

San Carlos de Bariloche, 6 de septiembre de 2011.

Autos y vistos:

La presente causa caratulada "Palma Arturo y Ñancunao Mirta s/ usurpación", Expte. N S.4- 10-224, que tramita por ante este Juzgado de Instrucción Nro. 2, Secretaría Nro. 4, a fin de resolver la situación procesal de **Mirta Graciela Ñancunao**, argentina, nacido en Bariloche con fecha 3 de octubre de 1960, hijo de Manuel Enrique y de Vernalda Barría, de estado civil divorciada, ama de casa, titular del D.N.I. 14.245.799; y **Arturo Palma** domiciliado en Camino Viejo parte de la ex Ruta 258, Paraje Los Repollos y Arturo Palma, argentino, nacido en El Bolsón con fecha 5 de agosto de 1955, hijo de José del Carmen y de Hubalda Torres, de estado civil casado, trabajador rural, titular del D.N.I. 12.351.297 y domiciliado en Ruta N 40 Km 1445.

De la que resulta:

Se le atribuye a los nombrados la comisión del hecho a partir del día 16 de junio de 2010 hasta el día 10 de noviembre de 2010, sobre la superficie de un camino vecinal que lleva a la propiedad ubicada en parte del lote 82 y 83 del Paraje El Foyel, Provincia de Río Negro, propiedad de José Luis Zilbergberg. Concretamente, sobre el camino vecinal que se inicia a la altura del kilómetro 1944 de la Ruta 40, a unos 2000 metros de aquella, impidieron el paso de los vehículos automotores que por allí circulan por medio de una tranquera construida con alambres y madera, la que desplegaron a lo ancho de esa vía de circulación, y cerraron por medio de una cadena y un candado que impiden su apertura.

Y considerando:

I.- Se iniciaron las actuaciones por la denuncia de Daniel Elías Kritz ante la Fiscalía de El Bolsón, términos que luego ratificó y amplió ante este juzgado al declarar en testimonial.

En lo sustancial refirió ser el administrador del campo propiedad de Zielbergberg, sito en los lotes 82 y 83 del Paraje El Foyel. Que hace unos años Mirta Ñancunao ingresó al predio, ocupando una parte situada sobre el camino viejo, a unos 700 u 800 metros de donde se inicia el campo. Allí instaló una casilla y luego construyó una vivienda junto con Buchille, alegando su condición de población Mapuche.

Sostuvo que estas personas colocaron una barrera en el camino que le impide el paso por ese lugar. Ante su reclamo, aquéllos le manifestaron que no podía pasar por allí. Tan es así que Palma, con una picota en sus manos, le expresó que si efectivamente pasaban por allí, pues entonces "se le iba a complicar". Tampoco pudo transitar por esa vía la encargada Zulema Oyarzo, ni el personal de la Delegación Provincial de Bosques.

Refirió que ese camino lleva al campo que él administra y que, además, sirve de vía de acceso a otros predios vecinos. A fs. 3/9 constan copias de documentación referida a la propiedad del campo.

Personal policial se constituyó en el lugar de los hechos, verificando la existencia de la barrera atravesando el camino de lado a lado. Barrera construida con alambre y varillas verdes de pino y postes de pino. Surge de lo actuado que en la parte central de aquélla hay un poste atravesado en forma horizontal, de unos 3 metros aproximadamente de ancho. También se verificó la existencia de una bandera con la inscripción "No ingresar a territorio Mapuche". El croquis de fs. 33 ilustra la zona.

Luce a fs. 79 el acta suscripta en ocasión de la inspección ocular del predio por parte del juzgado, ocasión en la cual se verificó la existencia de dicha tranquera cerrada por medio de una cadena y un candado, así como la presencia en el lugar de Mirta Graciela Ñancunao.

II.- Que en oportunidad de ejercer su derecho de defensa, Mirta Ñancunao negó el hecho que se le atribuye (a fs. 83/85). Refirió que es parte de la Comunidad Mapuche "Las Huaytekas" y que su familia ocupó ese lugar desde hace más de 100 años. Dijo que Zilberberg no es el propietario de ese lugar ya que nunca lo ocupó y afirmó desconocer al Kritz.

Expresó, además, que a fines del mes de mayo de 2009 comenzó a escuchar ruidos de motosierras y advertir movimientos extraños de camionetas del Servicio Forestal que pasaban por el camino viejo. Las camionetas llevaban cubiertas con el objetivo de quemar ramas. En el camino entonces observó un cartel que decía "propiedad privada, prohibido pasar" que no estaba hasta ese momento.

Que una persona de apellido Gallardo le manifestó que estaba en el lugar por orden de Kritz, para realizar un camino con salida a "la planisa", ya que iban a construir un conjunto de cabañas.

