos mil ocho, se reúne en la Sala de Audiencias "Dr. Juan José Paso", el Excmo. Superior Tribunal de Justicia, bajo la Presidencia por subrogación del Señor Ministro, Dr. Ariel Gustavo Coll y con la asistencia del Señor Ministro, Dr. Carlos Gerardo González, y los Señores Ministros Subrogantes, Dres. Telma C. Bantancur, José Luis Pignocchi y Lucrecia Marta Canavesio de Villalba; constituidos en TRIBUNAL DE CASACION, para pronunciar SENTENCIA en el Expte. N° 10 F° 08 Año 2007, registro de la Secretaría de Recursos, caratulado: "SOSA, ARIEL GABRIEL S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL", venidos para resolver el RECURSO DE CASACION, interpuesto a fs. 194/198 por la Señora Defensora Oficial de Cámara N° 1, contra la SENTENCIA N° 6598/05 obrante a fs. 188/192 vta. dictada por la Excma. Cámara Primera en lo Criminal, que condenó a Ariel Gabriel Sosa a la pena de siete años de prisión, e Inhabilitación Absoluta por igual tiempo, demás accesorias legales y costas, como autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal a una menor de siete años (arts. 12, 19, 119 primer y tercer párrafos y 29 inc. 3° del Código Penal). EL ORDEN DE VOTACION de conformidad a lo dispuesto en el artículo 25° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y sus modificatorias y artículo 126° del Reglamento Interno de la Administración de Justicia, es el siguiente: 1er Término: Dr. Carlos Gerardo González, 2do Término: Dr. Ariel Gustavo Coll; 3er Término: Dra. Telma C. Bantancur; 4to Término: Dr. José Luis Pignocchi y 5to Término: Dra. Lucrecia Marta Canavesio de

Villalba; y, CONSIDERANDO: El Señor Ministro, Dr. Carlos Gerardo González, dijo: I.- Que habiéndose realizado la audiencia de debate prevista por el art. 433 del C.P.P., vengo a emitir mi voto respecto del recurso de casación planteado por la Defensa Oficial contra la Sentencia N° 6598/05 dictada en autos por la Excma. Cámara Primera en lo Criminal, en virtud de la cual se condenó a Ariel Gabriel Sosa a la pena de 7 años de prisión e inhabilitación absoluta por igual tiempo, por haber sido hallado autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (arts. 12, 19, 119 primer y tercer párrafo y 29 inc. 3° del Código Penal). II.- Que la defensa planteó como motivos de agravio que el Tribunal de Sentencia incurrió en errónea aplicación de la normativa procesal al no anular todo lo actuado cuando hubo una deficiente promoción de la acción penal, expresamente reconocida en el fallo recurrido, para lo cual argumentó que la denuncia no fue hecha a instancias del padre de la menor, quien así lo reconoció durante el debate, sino que fue materializada por Méndez, faltando por lo tanto el requisito de libertad y espontaneidad de la denuncia, circunstancia que vició la investigación, y concretamente el secuestro de los objetos en los que los sentenciantes motivaron la condena. Siguió diciendo que Ramón Donato Lezcano, quien ofició de testigo en el secuestro del pantalón y ropa interior a que hace referencia el Acta de fs. 9 y vta., durante el debate declaró que no presencié el secuestro sino que la prevención lo convocó y le mostró que tenían en su poder esa ropa, con lo cual para la validez del acto falta el requisito de dos testigos hábiles exigido por el Ley Procesal, por lo que el acto de secuestro debería ser declarado nulo. Se agravio asimismo por cuanto dicha ropa, aún cuando no fue remitida al juzgado de instrucción, ni mucho menos llegó a debate para que pudiera ser controlada por la partes, los magistrados le dieron calidad de indicio otorgándole validez como avistamiento testimonial, pero sin embargo las manchas en cuestión nunca fueron sometidas a examen

químico para determinar si realmente se trataba de sangre las manchas mencionadas. Cuestionó la validez de la Historia Clínica como prueba de cargo, respecto de la cual alegó que es un instrumento extra procesal carente de eficacia probatoria, que fue realizada por profesionales que no fueron los designados para realizar la pericia, y fue producida sin que se satisfaga la garantía de intervención. A lo que agregó que no obra en autos un examen pericial concreto al no haberse llevado a cabo el examen ordenado por el Juez de Instrucción, a pesar de haber sido designado el perito para tal cometido, con lo cual se violó el derecho de defensa del imputado. Sostuvo que de todos modos tampoco surge de la Historia Clínica ni de ningún dictamen médico que las lesiones sufridas por la menor hayan sido provocadas por un elemento peniforme, admitiendo el informe asentado en la misma una doble valoración, y que las falencias descriptas impiden alcanzar el grado de convicción necesario para establecer con certeza la forma en que sucedieron los hechos, correspondiendo decretar la absolución de Sosa por insuficiencia probatoria. Se agravó también por cuanto el Tribunal de mérito se apartó del dictamen emitido a fs. 100 y vta. por el Sicólogo Raúl Gómez y lo condenó, cuando correspondía su absolución por aplicación de la previsión contenida en el artículo 34 inc. 1° del Código Penal debido al estado de ebriedad que presentaba el mismo al momento del hecho, siendo a su juicio subjetiva la apreciación de los testigos que declararon que el imputado se hacía el dormido. Puso de resalto que nadie vio entrar o salir al imputado de la vivienda donde se produjo el hecho, y que en la audiencia de debate la testigo Elvira Acosta reconoció que no percibió las características físicas de la persona que se alejaba del lugar del hecho, identificando a Sosa por la vestimenta y porque no pertenecía a la comunidad local. Alegó que la remera que se le atribuyó a Sosa como la que llevaba puesta la noche del hecho fue entregada por Méndez, y no secuestrada del poder del imputado; que en el proceso no se contó con la

