UNIVERSIDAD NACIONAL DE LANÚS

MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS

**"LA INTERCULTURALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:
ESTUDIO DE CASOS"**

Autora:

Leticia Irene Virosta

Director de Tesis:

Víctor Abramovich

Codirector de Tesis:

Karina Bidaseca

BUENOS AIRES, ARGENTINA

JUNIO 2015

RESUMEN

El objetivo de esta tesis es problematizar desde una perspectiva de DD.HH. la administración de justicia intercultural en casos que involucran violencia sexual hacia niñas y mujeres indígenas pertenecientes a la etnia Wichí y Qom del norte grande argentino (NOA y NEA). La metodología que se utilizó es de tipo cualitativa mediante el estudio de casos y el análisis del discurso jurídico empleado en las resoluciones del ámbito penal. El objetivo es develar las representaciones de los operadores de justicia en torno a la interculturalidad, conocer cuáles son las representaciones de las mujeres/niñas indígenas, si éstas reproducen o no relaciones de subordinación, si las mujeres y niñas acceden al ejercicio efectivo de justicia, si las mujeres indígenas pueden hablar por sí mismas o si es el “otro” el que siempre habla por ellas. El abordaje toma como perspectiva fundante a la mirada del feminismo postcolonial, en relación con el discurso del feminismo hegemónico.

Asimismo, con el fin de dar cuenta del estado legal actual de la cuestión, se relevaron las normas y estándares internacionales de protección del derecho de las mujeres, niñas y de los pueblos indígenas.

En los casos analizados se devela vigencia de la práctica del “chineo” y se analiza el proceso de investigación y de acceso a la justicia por parte de las niñas y mujeres indígenas del Gran Chaco Argentino (Chaco, Formosa y Salta) que han sido agredidas sexualmente. El enfoque del estudio de casos pretende ser integral y se complejiza el análisis al incorporar las dimensiones estructurales e institucionales de la violencia sexual.

PALABRAS CLAVES

INTERCULTURALIDAD-NIÑA/MUJER INDIGENA-VIOLENCIA SEXUAL-ACCESO A LA JUSTICIA

Agradecimientos

A Dios.

A mis padres y mis hermanos que siempre me apoyan y creen en mí.

A mis amigos que me alientan y me hacen ser una mejor persona.

A Víctor por su paciencia y humildad y por toda la admiración que le tengo.

A Karina por su apoyo, generosidad, sororidad y por creer que un mundo mejor para las mujeres es posible mirando desde el Sur.

A Ana por sus consejos, por compartir y por enseñarme desde su amor a los hermanos.

A mis compañeros de la maestría y hoy amigos, en especial a Cesar y Dani.

A mis compañeros de trabajo de ayer y hoy con quienes compartimos ideales.

Y a todas ellas, mujeres indígenas, por su fortaleza y amor, de los que nos queda mucho por aprender.

L.V.

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	6
CAPITULO I: LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO FENÓMENO GLOBAL	
1.1 La violencia hacia las niñas indígenas: enfoque conceptual	9
1.2. Marco normativo y estándares internacionales de DD.HH.	11
1.3 Estándares regionales	17
1.4 Estándares nacionales	21
CAPITULO II: LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES INDÍGENAS	
2.1 Situación de las mujeres indígenas	26
2.2 La resignificación de los conceptos de DD.HH.	30
2.3 La violencia contra las mujeres indígenas: Posibles causas	37
CAPITULO III: VIOLENCIA SEXUAL	
3.1 Introducción	40
3.2 Definición	42
3.3 El cuerpo como instrumento de conquista	44
3.4 Violencia sexual hacia niñas indígenas	52
3.5 Perspectiva de Género/construcción de sexualidad en cada pueblo	57
CAPITULO IV: LOS CASOS	
4.1 Introducción al análisis de casos	61
4.2 Caso N° 1 L.N.P. (Provincia del Chaco)	61
4.3 Caso N° 2 N.C. (Provincia de Formosa)	72
4.4 Caso N° 3 R.R. (Provincia de Salta)	81
4.5 Caso N° 4 E.T (Provincia de Salta)	85
CONCLUSIONES	105

Recomendaciones para el acceso a la justicia de niñas y mujeres indígenas	110
Abreviaturas	113
Bibliografía y fuentes documentales	115
Anexos	132

Introducción

El objetivo de esta tesis es problematizar desde una perspectiva de DD.HH. la administración de justicia intercultural en casos que involucran violencia sexual hacia niñas y mujeres indígenas del norte grande argentino (NOA y NEA).

Se analiza el discurso jurídico y prácticas judiciales respecto del tratamiento de los casos de violencia sexual hacia mujeres y niñas indígenas. Por medio del relevamiento de resoluciones judiciales del ámbito penal, se busca develar, por un lado, las representaciones en torno al ejercicio de la interculturalidad y, por el otro, las formas en que son representadas las mujeres/niña indígenas en los discursos de los distintos operadores que intervienen en el caso. Es decir, se busca indagar si estas representaciones reproducen o no relaciones de subordinación, si las mujeres y niñas acceden al ejercicio efectivo de justicia, si las mujeres indígenas pueden hablar por si mismas o si es “el otro” el que siempre habla por ellas. Para realizar este abordaje, se toma la perspectiva del feminismo postcolonial frente al discurso del feminismo hegemónico.

Para la realización de este trabajo se relevaron las normas y estándares internacionales de protección del derecho de las mujeres, niñas y de los pueblos indígenas. La metodología utilizada es de tipo cualitativo mediante el estudio de casos, en los que pueden visibilizarse las distintas variables que operan en los casos de violencia sexual contra mujeres y niñas indígenas. La mirada intercultural de los casos proporcionó distintos puntos de vista y evidencias culturalmente situadas desde la identidad indígena de las mujeres.

La elección del tema de tesis obedece a factores, en principio, personales: durante mi trabajo en la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación con la antropóloga Ana González tomé conocimiento de la práctica del “*chineo*”¹, cuando el caso L.N.P. fue presentado ante Consejo de DD.HH. de la ONU. Averiguaciones y lecturas posteriores me llevaron a observar que existen muy pocas investigaciones jurídicas y antropológicas sobre esta práctica², dejando un espacio abierto para una indagación atenta al entretejido intercultural. Luego, en el grupo de investigación PICT 2010 del que tomé participación, bajo la dirección de la Dra. Karina

¹ Para González (2011) se trata de una “práctica aberrante en la cual jóvenes criollos violan a niñas indígenas. Esto tiene una raíz histórica porque, cuando se terminó la conquista de la Patagonia, el Ejército empezó la conquista en el Gran Chaco, alrededor de 1880-1890. A las indígenas les decían chinas por los ojos rasgados. Las violaban y las reducían a la servidumbre sexual. Es una práctica aberrante, pero que se sigue dando en la actualidad”

² Braunstein, J. & Pignocchi, J. L. (2006): “Matrimonio privignático o violación calificada: una encrucijada de nuestra cultura jurídica”, en La Ley Litoral, Año 10, N° 4.

Bidaseca, pude entender las distintas categorías que se interseccionan en estos casos y abordar este conflicto desde la mirada del feminismo postcolonial.

Este trabajo está basado en la selección de resoluciones judiciales que ponen en manifiesto la vigencia de la práctica del chineo y develan cómo funciona el proceso de investigación penal ante estos delitos y como son los mecanismos de acceso a la justicia por parte de las niñas y mujeres indígenas del Gran Chaco Argentino (Chaco, Formosa y Salta). El análisis de estos casos es una muestra que pretende visibilizar una problemática muchas veces desatendida o hasta ignorada, pero no por eso menos latente; por lo que no representa el universo de casos a nivel nacional sobre violencia sexual contra mujeres y niñas indígenas.

La metodología de tipo cualitativa consistió principalmente en la lectura de los expedientes judiciales a los que pude tener acceso y, en otros casos, sólo el análisis de la sentencia. La perspectiva intercultural adoptada para el análisis pretende visibilizar si los operadores de justicia han tomado en cuenta la dimensión cultural del problema, es decir, si han considerado el contexto, las relaciones de poder que subyacen, la impronta del sistema patriarcal en las relaciones tanto dentro de la comunidad como afuera de ella, los mitos, las costumbres, los roles, la construcción de la familia y la comunidad, etc.

Por la tipología de los casos abordados, se toma la categoría de etnia para develar si existe discriminación en el tratamiento judicial de los mismos. El enfoque del estudio de casos pretende ser integral, ya que se complejiza el análisis al incorporar las dimensiones estructurales e institucionales de la violencia.

Este trabajo consta de 4 capítulos. En el Capítulo I, se aborda la violencia de género como un fenómeno global en el que se encuentran inmersas las niñas y mujeres indígenas en todo el mundo. En primer lugar se describe el marco conceptual, luego el marco normativo y los estándares internacionales de derechos humanos de protección de los pueblos indígenas, de las mujeres y el derecho de las niñas. Mediante la ratificación de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos legalmente vinculantes, los Estados de la región, incluida la Argentina, se han comprometido a garantizar la protección de aquellos grupos identificados en situación de vulnerabilidad, entre ellos, las niñas indígenas. En el Capítulo II, se analiza particularmente la violencia contra las mujeres indígenas, la situación regional y la interpelación al sistema tradicional de derechos humanos, las concepciones de género y las posibles causas de violencia. En el Capítulo III, se analiza la definición de violencia sexual y, específicamente, contra niñas indígenas. En el Capítulo IV se aborda la descripción de cuatro casos de violencia sexual hacia niñas y mujeres indígenas (pertenecientes a los Pueblos Wichí y Qom) en las provincias de Chaco, Formosa y Salta. Además, se analiza el discurso jurídico

y las prácticas judiciales respecto al tratamiento de los casos descritos. Por último, se presentan las conclusiones y algunas recomendaciones para el acceso a la justicia de las niñas y mujeres indígenas.

No quiero dejar de aprovechar este espacio introductorio para manifestar mi especial agradecimiento a los comentarios de Laura Gottero, a Alejandra Sycz en la edición del presente texto y las correcciones de Juan Javier Nahabedian.

Capítulo I: La violencia de género como fenómeno global

En el presente capítulo se aborda a la violencia de género como un fenómeno global en el que se encuentran inmersas las niñas y mujeres indígenas en todo el mundo. En primer lugar, se describe el marco conceptual, luego el marco normativo y los estándares internacionales de derechos humanos de protección de los pueblos indígenas, de las mujeres y el derecho de las niñas para finalizar con el marco legal nacional.

1.1 La violencia hacia las niñas indígenas: enfoque conceptual

La situación de violencia contra las mujeres y niñas es un fenómeno que se repite en el mundo entero, a cada hora se cometen violaciones a sus derechos y sufren diversos tipos de discriminación. De acuerdo con los datos de la Organización Mundial de la Salud (2002), un millón de personas pierde la vida cada año como resultado de lesiones causadas por actos violentos. De este número de víctimas, las mujeres y las niñas son las personas más vulnerables por motivos de género.

Según se estima, el 70% de las mujeres padece alguna forma de violencia en sus vidas (Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, 2009). Los efectos de la violencia son físicos y emocionalmente devastadores, en especial en los casos de violencia sexual³. La violencia amenaza a todas las mujeres, independientemente de su origen social, racial y étnico. Sin embargo, algunos grupos de mujeres se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad y enfrentan mayores obstáculos para acceder a la protección del Estado.

Cabe mencionar que a lo largo de este trabajo se entiende por "violencia contra la mujer" a:

Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. (Art. 1, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 1993, Asamblea General de Naciones Unidas)⁴.

³ Entre las consecuencias figuran las lesiones, los embarazos no deseados y el contagio con el VIH/SIDA. Los daños a la salud mental pueden redundar en ansiedad, estrés postraumático, depresión y suicidio. Entre las consecuencias sociales cabe mencionar la estigmatización y el ostracismo infligidos por las familias y las comunidades.

⁴ Resolución 48/104 de la Asamblea General "Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer" A/RES/48/104 (23 de febrero de 1994), disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/48/104>

El concepto de violencia contra la mujer abarca la violencia de tipo física, sexual y psicológica ya sea que se produzca en la familia, dentro de la comunidad, y/o sea perpetrada o tolerada por el Estado.

Respecto a la situación de las niñas, el Informe Mundial sobre Infancia (UNICEF, 2007)⁵ refiere a su situación de víctimas frecuentes de actos de violencia física y sexual, dentro y fuera del hogar, siendo el tipo de violencia doméstica el más común:

Durante situaciones de emergencia y/o conflicto armado, la violación sexual se utiliza a menudo como arma de guerra; son las mujeres y las niñas quienes corren un mayor peligro de sufrir actos de violencia, explotación y abuso, a veces perpetrados por las mismas personas que están a cargo de su protección y seguridad. (UNICEF, 2007, p.7)

En los casos de violencia ejercida contra las niñas y adolescentes, se combinan patrones discriminatorios por género y edad. De acuerdo con las estadísticas, son dos veces más susceptibles de ser víctimas de violencia sexual. Entre las posibles causas se mencionan algunas como: la desvalorización cultural implícita en las relaciones de género, mayor fuerza física, autoridad, capacidad económica o posición social, lazos de confianza en los casos de abuso físico y sexual en el hogar y la escuela (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2005).

La situación de violencia contra las niñas, niños y adolescentes es heterogénea y en ella se cruzan altos niveles de desigualdad, discriminación, pobreza y violencia social. Tanto en América Latina como en el Caribe, la relación de la violencia contra las niñas con las condiciones de pobreza y la falta de protección social, se traduce en la negación o limitación desde muy temprano de las oportunidades para un desarrollo pleno de su potencial (UNAIDS, UNICEF & USAID, 2004). Cada año cientos de miles de niños y niñas de todo el mundo son víctimas de explotación, maltrato y violencia, arrastrados a círculos de prostitución por redes de trata de personas y forzados a trabajar en condiciones de servidumbre (Pinheiro, 2006).

Respecto a las situaciones de violencia que atraviesan niñas y mujeres indígenas, éstas se complejizan en tanto estas violaciones son cometidas por su condición de género y de identidad. En este sentido, el Relator del Estudio sobre Violencia sostuvo que los niños

⁵ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) , Estado Mundial de la Infancia 2007 “La mujer y la infancia: el doble dividendo de la igualdad de género”, disponible en : https://www.unicef.org/spanish/sowc07/docs/sowc07_sp.pdf

pertenecientes a comunidades indígenas sufren mayor riesgo por su situación de exclusión social y otros factores como drogas, alcohol y pobreza (Pinheiro, 2006, p.71). Es decir que las niñas indígenas por su doble condición de miembros de una comunidad indígena y de infantes mujeres, están más expuestas a sufrir violaciones de sus derechos.

1.2 Marco normativo y estándares internacionales de DD.HH.

Los casos de violencia contra las mujeres y niñas indígenas presentan una compleja violación a los derechos humanos que entrelaza la protección de las mujeres, los derechos de las niñas y los derechos de los pueblos originarios por el principio de interrelación de los DD.HH.

En la Cuarta Conferencia Mundial de la ONU sobre la Mujer, conocida como la “Plataforma de Acción de Beijing” (ONU, 1995a), participaron delegaciones de 189 países que se comprometieron a promover y proteger el pleno disfrute de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales por todas las mujeres a lo largo de su vida. En este espacio, se redactó una declaración de posicionamiento por parte de las mujeres indígenas conocida como la “Declaración de las Mujeres Indígenas del Mundo en Beijing” (ONU, 1995b). En esta reunión, se solicitó penalizar todos los actos de discriminación contra las mujeres indígenas, la creación por parte de los Estados de instrumentos jurídicos y sociales adecuados para la protección contra la violencia doméstica y la erradicación de leyes, costumbres y tradiciones indígenas discriminatorias hacia la mujer (Mattus, 2009).

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 2010) es el primer instrumento de derechos humanos destinado exclusivamente a la protección del derecho de las mujeres a estar libres de discriminación. En el Artículo 1 define a la discriminación contra las mujeres como:

Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer [...] sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁶ emitió las Recomendaciones Generales N° 12 y 19 (ONU, 1986-1999), por medio de las cuales se explicita que la CEDAW se aplica a la protección de las mujeres y niñas contra la violencia.

Por otra parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), órgano que vigila el cumplimiento por parte de los Estados de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁷, en su Recomendación General sobre Pueblos Indígenas, establece que han sido “vulnerables a los patrones de discriminación que les ha privado, como grupo, del disfrute de sus propiedades y sus formas de vida distintas” (CERD, R.G. XXIII, 51,1997). En este sentido, el Comité hace un llamado a los Estados a que: “Reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de las poblaciones indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación” (*Op. cit.*).

Es menester resaltar que la niñez indígena tiene además del goce de sus derechos individuales reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), los derechos colectivos por ser miembros de una comunidad indígena. En este sentido:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma. (CDN, Artículo N° 30)

En este sentido, la Resolución A/67/453 de la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU, 2013b) exhorta a los Estados, entre otras acciones, a que:

Elaboren estrategias para prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra los niños, incluidos los niños indígenas, adoptando políticas encaminadas concretamente a crear mayor conciencia, fomentar la capacidad de los profesionales que trabajan con y para niños, apoyar programas eficaces de educación parental, fomentar la investigación, reunir datos sobre la incidencia de la violencia contra los niños, estableciendo e introduciendo mecanismos de

⁶ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, es el organismo que vigila la aplicación de los derechos consagrados en la Convención, ha reconocido la violencia contra las mujeres por motivos de género como una forma de discriminación.

⁷ Firmada en Argentina 13 julio 1967, ratificada el 2 octubre 1968 y en vigor desde el 4 enero 1969. Recuperado de :

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en#EndDec

presentación de información y denuncias de carácter confidencial que sean accesibles, seguros y adaptados a las necesidades de los niños y las niñas. (Resolución A/67/453, punto o)

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño (2014) señaló que los niños indígenas gozan de sus derechos individuales en relación con los derechos culturales colectivos al interpretar el interés superior del niño⁸.

Finalmente, en la undécima sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU (2012), la violencia contra mujeres y niñas indígenas fue objeto de tratamiento. En dicha reunión, se relataron casos de violencia contra niñas y jóvenes indígenas en sus comunidades, incluidos el trabajo infantil, el trabajo en condiciones de servidumbre, trata de mujeres jóvenes para la prostitución y el servicio doméstico. Asimismo, se refirió al padecimiento de violaciones, incestos y abusos sexuales; a la violencia en situaciones de conflicto armado y como consecuencia de la militarización, a la mutilación genital femenina y a los matrimonios forzosos y precoces. Se destacó que “las niñas indígenas se enfrentaban a violaciones de sus derechos en varios niveles, como niñas en un mundo de adultos y como niñas en un mundo patriarcal” (ONU, 2012, E/C.19/2012/6 punto13).

Se solicitó a los Estados Miembros que adopten garantías contra todas las formas de violencia y discriminación y que reconozcan las relaciones patriarcales. Además, se los instó a que desarrollen políticas que eliminen la discriminación y a que mantengan un compromiso con todas las instituciones indígenas.

Cabe resaltar que en el 53er período de sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (2009), la “eliminación y prevención de todas las formas de violencia en contra de mujeres y niñas” fue el tema principal. Al respecto en las conclusiones se reafirmó que las mujeres indígenas a menudo se ven afectadas por múltiples formas de discriminación y pobreza, y esto aumenta la vulnerabilidad a todas las formas de violencia⁹.

Respecto a los instrumentos de protección internacional de los derechos de los pueblos originarios cabe destacar el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países

⁸ Observación General N° 14 (Comité de los Derechos del Niño, 2014) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

⁹ Conclusiones convenidas sobre la eliminación y prevención de todas las formas de violencia contra la mujer y la niña. Disponible en [http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/csw57/CSW57_Agreed_Conclusions_\(CSW_report_excerpt\)_E.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/csw57/CSW57_Agreed_Conclusions_(CSW_report_excerpt)_E.pdf) (punto37).

Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio N° 169)¹⁰. La importancia de este Convenio radica en “el reconocimiento de las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones dentro del marco de los Estados en donde viven” (C.S.J.N F. 284. XXVI)¹¹.

Otro de los instrumentos jurídicos que han marcado un hito en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas es la Declaración¹² de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹³, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 septiembre de 2007. La Declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a “promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos” (Artículo 34).

En el año 2001, el Comité de Derechos Humanos de la ONU nombró un Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas¹⁴. En su primer informe, el relator llamó la atención de los Estados respecto de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el campo de la administración de justicia, acusó la insuficiencia de la participación de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones, en la gobernabilidad y en la elaboración de políticas, y, por último, subrayó la discriminación sufrida por los pueblos indígenas desde el punto de vista del género.

En este sentido, la preocupación por el acceso a la justicia de las mujeres indígenas ha estado presente desde la creación de la primera Relatoría Especial de pueblos indígenas, y ha sido motivo de interés la situación de aquellas niñas que, por su condición étnica y etaria, se encuentran más expuestas a sufrir graves violaciones de derechos humanos.

1.3 Estándares regionales de protección de derechos humanos

¹⁰ Convenio N° 169 sobre Pueblos indígenas y Tribales en países independientes, 27 de Junio de 1989, XXVI Conferencia Internacional del Trabajo (5 de septiembre de 1991) Ratificada mediante Ley Nacional N° 24071 – Disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>

¹¹ C.S.J.N F. 284. XXVI. “Recurso de hecho deducido por los actores en la causa Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c/ Poder Ejecutivo Nacional -Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto-”, 04/12/95.

¹² Respecto de la discusión si esta Declaración tiene o no efecto vinculante en el Derecho Internacional, cabe resaltar que la misma fue elaborada por representantes de los pueblos indígenas de todo el mundo durante años de deliberaciones en el Grupo de Trabajo que empezó en la década de los '80.

¹³ Proyecto adoptado por la Subcomisión para la prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías en su resolución 1994/45 del 26 de Agosto de 1994, U.N. Doc E/CN.4/Sub.2/1994/56, at 105 (1994)

¹⁴ Rodolfo Stavenhagen, relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Informe E/CN.4/2004/80/Add.2

En el marco de protección del sistema interamericano de derechos humanos, los derechos de los pueblos indígenas han sido afirmados en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. Si bien la Convención Americana no contiene ninguna referencia específica al derecho de los pueblos indígenas, la Corte (Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con fundamento en su Art. 29 han desarrollado una interpretación de la normativa que incluye el Convenio N° 169 de la OIT (aún para la solución de conflictos en estados que no lo han ratificado)¹⁵.

Respecto de los estándares regionales de protección de los derechos de las mujeres, en 1994 fue aprobada la Convención Interamericana para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia hacia la Mujer (Convención de Belém do Pará). Si bien se reconoce que los derechos que proclama ya se encuentran incluidos en otros instrumentos regionales, esta Convención determina con mayor precisión los deberes de los Estados Partes para asistir a las mujeres víctimas de violencia de género. Establece entre los deberes de los Estados (Art. 7) la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. Este hecho no sólo comporta garantizar que sus funcionarios cumplan las normas de derechos humanos, sino actuar también con la “diligencia debida” para abordar los abusos cometidos por particulares (agentes no estatales). Cuando un Estado sabe o debiera saber que se cometen violaciones de derechos humanos y no toma las medidas adecuadas para impedirlos, comparte con los autores la responsabilidad por esas violaciones. El principio de la diligencia debida incluye la obligación de prevenir las violaciones de derechos humanos, investigarlas, castigarlas cuando ocurran y proporcionar indemnizaciones y apoyo a las víctimas.

En el desarrollo jurisprudencial del Sistema Regional de Protección de los DD.HH. con relación a la protección de los derechos de las mujeres cabe mencionar algunos casos que elevaron los estándares de protección.

En el caso “María da Penha Maia Fernandes” (Comisión IDH, 2001b), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aplicó por primera vez la Convención de Belém do Pará. Al respecto en su Informe de fondo sostuvo:

¹⁵ En el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, la Corte estimó: “... a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes..”(punto 153) Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/awas.pdf>

La impunidad que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora Fernandes es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex-marido sufridas por la señora Maria da Penha Maia Fernandes. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer. (Párrafo 55)

El informe establece la obligación del Estado para procesar y condenar a los agresores, y afirma que el estado de impunidad crea el ambiente que facilita la violencia doméstica al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos.

En el año 2007, la CIDH presentó el Informe de “*Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*” en virtud del alto número de las mujeres víctimas de violencia que no logran un acceso expedito, oportuno y efectivo a recursos judiciales cuando denuncian los hechos sufridos. En el informe, la CIDH formula conclusiones y recomendaciones para que los Estados actúen con debida diligencia para ofrecer una respuesta judicial efectiva y oportuna. Establece la responsabilidad de los órganos públicos de investigar y buscar elementos de prueba independientes y no desplazar el deber de investigar a la víctima. Además, sostiene que no sólo debe prestarse atención al testimonio de la víctima como evidencia directa, sino a todo el conjunto de pruebas y al contexto (CIDH, 2007, párrafo 51).

Un capítulo especial de este informe está dedicado a las mujeres indígenas, expuestas de manera diferencial a actos de violencia sexual, por la triple discriminación histórica que enfrentan por ser mujeres, por ser indígenas, y por estar afectadas por la pobreza (CIDH, 2007, párrafos 301-304).

Los miembros de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud

tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal. (Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, 2008, art.9).

La CIDH ha señalado la necesidad de que los Estados, a través de la administración de la justicia, incorporen las necesidades específicas de las mujeres indígenas en sus actuaciones, respetando su identidad cultural, etnia, lengua, e idiosincrasia; incluso creando sistemas y métodos de peritaje cultural en casos de violencia.

