

TEMA:

MIEMBROS DE LOS
PUEBLOS ORIGINARIOS
EN EL SISTEMA PENAL

DRA. GRISELDA BEATRIZ NIETO

TARTAGAL, SALTA MAYO DE 2.012

EL INDIGENA EN EL SISTEMA PENAL ARGENTINO

INDICE

Resumen.....	2
Capítulo I: Introducción.....	3-4
Capítulo II: La diversidad cultural y los derechos humanos.....	5-7
Capítulo III. Aspectos criminológicos.....	8-12
Capítulo IV: Aspectos de política criminal.....	13-17
Capitulo V: La igualdad y no discriminación en la ley penal.Garantías judiciales.....	18-20
Capítulo VI: La igualdad. Aspectos dogmáticos.....	21-30
Capítulo VII: El Indígena y el Derecho Penal Argentino.....	31-35
Capítulo VIII: Indígenas, Federalismo y Sistema Interamericano.	36-38
Capitulo IX. Conclusión.....	39-40

ANEXO:

Datos de la población Indígena. Censo 2004-5. Indec.....	42
Mapa de ubicación de poblaciones indígenas en Argentina.....	43
Nomina de peticiones y casos efectuados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de cuestiones Indígenas.....	44-47
Nomina de sentencias dictada por la Corte Interamericana respecto de cuestiones Indígenas.	48- 50
Bibliografía.....	51-53

RESUMEN:

ARGENTINA incorporó a su última reforma constitucional el reconocimiento a la Pre- existencia Étnica y Cultural de los Pueblos Indígenas

Por el presente trabajo se pretende dejar establecido que siendo Argentina un Estado pluralista, el sistema de coerción estatal debe funcionar teniendo presente dicha diversidad cultural¹ ante la existencia de comunidades con un sistema de valores diferentes a las generalmente aceptadas. Hoy es necesario y posible que a todo sujeto que sea juzgado por nuestros tribunales le sean respetados todos sus derechos.

1

El derecho indígena es el conjunto de normas propias que regulan el desarrollo armónico de la vida de las comunidades de esos pueblos, y uno de sus rasgos relevantes es que no se encuentran escritas porque su existencia se sustenta fundamentalmente en la tradición oral.

CAPITULO I

INTRODUCCION

Después de 400 años del Descubrimiento de América, el sometimiento al proceso penal de un indígena genera interpretaciones encontradas. En la actualidad las comunidades aborígenes en nuestro país están establecidas – en general- próximas a centros urbanos. Ello, debido a la evolución propia de las poblaciones y al proceso de integración-homogeneización propiciado por la globalización de las comunicaciones. Así, es difícil sustraerse de la necesidad del “celular” o del “remi”, aún en los indígenas.

La población indígena se encuentra distribuida de manera irregular en todo el país. Algunos indígenas han dejado de vivir en comunidades, viven en ciudades, y han perdido el sentido de pertenencia a alguna comunidad. Otros, aún viviendo en ciudades sienten dicha pertenencia. No obstante algunas comunidades indígenas de nuestro país se mantienen marginadas y con escaso contacto con la cultura dominante. Es decir que hay “diversidad” en la “diversidad”.

En realidad, no existe en nuestros aborígenes una alta tasa de criminalidad ni estadísticas oficiales que contemple la condición del indígena como autor o víctima de un delito. Por lo tanto, son particulares los casos penales que involucran indígenas en los cuales será posible la consideración del sistema de valores propios de estos pueblos. Sin embargo, se han renovado los planteos a partir de la reforma constitucional. Incluso algunos autores² recalcan la “necesidad de establecer un marco de previsibilidad de las acciones positivas del estado y de las acciones de conflicto, ante las expectativas que genera la nueva norma constitucional al mundo indígena y que ampara la pluriculturalidad”.

Un nuevo paradigma se ha instalado, y es necesario definir sus alcances. Para interpretar armonizadamente la normativa vigente y hacer efectivos los derechos que corresponden a los indígenas, como habitantes de nuestro país

² Braunstein J. Pignocchi J. L.: matrimonio privignatico o violación calificada: una encrucijada a nuestra cultura jurídica. LLLitoral 2006 (mayo) 405.-

en el proceso penal, son objetivos de este trabajo:

1. Establecer cuál es la política criminal de Argentina como un Estado pluralista.
2. Precisar en qué consisten y como hacer operativos esos derechos diferenciales desde la teoría del delito y las garantías judiciales
3. Establecer quién es el sujeto de derechos “indígena” como sujeto con derechos diferenciados a los que refiere la Constitución y la Ley.
4. Determinar las consecuencias posibles de no tenerse en cuenta en cada caso particular la diversidad cultural.
5. Dejar debidamente demostrado que con la legislación constitucional, penal y procesal penal vigente es posible hacer efectiva la política criminal adoptada por nuestro país respecto de los indígenas.

CAPITULO II

LA DIVERSIDAD CULTURAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

El constitucionalismo del siglo XX positivizó los derechos humanos. Nuestro país incorporó en el art 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, diez tratados de derechos humanos con rango constitucional. *“Los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado” Caso Velásquez Rodríguez c/ Honduras*³.

El Constitucionalismo latinoamericano del Siglo XX también reivindicó los derechos de los invisibilizados pueblos indígenas. Diversas constituciones de América Latina han reconocido el carácter pluriétnico y multicultural de sus sociedades⁴. El art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional incorporado por la reforma de 1994 prescribe: **“Corresponde al Congreso:**

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

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

El reconocimiento de la pre existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas involucra ínsitamente el mismo derecho a la Identidad, Dignidad,

³ CoIDH. Caso Velazquez Rodriguez c/ Honduras. Sentencia de fecha 29-07-1988. parr. 165-166.-

⁴ Argentina en 1994, Bolivia (1994), Brasil (1998), Colombia (1991), Costa Rica (1997), Ecuador, (1998), Guatemala (1985), Nicaragua (1986), Panamá (1983), Paraguay (1992), Perú (1993), México (1992), y Venezuela (1999). Chile modificó su Ley Indígena en 1993.

Libertad, Libertad de Conciencia y de Expresión, todos derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos de rango constitucional a los que se refiere el art. 75 inc. 22 de la misma Constitución. Asimismo se vincula con los Derechos de las Minorías Étnicas, y el Derecho al propio Derecho. La Organización de Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas, lo hizo por la Resolución 47/135 de la Asamblea General de 18 de diciembre de 1992.

La misma proclama en el Artículo 1:

1. Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos, y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad.
2. Los Estados adoptarán medidas apropiadas, legislativas y de otro tipo para lograr esos objetivos.

Los pueblos originarios han alcanzado el 13 de Septiembre de 2.007 la aprobación por la Asamblea de Naciones Unidas la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Juan Manuel Salgado⁵ sostiene que: “El estado incurre en discriminación racial cuando aplica en forma automática los criterios y parámetros de la cultura hegemónica a los pueblos indígenas, sin buscar la comprensión de las diferencias culturales. Obviamente que el reconocimiento de los derechos a los que aludimos, todos con rango de derechos humanos, reconocen como límite o condición que: «no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos»⁶.

Los derechos humanos internacionalmente reconocidos constituyen el límite que debe respetar toda cultura. La Declaración Universal de las Minorías étnicas expresamente excluye las prácticas que «violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales» (artículo 4.2). Cabe tener presente

⁵ Salgado Juan Manuel. El derecho a la identidad: Una garantía procesal del imputado indígena. Sup. Act. La Ley. 01-09-2011.

⁶ Art.8 pto. 2 Ley N° 24.071

que en nuestro Código Penal delimita su ámbito de aplicación sin normativa expresa diferenciadora de personas o grupos de personas por su diversidad cultural u otra razón es decir, sin distinciones legislativas categorizadoras apriorísticas respecto de su condición. La consideración individual de cada persona ya se encuentra establecida en la misma normativa, y sobre ello volveremos.

“Los derechos humanos, por ser precisamente de origen humano, siempre integran el núcleo principal el ámbito de la ética, de lo jurídico y de lo político. Esto es así porque los tres campos funcionan independientemente, pero los tres se necesitan entre sí, ya que el contenido ético es el fundamento de la norma jurídica, y la norma jurídica carecerá de vigencia sin la coercibilidad que le confiere el estado con su función política. Pero, simultáneamente, el orden jurídico pone límites para prevenir los abusos del poder político. De ésta premisa amplia y básica, se induce con exactitud que los derechos humanos no son monopolio exclusivo y excluyente de la ideología de izquierda, ni de la ideología de la derecha, ni de la ideología del centro, simplemente y fundamentalmente, son universales con proyección planetaria”⁷ .-

⁷ Martínez V. René. Oralidad, Motivación y República. Ponencia presentada en el II Encuentro Latinoamericano de Postgrados de Derecho Penal. Universidad de Venezuela Año 2009.

CAPITULO III

ASPECTOS CRIMINOLOGICOS⁸

“La Criminología es la serie de discursos que explicaron en fenómeno criminal según el saber de las corporaciones hegemónicas en cada momento histórico”⁹. Desde la función del saber criminológico como complemento del derecho penal “es el conjunto de conocimientos, de diferentes aéreas del saber , aplicados al análisis y crítica del ejercicio del poder punitivo, para explicar su operatividad social e individual y como es posible reducir los niveles de producción y reproducción de violencia social.”¹⁰

La existencia de comunidades con valores diferenciales, no resulta ser una cuestión propia de éstos tiempos, ni exclusiva de los pueblos originarios, sino de toda la historia. El Preámbulo de la Constitución española expresa la voluntad de la “nación española” de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de sus derechos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”. Para la mejor comprensión Bidart Campos¹¹ expone al multiculturalismo como el de una misma cultura común.

En tiempos del Descubrimiento de América, en que imperaba el absolutismo monárquico, “las costumbres de los pobladores aborígenes no tuvieron influjo sobre una legislación que venía a América dictada por un país culto y lejano. El desenlace de una lucha de razas consistió, según expresión de Raúl Orgaz, en la instauración institucional española”, pues la enorme distancia cultural que mediaba entre una y otra de las razas contrapuestas en el país argentino hizo nula, en la faz jurídica, la influencia aborígen”¹² En aquel tiempo en que imperaba la Inquisición aún en América¹³, el castigo debía dejar marca sobre el cuerpo. Así ocurrió con Túpac Amaru, a quien no solo se le aplicará el castigo de

⁸ Anitua Gabriel Ignacio. Historia de los pensamientos criminológicos. El capítulo sigue al autor. Ed. Del Puerto 2005.-

⁹ Zaffaroni, E., Alagia A., Slokar A. D. Penal, parte Gral. Ed. Ediar. Año 2002. Pag. 157.-

¹⁰ Zaffaroni E., Alagia A., Slokar A. D. Penal, parte Gral. Ed. Ediar. Año 2002. Pag. 165.-

¹¹ Bidart Campos Germán J. ¿Un federalismo Cultural? Lexis Nexis. Ed. Esp. A 10 años de la Reforma Constitucional. Bs. As. Agosto de 2004.-

¹² Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo I. Año 1993. Ed. 1993. pag. 109.