versión directa de la menor, sino solamente del padre de la misma; y que si bien la testigo Torres negó haber mantenido relaciones sexuales con Sosa éste fue detenido en el domicilio de la misma, donde había dormido esa noche. Finalmente agregó que la declaración de Torres estuvo condicionada por el dato brindada por la misma en la audiencia en torno a que tenía una relación de concubinato con otra persona, como asimismo por las circunstancias de que Sosa pertenecía a otra etnia, que las relaciones paralelas no son bien vistas por la comunidad aborigen a la que pertenecía Torres y que los miembros de la etnia de la misma estaban presentes en la audiencia e hicieron algunas manifestaciones en su dialecto, lo que llevó a la testigo a incurrir en mendacidad. Para concluir solicitó se case la sentencia y se disponga la absolución de su defendido por haber obrado en estado de inimputabilidad, o bien se anule la misma por violación de las normas procesales, ineficacia del plexo probatorio e ilogicidad en su valoración, y por aplicación del principio “in dubio pro reo” se decrete igualmente la absolución de su defendido, aplicándose los precedentes Montes y Rauber. III.- A su turno el Señor Procurador General Subrogante solicitó el rechazo del recurso interpuesto. A tal fin sostuvo con respecto al planteo de nulidad de la denuncia y consecuentemente de todas las actuaciones, que la falta de espontaneidad de la misma no fue traída como agravio, por lo que no corresponde el tratamiento de la misma, y que, por otra parte, si bien es cierto que la denuncia presenta una diferencia horaria en tanto el padre de la menor aparece como presente en el Hospital en el momento en que fue efectuada, tal diferencia horaria no puede ser motivo de nulidad. Alegó asimismo que de todos modos la intención de denunciar por parte de Galván quedó clara en el debate donde reiteró lo que declaró durante la instrucción, gozando de discernimiento y libertad para ello, demostrando su voluntad de que se lleve adelante la persecución penal, de modo que la denuncia fue ratificada antes de que se plantee su nulidad, lo que convalida todo lo actuado,

sin perjuicio de que se encuentra en juego el exclusivo interés de la menor, no advirtiéndose motivo para que se declare la pretendida nulidad cuando se llevó adelante todo un proceso. En lo que respecta a la Historia Clínica sostuvo que la misma es un instrumento público y por lo tanto hace plena fe; que de la misma surge claramente que las lesiones sufridas por la menor fueron a consecuencia de un abuso sexual y que si bien una parte de la doctrina considera a la Historia Clínica un acto extraprocesal, esa doctrina está discutida. En cuanto al secuestro de la ropa, reconoció que Lezcano dijo que se le exhibió la ropa secuestrada y que no presenció el secuestro en sí, argumentando no obstante el representante del Ministerio Público Fiscal que en todo caso ello no invalida la prueba ya que el otro testigo sí presencio el secuestro, lo que obliga a valorar la prueba y no a nulificarla, para lo cual debe partirse de la premisa de que los testigos estuvieron presentes durante la diligencia de secuestro, solo que uno de ellos vio menos. Dijo que si bien la ropa secuestrada con las manchas de sangre que presentaba no llegó a juicio, el fallo es bien claro en cuanto deja a salvo que valora los dichos de los testigos al respecto. Por otra parte, manifestó que resulta importante como prueba de cargo los restos de sangre que presentaba Sosa en la zona de los genitales, lo que fue detectado por el médico que revisó al imputado, y que si bien la misma no fue sometida a examen, quien sostuvo que se trataba de restos de sangre era un técnico en la materia. Argumentó por otra parte, que Elvira Acosta vio salir corriendo del domicilio de la víctima al imputado, y a partir de ahí el padre de la menor, Galván, lo sigue y le da alcance; que del domicilio donde durmió esa noche el imputado se secuestró la remera azul, reconocida por los testigos como la que llevaba puesta al retirarse del lugar del hecho; que la circunstancia de que sea una de una etnia diferente no puede desvirtuar el cúmulo de pruebas existentes; y que la testigo Agustina Torres negó haber dormido con el imputado esa noche, de todo lo cual se deriva que la autoría está perfectamente determinada.

Finalmente, en lo atinente a la inimputabilidad invocada por la Defensa, dijo que el Tribunal descartó el informe del Sicólogo Raúl Gómez, atendiendo a la conducta asumida por el imputado en forma inmediata posterior al hecho, y para que se configure la inimputabilidad alegada la ebriedad debe ser total. Sin embargo Sosa corrió del lugar del hecho, conversó con Méndez vocalizando perfectamente, y terminó yendo al domicilio de Torres donde durmió. Ello sin perjuicio de que el Sicólogo no dijo que el imputado obró sin discernimiento. Por lo tanto, sostuvo, el argumento en cuestión también debe ser rechazado.