La Corte IDH se ha expedido también sobre los factores que exponen a las mujeres indígenas a un mayor riesgo de violaciones a sus derechos humanos frente al sistema de justicia y al sistema de salud (Corte IDH, 2010a). Las Relatorías especiales sobre niñez y mujeres en sus informes condenan las vulneraciones de derechos que atraviesan las mujeres y niñas indígenas¹⁶.

Respecto de la discriminación de género que sufren las mujeres indígenas, cabe recordar el alcance de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, más aún cuando se piensa en un concepto de igualdad sustantiva. Abramovich (2010) resume el avance hacia esa noción de igualdad en el comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (Corte IDH, 2009), de la siguiente forma:

Así, se avanza desde una idea de igualdad entendida como no discriminación, hacia una noción de igualdad como la protección de grupos subordinados. Eso significa que se evoluciona desde una noción clásica de igualdad, que apunta a la eliminación de privilegios o de diferencias irrazonables o arbitrarias, que busca generar reglas iguales para todos, y demanda del Estado una suerte de neutralidad o “ceguera” frente a la diferencia. Y se desplaza hacia una noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación. Esta última noción presupone un Estado que abandone su neutralidad y que

¹⁶ OEA/Ser.L/V/II.; Doc.58 ; 24 diciembre 2009 Disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/COMUNIDADES%20CAUTIVAS.pdf>

cuenta con herramientas de diagnóstico de la situación social para saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinado medidas urgentes y especiales de protección. (Abramovich, 2010, pág. 169)

En este sentido, se explicitan las obligaciones de los Estados Nacionales en el cumplimiento la debida diligencia en cuanto están obligados a garantizar el acceso a los recursos judiciales adecuados y efectivos para las víctimas y sus familiares.

1.4 Estándares nacionales argentinos

Respecto del marco normativo nacional argentino de protección de los Derechos Indígenas, cabe realizar un breve desarrollo histórico.

El Estado Argentino, al igual que en la mayoría de los países de América Latina en el siglo XIX, se constituyó sobre la base de concepciones de la doctrina liberal de la Ilustración y del liberalismo francés, proyectando así un Estado monocultural que garantice la igualdad de todos los habitantes ante la ley, una sola nación con un territorio integrado y un pueblo culturalmente homogéneo (Quiroga Lavié, Benedetti & Cenicacelaya, 2001, p.330). En la Constitución de 1853 se planteaba como responsabilidad del Congreso de la Nación “proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo” (Constitución Nacional, 1853, artículo 67 inciso 15). Los Derechos Indígenas aparecen en la reforma constitucional de 1994 como una cuestión apremiante, postergada en otras instancias e invisibilizadas por políticas que propendieron a la asimilación de los indígenas sobrevivientes. Es por ello que la introducción del Artículo 75 inciso 17 da pasos agigantados al reconocimiento de un Estado integrado por comunidades indígenas, de composición heterogénea e intercultural. Asimismo, se introduce el artículo 75 inciso 22, que incorpora los tratados de derechos humanos y les otorga supremacía jurídica sobre las Leyes¹⁷, y conforma el bloque de constitucionalidad de carácter federal. Este marco de protección de los derechos indígenas se completa en el año 2000 con la ratificación por

¹⁷ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), Declaración Universal de Derechos humanos (DUDH), Convención Americana sobre Derechos humanos (CADH), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su protocolo facultativo, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Convención sobre los Derechos del Niño(CDN), Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

parte de nuestro país del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

La introducción de la propiedad comunitaria de las tierras en la Constitución Nacional como inajenable, intransmisible, inembargable y no sujeta a gravámenes incorpora un nuevo tipo de propiedad, cuyo titular colectivo es la comunidad indígena¹⁸.

Respecto del marco nacional de protección de los Derechos de los Niños en Argentina, la Ley N° 26.579¹⁹ elevó el mínimo a los estándares de la CDN y se considera niño “a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”²⁰. En el año 2005 se sancionó la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes derogando la Ley de “Patronato”(Ley N° 10.903) que consideraba a los niños como objetos de protección.

Respecto del marco nacional de protección de los Derechos de las Mujeres, en el año 2009 se promulgó la Ley N° 26.485 de “Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales”²¹. Esta Ley adopta un enfoque integral de la violencia contra las mujeres desde una perspectiva de Derechos Humanos. La ley garantiza: el derecho a una vida sin violencia y sin discriminaciones; la salud, la educación y la seguridad personal; la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial; que se respete su dignidad; decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley N°

¹⁸ La Ley N° 23.302 de 1985 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, y su decreto reglamentario 155 de 1989, es la primera Ley de la democracia que versa sobre los derechos indígenas. En noviembre de 2006, se sanciona la Ley 26.160 de emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente (prorrogada por la Ley 26.554 y 26.894 hasta el 23 de noviembre de 2017). Estas suspenden la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos que impliquen desalojos o desocupación de tierras que ocupan tradicionalmente las comunidades indígenas por el plazo de cuatro años (hasta Noviembre del 2013). Durante este periodo, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) deberá realizar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas, con la participación del Consejo de Participación Indígena (CPI), de acuerdo con el artículo 3° de la Ley. Las comunidades beneficiarias de la Ley son aquellas cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.CI) u organismo provincial competente, o aquellas preexistentes. Esta Ley es un desafío ya que es la primera vez en la historia de la República Argentina que se toma la decisión política de hacer un relevamiento sistemático de todas las tierras indígenas en todo el país con el objetivo de regularizar la situación dominial.

¹⁹ Modificación del Código Civil, Ley Nacional 26.579. 2/12/2009. Vigente, de alcance general Disponible en http://www.infojus.gov.ar/legislacion/Ley-nacional-26579-modificacion_codigo_civil.htm?6

²⁰ Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

²¹ Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollan sus Relaciones Interpersonales, Ley Nacional 26.485. 11/3/2009. Vigente, de alcance general Recuperado de. http://www.infojus.gov.ar/legislacion/Ley-nacional-26485-Ley-proteccion_integral_para.htm?2

25.673 (PNSSyPR)²²; la intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento; recibir información y asesoramiento adecuado; gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad; gozar de acceso gratuito a la justicia en los casos comprendidos en la ley ; la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres; un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda forma de revictimización. Además, la ley define:

violencia contra las mujeres como toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón (Ley N°26.485, art.4)

Cabe mencionar, entre los compromisos recientemente asumidos por el Estado Argentino, se encuentra el “Consenso de Montevideo” (ONU, 2013a) que incluye más de 120 medidas sobre ocho temas identificados como prioritarios para dar seguimiento al Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD) de las Naciones Unidas, realizada en El Cairo en 1994.

Entre los puntos principales se destaca la decisión de que sea aplicado el enfoque de DD.HH. con perspectiva de género e intercultural en el tratamiento de los asuntos de población y desarrollo. Al respecto de la situación de las mujeres, niños, niñas y adolescentes y jóvenes indígenas, insta a los Estados a tomar medidas que garanticen la protección contra todas las formas de violencia (punto 2 & 89).

Se tienen presentes los avances normativos en la región y, específicamente en Argentina, en protección de derechos humanos y se reconoce que la violencia de género es un fenómeno global que demanda una profunda transformación cultural para que las mujeres puedan ejercer el derecho a una vida libre de violencia. Es menester garantizar este derecho, en especial a las niñas que pertenecen a comunidades indígenas que se encuentran en una situación de particular vulnerabilidad como veremos en el capítulo siguiente.

²² Ley Nacional No. 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. B.O. 30/10/2002. Disponible en http://www.infojus.gov.ar/legislacion/Ley_nacional-25673-creacion_programa_nacional_salud.htm?5

Capítulo II: La violencia contra las mujeres indígenas

En este capítulo se analiza la violencia contra las mujeres indígenas y la situación en la región y en Argentina. En particular, se describe y reflexiona en torno a la interpelación al sistema tradicional de derechos humanos que necesariamente conllevan las demandas de colectivos de mujeres indígenas en las que se reflejan conceptualizaciones de género. También se hace una aproximación a cuáles podrían ser las causas de violencia contra las mujeres pertenecientes a comunidades indígenas.

2.1 Situación de las mujeres indígenas

En este acápite se presentará brevemente el estado de situación de las mujeres indígenas en la región y en Argentina. No se pretende tomar a la mujer indígena como una categoría homogénea (Fernández, 2003), sin embargo las situaciones de violencias y discriminación que atraviesan muchas mujeres indígenas son compartidas por otras en la región permitiéndonos localizar e integrar el fenómeno como una problemática regional (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

Las mujeres miembros de las comunidades indígenas han sido históricamente discriminadas y viven bajo condiciones de gran desventaja comparativa con el resto de la población dentro de los Estados Nacionales. Se estima que en América Latina y el Caribe, existen aproximadamente 45-50 millones de personas indígenas (Stavenhagen, 1996; PNUD, 2004), lo que equivale a un 10 % del total de la población. Hay alrededor de 400 pueblos indígenas diferentes, con idiomas diversos, cosmovisiones, modos de producción y organización. De estos pueblos, aproximadamente un 59 % serían mujeres, lo que equivale a 26,5 millones²³ (Calfio Montalva & Velasco, 2005, pág. 2).

En Argentina, de acuerdo con el último Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas, realizado en el 2010²⁴ por el Instituto Nacional de Estadística y Censo (INDEC), la población indígena nacional es de 955.032 personas, las cuales 481.074 son varones y 473.958 son mujeres (INDEC, 2010).

²³ “Estas cifras son variables, porque obedecen al resultado de censos de población elaborados en base a definiciones de población indígena, bastante poco operativos y muchas veces cuestionables” (Deruyttere & Meentzen A., 2000, citado por Calfio Montalva y Velasco, 2005).

²⁴ Se considera población indígena a las personas que se auto-reconocen como descendientes (porque tienen algún antepasado), o pertenecientes a algún pueblo indígena u originario (porque se declaran como tales).

Los conflictos territoriales que afectan a muchas de las comunidades indígenas tienen un alto impacto en la situación de las mujeres indígenas ya que la cohesión comunitaria se ha visto quebrantada debido a los múltiples conflictos que atraviesan (Anaya, 2005). Entre estos conflictos pueden listarse: desalojos, desplazamientos, conflictos armados, contaminación, prohibición de prácticas culturales, todo esto sumado a la violencia institucional y discriminación en los sistemas de salud, educación y justicia.

Estas situaciones de violencia cruzan transversalmente a los derechos humanos. Por ello, es importante visibilizar esta intersección de ámbitos de protección de los derechos humanos (los derechos de los pueblos indígenas, los derechos de las mujeres y los derechos de los niños) ya que, por las características propias de los DD.HH. (universalidad, interdependencia e indivisibilidad), se deben asegurar los derechos de sus miembros, en especial de las niñas y mujeres indígenas, para garantizar la integridad conforme a la ley de los pueblos indígenas como colectivo.

Las niñas indígenas poseen titularidad de derechos en dos direcciones: a título individual por ser niñas, y, en tanto miembros de una comunidad indígena, a título colectivo. Como fuera mencionado en el capítulo anterior, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el interés superior del niño se concibe tanto como un derecho colectivo, como uno individual (CDN, 2014). En este sentido, no hay incompatibilidad entre los derechos individuales y colectivos. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen el reconocimiento de sus historias, lenguas, identidades y culturas distintas, así como también su derecho colectivo a las tierras, los territorios y los recursos naturales que tradicionalmente han ocupado y usado. Suponen además el derecho a su conocimiento tradicional, poseído colectivamente²⁵. Siguiendo a Kymlicka (1996) se entiende que “una falsa dicotomía” enfrenta a individualistas y colectivistas²⁶. Stavenhagen (1996) explica esta relación en clave de “núcleo - periferia”. Mientras el núcleo está representado por los derechos individuales, la periferia representa a los derechos colectivos, y para la realización de los primeros, se necesita que los últimos también se cumplan. Ambos derechos poseen la misma naturaleza por lo que son complementarios. Al respecto, el Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 8.2:

²⁵ Al respecto, Daniel Bonilla (2006) analiza los casos de la Corte Constitucional de Colombia en los que se plantea una tensión entre los derechos individuales y diferencia cultural.

²⁶ “Así como determinados derechos individuales derivan del interés de cada comunidad en su propia conservación, por lo tanto estos derechos comunitarios deben contraponerse a los derechos de los individuos que componen la comunidad. Esto nos resulta útil para pensar los derechos diferenciados en función del grupo, ya que estos derechos no tienen que ver con la primacía de uno u de otro, sino con la idea de justicia entre un grupo que exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferentes.” (Kymlicka, 1996, p. 74-76).

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. (OIT, 2009, artículo 8.2)

La protección de los derechos individuales es esencial para disfrutar de todos los derechos humanos y, en este análisis particular, para defender el derecho de las mujeres a una vida sin violencia. Así lo ha entendido la dirigente indígena miskita Mirna Cunningham²⁷ :

*Las agresiones contra las aborígenes son un problema multifacético que sobrepasa los derechos humanos individuales y parte de la falta de reconocimiento de los derechos colectivos (...) Si estos últimos no son respetados, entonces aumentan las vulnerabilidades de las mujeres indígenas*²⁸

En el sistema de protección regional de los derechos humanos, la CIDH ha definido los derechos colectivos como aquellas prerrogativas que se refieren a las condiciones jurídicas de organizaciones o grupos de personas y a las cuales éstos tienen derecho (Comisión IDH, 2000); mientras que la Corte IDH (2001; 2005; 2006), mediante el desarrollo de jurisprudencia, ha puesto de manifiesto la relación entre los derechos individuales y colectivos en los casos referidos a los derechos de los pueblos indígenas. Particularmente, en el “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay” (2005), la Corte decidió que la preservación de la identidad cultural de un grupo –un derecho colectivo en sí– debería favorecerse a pesar de la restricción sobre el derecho individual a la propiedad.²⁹

²⁷ Mirna Cunningham, ex presidenta del Foro Permanente de la ONU para los Asuntos Indígenas. Encuentro Centroamericano de Autoridades Ancestrales y Mujeres Indígenas por una vida sin violencia, 28 y 29 de noviembre de 2011, Panamá <http://www.mirnacunningham.org/?paged=2>

²⁸ Diario Tercer Información. *Alertan en ONU sobre violencia contra mujeres indígenas* (11/05/2012) Disponible en <http://tercerainformacion.es/spip.php?article37152>

²⁹ “148. Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención. 149. Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se

En este proceso de afianzamiento del derecho internacional de los pueblos indígenas, se ha visibilizado que los derechos de los miembros de la comunidad no pueden ser plenamente disfrutados si no son reconocidos como entes colectivos con identidad propia y con derechos colectivos que históricamente le habían sido negados (Stavenhagen, 1996)³⁰.

El derecho a la identidad cultural es un derecho autónomo, dotado de singularidad propia (al menos conceptualmente), pero a la vez, es un ‘derecho síntesis’, que abarca (y transversaliza) tanto derechos individuales como colectivos, requiere de la realización y efectivo ejercicio de todos los derechos humanos y, a la inversa, de su realización depende la vigencia de muchos otros derechos humanos internacionalmente protegidos. De acuerdo con la CIDH, resulta menester que los Estados instauren y apliquen un sistema judicial acorde con la diversidad cultural existente en los países, así como mecanismos que permitan reconocer y promover efectivamente el derecho indígena, conforme a sus normas tradicionales y tomando como parámetros las normas internacionales sobre derechos humanos (Comisión IDH, 2007, párrafo 200).

Este punto resulta de interés para poder analizar los casos que se presentarán en los próximos capítulos ya que se pone en tensión argumentos que sostienen, por una parte, la universalidad de los derechos humanos y, por otro lado, el derecho de la comunidad a regirse por sus propias normas identificándolas como parte de su cultura.

2.2 La re significación de los conceptos de DD.HH.

En este apartado se analiza la interpelación al sistema tradicional de derechos humanos por parte de los colectivos de mujeres indígenas en tanto resulta menester un esfuerzo interpretativo de cómo se aplican y ejercen los derechos humanos, pensados originalmente en un sistema universal y transpuestos luego a un contexto local. La especificidad del presente trabajo invita a pensar la suficiencia o insuficiencia, la adecuación o inadecuación del sistema de derechos humanos en relación, específicamente, con los casos de violencia de género.

Como se desarrolló en el apartado *ut supra*, en los casos de violencia contra mujeres indígenas el panorama se complejiza no solo por la situación de vulnerabilidad histórica en la que se encuentran los pueblos indígenas, sino porque deben contemplarse otras dimensiones

otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas.”(Corte IDH, 2005, párr. 131, 135 y 139).

³⁰ “El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas constituye actualmente el hilo rojo que recorre todos los ámbitos de debate sobre sus derechos humanos” según proclama el ex Relator para Pueblos Indígenas Rodolfo Stavenhagen (1996, Página 26).

como la discriminación estructural por razones de raza y género, y, en el caso de niños, la especificidad que plantean los casos de protección de infancia.

Si bien el marco de protección internacional de los derechos humanos establece estándares universales, es en la reivindicación de estos derechos por parte de las mujeres indígenas donde se expresa, desde su experiencia concreta, cuál es la conceptualización de género, violencia y reparación de sus derechos vulnerados³¹.

Para Sally Merry (1994) los conceptos de derechos humanos son apropiados energéticamente y adaptados a los contextos legales locales, deben también ser parte de la conciencia legal local para poder alcanzar su potencial emancipatorio. Este poder radica en la capacidad de desafiar las relaciones sociales y las estructuras de poder existentes, es decir, provee, un marco radicalmente distinto para pensar las relaciones de poder y las desigualdades sociales (p. 179-180).

Es en esta interpelación al sistema de protección de los DD.HH. por demanda de las comunidades indígenas que surgen debates sobre el carácter universal de los derechos humanos y el respeto por la diversidad cultural.

Para el relativismo cultural, los estándares universales deben respetar la diferencia cultural. Se basa en un concepto esencialista de cultura, que le vale ser criticado ya que frente a las violaciones de derechos humanos toma una posición de relativismo moral. Mientras que para los universalistas los principios son aplicables a todas las culturas, el relativismo cultural defiende la validez y riqueza de todo sistema cultural y niega cualquier valoración absolutista moral o ética de los mismos. Por lo que juzgar a personas que tienen valores diferentes sería incorrecto dado que sus valores son tan validos como los nuestros³².

En los casos que involucran violencia de género contra mujeres indígenas, tomar el concepto de cultura como algo conflictivo y una forma de legitimar estructuras de poder y autoridad transforma la perspectiva, tradicionalmente tensionada entre el universalismo y el relativismo, en un proceso continuo de negociación entre normas locales y globales que están interrelacionadas y en constante cambio.

³¹ En este sentido lo plantea Krotz (2002) al preguntar “...Respecto a las culturas indígenas de América Latina, esto plantea en seguida un agudo problema de conocimiento: ¿Qué sabemos de las concepciones que sobre el tema de los derechos humanos albergan las culturas indígenas (de las que ni siquiera se conoce el número exacto)? ¿Cuáles son sus concepciones sobre la forma ideal de convivencia humana, cuáles los principios según los cuales debería organizarse una sociedad verdaderamente justa? ¿Cómo se investiga y cómo se difunde este saber? Y también, más desde el ángulo práctico o “aplicado”: ¿Cómo sistematizarían y utilizarían las instituciones educativas, administrativas, judiciales, eclesiásticas, de planificación del desarrollo, etcétera, tales conocimientos y cómo los incluirían como puntos de orientación decisivos en sus programas y proyectos? (Página 80)

³²Wong, David; “El Relativismo”; en Singer, Peter (Ed.) Compendio de Ética.

Para Merry (1994), tomar esta conceptualización permite definir las relaciones y significados, creando posibilidades de acción y de cambio en las prácticas culturales locales. Para esta autora, la concepción antropológica de la cultura ofrece un marco valioso para comprender las características históricas de las estructuras sociales específicas.

En este sentido, Rita Segato (2010) sostiene que en un ambiente dominado por la episteme de la colonialidad y hegemonizado por el discurso de los derechos humanos, no es posible defender la autonomía en términos de cultura, es decir, en términos relativistas y del derecho a la diferencia. Para Segato, es imposible la defensa de la autonomía de la comunidad en términos de relativismo cultural frente a la dominación estatal y a la construcción del discurso universal de los derechos humanos. Propone la sustitución de los argumentos relativistas por la pluralidad de historias de los pueblos, como pluralismo histórico que concibe comunidades con autonomía deliberativa para producir su proceso histórico. “Esta perspectiva nos conduce a substituir la expresión ‘cultura’ por la expresión ‘un pueblo’, sujeto vivo de una historia, en medio de articulaciones e intercambios que, más que interculturalidad, diseña una inter-historicidad” (Segato, 2010, p. 7).

El desafío que involucra transversalizar la perspectiva intercultural conlleva una necesaria reflexión sobre los derechos humanos y pone en juego su carácter de universalidad en las demandas de identidad cultural y políticas de identidad en el campo jurídico, tanto en el derecho nacional como internacional. La lógica con la cual se piensan los derechos de las comunidades indígenas sigue siendo una lógica liberal donde el reconocimiento de derechos culturales se da básicamente como un derecho diferenciado de grupo. Es interesante ver que el derecho internacional de los derechos humanos, en el pasado instrumento del colonialismo, se ha desarrollado y se ha convertido en una fuente de apoyo a las reivindicaciones de los pueblos indígenas³³. Por lo que, el respeto por la diversidad cultural tiene un mínimo común que permite asegurar la protección de la dignidad humana y son precisamente los derechos humanos.

El relativismo cultural sostiene la existencia de una supuesta imposición cultural occidental detrás de la filosofía de los derechos humanos. Pero sostener la existencia de los derechos humanos no implica la imposición de una cultura sobre otra, sino que permite proteger a las personas de su propia cultura. En este sentido, manifiesta Ferrajoli (2007) que la universalidad

³³ El régimen internacional de los DD.HH. permite que los pueblos indígenas reclamen para sí todos los derechos individuales garantizados en la Declaración Universal de los Derechos de los Hombre (1948) y en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (1966).

de los derechos humanos no sólo es compatible con el respeto de las diferencias culturales sino que representa su principal garantía:

Los derechos humanos se configuran como la Ley del más débil, en alternativa a la Ley del más fuerte que regiría en su ausencia: sirven para proteger al más débil frente a cualquiera, también frente a las culturas dominantes en las comunidades a las que pertenezca, es decir, protegen a los oprimidos contra sus propias culturas opresoras. (Ferrajoli, 2007, p. 1138)

Los derechos humanos son universales no porque sean universalmente compartidos, sino porque están atribuidos a todos y en garantía de todos, independientemente de sus opiniones; valen más allá del consenso que los soporte y están establecidos precisamente porque dicho consenso no puede darse por descontado, ni siquiera dentro de la propia cultura. En este sentido la antropóloga Rita Segato (2004)³⁴ ha sostenido que:

Los antropólogos (...) recurrimos frecuentemente al relativismo de forma un tanto simplificadora focalizando en la diferencia de visiones de mundo de cada pueblo como una totalidad. Con eso, muchas veces no vemos o minimizamos las parcialidades con puntos de vista diferenciados y los grupos de interés diferentes que fracturan la unidad de esos pueblos, lo que caracteriza relatividades internas que introducen fisuras en el consenso monolítico de valores que a menudo erróneamente atribuimos a las culturas. Por menor que la aldea sea, siempre habrá en ella disenso y grupos con intereses encontrados. Es a partir de allí que los derechos humanos pueden a veces *ecoar* en las aspiraciones de uno de estos grupos (2004, p.10).

Una aplicación universal de los derechos humanos sin referencias a las particularidades culturales disminuiría su fuerza ética. El respeto por la diversidad no infringe los valores que los derechos humanos intentan proteger; es más, dar espacio a la idiosincrasia de cada pueblo permite el universalismo.

Suguiendo a María Teresa Sierra (2005) se deben contemplar los contextos donde se aplicarán los derechos humanos y no simplemente calificar desde una mirada occidental/universal; esto tampoco significa negar todo juicio de valor en nombre de la diferencia cultural.

³⁴ Sin perjuicio de ello, la autora sostiene en su argumentación que colocar el foco en las perspectivas y voluntades diversas dentro de un mismo grupo puede llevar, a su entender peligrosamente, a la fragilización de la colectividad, debilitando sus intereses comunes y su unidad en la resistencia política.

Presentado los argumentos de apoyo de los que defienden la aplicación universal de los derechos humanos sin avasallar los derechos de grupo de las comunidades indígenas, cabe desarrollar algunas conceptualizaciones de género que subyacen en las demandas de mujeres indígenas víctimas de violencia de género.

En muchas comunidades indígenas, la identidad de género de las mujeres indígenas está relacionada a sus roles como líderes espirituales de sus pueblos y, es en este carácter, que cuando se cometen actos de violencia contra ellas, son lesionadas no sólo físicamente sino también espiritualmente. Este concepto de “daño espiritual o del alma” es distinto que el daño moral considerado en el terminología del sistema “tradicional” de derechos humanos³⁵. En este sentido, algunas mujeres indígenas mencionan a la “violencia espiritual” como aquellos actos que atentan contra sus roles espirituales y su cosmovisión indígena, como la prohibición de prácticas rituales, destrucción de sitios sagrados y recursos utilizados en los procesos espirituales de un pueblo. Esta conceptualización interpela al sistema de protección de los derechos humanos en tanto no se prevé modo de cuantificación o reparación y resarcimiento del daño.

