

SALTA CORTE DE JUSTICIA VIOLACION COMUNIDADES INDIGENCIAS VIOLENCIA
GENERO 29 09 2006

(Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz)

(Registro: Tomo 109: 389/430) Salta, 29 de septiembre de 2006. Y

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

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

1°) Que a fs. 250/260, la Dra. América Angélica Alemán, ejerciendo la asistencia técnica de José Fabián Ruiz, interpone recurso de casación contra la resolución de la Sala Tercera de la Cámara de Acusación de fs. 189/192 vta. que no hiciera lugar al recurso de apelación oportunamente deducido contra el auto de procesamiento- 2°) Que tras la sustanciación de la queja esta Corte, a fs. 327, declaró formalmente admisible el recurso, otorgando luego a la defensa y al Ministerio Público Fiscal la intervención que prescriben los arts. 474 y sgtes. del C.P.P. por lo que los autos se encuentran en estado de resolver.-3°) Que la defensa sostiene que la resolución recurrida resulta arbitraria, porque no considera prueba decisiva, en orden a acreditar que en el caso concurre un supuesto de necesidad de respeto, a la identidad étnica y cultural del imputado. En este aspecto se agravia porque a fs. 190, al hacerse hincapié en la extemporaneidad del aporte de prueba relativa a las costumbres ancestrales del pueblo Wichí, se había incurrido en un exceso ritual conculcatorio del derecho de defensa. Dadas las vicisitudes procesales que impidieron a la parte efectuar el aporte de esta prueba antes del auto de procesamiento, entiende la recurrente que debió haberse admitido en la alzada la ponderación de esta evidencia de carácter sustancial. Asimismo, se agravia porque habría existido un engaño y mala interpretación en las primeras manifestaciones de la denunciante y porque su presentación originaria fue inducida.-4°) Que en informe de fs. 335/337, el Sr. Fiscal ante la Corte n° 2 opina que los preceptos constitucionales que invoca el recurrente deben ser ponderados en consonancia con el principio de igualdad y señala que las excepciones a la aplicación del régimen legal son un cometido específico del legislador. Entiende que no existiendo esa excepción legal la aplicación que pretende el recurrente no implicaría el respeto de un derecho sino la consagración de un privilegio, que atentaría contra un objetivo perseguido en los textos constitucionales consistente en la unidad nacional. Acerca del re-chazo de prueba que se arguye como conculcatorio del derecho defensa, indica que se trata de una atribución del tribunal expedirse sobre la pertinencia de los elementos ofrecidos, que no ha sido ejercida en el caso de un modo arbitrario. Entiende que carecen de eficacia para refutar el fallo recurrido (Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) las expresiones referidas a las conductas coactivas que habrían afectado a la denunciante. Agrega que las testimoniales de éste y de Roque Miranda fueron debidamente valoradas y que la resolución recurrida presenta una motivación que le confiere suficiente sustento legal. Por lo expuesto solicita que no se haga lugar al recurso de casación analizado. - 5°) Que la cuestión referida al respeto de la identidad cultural y étnica de las personas involucradas en el presente proceso se encuentra provista de implicancias relativas a la aplicación de la ley de fondo, tal y como se indica en la resolución impugnada; cabe, sin embargo, profundizar el análisis de lo que en tal pronunciamiento se deja establecido acerca de que estos aspectos deben ser objeto de consideración y prueba en la etapa plenaria del proceso Para abordar esta temática es necesario entender que el auto de procesamiento es una resolución que, dado su carácter provisorio, no permite al juez omitir el exhaustivo análisis de todos los elementos legalmente incorporados a la causa al momento de su dictado y que se

encuentren dotados de relevancia en orden al objeto del proceso penal. Este recaudo condiciona la validez del pronunciamiento, toda vez que para considerarse fundado, en los términos del art. 115 del C.P.P., no puede limitarse a evaluar algunos aspectos de la prueba, dejando sin considerar otros que puedan hacer variar el resultado de la declaración de presunta responsabilidad del imputado. Sobre este tópico cabe señalar que el fundamento de una resolución debe ser expreso, claro y completo. Este último recaudo implica la necesidad de que el pronunciamiento abarque todas las cuestiones esenciales de la causa y cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar; y habrá falta de motivación cuando se omita la exposición de los motivos sobre un punto de la decisión (De la Rúa, Fernando -"El recurso de casación", pág. 161) . 6°) Que, en la presente causa, cuando el juez resolvió procesar a Ruiz, ya se había incorporado a las actuaciones el informe pericial antropológico de fs. 145/148. Consiguientemente, dada su particularidad requería un especial abordaje; sin embargo, este elemento de juicio fue objeto sólo de una valoración peyorativa para el imputado, sin que se tuvieran en cuenta aspectos especialmente importantes que surgen de su contexto, tales como la aceptación social que en esos grupos tendría que las mujeres mantengan relaciones sexuales desde temprana edad, más concretamente a partir de la primera menstruación. - 7°) Que también se hallaba agregado a la causa un conjunto de manifestaciones de referentes de la comunidad indígena, en las que como denominador común, se aprecia una cierta actitud de perplejidad por la consideración penal de la conducta de Ruiz. Ello ocurre con la declaración testimonial (Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) de Roque Miranda, Presidente de la Comunidad Lapacho Mocho (fs. 48), con la de la madre de la menor (fs. 46) y con las expresiones relevadas en la documental de fs. 118/124. - Estos elementos de juicio no constituyen cuestiones baladíes ni meras presunciones, toda vez que ellas se ven fuertemente avaladas por el informe de fs. 221/222, incorporado con posterioridad al auto de procesamiento que, dicho sea de paso, debió ser abordado oportunamente, toda vez que de él se desprende la existencia del puntual contexto de convivencia del imputado y de la víctima en un marco de costumbres ancestrales que resulta útil para apreciar una posible distorsión de la comprensión de la conducta atribuida como un injusto penal. Cuando la ley impone al Juez el deber de motivar sus resoluciones, le pide mucho más que la simple enunciación de los elementos colectados; la exigencia transita concretamente por un ejercicio racional que involucre una apreciación equilibrada de la prueba de la que se deriven conclusiones en función del derecho vigente. El referido equilibrio impide que se soslayen o se dejen en un plano de carencia de gravitación elementos útiles para la solución del caso, lo que aquí ha ocurrido cuando, al dictarse el procesamiento, se entendió que los aspectos antes mencionados, claramente indiciarios de un particularismo etno-cultural, no eran sino componentes de una trama de encubrimiento basada en la identidad cultural de los aborígenes. Desde esa óptica no ha sido razonable la evaluación que el juez hiciera de la influencia que tendrían, en el supuesto a juzgar, la multiplicidad de datos acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino, pudiendo suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan en la culpabilidad del imputado. 8°) Que en orden a esta problemática resulta necesario destacar que en la resolución de fs. 189/192 vta., se convalida el procesamiento dictado en contra de Ruiz, señalando que las circunstancias relativas a la forma de vida de la comunidad wichí " a lo sumo pueden tener en su momento alguna relevancia, en cuanto hacen a su aspecto subjetivo" (fs. 190 vta.) . Dicha consideración, parece olvidar que el procesamiento debe basarse en la existencia de elementos de convicción suficientes acerca de todos y

cada uno de los componentes del delito, y no sólo de los que hacen a su tipicidad como se indica en la mencionada resolución. Desde la óptica de apreciación integral que aquí se sub-rama, en modo alguno es dable procesar al imputado dejando la comprobación de su culpabilidad para la etapa plenaria, lo que podría traerle aparejado un gravamen irreparable, aspecto este precisamente individualizado al aceptarse la queja. 9°) Que, para entender la deficiencia de motivación del procesamiento, cabe acudir también al ilustrativo párrafo de la resolución que lo confirma donde se indica que todo lo que hace la forma (Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) de vida, creencias e idiosincracia de la comunidad wichí, son aspectos que nada tienen que ver con los argumentos que dan sustento al auto respectivo (fs. 190) . Es precisamente ese descuido por la incidencia que en la imputación subjetiva tiene en el caso la pertenencia del encartado a un pueblo originario, la que permite ver, a las claras, que la declaración de su responsabilidad a los fines de ser llevado a juicio, no se ha cumplido con arreglo a una ponderación integral. 10) Que en ese marco resultó enteramente lógico que el tribunal de apelación se despreocupa-ra de la prueba por cuya omisión de valoración se agravia la defensa, ya que más allá del argumento relativo a la temporaneidad de su aporte, que se trae a colación en el recurso para denunciar un exceso ritual conculcatorio del derecho de defensa, lo que en rigor aparece sentado como principio por la Sala Tercera de la Cámara es que el extremo que se pretendía probar mediante ese elemento de convicción se refería a una cuestión irrelevante en ese estado de la causa. 11) Que la situación antes descrita cobra especial trascendencia, en tanto los arts. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aún provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta, lo que no ha ocurrido en el presente caso.- En razón de lo expuesto corresponde declarar la nulidad del auto de procesamiento de fs. 155/161, de la resolución de fs. 189/192 vta. que lo confirma y de todos los actos que de ellos dependen. -La Dra. María Cristina Garros Martínez, dijo