¹³ Martínez V. René. Derecho Procesal Penal. Parte Gral. Tomo I. Ed. Virtudes. Año 2008. Pag. 141.-

la muerte sino que también sus miembros fueron repartidos por diversas partes del virreinato, exponiéndolos públicamente¹⁴.

El liberalismo como pensamiento político posterior en la historia, partía de la base que los hombres cuando vivían en estado primitivo lo hacían felices, en pie de igualdad. Pero -dicen- la sociedad, dominada por sus lujos, artes y mercados los pervierte, al introducir un artificial egoísmo productor de desigualdades. Entonces, es necesario producir un Contrato Social, el que, junto con la humanización del tratamiento de los delincuentes encabezado por Beccaria¹⁵, modifica el tratamiento de los imputados en general. Sin embargo, los indígenas en nuestro territorio, carecían de voz para hacer sentir sus valores propios. Por ello, es posible sostener que quedaron fuera del contrato social y, en el mejor de los casos, alcanzados por las generalidades de todas las demás personas. Ello es posible pensarlo así, mucho más si se tiene en cuenta la influencia que tuvo el positivismo con su pensamiento racista en el siglo XVIII, lo cual justificó la política de exterminio que imperó en nuestro país en los primeros tiempos de su organización política.

En el siglo XIX el pensamiento sociológico y criminológico se renueva con Emile Durkheim (1858-1917) el creador de la sociología moderna y del “funcionalismo”¹⁶. El mismo abandona la tendencia de hacer afirmaciones generales unidireccionales o leyes válidas para toda la humanidad. Así influye en la criminología y la sociología transformando el pensamiento de los pensadores norteamericanos quienes comenzaron a ver a la sociedad como una configuración funcional y sistémica.

Algunos antropólogos y sociólogos a comienzos de siglo XX y hasta después de la segunda guerra mundial ¹⁷ siguiendo al funcionalismo de Durkheim analizaron las cuestiones que involucran otras culturas, dejando generalmente sus escritorios realizando verdaderas experiencias de campo en contacto directo

¹⁴ Anitua., obra citada ut supra.-

¹⁵ Cesare Bonesana, marques de Beccaria- Milan 1738-1794, jurista, filósofo, literato y economista. Escribió el celebre Tratado “ De los delitos y de las penas” en 1764 que tuvo gran influencia en las reformas penales posteriores.-

¹⁶ Anitua, obra citada ut supra.-.

¹⁷ Anitua, obra citada ut supra .-

con las diferentes culturas locales. Constituyeron la antropología funcionalista británica.

Los antropólogos de aquella época, lograron realizar estudios con neutralidad valorativa, llegando a considerar que la brujería, canibalismo o poligamia que practicara una determinada cultura en realidad no evidenciaban salvajismo sino en muchos casos, grados más elevados de integración. Sostenían que las culturas de los pueblos primitivos contienen integridad y funcionalidad y que los mismos se construyen de una forma diferente a la cultura occidental.

Entre ellos se destaca Malinowsky¹⁸, quien realizó trabajos de campo en Nueva Guinea, en la Isla Trobriand (1884-1942) y publicó en 1922 “Los argonautas del pacífico occidental”. Allí deja ver que el “comunitarismo primitivo” como concepción europea del modo de vida de tales comunidades no era tal, como tampoco actuar en base a impulsos o de modo salvaje. Sostuvo que, podrían tener una verdadera concepción de un derecho civil rudimentario con fundamento en la reciprocidad, integrador y sobre el cual, los mismos nativos, tenían interés en su cumplimiento a los fines de que funcionen los mecanismos sociales como cadena de obligaciones y servicios mutuos¹⁹. Asimismo critica severamente a los misioneros y conquistadores que intentaban imponer a los colonos la moral social civilizada, leyes y costumbres de la tradición europea porque ello aniquilaba las culturas locales. Escribió asimismo “Crimen y Costumbre en la sociedad salvaje” en 1926.-

Radcliffe Brown²⁰ analizó las costumbres y toma por primera vez el castigo -tanto el institucional como el social- entendido como el control social a través de la aplicación sistemática de la fuerza de sociedades organizadas políticamente. Conceptualiza al control social primitivo como el tipo de acción que busca restablecer el equilibrio social. Nosval Moris en 1974 escribió: “Entre la prisión y la probation” en la búsqueda de dar fundamento a la aplicación de

¹⁸ Anitua, obra citada ut supra

¹⁹ Anitua, obra citada ut supra

²⁰ Anitua, obra citada ut supra

penas menos severas tales como las de las minorías étnicas.²¹

Los pensamientos que surgen de los referidos, dejan ver en claro que se pretendía la aplicación de una justicia diferenciada en función de las distintas escalas de valores que cultivaban los mismos. Más adelante pensadores como Merton²² imbuidos de la sociología, psicología y criminología tendría como clave de sus reflexiones a la desviación de la conducta como comportamiento aberrante respecto al rol debido, incluyendo la desviación en el marco más amplio de la anomia. Sostenía que la distorsión o diferencia entre los fines culturalmente reconocidos y los medios legítimos para alcanzarlos, es el origen de la desviación, que, cuando supera los límites normales deviene en una crisis de anomia.

La teoría de las subculturas criminales²³ que estudio las bandas juveniles, aplicadas a las culturas diferenciadas, en realidad plantea el problema de que toda solución a la conducta de la cultura diferente debe propender al asimilacionismo, tal como propiciaba nuestra Constitución para los indígenas en 1818 y en 1853. Resulta en sí evolucionada como ideología superadora del exterminio, pero ella no completa el respeto por la complejidad de derechos fundamentales integrales que corresponde a cada persona.

La criminología crítica, que valga la redundancia, criticó fundamentalmente a los positivistas, también significa un avance en el tratamiento especializado de los indígenas a la hora de ser sometidos a un proceso penal. Baratta ²⁴ deja ya establecido que en la indagación sociológica hay valores y reglas comunes y también específicos, sosteniendo que el sistema penal no debe reflejar sólo valores aceptados unánimemente, sino que, se debe seleccionar aquellos que tengan mejor peso. Este pensamiento, colisiona con el actuarialismo²⁵, cuyo fin es eliminar a las personas peligrosas y riesgosas, y contra lo que aún a la fecha se lucha desde los derechos fundamentales resaltándose la existencia de un

²¹ Anitua obra citada ut supra

²² Anitua obra citada ut supra

²³ Anitua obra citada ut supra

²⁴ Baratta A., Criminologías crítica y crítica del derecho penal, México siglo XXI, 1986, pag. 71 a 74.

²⁵ Anitua obra citada ut supra

derecho penal del acto en contraposición a los que pretenden aplicar un derecho penal del autor.

En ese sentido debe tenerse presente que se critica a nuestro sistema penal vigente por la selectividad que manifiesta al perseguir a los más vulnerables²⁶. La invisibilización de los pueblos originarios produjo que en su mayoría los indígenas se encuentren hoy en un estado de marginación geográfica, social, política, y económica respecto de la cultura dominante, por lo que, su estado de vulnerabilidad en general, es innegable y propicio para que sean víctimas del sistema²⁷, si no se tiene en cuenta la preceptiva constitucional.

Es en el siglo pasado que se empezó a hablar de los derechos humanos, del derecho internacional de los derechos humanos y de los crímenes en contra de la humanidad. Ello se produce después que la historia escribe una nómina de genocidios ocurridos en todo el mundo. Entre ellos, se cuenta el de los habitantes de América al tiempo de la llegada de los conquistadores de otros continentes. Hoy se propicia la eliminación de las lógicas violentas. El juzgamiento de un indígena, debe tener todo ello en cuenta.

²⁶ Zaffaroni E., Alagia A., Slokar A., Derecho penal, Parte Gral. Ed. Ediar. Año 2002. Pag. 9. Selectividad y vulnerabilidad.

²⁷ Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad menciona como beneficiarios de las mismas a quienes pertenecen a comunidades indígenas (Cap.I Sección 2.4. “ Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las acciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurara que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones cultura. Todo ello sin perjuicio de los dispuesto en la Regla 48 sobre la forma de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal.

CAPITULO IV

ASPECTOS DE POLITICA CRIMINAL

La incorporación del reconocimiento de la pre existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas por la reforma constitucional vino enlazada con la nueva concepción ideológica del derecho a la igualdad. En efecto, a la concepción formalista de “igualdad ante la ley” que incorporo la Constitución de 1853, la reforma de 1994 incorporo el de “igualdad y no discriminación” conforme surge de los arts. 16, 37, 75 inc. 23. El art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos textualmente prescribe: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley:”*

Por su parte el artículo 13 de la Constitución de la Provincia de Salta refiere a la igualdad en el mismo sentido. La política criminal respecto de los indígenas debe, en consecuencia, propender a la igualdad de trato, propiciando la no discriminación. Ello así, tanto en pos de asegurar el respeto a los valores, costumbres e instituciones propias de una cultura preexistente, como asimismo como un derecho reconocido internacionalmente a las minorías étnicas. Obviamente, la nueva normativa modifica la manera de considerar a los miembros de los pueblos indígenas, lo que impregna todo el derecho.

En la composición de las primeras instituciones de nuestro país, luego de la Revolución de Mayo, los indígenas no tuvieron participación aún cuando el art. 128 de la Constitución de 1819 decía: *“Siendo los indios iguales en dignidad y en derechos a los otros ciudadanos, ellos gozaran de la misma preeminencia y serán gobernados por las mismas leyes”*. La Constitución de 1853 con una política más asimilacionista refirió que correspondía al Congreso: *“proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacifico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo” (art 67 inc. 15).*

En la actualidad el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional dispone que el Congreso de la Nación, como representante del pueblo debe establecer una coordinación interinstitucional entre la cultura indígena y la dominante, incluyendo los aspectos jurídicos, a los fines de poder configurar una unidad aun con la diversidad. Lo expuesto permite concluir que reconociéndose Argentina

como un Estado pluricultural, deben considerarse en el proceso penal las particularidades culturales propias de éstos sujetos. Por lo tanto, no resulta posible que al operarse con éstos derechos se adhiera a alguna tesis criminológica que sostenga la unificación cultural.