IV.- En último lugar fue escuchada en la audiencia de informe la Asesora de Menores e Incapaces de Cámara, Dra. María Fátima Pando, quien se adhirió a lo manifestado por el Procurador General Subrogante. V.- Que entrando al análisis de recurso casatorio interpuesto cabe señalar en primer lugar la validez y eficacia de la denuncia, así como la voluntad de que se persiga penalmente el hecho investigado, lo que ha quedado suficientemente acreditada con la suscripción de la denuncia por parte del progenitor de la menor a fs. 1/2 y su posterior ratificación en sede de juicio, manifestación de voluntad del padre de la víctima que no se advierte que adolezca de vicios que la invaliden como acto válido, por lo que el planteo de nulidad formulado por la Defensa al respecto debe ser rechazado. Sin perjuicio de que como bien lo indicó el Señor Procurador General, la supuesta falta de espontaneidad no fue motivo de agravio en el recurso interpuesto, pretendiéndose tardíamente incorporarlo durante la audiencia de informe, cuando la misma no está prevista como medio de ampliación de los motivos de agravio sino simplemente de exposición de los fundamentos de los agravios ya planteados oportunamente al momento de interponer el escrito recursivo. Ello así al punto tal que, obsérvese, la ley adjetiva expresamente en su artículo 431 establece la pena de inadmisibilidad cuando el recurrente, durante el término de oficina, desarrolle o amplíe por escrito los fundamentos de los

motivos propuestos como agravios y no acompañe copia del escrito para su entrega inmediata a la contraparte. Ahora bien entrando al fondo del asunto, se advierte, en función de las constancias de la causa, que no hay duda alguna respecto de que el contexto de circunstancias descritas por el Tribunal de Juicio en el fallo impugnado arrojan sobre el imputado un manto de sospecha, que ha justificado suficientemente su sometimiento a proceso. Sin embargo, a poco que se analicen los agravios vertidos por la Defensa, se advierte que le asiste razón al quejarse de que no solo no se acreditó que las supuestas manchas de sangre que habían en la ropa secuestrada pertenezcan a la víctima, como asimismo que tales manchas sean de sangre, y que los rastros de sangre que fueron detectados en la zona genital por el médico que revisó al imputado siquiera sean compatibles con el grupo sanguíneo de la víctima. Efectivamente, la extremada desidia mostrada por los órganos encargados de la investigación del hecho durante la instrucción, tanto en la recolección como en la conservación de pruebas en las presentes actuaciones, revelan una indiferencia de tal magnitud que no puede dejar de ser vista como una discriminación respecto de quienes forman parte de los pueblos originarios, y un verdadero menoscabo a la identidad aborígen. Parece aquí haberse olvidado que la garantía del debido proceso, en nuestro sistema constitucional, ampara a todos los individuos por igual. Garantía que debe ser entendida en una acepción amplia, como comprensiva de la carga del Estado de asegurar el cumplimiento del mandato implícito de coleccionar, y en la forma expresamente prescripta por la ley, todas las pruebas posibles tendientes a echar luz sobre el hecho investigado, a fin de aventar incluso la posibilidad de que justamente alguna de aquellas termine demostrando la inocencia del inculgado. Así, el accionar despreocupado de la Prevención y del propio Juez que intervino en la Instrucción, al soslayar la importancia de recuperar la ropa secuestrada –pantalón y ropa interior- y realizar el análisis

químico para establecer que las manchas que presentaba eran de sangre y en su caso la concordancia con la del grupo sanguíneo de la menor; la inexplicable conducta del médico Arturo Cozzoli Montiél, quien al proceder a revisar al imputado, no obstante manifestar que observó la presencia de restos de sangre en sus genitales (fs. 8), simple, lisa y llanamente incurrió en una franca negligencia, compatible más con una actitud de repulsa propia de quienes sienten rechazo al contacto con los aborígenes, pues aun cuando sabía que su cometido era detectar los rastros de un posible abuso sexual con acceso carnal, omitió tomar muestras de la sangre que había detectado en la zona genital de Sosa a fin de que sea sometida a las pericias pertinentes, y por último el merecedor reparo de la conducta del Juez de Instrucción al clausurar el sumario y elevar la causa a juicio sin requerir los informes periciales que debían haber sido cumplidos sobre la ropa secuestrada, la cual según consta en la causa fue remitida a la División Criminalística de la Policía de la Provincia. En ese orden de ideas no puede soslayarse además que el avistamiento que hizo la testigo Elvira Acosta, al no haber observado de manera directa la comisión del hecho por parte del imputado, no es más que un indicio, en cuanto manifestó haber visto al mismo salir de la casa de la víctima inmediatamente de sucedido el abuso sexual, indicio que, aun cuando fue un hecho reconocido por el progenitor de la víctima la circunstancia de que había otras personas durmiendo en la casa, se convirtió en un elemento de investigación sumamente relevante, pero que, sin lugar a dudas, debió ser correlacionado con las pruebas materiales que fueron colectadas e inexplicablemente no sometidas a pericia y además desechadas de hecho al no ser remitidas al Juzgado de Instrucción para su elevación a juicio. Como si ello fuera poco, la remera color azul secuestrada, cuya propiedad le fue atribuida al imputado, fue entregada por Hilario Méndez a la prevención en la sede de la Comisaría (fs. 20 y vta.), quien declaró que dicha prenda la dejó el imputado en la casa de