1°) Que a fs. 250/260, la Dra. América Angélica Alemán, ejerciendo la asistencia técnica de José Fabián Ruiz, interpone recurso de casación contra la resolución de la Sala Tercera de la Cámara de Acusación de fs. 189/192 vta., que no hizo lugar al recurso de apelación oportunamente deducido contra el auto de procesamiento.- 2°) Que tras la substanciación de la queja, esta Corte a fs. 327 declaró formalmente admisible el recurso, otorgando luego a la defensa y al Ministerio Público Fiscal la intervención que prescriben los arts. 474 y ss. del C.P.P., por lo que los autos se encuentran en estado de resolver. 3°) Que, en virtud de las cuestiones alegadas como fundamento del recurso de casación, cabe efectuar una breve reseña de los agravios formulados por la defensa del imputado a fs. 250/260. Sostiene que el fallo de la Cámara atenta contra el descubrimiento de la verdad real, objeto de la instrucción, tipificando como delito un hecho determinado en total violación al derecho constitucional indígena -(Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) y conculca los arts. 15 y 18 de la Constitución Provincial, que garantizan el respeto a la identidad étnica y cultural de los indígenas argentinos, el ejercicio de la defensa en juicio y el debido proceso. A su entender en el presente proceso penal no se habría atendido a la realidad fáctica concreta, conformada por la condición de indígena de Ruiz, perteneciente a una cultura determinada donde es imposible vivir conforme la “Ley Penal” o según preconceptos religiosos. En consecuencia atribuye arbitrariedad al pronunciamiento en cuanto, ante la ausencia de dolo, no se encontraría tipificado el delito que se le imputa. Afirma la existencia de agravio constitucional por que supedita la vigencia del “Derecho Consuetudinario” – a su juicio, parte de la identidad cultural de los pueblos indígenas argentinos -, garantizado por la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 17, aún ordenamiento jurídico de rango inferior (el Código Penal), contraviniendo así el

principio de supremacía constitucional. -Considera que las defensas articuladas en referencia a las pautas culturales del pueblo indígena wichí, lejos de ser ajenas a la causa, como lo entiende la Cámara, son centrales porque determinan la atipicidad del hecho y la inimputabilidad de Ruiz, y que su desestimación vulnera su legítimo derecho de defensa; que, además, el modo de aplicar el "derecho de igualdad" implica una discriminación porque emite un juicio sobre una conducta sólo comprensible en términos del "código" de la comunidad indígena, aplicando para ello otro código, el penal, sin que exista una relación intercultural de mutuo entendimiento. Afirma que, de acuerdo a la organización familiar imperante en la comunidad a la que pertenece, no existió violación ni reiteración del delito ni engaño y sí mala interpretación en las primeras manifestaciones de la madre de Estela –quien habría sido inducida a denunciar por la Directora de la escuela–ni se habrían producido consecuencias sociales dañinas ya que la comunidad per-siste en sus costumbres. Agrega que en la supuesta víctima existe la madurez requerida para que la conducta sancionada pueda ser descripta como simple modo de vida, aceptado antropológicamente como una institución social denominada "matrimonio privignático", en el que, a diferencia de lo que entiende la Cámara, no existe concubinato sino matrimonio tanto con la madre como con su hija. En síntesis, el pronunciamiento recurrido habría conculcado el derecho que asiste a los miembros de las comunidades indígenas a que se respete su identidad cultural, invocando como sustento de su impugnación los arts. 75, incs. 17 y 22 de la Constitución Nacional, 1.4 y 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los proyectos de Declaración sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas de la ONU y de la OEA. - (Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) Por otra parte, aduce arbitrariedad en materia probatoria, porque se habría rechazado prueba sustancial acerca de las costumbres de la etnia wichí y formulado apreciaciones personales, presumiéndose que la denuncia de la madre habría sido rectificada con motivo de la presión de caciques y jefes de la comunidad, sin contarse con evidencia probatoria en tal sentido y en franca violación del principio "in dubio pro reo" contenido en el Código Penal. Asimismo, afirma que se valoró contradictoriamente el testimonio de Roque Miranda, Presidente de la Comunidad Hoktek T'oi (Lapacho Mocho) y omitió tener en cuenta que se está llevando a cabo la rectificación de la edad de Estela TT., aplicando un criterio restrictivo al analizar la edad de la niña, en desmedro de la verdad real. Finalmente, afirma que la sentencia carece de motivación suficiente. --4°) Que, cabe analizar, en primer término, el vicio apuntado por la impugnante respecto a la falta de denuncia idónea para formar causa en contra del imputado, ya que el art. 72 del Código Penal que establece en el inc. 1° que son delitos dependientes de instancia privada los previstos en los arts. 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91 y, en el penúltimo párrafo, prescribe que no cabe formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. --5°) Que a fs. 10 de estos autos obra un acta labrada por el Fiscal Penal n° 2 donde se consigna que Teodora TT., madre de Estela TT., formula denuncia en contra de José Fabián Ruiz, por haber violado a su hija quien, como consecuencia de ello, se encuentra embarazada. Afirma que fue amenazada por el Sr. Roque Miranda, Cacique de la Comunidad Lapacho Mocho quien le dijo que si denunciaba a Ruiz ella también quedaría presa y que la sacaría de la comunidad. Agrega que se siente atemorizada por la denuncia que hace pero ella teme que su ex-concubino le haga lo mismo a sus otras hijas. Se indica allí que la acompaña a radicar la denuncia la Sra Directora (Interina) de la Escuela Paraje Km. 14 n° 4744, Srta. Dora Elena Carrizo y que pusieron en conocimiento de lo sucedido a la Defensora Oficial Civil n° 1. -- A fs. 46 la denunciante, en sede judicial, expresa que se rectifica de la declaración efectuada a fs. 10 por haber sido obligada por la Directora a