Si entendemos a la perspectiva de género como la visión de las relaciones de poder, y no solo en términos del análisis de la división sexual del trabajo, sino de cómo se ven los hombres y mujeres de una cultura a sí mismos y cuál es su relación recíproca, en el caso de las poblaciones indígenas las relaciones de género se basan en parte en el comportamiento culturalmente adecuado identificado para cada sexo. Ello es resultado de una construcción cultural propia, pero a su vez existe una apropiación de comportamientos de las sociedades llamadas hegemónicas(Calfío Montalva y Velasco, 2005,pág.2)

Sin embargo, surge el cuestionamiento desde algunas mujeres indígenas cuando afirman que el género es una categoría occidental con la cual no se identifican. Critican al feminismo blanco occidental que describe problemas que no comprenden y elabora recetas para ayudar a las mujeres “subalternas” del Tercer Mundo (Mohanty, 2003).

En este punto es importante preguntarnos sobre el lugar de enunciación de las mujeres indígenas. Siguiendo a Spivak (2011), se reconoce la imposibilidad del habla de los sectores subalternos, en tanto y en cuanto un subalterno accede a un canal de enunciación, deja de ser subalterno, por ello es que siempre tendría una incapacidad ontológica de hablar. La

³⁵ “Los sujetos requieren de la pertenencia a sus grupos sociales y de las instituciones para mantener la vivencia de la continuidad de sí mismos. Con la destrucción de los elementos culturales materiales y espirituales, también se destruyen los códigos de referencia que vinculan al individuo con su grupo social, en este caso con fuertes componentes de identidad étnica” (Kordon, D., Edelman, L., Lagos & D., Kersner, D., 1995, p. 43).

pretensión de restituir la voz de la conciencia (subalterna) podría caer en el espacio de una violencia logocéntrica ejercida desde el lugar de la experticia. Para Spivak, las voces silenciadas por los poderes son, en sí mismas, irrecuperables. Es por ello que se cuestiona si efectivamente las mujeres indígenas pueden explicitar como subalternas qué entienden por género dentro de su cosmovisión.

Desde el feminismo comunitario, Julieta Paredes (2008) sostiene que el género es una categoría política relacional de denuncia de la injusta y explotadora relación que los hombres establecen con las mujeres para el beneficio del sistema de opresiones que es el patriarcado colonial-neoliberal. Plantea una ruptura epistemológica con el feminismo occidental, puesto que propone descolonizar el género y ubicarlo geográfica y culturalmente en las relaciones de poder internacional planteadas entre el norte rico y el sur empobrecido (Paredes, 2008).

En este sentido, Rosalía Paiva (2007) sostiene que la reconstrucción de las relaciones equitativas entre hombres y mujeres se ha convertido en un punto medular en la lucha de las mujeres indígenas. El reto es la construcción de un feminismo paritario indígena que ha sido desestructurado por el colonialismo; el colonialismo occidental impuso por la fuerza en sus naciones de influencia una serie de costumbres y códigos en desmedro de la mujer indígena y que, sin embargo, se practican como si fueran propios.

En Argentina, durante las entrevistas para el desarrollo del Plan Nacional contra la Discriminación (Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, 2005), se preguntó a mujeres indígenas de distintos pueblos sobre que entendían por violencia. De sus declaraciones se diferencian conceptualizaciones sobre los tipos de violencia además de resaltar los ámbitos o instituciones donde se conservan mayores casos : acceso a la salud y la alimentación (“violencia es el hambre”; “la violencia más grande es no tener que darles de comer a los chicos y que lloren de hambre”; “nos marginan, nos excluyen, no nos dan los remedios, nos gritan, nos retan, sobre todo en el momento del parto o cuando los chicos se enferman, no nos dan los turnos o tenemos que esperar horas para ser atendidas”), violencia en el ámbito del trabajo (“humillación de los patrones, pagos insuficientes), violencia gubernamental (“indiferencia, discriminación, falta de trabajo, se nos quitan las tierras, no podemos vender los productos ni las artesanías”), violencia policial (“no nos toman

las denuncias, la policía golpea”) o violencia física (“maltrato, golpes, abuso sexual, humillación, violencia verbal”)³⁶.

2.3 La violencia contra las mujeres indígenas: Posibles causas

De acuerdo con el Observatorio de Igualdad de Género en América Latina, algunas mujeres indígenas reconocen que dentro de sus comunidades prevalece una situación de desigualdad, lo que lleva a la reproducción de prácticas y creencias que tienen un impacto negativo en su salud y su desarrollo integral. Las mujeres indígenas han comenzado a alzar su voz y a desarrollar sus propios procesos de resistencia. Para Otilia Lux de Cotí (2013) del Foro Internacional de Mujeres Indígenas (FIMI), la situación de violencia contra las mujeres indígenas y sus pueblos está íntimamente relacionada con la “doctrina del descubrimiento”³⁷. De acuerdo a Lux de Cotí (2013), el colonialismo fue el cimiento ideológico que sustentó la violencia, por medio del terror, el miedo, el sometimiento, la tortura, las violaciones sexuales, los trabajos forzados, los castigos ejemplares, la reducción al orden, el despojo de las tierras y el dominio y la explotación generando el racismo, el patriarcado y el feudalismo.

Esas bases son las que han permitido la naturalización de violencia hacia mujeres y niñas indígenas, que continúa su repetición a nivel global y permite la impunidad. Dentro de las comunidades, la violencia hacia las mujeres se ha agravado por la constante erosión del tejido comunitario y la insuficiente protección de los Estados Nacionales.

Es menester tener presente que en los casos de violencia contra las mujeres y niñas indígenas subyacen conflictos territoriales que afectan la vida comunitaria. Esta situación, es en parte producto del colonialismo que presenta un terreno fértil para la continua reproducción de situaciones de violencia estructural hacia las mujeres y niñas indígenas dentro de sus propias comunidades y fuera, adoptando formas de racismo y discriminación. Para entender cómo operó el colonialismo, Quijano (2000) refiere a la “colonialidad del poder” que integró a las múltiples jerarquías de poder del capitalismo histórico como parte del mismo proceso histórico-estructural heterogéneo, en otras palabras, a la colonialidad del

³⁶ Entrevistas del equipo en Salta, 2004, coincidente con las conclusiones del III Encuentro de Mujeres Indígenas de Tartagal (Salta, noviembre 2003) Plan Nacional contra la Discriminación (Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo), 2005.

³⁷ “La doctrina del descubrimiento del Siglo XV- vigente en Europa desde la conquista de las Américas y otros mundos – otorgaba el derecho a asumir al descubridor la soberanía sobre lo descubierto. En el continente americano significó el derecho a apropiarse de la tierra descubierta y todos sus recursos y a gobernar a quienes las habitaban, es decir, a los mismos indígenas no convertidos (sin alma, se decir menos que humanos, categoría en la que entraban todas las mujeres De acuerdo con la doctrina de la Iglesia con la que venía la conquista” (Lux de Cotí, 2013,página 1)

poder se le sumó la jerarquía racial/étnica. Como resultado de esto, desde la formación inicial del sistema-mundo capitalista, la acumulación de capital se entremezcló con los discursos racistas, homofóbicos y sexistas del patriarcado europeo.

En este sentido, la elección de interlocutores masculinos fue deliberada según los objetivos de la colonización:

La colonización trae consigo una pérdida radical del poder político de las mujeres, mientras los colonizadores negociaron con ciertas estructuras masculinas o las inventaron con el fin de lograr aliados, promoviendo la domesticación de las mujeres y su mayor distancia y sujeción para facilitar la empresa colonial. (Gaultier, 2005, p.718)

Otra forma de concebir la violencia hacia las mujeres y niñas indígenas es la violencia contra la madre tierra³⁸. El avance colonial sobre el territorio, tierras y recursos naturales, necesariamente impacta negativamente en sus vidas, por ejemplo, en los casos de desplazamientos forzados, contaminación de los recursos naturales y destrucción de las plantas medicinales. Esta forma de depredación del medio ambiente erosiona el vínculo de las comunidades indígenas con la madre tierra ³⁹ y repercute en las comunidades indígenas y sus miembros, en especial los niños⁴⁰.

Como se analizó en este capítulo la violencia contra las mujeres indígenas está en parte relacionada con los conflictos que atraviesan sus comunidades. Las demandas de las mujeres indígenas interpelan al sistema de protección de derechos humanos y se visibilizan las tensiones siempre presentes entre posiciones universalistas y relativistas. Se hizo mención también algunas concepciones que tienen las mujeres indígenas sobre la violencia de género y una aproximación a las posibles causas.

³⁸ “Hablamos de tierra, aunque otras compañeras mujeres no necesitan hablar de tierra. Pero nosotras sí, porque la tierra no es solamente la parcela de trabajo, sino que es la Pachamama, el territorio (...) La violencia no viene sólo del marido o del padre, sino que la generan aquellos que se han apropiado de la tierra; la violencia la genera el gobierno porque no me deja aplicar mi autoridad” (Rivera, 1999, p.19).

³⁹ “La degradación de parcelas, ríos, montes, aire, flora y fauna, entre otros recursos naturales, y la destrucción del patrimonio ancestral, es otra forma de violencia, que si bien también afecta a los hombres, su efecto en las mujeres por los roles que desempeñan para la familia y la comunidad, es de mayor proporción. Las condiciones, muchas veces inhóspitas de su entorno de vida cotidiana y actividades como el acarreo de leña y agua, alimentación de la familia mediante la pesca, siembra y demás actividades afines, hacen que el impacto de la devastación natural y patrimonial en las mujeres indígenas, sea mayor” (Chiparaq, 2013).

⁴⁰ En el caso “*Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones.*”, Sentencia del 27 de junio de 2012, la Corte IDH en relación específica a la niñez indígena, sostuvo que “la paralización de las actividades cotidianas del pueblo y la dedicación de los adultos a la defensa del territorio, ha tenido un impacto en la enseñanza a niños y jóvenes de las tradiciones y ritos culturales, así como en la perpetuación del conocimiento espiritual de los sabios” (punto 218).

Capítulo III: Violencia sexual

En este capítulo se analiza la definición de violencia sexual ,específicamente aquella ejercida contra las niñas y mujeres indígenas. Se hace referencia a este tipo de violencia en contextos de conflictos en el territorio, en los que la violencia sexual se traduce en “arma de guerra”⁴¹. Se analiza jurisprudencia de la Corte IDH respecto de los patrones sistemáticos de esta práctica y la especial situación de vulnerabilidad de las niñas y mujeres indígenas. Posteriormente, se hará una aproximación a los casos de violencia sexual de niñas indígenas, el marco normativo, la definición del “chineo” y una breve reseña sobre algunos trabajos antropológicos referidos a la conceptualización de la sexualidad para los pueblos Wichí y Qom.

3.1 Introducción

La violencia sexual, contra las niñas y mujeres, es un tipo de violencia que visibiliza claramente los valores patriarcales, normas y costumbres sobre el comportamiento de los hombres que creen tener el derecho de controlar el cuerpo y sexualidad de las mujeres (Connell, 2000). Este es un problema que afecta a millones de mujeres en todo el mundo. De acuerdo con la Organización Mundial para la Salud (2014), una de cada cinco mujeres ha sufrido abusos sexuales en la infancia. Los datos sobre delitos sexuales presentan lagunas importantes que socavan las iniciativas para prevenir la violencia. Existe una tasa de subregistro muy alta debido a una serie de factores, como la revictimización y la impunidad⁴².

Los datos de mejor calidad sobre la prevalencia de la violencia sexual provienen de encuestas basadas en la población. Otras fuentes de datos sobre la violencia sexual incluyen informes policiales y estudios de entornos clínicos y organizaciones no gubernamentales. Sin embargo, como en esos entornos se notifica solo una proporción pequeña de casos, se obtienen subestimaciones de la prevalencia.(OMS,2013,pág.1)

⁴¹ Según informes de Naciones Unidas, la violencia sexual se utilizó como arma de guerra en Colombia (año 1964 en adelante), Timor-Leste (1975-1999), Bosnia y Herzegovina (1992-1995), Rwanda (1994) y Darfur, Sudán (2003 en adelante).

⁴² “La ineficacia de las investigaciones puede estar provocada por la ausencia de investigación de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, y ello ocurre, específicamente, en los casos de agresiones a las mujeres cuando son parte de un fenómeno generalizado de violencia de género” (Corte IDH,Caso “Campo Algodonero”, 2009, párr. 366 y 370).

3.2 Definición

No hay una definición ampliamente aceptada de violencia sexual en el derecho internacional. En el desarrollo de la tesis se trabajará con la conceptualización de la Organización Mundial de la Salud que entiende por violencia sexual a:

Todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo. (OMS, 2002, p.21)

Para la antropóloga Rita Segato (2003) la violación cruenta y física es “cualquier forma de sexo forzado por individuos con poder de intimidación sobre el otro y el uso y abuso del cuerpo del otro, sin que este participe con intención o voluntad comparable” (pág.22). Este fenómeno universal es de raíz estructural con variantes en distintos contextos y está siempre sostenido por una jerarquía, un sistema de status en el que el hombre debe ejercer su dominio y lucir su prestigio ante sus pares.

Otra definición utilizada por la Corte Penal Internacional toma a la violencia sexual como un *delito de lesa humanidad*:

Un acto de naturaleza sexual contra una o más personas, o forzar a que esa o esas personas realicen un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o coerción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento (ONU, 1998)

El Tribunal Penal Internacional de Rwanda (International Criminal Tribunal for Rwanda, 1998) considera otras formas de violencia como la desnudez forzada, la realización de actos humillantes estando desnuda, mutilación sexual y amenazas sexuales. La violencia sexual no implica necesariamente penetración ni contacto físico.

Cabe destacar la advertencia que ha realizado la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, Sra. Rashida Manjoo⁴³:

Las formas incorporadas de la violencia sexual a menudo son de alcance limitado, sin que se dé cabida a otras formas de victimización con diferentes efectos según el sexo. También se han excluido violaciones manifiestas de derechos sociales, económicos y culturales incluso cuando pueden redundar en la pérdida de la salud y la vida, y en la muerte de la cultura, o cuando tienen que ver específicamente con formas sistemáticas de discriminación, sobre la base, entre otras, del sexo, el origen étnico o la orientación sexual. Esta tendencia a incorporar en tales programas una gama estrecha de formas de violencia sexual plantea el riesgo de sexualizar a la mujer. (A/HRC/14/22,2010, Punto 44)

Respecto de la prueba, la Relatora⁴⁴ ha señalado que:

“...en los procesos judiciales por violencia sexual a menudo se introduce como prueba la vida sexual anterior de la víctima con otros hombres para demostrar que “la mala conducta de la mujer es notoria”. Por ejemplo, en el caso de una prostituta o de una mujer promiscua se infiere como probable que haya dado su consentimiento para la relación, o que no es fidedigna y, entonces, su declaración es sospechosa. La mujer demandante ha de hacer frente a un fuego cruzado de preguntas sobre su pasado sexual y sus experiencias sociales y médicas con el propósito de proteger al demandado y denigrar el carácter de la víctima. Aunque rara vez el pasado sexual de la demandante tiene alguna relación con la denuncia de que se trate, las declaraciones a este respecto influirán en su credibilidad e inevitablemente conducirán a la absolución del acusado...”(E/CN.4/1995/42,Párrafo 184)

3.3 El cuerpo como instrumento de conquista

Para Joshua Goldstein (2001), la conquista es descripta como una extensión de la violación y explotación de las mujeres en tiempos de guerra. Analiza la sexualidad masculina como causa de la agresión, la feminización de enemigos como dominación simbólica y la dependencia de la explotación del trabajo de la mujer. Por otra parte, Nelson Maldonado

⁴³ ONU Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, A/HRC/14/22, 2010, Punto 44. Disponible en :

http://www2.ohchr.org/english/issues/women/rapporteur/docs/A-HRC-14-22_sp.pdf

⁴⁴ Informe preliminar de la Relatora Especial, Sra. Radhika Coomaraswamy, presentado en virtud de la resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos humanos de la ONU, Consejo Económico y Social, Distr. GENERAL E/CN.4/1995/42, 22 de noviembre de 1994. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1282.pdf>

Torres (2007) sostiene que estos elementos se combinan e incorpora al análisis la categoría racial.

Para Segato (2003), el disciplinamiento pasa por el cuerpo de la mujer, la violencia hacia las mujeres es un medio para enviar un mensaje a otros hombres. La estrategia de la desmoralización del enemigo es central y la práctica es la usurpación y la destrucción sexual del cuerpo de sus mujeres.⁴⁵ El análisis del acto de violación involucra dos ejes, el vertical - la relación del violador con la víctima- y el horizontal- la relación del violador con sus pares- . En la violación subyace la estructura de relaciones de género, estructura patriarcal de poder que avala el uso y abuso del cuerpo de unos por otros (Segato, 2003, p.23).

La violación es un hecho de violencia que atenta contra los derechos políticos y sociales de la mujer, no es un mero acto sexual. Está en la raíz del patriarcado el presupuesto de superioridad del hombre sobre la mujer que sostiene el autoritarismo en sí y contempla el cuerpo de la mujer como mercancía. El hombre se siente habilitado a usar ese cuerpo como objeto, hacer o deshacer con ese “objeto”, asesinar física o psíquicamente con impunidad⁴⁶ por medio de un acto que todavía debe ser probado y que el propio sistema jurídico plantea en sentido inverso a cualquier delito pese a que la violación afecta la capacidad psíquica y en la integridad de la mujer (Aresti, 1997).

Este fenómeno existe en todas en todas las sociedades, la variabilidad depende de las culturas y las formas asumidas por las relaciones de género en unas y otras (Segato, 2003). La víctima es expropiada del control de su espacio-cuerpo, y es en el acto de la violación que se materializa el acto de control legislador sobre un territorio y sobre el cuerpo del otro como anexo a ese territorio (Segato, 2003).

La mujer es la *subalterna del subalterno*, objeto de apropiación del hombre y su cuerpo , el territorio soberano de conquista; y en este sentido, las mujeres indígenas continúan siendo subalternas de las subalternas (mujeres blancas) y de los subalternos (originarios) que

⁴⁵ Segato (2009, Julio,17). “La guerra en el cuerpo”, Sandá,Roxana Pagina 12,Suplemento las 12.Disponible en : <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-5041-2009-07-17.html>

⁴⁶ CIDH, Relatoría para los Derechos de las Mujeres. Informe sobre la situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a no ser objeto de violencia y discriminación:

“128. La violencia que se describe en la reseña que antecede tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres. Cuando los perpetradores no son responsabilizados --como en general ha ocurrido en Ciudad Juárez-- la impunidad confirma que esa violencia y discriminación es aceptable, lo cual fomenta su perpetuación. Tal como lo destacó la Corte Interamericana de Derechos humanos en relación con las violaciones de los derechos humanos en general, el Estado tiene la obligación de combatir situaciones de impunidad por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad “propicia la repetición crónica” de las violaciones de derechos humanos “y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.

experimentan múltiples opresiones en tanto mujeres, indígenas y pobres, y en tanto minoría de las minorías (Bidaseca, 2010, p.15).

En el contexto de conflictos armados, las violaciones contra las mujeres se traducen en “armas de guerra”, son sus cuerpos, sus órganos femeninos la extensión del territorio que se quiere conquistar. En este sentido, lo ha afirmado la Recomendación General N° 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer “La violencia contra la mujer”: “las guerras, los conflictos armados y la ocupación de territorios conducen frecuentemente a un aumento de la prostitución, la trata de mujeres y actos de agresión sexual contra la mujer, que requiere la adopción de medidas protectoras y punitivas” (ONU, 1986-1999, Art.6.16)⁴⁷.

En los Casos “De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala” (Corte IDH, 2009b) y “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala” (Corte IDH, 2004) la Corte Interamericana de DD.HH. observó que durante el conflicto armado las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual y estableció como hecho probado que:

La violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. Estas mujeres se perciben como estigmatizadas en sus comunidades y han sufrido por la presencia de los victimarios en las áreas comunes del municipio. Además, la impunidad en la que permanecen estos hechos ha impedido que las mujeres participen en los procesos de justicia. (Corte IDH, 2009, Párrafo 49)

En el Caso “Rosendo Cantú Vs. México”, la Corte hace mención al contexto de fuerte presencia militar en Guerrero, donde un importante porcentaje de la población pertenece a comunidades indígenas. En este caso, la Corte analiza a la violencia sexual como una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima. En este sentido, refiere a las comunidades indígenas:

Se encuentran en una situación de vulnerabilidad, reflejada en diferentes ámbitos, como la administración de justicia y los servicios de salud, particularmente, por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta de recursos económicos para acceder a un abogado, trasladarse a centros de salud o a los órganos judiciales y también por ser víctimas de prácticas abusivas o violatorias del debido proceso. Lo anterior ha provocado que integrantes de las

⁴⁷ CEDAW, Recomendación General N° 19, 11° período de sesiones, 1992.

comunidades indígenas no acudan a los órganos de justicia o instancias públicas de protección de los derechos humanos por desconfianza o por miedo a represalias, situación que se agrava para las mujeres indígenas puesto que la denuncia de ciertos hechos se ha convertido para ellas en un reto que requiere enfrentar muchas barreras, incluso el rechazo por parte de su comunidad y otras “prácticas dañinas tradicionales”. (Corte IDH, 2010b, Párrafo 70)

En el caso “Fernández Ortega” (Corte IDH, 2010a), la mujer agredida pertenece también a la etnia me’paa; fue agredida sexualmente por tres militares vestidos con uniformes y portando armas. La Corte consideró que la violación sexual vulneró valores y aspectos esenciales de su vida privada y su integridad personal constituyendo un acto de tortura. En este sentido, por el tipo particular de agresión, la sola declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Por lo demás, los hechos relatados por la señora Fernández Ortega se refieren a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede causar que se cometan determinadas imprecisiones al recordarlos.

Adicionalmente, de las circunstancias propias de la situación de la señora Fernández Ortega, la Corte no encuentra elementos que afecten la credibilidad de sus declaraciones. La presunta víctima es una mujer indígena, que vivía en una zona montañosa aislada, que tuvo que caminar varias horas para interponer una denuncia sobre una violación sexual ante autoridades de salud y ministeriales que no hablaban su idioma y que, probablemente, tendría repercusiones negativas en su medio social y cultural, entre otros, un posible rechazo de su comunidad. Asimismo, denunció y perseveró en su reclamo, sabiendo que en la zona en la que vive continuaba la presencia de militares, algunos de los cuales ella estaba imputando penalmente la comisión de un delito grave. (Corte IDH, 2010a, párrafo 107)

La Corte IDH en ambas sentencias (Fernández Ortega y Cantú) consolida como estándar de prueba, en los casos de violencia sexual, la efectividad probatoria plena a la declaración de la víctima cuando aparece respaldada por otros elementos de convicción. Así también explicita los factores que exponen a las mujeres indígenas a un mayor riesgo de violaciones a sus derechos humanos frente al sistema de justicia y al sistema de salud.

Por su parte, la CIDH en el Informe de Fondo sobre el caso de las Hermanas González Pérez (Comisión IDH, 2001a) desarrolló el concepto de violación sexual como tortura. Ana, Beatriz y Celia González Pérez son mujeres indígenas tzeltales que fueron sometidas sexualmente en el marco de un interrogatorio ilegal por militares en la zona de conflicto

armado del estado de Chiapas, México (acusadas de prestar colaboración al Ejército Zapatista de Liberación Nacional). En este caso, la Comisión hizo referencia a los obstáculos que enfrentan las mujeres indígenas al intentar acceder a instancias de protección judicial: desconocimiento del idioma de sus agresores y de las demás autoridades intervinientes; repudio de su propia comunidad como consecuencia del delito de que fueron víctimas. Al respecto, señaló en el caso concreto la necesidad de contar con un informe médico fiel que relate las circunstancias en que tuvo lugar la entrevista con el nivel de detalle necesario, con datos suficientemente precisos y consistentes, la interpretación del profesional acerca de los motivos probables de las lesiones constatadas, así como la recomendación del tratamiento respectivo de acuerdo con los parámetros de Naciones Unidas. En este caso, la CIDH consideró que los abusos contra la integridad física, psíquica y moral de las tres hermanas tzeltales cometidos por los agentes del Estado Mexicano constituyen tortura.

En el Informe sobre Acceso a la Justicia para Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica (2011), la CIDH refiere a la situación específica de las mujeres indígenas:

La mujer indígena que, pese a estos obstáculos, decide denunciar su caso ante la justicia ordinaria, debe desplazarse por varias horas para acceder a las instancias que reciben la denuncia, que por lo general están muy lejos de su comunidad. Además, se encuentra con la incomprensión étnica y cultural de los/as operadores/as jurídicos; el monolingüismo del sistema estatal; la falta de intérpretes que acompañen todo el proceso; el desconocimiento de los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos colectivos e individuales de los pueblos indígenas; y con la escasa aplicación del marco ético jurídico de los derechos humanos de las mujeres. Tratándose de delitos sexuales existe el agravante de que los peritajes médicos y psicológicos no garantizan concordancia con las costumbres indígenas. (Punto 305)

Continuando con el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, en el Caso Miguel Castro Castro⁴⁸ se visibiliza específicamente la violencia de género ya que la masacre fue inicialmente dirigida contra las aproximadamente 133 mujeres que se encontraban en el pabellón 1-A de la prisión Miguel Castro Castro, con el objeto de exterminarlas, convirtiéndose en blancos singularizados del ataque contra la prisión. Muchas de las internas fueron asesinadas a quemarropa. Al respecto:

⁴⁸ Corte IDH (2006): Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas .Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

La violencia contra la mujer en el caso incluyó violencia sexual de varios tipos. Esta violencia “no se limitó a violación sexual, sino que las mujeres fueron sometidas [a] una gama más amplia de violencia sexual que incluyó actos que no envolvían penetración o [...] contacto físico”. Por lo menos en un caso hay evidencia que una sobreviviente de la masacre de Castro Castro fue violada sexualmente en el Hospital de Policía, y existen alegaciones de violación sexual con las “puntas de las bayonetas” con respecto a la prisionera “extrajudicialmente asesinada Julia Marlene Peña Olivos”; y) “las revisiones o inspecciones vaginales de las presas en el contexto de requisas [...] llevadas a cabo por policías varones encapuchados, usando fuerza, y sin otro propósito que la intimidación y abuso de ellas constituyeron flagrantes violaciones a los derechos de las presas, constituyendo violencia contra la mujer”. Asimismo, las revisiones vaginales practicadas a la visita femenina de los sobrevivientes “en total ausencia de regulación, practicada por personal policial y no de salud, y como una medida primera y no de último recurso en el objetivo de mantener la seguridad en la prisión constituyó violencia contra la mujer”; y z) otras formas de violencia sexual incluyeron amenazas de actos sexuales, “manoseos”, insultos con connotaciones sexuales, desnudo forzado, golpes en los senos, entre las piernas y glúteos, golpes a mujeres embarazadas en el vientre y otros actos humillantes y dañinos que fueron una forma de agresión sexual. (Párrafo 260)

Al respecto, la Corte reconoció que la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras y se ven agravadas en los casos referidos a mujeres detenidas. En este caso, por primera vez en la historia de la Corte, fue planteado el análisis de género por los representantes de las propias víctimas y sus familiares, ya que se habían violado con particular crueldad los derechos humanos de la mujer, configurando la responsabilidad internacional agravada del Estado demandado (punto 69 del voto del Juez Cançado Trindade).