Verónica Gómez, y sin embargo pese a no ser el domicilio de Méndez, no surge de las constancias de la causa de que manera consiguió hacerse de la remera en cuestión, lo que debió ser verificado en la instancia investigativa, máxime cuando tal circunstancia puso en juego la legalidad de obtención de dicha prueba, agravado por la circunstancia de que quien la proveyó había tenido, momentos antes del hecho que dio origen a las presentes actuaciones, una reyerta con golpes de puño con el imputado, según declaró a fs. 18 y vta. Aún más, y más grave, la remera no fue encontrada abandonada en un sitio público, sino en un domicilio particular ajeno al de quien la entregó, lo que en rigor se traduce de hecho en un secuestro llevado a cabo por Hilario Méndez, cuando en realidad debió anotar a la Prevención acerca de la presencia de la prenda en el domicilio de Verónica Gómez a fin de que la autoridad competente disponga su secuestro, en la forma y con los resguardos prescriptos por la ley, lo que incluía la presencia de testigos. Al respecto, cabe recordar que las personas particulares no están autorizadas a realizar secuestros de objetos que habrán de servir como prueba de cargo, cuyo es el caso de autos, de manera tal que resulta inútil pretender dar visos de legalidad a la entrega de la remera realizada por Méndez, y por ende atribuirle valor como pieza procesal a dicho acto. Asimismo, es cierto que Agustina Torres declaró que en la noche en que ocurrió el abuso sexual investigado en autos no tuvo relaciones sexuales con el imputado, contrariamente a lo que éste había manifestado, pero ello si bien no le ha servido al mismo como prueba de descargo, tampoco configura una prueba de cargo de que fue quien cometió el abuso sexual endilgado. En tal sentido, cabe recordar que el Estado no puede valerse de prueba negativa para condenar, sino que necesita para ello prueba demostrativa de la autoría del hecho, y menos aún puede intentar sustituir con indicios ineficaces como prueba de cargo, la prueba que por negligencia de quienes tenían a su cargo la investigación no fue colectada o fue perdida. Siendo así, si la

remera azul secuestrada no puede ser empleada válidamente como prueba de cargo según se vio más arriba; si la testigo Elvira Acosta no reconoció fisonómicamente al imputado sino solamente por la remera mencionada; si no se probó siquiera que las manchas que presentaban el pantalón y la ropa interior secuestrada eran de sangre; y si no se acreditó que los restos de sangre presente en los genitales de Sosa eran compatible aunque más no sea con el grupo sanguíneo de la menor sexualmente ultrajada; necesariamente debe concluirse que los únicos indicios seriamente invocables y en la medida en que pueden serlo, que surgen de la investigación del hecho y encuentra sustento su colección en el respeto a la garantía del debido proceso, resultan insuficientes para tener por acreditada la autoría y responsabilidad penal del imputado Ariel Gabriel Sosa en el hecho que motivo la promoción del presente proceso. En consecuencia, voto por casar la sentencia anulándose la misma en función de la previsión contemplada en el artículo 422 inc. 2º del C.P.P. y decretar directamente la absolución del imputado Ariel Gabriel Sosa por insuficiencia probatoria, en tanto se advierte que no existen en autos otros elementos de cargo no valorados por el Tribunal de Juicio, a partir de las cuales podría arribarse a una sentencia condenatoria. El Señor Ministro, Dr. Ariel Gustavo Coll, dijo: Que debiendo emitir mi voto en orden al recurso de casación planteado por la Defensa, contra la sentencia condenatoria dictada a fs. 188/192, me remito, en cuanto al relato de los pormenores de la casación en trámite a la completa exposición del Sr. Ministro González, quien ha sintetizado correctamente las posiciones de las partes. Coincido también con el colega en la validez y eficacia de la denuncia, en tanto manifiesta ha sido la voluntad del progenitor de instar la acción penal correspondiente, ante el delito del cual fuera víctima su hija menor, compartiendo íntegramente en éste punto, los argumentos del preopinante. Que sin embargo debo disentir con la conclusión que expresa en torno a la existencia del hecho y

autoría del acusado, en tanto considero que la sentencia recurrida realiza una correcta y motivada valoración de los elementos de prueba colectados en autos, sin que la Defensa haya conseguido demostrar la ilogicidad que alega con sustento en el art. 371 inciso 3° del Código Procesal Penal. Que la agresión sexual a la menor, que contaba con 7 años de edad al momento del hecho (cf. documental de fs. 03), se encuentra ampliamente acreditada con el examen médico de fs. 7/8, que no fuera controvertido por la Defensa, a más de la Historia Clínica agregada en la instrucción (fs. 63/97) que resulta prueba instrumental tampoco objetada por la Defensa en la etapa oportuna (art. 343 del C.P.P., conforme acta de Debate de fs. 174). Ahora bien la autoría del acusado está acreditada a mi entender, por las testimoniales de Elvira Acosta e Hilario Méndez, éste último porque vio al acusado, lo reconoció porque había estado participando en una celebración religiosa – circunstancia que el imputado admite – y la primera porque lo reconoce a través de la vestimenta. Resulta cierto que un particular no puede proceder al secuestro de prendas de vestir, pero ocurre que en el caso que nos ocupa, la remera en cuestión no fue hallada en una vivienda en particular, sino en inmediaciones a la misma, como que el lugar donde fue aprehendido el acusado estaba en las cercanías de la casa de Verónica Gómez (cf. testimonio del Policía Jacinto Recalde), que la remera, sobre cuyas características coinciden tanto Elvira Acosta, como Hilario Méndez y el último de los citados, fue encontrada en ese lugar por Méndez quien la entregó a la policía, organismo que en función instructora obró de acuerdo a las atribuciones que le confiere el art. 168 del Código Procesal Penal. Pero aun cuando el procedimiento tendiente al secuestro final de la prenda, no se hubiere realizado de acuerdo al procedimiento que indica el colega, existe un dato de la realidad que resulta irrefutable y que pone en crisis uno de los argumentos de la Defensa. En efecto, la recurrente sostuvo en la audiencia de informes ante éste Tribunal que “nunca hubo remisión de las prendas

