

## INDICE

<b>Abstract</b>	<b>1</b>
<b>I - Presentación</b>	<b>1</b>
<b>II - Multiculturalismo, Diversidad Cultural e Indigenismo</b>	<b>3</b>
A) Nociones Preliminares	<b>3</b>
B) Valoración Constitucional de la Diversidad Cultural Indígena Argentina	<b>4</b>
C) El alumbramiento histórico de un nuevo Principio Constitucional	<b>7</b>
<b>III- La entraña Indígena de la Argentina Actual: caracterización elemental de la Indigenidad Nacional</b>	<b>9</b>
<b>IV- Diversidad Cultural e Indigenismo frente a los Principios Constitucionales de Legalidad, Igualdad y Culpabilidad</b>	<b>9</b>
A) Legalidad	<b>14</b>
B) Igualdad	<b>18</b>
C) Culpabilidad	<b>18</b>
<b>V- Lineamientos Generales de la Cuestión Penal Indígena</b>	<b>21</b>
<b>A) Aspectos de Derecho Penal Sustantivo</b>	<b>22</b>
a) Causal de Inimputabilidad	<b>22</b>
b) Causal de Justificación	<b>24</b>
c) Causal de Inculpabilidad	<b>25</b>
1) Error de comprensión culturalmente condicionado	<b>25</b>
2) Error sobre la existencia de una causa de justificación	<b>25</b>
3) Inexigibilidad de otra conducta por condicionamiento cultural determinante	<b>26</b>
4) Conciencia disidente	<b>26</b>
d) Nuestra Opinión	<b>26</b>
<b>B) Aspectos de Derecho Procesal Penal</b>	<b>27</b>
<b>VI- Valoración Final</b>	<b>30</b>

**DIVERSIDAD CULTURAL E INDIGENISMO en la ARGENTINA: una aproximación conceptual al estudio de la Responsabilidad Penal del Indígena a partir del Derecho Constitucional - Repercusiones en la Teoría del Delito.**

**por Jorge I. González Ferreyra Solá**

*A mis hijas, Trinidad y Mercedes: lo más puro, bello y sagrado que me dio la Vida...; y a su madre, María Belén, por los dulces años de amor, compañía y comprensión que me regaló...*

*A los auténticos Indígenas de mi Patria, cuya prístina voz suele permanecer oculta y enmudecida en la silente espesura de las selvas..., en la infinita llanura de las pampas..., en la parda y virginal desnudez de la montaña..., o en el atávico y telúrico determinismo cultural de sus hijos que cultivan y conservan las costumbres y creencias de sus mayores, viviendo comunitariamente, según sus enseñanzas, en campos, poblados y ciudades...*

El **indigenismo**, en tanto “...tendencia cultural inspirada en el conocimiento y valoración de las civilizaciones aborígenes americanas...” (Bernard), refiere una particular especie de diversidad cultural que admite consideraciones histórico-jurídicas, antropológico-sociológicas y político-sociales. El presente ensayo discurrirá alternativamente, aunque en medida en extremo somera, por todas las sendas temáticas aludidas, pero privilegiará, naturalmente, la ponderación crítica del aspecto jurídico en su dimensión constitucional-penal. Partiendo desde la óptica constitucional y de los postulados de *igualdad* y *pluralidad cultural*, se advertirá que la reforma fundamental de 1994 ha fijado nuevos conceptos que han dado forma a un nuevo principio constitucional: el *beneficium homine indigena*, que obliga a dispensar un trato favorable, considerado y benigno al indígena (*beneficium indigenae*), proyectando su eficacia beneficiante a todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional, en general, y adquiriendo especial significación en el ámbito jurídico-penal. En la órbita propiamente criminal se expondrán sucintamente las principales soluciones dogmáticas aportadas por la doctrina y la legislación penal comparada frente a la *cuestión penal indígena* y se concluirá que el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional irradia su estela de luz hacia todo el universo penal e impone, por tanto, el deber de brindar un tratamiento jurídico diferenciado a los casos penales con elementos indígenas.

## **I PRESENTACIÓN**

El tópico que ponemos a consideración del lector admite, como pocos, un abordaje epistemológico multidisciplinario revelador de su inusitada riqueza temática y de una apasionante complejidad analítica. Su estudio nos coloca frente a un inagotable universo conceptual que sugiere incesantemente nuevos desafíos investigativos; su elucidación científica concita la atención privilegiada de la antropología -filosófica y sociológica-, la arqueología, la etnografía, la sociología, la psicología, el folklore y, entre muchas más, las Ciencias Jurídicas. Dentro del espectro teórico de estas últimas, la *diversidad cultural* y el *fenómeno indigenista* son susceptibles de enfoques diversos, pudiendo ser valorados tanto desde la perspectiva ius-publicística (político-constitucional, administrativa, procesal, penal, etc.) como

desde la atalaya del derecho privado (laboral, comercial, agrario y, fundamentalmente, civil).

Los acotados límites de la indagación propuesta vienen naturalmente impuestos por la locución que intitula estas líneas y por los modestos alcances empíricos que persigue su difusión. En consecuencia, nuestro cometido primordial se reducirá a presentar un *trabajo de síntesis* que amalgame la exposición concisa de problemas, principios, soluciones y criterios con la propia valoración de la cuestión, al tiempo que suscite en el lector una reflexión comprometida y meditada acerca de una problemática actual de marcada raigambre constitucional y de innegable trascendencia socio-cultural y jurídico-política.

Por cierto que el tema convocante no pretende ser novedoso, ni mucho menos, pues ya hacia 1941 Luis Jiménez de Asúa enfatizaba la prefiguración de un “...*moderno derecho penal indiano*” (en prólogo al libro “Responsabilidad Penal de los Indígenas”, de José Medrano Ossío) y años más tarde intitularía el capítulo respectivo de su monumental tratado bajo el epígrafe *Derecho Penal Aborígen*<sup>1</sup>. Pero sí resulta novedoso, en cambio, el reciente reconocimiento constitucional -a nivel nacional- de la *preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos* (art. 75 inc. 17 de la Const. Nac.). Tal *declaración fundamental* vino a emplazar al fenómeno indigenista en un sitial de jerarquía dentro de la *axiología constitucional*, reconociéndose la valía moral, social y política de la “condición indígena”, reputada a partir de 1994 (de modo categórico y expreso en el texto constitucional) como *valor* digno de consideración, respeto y protección por parte de todos los habitantes; como “status” (personal -de cada indígena- y social -de la tribu o comunidad-) merecedor de tutela, favor y garantía por parte del Estado. Desde entonces, no se podrá ya pretender negar o desconocer la *dignidad de los hombres, mujeres y niños indígenas*, ni su derecho a “ser culturalmente diferentes” y a vivir según esa diversidad socio-cultural, como tampoco se podrá resistir la vigencia del principio liberal-social de *igual dignidad de las culturas* (arts. 16 y 75 inc. 19 de la Const. Nac.), que da sentido jurídico y sustento político-constitucional a la pluri-etnicidad y al multiculturalismo que caracterizan la conformación demográfica de nuestro país.

En la faz metodológico-argumentativa de este ensayo debo aclarar que se ha optado por complementar el discurso principal con notas marginales a veces extensas a fin de que quien consulte este estudio ejerza libremente, según su deseo y conveniencia, la opción de seguir sólo una línea de lectura esencial, con prescindencia de las acotaciones inferiores, o bien respaldar la argumentación central con la información brindada al pie de página.

Por último, y concluyendo estas líneas de presentación, debo advertirle al lector que en la presente monografía me propongo encarar el análisis de algunos aspectos salientes de la llamada *cuestión indígena* con verdadera honestidad intelectual y con sincera devoción por el más preclaro saber jurídico, alejado de cualquier equívoca desviación ideológica pregonera de vacuas declamaciones utilitaristas, reivindicativas de meros “beneficios sociales” y constructora del más

---

<sup>1</sup> En esa, su gran obra, el eminente jurista hispano-americano deja entrever la bastísima producción bibliográfica -de la más variada índole- que despertara el tema en estudio, refiriendo las siguientes voces compuestas denominativas de la cuestión bajo examen: “*Derecho Penal de América Latina*”, “*Derecho Penal Latinoamericano*”, “*Derecho Pre-hispánico*”, “*Justicia Araucana*”, entre otras. JIMENEZ DE ASÚA, Luis, “TRATADO DE DERECHO PENAL”, Ed. LOSADA S.A., Bs. As., 1964, 4ª Edición Actualizada, T. I, pág. 911 y ss.

vituperable “clientelismo político”, plasmada, muchas veces, en viciosas prácticas políticas de perfil demagógico que terminan denigrando y denostando al *indigenismo*<sup>2</sup> de auténtico cuño.

## II MULTICULTURALISMO, DIVERSIDAD CULTURAL E INDIGENISMO

### A) Nociones Preliminares

Resulta notorio el hecho de que los argentinos vivimos en un Estado multicultural (o pluricultural) y pluri-étnico. Desde los tiempos coloniales el continente americano se convirtió en fecundo crisol de razas que se fundieron y entrecruzaron vivamente, circunstancia que confirió -desde entonces y hasta la actualidad- variada fisonomía étnica y cultural a los conglomerados humanos urbanos y rurales que habitan en los distintos centros poblacionales del “Nuevo Mundo”. En efecto, países como México, Guatemala, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Honduras, Panamá, Nicaragua, El Salvador, Brasil, Perú, Bolivia, Paraguay, Chile y Argentina, han sentido fuertemente el impacto demográfico de la diversidad cultural a través de largos procesos de mestizaje (entrecruzamiento racial), más o menos intensos, signados por la continua recepción de contingentes inmigratorios de diversa ascendencia cultural procedentes de las más variadas urbes planetarias<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Tal giro lingüístico deriva idiomáticamente de su raíz castellana: la voz *indígena*, que significa “nativo, natural u originario del país”, y que tiene en el término “aborigen” una expresión sinónima que adjetiva la condición de quien es “originario del suelo en que vive...primitivo morador de un país”. El *indigenismo*, en tanto “...tendencia cultural inspirada en el conocimiento y valoración de las civilizaciones aborígenes americanas...” (Bernard), admite consideraciones histórico-jurídicas, antropológico-sociológicas y político-sociales. Nuestro estudio discurrirá alternativamente, aunque en medida en extremo somera, por todas las sendas temáticas aludidas, pero privilegiará, naturalmente, la ponderación crítica del aspecto jurídico en su dimensión constitucional-penal.

Desde esa peculiar mirada, la cuestión indígena se enmarca dentro del moderno *constitucionalismo social* y su reconocimiento en el máximo nivel de jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico-positivo deviene acorde con el ideario inspirador de la democracia social y con las pautas definitorias del llamado *Estado Social de Derecho* (art. 1º, in fine, de la Constitución de Salta), concepciones político-constitucionales que agregan a la clásica exaltación de la dignidad, “igualdad formal”, libertad y seguridad individuales, los postulados axiales de solidaridad, tolerancia, pluralismo y cooperación social, potenciando el fundamental principio de Igualdad Material (o real) -en sus múltiples proyecciones (social, cultural, política, jurídica, económica, etc.)- ante los distintos órganos del poder estatal (sobre el particular puede consultarse BERNARD (h), Tomás Diego, voz Indigenismo, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1967, T. XV, pág. 491 y ss.).

<sup>3</sup> Al respeto, se ha señalado la existencia de dos procesos de mestizaje bien marcados en la región finalmente constitutiva del territorio de nuestro país: una primera mestización “hispano indígena”, definidora de nuestra matriz cultural primaria; y una segunda mestización, generada durante la época de la “gran inmigración” (entre 1870 y 1920), de la cual resultara nuestra matriz cultural secundaria (MARTINEZ SARASOLA, Carlos, “Nuestros Paisanos los Indios”, Ed. EMECÉ, Bs. As., 1993, pág. 15 y ss.).

Con respecto a la conformación poblacional indígena actual de algunos de los países mencionados en el texto principal, resulta ilustrativo brindar los siguientes datos: Perú cuenta con 72 pueblos indígenas que suman una cantidad aproximada de 8.500.000 indígenas (que representan el 32,3 % del total de habitantes del país); Colombia tiene 81 pueblos indígenas con 892.631 habitantes aborígenes (que equivalen al 2,9 % de la población nacional); Nicaragua cuenta con 9 pueblos indígenas con 443.847 pobladores autóctonos (que suman el 8,6 % del total); y en Panamá hay 6 pueblos indígenas con una densidad demográfica de 285.231 habitantes (cifra que traduce un peso demográfico del 10%) -esta información

La materia de que trata este ensayo guarda relación de especialidad respecto del “género” que representan el **Multiculturalismo** (*pluralidad cultural cuantitativamente considerada* -o sea, “cantidad de culturas”-) y la **Diversidad Cultural** (*variedad cultural cualitativamente diferenciada* -o sea, “culturas diferentes”-). En consecuencia, abordaremos un pequeño capítulo (la cuestión penal) de una particular especie de diversidad cultural (la indígena), por lo que bien podríamos denominar a este brevísimo opúsculo: **“La Cuestión Penal Indígena”**.

El pluriculturalismo fáctico o sociológico de nuestro país (que es también, de alguna manera, consecuencia y proyección de su *pluri-etnicidad*) tuvo valioso reconocimiento constitucional en la reforma del año 1994. En efecto, el art. 75 inc. 19 *in fine* de la Const. Nac. previó entre las atribuciones del Congreso la de *“Dictar leyes que protejan la **identidad y pluralidad cultural**...”*. Antes de precisar el sentido de los términos constitucionales, digamos que “cultura”, en su sentido más amplio y difundido, es el *“conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”*<sup>4</sup>.