Explicó que en ese lugar está situado el cipresal de Las Huaytekas, "bosque único y milenario" donde está ubicado el Rehue, lugar ceremonial y muy importante para ellos. Todo ese predio es parte de la propiedad comunitaria de la comunidad y es ocupada tradicionalmente por la misma.

Que la comunidad tiene firmado un preacuerdo para implementar un plan de manejo del cipresal de las Huaytekas con Oscar Echeverría, presidente del Codema. Indicó, además, que la Dirección de Bosques de la provincia impulsa la política de despojo contra los pobladores mapuches de la zona desde la década del 70 cuando comenzó a implementarse el plan de colonización forestal.

Que la comunidad decidió colocar una tranquera en el camino viejo en una reunión del día 13 de junio pasado, designándola a ella como encargada de que no pasaran vehículos y personas extrañas al lugar con el propósito de defender el territorio y los recursos de la comunidad y principalmente el bosque de cipresal de Las Huaytekas. Y que ese control se lleva a cabo de forma pacífica con respeto mutuo con la gente de la comunidad.

A su turno, Arturo Palma sostuvo que no haber participado en la construcción de la tranquera, ni tampoco haber realizado ningún acto de impedimento para que la gente pase por allí (a fs. 97/98). Afrimó que los vecinos pueden circular sin problemas, y que tan sólo le impiden el paso a Kritz y Zilberberg, porque hay un juicio contra estas personas.

III.- En función de las complejidades presentadas por la cuestión traída a proceso, y toda vez que de ella se desprenden elementos culturales propios de la Comunidad Mapuche y, más precisamente, de la Comunidad de Los Huaytekas, dispuso entonces la realización de una pericia antropológica. Tal cosa, en lo fundamental, debido a que la cuestión requiere de un conocimiento referido a dichos aspectos culturales que hacen a las situaciones planteadas por la prevenida Ñancuchoe.

A fs. 145/170 se agregó el informe pericial antropológico, el cual se enconó a cargo de la Dra. Claudia Briones, del que surge el valor ancestral y simbólico

que para la Comunidad Huayteka posee el bosque de cipresal allí existente, al que la comunidad ha expresado en diversas presentaciones públicas e, inclusive, en una nota dirigida al Ministro de Producción Juan Accatino, fechada el 20 de mayo de 2011.

Advertir los términos de dicha nota permite introducirnos en algunas de las peculiaridades propias de la cuestión: *"la comunidad debe su nombre al milenar bosque denominado Cipresal de Las Huaytekas, situado dentro del territorio. Lugar donde se encuentra el rewe, espacio espiritual donde se realiza el kamaruko, que es una ceremonia espiritual del pueblo Mapuche. El avance del megaemprendimiento pone en riesgo de extinción del Bosque de Huaytekas. Bosque que además de contar con características ambientales única en la Argentina, es el sitio ceremonial de la comunidad. Eso le provoca a la comunidad un inmenso e irreparable perjuicio en nuestro ser Mapuche, negándonos la posibilidad de ser lo que somos como Pueblo y como cultura, ya que nos impide tener nuestra práctica tradicional al romperse el equilibrio que debemos guardar y cuidar con la naturaleza (a fs. 146)."*

En relación al valor ancestral y simbólico que para la citada comunidad posee el cipresal allí ubicado, sostuvo la Dra. Claudia Briones que: *"no sólo como la Mapu en tanto tierra tiene un sentido económico que garantiza la reproducción material del grupo, sino también como en tanto lugar se entrema en y a través de un sentido de paisaje, entendido como las características superficiales del medio que están significativamente relacionadas con la existencia cotidiana y que presuponen y crean la relación histórica y semántica que los indígenas tienen con ese territorio" (a fs. 146); (...)* *"En todo caso, ya se advierte de los testimonios previos que el mallín tiene un sentido económico, aunque no de lucro sino de subsistencia material. Sin ser parte del espacio directamente habitado, de allí se obtiene agua para algunas unidades domésticas, en el lugar pastan algunos animales, y se acude a recolectar hongos y plantas medicinales" (a fs. 148); (...)* *"Paralelamente al sentido económico o material, el cipresal se constituyen desde un sentido de paisaje, que comporta verlo ligado a la vida social cotidiana, a la pertenencia en un sentido de apego al lugar" (a fs. 150), (...)* *"Y en relación a ese sentido de paisaje se entrama un sentido político de derecho a participar y ser consultados respecto de lo que allí se haga, por ser antiguos pobladores, gente de la tierra" (a fs. 151); "Los tres sentidos mencionados se anclan fuertemente en un sentido mundo que entrama al mallín como todo con aspectos clave de las experiencias religiosas y la espiritualidad indígena, en tanto conformado por seres (gen) y fuerzas (newn) no humanas que regulan el entorno y con los cuales los che o personas deben convivir de manera respetuosa (a fs. 152).*