En el año 2006, la CIDH elaboró un Informe sobre Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia (2006). En dicho informe, la Comisión analizó las principales manifestaciones de la violencia que afectan especialmente a las mujeres dentro del conflicto armado y de manera diferencial a las mujeres afrocolombianas e indígenas. En dicho informe, se recomendó al Estado Colombiano “adoptar las medidas necesarias para prevenir, castigar y erradicar hechos de violación, abuso sexual y otras formas de violencia, tortura y trato inhumano por parte de todos los actores del conflicto armado” (Recomendación 47).

La Corte Constitucional de Colombia reconoció por su parte, mediante el Auto 092/08⁴⁹, la situación de doble afectación del conflicto armado para las mujeres indígenas, resaltando una serie de riesgos de género, que ponen en peligro la supervivencia física y cultural. En este contexto, la violencia sexual contra la mujer es una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado colombiano, así como lo son la explotación y el abuso sexual por parte de todos los grupos armados ilegales enfrentados, y en algunos casos aislados, por parte de agentes individuales de la Fuerza Pública⁵⁰.

Por lo tanto, la CIDH en el Informe de seguimiento (2009) reiteró la recomendación hecha en el 2006 de “diseñar y adoptar políticas culturalmente pertinentes, con la participación de las mujeres indígenas y afrocolombianas, dirigidas a la protección de mujeres desplazadas de estos grupos” (Recomendación 41).

Sin embargo, la Comisión observó con preocupación la incidencia de la violencia sexual en el marco del conflicto armado, ya que continúan siendo las niñas las principales afectadas⁵¹. De las denuncias se desprende que la violencia sexual es perpetrada mayormente en acciones militares, enfrentamientos armados y acciones guerrilleras. De acuerdo con informe presentado por la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), los grupos guerrilleros y paramilitares cometieron actos de violencia sexual como estrategia de guerra y para generar terror en las comunidades, en los departamentos de Putumayo, Antioquia, Cauca y Arauca.⁵² Finalmente, en algunas sociedades la violación es considerada un acto punitivo y disciplinador hacia la mujer (Segato, 2003, p.25), una forma de castigarla por desacatar la posición que está destinada a ocupar en el sistema de la moral tradicional (Ibíd., p.138)⁵³.

3.4 Violencia sexual contra las niñas indígenas

Respecto del abuso sexual de niños/as, este delito es típicamente perpetrado por un adulto o una persona de mayor de edad, quien utiliza su posición de poder, para forzar al niño/a una

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia. Protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, después de la sesión pública de información técnica realizada el 10 de mayo de 2007 ante la Sala Segunda de Revisión. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2008/a092-08.htm>

⁵⁰ Sentencia T-025, Punto III.1.1.1.

⁵¹ “El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses señaló que en el 2008, el 87% de los dictámenes sexológicos fue practicado a menores de edad, siendo las niñas de 10 a 14 años (31.5%) las más afectadas” (Comisión IDH, Párrafo 20,2009)

⁵² Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)

⁵³ En las entrevistas realizadas por la antropóloga a violadores, estos se revelaron como moralistas (crimen moralizador). Otros ejemplos pueden verse en la India: <http://www.telegrafo.com.ec/mundo/item/mujer-india-fue-castigada-con-una-violacion-colectiva.html>

actividad sexual. El abuso sexual infantil, es definido como cualquier tipo de conducta sexual no deseada antes de los 13 años de edad (UNICEF, 2016)⁵⁴

En nuestro país, en 1999 se modificó el capítulo del Código Penal⁵⁵ concerniente a los delitos contra la integridad sexual de las personas, entre los que se incluyen las violaciones y los abusos sexuales. Un cambio relevante, es la modificación del bien tutelado: antes de la modificación eran considerados “delitos contra la honestidad”, y ahora se los define como “delitos contra la integridad sexual de las personas”.

Las reformas distinguen la violación (acceso carnal por cualquier vía), el abuso sexual calificado (prácticas gravemente ultrajantes para la víctima) y el abuso sexual (manoseos o contacto con los genitales). No es necesario probar que se ha resistido la situación, sino que basta probar la existencia de un clima intimidatorio, abuso de poder o de confianza.

Para el Código Penal Argentino, se tipifica la acción de abuso sexual cuando el niño/a es menor de trece años o cuando mediere violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción⁵⁶.

⁵⁴ UNICEF, “Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes: Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos”, 2016. Disponible en : https://www.unicef.org/argentina/spanish/proteccion-AbusoSexual_contra_NNyA-2016.pdf

⁵⁵ Ley Nacional No. 25.087. Delitos contra la integridad sexual. Código Penal. Modificación B.O. 14/4/1999.

⁵⁶ El 17 de mayo de 2017 se sancionó la Ley 27.352 que reformó el art. 119 del Código Penal estableciendo las acciones que implican este tipo de abuso sexual: *Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediere violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.*

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:

a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.
En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).

Es menester tener presente que en los casos que afectan a niños/as, la Convención sobre los Derechos del Niño exige a los Estados Partes:

Tomar todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos. (CDN, Art.34)

De acuerdo con lo establecido por el art. 12 y 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁷, los niños, niñas y adolescentes (NNyA) tienen derecho a ser oídos. En los casos en los NNyA se presenten a declarar solos y no se cuente con un adulto de confianza legalmente responsable que pueda instar la acción o si el adulto legalmente responsable fuese el autor de los hechos (Rozanski, 2003), la acción deberá ser iniciada de oficio por el fiscal con comunicación inmediata al asesor de menores (Procuración General de La Nación, 2012). Tienen derecho a ser asistidas por un letrado (Art. 27 de la Ley 26.061)⁵⁸.

En los casos que involucran a NNyA, la integración de la perspectiva de la protección de infancia es esencial para el cumplimiento de los principios de derechos humanos⁵⁹, por lo que la violencia sexual debe entenderse en función de la coacción y no del consentimiento (Amnistía Internacional, 2011). Muchos de los perpetradores son personas conocidas o familiares, son frecuentemente cuidadores (padres, madres, padrastros, madrastras, parientes, amigos/as, vecinos/as) que se aprovechan de la situación desigual de poder. El acto puede ocurrir más de una vez y puede continuar por años.⁶⁰ Estos casos de violencia sexual frecuentemente no se ponen en conocimiento de las autoridades o de los prestadores de

⁵⁷ Art. 12 CDN “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional. Art. 30 CDN “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.”

Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

En especial CRC/C/GC/12, Observación General N° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, puntos 62-64. Disponible en <http://reddedalo.files.wordpress.com/2012/12/observacion3b3n-general-12-cdn.pdf>

⁵⁸ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, caso “S., L. P. s/ denegatoria de ser tenida por parte querellante”, Causa N° 22475, Sentencia del 18/03/2004

⁵⁹ A nivel internacional, los siguientes instrumentos establecen estándares en esta materia: la Convención sobre los Derechos del Niño, las Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos y las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condición de Vulnerabilidad.

servicios, de modo que las encuestas poblacionales pasan a ser una fuente esencial de información para documentar la naturaleza y el alcance de estos problemas.

En el caso de Argentina, los datos que disponemos se extraen de la información compilada por el Sistema Nacional de Información Criminal (SNIC) por provincia en base a los datos de denuncias policiales⁶¹.

De acuerdo con un estudio sobre Violencia de Género en Argentina⁶²:

Las mujeres de 15 a 19 años corren mayor riesgo de violencia sexual o física, o ambas. Esto en parte estaría asociado a que los jóvenes tienden a ser más violentos, tener conductas de riesgo como abuso de drogas y alcohol, al ser más inestables emocionalmente, todo lo cual los hace más vulnerables. A su vez, la paternidad y maternidad tempranas también son factores de riesgo que aparecen vinculados con situaciones de abuso o de violencia. (Moffitt & Caspi, 1999), página 27.

De acuerdo al Ministerio de Salud de La Nación, en el año 2007 se realizaron un total de 11.181 denuncias por delitos contra la integridad sexual, de las cuales 3.276 son violaciones⁶³.

Es posible que las cifras reales sean mucho más altas, ya que un número muy significativo de personas no denuncia. Según Carole Pateman (1995) denunciar es poner en peligro el “contrato sexual”, este pacto radica en el derecho de los hombres a acceder y controlar los cuerpos de las mujeres; es la manifestación concreta por la cual los hombres establecieron el contrato social como organización política moderna.

Estas mujeres indígenas que denuncian la violencia sexual, pasan de ser “víctimas” a ser “actoras”:

En este tránsito que lleva a la construcción del propio protagonismo como base de nuestra condición de sujetas, las mujeres necesitamos resignificar la autoidentidad, como una

⁶¹Respecto de la disponibilidad de datos cuantitativos sobre violaciones sexuales, “... la única fuente disponible son los datos de denuncias policiales compiladas por el Sistema Nacional de Información Criminal (SNIC) por provincia, la que si bien puede estar afectada por subregistro o errores...” (De Rozas, Fleitas Ortiz & Otamendi, 2012).

⁶² Asociación para Políticas Públicas, “Mapa de la Violencia de Género en Argentina”, Buenos Aires, 2012. Disponible en http://www.jusformosa.gob.ar/escuela/material/NoPagoAlimentos/mapa_violencia.pdf

⁶³ Protocolo para la Atención integral de Personas Víctimas de Violaciones Sexuales. Ministerio de Salud de la Nación. Disponible en : http://www.msal.gob.ar/saludsexual/downloads/guias%20y%20cuadernillos/Protocolo_Violencia_Sexual.pdf

experiencia cada vez más auto referida, definidas más por las necesidades de la propia existencia que por lo simbólico patriarcal. (Lagarde, 2000, p. 202)

La denuncia vendría a desmentir el lugar de pasividad y consentimiento esperado en la representación de la mujer por parte del funcionario judicial, lo que convierte muchas veces a la persona que denuncia en objeto de sospecha (Chejter, 1990, p.143).

Cabe mencionar que en el registro de estos datos no están desagregados por etnia, por lo que no se sabe el número de niñas indígenas que son víctimas de abuso sexual y violación en Argentina. Sin embargo, las mujeres y niñas indígenas representan un grupo más vulnerable a este tipo de abusos por la situación histórica de desigualdad y la falta de acceso a derechos en comparación con el resto de mujeres criollas o no indígenas (Pinheiro & Ward, 2007). Respecto a esta mayor vulnerabilidad de las niñas indígenas se ha expresado el Comité de los Derechos del Niño:

Los grupos vulnerables de la infancia, en particular las niñas, los niños indígenas y los niños que viven en pobreza, están en situación particularmente desventajosa en lo que respecta al acceso a servicios adecuados de salud y enseñanza, y son las víctimas principales de abusos tales como la venta y la trata de niños, el trabajo infantil, la explotación sexual y otras formas de explotación (Comité de los Derechos del Niño, 2015, Párrafo 9).⁶⁴

A pesar de reconocerse este mayor grado de vulnerabilidad de las niñas indígenas, hay muy pocas investigaciones sobre el tema, sólo algunos textos referidos a la práctica del llamado “chineo”, descripto por la antropóloga Ana González Montes como:

Una práctica aberrante en la cual jóvenes criollos violan a niñas indígenas. Esto tiene una raíz histórica porque, cuando se terminó la conquista de la Patagonia, el Ejército empezó la conquista en el Gran Chaco, alrededor de 1880-1890. A las indígenas les decían chinas por los ojos rasgados. Las violaban y las reducían a la servidumbre sexual. Es una práctica aberrante, pero que se sigue dando en la actualidad (González, 2011)⁶⁵

⁶⁴United Nations Human Rights Website - Treaty Bodies Database - Document - Concluding Observations/Comments - Bolivia. Bolivia CRC/C/15/Add.1. Disponible en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.15.Add.1.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.15.Add.1.Sp?Opendocument)

⁶⁵ González, en la nota “El chineo” publicada en Diario Página 12, Suplemento Las 12, el 7 de octubre de 2011. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/subnotas/6805-737-2011-10-12.html>

Los casos que analizaremos en el capítulo IV se refieren a esta práctica del “chineo” - la violencia sexual contra mujeres indígenas, en especial niñas, por parte de hombre criollos-. Como veremos, en las resoluciones del ámbito penal se encuentran presentes las representaciones de los operadores de justicia sobre las mujeres y niñas indígenas, sobre su supuesta precocidad sexual como también las discusiones sobre cuándo son niñas para el mundo occidental y para el mundo indígena. En este sentido, se decidió incorporar un acápite sobre algunos estudios sobre la construcción de la sexualidad en los pueblos Wichí y Qom en base a los trabajos antropológicos existentes para aportar a la discusión sobre si se considera o no delito por parte de los operadores de justicia y por parte de las propias comunidades.

3.5 Perspectiva de Género/construcción de sexualidad en cada pueblo

Es relevante incluir este punto referido a la sexualidad en tanto construcción cambiante en los pueblos porque estos casos de violencia sexual contra mujeres indígenas son complejos e interseccionan necesariamente las categorías de etnia, género y clase. En este sentido, para poder considerar la dimensión cultural del problema es necesario entender cuáles son los códigos, normas, mitos, rituales, los valores, las relaciones familiares, las relaciones de poder que subyacen en estos casos. En particular, se hará una aproximación desde las investigaciones antropológicas a las comunidades de las etnias Wichí y Qom de la región del Norte Grande Argentino (NOA y NEA). Sin embargo, cabe reconocer que desde la antropología no existe un cuerpo de investigación sistemático, ni una problematización teórica articulada sobre las cuestiones de género en los pueblos indígenas de Argentina (Hirsch, 2008, p.15). En este sentido, la autora refiere a algunos trabajos sobre como fueron miradas las mujeres indígenas :

Las mujeres indígenas fueron invisibilizadas no sólo por su representación en imágenes visuales que las muestran como exóticas y que funcionaron erotizando sus cuerpo y las culturas que representaban (Massota, 2012). Las mujeres chaqueñas desnudas, jóvenes y niñas casi adolescentes, fueron el objeto privilegiado de estas representaciones. (Giordano, 2005, p.147). Estas representaciones contribuyen a reforzar la otoriedad y acentúa la visión de los cuerpos indígenas que deben ser domesticados y transformados (Dasso & Franceschi, 2007, p.439-446)⁶⁶.

Los primeros estudios etnográficos apelan a una imagen algo fosilizada de la mujer indígena: la portadora de la cultura tradicional, la que crea objetos materiales, cumple con las reglas de parentesco y con la reproducción de la familia (Hirsch, 2008, p.17)

⁶⁶ Hirsch, 2008, p.17

Estudios más recientes, han analizado las relaciones de parentesco entre los Wichí (Barúa, 1993; Palmer, 2005) y las diferencias de género en cuanto a la expresión de agresión entre los niños y adultos tobas (Mendoza, 1999)⁶⁷.

A continuación, para problematizar en torno a las concepciones culturales de niñez y adultez y a las condiciones de pasaje de un estadio al otro, se reseñan brevemente algunos trabajos etnográficos centrados en los ritos de iniciación a partir de la primera menstruación de las comunidades Wichí y Qom.

Al respecto, el trabajo de Palmer (2005)⁶⁸ se centra en la iniciación femenina de las Wichí:

La iniciación tiene lugar entre dos ciclos menstruales, en un período descrito como «invisible» (nanhit'a) debido a las diversas abstinencias sexuales, alimenticias y sociales que padece la joven. Este proceso no se comprende si no se lo coteja con la iniciación shamánica: ambos ritos se iluminan mutuamente en virtud de la identidad social inestable de las mujeres y los shamanes. El juego de analogías, oposiciones e inversiones revela una contraposición entre la ingestión femenina de aloja diluida (la bebida fermentada de algarroba), símbolo de la sociabilidad festiva y la estabilidad de la esfera doméstica, des-ritualizada, y la ingestión masculina de sangre de cabra, un alimento hiper-ritualizado y «cocido» por su mezcla con la saliva shamánica – símbolo del dominio sobre lo no humano, pero también peligrosamente presocial. Proveniente de otro mundo, peligrosa, ambigua, la mujer debe ser «cocida», y los Wichí entienden a la iniciación femenina como «una forma de cocción ritual, que consiste en cocinar con percusión. (Palmer, 2005, p.81)

Por otra parte Silvia Citro (2003)⁶⁹ describe el proceso ritual de iniciación femenina en una comunidad toba takshik de Formosa: “Los niños, entre los tobas, gozan de lo que desde la mirada occidental, podría definirse como una importante libertad de acción” (p.29). En una primera fase del ritual toba, se aísla a la joven, se le prohíbe abandonar la casa, mirar a otros y ser mirada, permanecer con el cuerpo cubierto, se le prohíbe la ingesta de ciertos alimentos, y comienza a desempeñar algún trabajo característico de las mujeres. En la fase final de agregación, que termina con una fiesta en que se bebe aloja que se dejó fermentar y termina la abstinencia de carne, la joven está capacitada para “elegir novio” y procrear.

En el trabajo de Mariana Gómez (2008), sobre mujeres Qom al oeste de Formosa, muestra el disciplinamiento de las jóvenes Qom que salen solas al monte, espacio necesario, temido y

⁶⁷ Ibid, p.20

⁶⁸ Villar,2005, p.81

⁶⁹ Citro,2003b, cap. 7

no controlado por la connotación de la amenaza de la violencia sexual. Estas representaciones, que enfatizan diferencias en torno a la sexualidad entre hombres y mujeres, asocian el “control sexual” de la mujer con la permanencia de ésta en ciertos espacios “seguros” -como el doméstico-. Asimismo, el tránsito, el contacto, y la permanencia de las mujeres en espacios considerados no-seguros -como el monte y el bañado- aparecen asociados a otras expresiones de la sexualidad femenina -“liberada y no controlada”-. De esta forma, es el orden masculino el que marca la división del espacio territorial. Si bien la violación es vista como una práctica naturalizada, es negativa y no deseada, por más que vayan al monte solas y puedan actuar y negociar activamente en el campo de la sexualidad.

Esta breve reseña permitirá entender los argumentos de las partes involucradas en los casos de violencia sexual contra niñas indígenas, en tanto se analiza cuándo dejan de ser niñas para el mundo indígena pero lo siguen siendo para el mundo occidental. Además, se buscará problematizar en torno a cuáles son las representaciones dominantes entre los operadores de justicia sobre la sexualidad de las mujeres Wichí y Qom

Capítulo IV: Casos

4.1 Introducción al análisis de casos

El presente capítulo aborda la descripción y análisis de los casos de violencia sexual contra niñas y mujeres indígenas pertenecientes a las etnias Wichí y Qom de la región del Norte Grande Argentino (NOA y NEA). Se espera que estos casos permitan el debate y reflexión en torno a los laberintos jurídicos, los imaginarios y representaciones sobre la interculturalidad y, en especial, sobre las mujeres y niñas indígenas, de cada uno de los actores que toman parte en el “expediente judicial”. Teniendo este en cuenta, la finalidad del acápite es analizar el discurso jurídico y las prácticas judiciales en estos conflictos interculturales que interseccionan las categorías de género, etnia y edad en el ámbito penal. En este sentido, se entiende que son los discursos los que moldean a las instituciones, las prácticas sociales y los antagonismos de clase⁷⁰. Por lo que se busca develar si estas representaciones reproducen relaciones de subordinación y racismo, y si las mujeres y niñas acceden efectivamente a la justicia y la respuesta por parte del poder judicial.

Los tres primeros casos hacen referencia a la práctica del “chineo” y se analiza el tratamiento del caso de violencia sexual contra mujeres indígenas por parte de personas criollas. En el último caso, se discute la violación a una niña indígena por parte de un miembro de la misma comunidad.

4.2. Caso N°1 L.N.P. (Chaco)

Este primer caso resulta paradigmático a los efectos de observar cómo responden los operadores de justicia y salud ante un caso de violencia sexual de una joven perteneciente al pueblo toba de la localidad El Espinillo de la Provincia del Chaco. Este caso testigo tuvo mayor visibilidad pública por haber sido llevado a conocimiento de un organismo de protección internacional de los derechos humanos⁷¹.

⁷⁰ Bidaseca (2012) recuerda que, para Bajtín, la autonomía del discurso no es tal, pues está atravesado por una constelación de relaciones de poder que ejercen su poder sobre los discursos. Es allí donde podemos comprender las condiciones de emergencia del discurso racista y el lugar privilegiado de ciertos grupos dominantes.

⁷¹ Para una descripción acabada de las circunstancias del caso ver publicación de CLADEM. Disponible en <http://insgenar.files.wordpress.com/2012/04/caso-lnp.pdf>

Hechos:

El 3 de octubre de 2003 a las 23.30 hs., la joven Qom de 15 años, L.N.P., paseaba con una amiga, G.C., por la plaza central de la localidad de El Espinillo (Provincia de Chaco). Se encuentra con tres conocidos L.J.P., H.D.R. y L.G.A., todos ellos criollos. Uno de ellos, L.J.P., le propone a L.N.P. tener relaciones sexuales y, ante su negativa, la tomó por la fuerza y, con la colaboración de H.D.R. y L.G.A., la llevaron hasta la parte posterior de la iglesia que está ubicada en la misma plaza, lugar de poca iluminación y allí L.J.P. le bajó el pantalón y la accedió sexualmente por vía anal mientras le tapaba la boca para que no grite. Entretanto, H.D.R. y L.G.A. se quitaron y desplegaron sus remeras para evitar que otras personas vieran lo que estaba sucediendo⁷².

Luego de este hecho L.N.P. se vistió y fue a la comisaría local a radicar la denuncia, para luego ser enviada al puesto sanitario local. La policía local procedió a detener a los acusados y se abrió la investigación por el delito de abuso sexual con acceso carnal contra los tres responsables (uno de ellos menor de edad L.G.A.). El 8 de diciembre del 2003 se dicta prisión preventiva para L.J.P., H.D.R. y L.G.A. en virtud de los elementos procesales incorporados que acreditan la existencia del hecho como la participación de los imputados en carácter de autores.

Sin embargo, el 31 de agosto del 2004, la Cámara Segunda en lo Criminal de Presidencia Roque Sáenz Peña⁷³ resuelve absolver a todos los autores. La Cámara concluyó que, si bien el acceso anal quedó probado e incluso reconocido por el principal acusado, no quedó probado que dicho acceso no hubiera sido consentido por la autora.

La autora sostiene que, al no ser parte querellante en el juicio, la sentencia no le fue notificada ni a ella ni a sus representantes legales y que, por la misma razón, tampoco pudo apelar dicha sentencia. Tampoco hizo lo propio el Ministerio Público, por lo tanto la sentencia absolutoria quedó firme.

En mayo de 2007, el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR) y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM)⁷⁴ presentaron una comunicación individual ante el Comité de Derechos humanos de Naciones

⁷² Declaración testimonial (Expediente N° 72/2004 Fs. 8).

⁷³ VER ANEXO II- Sentencia N° 95 el 31 de Agosto del 2004

⁷⁴ CLADEM .Recuperado en <http://www.cladem.org/campanas-y-publicaciones/publicaciones/publicaciones-nacionales/31-argentina/164-caso-lnp-discriminacion-por-genero-en-el-sistema-de-justicia>

Unidas por la violación de los arts. 2, 3, 6, 7, 17, y 18 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos⁷⁵.

Después de la denuncia internacional, el gobierno provincial emitió un informe allanándose, donde reconoce las violaciones y responsabilidad. El INADI⁷⁶ (Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo) y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, ambos organismos nacionales, emitieron opinión favorable para reparar a la víctima, su familia y a la comunidad⁷⁷.

El 23 de abril de 2009, mediante acto público de reparación, el Estado Provincial ofreció una indemnización material a la víctima y expresó públicamente el pedido de perdón a L.N.P., a su familia y a los pueblos indígenas por las violaciones de derechos humanos cometidas en el caso, y reconoció la responsabilidad internacional asumida por Argentina.

Mediante Comunicación N° 1610/2007 del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos⁷⁸, se concluye que los hechos del caso ponen de manifiesto la discriminación basada en la condición de niña e indígena de L.N.P., en violación del artículo 26 del Pacto y aconseja al Estado Argentino la obligación de evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro, en particular, asegurando el acceso de las víctimas, incluidas las víctimas de agresiones sexuales, a los tribunales en condiciones de igualdad.