Es así que, el Derecho o Sistema Penal debe aplicarse al momento de ejercerse la coerción penal y el castigo estatal, debe efectuarse teniendo en cuenta el paradigma de la cuestión cultural o multiculturalismo, partiendo de la base que no se sancionará la diversidad cultural. Lo contrario determinará la existencia de una justicia discriminatoria.

En tal sentido, y revisado que fuera el plexo normativo que rige hoy en nuestro país la materia en tratamiento, podrá concluirse que la misma es suficiente para hacer efectivos los derechos consagrados por la normativa superior a los miembros de los pueblos originarios. Ello, con las limitaciones que señaláramos ut- supra, en tanto se operen los mismos armónicamente, en su aplicación en los niveles provincial y nacional.

En nuestro país rige el principio de legalidad y la estatización del servicio de justicia, lo que impide sustraer del conocimiento de los Tribunales, aquellos hechos que se encuentran tipificados por el Código Penal. Ello salvo los delitos de acción o de instancia privada y que de ser de estos últimos, se traten de aquellos que contravengan el orden público.

Por el contrario, las infracciones sancionables de acuerdo al sistema de costumbres que no se encuentren tipificadas en el Código Penal, no pueden ser llevadas a los Tribunales de nuestro país para ser juzgadas. Es necesario tener presente además que, en cuanto al régimen sancionatorio, dichas comunidades pueden establecer sanciones las que no deben colisionar con el orden público interno ni con la vigencia de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Por ello, no podrán aplicar penas graves, inhumanas ni degradantes, ni aquellas que corresponden en su aplicación exclusivamente al

sistema de represión establecido por el Estado²⁸.

Debe tenerse presente que la autoridad estatal (que incluye policías, fiscales, defensores y jueces) debe considerar aún de oficio las costumbres indígenas, lo que no obliga directamente a emplearlas sino en su caso, a fundar las razones de su exclusión. Tampoco debe presumirse que los funcionarios estatales deben conocer las costumbres indígenas, por lo que en éstos casos se impone que se requieran informes brindados por las autoridades de cada pueblo, traducciones, pericias antropológicas, sociológicas, medicas, psicológicas, etc., informes técnicos historiográficos o de otra índole salvo en supuestos incontrovertidos de conocimiento público.

Asimismo, la norma que reconoce el pluriculturalismo, compromete al Estado a los fines de garantizar el acceso a la justicia, y a la provisión de medios necesarios para que el indígena cuente con defensa material efectiva de sus derechos con la factibilidad de ofrecer pruebas que hagan a su derecho en tiempo oportuno. En materia de incorporación y valoración de la prueba²⁹ debe tenerse en cuenta el contraste existente entre nuestro sistema probatorio tradicional y el contexto cultural, por lo que será necesaria la agudización de los métodos de interpretación probatoria, atento a la oralidad que caracteriza el derecho indígena, lo que en su caso podrá ser debidamente informado por los peritos de las ciencias auxiliares que vengan al proceso a ilustrar el caso.

Cabe resaltar que no se presentaría como una expectativa de la población aborígen de nuestro país la creación de tribunales indígenas estatales para ser juzgados de acuerdo a sus costumbres, como ha ocurrido con otros países latinoamericanos, adonde la misma Constitución los reconoce. La única expectativa de dichos pueblos es la del reconocimiento de sus derechos en cada caso, lo que obviamente, no debe convertirse en una mera invocación en el proceso, sino que, corresponde se correlacione con su acreditación.

²⁸ Zaffaroni Eugenio R. Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal. Ensayo parte de estudio introductorio realizado con motivo de la reforma al Código penal de Bolivia. www.cienciaspenales.net

²⁹ Moreira; Manuel A. J. Prueba tradicional y contexto cultural: un contraste entre los paradigmas procesales y constitucionales. LLLitoral 2009 (febrero), 29.-

Lo cierto es que la política criminal Argentina, no puede dejar de tener un tratamiento especializado para los indígenas que son sometidos al proceso penal. No hacerlo permite el etnocidio, es decir la extinción de comunidades con pautas culturales diferenciadas por imposición de la cultura dominante.

Ello es así dispuesto por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional. También por lo preceptuado por los arts. 8 y 9 de la Ley 24071 la que aprueba el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes. Dicha norma fue aprobada por mayoría del Congreso por lo que reconoce rango supra legal en virtud de las prescripciones del art 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y demás normativa concordante.

Las disposiciones que rigen el sistema penal aplicable al indígena permite sostener que nos encontramos frente a una justicia compensatoria y restaurativa³⁰ Como tal corresponde la aplicación a ellos de sistemas alternativos de solución de conflictos³¹ y sanciones alternativas a la pena de prisión³², haciendo efectivo el principio principio pro- homine³³.

El funcionamiento del Sistema Interamericano en el cual se encuentra incluida Argentina determina asimismo que la política criminal de nuestro país deba respetar la diversidad cultural, so pena de que se generen responsabilidades del Estado frente a la comunidad internacional por no haber respetado derechos humanos fundamentales. No son pocos los casos de cuestiones indígenas que han llegado a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la vulneración de los derechos de estos pueblos.³⁴

Para el Sistema Interamericano la Cuestión Indígena es un tema prioritario

³⁰ Becerra Nicolás. Derecho Penal y Diversidad Cultural. Ed. Ciudad Argentina. Año 1997. Pag. 34

³¹ 100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia.. Cap II. Sección 6: Sistemas de Resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas.

³² Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de libertad en las América. Resolución N° 01/08 de la CIDH.Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la libertad- (Reglas de Tokio) dirigidas al sistema penal en general.

³³ Zaffaroni Eugenio Raúl. Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición. Ed. Ediar. Año 2002, pag 134.

³⁴ Ver en el anexo de este trabajo las Peticiones y las Sentencias dictadas por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos Indígenas.

y se ha creado una Secretaría Relatora específica referida a Indígenas³⁵.

En tal sentido es posible sostener que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado de ser la última instancia, ya que las decisiones que se tomen en el ámbito interno de nuestro país podrán ser en su caso denunciadas, y hasta revisadas por la Comisión y la Corte, quien a su vez tiene establecido un sistema de visitas al país sea ante la denuncia o para verificar el mismo cumplimiento de las sentencias que dicte la Corte Interamericana³⁶.

Cabe dejar debidamente sentado que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en tanto se trate de interpretación y aplicación de normativa del Sistema Interamericano lo hace cada vez mas asiduamente en cumplimiento de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, cuando se trata de modificar sentencias que ella misma dictara y que tuvieran autoridad de cosa juzgada, su postura se retrotrae totalmente.³⁷ Lo expuesto permite vislumbrar que no es posible descartar totalmente la posibilidad de conflictos. Ya en 1999 el constitucionalista Colautti advertía que:

“ El diseño de los límites constituye un arduo problema del derecho interno e internacional. En algunos casos los usos y costumbres de las comunidades indígenas no coinciden con los determinados por las normas aceptadas por las mayorías. La defensa del derecho de los pueblos indígenas a gobernarse a sí mismos por sus propias leyes genera promisorias expectativas pero también da lugar a un sinnúmero de posibilidades de abusos e incongruencias de todo tipo, por lo que es necesario ser prudente para que el pluralismo o la diversidad no sea fuente de separatismo o secesionismo”.³⁸

³⁵ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos brinda amplia información a través de la pagina web www.cidh.oas.org

³⁶ .CoIDH. 30/03/2006. Caso Penitenciarias de Mendoza, parr.9. “ Que la Corte ya ha establecido que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter erga omnes, de respetar y hacer respetar- garantizar- las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidas en los arts. 1.1. y 2 de dicho tratado”

³⁷ Pinto Mónica. Valor y Eficacia de los órganos de control en materia de derechos humanos en la Jurisprudencia de la Corte de Justicia. La Aplicación de los Tratados de Derechos Humanos. Ed. Del Puerto. Año 2006. Pag. 119.

³⁸ Colautti Carlos E. Derechos de los pueblos Indígenas, en Derechos Humanos constitucionales. Ed. Rubinzal Culzoni. Año 1999. pag. 197.

CAPITULO V
IGUALDAD Y NO DICRIMINACION EN LA LEY PENAL:
GARANTIAS JUDICIALES

Siendo el Derecho un producto cultural, en un Estado democrático y multicultural debe tenerse en cuenta el sistema de valores que rigen al sujeto en el juzgamiento de un delito. Sin embargo, los datos culturales que impregnan el sistema penal de un Estado, es generalmente el de la cultura dominante.

La inclusión del art. **75 inc. 17** de la Constitución Nacional, ha llevado a decir a algunos constitucionalistas que consagra una verdadera prerrogativa de sangre y nacimiento vedado por el art. **16** del mismo texto legal.³⁹ A ello respondió el prestigioso constitucionalista Bidart Campos sosteniendo que, las normas de la Constitución Nacional no se contraponen, por lo que debe efectuarse una interpretación armónica de ambas normas, y que, si aún así se sostiene la existencia de una contradicción, en todo caso, deberá verse en las mismas, una relación de regla-excepción.

La relación entre la cultura dominante y la pre existente de los pueblos indígenas presenta varios aspectos: Hay “costumbres” que son delitos y “delitos” que son costumbres para la cultura dominante. También puede darse el caso de que se trate de “delitos” para ambos sistemas de valores. Algunos ejemplos de unos y otros son los delitos de traición, la vagancia, la hechicería y las penas de azotes, el baño de ortiga, o la misma muerte como propias del derecho indígena. Por otra parte se pueden mencionar, abandono para la muerte del enfermo, el abandono para la muerte del nacido con malformaciones, el incesto, el duelo, los sacrificios humanos, la caza de animales en extinción, el rapto, el chineo como costumbres indígenas que son delitos tipificados por nuestro Código Penal.

En el segundo caso, corresponderá el juzgamiento de acuerdo a las normas consuetudinarias y el sistema estatal no intervendrá, siempre que ellas no se opongan al orden público, o no apliquen sanciones que afecten derechos humanos o privativas del sistema de represión estatal.

³⁹ Segovia G., Segovia JF: “La protección de los indígenas”, Derecho constitucional de la reforma de 1994. Instituto Arg. De estudios Constitucionales y políticos. Depalma Mendoza, 1995, pag. 340/342.

Para el primer y tercer supuesto, el sistema penal imperante en nuestro país permite sostener que un miembro de una comunidad indígena sometido a un proceso penal cuenta con iguales derechos que cualquier otro ciudadano de nuestro país⁴⁰. Pero, en razón de la preceptiva constitucional y en particular, por la condición de vulnerabilidad en la que en general se encuentran, les corresponde un plus de derechos con la finalidad de hacerlos verdaderamente efectivos.

El Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece pautas específicas respecto de las Garantías Judiciales y el art. 25 a la Protección Judicial. El art. 12 de la ley N° 24071 sostiene: “Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoseles, si fuese necesario, interpretes u otros medios eficaces”.

La CoIDH en sentencia sostuvo⁴¹ que: *“Debido a que en el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar, como lo ha hecho en otras ocasiones, que de conformidad con los arts. 24 (Igualdad ante la ley) y 1.1. (Obligación de respetar los derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de éstas personas que están sujetas a su jurisdicción.”*

*Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente éstos derechos, al interpretar y aplicar normativa interna, **los estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.** El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos*

⁴⁰ Art 9 ley 24071

⁴¹ Comunidad Indígena Yakye Axa del pueblo Enxet c/ Paraguay

de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado”.

La misma Corte Interamericana⁴² señaló: “ *Este Tribunal ha reiterado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y la no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de población al momento de ejercer sus derechos*” Además agregó : “*Los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquellos. **La lengua** es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de la cultura.*”

Sirva lo transcripto para dejar entonces debidamente sentado, que hoy en día al indígena se le reconocen un plus de derechos implícitos en el paradigma de la cuestión cultural, para lograr la igualdad y no para crear privilegios.⁴³

Como corolario entonces, cabe tener presente que la hoy la igualdad de nuestra Constitución Nacional en relación al indígena no es la igualdad “formal “o “igualdad ante la ley” que preconizara nuestra Constitución en el año 1853. La Igualdad hoy en día, es además, la igualdad de los iguales en iguales circunstancias, es igualdad que propicia la no discriminación, es igualdad que considera la situación de vulnerabilidad de algunas personas tanto para vivir como – consecuentemente – para poder hacer valer sus derechos en un proceso penal. Es esa Igualdad la que debemos tener en cuenta en los casos en que un indígena está sometido al sistema penal.

⁴² CoIDH caso López Álvarez c/ Honduras, párrafos 170-171.-

⁴³ 100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia a personas en situación de Vulnerabilidad.

CAPITULO VI

LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION: ASPECTOS DOGMATICOS

En cuanto a las conductas que son delitos para nuestro derecho positivo y en tanto se invoque en defensa del indígena una norma de la costumbre o “derecho indígena” para justificarlo, se han ensayado algunas propuestas de solución.

En nuestro país como en todo Estado de Derecho, rige el principio de legalidad que surge de los arts. 18,19,75 inc. 22, 9 CADH y 9 PIDCP y que se traduce en la fórmula latina “ nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale” y que fuente de producción de esa ley es el Congreso de la Nación. La ley penal es exclusiva, obligatoria, ineludible, igualitaria, certa, scripta, stricta y previa. La costumbre no lo es. Además, no hay pena sin culpa.

La costumbre, la jurisprudencia y la doctrina solo pueden resultar fuentes de conocimiento indirecto, mediato o secundario. Acordar mayor valor que el señalado a la costumbre, como fuente de derecho parece vulnerar derechos fundamentales y llevar imprecisión al derecho penal⁴⁴. En ese sentido y tratándose de una fuente indirecta, corresponde sea considerado como un hecho y como tal su prueba en el proceso penal.

La posibilidad de ubicar tal conocimiento o hecho en alguno de los elementos del delito es lo que permitirá tenerlo como causal de exclusión o atenuación de la responsabilidad por el hecho penal. En consecuencia, la consideración de la costumbre como elemento a tener en cuenta en el juicio de reprochabilidad para sancionar o no una conducta, dependerá del análisis que se efectúe desde los elementos del delito como Acción, Típica, Antijurídica y Culpable.

Cabe preguntarnos entonces cuál de esos elementos es el que es colocado en crisis por la norma consuetudinaria puede excluir o atenuar la responsabilidad de éste sujeto. Nuestro Código Penal no ha calificado de

⁴⁴

Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. Fuentes del Derecho penal. Tomo I. Año 1992. pág.146.

ninguna manera la conducta del indígena sea eximiendo o atenuando su responsabilidad prima facie. Algunas posturas son éstas:

Teoría de la Inimputabilidad: Algunos pensadores sostienen que el indígena no se encuentra en condiciones de comprender la criminalidad del ilícito que comete. Es más, algunas legislaciones latinoamericanas como la colombiana, han insertado en su Código Penal lisa y llanamente la inimputabilidad del indígena, calificándolo como “salvaje” o, en tal sentido “justificable” por la falta de conocimiento o comprensión de la norma que infringe.

Sin embargo, el tratamiento del indígena prima facie como un “menor” en el sistema penal impone la necesidad de así considerarlo desde todos los aspectos del derecho, y, en ese sentido, con una capacidad disminuida para los actos de la vida civil, política, etc. Ello resulta contrario a la misma evolución de las poblaciones en general a nivel mundial y el reconocimiento de la plena capacidad de las personas salvo prueba en contrario, a la vez que le impone una serie de limitaciones a la vida cívica del indígena, a la cual tiene derecho.

Esta postura pretende ser superada, aún en aquellos países en los que se la ha venido aplicando, ya que como dijéramos al comienzo, se pretende el respeto por la diversidad cultural de los pueblos indígenas, como asimismo de la dignidad de estas personas, entendiendo su actuar con libertad de conciencia, consustanciado de valores perfectamente comprendidos por los mismos, aunque puedan ser desconocidos por la cultura dominante.

Teoría que excluye la tipicidad por falta de relevancia social:

Ante la presencia de una conducta que encuadra prima facie en una figura jurídica penal, algunos pensadores del tema, han sostenido que el hecho no es delito, porque no se cumple el principio de lesividad que impone la necesidad de afectación a un bien jurídico que interese a la sociedad. Por lo que si el hecho - por la naturaleza del bien jurídico tutelado- carece de relevancia social para la cultura minoritaria,- sea por su insignificancia o por existir en un ámbito con otra escala de valores – se permitiría su exclusión como delito. Una postura minoritaria, considera el cumplimiento de un deber jurídico como un elemento de

la tipicidad, llegando a la misma conclusión en cuanto a que no se configura el tipo penal.

Teoría que excluye la tipicidad por tratarse de una conducta socialmente adecuada: Esta teoría parte de la base que si bien la conducta puede ser ilícita en otro ámbito con otros valores (como los hegemónicos) en tanto no lo sea para el ámbito en el que se lleva a cabo, la misma no resultaría punible, ya que una determinada cultura siempre se da dentro de un marco social. En tanto la conducta social sea adecuada estará permitida, es decir, no prohibida. En éste caso se considera la aquiescencia,⁴⁵ o sea, el acuerdo y consentimiento del titular del bien jurídico, aunque la doctrina tradicional distingue entre un consentimiento excluyente de la tipicidad y otro justificante radicando la diferencia que se trate de un delito para cuya configuración pueda tenerse en cuenta ese elemento (por ej. Lesiones).

Críticas a éstas posturas: La atipicidad, o falta de tipicidad con que se pretende justificar estos casos, resultaría aplicable a los hechos que son delitos para la ley pero que por ocurrir dentro del ámbito comunitario o intercomunitario carezca de la relevancia que hubiera tenido de haber ocurrido entre miembros de la cultura dominante. Así por ejemplo, siendo que la vida comunitaria desdibuja los límites de la propiedad privada, la aprehensión de un objeto que no es propio en tal ámbito podría no llegar a configurar los delitos de hurto o robo. Estas posturas son descartadas por que proponen necesariamente un puente legal (como sostiene Zaffaroni) que otorgue dicho permiso- lo que no existe- o bien que se establezca la ley aplicable “por regiones” o sectores del mismo territorio nacional, lo que tampoco se condice con nuestra organización nacional.

Teoría del error en materia penal: La evolución de la Teoría del tipo penal concluyó con la adopción de la tesis del injusto personal, que acepta, que en la tipicidad se debe distinguir entre tipo doloso y tipo culposo. Sobre este esquema se determina la tipicidad y la antijuridicidad, dándose una relación entre ambos de regla – excepción, de modo que al existir una justificante no desaparece el tipo como tal sino la antijuridicidad del hecho.

⁴⁵

Zaffaroni E.R., Alagia A. Slokar G. Derecho Penal, parte Gral. Ed. Ediar. Año 2002. Pag. 498

El error como causa de justificación puede ser visto como error de tipo, o como error de prohibición. El error es la falsa representación o la suposición equivocada de la realidad, o simplemente la ignorancia. La teoría del error en Derecho Penal, se ocupa del error cuando este se refiere o recae sobre algún elemento configurador de la definición legal del comportamiento delictivo o sobre la prohibición jurídico penal misma⁴⁶

Se dice que el error es la contracara del dolo. Corresponde entonces dejar establecido que “ El dolo es el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo” según Welzel. “El dolo tiene un aspecto intelectual y un aspecto volitivo. El aspecto intelectual abarca el conocimiento actual de todos los elementos objetivos que conforman el tipo legal”⁴⁷ El aspecto intelectual del dolo siempre debe estar antepuesto al volitivo, los actos de resolución son anteriores a los de acción. El conocimiento debe ser efectivo, ya que el conocimiento potencial es una mera posibilidad.⁴⁸

Zaffaroni diferencia el conocimiento del dolo de la comprensión de la antijuridicidad, ya que la segunda requiere de un conocimiento en el plano de la culpabilidad diferente de los elementos del tipo objetivo requerido por el dolo. La conciencia de antijuridicidad (de la antinormatividad y no permisión) solo puede ser la exigencia de una mera posibilidad de conocimiento y no de un conocimiento efectivo.⁴⁹ Esta última variable es considerada por algunos doctrinarios como un elemento más del dolo. Al respecto dice Donna, que no es dogma de fe que el dolo se encuentre en el tipo o en la culpabilidad, aunque desde el punto de vista metodológico lo verdaderamente importante es el contenido de ese dolo.⁵⁰

En cuanto a los elementos del dolo⁵¹, habiendo sido mencionados como el conocimiento y la voluntad -el conocer y el querer-, debe quedar claramente

⁴⁶ Muñoz Conde Francisco. El error en Derecho penal. Ed. Rubinzal Culzoni. Año 2005. Pag. 13.

⁴⁷ Welzel, citado por Donna E.A. D. penal, Pte. Gral Tomo II. Ed. Rubinzal Culzoni. Año 2008. Pag. 519.

⁴⁸ Zaffaroni E.R., Alagia A. Slokar G. Derecho penal parte General, Ed. Ediar. Año 2002, pag. 521.