Sobre la base de tal concepto, podemos definir a la *identidad cultural* como la “esencia” definitoria, caracterizadora y distintiva de la cultura de un determinado grupo humano; algo así como su fundamento genético (en términos sociológicos) y su conformación celular o molecular (en términos culturales), es decir, su *ADN socio-cultural* (pretérito y presente). La *pluralidad cultural*, en cambio, alude a la variedad y diversidad de agrupamientos humanos con reconocida *identidad cultural* que coexisten en un determinado territorio y a la tolerante y respetuosa aceptación de tal variedad cultural, siempre, claro está, que las creencias, prácticas y costumbres implicadas en un grupo sub-cultural no atenten contra la dignidad humana y sus derechos fundamentales. En tal sentido, puede citarse, a mero título de ejemplo, una amplia gama de diversos agrupamientos socio-culturales entre los que cabe mencionar a los *gitanos, indígenas, comunidades criollas (gauchas) alejadas de los centros urbanos y enclavadas en montes o en zonas de montaña; algunas colonias o colectividades de extranjeros o descendientes de inmigrantes; miembros de determinadas religiones; integrantes de grupos hippies que deciden asociarse comunitariamente y adoptar un determinado tipo de vida cultural -como la “Comunidad Varieté”, de San Marcos Sierra, Córdoba-, etc.* (supuestos todos cuya diversidad cultural deberá analizarse en cada caso, a través de estudios socio-ambientales, antropológicos, psicológicos, etc., a fin de definir el patrón cultural del sujeto y la trascendencia real de su diversidad socio-cultural según sea el grado de inserción y asimilación del respectivo grupo en relación con la cultura general, oficial o dominante).

---

fue tomada de CHIVI VARGAS, Idón Moisés, “El Laberinto de la Colonialidad Penal”, trabajo publicado en “La Justicia Penal en las Comunidades Originarias”, Ed. AD-HOC, Bs. As., 2010, pág. 32 y ss.-.

<sup>4</sup> Tal conceptualización pertenece a OLIVÉ, León, en su obra “Multiculturalismo y pluralismo”, Ed. Paidós, México 1999, págs. 41/42.

## **B) Valoración Constitucional de la Diversidad Cultural Indígena Argentina**

Con respecto a la ***diversidad cultural indígena argentina***<sup>5</sup> (nuestro tema general), cabe destacar que apenas formado el primer gobierno patrio, en mayo de 1810, se emitieron las primeras declaraciones normativas alusivas a la *dignidad, igualdad y libertad* de los indígenas respecto de los “criollos” (nombre dado a los hijos -y descendientes, en general- de españoles -y/o europeos-, nacidos en suelo americano), cobrando tales derechos figuración principista (o principialista) preconstitucional a través de los fundamentales pronunciamientos que expidiera la Asamblea del año 1813 y de los ensayos constitucionales de 1819 y 1826<sup>6</sup>. Finalmente, la norma fundacional del Estado argentino (Constitución de 1853) previó la cuestión indígena de dos modos: a) de manera explícita, en el art. 64 inc. 15 (que con la reforma de 1860 mudó su ubicación sistemática al numeral 67 inc. 15 del articulado constitucional), por el que se limitaba a promover un *trato pacífico con los indios* - regulando, así, la seguridad de las fronteras- y su *conversión al catolicismo*; b) de manera implícita, al prescribir la abolición de la esclavitud, la supresión de los títulos de nobleza, privilegios de sangre y fueros personales, consagrando la esencial *igualdad ante la ley* de “todos” los habitantes del territorio nacional (arts. 15 y 16)<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Tal diversidad cultural aborígen se encuentra reflejada en la variedad de *pueblos* indígenas de reconocida prosapia existentes en nuestro país: Pilagás (Formosa), **Wichís** (Salta, Formosa y Chaco), **Tobas** (Salta, Formosa y Santa Fe), **Guaraníes** (Jujuy, Salta y Misiones), **Kollas** (Jujuy y Salta), **Calchaquíes** (Salta, Tucumán y Catamarca), **Chorotes** (Salta), **Chanés** (Salta), **Tapietes** (Salta), Mocovíes (Chaco y Santa Fe), Huarpes (San Juan), Mapuches (Neuquén, Río Negro y Chubut), Rankuches (La Pampa), Tehuelches (Chubut y Santa Cruz) y Onas (Tierra del Fuego), entre otros (todas las tribus mencionadas tuvieron algún grado de representatividad en el seno de la convención constituyente de 1994, el día en que se votó y aprobó por unanimidad el inciso 17 del art. 75 de la Constitución reformada. La precedente ordenación tribal fue tomada de BECERRA, Nicolás, “Derecho Penal y Diversidad Cultural – La Cuestión Indígena”, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., 1997, pág. 12).

<sup>6</sup> En tal sentido, cabe mencionar el Decreto de la Junta Grande del 1º de septiembre de 1811 por el cual se abolió el tributo que los indios pagaban al Fisco. En sus fundamentos, se expresaba: *“nada se ha mirado con más horror desde los primeros momentos de la instalación del actual gobierno como el estado miserable y abatido de la desgraciada raza de indios. Estos nuestros hermanos, que son ciertamente los hijos primogénitos de la América, eran los que más excluidos se hallaban de todos los bienes y ventajas que tan libremente había franqueado a su suelo patrio la misma naturaleza; y hechos víctimas desgraciadas de la ambición, no sólo han estado sepultados en esclavitud ignominiosa, sino que desde ella misma debían saciar con su sudor la codicia y el lujo de los opresores”* (con destacado nuestro: repárese en que la subrayada definición de los indios como “hijos primogénitos de la América” coincide conceptualmente con la noción de “preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” referida, más de ciento ochenta años después, en el art. 75 inc. 17 de la Const. Nac.).

A su turno, la Asamblea del año 1813 sancionó el 12 de marzo el predicho decreto y suprimió la mita, las encomiendas, el yanaconazgo y el servicio personal de los indios, pues era voluntad de la Soberana Asamblea *“que se tenga a los mencionados indios de todas las provincias unidas por hombres perfectamente libres, y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos que las pueblan”*.

<sup>7</sup> Un valioso antecedente de la actual fórmula del art. 16 del texto constitucional argentino lo constituye el art. 160 de la Constitución Nacional de 1826, el cual rezaba: *“Los hombres son de tal manera iguales ante la ley, que ésta, bien sea penal, preceptiva, o tuitiva, debe ser una misma para todos y favorecer igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de sus derechos”*. Asimismo, respecto de la dignidad del nativo y su igualdad frente al criollo, prescribía la Constitución de 1819: *“...siendo los indios iguales en dignidad y en derecho a los demás ciudadanos, gozarán de las mismas preeminencias y serán regidos por las mismas leyes...El cuerpo legislativo promoverá el bien de los naturales por medio de leyes que mejoren su condición hasta ponerlos al nivel de las demás clases del Estado”* (art. 128; el subrayado es propio).

El derecho público provincial de la segunda mitad del siglo XX fue precursor en materia de constitucionalización del inveterado derecho de las comunidades aborígenes argentinas a ser reconocidas como *pueblos originarios*, étnica y culturalmente preexistentes a las Provincias y al Estado Nacional, cuya identidad cultural debía ser objeto de respeto y protección<sup>8</sup>.

En lo que aquí interesa, la Constitución de Salta dispone: **“La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta (...) Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural...”** (art. 15). Resulta destacable la invocación precisa del sujeto público reconocedor: el Estado Provincial (y no, por ejemplo, la legislatura o el ejecutivo); también la forma inequívoca y enérgica de tal reconocimiento. Del apartado segundo de la precitada norma se desprende una clasificación cultural bipartita de los habitantes del suelo provincial, distinguiéndose entre *pobladores indígenas* y *pobladores no indígenas*.

Por su parte, la Constitución Nacional estatuye que corresponde al Congreso **“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural...”** (art. 75 inc. 17). Aún cuando la formulación de la primera parte del precepto constitucional adolece de los vicios lingüísticos de ambigüedad e impropiedad (toda vez que literalmente menciona como atributo competencial de uno de los “poderes” del Estado el reconocimiento de un derecho fundamental aludido por la propia Carta Magna, con lo cual termina postergando o difiriendo, equívocamente, la declaración respectiva), entendemos que tal enunciado preceptivo reviste la doble condición técnico-constitucional de “declaración” y de “derecho”, según la clásica diferenciación conceptual que hiciera -con su ilustre y didáctica pedagogía de siempre- Germán Bidart Cárpos<sup>9</sup>. En cuanto *Declaración*, trasunta “indirectamente” (por la apuntada *debilidad significativa* de su deficiente construcción jurídico-gramatical) una formulación solemne, “actual” y efectivamente reconocedora de “la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, toda vez que es la propia Constitución Nacional la que -sin perjuicio de la errónea remisión aludida- está reconociendo tal preexistencia. En tanto *Derecho* (“nuevo” en el texto explícito de la Carta Fundamental), traduce la *facultad que tienen los “pueblos indígenas argentinos” (agrupados en tribus o comunidades aborígenes), y sus componentes individuales (hombres, mujeres y niños), de exigir a los poderes públicos y a los particulares que se respete su “dignidad e identidad cultural” y que no se desconozca (mediante hechos, palabras u omisiones) su “preexistencia étnica y cultural”*. Como “declaración

---

La norma citada en último término pone de relieve la convicción que tenía el constituyente de 1819 respecto de la situación de “natural desigualdad” en que se hallaban los indígenas frente a los criollos, y evidencia la formal e inequívoca asunción “estatal” (o pre-estatal) de una responsabilidad político-legislativa “igualadora” (de creciente reconocimiento, dignificación y equiparación), reflejada en un programa de activa promoción del bien de los naturales y de gradual inclusión de los mismos en la noción cosmopolita y universal de “bien común”. El tenor enunciativo y “bienintencionado” de dicha declaración es remedado y reiterado, más de ciento cincuenta años después, por el texto constitucional vigente (art. 75 incs. 17 y 19 de la Const. Nac.).

<sup>8</sup> Tal es el caso de las Constituciones de Neuquén (1957), Chaco (1957), Salta (1986), Jujuy (1986), Río Negro (1988), Formosa (1991), La Pampa (1994), Buenos Aires (1994) y Chubut (1994).

<sup>9</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., “Derecho Constitucional”, Ed. EDIAR, Bs. As., 1966, T. II. Pág. 73 y ss; del mismo autor, “Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo”, Ed. EDIAR, Bs. As., 1968, pág. 25 y ss.

constitucional” es operativa; como “derecho constitucional”, y con el limitado alcance subjetivo -individual/colectivo- y objetivo (reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de tales pueblos; respeto de su identidad cultural) antedicho, también lo es. En cambio, entiendo que respecto del resto de los derechos allí enumerados (a una educación bilingüe e intercultural, a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, etc.) la norma tiene carácter *programático*<sup>10</sup>, pues su plena operatividad y vigencia requirió del dictado de disposiciones complementarias que “completasen” la manda constitucional y la hicieran inmediatamente practicable, mediante la fijación de pautas, requisitos y condiciones para el ejercicio de los derechos así enunciados.

Respecto de la ubicación lógica de la norma comentada en el marco estructural de la constitución argentina se ha observado, y con razón, el defecto metodológico y sistemático que significó su inclusión dentro de la segunda parte de la ley fundamental (denominada *parte orgánica*), en la cual se regula el *derecho constitucional del poder*. Por el contrario, lo correcto era enmarcarla en la parte primera (llamada *parte dogmática*), previsor de *derecho constitucional de la libertad* y, mejor aún, en el novel capítulo dedicado a los *nuevos derechos y garantías* (arts. 36 a 43 de la CN)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Una redacción mejor lograda y propiamente operativa exhibe, por ejemplo, la Constitución Nacional del Paraguay de 1992 (arts. 62 a 67); otro tanto cabe decir de la Constitución de México del mismo año (art. 2º).

Sobre el carácter del art. 75 inc. 17 de la Const. Nac. se han pronunciado la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Para Zarini, Segovia y Segovia, y Ekmekdjian, se trata de una norma programática que aún no ha sido reglamentada. Badeni, en cambio, piensa que casi en su totalidad los contenidos de la norma han sido reglamentados por la Ley Nº 23.302, sancionada el 30 de septiembre de 1985 -nueve años antes de la reforma constitucional-, y que los convencionales constituyentes de 1994 encontraron en sus disposiciones una importante fuente de inspiración. De otro costado, Bidart Cárpos, Quiroga Lavié, Alterini, Corna y Vázquez, Gouvert y Rodríguez Duch, y Toricelli, sostienen la plena operatividad del precepto. A su turno, la jurisprudencia se ha pronunciado mayoritariamente a favor de la operatividad de la disposición (conforme CHIACCHIERA CASTRO, Paulina R., “LA CUESTION INDÍGENA. Análisis de la Jurisprudencia de la C.S.J.N.”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2009, págs. 69/70).

Por nuestra parte, consideramos que no debe confundirse el carácter instrumental (operativo o programático) de una norma con la imperatividad del mandato contenido en ella; es decir, no es lo mismo “obligatoriedad” que “operatividad”. Desde luego que la norma considerada (art. 75 inc. 17 de la Const. Nac.) impuso -a partir de su entrada en vigor- a los poderes públicos y a los particulares la estricta observancia de su contenido, a tono con su jerarquía constitucional (pues nada en una Constitución debe ser mera retórica). Más tal rasgo imperativo no implicó necesariamente que el precepto -ya obligatorio- se hallase en condiciones de ser directa e inmediatamente aplicado o puesto en práctica por el operador jurídico. Por ello, siempre que a una norma constitucional le falte algún “complemento normativo” (legal-reglamentario) para su implementación práctica ésta será programática (por trasuntar un “programa a implementar”). Por el contrario, si la disposición primaria goza de entera completitud normativa e inmediata aplicabilidad -de modo que requiriese tan sólo de “complementos operativos” (prácticos, administrativos o ejecutivos)-, entonces será “operativa” (por hallarse en condiciones de ser inmediatamente “operada” o aplicada).