Finalmente, el pasado 15 de Mayo de 2015 el Estado Nacional en un acto público de reconocimiento de responsabilidad del caso, pidió perdón a L.N.P. como parte de los compromisos de reparación⁷⁹.

En relación con esto, se entiende que la interculturalidad se centra en las relaciones culturales complejas, en las que existen negociaciones e intercambios culturales de vías múltiples. Es decir, se parte de la interacción que afronta el conflicto inherente a las asimetrías

⁷⁵ Violación al derecho a un juicio justo y al debido proceso, las irregularidades en el proceso judicial y los prejuicios de género que motivaron la impunidad de la violación, así como los actos de violencia física, psicológica y moral perpetrados por los agentes del sistema de administración de justicia y el sistema público de salud, antes y durante el proceso judicial

⁷⁶ El INADI emitió recomendaciones especiales para Erradicar, Prevenir y Sancionar la Violencia Sexual contra las Mujeres Indígenas. Recomendación General N° 4 en Materia de Discriminación por Privación de Derechos a los Pueblos Indígenas y sus Integrantes, punto XIV. Disponible en http://inadi.gob.ar/uploads/recomendaciones/rec_gral_indig.pdf

⁷⁷ Para un análisis de los 7 años del caso de L.N.P., ver Chiarotti, & Della Siega (2014).

⁷⁸ Comunicación N° 1610/2007 : CCPR/C/102/D/1610/2007 Disponible en http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/genero01_0.pdf

⁷⁹ Carbajal, Mariana En Diario Página 12, “*Historia de una luchadora que promete no parar*”, el 20 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-273077-2015-05-20.html>

sociales, económicas, políticas y de poder. En el análisis del proceso judicial se pueden develar algunas prácticas y representaciones discriminatorias por parte de los operadores de justicia sobre la joven indígena. El juez no toma en consideración la dimensión cultural del conflicto, las relaciones interétnicas entre criollos e indígenas, las relaciones de poder y discriminación que subyacen en estos casos de violencia sexual. No se contempla el contexto social y político de la comunidad, las historias de las víctimas, las costumbres, normas, mitos, valores, rituales de la comunidad. Como se verá, tanto en el desarrollo de la investigación como en la argumentación de los considerandos de la sentencia, no se hace referencia a que L.N.P. es miembro de una comunidad indígena Qom, ni a su condición de niña (al momento que ocurrió el hecho la víctima tenía 15 años).

Sin embargo, surgen de las pruebas que obran en la investigación, el contexto de discriminación y la frontera “interétnica” (entre criollos e indígenas). Este límite conecta dimensiones culturales distintas y antagónicas, cuya estabilidad depende de la coercitiva asimetría de poder, de los mecanismos adaptativos y de la propia resistencia pasiva del grupo indígena (Moreira, 2009, p.229).

El Informe Socio Ambiental⁸⁰ sobre el contexto social y familiar de L.N.P. hace referencia a su familia toba: “...la madre se comunicaba con mucha dificultad y mediante la ayuda y traducción de su cuñado”. Se deja constancia que L.N.P. y su madre colaboran económicamente mediante la elaboración y venta de canastos. Cuando la asistente social entrevista en forma privada a L.N.P., ella refiere a que “conoce a L.J.P.; H.D.R. y L.G.A (los imputados) de la escuela, aunque no iban al mismo grado. Nunca la visitaron en su casa porque ellos son criollos”. Cuando la asistente social entrevista a los vecinos criollos preguntándoles si sabían lo que le había ocurrido a L.N.P., estos responden que : “todos tenían conocimiento de lo sucedido pero no tienen ningún trato porque son aborígenes. Que sólo los ven pasar cuando venden canastos o piden pan. No se saludan”.

En el caso no hay referencia a los intérpretes de lenguas indígenas como auxiliares de justicia⁸¹, por lo que las declaraciones son tomadas con ayuda de otros miembros de la

⁸⁰ Fs. 109-112 Expediente N°1600/03 caratulado “R.H.D. Y OTROS S/ABUSO SEXUAL C/ACCESO CARNAL”- Juzgado de Instrucción y Correccional , VI circunscripción, Juan José Castelli-Chaco

⁸¹ Convenio 169 OIT, Art.28.3: “Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas”. Disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>

comunidad. Este requisito es necesario para el cumplimiento del principio del debido proceso⁸². En este sentido, sostiene Yrigoyen Fajardo:

En el campo penal, en medida que jueguen derechos relevantes de la persona, como la libertad y hasta la vida, es particularmente importante que se garantice el máximo de derechos y se evite cualquier reducción o limitación de los mismos por razón de idioma o pertenencia étnica. Por ello, las normas internacionales y nacionales buscan dar una protección adicional y garantizar derechos de carácter especial a miembros de pueblos indígenas y minorías lingüísticas y étnicas. (2009, p.29)

Los hechos del caso pueden enmarcarse dentro de la práctica del “chineo”. Si bien no se hace referencia en toda la tramitación judicial a este concepto, de acuerdo con lo sostenido por Ana González:

Es practicado todavía en algunos lugares, por varones criollos, no indígenas, pudientes o pobres, que salen a “ramear” de los pelos a una “chinita” y violarla entre varios, y se mantiene, aunque cueste creerlo, como práctica relativamente “habitual” hasta nuestros días. (2011, p.6)

L.N.P. al momento de los hechos solo tenía 15 años y fue sola a denunciar la agresión sexual a la comisaria, en el registro de la denuncia no se hace referencia a la participación de un intérprete de lengua Qom. L.N.P. relata que la hicieron esperar horas llorando y con restos de sangre en su ropa. La denuncia fue fundamental para iniciar el proceso judicial y la construcción jurídica de la violación. Éste es un acto profundamente transgresor en un sistema político y social patriarcal; es mediante la denuncia del acto de violencia sexual que se cuestiona el sistema de opresión: el derecho de los hombres a apropiarse del cuerpo de las mujeres, en este caso mediante el “chineo”. L.N.P. rompe con la invisibilidad de esta práctica y la nombra desde la experiencia y sufrimiento de una niña.

En la etapa de instrucción ante el Juzgado de Instrucción y Correccional de la 6ª circunscripción, cuando L.N.P. es llamada a declarar por segunda vez, ya ejerciendo su

⁸² El Art.14 inc. 2 f) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala entre otros derechos que le asisten a las personas acusadas de un delito: *“A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal”*. Por supuesto que se aplica a las víctimas. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

derecho como niña,⁸³ estuvo presente la representante del Ministerio Pupilar. Sin embargo, durante la declaración, el juez indaga sobre su intimidad al preguntarle si tenía novio y si ya había mantenido relaciones sexuales⁸⁴, permitiendo la representante del Ministerio Pupilar este tipo de cuestionamiento.

El juez Dr. Ricardo Domingo Gutiérrez de la Cámara Segunda en lo Criminal (Sala unipersonal) falla absolviendo a todos los autores L.J.P., H.D.R. y L.G.A. En los considerandos del fallo de Cámara podemos observar las limitaciones al resolver casos que involucran diversidad cultural y étnica, sumado a las faltas al debido proceso en relación a la evaluación del material probatorio. Al respecto, cabe analizar los argumentos del magistrado para arribar a dicha resolución.

En primer lugar, se destaca que el acceso carnal a la joven L.N.P. por parte de L.J.P. fue probado. Es decir que el hecho de violencia sexual existió y las lesiones del acceso sexual violento fueron corroboradas mediante el informe médico que consta a fs. 4/5.

Al momento de la realización de la pericia médica, L.N.P. sufrió maltrato y violencia institucional por parte de los operadores de salud. La joven fue llevada al Hospital por la policía, donde de acuerdo con la declaración de su madre M.S. no la dejaron entrar⁸⁵. Por otra parte, pese a que la joven indicó que la agresión sexual había sido por vía anal, el médico varón realizó un tacto vaginal⁸⁶.

Además, el juez toma como elemento de prueba para valorar su testimonio si L.N.P. era virgen al momento de la agresión sexual basado en el prejuicio de la “honestidad” de la víctima, es decir, la investigación se basa en la conducta de L.N.P., sobre si era virgen al

⁸³ Convención sobre los Derechos del Niño y su incorporación al sistema interno con jerarquía constitucional, como la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061, sancionada en octubre de 2005, Decretos 415/2006 y 416/2006 y la Ley provincial 5681 de adhesión a la Ley 26.061.

⁸⁴ Fs.34 y vta. Expediente N°1600/03

⁸⁵ Fs.86 Expediente N°1600/03

⁸⁶ “Punto 3° Al momento del examen físico clínico se constata fisura anal en hora 12 que interesa piel y mucosa anal, de donde había salida de sangre roja rutilante líquida, y constata también escoriaciones que afectan piel y mucosa en hora 6, de 3 a 4 cm. **al tacto anal y rectal con dedo enguantado se produjo intenso dolor** y se constata presencia de sangre roja rutilante líquida que mancha el guante usado para el tacto. **En el examen de vulva no se constata lesiones, falta la membrana himeneal de larga data.** Señaló, además, que por las lesiones que describió estima que hubo penetración anal aproximadamente 20 a 30 minutos antes del examen”, Informe del Dr. Néstor Fernández, Declaración testimonial a fs. 138/139.

“Al examen anal presenta ano doloroso con signos de flogosis (inflamación) perianal, esfínter externo dilatado, fisuras anales en número de dos, ubicada en hora 6 y hora 12 (tomando como referencia los puntos horarios de un reloj en relación a la circunferencia anal). Las lesiones anales fueron producidas por elemento romo y duro con acción violenta al penetrar en el ano, siendo su evolución de alrededor de 72 horas previas al examen...”, Informe del Médico Forense Dr. Hugo O. Banegas (fs. 44)

momento de la agresión sexual, si tenía novio o si ejercía la prostitución.⁸⁷ Al respecto dice la sentencia:

Aun cuando no se considere la calidad de prostituta que muchos testigos atribuyeron a L.N.P. – como se viera más arriba-, lo cierto es que mal podría hablarse de inexperiencia sexual de la menor si presentaba desfloración de larga data y ella misma admitió haber tenido relaciones sexuales el año anterior aunque lo limitó a una sola vez. (Punto IV Sentencia 95)

Los estereotipos de género del magistrado se ven reflejados en el descreimiento de la declaración de L.N.P. al sostener que:

Después de un meditado y cuidadoso análisis de los numerosos elementos convictivos que se produjeron en el debate, entiendo aun cuando el descargo formulado por L.J.P. contenga ciertos aspectos dubitativos o ,incluso, desvirtuados, la imputación –que deviene primordialmente del relato de la menor accedida carnalmente-no obtiene una consolidación suficiente respecto al decisivo y crucial aspecto de si ese acceso carnal sobradamente probado, fue cometido mediante el uso de la fuerza-como lo indica la menor si fue consentido como lo alegara el único imputado que prestó declaración indagatoria.(fs.5 Sentencia N°95/04)

Este prejuicio también se evidencia en el peso probatorio que otorga a las “imprecisiones”⁸⁸ en el relato de la violación en desigualdad con el relato que realiza el acusado:

Ahora bien, más allá de que esa circunstancia pueda ser considerada debidamente probada o no –si L.N.P. ejercía la prostitución-, lo verdaderamente decisivo a favor de los inculpados es que no se encuentran pruebas univocas y convincentes que permitan establecer con certeza que el probado acceso carnal fue consumado mediante el uso de la fuerza o si verdaderamente fue

⁸⁷ Respecto del dispositivo de la sexualidad, “el punto importante será saber en qué formas, a través de qué canales, deslizándose a través de qué discursos llega el poder hasta las conductas más tenues y más individuales, qué caminos le permiten alcanzar las formas infrecuentes o apenas perceptibles del deseo, cómo infiltra y controla el placer cotidiano” (Foucault, 1977, p.18).

⁸⁸ Recordemos que en la jurisprudencia de la Corte IDH en las sentencias de los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú, se consolida como estándar de prueba la efectividad probatoria plena a la declaración de la víctima en los casos de violencia sexual: “a la Corte le resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho” (conf. Párr.100 y 89 respectivamente).

consentido. Ello deviene de una larga serie de situaciones pero fundamentalmente, de los propios dichos de quien afirma haber sido víctima de la violencia en ese acceso carnal ya que su declaración, a más de presentar una serie de discrepancias y contradicciones intrínsecas, no obtiene corroboración en extremos de singular relevancia. Esta situación debilita sensiblemente la prueba de cargo ya que, en este tipo de ilícitos –los abusos sexuales–, los dichos de quien se dice víctima asumen una preponderancia a veces hasta excluyente ante la circunstancia de que para concretar un acto sexual –consentido o no– se busca lugares que no puedan ser observados por otras personas, y en consecuencia, es muy difícil contar con testigos presenciales. Es más, precisamente en este caso en el que sí llamativamente hay personas menores que afirman haber visto importante circunstancias del hecho, se advierte severas contradicciones con la menor damnificada, como se verá más adelante.(...) Volviendo a los dichos de la menor L.N.P., debo reiterar que en ellos se advierten tantas discrepancias y contradicciones que por momentos resulta inexplicable que se hubiera manifestado del modo que lo hizo en ciertos aspectos. (fs.7 Sentencia N° 95/04)

Por otro parte, los argumentos de la defensa para desestimar la declaración de L.N.P. se basan en las contradicciones en la declaración de la joven al expresar que: “*cuando L.N.P. dice que vio sangre y les preguntó a ellos (L.J.P., H.D.R. y L.G.A) por la misma, advirtiéndole que no es ésta la conducta asumida por una persona que acaba de ser abusada...*”⁸⁹.

Sobre los argumentos de la defensa, cabe destacarse que, en virtud de lo establecido en el Artículo 7 de la Convención de Belém do Pará⁹⁰, este tipo de argumentaciones no pueden ser consentidas por el tribunal, más aún cuando la víctima compareció en el juicio, ya que se produjo una revictimización susceptible de generar responsabilidad internacional⁹¹.

Respecto de la discriminación que subyace hacia miembros de la comunidad indígena, es visibilizada al momento de valorar los testimonios. La defensa, al desacreditar a los testigos indígenas, reconoce que en el contexto local subyacen fricciones interétnicas y discriminación:

En relación a las declaraciones no juradas de A y los M expresó que son descabelladas, que dicen lo que no dice ni la damnificada, ni la madre de ésta porque la razón de esto es el recelo

⁸⁹ SENTENCIA N° 95, Punto III alegato de la Defensa.

⁹⁰ Art. 7 El estado se ha comprometido a: “*abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación*”

⁹¹ Causa No. 11343-Sala II “Nadal, Guillermo Francisco s/ recurso de casación” Cámara Federal de Casación Penal.

y la discriminación propia de esa zona entre criollos y tobas. Resulta llamativo que nadie escuchó gritos, teniendo la damnificada oportunidad de efectuarlos en el momento de practicar “Fellatio In Ore”. (Sentencia N° 95, Punto III)

En consecuencia, el juez desestimó los testimonios prestados por los testigos indígenas M.A.A., J.M.C. y M.M., ya que no se dispuso que hubiera intérpretes en lengua Qom debido a que no tenían un buen manejo del español. Esta descalificación por la condición de indígena de los testigos, se da a pesar de que presenciaron los hechos y reconocieron a los tres imputados.⁹² En el acta de testimonio de M.A.A. se dejó constancia: *“habla muy poco el idioma castellano, siendo su dialecto el toba, por lo que el Sr. A.J., padrastro del menor, se ofrece a los fines de intervenir en el acto como intérprete”*⁹³. El joven M.A.A. declaró que los imputados lo amenazaron de muerte si es que llegaba a denunciar y aclaró que: *“los muchachos -L.J.P., H.D.R. y L.G.A.- las quisieron agarrar a las dos chicas, pero Cristina salió corriendo y no la pudieron agarrar; las chicas sólo pasaban por el lugar”* (fs.99)

La Cámara analizó la vida íntima de L.N.P. para saber si era prostituta, puesto que el acusado declaró que L.N.P. había accedido a tener relaciones sexuales por una suma de dinero⁹⁴ y que en otras ocasiones ya habrían tenido relaciones en una gomería, lo cual fue desestimado por el dueño del local, J.C.R, quien declaró: *“yo soy ignorante pero no voy a permitir eso -la violación- (...) quiero aclarar que la madre del chico L.J.P. (uno de los imputados) fue a verme para que yo declare a favor de su hijo y yo le dije que iba a contestar con la verdad lo que me pregunten”*⁹⁵.

Otro argumento utilizado por la defensa de los imputados, fue la falta de evidencia de lesiones y hematomas que prueben la “resistencia” a la violación. Agrega:

La Fiscalía confunde delito de violación con la violencia sexual que puede estar presente en el acto sexual (...) el sangrado y las lesiones constatadas en el pene de L.J.P. y en el ano de la víctima se pueden deber a otras causas como una mala posición o el tamaño del pene. Son lesiones propias del acto sexual, que además son culposas y reciprocas.(Punto III de la Sentencia)

⁹² Testimonios que obran en fs. 87 y vta.98/99,101/102,103/104,132/133 Expediente N°1600/03 Folio 276 Juzgado de Instrucción Sexta caratulado “ R.H.D. ; A.L.G. y P.L.J. S/abuso sexual con acceso carnal”

⁹³ Fs. 98 Expediente N°1600/03

⁹⁴ Declaración indagatoria fs. 123/125 Expediente N°1600/03

⁹⁵ Testimonial a fs. 129 Expediente N°1600/03

La Cámara dicta finalmente la absolución de todos los imputados en la causa L.J.P., H.D.R. y L.G.A. Cabe resaltar que no se le informó a L.N.P. sobre las vicisitudes del proceso⁹⁶, aunque no haya solicitado su constitución como querellante⁹⁷ o actor civil.

4.3 Casos N°2 N.C. (Formosa)

En este caso se visibiliza la práctica del chineo. El Superior Tribunal de Justicia de Formosa condenó a 6 años de prisión a dos hombres criollos por el abuso sexual de una joven perteneciente a la etnia Wichí.

Hechos:

La violación ocurrió la noche del 22 de mayo de 2005 en inmediaciones de la Escuela N° 421, sita en la Comunidad Aborigen “Matadero” de Laguna Yema (oeste de Formosa). La víctima fue una joven Wichí de 18 años, N.C. Los agresores sexuales fueron dos jornaleros criollos, González y Bonilla. González persigue a N.C. en inmediaciones de la cancha de fútbol, le da un golpe en el rostro, tirándola al suelo y ahí la accede carnalmente por la fuerza y posteriormente hizo lo mismo Bonilla aprovechando la situación de indefensión y estupor. El padre de la N.C. fue el que instó la acción penal como su representante legal. Los acusados fueron condenados a 6 años de prisión por la Cámara Segunda en lo Criminal⁹⁸. El Superior

⁹⁶ Recomendaciones efectuadas mediante Res. PGN 10/09. Disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/01052009/procesal30.pdf>

⁹⁷ Código Procesal Penal de la Provincia del Chaco ART. 84 TER.- Derechos de la Víctima.” *La víctima del delito tendrá derecho a ser informada, acerca de las facultades que pueda ejercer en el proceso -artículo 7 bis y 16-, de las resoluciones que se dicten sobre la situación del imputado y sobre los resultados del acto procesal en el que ha participado; cuando fuere menor o incapaz se le autorizará a que durante los actos procesales sea acompañada por persona de su confianza, siempre que ello no perjudique la defensa del imputado o los resultados de la instrucción.*

Cuando la víctima resida en un lugar distante de donde deba comparecer a participar en un acto procesal, el Tribunal o autoridad competente que ordenó la citación fijará prudencialmente la indemnización que corresponda por los gastos de traslado. El Estado Provincial garantizará a la víctima de un delito, desde el inicio del proceso penal hasta su finalización, su protección integral e incluso la de su familia. Cuando la víctima de un delito se encuentre imposibilitada de comparecer al lugar donde debe realizarse el acto procesal en el que debe participar y siempre que la naturaleza del mismo lo permita, el acto se realizará en el lugar de su residencia. La imposibilidad de comparecer deberá ser acreditada ante el Tribunal o autoridad competente con debida anticipación”. Disponible en :http://www.infojus.gov.ar/legislacion/Ley_-chaco-1062-codigo_procesal_penal_provincia.htm;jsessionid=ljzi9gukhsra12vd56n8kdaq?0

⁹⁸ VER ANEXO III SENTENCIA N° 4755/07 - Cámara Segunda en lo Criminal

Tribunal de Justicia de la provincia rechaza el recurso de casación⁹⁹ planteado por la defensora oficial de los imputados y confirma la sentencia de Cámara.

Éste es otro caso límite de violencia sexual contra una joven indígena que nos permite develar las representaciones de los operadores de justicia sobre las mujeres indígenas.

En la sentencia de la Cámara Segunda en lo Criminal¹⁰⁰, se condenó a los agresores sexuales, sin embargo la decisión fue tomada en voto dividido, por lo que resulta interesante analizar los argumentos del fallo.

El voto en disidencia fue del Dr. Rojas, quien solicitó la absolución de los imputados. De acuerdo con su criterio, de la prueba y testimonios incorporados en la causa no habría responsabilidad alguna. En primer lugar, argumentó que la joven conocía a los imputados, y que habrían tenido relaciones sexuales anteriormente con ellos, por lo que habría consentido la relación sexual a cambio de dinero (le pagaban de cinco a diez pesos según los dichos de uno de los imputados).

El “consentimiento” está ligado al mito que atribuye a las mujeres por un lado una pasividad y por el otro una astucia; es en esta lógica, que las mujeres no deberían denunciar por su pasividad y si lo hacen resulta sospechoso, por ello, indigno de crédito. Ella no solo debe probar que ha sido agredida sino además probar que no lo ha provocado o que no se ha colocado en “situaciones riesgosas” (Chejter, 1990, p.140).

Otro de los argumentos del Dr. Rojas para pedir la absolución de los imputados fue que “*no se verificaron signos de violencia física*”, pese a que el primer examen médico se realizó cuatro días después del hecho. Sin embargo, la pericia psicológica hizo referencia a las dificultades de abordamiento que presentaba la joven N.C. y “*anota espontáneamente que aún presentaba dificultades para caminar y dolores*”¹⁰¹.

Finalmente, el último punto planteado por el Dr. Rojas para pedir la absolución fue que uno de los imputados González “*tenía gonorrea y la presunta víctima no presentaba tal enfermedad de transmisión sexual, por lo que permite concluir que al momento de mantener relaciones, el mismo habría usado un preservativo, porque en caso contrario la enfermedad*

⁹⁹ Expte. N° 82 F° 62 Año 2007, registro de la Secretaría de Recursos, caratulado: "GONZALEZ, RUBEN HECTOR – BONILLA, HUGO OSCAR – SANTANDER, SERGIO ANDRE (PROFUGO) S/ABUSO SEXUAL –ART. 119- 3° párrafo C.P", venidos para resolver el RECURSO DE CASACION – VER ANEXO IV Fallo 2998/08

¹⁰⁰ La Cámara Segunda en lo Criminal de la Provincia de Formosa se encontraba presidida, por subrogación, por el Dr. Ricardo Fabián Rojas e integrada por los Sres. Jueces Dres. José Luis R. Pignocchi y Lucrecia Canavesio de Villalba, asistidos por la Secretaria que certifica, Dra. Norma B. Álvarez de Quintana.

¹⁰¹ Fs.0460 El resaltado me pertenece.

se habría contagiado, lo que da un mayor margen para entender que las relaciones han sido consentidas”¹⁰².

La interpretación que realiza el juez sobre el uso del preservativo por el agresor sexual demuestra que su posición al momento de votar está viciada por un estereotipo de género al reflejar estos prejuicios sobre la veracidad de los dichos de N.C. y no sobre la prueba de la existencia del hecho de la agresión sexual.

El voto del Dr. Rojas no analiza la dimensión cultural del caso, por lo que está invisibilizada toda perspectiva de interculturalidad y de género.

El voto siguiente pertenece al Juez Pignocchi, quien en primer lugar tiene por probado que la relación sexual ocurrió con ambos imputados, siendo N.C. menor de edad de acuerdo con las pruebas y testimonios que obran incorporados al expediente. Respecto a si hubo violencia o no, resalta: “...*tengamos presente que los partícipes del hecho son por un lado dos jornaleros criollos de aproximadamente 1.85 mts de altura y complexión atlética y una mujer Wichí de aproximadamente 1.57 mts de altura y unos 54 kilos de peso*”.

En el voto del Dr. Pignocchi se analiza el contexto cultural de los hechos y la situación de las niñas y mujeres indígenas de la zona Centro Oeste de Formosa:

Dicha denuncia cobra especial trascendencia en tanto y en cuanto atendamos a las siguientes características que en el caso posee ya que no puede escapar a la consideración de este Tribunal que habiendo participado -en el caso- como víctima una persona del sexo femenino, perteneciente a uno de los pueblos indígenas que habitan nuestro territorio provincial, se hace imprescindible contextualizar la situación en el marco referencial de lo que son las costumbres que rigen la vida actual y cotidiana de estos pueblos teniendo en vista la subsistencia de ancestrales formas de relacionamiento de los mismos con los demás miembros de la sociedad de cada lugar.
(fs. 0457)

El juez Pignocchi realizó un análisis de la práctica del chineo, y señaló: “*la costumbre sexual de extrema liberalidad entre jóvenes que en el caso de las mujeres se desarrolla desde la más temprana edad, en tanto y en cuanto tiene como referencia la menarca de las mismas*” (fs. 0450).

¹⁰² Fs.0456. El resaltado me pertenece.