realizarla. Afirma que ella no estaba enojada con Ruiz, que sabía que él vivía con su hija Estela desde hace un año más o menos, situación que es costumbre entre los aborígenes. Agrega que no sabía que iban a pasar estas cosas, lo único que quería es que José acompañe a su hija y que no recibió amenaza alguna del cacique Roque Miranda. -6°) Que de la reseña efectuada surge que, conforme lo señala el Tribunal "a quo", la madre de la menor no negó haber realizado la denuncia en contra de Ruiz sino que al ser llamada a ratificar-la en sede judicial, modificó el contenido de la misma. Siendo ello así carece de fundamento el agra-(Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) vio sustentado respecto a la falta de autenticidad de la denuncia, por haber sido expresamente reconocido su contenido material por la Sra. Teodora TT.. --Cabe señalar que aún cuando el Fiscal interviniente no dejó constancia de haberle informado a la denunciante que el acta labrada podía ser leída y firmada por una persona de su confianza, tal circunstancia no la invalida ya que del contenido de ella surge que concurrió acompañada por la directora de la escuela de su hija, lo que le garantizó a la compareciente que lo consignado por escrito era lo que ella había expresado en forma verbal. Ello se corrobora con la afirmación de la Sra. Defensora Oficial Civil n° 1 Dra. Claudia Zamar de Esper quien a fs. 68 señaló que acompañó a la Sra. Teodora TT. a radicar la denuncia en contra de José Ruiz. --Si bien a fs. 46 decidió rectificarse de sus dichos, en ningún momento alegó discordancia con el contenido del acta inicial sino que sostuvo que la denuncia la hizo a instancias de la directora quien le ofreció darle cosas y que lo único que quería era que José acompañe a su hija.--Siendo ello así, por haber decidido la madre de la menor formular la denuncia por lo ocurrido a su hija, lo que habilitó la instancia penal en contra del autor del ilícito, su rectificación posterior no impide que la causa continúe de oficio. --7°) Que, por lo demás, aún cuando por vía de hipótesis, se dejara de lado la denuncia formulada por la madre de la niña, cabe apuntar que la promoción de la acción por la Fiscal Penal n° 2 se encuentra comprendida en las previsiones del último apartado del art. 72 del C.P. que establece que cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre el menor y sus padres, tutores o guardadores, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél. -- En estos autos, a fs. 11 la Fiscal Penal n° 2 del Distrito Judicial del Norte, Circunscripción Tartagal, expresa que por una omisión involuntaria la denunciante no habría impreso su dígito pulgar en la denuncia realizada, pero que la niña se encuentra bajo el patronato del Estado, de conformidad con lo prescripto por la ley 10903. Afirma que en la causa de protección de personas que tramita ante el Juzgado de Personas y Familia, a instancias de la Asesora de Menores la Juez interviniente le remitió las fotocopias de los autos, ante la posible comisión de un ilícito penal. Fundamentalmente, corresponde ameritar que la Fiscal Penal n° 2, ejerce las atribuciones que le caben con sustento en las declaraciones efectuadas por la niña el 9 de junio de 2.003 ante la jefa de Servicio Social del Hospital Juan D. Perón, Marta Ortiz (fs. 7 de autos, fs. 04 del Expte. 14525/05), encontrando justificada su intervención de oficio en razón de las mismas. Es por ello que, en atención a su interés superior del menor (art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño), promueve acción penal pública en contra de José Fabián Ruiz por el delito de abuso sexual calificado con acceso carnal reiterado. Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) -En definitiva, surgiendo de las actuaciones examinadas y del contenido del escrito de promoción de acción penal la presencia de intereses contrapuestos entre la madre y la hija, como también la necesidad de protección del interés superior de esta última, debe precisarse que se cumplen en autos los requisitos del art. 72 del C.P.-- Por lo expuesto ya sea que se considere válida la denuncia realizada por la madre de la niña o la promoción de oficio efectuada por la Fiscal Penal, no se advierte en la instrucción de la causa el vicio alegado en el recurso en análisis.--8°) Que se imputa también arbitrariedad al fallo al aplicar un criterio restrictivo en el análisis de la edad de Estela TT.. Cabe señalar que conforme surge de la copia de su documento nacional

de identidad de fs. 2, ella nació el 31 de diciembre de 1995, mientras que su madre señala a fs. 7 y vta. que, en realidad, nació el 31 de diciembre de 1993, fecha que también surge del informe del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas obrante a fs. 182.--Teniendo en cuenta que lo que los hechos por los que se procesa al imputado ocurrieron aproximadamente a mediados de 2004 (ya que en junio de 2005 tenía un embarazo de 36 semanas, según copia de fs. 7), la menor contaba en esa época con 9 años de edad (u 11 según su madre) . -Si bien la recurrente a fs. 364 señala que se está tramitando la rectificación de la edad de Estela ante un Juzgado Civil de Tartagal, mientras esa prueba no sea arriada, cabe estar a lo consignado en el documento de la menor. --9°) Que se atribuye al fallo vulnerar las normas constitucionales al no respetar las costumbre y normas imperantes en el pueblo wichí al que pertenece el imputado, sosteniéndose que la situación que se verifica en autos se trata de una unión matrimonial realizada con el consentimiento de las partes y de conformidad con las costumbres de su comunidad e inmerso en un sistema de derecho consuetudinario del pueblo wichí. La defensa agrega que Estela TT. es mayor que lo que se indica en el documento de identidad y que debe considerarse que el imputado carecía de la capacidad de comprender la criminalidad del acto atento a que, de conformidad con la cultura de su pueblo, la mujer, a partir de su primera menstruación, es libre de tener relaciones con quien quiera, siendo las mujeres las que eligen al hombre para que sea su esposo. --En lo esencial se aduce que dentro de las pautas culturales propias de la comunidad wichí al que pertenece el imputado, la conducta que se sanciona con fundamento en los artículos del Código Penal conforma un modo de vida conocido como " matrimonio privignático", y que aquél no tuvo conciencia de incumplimiento de norma jurídica alguna durante su trato íntimo con Estela TT., (Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) por lo que, a todo evento, resultaría penalmente inimputable del delito que se le atribuye. Por el contrario, la decisión de la Cámara se apartaría de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales invocados, denegándose a su respecto el derecho a que el indígena tenga su propia vida cultural. -10) Que en el examen jurídico de cada uno de los agravios formulados no puede, efectivamente, prescindirse de la ameritación contextual de la conducta cuya tipificación como delito penal resiste la recurrente con fundamento en que la misma constituye una práctica cultural propia de la comunidad indígena a la que pertenece el imputado. Los hechos del presente caso revelan con certidumbre una gran densidad cultural y suscitan una particular línea de reflexión, dado que conllevan la necesidad de analizar la tensión que se plantea entre los distintos puntos que entran en conflicto cuando deben resolverse cuestiones acerca de comunidades indígenas o sus miembros, requiriéndose para ello de una perspectiva que, sin dejar de reconocer sus derechos fundamentales, en modo alguno se desconozca o niegue derechos vinculados, de otra naturaleza o alcance, que le asistan al resto de los individuos involucrados, como tampoco se relativicen las obligaciones que es dable exigir a todos los actores del conflicto. Corresponde "ab initio" dejar sentado que, tal como lo estableciera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la vigencia de los Tratados de Derechos Humanos no implica la derogación de los principios, derechos y garantías reconocidos en la parte dogmática de la Constitución. De ahí que las previsiones de aquéllos deben armonizarse de acuerdo con la doctrina del Superior Tribunal, según la cual la interpretación de las normas constitucionales ha de realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para obtener esa unidad, la recta inteligencia de sus cláusulas no alterará el equilibrio del conjunto dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás (Fallos: 167:121; 190:571; 194:371; 240:311; 306:303), pues se trata de privilegiar las opciones hermenéuticas que maximicen su eficiencia. - La necesaria armonización e interpretación integrativa que debe existir entre los derechos y garantías consagrados en la parte dogmática de la Constitución y aquéllos enumerados en los Tratados Internacionales sobre Derechos