Otra cosa, por cierto, es hablar de la plena e inmediata operatividad de las *garantías constitucionales* por su sola previsión -expresa o implícita- en el texto fundamental, al margen del dictado de las leyes reglamentarias respectivas. Tal es el caso, por ejemplo, de las garantías de Defensa en Juicio y Debido Proceso, que en materia penal son reglamentadas por los códigos procesales penales -que trasuntan, precisamente, la reglamentación procesal de las garantías constitucionales que rigen en el ámbito penal- (arts. 18, 28, 31, 75 incs. 12 y 22, 121 y cctes. de la Const. Nac.). De tal manera, el derecho procesal, en cualquiera de sus ramas (civil, comercial, laboral, penal, contencioso-administrativo, constitucional, etc.), es “derecho constitucional reglamentado”.

<sup>11</sup> Así lo postula Humberto Quiroga Lavié: “La Convención Constituyente tuvo que afrontar el defecto metodológico en que incurrió la declaración de necesidad de la reforma aprobada por el Congreso, cuando en vez de incluir esta propuesta de reforma en el capítulo de los nuevos derechos, como correspondía, lo hizo entre las atribuciones del congreso. Como la Convención decidió no apartarse de

### C) El alumbramiento histórico de un nuevo Principio Constitucional

A partir de lo dicho, fácil es concluir que el art. 75 inc. 17 de la Const. Nac. reconoce a los *pueblos indígenas argentinos* como minoría digna de tutela, históricamente postergada, explotada, avasallada y discriminada. Por ello, parece evidente que cuando la Constitución Nacional impone el amparo y protección de la ***diversidad e identidad cultural indígena argentina*** está indicando que la *condición indígena* “vale” positivamente, con todo lo que ello implica. En consecuencia, y como regla “relativa” de valoración (de frecuente o mayoritaria aplicación -salvo casos de consciente y deliberada criminalidad o de extrema gravedad-), al tiempo de formular un juicio de reproche o responsabilidad cualquiera respecto del comportamiento de una determinada persona aborígen, dicha condición (personal -del indígena- y comunitaria -de los pueblos, comunidades o tribus-) deberá ser tenida en cuenta para relajar, suavizar, adaptar, modificar (en la medida de lo posible y según los casos) y atenuar o minimizar (con indulgente benevolencia) la rigidez de las consecuencias sancionatorias del ordenamiento jurídico; es decir, deberá ser atendida para “favorecer”, o cuando menos para “equiparar o igualar”, pero jamás para perjudicar al sujeto o agravar más aún su eventual responsabilidad con un plus adicional de castigo.

La precedente conclusión preliminar deviene verdaderamente *axiomática*, toda vez que significa un postulado hermenéutico-axiológico-sistemático de carácter imperativo y de rango constitucional: el del *respeto a la dignidad aborígen y a la identidad y diversidad cultural indígena argentina* (arts. 75 incs. 17 y 19 de la Const. Nac.), que impone su aceptación, resguardo y tutela, y que reclama la equitativa dispensa estatal de un trato benigno y considerado al indígena. De tal modo, el constituyente del año 1994 ha venido a fijar un nuevo principio constitucional largamente postergado en nuestra historia política nacional: el del ***beneficium indiginae*** (o de *amparo, favor y beneficio hacia la condición indígena*), que proyecta su eficacia beneficiante a todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional, incidiendo de manera especial en el ámbito de las “responsabilidades jurídicas”, en general, y de la responsabilidad penal, en particular<sup>12</sup>.

De suerte, entonces, que la *condición indígena* (del “verdadero” indígena, aclaramos) deberá tener en orden al reproche responsabilizador (fundamentalmente en materia criminal), por lo general -salvo situaciones fácticas de plena, consciente e incondicionada culpabilidad-, una significación jurídica atenuante, más o menos disculpante, e, incluso, exculpante (eximente de responsabilidad), según los casos, no pudiendo funcionar nunca (la calidad subjetiva del *indígena*) como agravante o calificante fundada implícitamente en *un modo de ser* -o de *conducir su vida*- del

---

*los criterios impuestos por el Congreso en tal sentido, aun de los metodológicos, ...se puede explicar por qué los derechos de los pueblos indígenas se encuentran en un capítulo completamente ajeno a la naturaleza jurídica de su contenido”* (QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina – Comentada”, Ed. Zavallia, Bs. As., 2007, pág. 351/352; con remarcado propio).

<sup>12</sup> En la misma línea de pensamiento (o sea, sosteniendo la incidencia del art. 75 inc. 17 de la Const. Nac. sobre el sistema jurídico-penal y la necesidad de brindar un tratamiento diferenciado al hecho delictivo cometido por un aborígen -o miembro de una minoría étnica-) se han pronunciado CARRERA, Daniel P., “Ética, Cultura, Derecho (comentario a un fallo)”, en *Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 1996, pág. 194; y CESANO, José Daniel, “Diversidad Cultural y Teoría del Error”, trabajo publicado en “*Revista de Derecho Penal – Eximentes de responsabilidad penal I*”, Rubinzal-Culzoni, 2006 – 2, pág. 289.

individuo actuante; ello, claro está, sin perjuicio de que la concreta conducta penalmente reprochada al indígena (p.ej. homicidio, robo, abuso sexual, usurpación de inmuebles, etc.) pueda asumir de hecho, es decir en la dimensión fáctica de su materialización histórica, una modalidad (comisiva u omisiva) objetivamente configurativa de un tipo de ilicitud agravada o cualificada según las previsiones normativas del respectivo derecho positivo (p. ej. calificante por el vínculo, la guarda o la convivencia para el abuso sexual -art. 119 incs. b) y f) del Cód. Pen.-; alevosía, ensañamiento o vínculo paterno-filial para el homicidio -art. 80 incs. 1 y 2 del Cód. Pen.-; etc.). En consecuencia, ese *status constitucional* -de la persona indígena integrada en una comunidad indígena, y de la comunidad misma-, sustentado en el novel principio (*beneficium indignae*), reforzará y duplicará razonablemente la tuitividad y benignidad comúnmente impuestas en sede penal por los principios de Inocencia (y sus derivados: *favor rei*, *favor libertatis*, *favor innocentiae* e *in dubio pro reo*) y **Pro-Homine**<sup>13</sup>.

La unívoca concatenación lógica de los precitados postulados axiales conduce a la reafirmación del principio constitucional pro-indigenista (*beneficium indignae*) bajo una nueva formulación, definida a partir del principio *pro homine*. En consecuencia, estamos en condiciones de afirmar que el art. 75 inc. 17 de la Const. Nac. acoge expresamente el principio **beneficio homine indígena**<sup>14</sup>.

Sostengo esta tesis sin vacilación, convencido de su fundamento antropológico, sociológico y jurídico, aun a pesar de que se opone a lo apuntado (mucho antes de la reforma constitucional de 1994) por la erudita pluma del prominente constitucionalista Segundo V. Linares Quintana, cuando anotara: “*Por lo que se refiere a la condición constitucional y legal de los indios, son éstos habitantes argentinos, con los mismos derechos y los mismos deberes que el resto, no correspondiendo hacer al respecto diferencia o discriminación alguna, ya que no solamente ella no resulta autorizada por la Constitución sino absolutamente prohibida, en virtud de que la ley suprema establece...en su art. 16, que la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales, ni títulos de nobleza. Todos*

---

<sup>13</sup> Estos principios admiten una enunciación diferente, bajo los siguientes términos: *beneficium rei*, *beneficium libertatis*, *beneficium innocentiae*, *in dubio favor reo*.

El principio *pro homine*, que se ha erigido en criterio señero de la hermenéutica jurídica contemporánea al fijar la trascendencia jurídica de la *sacralidad* ontológica de la condición humana (y que puede encontrar su fundamento humanístico en la expresión de Séneca: *homo sacra res hominis* -el hombre debe ser cosa sagrada para el hombre-), rige en tutela de la dignidad, libertad y seguridad de las personas, con sentido atemperador de las falibilidades de la “justicia humana”, y postula una consideración benevolente y generosa de los derechos y libertades, al tiempo que limita la operatividad de las restricciones, prohibiciones y sanciones según pautas minimalistas reductoras de los aspectos gravosos del sistema jurídico. Su vigencia impone que toda *situación o condición* (normativamente relevante) *favorable* a la persona deba interpretarse ampliamente y admita su consideración extensiva y analógica; por el contrario, toda *situación o condición* (normativamente relevante) *gravosa, perjudicial o desfavorable* para la persona debe entenderse restrictivamente, sin posibilidad alguna de ser valorada de manera extensiva o analógica.

Así las cosas, a diferencia de la regla *in dubio pro reo* (que rige sólo en materia probatoria y de valoración de “cuestiones de hecho” -físicas o psíquicas- en el proceso penal), el principio *pro homine* opera en el ámbito exegético de la hermenéutica jurídica: o sea, en la esfera de la interpretación y aplicación de normas y principios jurídicos, abarcando, por ende, las llamadas “cuestiones de derecho”.

<sup>14</sup> Deseo destacar y agradecer, aquí, la gentil y abnegada colaboración que me prestara la Profesora en Letras, Sra. Lucía André de Saravia, quien revisara la ortodoxia lingüística de los latinazgos invocados y me ayudara a dar forma aforística a los principios por mí afirmados: *beneficium indignae* y *beneficio homine indígena*.

*sus habitantes son iguales ante la ley*<sup>15</sup> (confrontar la postura del autor con lo dicho en nota 27 de la pág. 18 de esta monografía, a través de la cita de Claudio Daniel Gómez).

### III LA ENTRAÑA INDÍGENA DE LA ARGENTINA ACTUAL: caracterización elemental de la “indigenidad nacional”

1) Sentado cuanto antecede, preciso es fijar el sentido y alcance que debe atribuirse en nuestro derecho a las expresiones “**indígena, comunidades indígenas y pueblos indígenas argentinos**”. Si bien existen normas jurídicas definidoras de tales voces<sup>16</sup>, creemos que los conceptos esclarecedores de la significación asignable a tales vocablos deben construirse a partir de una ordenación racional de los elementos descriptivos (o caracterizadores) aportados por las ciencias sociales pertinentes (antropología, etnografía, sociología, historia, arqueología, etc.).

A mi modesto ver, el carácter *indígena* de una determinada persona o comunidad -verdadero sello de “identidad aborígen”- (vistas desde una perspectiva estrictamente etnológica y sociológica -con total independencia respecto del eventual otorgamiento de “personería jurídica” a tales comunidades-) viene signado por las siguientes notas esenciales:

- a) por el origen étnico-cultural de la persona (*sangre y cultura*);
- b) por su pertenencia actual, natural, permanente y estable a una comunidad indígena de reconocida ascendencia histórica (*vida actual en comunidad indígena con arraigo territorial e histórico*);
- c) por el modo en que discurre y se conduce la vida individual y social del grupo comunitario (*vida socio-cultural según creencias, costumbres y valores típicos del grupo tribal*);

---

<sup>15</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1978, T. IV, pág. 317.

<sup>16</sup> Como es el caso de la Ley N° 23.302, de “Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes”, sancionada en 1985 y reglamentada en 1989, que dispone: “...*Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad...*” (con resaltado nuestro). A mi humilde criterio, tal conceptualización deviene defectuosa, pues limita la noción definida a lo que en breve llamaré *aspecto estático* de la “indigenidad” (excúseme el lector por la licencia expresiva), desatendiendo su dimensión sociológica, concreta y *dinámica*.

Por su parte, el Convenio N° 169 (sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes) de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) -aprobado por ley 24.071 (1992)-, con mayor amplitud y precisión conceptual, caracteriza a las comunidades aborígenes desde dos puntos de vista distintos, según la diferenciación que estimo correcta: a) como “...*pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la comunidad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;*” (art. 1° inc. a); y b) como “...*pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*” (art. 1° inc. b).

- d) por la efectiva y concreta encarnación de los rasgos sociológicos definidores de alguna cultura aborígen en particular (*autenticidad, espontaneidad y efectividad de esa vida socio-cultural*);
- e) por la identificación de sus miembros con las tribus históricamente preexistentes al nacimiento de la República Argentina (*identidad histórico-cultural aborígen*).

Tales presupuestos bien podrían resumirse en los dos principios siguientes:

- 1º) **Principio de Identidad étnico-cultural;**
- 2º) **Principio de Continuidad o Supervivencia étnico-cultural.**

El primer principio reflejaría la convicción subjetiva -de uno o varios individuos- de pertenencia a una comunidad indígena específica y la corroboración material-objetiva (por sangre, rasgos, costumbres, dialecto<sup>17</sup>, vida) de tal creencia; el segundo, en cambio, estrechamente vinculado con el anterior, aludiría a la necesaria subsistencia y continuación de la *personalidad moral* del grupo originario en la “persona colectiva” de la comunidad actual y en la persona individual de sus miembros presentes. De tal modo -y conforme se verá en el numeral siguiente-, postulo que la tipificación político-constitucional de las comunidades aborígenes en nuestro país exige la concurrencia de ambos principios. Ello implica reconocer como únicos *pueblos indígenas argentinos* -en el sentido del art. 75 inc. 17 de la Const. Nac.- a los existentes en tierra patria al tiempo de concretarse nuestra organización nacional (1810-1860) y hasta la época de la llamada Conquista del Desierto (1885, aproximadamente).

En consecuencia, considero que no podrían surgir *nuevos* pueblos indígenas argentinos distintos a los primigeniamente arraigados en el suelo patrio, ni por fusión o asociación ni por antojadiza o consensual creación (cual si se tratara de un partido político, movimiento, asociación u ONG), desde que la natural espontaneidad gregaria del origen étnico y cultural del respectivo “pueblo” es *única e irrepetible* (en el tiempo -“una sola vez”- y en el espacio -una misma área o región territorial de desarrollo cultural-). Tal conclusión se impone por elemental *lógica sociológica*, pues los

---

17 Al respecto, se ha apuntado que en la Argentina se hablan *doce lenguas indígenas*, todas bajo amenaza de extinción. Tal diversidad lingüística autóctona, sumada a las lenguas de inmigración, han permitido caracterizar a nuestro país como Estado pluricultural “multilingüe” (CHIACCHIERA CASTRO, Paulina R., “LA CUESTIÓN INDÍGENA. Análisis de la Jurisprudencia de la C.S.J.N.”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2009, pág. 55, nota 26).