Este voto visibiliza las relaciones entre criollos e indígenas y toma en cuenta el contexto cultural de la práctica del chineo, la cual ya “*ha sido naturalizada*” y descripta como “*habitual*” por parte de los criollos hacia las mujeres indígenas. El Dr. Pignocchi, hace un análisis histórico de esta práctica en los considerando de su voto¹⁰³ y visibiliza la situación de discriminación y exclusión que atraviesan las mujeres indígenas de la zona del oeste formoseño.

En cuanto a las representaciones por parte de los operadores sobre las mujeres Wichí, esta idea de una sexualidad desenfrenada sólo es aparente porque la diferencia cultural instala una mayor precocidad, ya que los Wichí consideran que a partir de la menarca se establece la condición de mujer, sin tener en cuenta las categorías de edad de la sociedad blanca occidental. Admiten en sus costumbres algunas formas de relacionamiento previo al matrimonio, como la unión provisoria consumada bajo la tutela y el control de los padres. Por último, el matrimonio carece de exigencias formales, por lo que el vínculo puede disolverse con más facilidad que en la sociedad hegemónica (Braustein, 1999, p.254). Esto, sin embargo, no significa bajo ningún término que la comunidad Wichí tolere la violencia sexual o que de algún modo se acepte el abuso como parte de costumbre alguna¹⁰⁴.

En este caso concreto, esto está demostrado por el hecho de que sea el padre de N.C. quien realiza la denuncia:

¹⁰³ Fallo 4775/07, fs. 458 “...Por su lado la actitud asumida ante la mujer indígena por parte del criollo, reproduce numerosos casos conductas ancestrales referidas a la posesión por la fuerza o el supuesto derecho al acceso carnal como si él fuera uno de los naturalmente adquiridos en razón de la diferencia de pertenencia...” [Ezequiel Martínez Estrada, en su recorrida obra “Radiografía de la Pampa”-(Hyspanamerica, Bibli. Arg. E Hist y Pol. 1986 Pág.29-30),refería ya en 1933 que “La india sirvió al invasor de piel blanca como nocturno deleite después de un día ocioso ,daba su sangre a los gérmenes del cansancio y el desengaño y del placer nacía la angustia. No se le exigía amor, ni siquiera fidelidad, porque el macho y la hembra estaban juntos anatómicamente, cuando él se levantaba comenzaba ella su largo trabajo fisiológico...Lo cierto es que se hicieron más cortesanas que esposas y que las esposas no eran más que concubinas, junto a ellas bajo el mismo techo, frente a sus amos, en condiciones de bestias de trabajo y de placer. Hasta el extremo de que los cronistas hubieron de confesar que el contacto del blanco depravó a los indígenas en la pureza de sus vidas salvajes. Ahora mismo, la mancebia y la prostitución representan un pavoroso problema moral...En provincias el resabio de las mancebías depresivas es hoy tan crudo como hace uno o dos siglos” [Los primogénitos poseedores de la linealidad masculina han tenido especial predilección en ellas. Era un cierto derecho adquirido “secreto público” no confesado ni escrito. **Era la expresión máxima de la subordinación a que se sometía a un pueblo, poseer sexualmente a sus mujeres, a sus hijas. El Estado construye con la misma autoridad con que se somete a las mujeres.** Combinación de seducción y autoridad. El Estado Portaliano se funda en esta dicotomía. Atracción sexual y discriminación social. La atracción sexual, el poseer a una china, poseer al pueblo, por parte del Señor de la clase de los señores ha sido un doble juego de dominación autoritaria e integración” (el resaltado me pertenece).

¹⁰⁴ “Los casos de violación son rarísimos... por varias razones. Normalmente las mujeres desempeñan un papel activo en las relaciones sexuales, y un hombre casi nunca toma la iniciativa. Además, las mujeres gozan de una elevada posición social y casi siempre son capaces de defenderse por sí solas. De esta manera, se considera casi imposible y sobre todo improbable que un hombre viole a una mujer” explica Jan-Åke Alvarsson en Califano (1999, p.238).

Superando la habitual actitud de conformismo y pasividad nacida a partir de la consecuente discriminación de la cual son objeto los pueblos indígenas en nuestra región (...) La concurrencia de la víctima a los centros de salud, y para colmo acompañada por hombres, como lo dice la Dra. Marta Domínguez en la instrucción suplementaria llevada a cabo con fecha 4 de mayo, nos está marcando la excepcionalidad de la situación y connotando la gravedad de la misma. (fs. 462)

Respecto del argumento de uno de los imputados que refiere a la conformidad de la víctima por un precio, “pierde entidad a partir del estado en que la misma queda después del hecho, agravado esto por la clara negligencia policial...ya que no se realizó ninguna diligencia para investigar el hecho”.

Asimismo en la audiencia de debate, N.C. manifestó que no tenía relación alguna con el imputado González y que “...era temido por la mujeres de la comunidad quienes huían de su presencia a raíz de sus hábitos persecutorios con el fin de intentar someterlas sexualmente”, haciendo referencia a la práctica del chineo.

Respecto de la pericia médica, el médico que examinó a N.C. en primer término en Laguna Yema lo hizo de forma deficiente de acuerdo con el padre de N.C. (“mal-mal” según lo expresó en su declaración), por lo que tuvo que trasladarla a la localidad de Las Lomitas.

Luego del desarrollo de ambos argumentos, el Tribunal decide por mayoría, con la disidencia del Dr. Rojas, condenar a González y Bonilla por el delito de abuso sexual con acceso carnal a seis años de prisión (Art. 119, 3º párrafo del Código Penal).

El 29 de abril de 2008 se reúne el Tribunal de Casación para resolver el recurso de casación presentado por la defensa contra la sentencia arriba analizada. En los considerandos del voto del Dr. Ariel Coll, se da por acreditada la relación sexual con la menor víctima N.C. Toma en cuenta las consideraciones realizadas por la Asesora de Menores de la Cámara, quien propicia un análisis integral del hecho en el marco del contexto cultural y social defendiendo a los derechos de la niña en el marco de la Convención de los Derechos del Niño. En este voto se hace referencia a las recomendaciones del Plan Nacional contra la Discriminación (Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, 2005):

No es ocioso señalar que las mujeres indígenas han sido históricamente oprimidas y excluidas, por una triple condición: la de ser mujer, la de ser pobres y la de ser indígenas, como producto

de un proceso histórico – cultural (...) es el ámbito judicial un espacio donde aparecen frecuentes hechos de discriminación hacia los miembros de comunidades indígenas y en muchas ocasiones cuando los indígenas son víctimas de un delito, no se le reciben las denuncias o no se las investiga debidamente. (...) las mujeres indígenas a su vez, son objeto de discriminación, tanto por ser mujeres, como por ser pobres, como por ser indígenas.¹⁰⁵

El Dr. Coll refiere a que, en este caso, no está en juego una presunta oposición entre costumbres de pueblos originarios con la legislación positiva, remitiéndose al Art. 8.1 del Convenio 169 de la OIT¹⁰⁶, sino que “*en el caso que nos ocupa, se ha puesto en crisis la protección integral a la víctima que debe brindar el Estado a través del servicio de Justicia*” (Fallo 2998, p.4).

Posteriormente los ministros de la Corte, los Dres. Carlos Gerardo González y Arminda del Carmen Colman adhieren al voto del ministro Coll.

El voto disidente pertenece al ministro Dr. Héctor Tievas, ya que a su criterio surge la duda evidente ante las contradicciones, por lo que el fallo adolece de debilidad en la convicción. Reconoce al “*chineo*” como pauta cultural pero para su consideración no está probado que resulte aplicable al caso. Fundamenta su voto en las contradicciones entre las pruebas periciales médicas incorporadas al expediente. Sostiene que las negligencias investigativas policiales y médicas no pueden ser interpretadas en contra de los imputados.

Por su parte, el Ministro Dr. Hang adhiere al voto de disidencia del Dr. Tievas. Reconoce que:

El chineo es una pauta cultural de nuestro oeste provincial. Se trata de jóvenes que salen a buscar chinitas (aborígenes niñas o adolescentes) a las que persiguen y toman sexualmente por la fuerza. Se trata de una pauta cultural tan internalizada que es vista como un juego juvenil y no como una actividad, no ya delictiva, sino denigrante para las víctimas. (Fallo 2998, p.10)

¹⁰⁵ Anexo al Decreto 1086/2005.

¹⁰⁶ Artículo 8 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. Disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>

El argumento utilizado por el magistrado naturaliza este delito como una práctica cultural internalizada. Un “juego juvenil” (sic) en el que las niñas indígenas son tomadas como objetos. Este tipo de argumentación representa a la violencia de género que avala y reproduce el sistema de dominación patriarcal y racista.

Seguidamente el Dr. Hang refiere al tipo de delito, siendo instancia privada (Art. 72, Código Penal)¹⁰⁷ por lo que es la víctima quien debe instar la acción y en caso de ser menor de edad, sus padres.

Aquí se produce la paradoja, en la cultura aborígen la mujer es dueña de su cuerpo desde la menarca, cuando va a denunciar el hecho de haber sido violada, se le pide a la menor que vengan los padres, pero éstos no lo hacen porque dan por sentado que la hija es libre sexualmente y es ella la que debe denunciar el hecho. (Voto del Dr. Hang)

Este argumento visibiliza la representación de la mujer indígena, y se suma al estereotipo de género al hacer referencia al temprano inicio sexual de las mujeres indígenas, en cuanto, después de la menarca, son ellas quienes eligen a sus parejas y en caso de violación son ellas mismas las que deben denunciar aunque sean menores.

Respecto a la evaluación de la prueba que obra en el expediente, el Dr. Hang expresa que la falta probatoria no debe perjudicar a los imputados por lo que propugna la absolución por el principio *in dubio pro reo*¹⁰⁸:

Entiendo sin embargo que las fallas de la investigación, que puedan probablemente provenir de la “capitis diminutio” con que se valora al aborígen (en la burocracia judicial y policial) no crean argumentos de cargo, salvo que se pruebe una decidida connivencia entre los acusados, el médico, la policía y el juzgado de instrucción. Aquí es donde se corre el peligro cierto de vulnerar el principio de inocencia que exige

¹⁰⁷ ARTICULO 72.- Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1º) Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.2º) Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público.3º) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador. Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

¹⁰⁸ Art. 3 C.P.P. “En caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado.” Disponible en http://www.infojus.gov.ar/legislacion/Ley-nacional-23984-codigo_procesal_penal.htm?3

certeza para condenar a alguien. Certeza que debe surgir plena en el caso particular.(...) En definitiva, no se puede poner en cabeza de González y Bonilla los defectos del sistema, los que en todo caso deben ser objeto de responsabilidad para los funcionarios actuantes...(Voto del Dr. Hang)

En este argumento se evidencia la discriminación que enfrentan los miembros de las comunidades indígenas en el sistema médico y judicial. Esta discriminación se refleja en el actuar deficitario en la recolección de pruebas o la falta de investigación, lo que facilita que estos delitos queden impunes.

Como consecuencia de este procedimiento deficitario –que es a su vez producto de acciones displicentes y discriminatorias en instancias previas a la intervención judicial–, este magistrado argumenta que la falta probatoria no debe perjudicar a los imputados González y Bonilla por lo que propugna la absolución por el principio *in dubio pro reo*, por lo que cabe preguntar si es correcto que sea la víctima quien deba responder por los “*defectos del sistema*”(sic).

A pesar de esto, cabe resaltar los esfuerzos interpretativos que realizan algunos jueces para aplicar el paradigma de derechos humanos al contexto local, mediante la descripción de la dimensión cultural del caso, como lo hizo el Dr. Pignocchi en su voto.

Finalmente el Tribunal de Casación decide rechazar el recurso de casación y confirma la sentencia condenatoria de González y Bonilla.

4.4 Caso N° 3 R.R. (Salta)

Hechos:

La joven R.R de 14 años perteneciente a la comunidad Wichí relata que el día 19 de febrero de 2011 había ido a un boliche en la localidad de Santa Victoria Este, departamento de Rivadavia, Provincia de Salta. Cuando R.R. retornaba a su casa junto con dos amigas de la misma comunidad indígena, un grupo de jóvenes criollos (B.J.E., H.M.A., A.A.C. y D.R.E.) la agarraron de la mano, la alzarón y la llevaron a una habitación en construcción donde la golpearon en la cabeza y perdió el conocimiento. Relata que al despertarse se encontró sola y sintió dolor en sus partes íntimas, vio sangre y se fue a su casa. La madre la llevó inmediatamente al hospital zonal. El médico que la examinó comprobó la violación con penetración, aparentemente por varios individuos. R.R. quedó internada. Posteriormente concurre a la Comisaria local a denunciar el hecho. Tras una serie de irregularidades

procesales, el juez de instrucción declara falta de mérito¹⁰⁹ a tres de los imputados y sobresee¹¹⁰ al cuarto¹¹¹.

En los considerandos de la resolución¹¹², el Juez de Instrucción fundamenta la falta de mérito (fs. 599/612vta) de uno de los imputados B.J.E. ya que:

R.R. desde que viniera por única vez a esta sede judicial luego de un importante esfuerzo desplegado para lograr la deposición de la misma; no ha vuelto a pesar de las varias convocatorias efectuadas para aclarar aspectos muy dudosos de sus dichos.(...) Solo hay contradicciones y más contradicciones (...) que los dichos de la víctima no guardan suficiente criterio de fidelidad con ajuste a la realidad vivenciada en cuanto se valora que la misma estaba en estado de BEODEZ, así y en tales condiciones es difícil que pueda valorarse detenidamente con cierto estricto criterio de veracidad los dichos de la menor R.R. (...) Que en fin, y repitiendo conceptos ya ensayados, y a la vista del largo tiempo ya transcurrido (desde el 19 de Febrero al 6 de Julio) debe estarse a la decisión del dictado de Falta de Mérito en relación al imputado.

En primer lugar, el Dr. Mariscal alude a que solicitó a las partes medidas probatorias que impulsen el avance de la causa, ya que era necesario contar con la colaboración activa de la víctima de los hechos abusivos (sic) (fs. 854).

Otro punto tomado por el juez de instrucción es el supuesto estado de ebriedad de R.R. al momento de haber sido víctima de la agresión sexual, pese a que en la declaración testimonial del Dr. Fleming agrega “*que ninguno de los chicos estaba con efecto de alcohol ni droga aparentemente. Que la chica tampoco estaba ebria... La chica estaba muy consternada, no podía ni caminar*” (fs.312).

¹⁰⁹ Auto de falta de mérito: implica que no encontró suficientes pruebas ni para procesar ni para sobreseer. En consecuencia, ordena la libertad provisoria del imputado quien no queda desvinculado de la causa y continúa la investigación. Esta culmina, cuando ya no existen posibilidades de encontrar más pruebas, en el dictado del auto de sobreseimiento o en el de procesamiento, según el caso.

¹¹⁰ Sobreseimiento: se desvincula totalmente al acusado porque el magistrado considera que las pruebas existentes en su contra no destruyen su estado de inocencia. Es decir que no existen pruebas para continuar con la investigación, da por finalizada la causa y otorga la libertad irresctricta del imputado

¹¹¹ Expediente N° 75028, caratulado “B.J.E.; H.M.A.; A.A.C.; D.R.E. s/ Abuso sexual con acceso carnal”, Juzgado de Instrucción Formal de 1ra Nominación Distrito Judicial del Norte-Circunscripción Tartagal, a cargo del Dr. Héctor Fernando Mariscal. VER ANEXO V.

¹¹² Resolución del 6 de Julio de 2011.

Este tipo de argumentación se encuentra impregnado de estereotipos de género, al no creer el testimonio de la víctima y al castigarla además por apartarse del rol social asignado (*“las mujeres no deberían beber”*).

Respecto de las supuestas contradicciones en el testimonio de R.R., el juez exige del relato una precisión que nunca tiene en cuenta la posibilidad o imposibilidad de que la víctima logre transmitir lo que fielmente vivenció (Chejter, 1990, p.76).

Cabe resaltarse que en el informe psicológico se establecía que R.R. *“no se encuentra en condiciones psíquicas de declarar y considera importante que reciba asistencia psicológica”* (Testimonial de la psicóloga Estela Lizondo, fs.50).

El argumento que utilizó el juez sobre la contradicción en el testimonio de R.R. se relaciona con el estereotipo de la víctima y no con las reacciones concretas que dependerán de distintos factores para cada mujer. Este tipo de argumentación refleja los prejuicios presentes en este operador jurídico, en el que la víctima debe probar que es víctima, por haber consumido alcohol.

Cabe mencionar en relación con la declaración de R.R., la corroboración por parte de la testimonial del agente policial Roble, quien refiere al diálogo de R.R. con su madre y declara: *“cuando le preguntaba de dónde era, ahí intervenía en otro idioma la señora. No había diálogo limpio, había un intermediario, que era la abuela. Habían como unas cinco más con chicos”* (fs. 240/241).

Respecto de los interrogatorios efectuados, se realizan preguntas en relación a la conducta sexual de R.R., si tenía novio¹¹³ o si era virgen¹¹⁴ al momento de haber sido víctima de la agresión sexual.

R.R. declara que el policía le hizo firmar una declaración cuando estaba en el Hospital (una ampliación informativa por la cual desincrimina a los imputados) y que ella firmó sin leer. R.R. estaba sola en ese momento, por lo que este acto es de nulidad absoluta.

El testimonio de R.R. demuestra que la práctica del chineo sigue vigente. R.R. declara que los criollos la atacaron cuando estaba en la plaza, un amigo le grita *“Corré R., te están persiguiendo”*. Además, afirma que las otras dos chicas corrieron y pudieron escapar y que a ella la agarran porque se resbala (fs.263/265).

¹¹³ Fs. 226,237,238,239,

¹¹⁴ Fs. 263/265

La agresión sexual se encuentra probada de acuerdo con informe médico que obra fs. 3. Sin embargo, cabe mencionar la falta de diligencia en las pruebas ya que el Servicio de Laboratorio Legal hace notar que:

Se reciben dos hisopos sin rotular y sin especificar tipo de muestra, sumergidos en un líquido marrón que arrojaron resultado negativo en cuanto a: espermatozoides y fosfatasa prostática, haciendo notar que no se responsabiliza por los resultados obtenidos en razón de que las muestras remitidas no son aptas para los estudios solicitados. (fs.535)¹¹⁵

Teniendo en consideración que se trata de una localidad pequeña, la madre de R.R. denunció situaciones de amenazas por parte de los imputados y sus familiares. El juez pese a tener conocimiento de esta situación no dispuso ninguna medida de investigación ni protección para R.R. y su familia.

En este caso son evidentes los patrones socioculturales discriminatorios en la investigación y falta de debida diligencia en toda la tramitación judicial. No consta en el expediente si intervino un traductor, por lo que además se habrían vulnerado las reglas del debido proceso. En la investigación judicial no se hizo mención a su condición étnica (se trata de una niña perteneciente a la comunidad Wichí), salvo en algunos párrafos en que los imputados o testigos se refieren a las “*aborígenes*”.

4.5 Casos N° 4: E.T (Salta)

A diferencia de los casos *ut supra* analizados, no se trata de un caso que involucra la práctica del chineo. En este caso nos interesa develar la interpretación de las normas por parte de los operadores del sistema judicial cuando el abuso sexual es cometido por un miembro de una comunidad indígena. Resulta interesante mostrar cómo actuó el poder punitivo del Estado cuando el agresor sexual es un miembro de una comunidad indígena a diferencia de los tres casos anteriores en que los cuales los agresores sexuales eran criollos.

Hechos:

La niña E.T., de aproximadamente 9 años de edad, fue abusada sexualmente por Ruiz, hijo del cacique y ex pareja de la madre de E.T., en el año 2004. Todos son miembros de la comunidad Wichí Lapacho Mocho (Comunidad Hoktek t’oi, Misión Wichí, km. 18, Ruta 86)

¹¹⁵Por otro lado, la médica que realizó los hisopados no dejó constancia de a quien le entregó las muestras (fs. 269).

de la Provincia de Salta. La causa judicial se inició en el 2005 por medio de la denuncia de la madre de E.T. ante la Fiscalía Penal de Tartagal, quien fuera acompañada por la Directora de la Escuela¹¹⁶. Como consecuencia de la violación, la niña queda embarazada y da a luz a un varón. En la misma denuncia, la madre de E.T. afirmó que fue amenazada por el Cacique de la comunidad, el Sr. Roque Miranda, quien dijo que las expulsaría de la comunidad e irían a prisión.

El Juez de Instrucción Formal N° 2 del Distrito Judicial del Norte, Circunscripción Tartagal, ordena la detención de Ruiz, y caratula la causa como "*abuso sexual agravado*", por la condición de padrastro y cuidador de la menor, dictando el procesamiento del imputado.

Durante la tramitación del juicio penal, E.T., su madre T.T. y otros miembros de la Comunidad Wichí piden por la liberación de Ruiz, aduciendo que para la Comunidad estaría permitida la unión de la niña, después de la menarca, con el hombre que ella elija. En contra del procesamiento dictado por el Juzgado de Instrucción Formal N° 2, la defensa de Ruiz interpone Recurso de Apelación, resolviendo la Sala III de la Cámara de Acusación no hacer lugar a la Apelación y confirmó el Auto de Procesamiento. Contra la Resolución de la Cámara de Acusación, la defensa de Ruiz se interpuso el Recurso de Casación ante la Corte de Justicia de Salta sosteniendo que la resolución recurrida deviene arbitraria, al no considerar que en el caso concurra un supuesto de necesidad de respeto a la identidad étnica y cultural del imputado.

Al pronunciarse sobre el Recurso, la Corte de Justicia de Salta resolvió declarar la nulidad del auto de procesamiento y ordenando que se dicte oportunamente un auto de sobreseimiento o un nuevo auto de procesamiento¹¹⁷.

El Juez de Instrucción Formal N° 2 de Tartagal resuelve procesar nuevamente a Ruiz por el mismo delito, la defensa de Ruiz nuevamente apela esta decisión ante la Cámara de Acusación, y la Sala III por segunda vez se confirma el auto de procesamiento en contra de Ruiz por considerarlo autor del delito de "*abuso sexual calificado con acceso carnal reiterado*". Contra este decisorio, la defensa interpone Recurso de Casación, que fue declarado formalmente inadmisibile por la Corte de Justicia de Salta, que ordena "*a los tribunales inferiores que tomen intervención en la causa, que se aboquen a su tratamiento*".

¹¹⁶ Dora Elena Carrizo - Directora de la Escuela del Paraje Km. 14 N° 4.744,

¹¹⁷ Registro: Tomo 109:389/430 – 29/setiembre/2006), Disponible en <http://juriscortefallo.justiciasalta.gov.ar/wescrito11.aspx?5749,#Fallo>

prioritario, informando periódicamente a [esta] Corte el cumplimiento de dicha normativa”¹¹⁸.

Finalmente, contra la sentencia de la Corte que declaró la inadmisibilidad formal del Recurso de Casación, la defensa de Ruiz interpone Recurso Extraordinario Federal para que el caso sea tratado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recurso que fue denegado por la Corte de Justicia de Salta¹¹⁹.

En este caso, se analizará el fallo de la Suprema Corte de Justicia de Salta¹²⁰ que declaró, por mayoría, la nulidad del procesamiento de Ruiz basada en el análisis de las prácticas culturales de la comunidad indígena Wichí.

El voto mayoritario de los Ministros Dres. Antonio Omar Silisque, María Rosa I. Ayala y Guillermo A. Posadas sostuvo que el magistrado que intervino en la etapa de instrucción de la causa no había tenido en cuenta la pertenencia del imputado a la comunidad Wichí y que debían haberse considerado sus costumbres¹²¹:

*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*¹²²

En lo esencial se aduce que dentro de las pautas culturales propias de la comunidad Wichí a la que pertenece el imputado Ruiz, la conducta que se sanciona con fundamento en los

¹¹⁸ Considerando Punto 9, Registro: Tomo 118:713/718); Salta, 5 de septiembre de 2007, Disponible en <http://juriscortefallo.justiciasalta.gov.ar/wescrito11.aspx?9544,#Fallo>

¹¹⁹ Registro: Tomo 120:545/550, Salta, 7 de noviembre de 2007, Disponible en <http://juriscortefallo.justiciasalta.gov.ar/wescrito11.aspx?710,#Fallo>

¹²⁰ Expte. N° CJS 28.526/06, “C/C RUIZ, JOSÉ FABIÁN –RECURSO DE CASACIÓN”, Tomo 109: 389/430, Salta, 29 de septiembre de 2006. VER ANEXO VI

¹²¹ Es este sentido, la antropóloga Rita Segato (2011) propone partir de un procedimiento de escucha etnográfica para la realización de una “*antropología por demanda*”, que produce conocimiento y reflexión como respuesta a las preguntas que le son colocadas por quienes de otra forma serían, en una perspectiva clásica, sus “objetos” de observación y estudio, primero de una forma inadvertida, y después teorizada.

¹²² Considerando 5to. Voto Mayoritario

artículos del Código Penal conforma un modo de vida conocido como “matrimonio privignático” en la costumbre Wichí¹²³.

En este caso, se destaca que la pericia antropológica¹²⁴ fue decisiva para que la Suprema Corte de Justicia de Salta declare la nulidad del procesamiento basado en el análisis de las prácticas culturales.

En este sentido, la Corte retoma los argumentos de la defensa al sostener:

*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 agrava porque a fs. 190, al hacerse hincapié en la extemporaneidad del aporte de prueba relativa a las costumbres ancestrales del pueblo Wichí...*¹²⁵

El argumento de la defensa del imputado, es que Ruiz, al ser indígena, no sabía que era delito (un hecho tipificado como tal en el Código Penal), por lo que el análisis del hecho versa sobre el nivel de internalización de las normas del derecho estatal y la respuesta del indígena¹²⁶.