Humanos, importa una pauta a seguir por los jueces que, valga señalarlo, expresamente fue considerada en el seno de la Convención Nacional Constituyente de 1994 (conf. "Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994", T. IV, p. 4130 y sgtes., espec. p. 4136/37, publicada por el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1995; CSJN, causa "Petric Domagoj", 14/6/05, y muchos otros fallos posteriores a la reforma constitucional de 1994) . Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) -No podría ser, entonces, una conclusión de hermenéutica constitucional válida aquella que sostenga que la aplicación de normas emanadas de la facultad legislativa otorgada al Congreso de la Nación por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional se opone a los derechos consagrados en el art. 75, inc. 17 de la C.N. y 15 de la C.P. y en los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22. Antes bien, entre la atribución estatal y los derechos aludidos hay una relación de necesaria complementación en el común marco protectorio de los derechos humanos fundamentales. Por otra parte, es jurisprudencia constante del Máximo Tribunal Nacional la que sostiene la inexistencia de derechos constitucionales absolutos (Fallos: 257:275; 258:267; 262:205; 268:364; 290:83; 297:201; 300:700; 304:319 y 1524), pues todos deben operar atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen (Fallos: 255:293; 262:302; 263:460), ningún derecho esencial de los que la Ley Suprema reconoce puede esgrimirse y actuar aisladamente porque todos forman un complejo de operatividad concertada de manera que el Estado de Derecho existe cuando ninguno resulta sacrificado para que otro permanezca (Fallos: 256:241; 258:267; 259:403; 311:1438) . Desde tal punto de vista, la demandada no puede pretender con éxito la inaplicabilidad de la ley penal nacional respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición de indígena y de su identidad cultural, a menos que se confiera a estos últimos una condición de derechos constitucionales absolutos que no poseen, y mucho menos cuando una decisión en tal sentido tendría como consecuencia el desconocimiento de otros derechos individuales cuya esencialidad surge de la interpretación integral de las normas que componen el complejo constitucional aplicable al caso. 11) Que el bloque de constitucionalidad al que debe atenderse en el sub lite se encuentra conformado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, su art. 75, incs. 12 y 17, los tratados mencionados por el art. 75, inc. 22 (en las condiciones señaladas en el art. 75, inc. 23), y el art. 15 de la Constitución Provincial. Asimismo cabe determinar la aplicabilidad del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la 76^a Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989, ratificado por ley 24071 de 1992; en vigencia en este país con rango constitucional desde el depósito de la ratificación, en el año 2000. De tal modo, la pretensión del recurrente encuentra valladar, teniendo en cuenta el artículo 8 del Convenio 169, conforme el cual y sin perjuicio de tomarse debidamente en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de la comunidad indígena a la que pertenezca el individuo en cuestión (art. 8.1), resulta ineludible confrontar éstos con los bloques de legalidad y constitucionalidad señalados. Ello porque asiste a estos pueblos el derecho a conservar sus costumbres e instituciones-(Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) propias "siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos" (8.2) ; más aún, el citado Convenio deja establecido que los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para reprimir – o no, cabe agregar-los delitos cometidos por sus miembros, deberán respetarse "en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos" (art. 9.1), aún cuando, a la hora de imponerse sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, se tengan en cuenta sus características económicas, sociales y culturales (art. 10.1).-

Siendo ello así, las decisiones judiciales deben resultar adecuadas a los compromisos asumidos por la República Argentina en la materia específica, pero evitando la intolerancia o la defensa de costumbres que implican la restricción y menoscabo de los derechos fundamentales de la persona humana pues ello, además de resultar atentatorio contra el sustrato filosófico-axiológico del bloque de constitucionalidad, se encuentra expresamente vedado por el mismo (cf. art. 30 Declaración Univ. Derechos del Hombre, 29 Pacto SJCR, art. 5.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 8 Convenio 169 OIT) . No hacerlo implica abdicar del deber que impone a la judicatura decidir conforme la realidad que la circunda; en el caso en que hay una disputa sobre derechos fundamentales, el juez no puede mantenerse al margen, dice el Dr. Ricardo L. Lorenzetti ("Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho", Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs.As., 2006, p. 160) . Posicionarse constituye un desafío para quienes tienen a su cargo la aplicación del derecho y a través de éste de las políticas internacionales sobre derechos humanos (entre quienes se cuentan los redactores de los tratados incluidos en el art. 75, inc. 22 de la C.N.) . Fundamentalmente, ello hace al imprescindible orden social que todas las personas requieren para el efectivo ejercicio de los derechos inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática (arts. 28 Declaración Universal DDHH, 29 Pacto S.J.C.R.), propia del Estado de Derecho que caracteriza a la República Argentina. - 12) Que son indudables los beneficios irrogados a los ciudadanos en su calidad de individuos a partir del reconocimiento del complejo jurídico garantístico de los aspectos elementales de la persona humana, pero sus previsiones, a veces contradictorias, deben ser interpretadas de un modo concomitante y equilibrado, de conformidad con la Convención de Viena sobre los Tratados y bajo un criterio armónico y fundado en los principios "pro homine" y "favor debilis" (Manili, P., "El bloque de constitucionalidad", L.L., 2003, p. 339; United Nations Workshop for the Asia-Pacific Region on Human Rights Issues – Report, Jakarta, January 1993, N.Y., U.N., 1993, p. 1.)- (Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) -Bajo el imperio de dichos principios, sin hesitación la conclusión que se impone es que la vigencia de la "costumbre comunitaria" invocada por el recurrente como circunstancia apta para que se permita que la situación planteada a partir de la promoción de acción penal efectuada de oficio a fs. 11 por la Fiscal Penal N ° 2, se resuelva de conformidad con el supuesto derecho consuetudinario wichi y no de acuerdo al Código Penal Argentino, no constituye una razón apta para enervar la regla contenida en los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT. Ello porque dicha costumbre no sólo resulta contradictoria con nuestro sistema jurídico nacional, sino con el plexo de derechos humanos internacionalmente reconocidos, ante el cual resulta que se pretende subordinar un derecho esencial de la naturaleza humana al hecho de la pertenencia a un estado cultural determinado, a lo que obsta firmemente el Pacto de San José de Costa Rica, de cuyo Preámbulo emerge la relevancia superior de los derechos que hacen a los atributos de la persona humana. --En efecto, el acceso carnal a menores cuya edad que, aunque fuere de modo impreciso, pueda situarlas en una franja entre los 9 y los 11 años –como ocurre en el caso, sin que la recurrente haya logrado modificar este presupuesto fáctico-, de modo reiterado hasta alcanzar su embarazo, bajo la modalidad de supuestos consentimiento en virtud de relaciones matrimoniales aceptadas en ciertas comunidades indígenas, resulta objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano (arts. 5 y 11 Pacto SJCR, 12 Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que no deben dejar de aplicarse a la menor Estela TT. por la circunstancia de que ambos -víctima y procesado-pertenecen a la etnia wichi, ya que el complejo garantístico de los derechos humanos debe ser aplicado por los Estados Nacional y Provinciales de modo igualitario a todos sus habitantes (arts. 24 Pacto SJCR, 26 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, 5 Conv. S/Discriminación, y 16 de la C.N. y C.P.) Sostener que en la conducta bajo examen no hay agresión