Asimismo, se ha ensayado una interesante clasificación de las “familias lingüísticas aborígenes” correspondientes al habla de los pueblos que vivían en el actual sector argentino de la Región Chaqueña, ubicándose en cinco grandes tipos parlantes a las tribus habitantes de dicho territorio. I. **Familia Guaycurú:** representada -hasta hace algunas décadas- por los Toba, Pilagá y Mocoví. II. **Familia Mataco-Mataguayo:** comprende a los Mataco y, en menor medida, a los Chorote y Chulupí. III. **Familia Lule-Vilela:** los Lule y los Vilela prácticamente se extinguieron; actualmente, quedan unos pocos descendientes de los antiguos Vilela en las cercanías de la ciudad de Resistencia. IV. **Familia Aruak:** representada hoy en día por los Chané, establecidos en el límite occidental de la región chaqueña, guaranizados lingüística y culturalmente debido al prolongado contacto que mantuvieron con los Chiriguano, quienes los sometieron y esclavizaron desde mediados del siglo XV, aproximadamente. V. **Familia Tupí-Guaraní:** integrada por los otrora belicosos y temidos Chiriguano; también se incluye aquí a los Tapu o Tapiete (conf. TOMASINI, Alfredo, “Los Grupos Aborígenes del límite occidental del Gran Chaco – Chiriguano - Chané – Tapui (Argentina – Bolivia)”, Cuadernos Franciscanos N° 49, Salta, 1978, pág. 12).

agrupamientos humanos indígenas no son *asociativos*, sino *comunitarios*<sup>18</sup>. Además, parece evidente que lo que el derecho constitucional procura proteger de los *pueblos indígenas argentinos* es la dignidad de sus miembros (históricamente “cosificados” - cuando no “animalizados”-, avasallados, discriminados, diezmados, explotados, expulsados de sus tierras y reputados de menor valía y dignidad, como “seres humanos de segunda -o tercera- categoría”<sup>19</sup>) y la supervivencia de su ancestral identidad cultural e histórica (por reconocerse su inestimable valor como eslabón fundamental e insuprimible en la conformación cultural actual de nuestra nacionalidad).

2) Según lo dicho, estamos ya en condiciones de brindar -a los humildes fines expositivos de este ensayo- una noción abarcadora de los términos subrayados al inicio del numeral anterior. Así, en un sentido subjetivo, podemos aplicar el nombre de **indígena** a los *hombres, mujeres y niños naturales de la tierra patria que descienden étnica y culturalmente de pobladores originarios del actual territorio argentino -que*

---

18 En Sociología se ha enseñado que los *agrupamientos sociales* pueden ser de dos clases: **a) asociativos**, en cuyo caso la agrupación se presenta como medio instrumental apto para satisfacer necesidades e intereses comunes a sus miembros, preexistentes al nacimiento de la asociación y determinantes de su conformación; en ellos se da un artificial pacto adhesivo de voluntades (suerte de “contrato social”) por razón de “interés y conveniencia”, de modo que “...*existe previamente un interés que satisfacer, y con ese objeto se forma el grupo...*” (ej. partidos políticos, organizaciones no gubernamentales, sindicatos, grupos de presión, etc.); **b) comunitarios**: son consecuencia del natural espíritu gregario del hombre y de su más esencial y prístina sociabilidad; en ellos la existencia permanente e histórica del grupo (o tipo de agrupamiento humano) se impone como expresión de una suerte de *determinismo antropológico*, de manera que su vigencia sociológica se muestra como consustancial al hombre y, por tanto, insuprimible (ej.: familia, clan, tribu, comunidad etno-cultural, etc.). La apuntada distinción categorial pertenece a POVIÑA, según refiere LINARES QUINTANA, Segundo, V., al desarrollar la voz “Grupos de Presión” en ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, T. XIII, pág. 403.

19 Digo todo esto basado en los consabidos abusos que padecieron los indígenas bajo la vigencia del régimen de la mita, la encomienda y el yanaconzago, y con sustento en las crónicas históricas de los propios canónigos evangelizadores y defensores de los indios, al margen de cualquier subjetividad o tendencia ideológica deformadora de la verdad histórica.

Para ilustrar lo dicho, y sin perjuicio de que la alusión transcrita se refiere a una región americana distante de la nuestra y con significativas diferencias históricas, basta con leer la *relación* que redactara Fray Bartolomé de Las Casas -concluida hacia 1540 y entregada a la imprenta, junto con otros tratados, en 1552- para informar a la monarquía española acerca de la situación de Las Indias. Cuenta allí el meritorio defensor de los indios (lúcido, valiente y tenaz sostenedor de un principio revolucionario para la Antropología, la Teología y el Derecho de la época: que “*el indio es un ser humano de pleno derecho*”) que en la isla de Cuba, por el año 1511, había un cacique muy importante, llamado Hatuey, que vivía huyendo de los cristianos que querían oprimirlo, sojuzgarlo y matarlo por defender a la gente de su pueblo, injustamente perseguida por los españoles. Relata que una vez capturado Hatuey se dispuso que fuera quemado vivo. Antes de iniciarse el suplicio, un religioso de San Francisco comenzó a hablarle al cacique acerca de Dios y le dijo “*que si quería creer aquello que le decía, que iría al cielo, donde había gloria y eterno descanso, y, si no, que había de ir al infierno a padecer perpetuos tormentos y penas. Él, pensando un poco, preguntó al religioso si iban cristianos al cielo. El religioso le respondió que sí, pero que iban los que eran buenos. Dijo luego el cacique sin más pensar que no quería él ir allá sino al infierno, por no estar donde estuviesen y por no ver tan cruel gente. Ésta es la fama y honra que Dios y nuestra fe ha ganado con los cristianos que han ido a las Indias...Después de que todos los indios de la tierra desta isla fueron puestos en la servidumbre y calamidad de los de la Española, viéndose morir y perecer sin remedio todos, comenzaron unos a huir a los montes, otros a ahorcarse de desesperados, y ahorcábanse maridos y mujeres, y consigo ahorcaban los hijos. Y por las crueldades de un español muy tirano (que yo conocí), se ahorcaron más de doscientos indios. Peció desta manera infinita gente...En tres o cuatro meses, estando yo presente, murieron de hambre, por llevales los padres y las madres a las minas, más de siete mil niños. Otras cosas vide espantables*” (de LAS CASAS, Bartolomé, “Brevisima relación de la destrucción de las Indias, 1552”, Ediciones Nuevo Siglo, s. a., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995, págs. 34/35).

*moraban en él a la época de la colonización española (s. XVI a XVIII) o al tiempo de la organización nacional (1810-1860) y de la Conquista del Desierto (1885)- (aspecto estático), que viven actualmente en forma comunitaria, según los usos, tradiciones, valores, creencias y costumbres de sus antepasados, regidos por un jefe o líder común (cacique) que ostenta la máxima autoridad social dentro del grupo, y que conservan las cualidades sociológicas fundamentales que definieran la identidad cultural de las tribus o pueblos que ancestralmente conforman (aspecto dinámico)*<sup>20</sup>.

Sobre la base de lo apuntado, estimo que para que se configure la *condición indígena* -en el sentido político-constitucional que refieren los arts. 75 inc. 17 de la Const. Nac. y 15 de la Const. de Salta- se precisa de la “conurrencia simultánea” de dos *realidades* o aspectos diferentes que proyectan los principios de identidad y continuidad recién expuestos:

a) un **aspecto estático** (o *realidad etnográfica*) que viene caracterizado por la ascendencia étnica-indígena del sujeto y su comunidad, es decir, por el hecho de descender de pobladores originarios (o autóctonos) del territorio americano (las llamadas culturas precolombinas), asentados al tiempo de la llegada del conquistador español en tierras ulteriormente reconocidas como pertenecientes a la nación argentina;

b) un **aspecto dinámico** (o *realidad socio-cultural*) que supone la vigencia actual, específica, real y concreta del *modo de vida indígena* característico de una determinada tribu o comunidad aborigen (costumbres, creencias, valores, jerarquías, castas o clases sociales, etc.), según su más reciente evolución cultural.

A partir de lo dicho, podrá comprender el lector que sostengo una tesis estricta, limitada o restrictiva de la “indigenidad” (reitero el neologismo), basada en la concurrencia inexcusable e inescindible de ambos principios y aspectos. Tal es, a mi ver, el sentido indubitable que emerge de los antecedentes históricos y legislativos del derecho patrio, y el postulado axiológico y teleológico que dimana de los arts. 75 incs. 17 y 19 de la Const. Nac. y 15 de la Const. de Salta.

Lo antedicho adquiere especial trascendencia práctica en la materia, pues de ello se infiere que ante un supuesto de hecho cualquiera no bastará con que alguien se autoprocamente descendiente de pobladores originarios para que se lo deba tener, sin más, por indígena a los fines políticos, sociales y culturales previstos por el ordenamiento constitucional, sino que, además de tener que probar al menos la verosimilitud de tal calidad, al *aspecto estático* de su origen etnográfico (descendencia sanguínea e histórico-cultural de *pueblos originarios*, herencia territorial, etc.) deberá sumarse el *aspecto dinámico* de la vigencia sociológica -individual y social, pues debe estar integrado activamente como miembro de una comunidad indígena vigente- que tal identidad cultural supone.

---

<sup>20</sup> En sentido objetivo aplicase el mote de *indígena* a todo lo vinculado referencialmente (por relación) con la condición personal y socio-cultural del aborigen (su vestimenta, herramientas, costumbres y prácticas tradicionales, creencias, etc.); en definitiva, a lo que pertenece y caracteriza al *hombre* (en sentido genérico-antropológico -varón y mujer-) *indígena*.

Con respecto a la definición de la *condición indígena*, y en un sentido semejante al por mí propuesto, se ha destacado la existencia de diversos *indicadores* que en forma aislada o conjunta revelarían la matriz socio-cultural aborigen (o de otra índole) de un individuo, a saber: a) indicador censal (resultante de un censo poblacional); b) indicador lingüístico; c) indicador genético; d) indicador histórico-geográfico; e) indicador psico-sociológico; entre otros más que pudiera inferir y precisar el investigador (ZAMUDIO, Teodora, y Otros, “Derechos de los Pueblos Indígenas”, obra compiladora de las 1ras Jornadas Nacionales de Derecho Indígena, celebradas en la ciudad de Salta, en septiembre de 2006).

En consecuencia, y adelantándonos a lo que será materia de un acápite especial, diremos que siendo la condición indígena una **cuestión fáctica o de hecho**, como regla procesal general quien invoque su status indígena debe cargar con la prueba de tal extremo, ofreciendo testigos, prestándose a pericias antropológicas, psicológicas, informes socio-ambientales, etc. En el Proceso Penal, en cambio, por imperio del principio de Inocencia y sus corolarios (entre ellos, el derecho al comportamiento procesal pasivo y a quedar liberado de toda carga probatoria), al imputado le bastará con alegar razonable y verosímilmente su específica calidad cultural, quedando en manos del acusador (público o particular) desbaratar tal afirmación, probando, por ejemplo: i) que el imputado no es indígena; ii) que no vive integrado culturalmente en una comunidad aborígen; iii) que el comportamiento juzgado no es aceptado (adecuado socialmente) en su comunidad; iv) que no obstante ser indígena conoció, valoró, comprendió y quiso la conducta reprochada y/o sus consecuencias, resultando, en el caso, inatendible su particular *ciudadanía* étnica y culturalmente cualificada<sup>21</sup>.

Ahora bien, hallándonos ante una *cuestión de hecho*, la *duda* razonable respecto de la índole aborígen del sujeto (como también sobre su imputabilidad, culpabilidad, etc.) tornará operativos los efectos beneficiosos de la máxima *in dubio pro reo* (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Const. Nac.; art. 20 Const. de Salta y art. 4º CPPS)<sup>22</sup>, imponiendo la conclusión favorable a su efectivo reconocimiento y al efecto protectorio (atenuante o eximente) generalmente dimanante de tal condición (indígena).

#### **IV DIVERSIDAD CULTURAL E INDIGENISMO FRENTE A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LEGALIDAD, IGUALDAD Y CULPABILIDAD**

Con razón se ha señalado -aunque sin mayor explicitación sobre sus alcances- que la previsión constitucional de la *diversidad cultural* (art. 75 incs. 17 y 19 de la Const. Nac.) -y con el rango axiológico y jurídico-político ya considerado- asume una trascendental proyección valorativa de incidencia tridimensional frente a los principios constitucionales de Legalidad, Igualdad y Culpabilidad<sup>23</sup>.

A partir de tal idea (válida -en mayor o menor medida, según los casos- para toda clase o especie de “diversidad cultural”), y en estricta referencia a la ***diversidad cultural indígena***, nos atrevemos a apuntar las siguientes repercusiones específicas:

---

<sup>21</sup> En materia de multiculturalismo se ha llegado al extremo de postular la necesidad de reconocer una *ciudadanía diferenciada* para los individuos pertenecientes a culturas diversas respecto de la “oficial o mayoritaria” (VILLAR BORDA, Luis, “Derechos Humanos: Responsabilidad y Multiculturalismo”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pág. 32).

<sup>22</sup> El profesor Cafferata Nores explica la regla en estos términos: “La *duda* -para ser beneficiosa- deberá recaer sobre aspectos fácticos (físicos o psíquicos) relacionados a la imputación. Se referirá especialmente a la materialidad del delito, a sus circunstancias jurídicamente relevantes, a la participación culpable del imputado y a la existencia de causas de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad o excusas absolutorias que pudieran haberse planteado en el proceso” (CAFFERATA NORES, José I., “Proceso Penal y Derechos Humanos”, Editores del Puerto s.r.l., Bs. As., 2005, pág. 75).