Respecto de alguna de las respuestas que ha encontrado el Derecho Penal basado en la culpabilidad, ha sido declarar que el indígena es inimputable. Sin embargo, para algunos autores, esta respuesta es la de mayor influencia colonial ya que “trae inescindiblemente aparejada la idea de estigma o etiqueta de minusvalía, de desigualdad existencial” (García Vitor, 1994, p.26), por lo que se plantea como solución alternativa revisar las estructuras jurídicas, donde se advertirá en qué casos y con cuáles alcances la obligatoriedad de la norma

¹²³ “...es institucional, es decir corresponde a las constituciones normativas que regulan la organización social de los indígenas del Gran Chaco y que la relación entre un hombre adulto y una mujer joven no sólo no está excluida de los patrones de comportamiento socialmente reconocidos, sino que por el contrario podría ser tenida como valiosa con el límite impuesto por la reserva de que la diferencia no provoque daño físico a la otra persona...” en Braunstein, Jose y Pignocchi, Jose Luis, *Matrimonio privignático o violación calificada, una encrucijada de nuestra cultura jurídica*, en La Ley Litoral.Nº4- 2006, p.405

¹²⁴ “... ésta debe nutrirse de dos de las técnicas más importantes de la antropología como lo son las entrevistas en profundidad, historias de vida y observación participante. Si bien no son usadas en las mismas condiciones metodológicas que en un proyecto de investigación a largo plazo, de corte académico, su formulación puede asimilarse al campo de la gestión antropológica...” (Kalinsky, 2002).

¹²⁵ Considerando Nº 3

¹²⁶ “Si bien no puede considerarse al indígena inimputable por el mero hecho de ser indígena, no cabe duda de que no puede exigírsele que internalice las pautas de una cultura que no es de su crianza y por ende, debe respetarse en relación al mismo el principio de culpabilidad y declararlo inculpable cuando la diferencia de pautas grupales sea tal que no pueda reprochársele su conducción conforme a la pauta jurídica...” “Recomienda la supresión de cualquier medida o pena que pretenda sustraer forzosamente a una persona de las pautas de su grupo cultural, salvo que se trate de pautas que atenten directamente contra la vida o la integridad física o la libertad de las personas” (Zaffaroni, 1986, p.57).

puede excepcionarse cuando surja la contradicción con los valores de la cultura hegemónica (*Ibid.*, p.19).

En el considerando N° 6 se menciona que el informe antropológico prácticamente no fue abordado y sólo se utilizó para evaluar peyorativamente al imputado, sin que se tuvieran en consideración aspectos esenciales del mismo, como la aceptación social de que las mujeres Wichí tengan relaciones a temprana edad. El informe hace referencia al 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”*.

El antropólogo, John Palmer, que trabajó en este caso, expresó en un programa televisivo sobre la cultura Wichí:

Ese sistema de matrimoniado, donde el hombre está casado tanto con una mujer o con su hija tiene un nombre, en las Ciencias Antropológicas se llama matrimonio privignático. Desde 1940, un antropólogo americano hizo un estudio en 45 pueblos indígenas en Norteamérica que reconocían la institución del matrimonio privignático, el matrimonio con la hija de la mujer. La presencia del Estado, en este caso, provoca toda esta situación de E.T., T.T. y del resto de la comunidad. Están todos como de luto, por eso han desarmado su casa como si estuviera muerto. El dilema es hasta qué punto hay derecho de aplicar las normas de la sociedad externa a un grupo preexistente originario indígena con sus pautas culturales propias por orden del Estado que sea así¹²⁷.

A los fines del análisis integral del caso, resulta pertinente la mención del voto en disidencia de la Dra. María Cristina Garros Martínez. Al respecto, sostuvo que los hechos del caso conllevaban 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, requiriéndose para ello de una perspectiva que, sin dejar de reconocer sus derechos fundamentales, en modo alguno desconozca los que correspondan al resto de los individuos involucrados. En este sentido sostuvo:

¹²⁷ CANAL ENCuentro-Pueblos Originarios III-Wichí: Culturas distantes Archivo de video. Disponible en <http://www.conectate.gob.ar/educar-portal-video-web/module/detalleRecurso/DetalleRecurso.do?searchString=wichí&tipoFuncionalId=12&idRecurso=50137>

La defensa no podía pretender con éxito la inaplicabilidad de la Ley penal nacional respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición 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 caso¹²⁸.

La Dra. María Cristina Garros Martínez remarcó que el Convenio N° 169 de la OIT, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, especifica en el Art. 8.2 que a los pueblos en cuestión les asiste el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias *“siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”*. Por ello:

... el acceso carnal a menores (...), de modo reiterado hasta alcanzar su embarazo, bajo la modalidad de supuesto 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 humano¹²⁹ (...), que no deben dejar de aplicarse a la menor E. T. por la circunstancia de que ambos –víctima y procesado– pertenecen a la etnia Wichí, ya que el complejo garantístico de los derechos humanos debe ser aplicado por los Estados Nacional y Provinciales de modo igualitario a todos sus habitantes.

El voto en disidencia rechaza el relativismo cultural, ya que, de acuerdo con la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos.¹³⁰ Por lo tanto:

¹²⁸ Punto 10 in fine

¹²⁹ Arts. 5 y 11 Pacto SJCR y 12 Pacto DESC

¹³⁰ Voto en disidencia: “14) Que, al momento de analizar la vigencia de los derechos culturales de los pueblos indígenas de América, a fin de encuadrar jurídicamente la cuestión de las costumbres frente a los derechos humanos fundamentales, es imprescindible tener en cuenta lo expresado por la Corte Internacional de los Derechos Humanos, dado que la interpretación que este Tribunal hace sobre el texto de los artículos de la Convención Americana de los Derechos humanos resulta –al decir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– insoslayable pauta a tener en cuenta por los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para los superiores tribunales provinciales, a los efectos de 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

No se advierte en el caso circunstancias que permitan descartar la operatividad, respecto del imputado, de las normas del Código Penal en virtud de la práctica cultural 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 la niña E.T. como sujeto de derecho.

Basada en estos argumentos, la disidencia rechazó el recurso de casación interpuesto, aun cuando no se niega la importancia de respetar las costumbres de la comunidad Wichí, deja sentado que cuando las mismas son contrarias a la dignidad humana (como sería el caso de permitir las relaciones sexuales con una niña, de acuerdo con la edad establecida en la CDN) no pueden ser invocadas para eximir responsabilidad. Se basa también en la pericia antropológica del Lic. Márquez, ya que éste hace referencia a la iniciación de la vida sexual a partir de la menarca, pero no da cuenta de la institucionalización en la cultura Wichí de formas como la bigamia o el matrimonio privignático (fs. 148), sino al contrario señala como pauta de dicha cultura la exclusión de uniones con hombres mayores (fs. 146).

El voto mayoritario de la Corte salteña se enmarca en la doctrina del “relativismo cultural extremo” puesto que, utilizando el argumento del respeto por la diversidad cultural, se justifica un hecho que atenta contra la dignidad humana, ya que se sostuvo que deben

considerando 15 del voto del Juez Maqueda en la causa "Hagelin, Ragnar Erland", Fallos, 326:2805 y 3268; Fallo, "Ekmekdjian", 315:1492); ello, debido al reconocimiento expreso que la República Argentina hizo de su competencia para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención (Fallos, 315:1492; 318:514; 319:3148; 321:3555).

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

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

respetarse las pautas culturales –aún cuando las mismas impliquen justificar la violación de una niña- porque la conducta, evaluada desde la cultura Wichí, no configuraría un ilícito penal.

Cuando E.T pudo hablar públicamente luego de cuatro años desde el inicio del proceso judicial, declaró en un medio periodístico: *“Yo soy mujer, esposa de Qa’tu y madre de Menajen”*.

*“Yo era mujer libre cuando lo elegí a él. Mi madre, las mujeres y la comunidad aceptaron lo que quise, pero ahora mi hombre está preso, no me dejan verlo. Por eso me duele el alma. La Justicia de los blancos tiene que escucharme y soltar a Qa’tu. Todos lo necesitamos”*¹³¹

La voz silenciada de E.T., queda en el lugar de la no enunciación (Spivak, 2011) por ser subalterna.

Se trata de una “niña/mujer” cuya voz no puede ser pronunciada, porque en sentido spivakiano carece de un lugar de enunciación, atrapada entre dos justicias. Sofocada todo el tiempo, su voz “sumergida por el ruido de los mandatos estatistas” (Guha, 2002) es representada por algunas académicas feministas. Mientras su vida transcurre en la tensión entre lo privado/público se reescribe el guión de su desbastada experiencia identitaria en el lugar fronterizo de la articulación inverosímil: la negociación cae en el lugar de la imposibilidad y la orientalización de su pueblo, en sentido saidiano, puede dejar marcas imborrables en su memoria. (Bidaseca, 2009, p.12)

Sin embargo, cuando sucedió el hecho (2004) E.T. era menor de edad de acuerdo con el mundo occidental (9 u 11 años de edad de acuerdo con las fuentes de documentación):

Que se imputa la arbitrariedad al fallo a aplicar un criterio restrictivo en el análisis de la edad de E.T. 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., 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.

¹³¹ Declaración a Diario El Tribuno, 31/12/2009, “La Corte Suprema define el destino de un wichí.” Recuperado de: <http://argentina.indymedia.org/news/2010/01/713766.php>

Respecto de la interpretación del hecho por otra autoridad de una comunidad Wichí, Octorina Zamora, denunció a la Corte Provincial ante el INADI por anular el procesamiento de Ruiz en caso de la violación de E.T.¹³² Al respecto Zamora dijo en una entrevista:

*Querer justificar un abuso a través de las pautas culturales es un grave error. Además de desproteger a la niña, se está poniendo en tela de juicio la moralidad de mi pueblo. No existe eso entre los Wichí. En nuestra religión existen mitos contra del incesto y en contra de las relaciones prematuras. Si el juez considera eso, estaríamos poniendo en peligro no solamente a los niños aborígenes, sino a todos los niños de Salta, promoviendo el turismo sexual con niños. Hay muchos violadores o abusadores dentro de la cárcel que tranquilamente pueden tomar como antecedentes esta causa para quedar en libertad. Y por eso yo no me podía quedar callada.*¹³³

El INADI tomó la denuncia de Octorina Zamora y analizó el fallo del Superior Tribunal Salteño. El dictamen de este organismo consideró que dicha resolución judicial posee un discurso estereotipado y sexista; y recomendó “*adoptar un enfoque de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, e incorporar en sus resoluciones y sentencias la perspectiva de género*”¹³⁴.

Respecto de la intervención de Zamora en el caso, fue controvertida por las mujeres de la Comunidad Wichí, ya que no se sienten representadas por ella. En términos de Spivak (2011), el subalterno no puede hablar, Octorina Zamora como mujer indígena, al hablar por E.T., deja su posición de subalterna, porque con el solo hecho de convertirse en representante de los

¹³² Carbajal, Mariana, “La dirigente Wichí que acusa a la Corte salteña por discriminación”, en Diario Página 12. 01/07/2007 Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-87477.html>

¹³³ Secretaría de Cultura de la Presidencia de la Nación. “*Mujeres dirigentes indígenas, relatos e historias de vida: relatos basados en entrevistas que reflejan la historia y la actualidad de las comunidades indígenas*”. 2007, Pág. 39

¹³⁴ INADI –Dictamen No. 098/07 Cabe mencionar que seguido a este dictamen, la Corte Suprema de Salta dictó la Acordada N° 9861/09 rechazando las recomendaciones contenidas en el dictamen 098/07. En la Acordada 9861, además de rechazar las recomendaciones del INADI, la Corte de Justicia de Salta resolvió dirigirse a la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Jufejus) y a la Comisión Permanente de Protección de la Independencia Judicial que fuera creada por acordada 16/06 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Corte de Justicia de Salta sostuvo que el dictamen del organismo dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos humanos de la Nación, desconoce que las decisiones del Alto Tribunal local sólo pueden ser revisadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante un recurso extraordinario federal. El Control de Constitucionalidad, según fallos de la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, le corresponde a ese Tribunal Supremo y no al Poder Ejecutivo.

subalternos significa que ya no está en igualdad de condiciones que los otros que se habrán quedado debajo de ella (Franco, 1992)

A esto se suma que la voz autorizada sigue siendo la voz masculina, allí radica uno de los mayores poderes políticos patriarcales de los hombres: “representan a las mujeres, actúan, hablan, y deciden a nombre de ellas” (Lagarde, 1997). En este sentido, argumenta la antropóloga Eugenia Morey:

Cuando las mujeres hablaron (la madre, su hija o la niyat y la maestra) denunciando una violación, fueron los hombres quienes corrieron a callarlas en “compañía” luego de otras mujeres que primero se presentaron con sus profesiones como bandera. Así, el silencio volvió a las mujeres Wichí, a quienes se les mostró como lección autorizada en los medios quién tenía derecho de voz. Del abuso se pasó a la falta de entendimiento, a la falta de comprensión, y la violencia colonial tomó nuevamente su lugar de autoridad, otorgando o negando permisos y colocando las jerarquías aceptadas en su lugar. Primero fueron antropólogos y antropólogas, abogadas, caciques y chamanes quienes pusieron en la mesa “verdades inquebrantables” que callaban sus propios intereses.¹³⁵

Este polémico fallo dio lugar a distintos debates en academia, al respecto se expidieron distintas voces sobre las costumbres de la comunidad Wichí y la protección de los niños en el marco de la CDN.

La Universidad Nacional de Salta expresó:

La Comisión de la Mujer, desde su más firme convicción de la universalidad de los derechos humanos y su permanente compromiso con su cumplimiento efectivo, particularmente para las mujeres, cuya situación de vulnerabilidad es reiteradamente denunciada, quiere expresar su indignación por los discursos y la ambigua actitud de quienes tienen el deber de garantizar, defender y promover los derechos humanos de niños y niñas (funcionarios, jueces, legisladores, educadores) y que, con argumentos como los señalados, tienden a exculpar a quienes amenazan y vulneran su dignidad. Como Eva Giberti, creemos que esos discursos son también una violación.¹³⁶

¹³⁵ En diario Cosecha Roja: *¿Abuso sexual en la etnia Wichí? Expertos e indígenas debaten*. (26 de Octubre de 2012). Recuperado de: <http://cosecharoja.org/argentina-abuso-sexual-en-la-etnia-wichi-expertos-e-indigenas-debaten/>

¹³⁶ Palacios, María y Carrique, Violeta. *Diversidad cultural y derechos humanos universales*. Comisión de la Mujer. UNSa. 2006. Disponible en: <http://argentina.indymedia.org/news/2006/11/460422.php>

La antropóloga Morita Carrasco¹³⁷ dijo al respecto:

Esta comunidad no se maneja con la noción de delito. Entre ellos, una falla reprochable es la falta de generosidad. Tienen un sistema de intercambio de bienes y servicios en función de la reciprocidad. Un valor importante entre los Wichí es el prestigio personal, que se consigue gracias a la generosidad y a la capacidad de aconsejar. Cuando hay peleas, se busca consejo en el responsable de mantener las buenas relaciones en el grupo. Un conflicto frecuente es la pelea entre dos mujeres por un hombre, ante la cual el responsable se ubica como mediador. Si el conflicto no se resuelve, puede suceder que una de las mujeres se traslade a otra vivienda y quizá pida asistencia alimentaria. Los hijos se considera que son del conjunto, no de la pareja. Desde la primera menstruación, la mujer es casable y busca esposo; éste será el reaseguro de su mantenimiento en el grupo. En una cultura cazadora y recolectora, la mujer necesita un hombre para formar hogar.

*No es que vivan en otro tiempo, tienen celulares, computadoras, pero siguen funcionando esos principios lógicos. Y la comunidad no es el asentamiento, sino la red de relaciones entre los parientes.*¹³⁸

En igual sentido, se expidió el antropólogo John Palmer cuando se lo entrevistó sobre la situación de la comunidad y el imputado Fabián Ruiz:

...de ninguna manera es una violación, pero se llama violación porque el código penal nacional dice cuando la persona tiene menos de 13 años cualquier relación sexual es una violación, se tipifica, estupro es de los 13 a la mayoría, menos de 13 violación. Estupro es menos culposos que la violación, pero no es violación por el uso de la fuerza, por la edad, y el supuesto que fundamenta el código penal en ese artículo que es que una persona menor de 13 años no tiene conciencia de sí misma, de las consecuencias de sus acciones, es como un inocente total. Para la sociedad nacional es así, pero para la sociedad Wichí una persona de 13 años es con habilidades capacidades, voluntad propia, independencia, derechos es una adulta. Como dije de entrada la mayoría para las mujeres Wichí empieza después de la primera menstruación, porque la categoría cambia ya no es niña.

¹³⁷ Directora del proyecto Ubacyt “Aboriginalidad, provincias y nación: reconfiguraciones contemporáneas de las estrategias y demandas indígenas por la implementación de sus derechos”-Universidad de Filosofía y Letras de la UBA.

¹³⁸ Op. Cit. Cosecha Roja, 2012

*Otro elemento que hay que tener en cuenta son las relaciones de género, porque no es una sociedad machista, donde los hombres están a la espera de cualquier mujer, y en el momento en que pase su primera menstruación agarrarla y aprovecharse de su mayoría de edad, para nada. No, no, las que inician la relación en la sociedad Wichí son las mujeres, se considera a un hombre que se acerque a iniciar una relación con una mujer que está actuando como una mujer. La iniciativa es de ella, por costumbre, él no puede iniciar una relación, para un hombre iniciar es ser mujer.*¹³⁹

Por otra parte, la antropóloga Tarducci sostiene:

*“el caso de la niña Wichí” no es un caso más de los tantos en los que se enfrenta el relativismo cultural y los derechos humanos, porque no solo hubo mala fe sino también irresponsabilidad en las personas que repiten las afirmaciones de quienes quieren salvar al acusado a toda costa y que no quieren escuchar otras voces, incluso desde la misma comunidad Wichí. Por sobre todas las cosas lo que está en juego es la integridad sexual de una niña y es una banalización, entre las muchas que ha habido con el caso, no preguntarse, como mínimo, quienes hablan representando a los Wichí*¹⁴⁰

Como afirma la socióloga feminista Karina Bidaseca, el racismo y sexismo atraviesan este caso:

Las mujeres indígenas, subalternas de las subalternas (mujeres blancas) y de los subalternos (originarios) experimentan múltiples opresores en tanto mujeres, indígenas y pobres y en tanto minorías de las minorías. Si bien lo que diferencia en la comunidad la membresía de ser mujer, es la biología —el haber tenido la primera menstruación y o el documento de identidad— su rito de pasaje a la edad adulta no implica que su voz pueda ser enunciada o audible dentro y fuera de la comunidad. La certeza e incerteza es no poder determinar si hubo o no delito. La voz de la niña —que es un afuera dentro de un adentro (pues tanto ella como su madre provienen de otra comunidad Wichí) — no puede ser, no existe su testimonio... Asimismo, su voz es fagocitada por quien mantiene el status quo (el cacique y padre del acusado) y porque otro afuera, el discurso de la directora, influyó en la madre a hacer la denuncia original. (2010, p.208-209)

¹³⁹ Palmer, J.” *La comunidad está de duelo por la muerte simbólica de Fabián*” Disponible en <http://www.delorigen.com.ar/john.htm>

¹⁴⁰ Tarducci, Mónica “Abusos, mentiras y videos. A propósito de la niña wichí”. *Boletín de Antropología y Educación*, Año 4 - N° 05. 2013. pág. 11. Disponible en http://antropologia.institutos.filo.uba.ar/sites/antropologia.institutos.filo.uba.ar/files/bae_n05a01.pdf

Desde las Ciencias Jurídicas, también se expresaron distintas voces sobre el caso. El jurista especialista en abuso sexual infantil Dr. Rozanski afirmó:

Una criatura de 13 años es una niña, no importa a qué cultura pertenezca, y no está en condiciones de “decidir libremente” una relación sexual con el que, sin dudas, es su violador. Si se acepta bajo el “consentimiento” de una niña o se admite que el abuso infantil es aceptable en una determinada cultura, se abre la puerta para admitirlo en otros casos, como ya ha sucedido para cuando se dan “condiciones sociales de iniciación sexual temprana”, es decir, para las niñas pobres.¹⁴¹

Cabe resaltar que a la semana que E.T. diera a luz, la madre y algunos miembros de su comunidad salieron a pedir la libertad del imputado Ruiz. Al respecto solicitaron a las autoridades:

Asimismo exigimos que la justicia haga valer nuestros derechos, no solamente en nuestro carácter de ciudadanos argentinos sino también como miembros del pueblo indígena preexistente Wichí. Por Ley, nuestra identidad étnica y cultural debe ser objeto de respeto. Esto significa reconocer, entre otras cosas que nosotros también sabemos distinguir entre el bien y el mal, como también sabemos corregir, cuando sea necesario, lo que percibimos como la delincuencia. Que haya, pues un diálogo intercultural sobre cuestiones de derecho. De esa manera los jueces sabrán quizás valorar nuestro sistema legal ancestral. ¿Será que ellos piensan que durante miles de años vivimos sin Ley en nuestras tierras?¹⁴²

Respecto de la interpretación que hace la Comunidad sobre el diálogo intercultural, el Cacique de la Comunidad expresó que Ruiz debía haber acudido a las autoridades de la comunidad antes que a la “justicia occidental”. En este sentido, se muestra el poder de los Caciques sobre la decisión de qué tipo de conflictos se resuelven intracomunitariamente o mediante la justicia occidental.

¹⁴¹ Rozanski. “Wichí o no Wichí, es abuso”, Diario Página 12. 22 de Octubre de 2012. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/206089-60888-2012-10-22.html>. En este sentido, se realizó el pedido de jury para los dos jueces del Tribunal de Casación Penal bonaerense que redujeron la condena de un pastor evangélico acusado de violar a dos menores por entender que eran pobres y ya tenían experiencia sexual. <http://www.lanacion.com.ar/1363894-piden-juicio-politico-a-dos-jueces-por-la-reduccion-de-la-pena-a-un-pastor-acusado-de-abuso>

¹⁴² Agencia de Noticias Copenoa. *Indígenas exigen libertad de wichí detenido por violación, argumentan Ley es ancestrales*. (02/02/2007) Disponible en <http://argentina.indymedia.org/news/2007/02/485007.php>

*Lo que debió hacer fue poner en conocimiento de los hechos a los caciques. Ellos son quienes deben escuchar a las personas cuando tienen un problema, debatir y decidir si es necesario ir a la justicia. No se pueden hacer denuncias sin conocimiento de nuestras autoridades comunitarias, menos en casos como éste, en la que la supuesta denunciante no sabe leer ni escribir*¹⁴³.

En la declaración del Cacique se devela la posición de subordinación de la mujer indígena, la subalterna del subalterno. Al respecto cabe preguntarse si existe un modelo de administración de justicia intracomunitario ya que la madre de E.T., también de la misma comunidad indígena Wichí, recurre a la justicia occidental. En el argumento del cacique Miranda se evidenció la situación de vulnerabilidad y desigualdad de las mujeres indígenas Wichí, ya que muy pocas son las que leen y escriben.¹⁴⁴

La “traducción intercultural” es problemática en el orden de las relaciones de dominación. Al interior de los movimientos y, especialmente, ligado a la violencia de género puede desnudar el hecho que si no hay unidad subalterna, si la mitad de la comunidad subalterna es oprimida y silenciada por la otra mitad, si el heroísmo anticolonial tiene como subtexto la coerción parcial de las mujeres subalternas, la fisura en las relaciones de dominación que permite cierta autonomía a las mujeres puede ser tensionada por las relaciones locales. De hecho, “ninguna identidad subalterna puede ser pura o transparente; la mayoría de los subalternos son sujetos dominados como dominantes, dependiendo de las circunstancias o ubicación en las que nos encontremos” (Mallon, 1995, p.188).

Como pudimos observar en este caso, el riesgo de caer en relativismo cultural y justificar aduciendo “prácticas culturales” es muy alto si no se cuenta con herramientas para un análisis del caso desde una perspectiva intercultural con un enfoque de derechos humanos¹⁴⁵, como lo

¹⁴³ Ibíd.

¹⁴⁴ “Los datos muestran que en la población Mbyá guaraní y wichí, los varones tienen niveles de instrucción bastante más elevados que las mujeres, algo que no ocurre en otros pueblos indígenas ni tampoco a nivel nacional. Muy posiblemente, la brecha educativa por sexo es más pronunciada entre las generaciones adultas que entre las más jóvenes y se irá reduciendo con el avance educativo de las nuevas generaciones” (Binstock, Cerrutti & Duro, 2009).

¹⁴⁵ En el mismo sentido, lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala: “28.Los derechos humanos universales encuentran respaldo en la espiritualidad de todas las culturas y religiones, están arraigados en el propio espíritu humano; como tales, no son la expresión de una determinada cultura (occidental o cualquier otra), sino de la propia conciencia jurídica universal. Todos los avances mencionados, debidos a esta conciencia jurídica universal, se han dado en medio a la diversidad cultural. Al contrario de lo que pregonan los voceros del llamado - y distorsionado - "relativismo cultural", las manifestaciones culturales (al menos las que se conforman con los estándares universalmente aceptados de tratamiento del ser humano y de respeto a sus muertos) no constituyen obstáculos a la prevalencia de los

desarrolló en el voto en disidencia la Dra. Garros Martínez. En este sentido, sostiene Ferrajoli (2007) que la universalidad de los derechos humanos no sólo es compatible con el respeto de las diferencias culturales sino que representa su principal garantía. Y ello, por dos razones fundamentales. Por un lado, los derechos humanos son atribuidos a todos por igual y protegen a cada uno contra todos, no sólo contra las mayorías, sino también contra cualquier persona. Por otro lado, los derechos humanos se configuran como la Ley del más débil, en alternativa a la Ley del más fuerte que regiría en su ausencia: sirven para proteger al más débil frente a cualquiera, también frente a la cultura dominante en su comunidad de pertenencia, es decir, protegen a los oprimidos contra sus propias culturas opresoras.

derechos humanos, sino todo al revés: el substratum cultural de las normas de protección del ser humano en mucho contribuye para asegurar su eficacia. Dichas manifestaciones culturales - como la del respeto a los muertos en las personas de los vivos, titulares de derechos y de deberes - son como piedras sobrepuestas con las cuales se erige la gran pirámide de la universalidad de los derechos humanos” (Corte IDH, 2000).