porque "se trata de otra concepción cultural de 'integridad sexual' o por no haber sufrido ningún daño psico-emocional la supuesta víctima, significa apartarse del concepto de "integridad personal", del cual la integridad sexual es sólo uno de los componentes; cobija, además, los efectos en la salud física, teniendo en cuenta edad, con-siguiente contextura física, riesgos en la salud por la sexualidad en sí y por la temprana iniciación, maternidad precoz, efectos sobre los niños prematuros o mal nutridos por las condiciones de las ma-dres, etc. Asimismo, la integridad personal incluye el derecho a no tener que soportar tratos considerados degradantes, conforme todo ello, a objetivos y parámetros médico-biológicos y, fundamental-mente, desde los estándares mínimos de los derechos humanos más elementales (Philip Alston y (Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) Bridget Gilmour-Walsh; "El interés superior del niño -Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales", Ed. UNICEF, Bs.As., 1997; p. 35; v. acta fs. 46) . -Al analizar el principio que ampara el interés superior del niños los autores citados especifican que el problema acerca de la relación "niños-cultura-derechos humanos" se centra en la aplicación práctica de dicho principio, de acuerdo o con prescindencia de la tesis del "relativismo-cultural", da-do que uno de los puntos de indeterminación de su alcance se sitúa en vinculación con la cultura, precisamente porque constituye tanto un conducto potencialmente importante para los valores culturales, como una rendija potencialmente explotable a través de la cual se busca la aceptación de ciertas prác-ticas incompatibles con los derechos humanos.-13) Que la decisión en análisis ha adscripto a la postura que, precisamente considerando la re-lación existente entre los valores culturales y los derechos humanos, descarta los argumentos del lla-mado "relativismo cultural" en sus variadas opciones (ob. cit., pp. 54/55) . Dicha teoría afirma que todos los sistemas culturales son intrínsecamente iguales en valor, y que los rasgos característicos de cada uno tienen que ser evaluados y explicados dentro del sistema en el que aparecen (cfr. Harris, Marvin; "Introducción a la Antropología General" ; Ed. Alianza Universidad – Madrid, 1991), y defiende la postura según la cual toda pauta cultural es intrínsecamente tan digna de respeto como las demás. A la luz de estas dos afirmaciones, la actividad de organizaciones "occidentales" (como denomina la defensa a la cultura que supuestamente impide el desarrollo de la cultura wichí), tales como Amnistía Internacional UNICEF, etc., que intentan combatir ciertas prácti-cas consideradas aberrantes de comunidades nativas dentro de las cuales constituyen parte irrenunciable de su identidad cultural, es entendida como un acto destinado a destruir ese patrimonio cultural; según el relativismo cultural, en cambio, debería admitirse que dichas prácticas identitarias (como la mutilación genital femenina –clitoridectomía-o las relaciones sexuales de hombres mayores con niñas con las que se convive en razón de la unión parejal con la madre -matrimonio privignático-), son intrínsecamente tan dignas de respeto como cualquier otra, y tienen valor por el mero hecho de existir y de enriquecer la diversidad cultural mundial. Bajo tal premisa, concretamente, las niñas y mujeres que han sufrido aquellas mutilaciones, o que a partir de los 8, 9, 10, 11 años contraen matrimonio o son "tomadas" por la pareja de la madre para formar una "forma típica de unión matrimo-nial", vivirían en plenitud su identidad cultural. Las razones que dan los nativos para justificar estas prácticas son muy variadas, y de manera general se repiten en culturas muy diversas (Amnistía Inter-nacional, informe 1998 "La mutilación genital femenina y los derechos humanos", EDAI, Madrid; Gooneseker, "Interests of de Child", en Ed. UNICEF, Alston y Gilmour-Walsh, "El matrimonio in-(Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) fantil", p. 34) . Las razones que la defensa del imputado brinda para convalidar este tipo de costum-bres están resumidas en la frase "modo de vivir de la comunidad wichí" . - Otra opinión, sin embargo, expresan las propias mujeres indígenas cuando tienen oportunidad de expresarse sobre estos temas, circunstancia destacable en el marco de los agravios formulados por la recurrente. Ilustran debidamente sobre el punto publicaciones especializadas que recogen conclusiones

(textuales, en numerosos casos) de numerosos talleres e investigaciones llevados a cabo en comunidades americanas diversas, en los que se debatió lo relativo a realidades de las mujeres indígenas, opresión y discriminación, costumbres, cómo se dividen el trabajo las mujeres y los hombres, anhelos y esperanzas; reflexión y acercamiento entre las mujeres indígenas acerca de sus derechos, usos y costumbres; Convenio 169 de la OIT; tierra, proceso productivo, educación, salud y violencia; situación, derechos y cultura de la mujer indígena; comunidad y autonomía; educación; garantías de justicia a los indígenas, promoción y desarrollo de la cultura indígena; derechos humanos para las mujeres indígenas; maltrato hacia las mujeres; posibilidades de las mujeres indígenas. En estos ámbitos, en los cuales éstas exteriorizan sus sentimientos y experiencias, manifiestan su intención de mantener tradiciones y cultura pero miran a ésta con los ojos críticos de sus propias vivencias, pidiendo "respe-to a las tradiciones que no afectan o agreden a las mujeres indígenas" y dicen que "en diferentes eventos hemos manifestado que los usos y costumbres deben mantenerse siempre y cuando garanti-cen el respeto a las mujeres y que tenemos que seguir discutiendo y analizando detenidamente los derechos que queremos que se nos respeten en nuestras comunidades", debiendo hacerse una aclara-ción en relación con la costumbre: en los talleres las indígenas hablan de las costumbres que les gus-tan y las que no les gustan; es importante ver entre la lista de las costumbres que "sí nos gustan" las siguientes: "cuando los padres no obligan a las niñas a casarse (pero no deben irse con el novio) " o "que nos dejen estudiar" o, más interesante, "que caminen por igual, hombres y mujeres". -- Se colige de ello que la noción de costumbre parece bastante flexible y no se identifica siem-pre con lo antiguo -en comparación con lo nuevo-, sino más bien representa el comportamiento que se considera aceptado por la comunidad. Las mujeres indígenas piden que la justicia se imparta según los usos y costumbres, pero rechazando los que las perjudican, en el sentido de que la ley no debe proteger y promover el desarrollo de todos los usos y costumbres: "¡No todas las costumbres son buenas! Hay unas que son malas. Si dicen que el gobierno va a respetar las costumbres de los indíge-nas, las mujeres tienen que decir cuales costumbres son buenas y deben de respetarse y cuales cos-tumbres son malas y deben de olvidarse" ; en otras palabras, "hay cosas de la costumbre que son bue-(Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) nas", y los puntos de vista "tradicionales" no están tan arraigados en toda la población (Carlos Len-kersdorg, "La comunidad de consenso" y "La libertad", en Los hombres verdaderos. Voces y testi-monios tojolabales, UNAM, México, 1996, p. 81.88; "Lo político en la política", UNAM, México, 1996, p. 7; Claudia de Lima Costa, "Situando o sujeito do feminismo: o lugar da teoria, as margens e a teoria do lugar", Travessia, n. 29-30, UFSC, Florianópolis, 1997, po. 139-40; Alston y Bridget Gil-mour-Walsh, en ob. UNICEF cit., p. 47; María Jaidopulu Vrijea en su tesis doctoral "Las mujeres indígenas como sujetos políticos", presentada ante la UNAM, entre muchas otras publicaciones) . -Como surge de la limitada pero imprescindible apreciación que en el marco del presente pronunciamiento judicial procede sobre tan delicada cuestión, desde el seno mismo de diversos mo-vimientos indigenistas surge el reclamo porque todavía se sigue considerando a los indígenas como los más débiles y vulnerables de la sociedad, lo que posibilita su discriminación en diversos ámbitos. Pero según esos propios grupos, esa "vulnerabilidad" se debe a la falta de acceso a la educación, sa-lud, infraestructura y a no haber sido considerados capaces de realizar un trabajo intelectual sino úni-camente físico. El peligro de dicha consideración, sostienen, es la tendencia a caer en un determinis-mo social que impida o retrase la mejora de sus condiciones de vida, llevando a prejuicios tan falsos como que la pobreza o la degradación humana forman parte de la cultura indígena, desconociendo que se trata de una población que anhela insertarse en un proceso de modernización, que ha comen-zado incluso a acceder a algunos de sus beneficios, pero sin posibilidades de progreso. --De la comunidad indígena que nos ocupa, sólo podemos