<sup>23</sup> BECERRA, Nicolás, “Derecho Penal y Diversidad Cultural-La Cuestión Indígena”, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., 1997, pág. 9.

**A)** Frente al Principio de **LEGALIDAD** (*constitucional* -arts. 19 in fine, 28, 31 y 75 incs. 12 y 22 Const. Nac.- y *penal* -art. 18 Const. Nac.-) relaja favorablemente su estrictez en relación proporcional con la mayor o menor dificultad que tenga (o haya tenido) en concreto el indígena (o el sujeto culturalmente diverso) para conocer e internalizar el *sentido normativo de la ley* y el *valor del bien* por ella tutelado (según las condiciones socio-culturales de su hábitat natural de vida y su grado -y tipo- de inserción social); de modo que cobraría gran importancia sistemática a su respecto la “teoría del error” -en su dimensión propiamente jurídico-normativa, diversa, por cierto, de la concerniente a la *culpabilidad*-, pudiéndose admitir, dentro de ciertos límites, la alegación de un razonable y verosímil *error de derecho* con alcance al menos atenuante<sup>24</sup>, pues no puede desconocerse que “*Quien no tiene conciencia del deber*

---

<sup>24</sup> De modo que la diversidad cultural (del extranjero -culturalmente diferente- y del indígena, por ejemplo) morigeraría la estricta intolerancia que acusa la clásica formulación de las máximas latinas *ignorantia legis non excusat* (la ignorancia de la ley no excusa) y *error iuris nocet* (el error de derecho perjudica), cobrando tales sentencias una nueva fisonomía semántica de corte más o menos exculpatorio: “*ignorantia legis saepe excusat*”(o sea, “la ignorancia de la ley a veces excusa”) y “*error iuris saepe nocet*” (es decir, “el error de derecho no siempre perjudica”).

Esta inteligencia, innegablemente más indulgente, humana y equitativa, emerge como la única admisible frente a una lectura racional y armónica de los principios de legalidad, culpabilidad, igualdad, razonabilidad (proporcionalidad) y equidad. Ello es indudablemente así, pues ¿es posible juzgar, amar u obedecer lo que no se conoce, o que conocido no se comprende? En tales supuestos (juzgar, amar, obedecer), “el conocimiento” (si quiera erróneo o defectuoso) asume la condición de presupuesto gnoseológico (o epistemológico) ineludible para poder llevar a cabo la acción respectiva con plena consciencia e intencionalidad y para poder, en consecuencia, reprochar al sujeto agente el desacierto de su obrar. En todo caso, habrá que indagar cuál fue la causa real del desconocimiento o erróneo conocimiento de las cosas para poder luego determinar si la persona obrante predispuso “culpablemente” tal situación (o contribuyó a generarla) o no, y decidir, finalmente, si cabe endilgarle responsabilidad y en qué grado y medida.

Como puede verse, el tema tratado roza aquí las fronteras dogmáticas de la culpabilidad. Sin embargo, deja entrever que la antigua intolerancia absoluta del sistema jurídico frente a los errores de derecho (verdadera ceguera y necesidad ultra-negacionista) se compadece más con la rígida y ciega absolutidad de las artificiosas “ficciones” legales (que edificaban sobre la base del “deber” de todos los habitantes de conocer la ley el ficticio postulado indeclinable de su “conocimiento presunto” e inexcusable) que con el indulgente humanismo que propone el realismo ius-filosófico. Por ello, amalgamando los principios de legalidad y culpabilidad -de modo semejante al por mí propuesto, aunque con encomiable erudición e ilustración-, se ha alzado como estandarte luminoso de la cuestión en debate el **principio de advertencia suficiente**, destacándose que “...las ficciones sobre el conocimiento del derecho no tienen ninguna vigencia y no es aplicable el principio de que la ignorancia o el error no excusan. Al contrario, la ignorancia y el error (aún “de derecho”, aclaro, pues es lo que quiere significar el autor citado) **producen efectos determinantes sobre la existencia de la responsabilidad penal**” (BINDER, Alberto, “Introducción al Derecho Penal”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2004, pág. 266; la aclaración y el resaltado me pertenecen). Asimismo, se ha sostenido la inadecuación axiológica de la tradicional solución de inexcusabilidad del “error de derecho” frente al sistema constitucional y al principio de culpabilidad; la consecuente eficacia exculpatoria -por incomprensión de la criminalidad del acto y ausencia de dolo- del “error de derecho no imputable”; y el carácter factual del “error de derecho” como circunstancia de hecho a probar en un proceso penal (CARRANZA TAGLE, Horacio A., “Error iuris nocet en el pensamiento de Ricardo C. Núñez – Análisis y Crítica”, colección Derecho Penal Contemporáneo, Serie Azul, Vol. 2, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2001, págs. 4, 29, 30 y 36).

Con lacónica exactitud se ha sentado: “*El principio de legalidad exige la doble precisión de la ley respecto del hecho punible y las penas a aplicar*” (CSJN, Federación de Empresarios de Combustible de la República Argentina y otros c/Secretaría de Energía, 19/04/2005). “*El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática*” (Corte IDH, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 20/06/2005). Por ello, “...la ambigüedad en la formación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que

(“legal” -por incompreensión, error invencible o discrepancia fundamental sobre normas de cultura-, aclaramos), *tampoco puede violarlo culpablemente*<sup>25</sup> (o “tan” culpablemente).

Se han señalado como corolarios específicos del *principio de legalidad penal* (contenido en el art. 18 de la Const. Nac. y receptado en el célebre aforismo latino *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenale*) cuatro notas fundamentales que debe satisfacer la ley penal: a) necesaria “precedencia temporal (antes de la comisión del hecho) y formal” (ley del parlamento) respecto del acaecimiento del delito por ella definido y castigado; b) certeza (claridad y precisión) y factibilidad de conocimiento público de la existencia de la norma (publicidad suficiente); c) formulación escrituraria de su contenido (o sea, redacción por escrito del texto de la ley); y d) aplicación estricta y restrictiva de su contenido punitivo (es decir, tanto de la definición del delito cuanto de la pena conminada en abstracto).

Tales atributos cobran fisonomía propia a través de cuatro prohibiciones implícitas en el principio general, que se traducen en los siguientes sub-principios: a) *lex praevia* (prohibición de aplicación retroactiva de una ley penal surgida con posterioridad al hecho -salvo retroactividad *in bonam partem*-); b) *lex certa* (prohibición de aplicar cláusulas legales abiertas, imprecisas o indeterminadas); c) *lex scripta* (prohibición de aplicar derecho consuetudinario o no escrito); d) *lex stricta*

---

*afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad*” (Corte IDH, caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, 25/11/2004).

Con respecto a lo aquí considerado, cabe referir que es tal la hiperinflación legislativa que exhiben los países con sistemas jurídicos heredados del modelo continental europeo, bajo el signo legalista de la *codificación* (con su irrefrenable súper producción de normas creadoras de más y nuevos delitos), que **el maestro Ferrajoli ha anunciado la quiebra o bancarrota del principio de estricta legalidad** (especialmente en materia penal). “Comentando la situación italiana FERRAJOLI denunció -en un congreso llevado a cabo en marzo de 2001 en Abano Terme, Italia- la “**crisis del principio de legalidad**”, **dada la inflación del sistema penal provocada por la incansante producción de normas con contenido penal. Inflación que llevó a la Corte Constitucional italiana a dictar, en 1988, la sentencia n° 364,...** por medio de la cual se archivó por falta de realismo al clásico principio de la inexcusabilidad de la ignorancia legis en materia penal” (GUZMÁN, Nicolás, “Algunos aspectos del modelo procesal penal italiano”, trabajo publicado en Nueva Doctrina Penal, 2002/B, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2004, pág. 621; con subrayado nuestro).

Si se mira atentamente la crítica de Ferrajoli, se advertirá que si bien es cierto que el principio de legalidad penal está saturado, colapsado o sobrepasado (en lo que debiera tener de “estricto” y restringido, como expresión última, excepcional y residual del poder represivo en un Estado Constitucional de Derecho), lo que en realidad está en crisis es el *principio de advertencia suficiente*, de cuya existencia nos ilustra Alberto Binder. Para cerrar esta extensa acotación marginal, dejaré expresada la siguiente regla fundamental: a mayor “inadvertencia” (o menor advertencia) -razonable o justificable- del sujeto obrante frente al principio de legalidad (en general, y de legalidad penal, en particular) mayor será la excusabilidad del desconocimiento o errado conocimiento de la ley; o sea, más disculpable será en el caso concreto la inobservancia de la norma y tanto menor será la reprochabilidad personal de tal incumplimiento. Ello es así, pues en materia de observancia normativa y cumplimiento de la ley mantiene inalterable su vigencia el principio constitucional de culpabilidad (“*nulla poena sine culpa*” arts. 18 y 75 inc. 22 de la Const. Nac.); en su consecuencia, no puede haber castigo o reproche de carácter moral-personal-jurídico sin que exista en el sujeto agente un factor subjetivo (intelectual-volitivo) de atribución de responsabilidad. De tal modo, la regla *versare in re illicita* (que funda la reprochabilidad jurídica en la sola antijuridicidad o ilicitud objetiva de la conducta contraria a derecho, prescindiendo del presupuesto lógico, axiológico y sistemático que representa la exigencia de *culpabilidad*) resulta inconstitucional en materia sancionatoria, en general, y penal, en particular.

<sup>25</sup> MAYER, Max Ernest, “Normas Jurídicas y normas de cultura”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2000, pág. 113; citado por BASILICO, Ricardo Ángel, “Norma y Error en el Derecho Penal”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2005, pág. 29. Según veremos más adelante, la tesis del “error de comprensión culturalmente condicionado” ha sido sostenida en nuestro derecho por ZAFFARONI.

(prohibición de extender el derecho escrito a situaciones análogas -salvo que se tratase de analogía *in bonam partem*-)<sup>26</sup>.

Como bien se ve, el **principio de benignidad** proyecta su eficacia sobre todo el ámbito jurídico-penal, admitiéndose por su virtud, excepcionalmente, la aplicación extensiva, analógica o ultra-activa de la ley penal, a condición de que tal aplicación sea favorable al perseguido penalmente, o sea, *in bonam partem* (se excluyen tales situaciones cuando asumen una significación perjudicial o *in malam partem*). De tal modo, ambos postulados (*legalidad y benignidad* -o favorabilidad-) pueden considerarse como principios generales del derecho penal liberal con vigencia universal.

Por último, entiendo que no corresponde conferir una juridicidad o legalidad autónoma y “para-estatal” (paralela y distinta respecto de la común, general o estatal) a las costumbres y prácticas ancestrales de los pueblos aborígenes. Su valor será siempre etnológico, folklórico y cultural, y su proyección jurídica se circunscribirá al ámbito de apreciación de la “culpabilidad”. De manera que al derecho consuetudinario indígena (y a su cosmovisión fundante y motivante) deberá reconocérsele carácter factual y valor causal-referencial-explicativo, como parámetro sociológico-objetivo de ineludible consideración para la valoración jurídica de una determinada conducta indígena; examen que posibilitará una adecuada comprensión del comportamiento juzgado (según sus particulares circunstancias de modo, tiempo, lugar, ocasión y personas, teniendo especialmente en cuenta la concepción social vigente en el grupo étnico-cultural a los fines de ajustar el juicio de reproche y culpabilidad) y permitirá, en consecuencia, analizar, justificar, atenuar, eximir o reprimir la conducta respectiva, según corresponda.

Dicho en otros términos: el *derecho consuetudinario indígena* tendrá gran relevancia jurídica como elemento fáctico de carácter psicológico-social útil para valorar los aspectos centrales del elemento *culpabilidad*. Así, vinculado estrechamente a la reprochabilidad subjetiva del injusto y alejado de la legalidad positiva, definirá el grado y tipo de culpabilidad del sujeto (o bien la ausencia de culpabilidad en su obrar).

Sin embargo, hay quienes, con alguna razón, postulan la validez jurídica intracomunitaria del derecho consuetudinario aborígen, reconociéndole una operatividad limitada (en el seno interno de la tribu o comunidad) y relativa (que no viole normas fundamentales del derecho positivo estatal). No obstante su atractivo, el peligro de tal concepción estriba en la atomización del principio publicístico de *unidad del ordenamiento jurídico* que conlleva y en la consecuente división o estratificación del sistema jurídico nacional, disgregación que conduciría a la progresiva y creciente definición de un sistema jurídico heterogéneo y disperso, de tipo “estatutario” o categorial, plagado de incongruencias y conformado por diferentes subsistemas aplicables a cada “categoría de personas”. En tal contexto, al “derecho (normativo u objetivo) de los indígenas” se podría sumar el “derecho (normativo u objetivo) de los extranjeros”, el “derecho (normativo u objetivo) de los gauchos”, el “derecho (normativo u objetivo) de las comunidades religiosas y de inmigrantes”, el “derecho

---

<sup>26</sup> Estos conceptos fueron tomados de BACIGALUPO, Enrique, “Principios constitucionales de derecho penal”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, págs. 44/45. Puede verse del mismo autor “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2009, págs. 103 y ss. En la última obra citada el jurista reitera las nociones fundamentales antes expuestas, aunque reemplaza la palabra “prohibiciones” por la de “exclusiones”, y las trata bajo el epígrafe “consecuencias prácticas del principio de legalidad”.

(normativo u objetivo) de los hippies”, etc. Y si a ello sumáramos el reciente fenómeno sociológico del surgimiento de “tribus urbanas” (emos, floggers, dark, etc.), resulta evidente que acabaríamos en la total anarquía normativa, con un caótico saldo de incoherencia lógico-sistemática, desigualdad, incertidumbre e inseguridad jurídica.