⁴⁹ Zaffaroni, pag. 527

⁵⁰ Donna Edgardo A. Tratado de Derecho penal. Tomo II. Ed. Rubinzal Culzoni. Año 2008. Pag. 509.

⁵¹ Donna E.A. D. penal. Parte Gral. Tomo II. Ed. Rubinzal Culzoni. Año 2008, pag. 519 y ss.

establecido que tal conocimiento no debe entenderse con el significado de una exacta subsunción jurídica, sino que es suficiente la valoración paralela en la esfera de lo profano.⁵² Es así que adoptada la Teoría de la Culpabilidad, y luego de diferenciarse claramente el problema del conocimiento de los elementos objetivos del tipo (dolo) de la conciencia o posibilidad de conocimiento de la ilicitud (culpabilidad), es factible diferenciar claramente al error de tipo y al error de prohibición.

El error de tipo es aquel que afecta el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal – o del tipo penal objetivo-, y por lo tanto elimina el dolo de la conducta, por que desaparece uno de sus elementos: el cognitivo. Ese conocimiento proviene de una incorrecta representación de las percepciones. Por ejemplo una persona levanta una campera marrón de cuero colgado de una silla creyendo que es la suya por haber llevado una igual al lugar.

Ese error puede recaer sobre los elementos descriptivos, como sobre los elementos normativos del tipo penal. El error de tipo es **inevitable** cuando aun con un esfuerzo razonable, la persona hubiera seguido igualmente en error. Se trataría de un caso fortuito imprevisible que excluye toda responsabilidad. Cuando es **evitable**, si se elimina el dolo es posible que pueda imputarse al autor a título de imprudencia. Algunos supuestos de error de tipo son el **error en el objeto** (ej. se cree que la cosa es propia) **error en la persona** (confundiéndose sobre la persona víctima del delito) **el aberratio ictus** o error en el golpe o equivocarse en el hecho (se da cuando el autor se dirige hacia un objeto determinado, pero no alcanza a ese objeto, sino a otro). Puede darse también con una persona; **error sobre el sujeto**: el sujeto actúa ignorando que a su respecto concurre una característica especial exigida por el tipo (por ej. funcionario público) **error sobre el curso causal** (el dolo del autor alcanza el curso causal, por lo que en los delitos de resultado material debe ser alcanzado por el conocimiento)

⁵² Jescheck, Tratado de D. penal, parte Gral.citado por Donna E.A. D. penal. Parte Gral. Tomo II. Año 2008. Pag. 520.

El error de prohibición, en cambio, únicamente afecta a la conciencia de la ilicitud y es un problema exclusivo de la culpabilidad. Como en la culpabilidad basta con una conciencia “potencial de la ilicitud”, únicamente exime de responsabilidad el error de prohibición inevitable, pues cuando es evitable es posible formular el juicio de reproche contra el autor. Este último, sólo disminuye la culpabilidad y se traduce en una atenuación de la pena.

El tema de la capacidad de culpabilidad, como causa de exclusión de la culpabilidad, tiene que ver con la comprensión de la criminalidad del acto, del injusto, por parte del autor y, en consecuencia, con la posibilidad de motivación en la norma. De esta forma, a nuestro entender la cuestión se relaciona con el error de prohibición, en cuanto ahora, por razones biopsiquiátricas, el autor no puede motivarse en la norma simplemente porque no la conoce, y si la conoce, esas causales le impiden actuar conforme a aquella, lo que sería el elemento intelectual de la culpabilidad.⁵³

La culpabilidad exige que el autor haya tenido la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho y de la punibilidad. El conocimiento del injusto pertenece a la culpabilidad, el error de prohibición y la capacidad de culpabilidad conforman la culpabilidad propiamente dicha, esto es la individualización del reproche. El autor debe conocer y comprender la antijuridicidad del acto y en consecuencia el disvalor general, pero de ninguna manera el tipo penal concreto que se ha violado. La capacidad de conocer es parte de la llamada capacidad de motivación.

El error de prohibición aparece como una deficiente o incorrecta representación del permiso o la autorización de la conducta, así como un desconocimiento de la prohibición es decir se da las categorías de error e ignorancia. No se dará cuando el autor haya podido contar seriamente con que su acción no fuera prohibida. Si el actor actúa pensando en una posible prohibición entonces el error es **evitable** y esto presupone el conocimiento del injusto.

Si el error es **inevitable** se descarta la culpabilidad sin perjuicio que el hecho quede como antijurídico por lo que la legítima defensa en contra de dicho

⁵³

Donna E.A.. D. penal Parte Gral Tomo IV. Ed. Rubinza Culzoni. Pag. 133.

acto, es posible. Cuando el error es evitable sólo tiene como efecto la disminución de la pena, salvo que si el legislador lo dispone, se podría llegar a la exención de la pena. La dificultad del ordenamiento jurídico es encontrar el criterio de la disminución de la pena cuando no hay norma expresa.

El error de prohibición puede reconocer diferentes especies:⁵⁴ **Directo o abstracto** es decir error sobre la existencia de una prohibición. El autor ignora completamente la existencia de la norma. Recae el error sobre el conocimiento de la norma misma. Zaffaroni menciona en esta especie: El **error directo de prohibición** por el desconocimiento mismo de la prohibición, el error directo de prohibición sobre el alcance de la norma y el error directo de comprensión y conciencia disidente. El sujeto está en error no solo cuando considera que no está actuando de modo antijurídico, sino también cuando considera que la conducta es permitida jurídicamente. **El error indirecto** en cambio, es aquel que recae sobre la existencia o límites de una causa de justificación. Es la falsa suposición de la existencia de una causa de justificación. El sujeto conoce la prohibición, pero cree erróneamente que está amparado por una causa de justificación. **El error de subsunción** es el error de interpretación que efectúa el sujeto equivocadamente de un elemento típico llegando a la conclusión que su conducta no lo alcanza. Este puede ser un error de tipo o prohibición según el caso. **El error de validez** es aquel en el cual el sujeto conoce la norma prohibitiva pero la considera nula. **El error sobre una causa de exclusión de la exigibilidad de otra conducta**, que se da- por ejemplo- en los casos de estado de necesidad disculpante, cuando el sujeto considera erróneamente que su conducta esta justificada. Asimismo se trataría de un error de prohibición el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, aun cuando la doctrina no es unánime en así considerarlo. Se considera por separado también **el error sobre la punibilidad**, aunque puede sostenerse que dicho error es un indicio del desconocimiento de la prohibición. **La Justificación putativa**, cual es la suposición de la existencia de una norma permisiva es un error de prohibición. La discusión reside en cómo tratar la cuestión de la errada suposición de la

⁵⁴

Donna.E.A. Citado tu supra pag. 316

circunstancia de hecho que da pie a la justificación, que será designado como justificación putativa o error en el tipo permisivo o error en los requisitos de la justificación. Según la postura que se adopte se lo considera como error de tipo o de prohibición⁵⁵.

La culpabilidad presupone la comprensión del autor de la antijuridicidad de su acción. El autor debe tener una clara conciencia de conocer la antijuridicidad de su conducta. En el error de prohibición se analiza si el autor tenía la posibilidad de reparar o salir del error. Debe haber tenido la ocasión concreta de saber la recta posibilidad de su acción, informándose claramente sobre la cualidad de su acción o la juridicidad o no de su conducta. Le debe ser exigible la posibilidad de conocer la antijuridicidad de su conducta. El autor debe tener una causa o motivo para dudar sobre la cualidad de su conducta y por tanto informarse antes de actuar, o buscar el consejo de un tercero

Así, aunque el miembro de la comunidad sabe que su conducta es antijurídica en el marco cultural que no lo contiene tiene derecho a responder a la valoración de esa conducta desde su propio contexto socio cultural. Sostiene Muñoz Conde que “En la psique humana se van recogiendo desde la niñez imágenes desvaloradas del comportamiento prohibido que, en un determinado momento vincula, como totalidad lógico material, la representación de la posibilidad de acción con el acento desvalorativo del “no debo”.⁵⁶

En el caso “Guarda Fidel s/ Usurpación” Expte. No 428/04 el Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional No II de San Carlos de Bariloche, considero que Guarda era “un antiguo poblador de esas tierras, las cuales a ésta altura del partido resultan litigiosas, y sobre las cuales legítimamente se considera titular de derechos. Al respecto la jurisprudencia ha sido clara al señalar que: “ Como la forma imprudente o negligente no está prevista para la usurpación, al existir un error de tipo excusable- que excluye el dolo, dejando

⁵⁵ En el caso “ Puel s/ Daño el Sup. Tribunal de Neuquen. Acuerdo 09/99 sostuvo que en el caso se daba una causa de justificación putativa(art 34 inc. 1 C.P.) por que Puel obró como lo hizo tratándose de tierras que consideraba como propias.

⁵⁶ Muñoz Conde Francisco. El error en Derecho penal. Ed. Rubinzal Culzoni. Año 2005. Pag 31.

subsistente la culpa- por falta del aspecto subjetivo-, la conducta del encausado es atípica”

Zaffaroni, ejemplifica con los miembros de la cultura Ahuca del oriente ecuatoriano, los cuales en el convencimiento de que el blanco les matará indefectiblemente, ellos deben adelantarse, como un acto de defensa y presenta el **error de comprensión culturalmente condicionado**⁵⁷, el cual, no siempre será un error de prohibición, ya que puede presentarse como una justificación putativa o un error de tipo.

Con otro ejemplo, el de un jíbaro que mata en el obelisco, el mismo autor se pregunta si estos casos deberán entonces quedar impunes ante la inexistencia de dolo o culpa por la falta de comprensión del hecho condicionada por otras valoraciones. La respuesta del autor es negativa, ya que recuerda que se encuentra en todo caso vigentes el art 34 inc. 1 del C. Penal que en el tercer párrafo habilita su reclusión por tiempo adecuado hasta que desaparezcan las condiciones que lo hicieren peligroso.

El error de prohibición como eximente o atenuante de responsabilidades, resuelve algunas cuestiones propias de la diversidad cultural. Sin embargo, a los fines de que su aplicación no dé lugar a inequidades e iniquidades, corresponde se tenga presente para un limitado número de casos, cuyas circunstancias ameriten la correspondencia de su procedencia. De lo contrario, Segovia-Segovia, darán mayor sustento a la postura que postulan respecto a que el art 75 inc. 17 de la C.N. ha creado un privilegio.