Respecto de las implicancias del rewe en materia de posesión tradicional de la tierra la Dra. Briones explicó que: *"Transcurridos siglos, dos sentidos centrales del rewe se mantienen. Por un lado, el rewe simboliza el centro más sacro del pijañ lelvn o pampa sagrada donde se realizan los kamarukos o ceremonias anuales y/o eventuales colectivas de mayor duración. Allí no sólo se depositan las cañas donde flamean las distintas banderas que vehiculizan pedidos específicos (sol, lluvia, etc.) y representan las pertenencias de los participantes que provienen de otras comunidades, además de la comunidad anfitriona (a fs. 158); (...)* *"lo que acontece en torno al rewe se vivencia como condensación del ser de los mapuches que somos y ese espacio no puede ser ubicado en cualquier lugar. Debe ser identificado por personas sabias que identifican qué*

fuerzas existen en el lugar y le piden permiso para colocar allí el rewe y realizar las ceremonias" (a fs. 159).

En relación a la entidad vinculante de las decisiones arribadas mediante un "trawun", la perito antropóloga indicó que: *"El trawun es una institución sociopolítica registrada desde épocas coloniales como forma de comunicación, de toma de decisiones y de resolución de conflicto entre indígenas, y entre indígenas y autoridades del imperio español, que se extiende también a tiempos republicanos como medio principal para acordar tratados. Traducible como junta, encuentro o parlamento..." (a fs. 163); "La circulación de la palabra conlleva la idea de que todos los asistentes y participantes están invitados a expresarse, opinar, compartir sus problemas y consejos de manera horizontal. Esta práctica toma una forma inicial ritualizada que suele incluir, luego de la realización de una gillipu o rogativa colectiva, un pentukuwvn o intercambio de saludos entre los asistentes principales, así como una presentación personal de cada uno de los participantes" (164).*

IV.- Abordar la problemática del multiculturalismo supone referimos a la presencia, dentro de un determinado contexto espacial, de diversas culturas, y a la consecuente concurrencia de elementos cognitivos comunes que hacen a la representación del mundo exterior, en el ámbito de la moral, la religión, el derecho, las relaciones sociales, todo ello vinculado por una lengua. En consecuencia, se puede hablar de Estado multicultural en la medida en que cohabitan en un mismo territorio culturas asociadas a diversas nacionales, ya sea que se trate de sociedades en las que han estado presente culturas indígenas que hoy reclaman pleno reconocimiento caso de algunos Estados Latinoamericanos-, o de sociedades que, producto de la inmigración, han incorporado nuevas culturas, como está sucediendo en Europa. Ese dato sociológico hace que en los Estados multiculturales suelen batirse importantes luchas sociales en pos del reconocimiento de la pluralidad cultural y su inscripción en las formas jurídicas. Prueba de ello resulta el texto de varias constituciones latinoamericanas, al resaltar el carácter multiétnico y pluricultural de sus Estados. Es el caso, por ejemplo, de Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia. En este contexto surgen una serie de planteamientos teóricos dirigidos a determinar de qué modo deben los Estados enfocar la diversidad cultural. Tal cosa, debido a que una cosa es reconocer que la diversidad existe, pero otra es establecer los mecanismos para que aquéllas se puedan manifestar dentro de un campo social en el que prevalecen otros cánones culturales. Es decir, la cuestión a resolver es si será suficiente tolerar la diversidad, manteniendo una actitud pasiva o, en cambio, será preciso un tratamiento normativo que garantice los derechos de ciertos grupos. En nuestro país, la presencia de los pueblos indígenas en varios sectores geográficos constituye un elemento ineludible de la vida social. Se trata de presencias activas con sus idiomas, sus organizaciones sociales diversas y sus costumbres. Sin embargo, poco de esta realidad se refleja en la práctica del derecho. Tan es así que el paradigma jurídico vigente hasta hace apenas 17 años se orientaba hacia una política de asimilación cultural. Es decir, al establecimiento de una sociedad homogénea en la cual las personas pertenecientes a grupos minoritarios debían abandonar sus tradiciones, su cultura y el uso del lenguaje a favor de las tradiciones, la cultura y el lenguaje del grupo dominante.