Entonces, la existencia de cualquier tipo de orden normativo de carácter “doméstico” tendrá relevancia como parámetro referencial de lo que es tenido por “valido, valioso, permitido o prohibido” en esa microsociedad, y permitirá comprender y juzgar la conducta reprochada (en su dimensión propiamente moral, tanto causal como finalista: móviles, medios, fines, legitimidad cultural, aceptabilidad o inaceptabilidad social, etc.), a la par que ofrecerá un criterio racional de ponderación de dicho comportamiento. Por eso, el derecho consuetudinario indígena (o de la cultura que fuere) “debe” ser tenido en cuenta (como estatuyen la Constitución de Paraguay -art. 63 “in fine”- y el Convenio 169 de la OIT -arts. 5 a) y 8. 1-), pero no en tanto “derecho objetivo” sino como fuente material de explicación razonable de la interioridad subjetiva (intelectual-valorativo-volitiva) de la persona juzgada y de la conducta inquirida, que podrá generar una mejor comprensión, atenuación o, incluso, exculpación del hecho reprochado al aborígen.

De todos modos, aun en caso de reconocérsele valor jurídico-positivo a la costumbre indígena, es evidente que tal carácter tendría tres tipos de limitaciones condicionantes: a) la observancia de los principios de Orden Público del derecho nacional (arts. 19, 31 y 75 inc. 22 de la Const. Nac.; arts. 17, 21 y cctes. del Cód. Civ.); b) el respeto a los derechos fundamentales previstos en la Constitución Nacional (arts. 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 28, 33, 36 a 43 y 75 inc. 22 de la Const. Nac.); y c) el respeto a la dignidad de la persona humana (y sus corolarios esenciales), como principio supracultural de carácter universal y regla fundamental del Orden Público Internacional (art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que brinda una definición de norma imperativa de derecho internacional -o *ius cogens*-; art. 1º de la DUDH; Preámbulos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y del PIDCyP, etc.).

**B)** Con relación al Principio de **IGUALDAD** (arts. 16 y 75 inc. 22 Const. Nac.), reafirma el principio de “igual dignidad de todo ser humano” (*humanae dignitas*) - como fundamento del derecho a la igualdad real y a la “no discriminación” arbitraria o ilegítima- e impone una *equidad* favorablemente correctiva (niveladora) de las desigualdades fácticas (pobreza, analfabetismo, desnutrición, inmadurez mental, condicionamiento cultural, abandono o maltrato infantil, etc.) que exige un “desigual” tratamiento jurídico (individualmente beneficioso, para *mejor*) frente a cargas, deberes y mandatos jurídicos de carácter gravoso<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Es que, conforme se señalara con agudeza (y aprovecho la cita para contradecir la postura del Dr. Segundo V. Linares Quintana, sintetizada en la pág. 9 de este trabajo): “*El concepto de igualdad es relativo, no absoluto. El principio de igualdad no implica una igualdad mecánica o absoluta que uniforme ciegamente a todos los individuos sin atender a sus particularidades o diferencias que los distinguen, sino una igualdad que ha sido denominada como “relativa relevante” que resulte proporcional o correlativa a las circunstancias relevantes de los sujetos involucrados...El derecho a ser tratado igual no consiste, entonces, en asignar a todos lo mismo, con idéntica medida, sino con una proporción adecuada, que tenga por objeto dar a cada uno “lo suyo” según sus particularidades, condiciones y necesidades (...)* La garantía constitucional de la igualdad ante la ley no impide distinciones razonables o justificables, sino la arbitrariedad.(...)...el principio de igualdad se encuentra violado cuando la diferencia o el tratamiento legal desigual no encuentran justificación suficiente y

La exigencia constitucional de “igualdad razonablemente distintiva” (o diferenciadora) viene expresamente impuesta, además, por el art. 10 del Convenio 169 de la OIT, que prevé como singular pauta de determinación e individualización de la pena aplicable a un aborigen (en el caso de nuestro derecho, junto a los criterios puntualmente fijados por los arts. 40 y 41 del Cód. Penal y de los principios dimanantes del art. 75 incs. 17 y 19 de la Const. Nac.) la especial consideración de sus condiciones sociales, económicas y culturales, al tiempo que dispone el carácter subsidiario del encarcelamiento frente a alternativas sancionatorias distintas de la pena privativa de libertad.

En consecuencia, aquí (como en tantos otros ámbitos de relación inter-personal signados por un especial celo protectorio y antidiscriminatorio -en los que cobra singular vigencia la exigencia política de *justa, legítima y racional discriminación*-) la igualdad constitucional debe perfeccionarse y proporcionarse (a las circunstancias propias de cada situación particular) a través de la función modeladora que cumple la *equidad* como expresión última del postulado preambular que manda *afianzar la justicia*.

**C) Respecto del Principio de CULPABILIDAD** (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Const. Nac.) -especialmente en materia penal- puede disminuir, atenuar y hasta eximir de responsabilidad jurídica, ***obligando a proporcionar la consecuencia jurídica sancionatoria*** (reparación pecuniaria-prestación comunitaria o social/ pena) ***a las reales y concretas*** (por oposición a las “teóricas y abstractas” o “debidas”) ***posibilidades subjetivas*** (intelectivas -conocimiento-, valorativas -comprensión- y volitivas -voluntad y determinación-) ***de entender*** (Discernimiento) ***y de querer*** (Intención y Libertad) ***que tenga (o haya tenido) el sujeto aborigen (o culturalmente diverso)***<sup>28</sup>.

Ello significa que en materia penal la reacción punitiva deberá formularse adecuando -según parámetros objetivos y subjetivos de proporcionalidad y razonabilidad- el reproche y la sanción (según las pautas fijadas por los arts. 40 y 41 del Cód. Penal y 18 y 75 incs. 17, 19 y 22 de la Const. Nac.) a la real “capacidad” de *comprensión de la criminalidad (material -conducta lesiva- y formal -legalmente definida y castigada como delito-) del acto y de dirección de las acciones según esa “comprensión integral” (del hecho y su prohibición legal y del castigo punitivo -o sea, que la conducta está legalmente reprobada y sancionada penalmente como delito-)* que haya tenido el sujeto actuante (**Imputabilidad**), y al específico ejercicio

---

*objetiva en relación con la naturaleza de personas, cosas o situaciones o cuando pueda ser tachada de arbitraria”* (GÓMEZ, Claudio Daniel, “CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA - Comentada-Concordada-Anotada”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2007, págs. 170/174).

<sup>28</sup> Como bien se apuntó -relacionando el tópico bajo examen con el principio constitucional de reserva (art. 19 de la Const. Nac.)-, el principio de culpabilidad “...indica entonces que nadie puede ser declarado responsable de acciones prohibidas si no ha tenido la posibilidad tanto de **prever** el acontecer lesivo como de **conocer** la conminación penal existente y **adecuar** a ella su conducta en la circunstancia concreta” (ORSI, Omar Gabriel, “Los límites del legislador penal – Discurso penal y programa constitucional”, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2007, pág. 40; el destacado es mío).

Asimismo, se han mencionado como fundamentos del principio de culpabilidad el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona humana, al tiempo que se cimentó la esencia de la *culpabilidad* en la posibilidad real que tuviera el autor del delito de haber actuado de otra manera en el caso concreto -esto es, posibilidad (factibilidad) de otra conducta (pues nadie está obligado a lo imposible) + exigibilidad (obligatoriedad) de otra conducta- (BACIGALUPO, Enrique, “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2009, págs. 168 y ss.).

moralmente cualificado (es decir, direccionado intelectual y volitivamente) que en el caso puntual se haya hecho de las mentadas aptitudes subjetivas (**Culpabilidad**); y siempre en relación con el grado de lesividad (u ofensividad) concreta y efectiva que el comportamiento reprochado le haya ocasionado al bien jurídico objeto de tutela penal (vida, libertad, integridad sexual, integridad psico-física, propiedad, etc.) y a su titular o portador (la víctima), atendiendo al valor social conferido a dicho bien en la comunidad indígena del autor y a la particular vinculación relacional de éste con su víctima<sup>29</sup>.

En este último sentido, preciso es advertir que merecerá un tratamiento (procesal y penal) distinto -según sean las particularidades del caso- el delito (cualquiera sea, en principio) cometido por un indígena contra otro miembro de la misma comunidad aborigen, respecto del perpetrado por un indígena en contra de un semejante de otra tribu o comunidad; del mismo modo, y con mayor razón, si el hecho se lleva a cabo contra un tercero no indígena, miembro de la población general.

En los casos en que tanto el autor del delito como la víctima pertenezcan a una misma comunidad indígena (y, en principio, “cultural”), regida por idénticos patrones referenciales de conducta, debiera abrirse paso a la justicia restaurativa (salvo supuestos de extrema gravedad: homicidios calificados, abuso sexual gravemente ultrajante a menores de edad, etc.) y a formas compositivas de resolución privada del conflicto. También debiera privilegiarse la solución del caso en el seno interno de la comunidad, según sus propias pautas culturales, con participación de todos sus miembros, supuesto en el cual la justicia estatal debiera resignar su intervención siempre que no mediaran razones de orden público o de violación severa a derechos fundamentales, y siempre que la víctima consintiera libremente tal desplazamiento jurisdiccional<sup>30</sup>.

Más complejo es el asunto cuando autor y víctima pertenecen a ámbitos socio-culturales diversos. Allí sí debiera intervenir el poder judicial estatal con asistencia multidisciplinaria especializada (de antropólogos, sociólogos, psicólogos y especialistas en cualquier otra ciencia o materia de interés para la resolución del caso), atendiendo

---

<sup>29</sup> En explicitación del contenido jurídico-penal del “principio constitucional de culpabilidad” se anotó: “...de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad). Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido. Consecuentemente, **serán incompatibles con el principio de culpabilidad el versare in re illicita, la fundamentación o agravación de la pena por el mero resultado (responsabilidad objetiva y delitos cualificados por el resultado), la negación de la relevancia al error de tipo, al de prohibición y al error sobre la punibilidad, la aplicación de penas a quienes no hayan podido comprender las exigencias del derecho o comportarse de acuerdo con ellas y a quienes hayan obrado bajo condiciones en las que la ley no exige su cumplimiento.**” (BACIGALUPO, Enrique, “Principios constitucionales de derecho penal”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, pág. 140; el resaltado es mío y se propone destacar conceptos que considero aplicables, en mayor o menor medida, a los indígenas y a todo sujeto culturalmente diferente).

<sup>30</sup> En tal sentido, la Constitución de Paraguay dispone: “En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena” (art. 63 “in fine”). Por su parte, la Constitución de Colombia estatuye: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional” (art. 246). Similares previsiones contienen las Constituciones de México (art. 4, párrafo 1º, disposición final) y Bolivia.

a las particularidades del asunto según la cosmovisión arraigada en cada reducto social.

Por lo demás, las implicancias fácticas de tales hipótesis (según sea la pertenencia de los protagonistas del delito a un mismo grupo cultural o no, y según sea la consideración socio-cultural del hecho cometido y del bien afectado que se tenga en el seno de la comunidad) incidirán fundamentalmente en la valoración concreta de la *culpabilidad*, a fin de determinar su forma (dolo, culpa o preterintención), entidad (gravedad o “medida”) y eventual excusabilidad total (eximente: causas de inculpabilidad y justificación) o parcial (atenuante o disculpante relativa).

Para resumir los conceptos que aquí intentamos esbozar, digamos que en el marco constitucional propio del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho en el que vivimos, el derecho todo, y el derecho penal como su apéndice más coactivo, son concebidos como un verdadero *sistema de garantías* basado en principios esenciales e irrenunciables, “...tales como la **legalidad** (*reserva de ley, irretroactividad, taxatividad, ne bis in idem*), la **proporcionalidad** (*idoneidad, necesidad: exclusiva protección de bienes jurídicos, intervención mínima -subsidiariedad, fragmentariedad-, proporcionalidad en sentido estricto*) y la **culpabilidad** (*personalidad de las penas, responsabilidad subjetiva, responsabilidad por el hecho, imputación personal*)”<sup>31</sup>.

Concluyendo el desarrollo temático de este punto, y a riesgo de redundar, reitero que lo señalado en los tres literales de este párrafo es predicable y aplicable (con las correcciones, gradaciones y salvedades que sea preciso hacer) respecto de todos los supuestos -y grados- de *diversidad cultural* (más o menos considerable o atendible: indígenas, ciertos extranjeros con estadía ocasional, circunstancial o turística, o con radicación permanente (inmigrantes), gitanos, gauchos internados en los montes y cerros, etc.).

Sin embargo, antes de dar por cerrado el acápite, estimo conveniente (a manera de reflexión) llamar aquí la atención del lector (tanto del profano cuanto del especializado en temas indígenas o en ciencias sociales de interés para la materia) acerca de la necesidad de realizar un estudio serio y concienzudo de cada caso jurídico con componentes aborígenes o implicancias indígenas, extremando la consideración de sus elementos caracterizadores y el análisis especializado (multidisciplinario e interdisciplinario) de sus circunstancias fácticas. En tal sentido, propicio es prevenir y rechazar la invocación de la condición indígena *in fraudem legis*, es decir, de manera falsa o mentirosa, con el sólo fin de sustraerse el invocador a ciertas cargas y deberes o de acogerse a determinados derechos y beneficios. Por ello, me parece importante ser cuidadosos a la hora de abordar los aspectos teóricos y prácticos comprendidos en la llamada “cuestión indígena” a fin de no caer en una *concepción romántica* y extremadamente “reivindicacionista” (a ultranza, o sea, de legitimación absoluta, ilimitada y a “cualquier precio”) del *indigenismo* (al punto de teñirlo de “ideologismo” y desteñirlo de “humanismo”); y digo esto, principalmente, por respeto a la dignidad de nuestros auténticos paisanos aborígenes.