⁵⁷

Zaffaroni E. Raul, Manual de Derecho Penal. Pte Gral. Ed. Ediar. 1987. Pag. 550

BREVE ESQUEMA DE LA TEORIA DEL DELITO⁵⁸

1. *Acción*: conducta humana voluntaria final

Causas que la excluyen { Estado de inconsciencia absoluta
Fuerza física irresistible
Acto reflejo

2. *Tipicidad*: subsunción de la conducta en un tipo penal. Bien jurídico

a) Tipo objetivo { Acción
Sujetos (activo y pasivo)
Resultado
Relación de causalidad (solo en delitos de resultado)

b) Tipo objetivo { *Dolo*: conocimiento de los elementos del tipo objetivo y voluntad de realizarlos
Tipos de dolo { Directo: de 1° o de 2° grado (de consecuencias necesarias)
Eventual
Error de tipo: desconocimiento de los elementos del tipo objetivo
– Vencible: elimina el dolo y deja en consideración la culpa (si está prevista)
– Invencible: elimina el dolo y la culpa
Elementos subjetivos del injusto: en aquellos delitos que en su tipo subjetivo, junto al dolo, exijan estos elementos especiales

El delito culposo { En la estructura del tipo penal culposo se distingue la existencia de una infracción al deber objetivo del ciudadano y la producción de un resultado disvalioso. Además el resultado debe ser consecuencia precisa de la infracción al deber de cuidado
El autor puede obrar con culpa consciente o inconsciente

3. *Antijuricidad*: conducta contraria al ordenamiento jurídico

Causas de justificación { Legítima defensa
Estado de necesidad
Colisión de deberes justificante
Cumplimiento de un deber
Ejercicio legítimo de un derecho

En todos los casos se exige la concurrencia del aspecto objetivo y subjetivo

4. *Atribuibilidad*

Responsabilidad por el hecho: exigibilidad de otra conducta conforme a los parámetros sociales.

Supuestos que la excluyen: estado de necesidad exculpante, colisión de deberes exculpante, coacción y exceso en las causas de

Justificación

Culpabilidad:

Capacidad de culpabilidad (art. 34, inc. 1°, Cód. Pen.)

Conocimiento de la antijuricidad

Error de prohibición

Directo: sobre la existencia o validez de la norma

Indirecto: conoce la norma pero cree que su conducta está autorizada

1. Error sobre la existencia de una causa de justificación

2. Error sobre los presupuestos objetivos de justificación

Vencible: disminuye la culpabilidad y la pena

Invencible: excluye la culpabilidad y la pena

CAPITULO VIII

INDIGENAS Y DERECHOS EN LA ARGENTINA

Indígena es el originario de América en tiempos de su descubrimiento y colonización.⁵⁹ Lo que define a un grupo como indígena es la descendencia de poblaciones que habitaban una zona geográfica del país antes del inicio del periodo de colonización o del establecimiento de la actual frontera estatal. Además, que sus miembros mantengan, completamente o en parte, las prácticas y costumbres que les han sido heredadas por parte de sus antepasados pre-coloniales y los hacen diferentes de otros grupos humanos; es decir: sus creencias, lengua, formas de trabajo, formas de organización, instituciones políticas, entre otros.

También cabe considerar sus propias normas para resolver sus conflictos internos, que sus miembros se consideren a sí mismos como indígenas, y que esa condición de indígena sea aceptada por otros miembros de los pueblos indígenas al que pertenecen. Si se cumplen estos requisitos se aplican a éstos pueblos las normas vigentes sobre pueblos indígenas, tal como lo dispone el art. 1º del Convenio N° 169 de la OIT.

O sea que, el indígena es tal por que tiene conciencia de grupo y también porque los otros miembros del grupo lo consideran como indígena (aceptación como grupo). Ello excluye la posibilidad de calificar a una persona como indígena con criterios o valores externos, como el indicador genético, el indicador geográfico o el indicador sociológico.⁶⁰ El art. 1 de la Ley N° 24071 establece: El presente Convenio se aplica:

a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o

⁵⁹ El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas sostiene que los aborígenes son aquellos que están viviendo en sus propias tierras con anterioridad a la llegada de los conquistadores. Estos son "los descendientes de las personas que habitaban un país o una región geográfica en el momento que llegaron poblaciones de culturas u orígenes étnicos diferentes.

⁶⁰ Zamudio Teodora. Derecho de los pueblos indígenas. Publicación del Gob. Pcia. de Salta. Año 2006. Pag.55.-

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

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.

3.- La utilización del término "pueblos" en éste 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.

Por su parte y en cuanto al sistema penal la misma ley establece: Artículo 8 de la ley 24071:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus **costumbres o su derecho consuetudinario**.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus **costumbres e instituciones propias**, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los **derechos humanos** internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse **procedimientos** para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

El artículo 9 de la Ley N° 24.071 establece:

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente

reconocidos deberán respetarse los **métodos** a los que los pueblos interesados recorren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

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

En cuanto a la aplicación de los aspectos dogmáticos en nuestro país, el llamado “error de prohibición” no ha sido legislado como ocurriera por ejemplo en España. Su concepto surge de la Constitución Nacional. Ello así porque no es posible exigir la motivación del autor en la ley previa si antes no hay conocimiento de lo prohibido, de allí que la base del error de prohibición está en el art. 18 de la C.N y en los Tratados sobre DD.HH incorporados a ellos, como también en el art.19 de nuestra Constitución, como fundamento de la autonomía de la voluntad.

Así sólo es posible castigar a alguien si se le advirtió previamente de esa posibilidad, de lo contrario el sujeto está libre de actuar conforme a sus principios. debiendo efectuarse interpretaciones desde los arts. 34 y 35 del C.P. El art. 34 inc 1º del C.P. establece que no son punibles el que no haya podido en el momento del hecho... por error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. El artículo 35 C.Penal prescribe: El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o por imprudencia.

Algunos autores, sostienen que la pena debe reducirse en los términos del artículo precitado. Sin embargo, como algunos tipos penales no admiten la forma culposa, Eugenio Raúl, Zaffaroni propone la escala del 42 del C. Penal aplicable a la Tentativa. Lo primero parece lo más lógico aunque podría interpretarse el 35 del C. Penal como una forma de atenuación de la responsabilidad penal que considere el Error de Prohibición vencible.

Cabe resaltar nuevamente que la aplicación del error de prohibición como eximente o atenuante de responsabilidad, resulta de aplicación en los casos en los cuales el sujeto no haya comprendido la escala de valores de la cultura

dominante que se plasmo en norma positiva. Sin embargo, en aquellos casos donde puedan presentarse cuestiones de colisión de derechos entre la norma cultural con otros derechos humanos fundamentales, deberá darse preeminencia a éstos últimos ya que el “derecho indígena” también debe ser adecuado a nuestra Constitución: **“Es insostenible evocar tradiciones culturales para cubrir o intentar la justificación de violaciones a los derechos humanos universales.”(Cancado Trindade, A.A.⁶¹)**

La Cámara 2da en lo Criminal de Salta, en fecha 02/11/2005 en el caso Vargas, Felipe⁶² sostuvo: *“Resulta improcedente declarar la inimputabilidad del acusado respecto del delito contra la integridad sexual por el que viene acusado, cometido en contra de una sobrina suya menor de edad- en el caso se lo condenó por estupro-, por el hecho de pertenecer a una etnia de la zona en donde son aceptadas las relaciones entre parientes, si de la prueba colectada surge que el acusado internalizó lo suficientemente pautas de la cultura occidental y cristiana, pues según lo dispuesto por el Convenio No 169 de la OIT relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, para revertir el carácter de que se alega, es necesario que dichos agrupamientos no se hallen integrados todavía en la colectividad nacional y que su situación social, económica y cultural, les impida beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades que disfrutaban otros elementos de la población”*

Por su parte el **artículo 10 de la Ley N° 24071** establece que: Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta las características económicas, sociales y **culturales**. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento. El **artículo 41 del Código penal** menciona a **la costumbre** como elemento a tener en cuenta a los fines de la cuantificación de la pena⁶³

⁶¹ Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁶² La Ley Noa 2006 (junio) 507.-

⁶³ El art. 41 del C. P. establece que deberían tenerse en cuenta: la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño y del peligro causados; 2. La edad,

Dice Hilda Marcchiori⁶⁴ que “las observaciones de los psicólogos y antropólogos en las distintas culturas nos proporcionan innumerables ejemplos de la influencia que sobre la cultura tienen los sistemas de referencia culturales. Sociológicamente el individuo está influenciado por todos aquellos grupos con los que comparte el mismo tipo de conducta”

Fleming y López Viñals⁶⁵ al hablar de la costumbre como elemento a tener en cuenta en la cuantificación de la pena, resaltan que ella junto con la educación deben ser cuidadosamente valoradas, analizando que, si las costumbres han de ser ponderadas, ellas puedan dar al sujeto un contexto referencial contrapuesto a los mandatos normativos que es necesario considerar.

la educación, **las costumbres** y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en las que hubiere incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias tiempo, lugar modo y ocasión ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar contacto directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

⁶⁴ Marchori Hilda, las circunstancias para la individualización de la pena. Ed. marcos Lerner. Pag. 24

⁶⁵ Fleming A., López Viñals P. las penas. Ed. Rubinzal Culzoni. Año 2009. Pag. 299.

CAPITULO VII

INDIGENAS, GARANTIAS SISTEMA INTERMERICANO Y FEDERALISMO

Es necesario decir que los Indígenas realizan el uso alternativo del Derecho Oficial con frecuencia para denunciar ante la sociedad nacional e internacional las violaciones a sus derechos, sosteniendo y defendiendo sus propios derechos y garantías.

Ha quedado establecido por nuestra normativa constitucional -art. 75 in. 22- que nuestro país adhiere al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El mismo establece que los órganos de control competentes son la Comisión y la Corte Interamericana, y que, a los fines de someter una cuestión a conocimiento de ellas, resulta necesario se agoten los recursos internos. Como ya resaltáramos en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa c/ Paraguay, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo la necesidad de asegurar los derechos de los pueblos indígenas

Nuestro país, como otros países latinoamericanos, tiene adoptada una organización federal. Dicha organización ha generado numerosas intervenciones de la Comisión Interamericana, y hasta se ha expedido la Corte respecto del modo de interpretación de la Convención en algunos casos como “Pentenciarías de Mendoza” y “Garrido y Baigorria” de la Pcia. de Mendoza.

En tal sentido es que la Convención ha previsto en el artículo 28 inc. 1 que:

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

La Convención ha preestablecido normativa propia para los estados federados o provincias en el art 28 :

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus

leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

Las disposiciones del art. 28 deben interpretarse de consuno con los arts. 1 y 2 de la Convención los cuales se transcriben para mejor ilustración⁶⁶, debiendo tenerse presente la importancia de la cuestión en la materia que tratamos ya que en tanto si bien existen el fuero provincial y el federal, será en el primero - por ser el ordinario- donde se presenten la mayor cantidad de casos adonde se pudieran generar los conflictos de derechos de los que venimos hablando.