secuestradas ni a la instrucción ni al debate”, sin embargo no sólo que la remera azul con vivos blancos fue efectivamente remitida al Juez de Instrucción (fs. 25) y recibidas en el Juzgado (fs. 26), sino que al momento de prestar el acusado declaración indagatoria ante el Juez de Instrucción (fs.35/36), expresamente reconoció que la remera azul secuestrada en autos era de su propiedad y era además la que vestía la noche en que ocurriera el hecho. Esta declaración fue incorporada al Debate, y aceptada por el imputado, en tanto se abstuvo de prestar nueva declaración (ver fs. 184vta.) y la remera es aquella a la que hace alusión sin dudar la testigo Acosta y entregada a la policía por Méndez. Siendo así, los elementos de prueba apuntados, lejos de arrojar conclusiones equívocas como pretende la recurrente, conducen a una absoluta certeza, sobre la presencia del acusado en el lugar, la salida apresurada de la vivienda donde estaba la menor abusada sexualmente, en forma inmediata al descubrimiento del hecho por los padres de la víctima y los pormenores ocurridos hasta lograr su aprehensión. Si a ello se suma que la versión dada por el acusado, respecto a haber estado en otro lugar y con otra persona a la misma hora de ocurrido el hecho, fue rotundamente desmentida por la testigo Agustina Torres en el Debate, permiten concluir en la corrección lógica del argumento expuesto para sentenciar. No se me escapa que faltaron pruebas técnicas sobre las manchas de sangre, tanto las hallada en el cuerpo del acusado, en sus prendas de vestir, como las detectadas en la cama donde la menor fue abusada, pero no puedo dejar de advertir que el mismo Tribunal de Juicio tomó debida nota de la cuestión, al punto que las considera como un tenue elemento de persuasión, valorándolas sólo indiciariamente, en cuanto revelación de pruebas testimoniales que refieren a las manchas de sangre, pero no a éstas en sí mismas como prueba autónoma.. (cf. fs. 190 segundo párrafo). En el caso considero que ha existido una correcta valoración de los distintos elementos de prueba que menciona la sentencia, siguiendo la regla de la valoración

conjunta y no aislada de las distintas pruebas, de manera que todas conducen inequívocamente a considerar al acusado como el autor del hecho investigado. Que en punto a la pretensión subsidiaria de la Defensa, para que se considere que su defendido desplegó su conducta en estado de completa ebriedad y por ende alcanzado por el art. 34 inciso 1° del Código Penal, no puede dejar de señalarse que la naturaleza del hecho consumado, la posterior huida cuando estaba a punto de ser sorprendido por los padres de la víctima, la corrida del lugar y la búsqueda de un refugio donde dormir, resultan elementos suficientes que permiten descartar que al momento del hecho Sosa se hubiera encontrado en completo estado de ebriedad, al punto que no pudiera comprender la criminalidad del acto que ejecutaba. Por el contrario, la huida del lugar es signo relevante de que tenía la necesaria lucidez como darse cuenta de que estaba ejecutando una conducta prohibida. Voto en consecuencia por el rechazo del recurso de casación planteado y la confirmación en todas sus partes de la sentencia dictada, sin regulación de honorarios por haber actuado la Defensora Oficial. La Señora Ministro Subrogante, Dra. Telma C. Bentancur, dijo: Atento la facultad conferida por el art. 365 del C.P.P. y compartiendo plenamente los argumentos del Señor Ministro, Dr. Ariel Gustavo Coll, adhiero al voto del mismo. El Señor Ministro Subrogante, Dr. José Luis Pignocchi, dijo: De conformidad a lo dispuesto en el art. 365 del C.P.P. me adhiero a las consideraciones y conclusiones arribadas por el Señor Ministro, Dr. Ariel Gustavo Coll. La Señora Ministro Subrogante, Dra. Lucrecia Marta Canavesio de Villalba, dijo: Atento lo establecido en el art. 365 del C.P.P. y compartiendo los fundamentos del Señor Ministro, Dr. Ariel Gustavo Coll, adhiero al voto del mismo. Que con las opiniones concordantes de los Señores Ministros, Dres. Ariel Gustavo Coll, Telma C. Bentancur, José Luis Pignocchi y Lucrecia Marta Canavesio de Villalba, se forma la mayoría que prescribe el artículo 25 de la ley 521 y sus modificatorias