Asimismo, y sin perjuicio de reafirmar lo apuntado respecto de los principios de legalidad, igualdad y culpabilidad, no debe olvidarse que en nuestro sistema jurídico

---

<sup>31</sup> CRESPO, Eduardo Demetrio, Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”, trabajo publicado en Nueva Doctrina Penal, 2004/A, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2004, págs. 58/59; el subrayado me pertenece.

no existen libertades ilimitadas ni “derechos absolutos” y que todos los derechos -de “todas las personas”- se gozan (aspecto estático) y deben ser ejercidos (aspecto dinámico) “regularmente”, en las condiciones y dentro de los límites que razonablemente impongan las leyes reglamentarias (arts. 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 28, 31 y 75 incs. 17, 19 y 22 de la Const. Nac.). En consecuencia, cabe recordar que la ley no ampara el *ejercicio abusivo (disvalioso o antifuncional) de los derechos* (art. 1071 del Cód. Civ.) y que sienta como pautas limitativas o parámetros referenciales de racionalidad jurídica a los principios de *buena fe, moral social (orden público o moral pública), buenas costumbres y no dañosidad o perjudicialidad respecto de terceros* (art. 19 Const. Nac.; la última acotación dogmática revela la fuente de sustentación constitucional del *principio de lesividad u ofensividad*). Por esto es tan importante que se indague en el seno íntimo de la tribu o comunidad indígena acerca de la cosmovisión del grupo con sus creencias, principios, valores y costumbres, y de los comportamientos reputados valiosos, debidos, permitidos, prohibidos o justificados en ese reducido ámbito social.

## **V LINEAMIENTOS GENERALES DE LA CUESTIÓN PENAL INDÍGENA**

Sobre la base de los desarrollos precedentes, y entrando ya en materia, oportuno es advertir liminarmente que la ***Cuestión Penal Indígena*** puede considerarse tanto desde el punto de vista sustantivo (Derecho Penal -o “de fondo”, general y especial-) cuanto bajo el aspecto adjetivo (Derecho Procesal Penal -o “de forma”-), así como desde la perspectiva particularizada de la Política Criminal (que traduce, en esencia, la *lucha estatal contra el delito*) y de las llamadas ciencias penales auxiliares (Criminología, Victimología, Penología, etc.).

Desde el punto de vista sustantivo la cuestión puede abordarse tanto a partir de la Teoría del Delito (y del análisis de sus presupuestos -imputabilidad- y categorías estructurales -acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad-; dejando un tanto de lado los debates académicos acerca de la ubicación sistemática de tales elementos analíticos) como desde las Consecuencias Jurídicas del Delito (pena, medidas sustitutivas de la pena -probation, etc.-, medidas de seguridad y reparación), pasando por valoraciones de antropología, sociología y psicología criminal.

Dentro de la teoría procesal penal el punto en debate sugiere una conveniente revisión acomodaticia de ciertos principios e institutos procesales.

La acotada extensión material de esta breve ponencia impide tratar el tema en su vastedad y con mayor profundidad. Por ello, nos limitaremos tan sólo a presentar sucintamente los senderos conceptuales trazados por la dogmática penal y su recepción legislativa en algunos códigos penales sudamericanos, destacando la solución dogmática que estimamos correcta.

A fin de lograr una visión de conjunto con sustento científico, se recomienda al lector relacionar y complementar el contenido del presente acápite con lo desarrollado recientemente acerca de los principios de legalidad, igualdad y culpabilidad.

## **A) ASPECTOS DE DERECHO PENAL SUSTANTIVO**

En términos generales, la doctrina penalista ha subsumido a la cuestión indígena dentro de tres capítulos fundamentales de la dogmática criminal: a) *Imputabilidad (o capacidad de culpabilidad)*; b) *Antijuridicidad (o lícitud)*; y c) *Culpabilidad*. Del mismo modo, entre los países que han regulado específicamente el tópico<sup>32</sup>, y dentro de la órbita gnoseológica de la Teoría del Delito, la *cuestión indígena* ha recibido tratamiento legal a través de figuras afirmadoras o negadoras de las categorías antes referidas, habiendo sido legislada como: a) *Causal de Inimputabilidad (o incapacidad de culpabilidad)*; b) *Causal de Justificación (o de afirmación de la juridicidad o lícitud de la conducta)*; y c) *Causal de Inculpabilidad (o de negación o eliminación de la culpabilidad)*.

Así las cosas, la exposición del tema en la doctrina y legislación criminal comparada ha girado en torno a esos tres ejes fundamentales de la dogmática jurídico-penal, habiendo sido regulado, en consecuencia, como:

**a) Causal de Inimputabilidad** (*Imputabilidad Disminuida o Semi-imputabilidad* - en los sistemas que admiten la gradación de la *capacidad de culpabilidad*-): esta solución ha sido propuesta no sólo por los corifeos de la corriente antropológica denominada “victoriana” (cuyo marcado “etnocentrismo” sobrevalora las virtudes de la propia cultura con menosprecio de las demás y emplea apelativos peyorativos, tales como “salvaje”, “inadaptado”, “inmaduro”, “semicivilizado”, “degradado”, etc.), sino también por autores de prestigio que conciben a la imputabilidad como capacidad de culpabilidad basada en una *capacidad racional de percepción cultural, valorativa y normativa del individuo*. A ella se vinculan las teorías que aluden a la “socialización exótica” de la persona (Jakobs); a su limitada comprensión de “conocimientos mínimos” (Ragués i Vallés); a su “inmadurez psicológica” (Estrada Gálvez); a su “incapacidad de motivación” (Terradillos Basoco), entre otras.

Renombrados penalistas defienden esta solución. A sólo título enunciativo: en el derecho español Terradillos Basoco; en Colombia, Velásquez Velásquez; y en Chile, Bustos Ramírez. Resulta de interés reproducir aquí las palabras pronunciadas por Federico Estrada Vélez, presidente de la Comisión Asesora del Gobierno de Colombia para la reforma del Código Penal: “*El indígena que ha permanecido secularmente en su medio natural alejado del mundo de la civilización, sin contacto alguno con el mundo de los valores éticos, culturales y sociales de las comunidades desarrolladas, padece grandes limitaciones y deficiencias en la esfera cognoscitiva que afectan todo su comportamiento y que lo convierten, sin duda alguna, en sujeto psicológicamente inmaduro. El juicio de imputabilidad se hará, sin embargo, clínicamente, teniendo en cuenta las particulares condiciones socioculturales de cada uno, la formación y el desarrollo mental, la influencia del medio ambiente, etc.*”<sup>33</sup>. Sin embargo, esta postura

---

<sup>32</sup> La mayoría de los códigos penales vigentes en países con numerosa población de ascendencia autóctona se muestran remisos a considerar particularizadamente el capítulo atinente a la diversidad cultural indígena y optan por dejar librada la cuestión al funcionamiento más o menos discrecional -según las particulares circunstancias de cada caso concreto- de los institutos esenciales de la parte general de sus ordenamientos punitivos (imputabilidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad, etc.).

<sup>33</sup> Cita extraída de CESANO, José Daniel, “Diversidad Cultural y Teoría del Error”, *Revista de Derecho Penal Rubinzal Culzoni*, “Eximentes de responsabilidad penal – I, 2006 – 2”, pág. 292.

ha tenido, en el mismo país, lúcidos contradictores (como es el caso de Juan Oberto Sotomayor Acosta y Alfonso Reyes Echandía).

Dentro de este primer grupo cabe ubicar a los códigos penales de Bolivia, Perú y Colombia, que a tono con una concepción dinámica y progresiva de la “cultura social e individual”, distinguen -por vía normativa presuntiva y con diferencia de matices- distintos estadios evolutivos en el desarrollo de la capacidad psíquica de comprensión y valoración del sujeto aborígen (y a su consiguiente *capacidad de determinación -volición-*), correlativos al grado de proximidad (espacial y sociocultural) que tuviera el nativo y su comunidad respecto del sistema de normas y valores social y jurídicamente arraigado en la respectiva cultura nacional.

En tal sentido, el Código Penal de Bolivia considera *inimputable* al “Indio Selvático” (art. 17) y *semi-inimputable* al “Inadaptado Cultural” (art. 18), habiendo contemplado, subsidiariamente, la posibilidad de atenuar la pena cuando se demuestre que el indígena se hallaba en situación tal que le impedía conocer la norma penal (*error de derecho penal*, stricto sensu -excepción que lo adscribe parcialmente al grupo c-). Siguiendo la misma tesitura, el código de Perú distingue entre el “salvaje” y el “semicivilizado o degradado” (arts. 44 y 45). Sin embargo, como veremos al desarrollar el literal c) de este punto, el código peruano contiene en su art. 15 una valiosa y bien lograda disposición que contempla los efectos jurídico-penales del “condicionamiento cultural”.

A su turno, el código de Colombia prevé dos clases o tipos de inimputabilidad vinculados con el tema bajo examen, declarando inimputables a quienes en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuvieron la capacidad de “...comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión...”, sea por: 1º) *inmadurez psicológica*; o 2º) *diversidad sociocultural o estados similares* (art. 33).

Por nuestra parte, creemos que (al menos en el derecho de nuestro país, donde no existen -a diferencia de las regiones amazónicas- indígenas “salvajes o incivilizados” carentes de todo contacto con la sociedad civil y sus instituciones) constituye un error de dogmática jurídica declarar legalmente inimputable a todo indígena por su sola condición de tal. Ello, amén de equivocado, representa una solución que comulga con la teoría antropológica “evolucionista” y con el modelo político criminal del “derecho penal de autor”, y supone la creación de una *ficción legal* contenedora de una presunción “*iuris et de iure*” (absoluta) de inimputabilidad que, como tal, no admite prueba en contrario.

Nada impide, sin embargo, que existan verdaderos casos -pocos o muchos- de inimputabilidad (en los términos del art. 34 inc. 1º de nuestro Código Penal), pero ello deberá resultar de un examen pericial multidisciplinario sobre la persona del aborígen autor de un delito, según las previsiones de la norma precitada, y no como respuesta conceptual apriorística, genérica, expresa (por designación del “indígena”) y universal del sistema jurídico-penal frente a toda persona que integre la categoría subjetiva reputada inimputable.

Con respecto a los casos de *imputabilidad deficiente o disminuida* (también llamada *semiimputabilidad*), la generalidad de los autores considera que no tienen cabida en el derecho penal argentino, donde en materia de imputabilidad penal el sistema jurídico ha optado por una antinomia extrema: o “todo” (imputabilidad plena) o “nada” (inimputabilidad plena) -art. 34 inc. 1º del Cód. Penal-.

Sin embargo, entiendo que el *principio de proporcionalidad* debe iluminar la cuestión, de modo que los supuestos de imputabilidad defectuosa o condicionada deben reconducirse al ámbito de la culpabilidad y recibir tratamiento exculpatario absoluto (eximente) o relativo (atenuante), en proporción al grado de imputabilidad efectiva del autor del hecho. Además, por imperio de la regla *in dubio pro reo*, en caso de duda deberá estarse a favor de la inimputabilidad e irresponsabilidad del indígena.

**b) Causal de Justificación:** en el ámbito de las *permisiones excepcionales* que a veces confiere el ordenamiento jurídico para tornar legítimas o jurídicas conductas normalmente ilegítimas o antijurídicas (por ejemplo, en el art. 34 incs. 3º, 4º, 5º, 6º y 7º del Cód. Penal; arts. 1071, 2470 y 3939 del Cód. Civil), la doctrina ha enmarcado a diversos comportamientos aborígenes bajo dos modalidades esenciales de justificación: a) el “deber de preservar la propia cultura”, como una suerte de *ejercicio legítimo de un derecho* -más precisamente como el ejercicio legítimo del derecho constitucional a la propia identidad cultural (Raquel Yrigoyen en el Perú)-; y b) la *colisión de deberes* (suerte de “objeción de conciencia”), que conduce ineludiblemente al cumplimiento de un deber (el impuesto por la propia cultura o conciencia cultural) en detrimento de otro deber (ajeno a esa particular cosmovisión).

Esta postura ha sido desarrollada por la doctrina y acogida por la jurisprudencia (especialmente colombiana, peruana y boliviana), mas no ha tenido consagración legislativa expresa en relación con el aborigen. El tratamiento judicial del punto se ha basado, principalmente, en la aplicación de los principios generales contenidos en los códigos penales a los casos concretos.

**c) Causal de Inculpabilidad:**

Entre las *causas que excluyen o eliminan la culpabilidad* (o bien la disminuyen) la doctrina ha prestado atención preferente a cuatro que se reputan fundamentales (tres *absolutas* -que eliminan o excluyen totalmente la culpabilidad- y una *relativa* -que atenúa, reduce o disculpa parcialmente la culpabilidad-).

1) *Error de Comprensión culturalmente condicionado*: esta tesis fue inspirada y desarrollada por Eugenio Raúl Zaffaroni, quien sostuvo que el error de comprensión (como especie del llamado *error de prohibición*) traduce “*la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente*”<sup>34</sup>. En tal sentido, se dijo que en estos casos “*el sujeto tal vez pudo haber conocido la prohibición de la norma pero no puede internalizarla o interiorizarla... por su condicionamiento cultural, de manera tal que no se le podrá reprochar el comportamiento realizado a pesar de haber conocido la prohibición*”<sup>35</sup>.

Esta postura científica ha tenido concreción legislativa en el art. 15 del Código Penal del Perú (de enero de 1991), cuya redacción ha sido estampada por la erudita pluma intelectual de Zaffaroni, en los siguientes términos: “*El que por su cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su*

<sup>34</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., “Política criminal latinoamericana”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1988, pág. 51

<sup>35</sup> GARCÍA VITOR, Enrique, “Diversidad cultural y derecho penal”, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1994, pág. 31.

*acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal”.*

En comentario a la norma transcrita, se sostuvo que distingue dos modalidades diferentes de condicionamiento cultural con efectos diversos: a) la primera mención del precepto, que alude a quien *por su cultura* comete un hecho punible en las condiciones descriptas por el artículo, contemplaría el supuesto de *error de comprensión culturalmente condicionado* (que al ser *invencible* exime totalmente de responsabilidad penal); b) la segunda alusión de la norma, que se refiere a quien *por su costumbre* obra de tal modo, se correspondería, en realidad, con la llamada *conciencia disidente* (o “*autoría por conciencia*”)<sup>36</sup>, que bien podría ser considerada como una causal de inculpabilidad autónoma cuyo funcionamiento dogmático se limitaría a atenuar o reducir la responsabilidad del sujeto agente por haber actuado según los principios inscritos en su estructura psíquica y moral (al reflejar un *error vendible*, atenúa la responsabilidad penal sin excluirla del todo).