El Estado Nacional es responsable porque se comprometió a tomar todas las medidas para que produzca una verdadera adecuación de la normativa. Lo contrario facilitaría la eximición de la responsabilidad internacional que genera la Convención. La clausula federal podrá servir para deslindar responsabilidades al interior del estado federal, pero no para crear un vacío de responsabilidad internacional.

La cuestión ha sido vastamente tratada por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que solo cabe acatarla en todo el territorio. El Convenio 169 establece la protección judicial de todos los derechos indígenas, incluyendo los derechos económicos, sociales culturales. Dicha protección impone el acceso a un recurso sencillo, rápido y efectivo (artículo 25 de la CADH) con todas las garantías del debido proceso. El Comité de expertos de la OIT requiere de los Estados, que informen acerca del cumplimiento del Convenio por los tribunales nacionales.

⁶⁶ Artículo 1. *Obligación de Respetar los Derechos.* 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Artículo 2. *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.* Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En el caso de las Penitenciarías de Mendoza, la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁹ sostuvo: “... El Estado no puede alegar razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento de las medidas ordenadas de modo que no se produzca ninguna muerte más. Tampoco puede alegar el Estado la descoordinación entre autoridades federales y provinciales para evitar las muertes y actos de violencia que han continuado ocurriendo durante la vigencia de éstas. Más allá de la estructura unitaria o federal del estado Parte de la Convención, ante la jurisdicción internacional es el estado como tal el que comparece ante los órganos de supervisión de aquel tratado y es éste el único obligado a adoptar las medidas. La falta de adopción por el estado de las medidas provisionales compromete la responsabilidad internacional del mismo.”

“La interacción de los arts. 31 y 28 de la C.N. establece un orden jerárquico por el cual la preceptiva procesal, ligada a la protección efectiva de los derechos humanos, es de aplicación operativa en todos los sistemas y subsistemas judiciales en todo su territorio. Toda disposición local debe ser interpretada en clave constitucional.”⁷⁰

⁶⁷ Rossi Juan José. Los Wichi (Mataco). Ed. Galerna Búsqueda de Ayllu. Año 2003. Pag. 153.

⁶⁸ Albanese Susana. Derechos de los pueblos indígenas en: Los Tratados de derechos humanos en el ámbito local. Abramovich V, Bovino A, Courtis C. Ed. Del Puerto. Año 2007, pag.785.-

⁶⁹ CoIDH. Sentencia sobre medidas Provisionales del 30 de marzo de 2006, parr 11.-

⁷⁰ Fleming A. López Viñals P. Garantías del Imputado. Ed Rubinza Culzoni. Año 2007. Pag. 494

CAPITULO IX

CONCLUSION

Es innegable el exterminio, el verdadero genocidio físico y cultural que significó la conquista y colonización de América. La necesidad de avanzar sobre territorios y bienes arrolló con todo lo que encontraba en el camino⁷¹. Hoy, luego de varios siglos y de tantas más crueldades humanas que acontecieran nos encontramos en el punto de posibilitar una compensación a la prolongada opresión que sufrieran nuestros pueblos originarios, mandando la Constitución a respetar sus derechos.

Lo expuesto permite sostener que a la hora de juzgar a un miembro de una comunidad aborígen deberemos recurrir a nuestro ordenamiento jurídico: Constitución Nacional, Ley No 24071 que aprueba el Convenio N° 169 de la OIT, Código Penal y Procesal Penal, y en función de la conducta reprochable atribuible a éste sujeto, efectuar un análisis desde la perspectiva de los Derechos Humanos y la legalidad teniendo en cuenta la Diversidad Cultural.

Esta nueva forma de pensar y aplicar el derecho que se nos propone con la incorporación del mencionado paradigma desde nuestra Constitución nos da la oportunidad histórica de conciliar y reconciliar la diversidad poblacional y cultural de nuestro país y superar la sofocación que sufren nuestros pueblos originarios, en un solo y mismo entendimiento para poder construir un futuro democrático y pluricultural en armonía.

Pero dicha forma de pensar, no debe entenderse en términos de victimización, ni generar nuevas víctimas. Tampoco debe entenderse en términos de "los unos y los otros" ni interpretarse la cuestión cultural como algo ontológicamente independiente del contexto social y cultural en su conjunto. Es necesario partir de la base que: "la cultura no puede ser vista como algo "puro" separado de otras influencias". Se afirma que presentar a las identidades y prácticas como enraizadas en la tradición y de alguna manera autónoma del estado es ignorar la relación mutuamente constitutiva entre las prácticas

⁷¹

Rossi Juan José. Los Wichi (Mataco). Ed. Galerna Búsqueda de Ayllu. Año 2003. Pag. 153.

estatales y las identidades indígenas. Se trata del dialogo constante de las culturas⁷²

Además, debe estar siempre presente que, la responsabilidad por la humanidad es de todos, y que se nutre del modo de ejercicio de la libertad que hace cada uno. Con Luigi Ferrajoli reflexionamos: “Es precisamente por el hecho de que la humanidad no está hermanada por la condisión de los mismos valores, sino que está por el contrario dividida por el pluralismo de los valores y de las respectivas culturas... Y es precisamente la total heterogeneidad y la natural conflictividad entre culturas y valores distintos, lo que conforma el fundamento racional, hobbesiano, del constitucionalismo de los derechos, así como de la recíproca garantía de las diferencias, como condiciones para la convivencia pacífica y como alternativas a la guerra”⁷³

Dra. Griselda Beatriz Nieto

Dr. ABEL FLEMING
DIRECTOR

⁷² Albanese Susana. Derechos de los pueblos indígenas en: Los Tratados de derechos humanos en el ámbito local. Abramovich V, Bovino A, Courtis C. Ed. Del Puerto. Año 2007, pag.785.-

⁷³ Ferrajoli Luigi. Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo. Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XLI, num.122, mayo- agosto de 2008, pp 1135-1145.-

ANEXO

LA POBLACION INDIGENA EN LA ARGENTINA

Fuente: INDEC. Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas (ECPI) 2004-2005 - Complementaria del Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2001.

Etnia	Provincia	Población
ava guaraní	Jujuy y Salta	16558
	C.A.B.A. y Gran Bs.As.	2868
chané	Salta	2097
charrúa	Entre Ríos	676
chorote	Salta	2147
chulupí	Formosa y Salta	440
comechingón	Córdoba	5119
diaguita calchaquí	Jujuy, Salta y Tucumán	13977
	Catamarca, Córdoba, La Rioja, Santa Fe y Santiago del Estero	5967
	C.A.B.A. y Gran BsAs	5738
guaraní	Jujuy y Salta	6705
	C.A.B.A. y Gran BsAs	9089
huarpe	Mendoza, San Juan y San Luis	12704
	C.A.B.A. y Gran BsAs	1134
Kolla	Jujuy y Salta	53019
	C.A.B.A. y Gran BsAs	10829
mapuche	Chubut, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego	76606
	La Pampa y Buenos Aires	19689
	C.A.B.A. y Gran BsAs	8693
mbyá guaraní	Misiones	4083
mocoví	Chaco y Santa Fe	12145
Ona	Tierra del Fuego	391
pilagá	Formosa	3948
rankulche	La Pampa	4573
tapiete	Salta	484
tehuelche	Chubut y Santa Cruz	4300
	C.A.B.A. y Gran BsAs	1637
Toba	Chaco, Formosa y Santa Fe	47591
	C.A.B.A. y Gran BsAs	14456
tupi guaraní	Jujuy y Salta	6444
	C.A.B.A. y Gran BsAs	8478
wichí	Salta, Chaco y Formosa	36135
TOTAL	ARGENTINA	398.720

Ubicación actual de los Pueblos Indígenas Argentinos.



**Informes sobre Peticiones y Casos ante la Comisión Interamericana de
Derechos Humanos referidas a Indígenas**

- [Casos enviados a la Corte IDH](#)
- [Informe de Admisibilidad No. 144/10](#), Petición No. 1579/07 - Vecinos de la Aldea Chichupac y Caserío Xeabaj del Municipio de Rabinal (Guatemala), 1 de noviembre de 2010.
- [Informe de Admisibilidad No. 146/10](#) **Ciulebra y otros (Masacre de Acteal)**, (México), 1 de noviembre de 2010.
- [Informe de Admisibilidad No. 125/10](#), Petición No. 250/04 - Pueblos Indígenas de Raposa Serra do Sol (Brasil), 23 de octubre de 2010.
- [Informe de Admisibilidad No. 72/10](#), Petición No. 161/01 - Irineo Martínez Torres y Candelario Martínez Damián (México), 12 de julio de 2010.
- [Informe de Admisibilidad No. 63/10](#), Petición No. 1119/03 – Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros (Honduras), 24 de marzo de 2010.
- [Informe de Admisibilidad No. 141/09](#), petición No. 415/07 – Comunidad Agrícola Diaguita de los Huascoltinos y sus miembros (Chile), 30 de diciembre de 2009.
- [Informe de Admisibilidad No. 121/09](#), Petición No. 1186/04 – Opario Lemote Morris y otros (Buzos Miskitos) (Honduras), 12 de noviembre de 2009.
- [Informe de Admisibilidad No. 105/09](#), Petición No. 592/07 – Grupo de Tratado Hul’qumi’num (Canadá), 30 de octubre de 2009.
- [Informe de Admisibilidad No. 98/09](#), Petición No. 4355/02 – Pueblo indígena Xucurú (Brasil), 29 de octubre de 2009.
- [Informe de Admisibilidad No. 75/09](#), Petición No. 286-08 – Comunidades indígenas Ngöbe y sus miembros en el valle del río Changuinola (Panamá), 5 de agosto de 2009.
- [Informe de Admisibilidad No. 58/09](#), Petición No. 12.354 – Pueblo indígena Kuna de Madungandí y Embera de Bayano y sus miembros (Panamá), 21 de abril de 2009.