y artículo 126 del Reglamento Interno para la Administración de Justicia, y con el voto en disidencia del Señor Ministro, Dr. Carlos Gerardo González, por lo que el EXCMO. TRIBUNAL DE CASACION RESUELVE: 1°) Rechazar el recurso de casación planteado por la señora Defensora de Cámara N° 1 y confirmar en todas sus partes la sentencia N° 6598/05 dictada por la Excma. Cámara Primera en lo Criminal. 2°) No se regulan honorarios por haber actuado la Defensa Oficial. 3°) Regístrese, notifíquese y oportunamente bajen los autos a origen. DR. CARLOS GERARDO GONZÁLEZ DR. ARIEL GUSTAVO COLL (EN DISIDENCIA) DRA. TELMA C. BENTANCUR DR. JOSE LUIS PIGNOCCHI DRA. LUCRECIA MARTA CANAVESIO DE VILLALBA

Poder Judicial Formosa - Departamento de Informática Jurisprudencial

Fallo Nro.: -3765- Fecha: 17 de Noviembre de 2011

Tribunal: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

Carátula: "ALMIRON, CECILIO S/ABUSO SEXUAL C/ACCESO CARNAL"

VISTOS: Estos autos caratulados: "ALMIRON, CECILIO S/ABUSO SEXUAL C/ACCESO CARNAL", Expte. N° 86 – F° 78 – Año 2.011 del registro de la Secretaría de Recursos del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, venidos al Acuerdo para resolver conforme lo dispuesto por Presidencia, y; CONSIDERANDO: El Señor Ministro, Dr. Héctor Tievas, dijo: I. Que se encuentran estos autos a consideración de este Alto Cuerpo con el objeto de analizar la admisibilidad formal del Recurso de Casación planteado por la Señora Asesora de Menores e Incapaces de Cámara, Dra. María Fátima Pando, a fs. 67/70 vta. Que el remedio procesal se pretende sustentar en el artículo 422 del Código Procesal Penal contra el Fallo N° 6.944-Tomo 2.011 perteneciente a la Excma. Cámara Segunda en lo Criminal que decide el rechazo del Recurso de Apelación incoado conjuntamente por el Señor Fiscal de Instrucción y Correccional y la Señora Asesora de Menores de Primera Instancia –ambos de la Tercera Circunscripción Judicial- y en consecuencia confirmar la decisión de archivo tomada por el Señor Juez de Instrucción y Correccional de Las Lomitas mediante Resolución de Archivo N° 01/11. II. Que en su recurso la señora Asesora de Menores de Cámara fundamenta porque debe entenderse a la resolución impugnada en casación por ocasionar un gravamen de imposible reparación ulterior por existir –en sus palabras- un apartamiento al principio de debido proceso, prefiriendo valores procesales antes que el interés superior del niño de raigambre constitucional; tornándola en consecuencia a una resolución equiparable a definitiva. Se entiende ampliamente

legitimada para la interposición del recurso citando principios incorporados a la Constitución Nacional y jurisprudencia nacional y local. III. Que la Excma. Cámara Segunda en lo Criminal ha concedido formalmente el recurso mediante Fallo N° 7.002-Tomo 2.011 agregado a fs. 73/73 vta. habiendo sido oportunamente sostenido (fs. 76). IV. Que es atribución de este Alto Cuerpo realizar un examen de admisión del recurso oportunamente planteado en función del cumplimiento o no de las cargas procesales pertinentes (artículos 430 y 410 del Código Procesal Penal). Que en ese cometido se advierte que más allá de las palabras y argumentos utilizados por la parte recurrente la misma no se encuentra legitimada para intervenir en los presentes obrados. Que siguiendo los argumentos dados en el mismo fallo citado en el recurso "...La inactividad recursiva del Señor Procurador General titular de la acción, no legitima procesalmente a la señora Asesora de Menores de Cámara N° 2 para la presentación del presente recurso, dado que la menor víctima no se encuentra en estado de abandono y la representación de la funcionaria es promiscua sólo cuando está dada conjuntamente con los padres de la menor, razón por la cual, el presente impulso excede sus facultades" (Conf. voto del Dr. Tievas en el STJ Formosa Fallo N° 2.727-Tomo 2.007). V. Que cierta es la vigencia de la leyes y principios constitucionales citados por la Señora Asesora de Menores, pero los mismos son de necesaria complementación con las leyes locales y procesales, no se trata de excluirlas sino de adecuarlas en su justo lugar respetando y priorizando los principios de supremacía y jerarquía constitucional. Que analizadas que fueran las presentes actuaciones no se vislumbra un ataque al principio del interés superior del niño, antes bien, es justamente en defensa de éste que se expide el Juez de Primera Instancia y la Señora Juez de Apelaciones, argumentos estos últimos que bien merecen ser leídos nuevamente. VI. Que ciertamente se destaca el encomiable esfuerzo de la Señora Asesora de Menores para lograr modificar la