2) *Error sobre la existencia de una causa de justificación*: se trata de una hipótesis en la que media una *justificante putativa*. Como todo supuesto de “*putatividad*”, implica la errónea creencia (con fundamento razonable y verosímil para ello) del individuo actuante de estar obrando, en el caso, de un modo permitido o autorizado por el Derecho, sea en ejercicio de un derecho o en el legítimo cumplimiento de un deber.

El Tribunal Superior de Justicia de Neuquén aplicó esta causal en el precedente “*Puel*”.

3) *Inexigibilidad de otra conducta por condicionamiento cultural determinante*: sobre el punto se dijo que “*a nadie se le puede exigir comportarse como no sabe o como no entiende, dado que sus pautas culturales son abiertamente contrapuestas a las de la cultura oficial. Este criterio es más válido para las sociedades latinoamericanas*”<sup>37</sup>. Al respecto, se adujo que “*el Estado no puede exigir que los sujetos abandonen su patrón cultural. A nadie se le puede exigir, a pesar de que “pueda lograrlo”, el abandono de sus parámetros culturales*”<sup>38</sup>.

4) *Conciencia disidente*: en los términos apuntados al final del numeral 1) de este punto.

#### **d) Nuestra Opinión**

Particularmente, estimo que la solución jurídico-penal de la cuestión indígena no debe acotarse o limitarse cerrando el espacio de la indagación científica a determinada especie dogmática. Por el contrario, entiendo que lo decisivo en la materia pasa por establecer una relación de causa-efecto entre el *condicionamiento*

---

<sup>36</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., “Aplicación del art. 15 del Código Penal Peruano en la experiencia Jurisprudencial Nacional”, trabajo publicado en la obra colectiva “La justicia penal en las comunidades originarias”, Ed. AD-HOC, Bs. As., 2010, pág. 81.

<sup>37</sup> PÉREZ ARROYO, Miguel R., “Derecho penal y diversidad cultural”, Cuadernos de Política Criminal, n° 72, Edersa, Madrid, 2000, pág. 767.

<sup>38</sup> BECERRA, Nicolás, Ob. Cit., pág. 30.

*cultural* del individuo y sus consecuencias prácticas. Por ello, considero que para determinar con exactitud el “efecto” de la “indigenidad” sobre la responsabilidad penal es imprescindible circunscribir y definir correctamente la “causa” de tal efecto; de modo que se debe establecer, primeramente, el tipo y grado de *condicionamiento cultural* del aborígen, para recién luego decidir (“ex post facto”) qué especie de consecuencia dogmática (imputabilidad o inimputabilidad; antijuridicidad o justificación; culpabilidad o inculpabilidad) resulta de aplicación al caso.

Dicho de otro modo: no debe encasillarse o rotularse de antemano el carácter tipológico de la consecuencia asignable a los casos penales indígenas (inimputabilidad, justificación o inculpabilidad), sino que aquélla debe construirse siempre (retrospectivamente) a partir del caso, luego de acaecido y conocido el hecho delictivo. Vale decir que el “efecto dogmático” debe construirse junto con la reconstrucción judicial del caso.

En consecuencia, a veces el caso planteará un supuesto de *inimputabilidad* (o *imputabilidad disminuida*), otras presentará algún tipo de *justificación*; finalmente, ofrecerá un cuadro de *inculpabilidad* (en cualquiera de las especies precedentemente consideradas).

Con ello queremos significar que lo determinante sobre el asunto pasa por escudriñar correctamente el ***condicionamiento cultural*** del sujeto, para recién después definir la naturaleza jurídica de la consecuencia dogmática a aplicar en el caso, según sus particulares circunstancias fácticas. Sin embargo, creo que, en términos generales, las respuestas que mejor se adaptan a la sustancia espiritual del ser aborígen son las que indagan los aspectos más relevantes de la *culpabilidad*; puntualmente, las teorías del *error de comprensión culturalmente condicionado* y la *inexigibilidad de otra conducta por condicionamiento cultural determinante*.

Por último, limitémonos a decir aquí que, según mi parecer, existen tres géneros delictivos de la parte especial del código penal que constituyen el punto neurálgico de la *cuestión penal indígena*, por tratarse de figuras delictivas que contrastan fuertemente con la cosmovisión, la idiosincrasia y las costumbres ancestralmente arraigadas en la cultura de las comunidades aborígenes: a) los delitos sexuales (arts. 119, 120, 124 y cctes. del Cód. Penal); b) los delitos contra la propiedad (muy particularmente los tipos de usurpación de inmuebles -arts. 181- y usurpación de aguas -182 del Cód. Penal-); y c) la figura del ejercicio ilegal de la medicina (arts. 208 del Cód. Penal).

En brevísimo comentario a un caso actual, podemos acotar que en materia de delitos contra la integridad sexual adquiere especial trascendencia la creencia - comúnmente difundida en el imaginario indígena- de que la niña se hace mujer a partir de la primera menstruación, y que desde allí puede elegir varón y ser tomada por él. En la provincia de Salta ocurrió un hecho de gran trascendencia pública que permanece irresuelto a la fecha. Un aborígen de la etnia wichí, llamado José Ruíz, violó a la hija menor de su concubina, una niña de tan sólo once años que quedó embarazada como consecuencia del hecho. Llegado el caso a la Corte provincial por vía del recurso de casación, el Tribunal, por mayoría de votos y con sustento en el informe pericial antropológico practicado en la causa, revocó el procesamiento de Ruíz por considerar que la conducta reprochada al imputado gozaría de “aceptación social” en su comunidad y entender que en el caso el acusado tendría una posible comprensión distorsionada del comportamiento atribuido como injusto penal, circunstancia que

revelaría un innegable *condicionamiento cultural*. En consecuencia, el voto mayoritario de los jueces Silisque, Ayala y Posadas consideró que la costumbre indígena en materia sexual no guardaba estricta correspondencia con los parámetros culturales tenidos en cuenta por el legislador nacional para sancionar penalmente el abuso sexual con acceso carnal y que tal distorsión consuetudinaria podía tener incidencia en la *culpabilidad* del procesado.

El voto en disidencia de la Dra. Garros Martínez rechazó el argumento binario de la aceptabilidad social de la conducta y de la supuesta incompreensión del hecho por parte de Ruíz, resaltó que el respeto a una cultura es siempre relativo y condicionado a que las practicas respectivas no atenten contra derechos fundamentales, y destacó la condición constitucional de *niña* que ostentaba la víctima, invocando la normativa pertinente y los principios de *unidad del ordenamiento jurídico nacional* y *supremacía constitucional*.

Como puede verse con diafanidad, el voto de la mayoría hizo hincapié en el elemento *culpabilidad*. En cambio, la opinión minoritaria discurrió en torno a la *antijuridicidad* y a la validez del derecho consuetudinario indígena frente al *principio de legalidad*. Ambas argumentaciones exhiben razonamientos de gran valor jurídico y constituyen un aporte jurisprudencial de interés para reflexionar sobre el tema en la dimensión compleja en que lo hemos tratado aquí: constitucional-penal<sup>39</sup>.

## **B) ASPECTOS DE DERECHO PROCESAL PENAL**

A mi ver, el *penalismo indigenista* abrevado en la nueva filosofía constitucional impone singulares modificaciones al sistema de enjuiciamiento criminal común o general, a través de un revisionismo crítico de sus bases, principios e instituciones procesales. En tal sentido, es posible recomendar los siguientes postulados:

- a. deben preverse *mecanismos de simplificación del proceso* para casos de flagrancia o confesión;
- b. debería instrumentarse la *mediación* o el *arbitraje* como instancias extrajudiciales de resolución privada del conflicto;
- c. sería propicio conceder amplia eficacia disculpante y extintiva de la acción penal al *perdón del ofendido* y diseñar alternativas de *avenimiento* y *composición restaurativa* por los propios protagonistas del hecho;
- d. en materia probatoria, debe potenciarse la *prueba científica*, en sus múltiples variantes (pericias antropológicas, psicológicas, arqueológicas, historiográficas, etc.), a fin de acreditar la condición cultural indígena del imputado y el valor de la conducta reprochada (y su sancionabilidad) en la comunidad originaria;
- e. debiera enriquecerse y autenticarse (en términos de *genuina fuente de conocimiento y comprensión étnico-cultural*) la dinámica probatoria del juicio a través de la incorporación de una suerte de “opinión consultiva” de pares del acusado, emitida ante el tribunal de juicio (con oralidad, intermediación, publicidad y contradicción) antes del veredicto (especie de

---

<sup>39</sup> “C/C RUÍZ, José Fabián s/Recurso de casación” (Expte. N° CJS 28.526/06), registrado en Tomo 109:389/430.

“testigos opinantes o de ilustración” -figura intermedia entre el *testigo* y el *perito*-);

- f. debieran instrumentarse, en definitiva, las recomendaciones contenidas en el Convenio 169 de la OIT.

La adopción de los criterios apuntados requiere, por cierto, de una reforma parcial de las leyes procesales penales que desformalice, en lo posible, el ritual forense, concediéndole mayor holgura y elasticidad a la sustanciación del trámite procesal. Al respecto, resulta oportuno citar ponderativamente a los códigos procesales de Costa Rica<sup>40</sup>, Paraguay<sup>41</sup> y Bolivia<sup>42</sup>, que pueden considerarse de vanguardia en la materia.

## VI VALORACIÓN FINAL

A partir de 1994, con la reforma integral de nuestra Ley Fundamental, el *indigenismo* ha cobrado una nueva fisonomía propiamente constitucional y ha adquirido significativo valor axiológico y jurídico-político. El emplazamiento sistemático del art. 75 inc. 17 de la Carta Magna en el ordenamiento jurídico nacional permite inferir la existencia de un nuevo principio constitucional: el *beneficio homine indigena*. Tal postulado axial proyecta su eficacia dignificante y benevolente a todo el sistema jurídico vernáculo, insuflando una hermenéutica indulgente de creciente humanismo que potencia el principio *pro homine* y modela equitativamente los principios de Legalidad, Igualdad y Culpabilidad.

---

<sup>40</sup> El art. 339 del CPP de Costa Rica contempla los casos de *diversidad cultural* en los siguientes términos: “Cuando el juzgamiento del caso o la individualización de la pena requieran un tratamiento especial, por tratarse de hechos cometidos dentro de un grupo social con normas culturales particulares o cuando por la personalidad o vida del imputado sea necesario conocer con mayor detalle sus normas culturales de referencia, el tribunal podrá ordenar un peritaje especial, dividir el juicio en dos fases y, de ser necesario, trasladar la celebración de la audiencia a la comunidad en que ocurrió el hecho, para permitir una mejor defensa y facilitar la valoración de la prueba”.

<sup>41</sup> Que, tras declarar que “Cuando el imputado sea miembro y viva permanentemente en una comunidad indígena; o cuando sea la comunidad o uno de sus miembros residentes la víctima del hecho punible, deberán aplicarse las normas establecidas en este Título” (art. 432); prevé una etapa preparatoria con intervención de un técnico especializado en cuestiones indígenas (art. 433), otra etapa intermedia con participación de miembros de la comunidad aborígen designados por las partes, en la que se procura arribar a un acuerdo reparatorio (art. 434) que en caso de concretarse es homologado por el juez, quien declara extinta (en forma inapelable) la acción penal (art. 435), y que en caso de frustrarse da lugar al trámite del juicio ordinario, con intervención de un nuevo perito, en el que la sentencia deberá dejar expresa constancia del *derecho consuetudinario aplicado o invocado en el procedimiento y contender un juicio valorativo sobre su sentido y alcance* (art. 435). También prevé alternativas de ejecución penal extra-carcelaria para los casos de condena a pena privativa de libertad que no superen los dos años.

<sup>42</sup> El CPP de Bolivia dispone en su art. 391 que cuando un miembro de un pueblo indígena o de una comunidad indígena o campesina sea imputado de la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, se observarán las normas ordinarias y las especiales que la norma menciona. Entra ellas, prevé la actuación de un perito especializado en cuestiones indígenas, quien deberá informar sobre los patrones culturales y comportamientos referenciales vigentes en la comunidad del acusado.

Asimismo, consagra la extinción de la acción penal en los siguientes términos: “Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena o campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su derecho consuetudinario indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos en la Constitución Política del Estado” (art. 28).

Solamente el esfuerzo mancomunado de antropólogos, sociólogos, psicólogos, arqueólogos y juristas, permitirá darle a la *cuestión indígena* los vientos de respeto, igualdad y dignidad que sopla el derecho constitucional. Asimismo, está en manos de penalistas y criminólogos llevar a cabo el diseño estructural de una arquitectura conceptual que hunda sus cimientos en el auténtico barro antropológico del *ser indígena*, para descubrir en su mundo cultural y espiritual la reminiscencia ancestral que hilvana los lazos primigenios que hermanan a la *humanidad toda* en la greda genésica de su común Creador.

Solo así, respetando a nuestros hermanos aborígenes, enalteceremos nuestra propia dignidad y descubriremos la raíz más pura y autóctona del *ser nacional* y su exaltación patriótica; porque la Patria es madre, como la tierra, y en ella somos todos fraternal astilla del mismo palo.

En estas palabras abrazo a todos mis hermanos aborígenes y a quienes dedican parte de su existencia a estudiar y conocer más de su cultura, para comprenderlos y quererlos mejor, respetando y degustando su identidad cultural; abrazo la historia de las civilizaciones americanas y extendiendo mi mano en un gesto reparador para sanar heridas, perdonar ofensas, enmendar errores y mirar al futuro con esperanza, paz, amor y gratitud.

**Jorge I. González Ferreyra Solá**

DNI 24.697.214