- [Informe de Admisibilidad No. 49/08](#), Petición No. 261/04 – Ricardo Ucán Seca (México), 24 de julio de 2008.
- [Informe de Admisibilidad No. 13/08](#), Petición No. 844/05 – Comunidad de Río Negro del pueblo indígena Maya y sus miembros (Guatemala), 5 de marzo de 2008.
- [Informe de Admisibilidad y Fondo No. 80/07](#), Caso no. 11.658 – Martín Pelicó Coxic (Guatemala), 15 de octubre de 2007.
- [Informe de Admisibilidad No. 76/07](#), Petición No. 198/07 – Pueblos Kaliña y Lokono (Suriname), 15 de octubre de 2007.
- [Informe de Admisibilidad No. 55/07](#), Petición No. 987/04 – Comunidad indígena Kelyenmagategma del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros (Paraguay), 24 de julio de 2007.
- [Informe de Admisibilidad No. 39/07](#), Petición No. 1118/03 – Comunidad Garífuna de Cayos Cochinos y sus miembros (Honduras), 24 de julio de 2007.
- [Informe de Admisibilidad No. 33/07](#), Petición No. 581-05 – Víctor Manuel Ancalaf Llaupe (Chile), 2 de mayo de 2007.
- [Informe de Admisibilidad No. 32/07](#), Petición No. 429-05 – Juan Patricio Marileo Saravia y otros (Chile), 23 de abril de 2007.
- [Informe de Admisibilidad No. 7/07](#), Petición No. 208/05 – Florencio Chitay Nech y otros (Guatemala), 27 de febrero de 2007.
- [Informe de Admisibilidad No. 94/06](#), Petición No. 540/04 – Inés Fernández Ortega y otros (México), 21 de octubre de 2006.
- [Informe de Admisibilidad No. 93/06](#), Petición No. 972/03 – Valentina Rosendo Cantú y otros (México), 21 de octubre de 2006.
- [Informe de Admisibilidad No. 89/06](#), Petición No. 619/03 – Aniceto Norín Catrimán y Pascual Pichún Paillalao (Chile), 21 de octubre de 2006.
- [Informe de Admisibilidad No. 80/06](#), Petición No. 62/02 – Miembros de la comunidad indígena de Ananas y otros (Brasil), 21 de octubre de 2006.

- [Informe de Admisibilidad No. 78/06](#), Petición 12.094 – Comunidades aborígenes Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) (Argentina), 21 de octubre de 2006
- [Informe de Admisibilidad No. 29/06](#), Petición No. 906-03 – Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros (Honduras), 14 de marzo de 2006.
- [Informe de Admisibilidad No. 69/04](#), Petición No. 504/03 – Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros (Perú), 15 de octubre de 2004.
- [Informe de Admisibilidad No. 62/04](#), Petición No. 167/03 – Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros (Ecuador), 13 de octubre de 2004.
- [Informe de Admisibilidad No. 74/03](#), Petición 790/01 – Grand Chief Michael Mitchell (Canada), 22 de octubre de 2003.
- [Informe de admisibilidad No. 12/03](#), Petición 0322/01 – Comunidad indígena Sawhoyamaxe del pueblo Enxet (Paraguay), 20 de febrero de 2003
- [Informe de admisibilidad No. 11/03](#), Petición 0326/01 – Comunidad indígena Xákmok Kásek del pueblo Enxet (Paraguay), 20 de febrero de 2003
- [Informe de Admisibilidad No. 10/03](#), Caso No. 12.185 – Tomás de Jesús Barranco (México), 20 de febrero de 2003
- [Informe de Admisibilidad No. 09/02](#), Caso No. 11.856 – Aucan Huilcaman y otros (Chile), 27 de febrero de 2002.
- [Informe de Admisibilidad No. 2/02](#), Caso No. 12.313 – Comunidad indígena Yakye Axa del pueblo Enxet-Lengua (Paraguay), 27 de febrero de 2002.
- [Informe de Admisibilidad No. 125/01](#), Caso No. 12.388 – YATAMA (Nicaragua), 3 de diciembre de 2001.
- [Informe de Admisibilidad No. 124/01](#), Caso No. 12.387 – Alfredo López Álvarez (Honduras), 3 de diciembre de 2001.
- [Informe de Admisibilidad y Fondo No. 59/01](#), Casos 10.626, 10.627, 11.198, 10.799, 10.751 y 10.901 – Remigio Domingo Morales y otros (Guatemala), 7 de abril de 2001.

- [Informe de Admisibilidad No. 78/00](#), Caso No. 12.053 – Comunidades Indígenas Mayas y sus miembros (Belice), 5 de octubre de 2000.
- [Informe de Admisibilidad y Fondo No. 36/00](#), Caso 11.101 – Masacre “Caloto” (Colombia), 13 de abril de 2000.
- [Informe de Admisibilidad No. 26/00](#), Caso 11.821 –Aldea de Moiwana (Suriname), 7 de marzo de 2000.
- [Informe de Admisibilidad No. 129/99](#), Caso 11.565 – Ana, Beatriz y Celia González Pérez (México), 19 de noviembre de 1999
- [Informe de Admisibilidad No. 99/99](#), Caso 11.140 – Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de septiembre de 1999.
- [Informe de Admisibilidad No. 31/99](#), Caso 11.763 – Masacre de Plan de Sánchez (Guatemala), 11 de marzo de 1999
- [Informe de Admisibilidad No. 19/98](#), Caso No. 11.516 – Ovelário Tames (Brasil), 21 de febrero de 1998.
- [Informe de Admisibilidad y Fondo No. 11/98](#), Caso No. 10.606 – Samuel de la Cruz Gómez (Guatemala), 7 de abril de 1998.
- [Informe de Admisibilidad y Fondo No. 1/98](#), Caso No. 11.543 – Rolando Hernández Hernández (México), 5 de mayo de 1998.
- [Informe de admisibilidad No. 25/96](#), caso No. 11.411, Severiano Santiz Gómez y otros – “Ejido Morelia” (México), 29 de abril de 1996.

Sentencias de la Corte Interamericana

2010

- [Caso ChitayNech y otros Vs. Guatemala.](#)
Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212

2008

- [Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala.](#)
Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190
- [Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam.](#)
Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185
- [Caso Escué Zapata . Vs. Colombia.](#)
Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 5 de mayo de 2008 Serie C No. 178

2007

- [Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam.](#)
Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172
- [Caso Escué Zapata Vs. Colombia.](#)
Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165

2006

- [Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxe Vs. Paraguay.](#)
Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146
- [Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam.](#)
Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 8 de febrero de 2006 Serie C No. 145

- [Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.](#)
Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142
- [Caso López Álvarez Vs. Honduras.](#)
Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141

2005

- [Caso Yatama Vs. Nicaragua.](#)
Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127
- [Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.](#)
Fondo Reparaciones y Costas.
Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125
- [Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam.](#)
Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124

2004

- [Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala.](#)
Reparaciones y Costas.
Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116
- [Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala.](#)
Fondo.
Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105

2002

- [Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala.](#)
Reparaciones y Costas.
Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91

2001

- [Caso de la Comunidad Mayagna \(Sumo\) Awas Tingni Vs. Nicaragua.](#)
Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79

2000

- [Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala.](#)
Fondo.
Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70
- [Caso de la Comunidad Mayagna \(Sumo\) Awas Tingni Vs. Nicaragua.](#)
Excepciones Preliminares.
Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66

1993

- [Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam.](#)
Reparaciones y Costas.
Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15
- [Caso Cayara Vs. Perú.](#)
Excepciones Preliminares.
Sentencia de 3 de febrero de 1993. Serie C No. 14

1991

- 1991 : [Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Fondo.](#)
Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11

Bibliografía consultada:

Abramovich Víctor, Alberto Bovino, Cristian Courtis. Compiladores. La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local, la experiencia de una década. ED. del Puerto. Año 2007.

Albanese Susana. Garantías Judiciales. ED. Ediar. Año 2007.

Ambos Kai. La Parte General del Derecho penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática. ED. Mastergraf-Uruguay. Año 2005.

Anitua Gabriel Ignacio. Historia de los pensamientos criminológicos. ED. del Puerto. Año 2005.

Becerra Nicolás. Derecho penal y Diversidad Cultural. Ed. Ciudad Argentina. Año 1996.

Binder Alberto. Derecho procesal penal Argentino. ED. Ad- hoc. Año 2005.-

Carrió Alejandro. Garantías Constitucionales en el proceso penal. ED. Hammurabbi. Año 2006.

Colautti Carlos E. Derechos Humanos Constitucionales. Ed. Rubinzal Culzoni. Año 1999.

Chiara Díaz. Carlos Eduardo. Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva. Ed. Nova tesis. Año 2007.-

Sagues Néstor. Derechos Humanos Constitucionales. Elementos de Derecho Constitucional. Ed. Astrea. 1997. Tomo I y II.

Clemente. JL. Y GS Romero. ED. Verner. El delito de usurpación. Aspectos sustanciales y procesales. Ed. Lerner S.R.L. Año 2005.

Donna Eduardo. Derecho penal. Parte General. Ed. Rubinzal Culzoni. Tomos I a IV. Año 2006,2008.

Ferrajoli Luigi. Teoría del garantismo penal. Derecho y Razón. Ed. Trotta. Año 1998.

Fuente Javier Esteban de la. El aspecto subjetivo de las causas de Justificación. ED. Rubinzal Culzoni. Año 2008.

Fleming Abel, López Viñals Pablo. Garantías del Imputado. Ed. Rubinzal Culzoni. Año 2007.

Fleming Abel, López Viñals Pablo. Las penas. Ed. Rubinzal Cuzoni. Año 2008.

Jackobs Gunter. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación. Ed. Marcial Pons. Año 1997.

Meyer Julio. Garantías constitucionales en el proceso penal. ED. Hamurrabi. Bs. As. Año 1989.

García Vittor. Enrique. Diversidad Cultural y Derecho penal. ED. Universidad del Litoral. Año 1994.-

Gouvert Juan. Hacia una efectiva vigencia de los derechos Indígenas en el sistema penal argentina... La Ley- Sup- Act. 12/11/09.

Hualpa, Eduardo R. Jueces, Pueblos Indígenas y derechos. – Sup. Cons. 01/01/09. La Ley – 2009-A-1223.

Marchiori Hilda. ED. Marcos Lerner. Las circunstancias de individualización de la pena. Ed. 1983 Año.-

Nieto Griselda. Garantías procesales y detención de aborígenes en la mirada de los derechos humanos. Trabajo final de la cátedra de Derechos Humanos de la especialización en Ciencias penales de la UCASAL.-Septiembre de 2.008.-

Nieto Griselda. La cuestión Indígena en el siglo XXI. Trabajo final de Historia de los pensamientos criminológicos de la especialización en Ciencias Penales Ucasal. 2008.

Pino Enrique Bernabé. Delito y pena en nuestros aborígenes. Cangrejal Editores. Año 1989.

Zaffaroni Eugenio R. Alejandro Plagia, Alejandro Blokar. Derecho Penal. Parte General. ED. Ediar. Año 2002.

Zamudio Teodora. Derecho de los Pueblos Indígenas. Publicación del Gobierno de la provincia de Salta. Año 2006.