decisión de archivo. Pero debe destacarse que su principal argumento –que los delitos investigados son acciones públicas que no dependen de instancia alguna- es defenestrada por el propio accionar de los funcionarios de ese ministerio pupilar en la primera instancia. El Código Penal establece las condiciones en las que las acciones previstas en su artículo 72 se tornan oficiosas, pero nada de ello es tomado en cuenta por los representantes actuantes ni por el Fiscal de Instrucción ni por la Asesora de Menores de Primera Instancia. La Asesora de Menores de Cámara busca salvar y modificar en alguna medida el accionar del ministerio público en la baja instancia y ello no puede hacerse cargar al imputado de autos. VII. Que así como el ministerio público no hizo lo que debía hacerse para tornar procedente la investigación de oficio, el padre de la menor, con todo el derecho que le asiste y brinda la normativa procesal y constitucional, elige, prefiere y decide, una vez en poder de la información pertinente, no remover la instancia y tornar al fallo ahora impugnado por casación, como la lógica consecuencia de un fallo de primera instancia que se yergue válido. VIII. Que por las razones expuestas y de conformidad a la atribución conferida por el artículo 410 aplicable por reenvío del 430, ambos del Código Procesal Penal, corresponde declarar mal concedido el Recurso de Casación, mandando devolver los autos al Tribunal de Origen. El Señor Ministro, Dr. Eduardo Manuel Hang, dijo: Sin perjuicio de compartir lo señalado por quienes me preceden voy a ir más allá de la solución del caso por una cuestión de legitimación de la parte. Lo primero que advierto es una construcción del discurso dirigida a crear un caso judicial en materia de delito de calidad sexual. Si se examina la denuncia se advierte que el padre de la menor dijo que estaba en casa del acusado, sin hacer referencia alguna a relación sexual; sin embargo el discurso policial, en el informe dice que la menor le contó al padre que fue llevada por la fuerza y abusada sexualmente. Si bien en función del tipo legal no es necesaria la fuerza física

(víctima de 12 años) nos encontramos ya con una desfiguración del caso. Otra de las cuestiones lamentable es que no se llamó a un perito antropólogo que podría haber echado luz sobre el caso porque al parecer la recurrente no se ha dado cuenta de tal circunstancia invocando convenciones internacionales sobre los derechos del niño y trayendo argumentación, no solo errónea sino peligrosa para el sistema constitucional que felizmente rige en nuestra nación y que es el de la legalidad respetando los derechos del individuo. Me parecen lamentables los argumentos tomados de “Acceso a la Justicia de niños víctimas” de Carlos Rozanski porque colisionan con lo razonable y con lo legal. Lo primero que resulta extraño (se ha de ser piadoso con la adjetivación) es que se diga que cayó (tengo ciertas dudas al respecto) la manera de tratar el problema de niños, niñas y mujeres y que el que no está de acuerdo es porque no quiere ver o tendrá sus intereses o una perversión oculta, lo que es extorsivo y descalificador y de ninguna manera puede servir para elaborar un pensamiento o un argumento jurídico. Ello se complementa, negativamente siempre, con la opinión descalificadora hacia los abogados que invocan el art. 72, como si éste no integrara el plexo normativo del país, determinándose su derogación o quizás inconstitucionalidad en tres renglones, como si los jueces no deben aplicar leyes que dicta el Congreso por mando constitucional. Insisto que la falta de un análisis antropológico cultural ha sido una deficiencia, porque la cuestión no debe encararse desde los condicionamientos de la cultura occidental cristiana, es sabido, quienes han trabajado el campo lo saben que una vez que las niñas tienen la menarca son consideradas como dueñas de su sexualidad (y esto ha sido un inconveniente para la aplicación de la ley ante la violación por fuerza de los blancos), por eso es que el padre de la menor aborígen no estaba realmente preocupado por la relación sexual sino por el alejamiento del hogar. Es notorio entonces que sería un despropósito aplicar reglas a los pueblos originarios en desmedro de su cultura. Por ello, y con las

opiniones concordantes de los Señores Ministros, Dres. Héctor Tievas, Ariel Gustavo Coll y Eduardo Manuel Hang se forma la mayoría que prescribe el art. 25 de la ley 521 y sus modificatorias y artículo 126 del Reglamento Interno para la Administración de Justicia, suscribiendo el presente los Señores Ministros Subrogantes, Dres. Telma C. Bentancur y Vanessa Jenny Andrea Boonman, sin emitir opinión personal, por lo que el EXCMO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA RESUELVE: 1º) Declarar mal concedido el Recurso de Casación presentado a fs. 67/70 vta., mandando volver los autos al Tribunal de Origen. 2º) Regístrese y notifíquese. DR. HECTOR TIEVAS DR. ARIEL GUSTAVO COLL DR. EDUARDO MANUEL HANG DRA. TELMA C. BENTANCUR -por sus fundamentos- DRA. VANESSA JENNY ANDREA BOONMAN

BIBLIOGRAFÍA

1 – Doctrina

- Aboso, G. E. (2017). “*Código Penal de la República Argentina – Comentado, Concordado con jurisprudencia*”. 4° Edición actualizada. Editorial B de F. – Montevideo. Buenos Aires.
- Bacigalupo, E. (1994). “*Lineamientos de la teoría del delito*”. 3° ed. Renovada y ampliada. Hammurabi. Buenos Aires.
- Breglia Arias, O. y Gauna, O. R. (2003). “*Código Penal y leyes complementarias – Comentado, Anotado y Concordado*”. 5° edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires.
- De La Rúa, J. y Tarditti, A. (2015). “*Derecho penal – Parte general*”. Hammurabi. 1° edición. Buenos Aires.
- Demicheli Calcagno, S.; Canet, V.; Virosta, L. (2015). “*Derechos de los pueblos indígenas en la Argentina, una compilación*”; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos. 1° Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Donna, E. A. (2009). “*Derecho Penal – Parte General - Teoría general del delito*”. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires.
- Fontan Balestra, C. (1970). “*Tratado de derecho penal*”. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- Fontan Balestra, C. (1995). “*Derecho Penal, Tratado de Derecho Penal*”. Ed. Abeledo-Perrot, 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina.
- García Vitor, E. (1994). “*Diversidad Cultural y Derecho Penal, Aspectos Criminológicos, Político-Criminales y Dogmáticos*”. Secretaria de Posgrado y

Servicios a Terceros de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales del Litoral, Argentina.