conocer que aceptaron que "para las mujeres, éstas deciden desde los doce años, con quién quiere tener una relación, porque muchas chi-cas se perdieron (conocieron a otra gente y se quedaron en la ciudad y no regresaron) " (fs. 233), situación que aparece como contrapuesta con la aceptación que las mayores parecieran demostrar a través de sus testimonios (fs. 119, entre otras constancias), actitud que, en lo que aquí interesa, se relacionaría más con un cierto determinismo cultural que con la convalidación de una costumbre buena o positiva, que justifique su tolerancia frente a la norma penal contraria. --14) Que, al momento de analizar la vigencia de los derechos culturales de los pueblos indígenas de América, a fin de encuadrar jurídicamente la cuestión de las costumbres frente a los derechos humanos fundamentales, es imprescindible tener en cuenta lo expresado por la Corte Internacional de los Derechos Humanos, dado que la interpretación que este Tribunal hace sobre el texto de los artículos de la Convención Americana de los Derechos Humanos resulta –al decir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– insoslayable pauta a tener en cuenta por los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para los superiores tribunales provinciales, (Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (conf. considerando 15 del voto del Juez Maqueda en la causa "Videla, Jorge Rafael" y considerando 15 del voto del Juez Maqueda en la causa "Hagelin, Ragnar Erland", Fallos, 326:2805 y 3268; Fallo, "Ekmekdjian", 315:1492) ; ello, debido al reconocimiento expreso que la República Argentina hizo de su competencia para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención (Fallos, 315:1492; 318:514; 319:3148; 321:3555).--La Corte Interamericana ha reconocido la importancia de evaluar determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América a los fines de la aplicación de la Convención, señalando en diversas oportunidades que muchas manifestaciones culturales de las comunidades indígenas forman el substratum de las normas jurídicas que deben regir las relaciones de sus miembros "in-ter se" y con sus bienes, en referencia a las constituciones políticas vigentes en los Estados que disponen sobre la preservación y el desarrollo de la identidad cultural y las formas propias de organización social de esos pueblos, reiterando que estas formas de manifestación cultural y auto-organización social se han concretado a lo largo del tiempo en normas jurídicas y en jurisprudencia, tanto en el plano internacional como nacional, y tuvo en cuenta las prácticas culturales de colectividades en diversas cuestiones (caso "Comunidad Mayagna (Sumo) Awastzingu vs. Nicaragua (Sentencia del 31/8/01, Serie C-79) ; caso "Aloboetoe y otros vs. Suriname -Reparaciones, CtIADH, Serie C., n. 15, Sentencia del 10.9.93 pp.3-49, párrs. 1-116; caso "Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Sentencia del 21.11.99, Serie C, n. 70, pp. 3-149, párrs. 1-230) . Profundizó en el análisis de la materia, en una aproximación a una interpretación integral de la cosmovisión indígena, destacando que la atención debida a la diversidad cultural constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional. -Sin embargo afirmó, con igual claridad, que la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. "Al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado "Relativismo Cultural" (voto razonado conjunto de los jueces Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli en el caso de la Comunidad Mayagna), conclusión relevante en la especie. --15) Que, de acuerdo a la doctrina de la Corte Interamericana y al principio que reza que "se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos" (cf. Alston,

informe Ed. UNICEF cit., p. 59) –una de cuyas manifestaciones-(Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) es la jerarquización del principio de “protección del interés superior del niño”-, se debe concluir que no se advierten en autos las circunstancias que permitan descartar la operatividad, respecto de José Fabián Ruiz, de las normas del Código Penal en virtud de la práctica sexual o social alegada, precisamente porque la misma, de configurar una costumbre propia de la comunidad wichí a la que pertenece, resulta violatoria de los derechos que la comunidad internacional reconoce en cabeza de Estela TT.. --16) Que, analizada bajo tales premisas la tensión entre los derechos que como indígena amparan al procesado, alegados por su defensa, y aquéllos que protegen a la menor Estela TT., invocados por la Fiscal Penal N ° 2 al promover de oficio la acción pertinente, se advierte que el Tribunal “ a quo” ha emitido su pronunciamiento jurídico con una profunda connotación ética sobre el hecho de que Fabián Ruiz haya accedido carnalmente a la menor, hija de la mujer con la que convive. Tal valoración supone dos presupuestos: considerar a la víctima como “niña” y entender que los derechos éticos protegidos por la integralidad de los tratados de derechos humanos son universales por su es-estructura lógico-material, a pesar de que la Filosofía y, consiguientemente, la Ética como disciplina racional filosófica, tuvieron origen y desarrollo. La decisión cuestionada, al entender que las pautas culturales que atentan contra tales derechos son condenables, e impedir que el Estado –so pretexto de respetar la identidad cultural indígena-se abstenga de aplicar las normas jurídicas nacionales que condenan conductas que constituyen una práctica degradante y perjudicial físicamente implica el res-peto por las “personas humanas” que integran el grupo “niñas indígenas” y por ende encuadra en el bloque de constitucionalidad ya descripto y en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sustentada en el orden nacional por Corte Suprema de Justicia. --Las normas éticas que, como se señala, sostienen la decisión de la Cámara, son las “comunes a todos los pueblos”; las morales son las “particulares de cada pueblo” . A veces ambas coexisten pacíficamente e incluso coinciden, pero en otras ocasiones entran en conflicto. Pero los derechos huma-nos universales amparan, justamente, a los seres humanos frente a la vulnerabilidad y precariedad de su condición. Al contrario de lo que pregonan los adeptos del llamado “relativismo cultural”, y de acuerdo al criterio sustentado en la elaboración doctrinaria sobre derechos de las comunidades indígenas por la Corte Interamericana, los derechos humanos universales son enriquecidos por las múltiples experiencias culturales, las cuales, a su vez, se benefician de su propia apertura a los patrones mínimos universales –estándares-de tratamiento del ser humano, tal y como se revela en el contencioso internacional del caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Con tal criterio, dicho tribunal reafirma la legitimidad universal de los derechos humanos, en un mundo marcado por el pluralismo y la (Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) angustia común a todos los seres humanos frene al respeto por su propia dignidad, sea cual fuere el ámbito en el que se desarrolla. --17) Que debe destacarse, para comprender la relevancia del criterio comentado, que la Corte Interamericana está obligada a observar las disposiciones de la Convención Americana, interpretándolas conforme a las reglas que ese mismo instrumento previene; además, ha de tener en cuenta el principio de interpretación que obliga a considerar el objeto y fin de los tratados (art. 31.1 de la Convención de Viena) y, finalmente, su decisión debe regirse por la regla “pro homine”, inherente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que conduce a la mayor y mejor protección de las personas, con el propósito último de preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos.--La Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó este criterio, jerarquizando el valor del hombre en sí mismo y su derecho a la vida, “primer derecho natural de la persona humana, preexis-tente a toda legislación positiva”, “ a cuyo respecto todo otro valor tiene carácter instrumental” (Fa-llos, 325:292), interpretando adecuadamente la razón del especial acogimiento de los Tratados de Derechos

Humanos en nuestro orden constitucional: la imperiosidad de la protección de los atributos sustanciales del individuo, con distinción del valor vida –como la defensa lo advierte a fs. 376-, a cuyo respecto debe analizarse, precisamente, la esencialidad o no de los intereses en tensión. -No se trata, en el tema bajo análisis, de poner en marcha un mecanismo de ponderación de derechos –derecho a la integridad personal, derechos del niño, derecho a la cultura, derechos de los indígenas-, sino de ordenar el centro de gravedad del problema planteado, para recién decidir el pre-tendido conflicto que pudiere suscitarse en relación a la posibilidad de defensa de uno u otro, intentando evitar razonamientos que lleven a obviar la instrumentalidad que uno de los derechos tiene respecto del otro, pues cualquier reconocimiento a favor de la persona en sí misma carece de finalidad si no se efectiviza el respeto a ésta. Sin perjuicio del derecho de la sociedad de que se trate en la preservación de sus valores culturales, toda agresión a los superiores intereses de los niños agreden su libertad, en el concepto amplísimo que el sistema interamericano de derechos humanos acuerda a ésta en relación a la esencialidad de la persona (Preámbulo Declaración Universal de los Derechos Humanos y Pacto SJCR) . --18) Que, en definitiva, la confirmación del auto de procesamiento dictado a fs. 155/161, con fundamento en que éste se ajusta a derecho y descartando el factor cultural como causal para establecer la falta de tipificación del delito previsto en el art. 119 del Código Penal, encuentra sustento normativo en el citado art. 8 del Convenio 169 y, en cuanto a lo fáctico, en las constancias de la causa. (Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) -En efecto, no surge de las pruebas aportadas sobre el modo de vida wichí que las relaciones sexuales con menores de edades inferiores a los 13 o 14 años integren las prácticas habituales de la comunidad “Misión Wichí – km. 18 – Ruta 86”, a la que pertenece el imputado; más aún, de la prueba pericial de fs. 221/222 se verifica que en la entrevista realizada al Sr. Roque Miranda, Presidente de la Comunidad, el 6.7.05, éste dejó sentado que “dichas relaciones son frecuentes y consideradas normales dentro de la comunidad aborígena”, pero que la madre se había separado de Ruiz en diciembre de 2004 y que “la menor tiene 11 años, en diciembre de este año cumplirá 12 años; por lo que le habían recomendado a Ruiz que no tuviera relaciones con la niña, porque podría tener problemas” (fs. 222) . --A fs. 232 in fine/233, el Acta que recoge las declaraciones de Indalecio Calermo especifica: “...Refiere Calermo que se encuentra triste, porque esto ya lo veía venir. No van a defender personas que tienen delitos graves. Pero hay algo que les preocupa que es la injusticia, porque nadie es perfecto. Su preocupación, que viene de tiempo atrás, porque no hay integración entre aborígenes y la justicia. Se siente que están afuera de la justicia. Y la palabra cacique no es factible para la justicia y no se los escucha. Ellos tienen una ley cultural que va en contra de la Ley Argentina. En la partida de nacimiento de la chiquita es una violación porque tiene nueve años, pero él comunica que desgraciadamente, que por tanta tragedia que hay en los barrios, ellos adoptaron sus costumbres. Para las mujeres, éstas deciden desde los doce años, con quien quiere tener una relación...”, pero aclarando que “Adoptaron esta decisión porque muchas chicas se perdieron (conocieron a otra gente y se quedaron en la ciudad y no regresaron)”, por lo que “se les da la libertad de decidir a los doce años” aunque “ellos quieren que se casen por la Iglesia Evangélica”.--Por otra parte, del informe antropológico solicitado a la Universidad Nacional de Salta a fs. 144, emitido a fs. 145/149 por el Licenciado Francisco Márquez, si bien se instruye sobre la iniciación de la vida sexual a partir de la menarca, no da cuenta de la institucionalización en la cultura wichí de formas como la bigamia o de matrimonio privignático (fs. 148), señalando en cambio como pauta de dicha cultura la exclusión de uniones con hombres mayores (fs. 146) . --19) Que, por lo demás, los derechos fundamentales invocados por el recurrente encuentran su límite en los mismos cuerpos normativos que los declaran (fundamentalmente arts. XXVIII DA DD HH, 29, 2° párr. Decl. Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 29. b y 30 pacto SJCR; art. 14 Const. Nac., 16