De allí, entonces, la trascendental ruptura que ha traído aparejada la incorporación al ámbito interno del derecho internacional de los derechos humanos, entre ellos, el art. 27 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; de la reforma constitucional de 1994, que reconoció la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas; y de la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Instrumentos que evidencian un vuelvo fundamental dentro del derecho positivo que apenas ha comenzado a ser asimilado por la doctrina y la jurisprudencia, en pos de hacer efectiva la diversidad cultural reinante en nuestro país.

Un cambio tan abrupto e incompatible con posturas ideológicas muy arraigadas en la educación legal tradicional, que resulta consciente o inconscientemente resistido por la mayoría de quienes debemos aplicarlo.

Afortunadamente, hay también inequívocas muestras de un rumbo en torno a la aceptación y promoción de esa diversidad cultural. Una de ellas, puestas de manifiesto a través del agudo fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en el caso "CO.DE.CI. de la Pcia. de Río Negro s/ acción de amparo" del año 2005, por medio del cual se ordenó a todas las reparticiones de la administración pública adecuar sus normas internas a los derechos indígenas. Se trató, claro está, de una justa apuesta en pos del multiculturalismo y la diversidad cultural, de los cuales nuestra provincia es, en términos sociológicos, un auténtico ejemplo.

V.- Ahora bien. Lamado a resolver la situación procesal de los prevenidos, debo afirmar que nos encontramos frente a los llamados "delitos culturalmente motivados", referidos a determinados comportamientos que si bien contradicen la norma penal, se explican en razón a la cultura a la que pertenece el infractor. Es decir que la quintaesencia de estos "delitos culturalmente motivados" radica en el conflicto entre el respeto a los valores comprendidos dentro de su cultura y lo que disponen las normas penales.

Para algunos dogmáticos del derecho penal, quien opta por cumplir los mandatos de su propia cultura lleva adelante un comportamiento que debe reputarse como justificado, buscando dar solución al problema en la esfera de la antijuridicidad.

Otros abordan el problema desde la perspectiva del error de prohibición, dado no en función del desconocimiento de la norma penal, sino en cambio, en su falta de comprensión. Se trata de supuestos en los que pudiendo conocer la prohibición de la norma, el sujeto no la puede comprender por al haber internalizado un conjunto de valores diferentes, los que, incluso pueden ser incompatibles con los compartidos por la cultura dominante. En esa dirección se orienta el art. 15 del Código Penal Peruano, al referirse a un "error culturalmente condicionado", lo cual permite, en la medida en que se halle presente una falta de comprensión absoluta, la eximición de responsabilidad penal.

En el caso que aquí nos atañe, respecto de Arturo Palma entiendo que no se ha verificado que participase en la comisión del hecho investigado, ante cuya atribución, por lo demás, se opuso y negó guardar cualquier vinculación con su comisión. En función de ello, corresponde aplicar a su respecto un temperamento liberatorio a tenor del artículo 306, inciso 1, segundo supuesto del rito.

En lo que atañe a Mirta Ñancunao entiendo que nos encontramos impedidos de afirmar que ella hubiera podido atender a los llamados de la norma penal en crisis. Es decir, que hubiera estado en condiciones de inspirarse en la expectativa subyacente a la previsión normativa prevista en el artículo 181 del Código Penal, y ello por cuanto, en lo esencial, su sistema de creencias la llevó a hacer prevalecer lo que entendió como un bien jurídico de mayor trascendencia.

Al respecto, posee fundamental relevancia los datos aportados por la Dra. Claudia Briones, perito antropológica en estos autos.

Fue así, de acuerdo a ello, que estableció esa barrera por medio de la cual controló el paso de quienes circulaban por ese camino vecinal, impidiendo que algunos de ellos, vinculados al denunciante y a sus intereses empresariales, pudieran transitar libremente.

Reitero, estamos en ausencia de cualquier forma de culpabilidad penal en virtud de encontrarse frustrado el normal proceso motivacional de la nombrada, quien de acuerdo a la tradición en la cual abrega, sus códigos culturales, y la percepción del mundo que la circunda y su orden social, se encontró llamada a responder del modo en que lo hizo, priorizando así los bienes jurídicos que estimó trascendentes y llamados a proteger de modo activo.

Así las cosas,

Resuelvo:

Sobreseer totalmente en la presente causa a **Arturo Palma** y **Mirta Graciela Ñancunao**, ya filiados, a tenor de lo previsto por el artículo 306, inc. 1, segundo supuesto e inciso 2 del Código Procesal Penal, respectivamente, dejando constancia que la formación del presente sumario en nada afecta el buen nombre y honor que pudieran haber gozado.

Protocolícese, notifíquese, firme que sea comuníquese a quien corresponda y oportunamente, archívese.

Martín Lozada
Juez

Ante mí:

Martín H. Govetto
Secretario