- Günther, H-L. (1995). “*Causas de Justificación y de Atipicidad en el Derecho Penal*”. Ed. Aranzadi.
- Hairabedián, M. (2014). “*Fuero de Lucha Contra el Narcotráfico. Investigación y Represión Provincial de las Drogas*”. Ediciones Alveroni. 2º Edición. Córdoba. Argentina.
- Hernández Sampieri, R.; Fernández-Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2014). “*Metodología de la Investigación*”. Sexta Edición. Ed. McGraw-Hill Education. México. Recuperado de: <upla.edu.pe/portal/wp.../Hernández-R.-2014-Metodologia-de-la-investigacion.pdf.pdf.> Fecha 04/06/2017.
- Jiménez De Asúa, L (1959). “*La Ley y el Delito*”. Buenos Aires, Argentina.
- Lascano, C. J. (H) (2000). “*Lecciones de Derecho Penal Parte General*”. Ed. Advocatus, Córdoba.
- Luzón Peña, D. M. (2012). “*Lecciones de Derecho Penal, Parte General*”. Ed. Tirant, Segunda Edición. Valencia, España.
- Núñez, R. (1999). “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”. 4º edición actualizada. Editorial Marcos Lerner. Córdoba.
- Roxin, C. (1997). “*Derecho Penal, Parte General*”. Fundamentos La estructura de la Teoría Del Delito. Editorial Civitas, Madrid, España.
- Soler, S. (1970). “*Derecho penal argentino*”. TEA. Buenos Aires.
- Torres Fernández, M. E. (2013). “*Identidad, Creencias y Orden Penal: La Eximente Cultural*”. AFDUAM 17.

- Zaffaroni, E. R. (1981). *“Tratado de Derecho Penal - Parte General”*. Ediar. Buenos Aires.
- Zaffaroni, E. R. (1983). *“Tratado de Derecho Penal - Parte General”*, Ed. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Argentina.
- Zaffaroni, R. E., Alagia, A., Slokar, A. (2006). *“Manual de Derecho Penal. Parte General”*, 5ta Edición, Ed. Ediar. Buenos Aires, Argentina.

2 – Legislación

- Anteproyecto de Código Penal de la Nación. 1ra. Edición. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, C.A.B.A. Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Zaffaroni, E. R. (Presidente); Arslanián, L. C.; Barbagelata, M. E.; Gil Lavedra, R.; Pinedo, F. (Miembros); Álvarez, J. (Secretario); Carlés, R. M. (Coordinador). (Marzo 2014).
- Código de Procedimiento Penal y Correccional de la Provincia de Neuquén. Recuperado de: www.adepra.org.ar/wp-content/uploads/2016/11/Neuquen-CPP.pdf. Fecha: 12/12/2017
- Código Penal de la Nación Argentina. (2017). Editorial Zavalia. Avellaneda, Buenos Aires, Argentina.
- Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27063. Recuperado de: servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239340/norma.htm> Fecha: 12/12/2017

- Código Procesal Penal de la Provincia de Chaco. Ley 5374. Recuperado de: www.saij.gob.ar/...chaco-codigo-procesal-penal...chaco.../123456789-0abc-defg-835... Fecha: 12/12/2017
- Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (2011). Editorial Alveroni. Córdoba. Argentina.
- Constitución de la Nación Argentina (2001).
- Constitución de la Provincia de Córdoba (2015).
- Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Marzo de 1992 ratificado por la Argentina en el año 2000. Recuperado de: servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/470/norma.htm.> Fecha 01/05/2017.
- Convenios Ley N° 24.071. Sancionada: Marzo 4 de 1992. Promulgada de hecho: Abril 7 de 1992. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/> Fecha: 01/05/2017
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007. Recuperado de: <https://www.un.org/.../declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>> Fecha 01/05/2017.
- Decreto Reglamentario N° 69/2017. Estupefacientes. Modificación de la lista de Estupefacientes y Psicotrópicos. Boletín oficial, 26 de Enero de 2017. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/estupefacientes-modificacion-lista-estupefacientes...estupefacientes-m...> Fecha: 27/06/2017

- Ley de Estupefacientes N° 23.737. Sancionada: 21 de septiembre de 1989.
Promulgada de hecho: 10 de Octubre de 1989.
<<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/138/texact.htm>>

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Altamirano, Lorena Yanina Tamara
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	29.176.881
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Eximente de pena y Atenuantes previstas en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal Argentino. Aplicación a la casuística que contempla la situación de los Pueblos Originarios.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	lorealtamirano4@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)⁽¹⁾</i>	Si
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Río Cuarto, 13 de Agosto de 2019

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

⁽¹⁾ Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.