Const. Pcial.) . Al mismo tiempo, debe ponerse de manifiesto que forman parte de los derechos y obligaciones de jerarquía internacional los deberes de obediencia a la ley (XXXIII Decl. Americana DD HH), de respetar derechos y libertades de los demás y de convivir con las de-más personas de modo que éstas puedan formar y desenvolver íntegramente su personalidad (art. (Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) XXIX DA DD y Deberes del Hombre; 27 y 29 1° párr. Decl. Universal de DD HH; 32 Convención Americana (Pacto SJCR) ; 4 Pacto Internac. DD Ec., Socs. Cult., además de las normas contenidas en las Constituciones Nacional y Provincial).--En tal sentido, al analizar los términos del Convenio 169 y su aplicabilidad en el marco normativo imperante en cada uno de los Estados Partes, el Juez Sergio García Ramírez, en su voto razonado concluyente emitido en el caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, precisó – según precedentes del Tribunal Internacional-que conforme el artículo 29 de la Convención Americana, relativo a la interpretación de este instrumento, ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes (...)” . En otros términos, quienes se hallan protegidos por el régimen de la Convención no pierden por ello –aún si ésta contuviera restricciones o limitaciones de derechos precedentes, que no es el caso-las libertades, prerrogativas o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran. En el precedente analizado, quedó plasmado el principio según el cual la Convención Americana, aplicada en los términos de la interpretación que ella misma autoriza, y que además figura en las reglas de la materia conforme al Derecho de los Tratados, debe significar un sistema normativo de protección segura para los indígenas de nuestro continente, no menos que para los otros pobladores de los países americanos a los que llega el sistema tutelar de la Convención. --20) Que la aplicabilidad al caso de autos de las prescripciones del Código Penal en razón de la naturaleza de la conducta sancionada y de la entidad de los derechos en juego, de acuerdo al artículo 8 ° del Convenio 169 OIT y en el marco de los límites precedentemente comentados, se adecua al principio de “unidad nacional” que el Constituyente ha postulado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, sin que ello obste a la efectivización de los compromisos asumidos por el Estado Nacional con la firma de tratados internacionales, en virtud de la interpretación integradora que exige el texto constitucional.--Al respecto, resulta conveniente destacar que muy recientemente, el 30 de Junio del corriente año, en Ginebra y después de 22 años de negociaciones, los miembros del nuevo ente de Naciones Unidas (ONU) -sustituto de la Comisión de Derechos Humanos-decidieron por 30 votos contra 17 la aprobación de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas –cuyo proyecto invocó en su defensa el recurrente a fs. 255-, que contempla el reconocimiento de derechos de este colectivo tales como la preservación de sus valores culturales y de su identidad étnica, o la protección ante cualquier intento de expulsión de sus territorios ancestrales, a través de la figura de la autodeterminación. Sólo dos países votaron en contra, Canadá y Rusia, mientras que otros 15 se abstuvieron, entre ellos-(Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) Argentina. Según el canciller argentino, Jorge Taiana, presente en la votación, el motivo de la abstención fue la falta de elementos que permitan poner al mismo nivel el derecho de autodeterminación de los pueblos y el principio de unidad nacional (fuente <http://argentina.indymedia.org/news /2006/07/421284.php>), que adscribe a la inquietud expresada por el Juez García Ramírez (v. punto precedente) en cuanto a que, no obstante los distintos instrumentos que tienden a la protección de la cultura indígena (entre los que citó aquél Proyecto de Declaración), el Convenio 169 debe aplicarse evitando decisiones que, lejos de asegurar la igualdad de todas las personas establezcan una desigualdad contraria a las convicciones y a los propósitos que inspiran el sistema continental de los derechos humanos. --21) Que, respecto de la

alegación de arbitrariedad por la supuesta discriminación que el pronunciamiento supondría en detrimento de sus derechos como indígena, cabe señalar que, lejos de configurar una discriminación en contra de un individuo perteneciente a un grupo indígena determinado, la decisión del tribunal "a quo" importa el reconocimiento de la igualdad de condiciones para ser receptores y deudores de los derechos y obligaciones establecidos en los pactos internacionales de derechos humanos (art. 1.1 Convención Internacional sobre todas las formas de Discriminación Racial) pues la no aplicación de esta norma no implicaría el respeto a su cultura sino, por el contrario, la desvalorización discriminatoria de la misma al constituir un modo de impedimento al acceso a condiciones de progreso del grupo al que pertenece, única finalidad que podría justificar el reconocimiento de un "derecho distinto" (art. 1.4 de la Convención citada) . --Bajo tales condiciones, el fallo cuestionado no infringe --como lo sostiene la recurrente-- el deber del Estado de asegurar el pleno desarrollo de los derechos y libertades fundamentales de un grupo indígena, ni obsta al derecho a que los integrantes de la comunidad asentada junto a la Ruta Provincial 86 (km. 18) tenga su propia vida cultural, sino que tiene como norte la necesidad de considerar el ser humano dentro del medio social en que vive y sus derechos en relación con el medio social en que son ejercidos. --22) Que otro punto en el que radicaría, a juicio de la recurrente, la arbitrariedad del pronunciamiento, se relaciona con la duda que a su entender existiría en cuanto a la madurez requerida en la víctima, que daría aplicación al principio "in dubio pro reo" (fs. 253) . --Al respecto, es de señalar que no existe duda alguna, ante la conceptualización de esta última como "niña" y no como "mujer", "ama de casa", "esposa", o cualquiera de los otros términos utilizados por la defensa para referirse a la víctima, invocando para ello la salvedad prevista por el art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño ("Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría (Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) de edad" . Según la defensa y de acuerdo al "derecho consuetudinario wichí" --cuya existencia, por otra parte, no ha sido acreditada en autos--, Estela TT. ya era mujer al momento de iniciarse "el matrimonio con Ruiz" (fs. 171) . Cabe destacar que, además de no haberse probado la existencia de otra norma que irrefutablemente disponga que la niña wichí a los 9, 10, 11 o 12 años alcanzó la mayoría de edad, la ley 23849, por la que el Estado Argentino aprobó esta Convención, especifica expresamente en su art. 2º, con relación al art. 1º de la misma, que "la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad", sin salvedad alguna. --Ello así, y disipadas también las dudas acerca de la aplicabilidad o no de la ley penal, o de la posible caracterización de la conducta del imputado como "modo de vida wichí" --también descarta--da-, corresponde concluir que el otro punto en el que el recurrente apoya sus agravios --la prescindencia de aplicación al sub examine del principio "in dubio pro reo"--carece absolutamente de asidero y no puede ser aceptada. --23) Que el agravio relativo a la supuesta valoración contradictoria del testimonio de Roque Miranda en fs. 192 y fs. 191 vta. debe ser rechazado, por cuanto en su pronunciamiento el tribunal a quo deja debidamente establecido de qué manera valora los dichos del Presidente de la Comunidad Lapacho Mocho en confrontación con los hechos acaecidos, encontrando en tal declaración elementos que, en esta etapa, sustentan en grado de probabilidad el procesamiento dictado, sin que ello signifique otorgarle a sus manifestaciones la validez que corresponde a una autoridad en la materia. --Asimismo, de los puntos a los que se hace referencia en el informe presentado por la defensa a fs. 176/179, se puede colegir que la Cámara, al rechazarlo, no ha dejado de considerar ninguna prueba sustancial que pudiera modificar el sentido de la decisión. Ello porque de su contenido no surgen elementos con fuerza de convicción en tal sentido sino que, por el contrario, en el mismo el Lic.

J.A. Braunstein reitera conclusiones del Seminario de Antropología Jurídica llevado a cabo en Formosa en 1998, sobre los distintos tipos de uniones en los que se contemplan formas poligámicas, parentales y con menores de edad y expone que el acceso carnal de menores de edad parece encontrar el parámetro entre lo permitido y lo prohibido no ya en la edad de la menor, o en su real consentimiento y comprensión del acto sino en el riesgo de daño físico: "ya dijimos que posiblemente este delito no se conceptúe como un ataque a la libertad sexual sino una variante de agresión física ...- Consecuencia de ello es que se ponderen con exclusividad las consecuencias físicas del acto, con total prescindencia de aspectos tales como sufrimiento, secuelas psicológicas, etc."-(fs. 389 de esta causa).-(Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) -Los conceptos transcriptos demuestran la correcta apreciación realizada por el tribunal " a quo" al resolver la tensión entre los derechos culturales de Ruiz y los derechos inherentes a la vida y a la integridad personal de Estela TT., o entre la libertad del primero de vivir de acuerdo a sus pautas culturales y las prerrogativas del Estado en virtud del bloque de constitucionalidad analizado, e incluso a la luz de la falta de libertad y el determinismo social a que este tipo de conductas genera en personas como esta niña.--Ello así, cabe concluir que el recurrente no alcanza a demostrar la pretendida arbitrariedad en materia de análisis del material probatorio de la causa, puesto que del mismo emerge la inviabilidad de considerar al "factor cultural" como eximente de la aplicabilidad a su respecto de las normas contenidas en el Código Penal. --24) Que, finalmente, se atribuye al fallo vulnerar el derecho de defensa del imputado, ya que se sostiene que éste no se encontraba en condiciones de conocer que los hechos cometidos por él se encuentran incriminados por la normativa penal. -- La doctrina ha definido a la imputabilidad penal como la capacidad que tienen el actor de un injusto penal para responder a la exigencia de que comprenda la antijuridicidad y de que adecue su conducta a esta comprensión (cfr. Zaffaroni, "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, 1982, p. 110) . -La impugnante no logra demostrar la arbitrariedad incurrida por el tribunal " a quo" al con-firmar el auto de procesamiento dictado por estimar como probable que el imputado estaba en condiciones de comprender que su accionar se encontraba penado por la ley argentina. --Cabe mencionar que del informe ambiental obrante a fs. 221/222 vta. surge que José Fabián Ruiz, cursó hasta tercer grado del nivel primario y desde hacía tres años era beneficiario del Plan Je-fes/as de Hogar, lo que evidencia que tuvo contacto con las instituciones del país, sin que se demuestre que no estaba en condiciones de comprender la ilicitud de los hechos cometidos. --Asimismo, de la audiencia celebrada ante el Sr. Procurador de la Provincia de Salta, surge que, como se sostiene en la resolución recurrida, no puede concluirse que Misión Wichí importe un grupo étnico totalmente cerrado que mantenga sus principios culturales en forma totalmente pura, pues allí se pone de manifiesto que se habrían presentado denuncias en la Policía "para que se investigue lo que está sucediendo en la comunidad", hay contacto con los barrios, cuyas costumbres "desgraciadamente" ellos adoptaron, receptan influencia de la Iglesia Evangélica, quisieran conocer más sobre las leyes porque, frente al problema que se le hace conocer al Cacique, éste escucha a las personas y decide lo que es más conveniente, reúne si es necesario a la comunidad y recién va a la ley, "para que intervenga el juez", los chicos van a la escuela, etc. (fs. 232/236), de lo que se infiere, (Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) "prima facie", la apertura social que la Cámara consideró para rechazar el agravio referido a la inimputabilidad de Ruiz. --25) Que, en suma, se desprende que la sentencia en análisis establece, en primer lugar, que al caso resulta aplicable el Código Penal y no el "derecho constitucional indígena", sin perjuicio de la etnia a la que pertenece el imputado (fs. 191) . En segundo término se advierte que, no obstante enten-der que lo inherente a "la forma de vivir de la comunidad wichí, son aspectos ajenos al típico proceso de tipificación de una conducta" (fs. 190 vta.), la Cámara se introduce en el tratamiento de los agravios formulados en relación al

“aspecto subjetivo que en su momento tuvo el procesado por el hecho de responder su conducta a las costumbres de su comunidad indígena” y determina que no obran elementos en autos para analizar los supuestos planteados por el recurrente para quitar sustento a la decisión apelada (fs. 190 in fine y 192), por cuanto no se encontraría acreditado indiscutiblemente que el hecho que generara esta causa – conforme la manifestación espontánea de la madre de la menor acerca de que su concubino habría violado a su hija de nueve años y que ésta tendría un hijo en consecuencia-fuera acorde con la costumbre de la comunidad wichí (fs. 191 vta., in fine) . En tales puntos, cuya ponderación concreta realizó el Tribunal en función de las particulares condiciones aducidas por el recurrente, sustentó la fuerza convictiva acerca de todos los componentes del delito por el que el juez de la anterior instancia dictó el auto de procesamiento impugnado. --Tales extremos, como ya se desarrolló en los puntos precedentes, quedan convalidados con el material probatorio de la causa, principalmente la constancia agregada a fs. 10, el informe de fs. 145/148, la pericial de fs. 221/222 (v. pto. 18), y el acta de fs. 232/235, y encuentran sustento en la normativa nacional e internacional que rige el tema (v. pto. 11) . --26) Que, en razón de lo precedentemente expuesto y atento que de las constancias de la causa surge que las garantías judiciales que el Pacto de San José de Costa Rica asegura a todas las personas (artículos 8 y 25) han sido respetadas en relación al recurrente, principalmente teniendo en cuenta su calidad de indígena, cabe concluir desestimando el recurso de casación deducido por la defensa de José Fabián Ruiz. –

Por lo que resulta de la votación que antecede; --

LA CORTE DE JUSTICIA, RESUELVE:

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 250/260 y, en su mérito, declarar la nulidad del auto de procesamiento de fs. 155/161, de la resolución de fs. 189/192 y de todos los actos que de ellos dependen. -(Expte. CJS 28.526/06 – Ruiz) -
II. MANDAR se registre, notifique y, oportunamente, bajen los autos. -(Fdo. : Dres. Guillermo A. Posadas -Presidente-, María Cristina Garros Martínez, Antonio Omar Silisque y María Rosa Ayala -Jueces de Corte-. Ante mí: Dra. Mónica Vasile de Alonso -Secretaria de Corte de Actuación-).