Conclusiones

En el presente apartado se arriban a las conclusiones en base al análisis de las resoluciones judiciales en casos que involucran violencia sexual hacia niñas y mujeres indígenas de la región del Norte grande argentino (NOA y NEA).

En similar sentido al recorrido de este trabajo (y aunque en otro contexto), resulta interesante el trabajo de Sally Engle Merry (1994) quien plantea la importancia que tiene la experiencia de las mujeres con el sistema legal. La autora sostiene que es fundamental que una persona llegue a entender sus problemas en términos de derechos, ya que hacer consciente que uno tiene un derecho requiere que en las experiencias con el sistema legal se reconozca la existencia de ese derecho, tanto por el juez como por la policía. En este sentido, Merry argumenta que la adopción de una conciencia acerca de la titularidad de un derecho requiere de experiencias con el sistema legal (llámese policía, fiscales, jueces y oficiales) que refuercen esta subjetividad. Así, indicios de que el problema es trivial, o de que la víctima en realidad no tiene estos derechos, o de que el delincuente no merece ser castigado socavan esta subjetividad. Si la policía es amigable con el responsable y no procede a arrestarlo, si el juez indica que el maltrato no es un delito grave, y si el tribunal no impone ninguna pena de prisión, esta experiencia atenta contra la subjetividad de las mujeres en cuanto a su conciencia sobre la titularidad del derecho. Asimismo, si la policía actúa como si las mujeres maltratadas no tuvieran derecho a quejarse de la violencia contra ellas ejercida, y/o si los tribunales dicen que son las mujeres quienes provocan la violencia, éstas no se animarán a verse a sí mismas como titulares de ese derecho y se sentirán disuadidas de denunciar y/o de llevar el caso a los tribunales. Por lo tanto, la voluntad de un individuo de empezar a pensar en términos de derechos depende, en gran parte, de su experiencia tratando de hacerlos valer.

En el caso de la violencia de género, cuanto más esta experiencia refleja una creencia seria de que la mujer es una persona con derecho a no ser maltratada, más dispuesta estará ésta para asumir esta identidad. Por el contrario, si este derecho es tratado como insignificante, la mujer posiblemente optará por darse por vencida y ya no pensará sus demandas en términos de derechos.

El análisis de las resoluciones judiciales se ha encarado desde el enfoque intercultural, tomando las intersecciones de género, edad y etnia. Como fuera explicitado en el comienzo de este trabajo, estos casos no pretenden representar al universo de casos de violencia sexual a niñas y mujeres indígenas. Sin embargo, cabe concluir que hay ciertos patrones comunes entre los casos analizados:

- La dimensión intercultural es tomada desde una perspectiva muy superficial. Los operadores de justicia que intervinieron en los casos analizados no toman en consideración las relaciones interétnicas entre criollos e indígenas, las relaciones de poder y discriminación que subyacen en estos casos de violencia, el contexto social y político de la comunidad, las historias de cada una de las víctimas, las costumbres, normas, mitos, valores, rituales de cada comunidad. En los casos en que se considera la dimensión cultural, se parte de una posición relativista y esencialista de la cultura.
- En el discurso de los operadores subyace una representación de las relaciones interétnicas como multiculturales (basada en una concepción de Estado liberal, de derecho individual y de supuesta igualdad y tolerancia); cuando se habla de los indígenas se utiliza “ellos” y “nosotros”. Esta tolerancia hacia otras culturas oculta las desigualdades sociales y deja intacta las instituciones y estructuras sociales que privilegian la cultura hegemónica (Walsh, 2002, p.206).
- El racismo y la discriminación están presentes en todos los casos, ya que las niñas y mujeres indígenas no escapan a las representaciones y estereotipos de género por parte de los operadores.
- Se pone en evidencia la dificultad por parte de los operadores jurídicos de abordar estos casos que interseccionan género, edad y etnia pese a que los jueces cuentan con el marco protectorio de derechos humanos.
- Respecto del efectivo acceso a la justicia por parte de las niñas y mujeres indígenas que han sido víctimas de agresión sexual, el patrón común en estos casos fue la deficiente investigación en los procesos judiciales. Las diligencias probatorias resultaban incompletas (por ejemplo: muestras mal tomadas, falta de resguardo de la prueba, informes médicos incompletos, etc).
- En el desarrollo del proceso judicial las niñas y mujeres que fueron agredidas sexualmente fueron revictimizadas al ser sometidas a numerosos interrogatorios por profesionales sin entrenamiento en atención a víctimas de violencia de género.
- Se visibilizan obstáculos adicionales en el acceso a la justicia en zonas rurales, periféricas y marginadas, donde no hay abogados que patrocinen a estas mujeres de pocos recursos, víctimas de violencia de género y discriminación.
- Respecto del cumplimiento de los requisitos que hacen al principio del debido proceso, los operadores jurídicos no contaron con intérpretes de lenguas indígenas que actúen como auxiliares de justicia en forma permanente, por lo que en la mayoría de los

casos fueron los mismos familiares u otros miembros de la comunidad que traducían las declaraciones de los testigos y de las víctimas.

- No se recurre con frecuencia a las pericias antropológicas como prueba en estos procesos interétnicos, pese a que son un mecanismo que ayuda a orientar al juez sobre las particularidades de una cultura.
- El conjunto de irregularidades procesales, que atentan contras las reglas del debido proceso y el derecho a la igualdad, han determinado la impunidad de dos de los casos analizados. En este sentido, cuando la causa judicial llegaba a otros operadores de instancias jurídicas superiores mediante la interposición de recursos jerárquicos o de revisión, la interpretación y/o comprobación de los hechos resultaba sumamente difícil por la contaminación o insuficiencia de medidas probatorias.
- Es importante destacar que estas mujeres y niñas denunciaron el delito, acto fundamental para iniciar el proceso judicial y la construcción jurídica de la violación. Como vimos en los casos, la denuncia puede o no haber sido inmediata, en el caso de L.N.P. fue a la comisaría y la hicieron esperar horas llorando y con restos de sangre en el vestido; en el caso de N.C. esta niña fue acompañada por su padre; en el caso R.R. la acompañó su madre cuando la niña llega llorando, con barro en el cuerpo y con manchas de sangre en sus partes íntimas y en sus ropas; y, finalmente, en el caso de E.T. es también la madre quien realizó la denuncia aconsejada por la maestra de la escuela. Ha sido, a través de la denuncia, que estos casos se han materializado en el mundo jurídico, pero cabe preguntarse por aquellos casos que no son denunciados pese a la vigencia de la práctica del chineo.
- Todas las negligencias e ilegalidades en el proceso judicial, sumadas a los mecanismos de culpabilización utilizados contra las mujeres y dirigidos a denegarles su derecho a la justicia, ilustran cómo se renuevan de manera permanente estos pactos patriarcales. Por lo que ese silenciamiento posiblemente obedezca al hecho de que estos casos continúan impunes. Esta impunidad, consecuencia del acción/inacción del poder judicial, envía un mensaje a la sociedad, y propicia la repetición de estos actos aberrantes.
- Estos casos sientan un precedente que pone de manifiesto la importancia que los órganos de aplicación de los tratados internacionales revisten en la protección efectiva de los derechos de las mujeres a nivel local, tanto respecto de un caso particular, como en relación a la obligación del Estado en el cumplimiento del deber de debida diligencia.

Recomendaciones para el acceso a la justicia de las niñas y mujeres indígenas

- Es necesario resaltar la escasa información pública disponible, urge no solamente incluir preguntas de autoidentificación étnica en todas las fuentes de datos sobre violencia, sino también considerar un enfoque intercultural para su abordaje, además de comprender la forma en que interactúan varios aspectos de la identidad y los sistemas de dominación asociados. (Calfio Montalva & Velasco, 2005, p.18).

No hay datos cuantitativos oficiales sobre violencia de género. Es necesaria su desagregación por edad y etnia, y el diseño de instrumentos de recolección y medición que sean uniformes en todo el país (Ibíd.)

- El abordaje debe ser desde una perspectiva intercultural con enfoque de derechos humanos, de género y de infancia. Es importante que desde los operadores de justicia se promueva una mayor participación de las mujeres indígenas en el proceso para que puedan expresar desde su propia voz la experiencia vivida y la necesidad de reparación. En este sentido, es necesaria una mayor capacitación de los operadores jurídicos sobre las especificidades de los procesos que involucran violencia sexual, en especial en casos que involucran a estos grupos más vulnerables: niños, mujeres, indígenas y personas con discapacidad.
- Son necesarias mayores investigaciones sobre los casos de violencia sexual a mujeres indígenas en nuestro país y el diseño de estrategias para prevenir futuros casos de violencia como documentar los casos judiciales, las resoluciones y evaluar el impacto de reformas legislativas (en este caso del Código Penal y códigos procesales provinciales).
- Es menester mejorar los mecanismos de implementación a nivel federal de la Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (Ley 25.485) y dirigir acciones concretas hacia las mujeres indígenas. Se debería mejorar la atención a víctimas de violencia de género, en especial a víctimas de violencia sexual.

- Respecto a los obstáculos estructurales para el acceso a la justicia¹⁴⁶, es necesario que las mujeres víctimas de violencia cuenten con asesoría jurídica y patrocinio gratuito, intérpretes y peritos especializados.
- Debe propiciarse la inclusión de pericias antropológicas, que permitan incorporar al análisis de caso, el conocimiento de las pautas socio-culturales de la comunidad a la cual pertenecen los actores.
- Debe procurarse que los operadores de justicia actúen con celeridad y se eviten formalidades procesales burocráticas.
- Es necesario promover investigaciones sociales y jurídicas sobre la interculturalidad en los procesos judiciales que contemplen la dimensión cultural del problema, que analicen el contexto, las relaciones de poder que subyacen, la impronta del sistema patriarcal en las relaciones tanto dentro de la comunidad como afuera, los mitos, las costumbres, los roles, la construcción de la familia y comunidad, los derechos de cada uno de sus miembros, como también las perspectivas que tienen de los mismos en su ejercicio y cuál es la perspectiva de los operadores de justicia; estudios sobre la conceptualización de la violencia desde la perspectiva de las mujeres indígenas; documentación de casos y experiencias interculturales, buenas prácticas en la administración de justicia, experiencias de fortalecimiento de las mujeres indígenas que hayan sufrido violencia.
- Deben ser promovidas y difundidas buenas prácticas para la remoción de barreras estructurales, y facilitar el acceso a la justicia como el peritaje cultural obligatorio (ayudan

¹⁴⁶ Tomo aquí también algunas recomendaciones realizadas en el estudio “Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas” por la Defensoría General de la Nación, Ministerio Público de la Defensa 2010.pp.137

- “La creación, dentro de la Defensa Pública Nacional y Provincial, de unidades especializadas en derecho de los pueblos indígenas y de niñez, con posibilidades de descentralización de estos órganos y accesibilidad respecto de las zonas en donde viven las comunidades.

- La incorporación de traductores e intérpretes especializados que puedan actuar ante necesidades concretas de las personas, de las comunidades, y de las niñas, niños y adolescentes indígenas.

- Recordar a los operadores del sistema judicial que deben tomar en consideración los usos y costumbres a la hora de juzgar y decidir sobre los derechos de una persona o comunidad indígena, e incluir su cosmovisión; así como considerar los derechos de las niñas, niños y adolescentes indígenas.

- Promoción de programas de actualización dentro de los ministerios públicos, en especial respecto de las defensorías, sobre los derechos de los pueblos indígenas y de la niñez indígena.

- Creación de observatorios de conflictos judiciales que involucren a los pueblos indígenas y, en particular respecto de la niñez, así como de promoción de acciones de litigio estratégico.

- Promover instancias permanentes de diálogo y consultas entre los operadores del sistema judicial, los miembros de las defensorías y del ministerio público y las comunidades indígenas.”(2010,p. 137)

a determinar si una persona perteneciente a un pueblo o comunidad indígena ha incurrido o no en responsabilidad penal o si es que ha seguido su derecho consuetudinario)¹⁴⁷. Se debe exigir además: dominio de la lengua indígena predominante en la zona como requisito para acceder al cargo de juez o fiscal; mecanismos judiciales que atiendan a la interculturalidad, como la atenuación de la pena y el eximente de responsabilidad penal por error de comprensión de la Ley por diversidad cultural (actualmente presente en la legislación penal sustantiva pero no en forma generalizada); integración de los tribunales con personas legitimadas en las comunidades indígenas¹⁴⁸; y extinción de la acción penal ante determinados supuestos en los que los conflictos suscitados entre miembros de comunidades indígenas sean resueltos por sus propias pautas comunitarias siempre que no vulneren derechos humanos.

¹⁴⁷ La asistencia de pericias especializadas en cuestiones indígenas (estudios antropológicos, culturales, sociológicos, informes de miembros de las comunidades) a fin de asesorar tanto en la etapa de investigación como al juez en la elaboración de la sentencia, es otra medida receptada en nuevo CPP de Bolivia.

¹⁴⁸ Actualmente, sólo existente en Guatemala.

Nomina Abreviaturas

Art. /arts.	Artículo/artículos
B.O.	Boletín Oficial
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Ctes	concordantes
CERD	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
Cfr.	Conforme
CDN	Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
CLADEM	Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer
CN	Constitución Nacional
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DUDH	Declaración Universal de Derechos humanos
INADI	Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo
INAI	Instituto Nacional de Asuntos Indígenas
INSGENAR	Instituto de Género, Derecho y Desarrollo
SNIC	Sistema Nacional de Información Criminal
UNICEF	Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia
UNIFEM	Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer
Inc.	Inciso
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
OEA	Organización de los Estados Americanos

OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONIC	Organización Nacional Indígena de Colombia
ONU	Organización de las Naciones Unidas

Bibliografía

- Abramovich, V. (SFE): *Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos humanos*, disponible en: www.anuariocdh.uchile.cl
- Anaya, J. (2005): *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Editorial Trotta.
- Aresti, L. (1997): *La Violencia impune. Una mirada sobre la violencia sexual contra la mujer*, México, Fondo Cultural Albergues.
- Azzali, J. C. (2012): “Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes indígenas criterios de actuación para una defensa técnica adecuada”, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, Unicef Argentina. Disponible en: http://www.unicef.org/argentina/spanish/Acceso_justicia_NNA_indig2012.pdf
- Barúa, Guadalupe (1993) Parentesco y proximidad en la comunidad matakó Wichí de Tres pozos. Hacia una nueva Carta Étnica del Gran Chaco, Las Lomitas (Formosa), Centro del Hombre Antiguo del Chaco
- Bidaseca, K. (2009) “Mujeres blancas buscando salvar a las mujeres color café de los hombres color café.” O reflexiones sobre desigualdad y colonialidad desde el feminismo poscolonial”, en *Andamios. Revista de Investigación Social*, México DF, Colegio de Humanidades y Ciencias Sociales-Universidad Autónoma de la Ciudad de México, N°17, noviembre 2011.
- _____ (2010): *Perturbando el texto colonial: los estudios (pos) coloniales en América Latina*, Buenos Aires, Paradigma inicial, Serie Estudios poscoloniales.
- _____ (2012): “Los sin tierra de Misiones disputas políticas y culturales en torno al racismo, la intrusión y la extranjerización del excluido en un espacio social transfronterizo”, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO. Recuperado de <http://site.ebrary.com/id/10577236>
- Binstock, G., Cerrutti, M. & G. Duro, E. (2009): *Los pueblos indígenas en Argentina y el derecho a la educación. Situación socioeducativa de niñas, niños y adolescentes de comunidades rurales Wichí y mbyá guaraní*. Buenos Aires. UNICEF.
- Bonilla Maldonado, D. (2001) *Los derechos fundamentales y la diferencia cultural. Análisis del caso colombiano*”, en Los Derechos Fundamentales. SELA, Editores Del Puerto.
- _____ (2006): *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre.
- Braunstein, J. (1999): “Matrimonio y familia entre los matakos”, en Dasso, M., *La máscara*

cultural, Buenos Aires.

Braunstein, J. & Pignocchi, J. L. (2006): “Matrimonio privignático o violación calificada: una encrucijada de nuestra cultura jurídica”, en *La Ley Litoral*, Año 10, N° 4.

Califano, M. (1999): *Mito, Guerra y Venganza entre los Wichí*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina.

Calfio Montalva, M. & Velasco, L.F. (2005): “Mujeres indígenas en América Latina: ¿Brechas de género o de étnia?”, en *Seminario Internacional Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: relevancia y pertinencia de la información sociodemográfica para políticas y programas*. CEPAL, Santiago de Chile, 27 al 29 de abril de 2005. Disponible en: <http://www.cepal.cl/celade/noticias/paginas/7/21237/FCalfio-LVelasco.pdf>

Chejter, S. (1990): *La Voz tutelada: violación y voyeurismo*, Buenos Aires, Norman Comunidad.

Chiarotti, S. & Della Siega, V. (2014): *Chaco, a 7 años del caso LNP. Logros y obstáculos en materia de violencia contra las mujeres*, Rosario.

Chiparaq, E. (2013): *Violencia y Mujeres Indígenas*, AECID/Ford Foundation. Disponible en <http://es.scribd.com/doc/128402103/Violence-and-Indigenous-Women>

Citro, S. (2008:) “Creando una mujer: ritual de iniciación femenina y matriz simbólica de los géneros entre los tobas taskshik”, en Hirsch S. (2008), *Mujeres indígenas en la Argentina: cuerpo, trabajo y poder*, Buenos Aires, Editorial Biblos, Culturalia.

(2003b): *Cuerpos significantes: una etnografía dialéctica con los tobas takshik*”, tesis de doctorado en Antropología, Facultad de

Connell, R. (2000): “Male Roles, Masculinities and Violence: A Culture of Peace Perspective, A Culture Of Peace Perspective”, en Dobash, Russell P., y R. Emerson Dobash (2004), *Women’s Violence to Men in Intimate Relationships Working on a Puzzle*, British journal of criminology 44, No 3: 324-49. Disponible en: <http://bjc.oxfordjournals.org/content/44/3/324.short>

Dasso, M. & Franceschi, Z. (2007): “La scrittura e la presenza religiosa: i Wichí di Misión Nueva Pompeya (Chaco, Argentina)”, *XXIX Convegno Internazionale di Americanistica*: 439-446.

De Rozas, D., Fleitas Ortiz, M. & Otamendi, A. (2012): *Mapa de la Violencia de Género en Argentina*, Asociación para Políticas Públicas. Disponible en: http://mail.jusformosa.gov.ar/escuela/material/NoPagoAlimentos/mapa_violencia.pdf

- Fernández, J. (2003): "Los cuerpos del feminismo", en Maffía, Diana (comp.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Buenos Aires, Feminaria.
- Ferrajoli, L. (2007): "Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo", Conferencia magistral pronunciada con motivo de la entrega del Premio Internacional de Investigación en Derecho Héctor Fix-Zamudio, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 30 de octubre de 2007.
- Foucault, M. (1977): *Historia de la sexualidad. 1- La voluntad de saber*, México DF, Siglo XXI Editores, 1999.
- Franco, J. (1992): "Si me permiten hablar: La lucha por el poder interpretativo", en *Revista de crítica literaria latinoamericana*, Año 18, N°36, Centro de estudios literarios Antonio Cornejo Polar: 111-118.
- García Vitor, E. (1994): *Diversidad Cultural y Derecho Penal. Aspectos criminológicos, Político-criminales y Dogmáticos*, Santa Fe, Talleres Gráficos Universidad Nacional del Litoral, Colección Jurídica y Social, # 36.
- Gaultier, A. (2005): "Mujeres y colonialismo", en Ferro, M. (dir.), *El libro negro del colonialismo. Siglos XVI al XXI. Del exterminio al arrepentimiento*, Madrid, La esfera de los libros.
- Giordano, M. (2005): "Discursos e imagen sobre el indígena chaqueño." La Plata, Al margen, en Hirsch, S. M. (Coord.) (2008), *Mujeres indígenas en la Argentina: cuerpo, trabajo y poder*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 1. ed. Culturalia.
- Goldstein, J. S. (2001): *War and gender: how gender shapes the war system and vice versa*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Gómez, M. D. (2008): "El cuerpo por asalto: la amenaza de la violencia sexual en el monte entre las mujeres tobas del oeste de Formosa", en Hirsch, S. M. (Coord.) (2008), *Mujeres indígenas en la Argentina: cuerpo, trabajo y poder*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 1. ed. Culturalia.
- González, A. (2011): "Violencia de género, discriminación e impunidad: Para terminar con el chineo", en *III Congreso Argentino – Latinoamericano de Derechos humanos: repensar la Universidad en la diversidad latinoamericana*, Mesa 14: Género y Derechos humanos, Rosario, 3 a 6 de mayo 2011.
- Grosso, J. L. (2009): "Cuerpos del Discurso y Discurso de los Cuerpos. Nietzsche y Bajtin en nuestras relaciones interculturales", en *Revista Latinoamericana de Estudios sobre Cuerpos, Emociones y Sociedad*, N°1. Disponible en: <http://www.relaces.com.ar/index.php/relaces/article/viewArticle/7>

- Hirsch, S. M. (Coord.) (2008), *Mujeres indígenas en la Argentina: cuerpo, trabajo y poder*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 1. ed. Culturalia.
- Kalinsky, B. (2002): “La pericia antropológica como herramienta de investigación social”, en *AIBR*, N°25 Noviembre- Diciembre. Disponible en <http://www.aibr.org/antropologia/boant/articulos/DIC0102.html>
- Kordon, D., Edelman, L., Lagos, D. & Kersner, D. (1995): *La Impunidad. Una perspectiva psicosocial y clínica*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana.
- Krotz, E. (2002): “Antropología, derechos humanos, y diálogo intercultural”, *IV Congreso Centroamericano de Antropología*, Veracruz, 1º de marzo de 2002.
- Kymlicka, W. (1996): *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós.
- Lagarde, M. (1997): *Género y feminismo, Desarrollo humano y democracia*, Madrid, Ediciones Horas y horas.
- _____ (2000): *Claves feministas para la autoestima de las mujeres*, editorial Horas y horas, Madrid citada en ECAP y UNAMG (2009), *Tejidos que lleva el alma. Memorias de las mujeres mayas sobrevivientes de violación sexual durante el conflicto armado*, F&G Editores, Guatemala. Disponible en http://www.pueg.unam.mx/images/seminarios2015_1/critica_cultural/ecap.pdf
- Lux de Cotí, O. (2013): “Buenas prácticas desde la base: defensora de Derechos humanos. Mujeres Indígenas”. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/LuxdeCoti.doc>
- Maldonado Torres, N. (2007): “Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto”, en Castro-Gómez, S. & Grosfoguel, R. (eds.), *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, IESCO-UC, Pontificia Universidad Javeriana.
- Mallon, F. (1995): “Promesa y dilema de los Estudios Subalternos: perspectivas a partir de la historia latinoamericana”, en Ravignani, E. (coord.), *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana*, Tercera Serie, n. 12, 2do semestre.
- Mattus, Ch. (2009): *Los derechos de las mujeres mapuches en Chile*. Documento de trabajo Instituto de Estudios Políticos de Grenoble, Universidad Pierre Mendès France. Disponible en: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/los_derechos_de_las_mujeres_mapuche_en_chile11.pdf

Mendoza, M. (1999): “*The Western Toba: Family life and subsistence of a former hunter-gatherer society*”, en Elmer Miller (ed.) *Peoples of the Gran Chaco*, Connecticut, Bergin and Garvey, 81-108 en “El cuerpo por asalto: la amenaza de la violencia sexual en el monte entre las mujeres tobas del oeste de Formosa”, en Hirsch, S. M. (Coord.) (2008), *Mujeres indígenas en la Argentina: cuerpo, trabajo y poder*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 1. ed. Culturalia.

Merry, S. E. (1994): *Human rights and gender violence: translating international law into local justice*, The University of Chicago Press.

Mohanty, C. T. (2003): “Under Western eyes’ revisited: feminist solidarity through anticapitalist struggles”, en *Signs* 28, N°2. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/10.1086/342914>

Moreira, M. (2009): *El derecho de los pueblos originarios: reflexión y hermenéutica*, Buenos Aires, Santiago Álvarez Editor.

Paiva, R. (2007): “Feminismo paritario indígena andino”. Disponible en: http://www.ecoportel.net/Temas_Especiales/Pueblos_Indigenas/Feminismo_Paritario_Indigena_Andino

Palmer, J. (2005): *La buena voluntad Wichí. Una espiritualidad indígena*, Formosa, Salta, APCD/CECAZO/EPRAZOL, Grupo de Trabajo Ruta 81: 432.

_____ (SFE): “La comunidad está de duelo por la muerte simbólica de Fabián”. Disponible en <http://www.delorigen.com.ar/john.htm>

Paredes, J. (2008): “Hilando Fino desde el Feminismo Comunitario”. Disponible en: <http://www.lifisperu.org/files/pdf/cendoc/lecturas%20lesbicas/Julieta%20Paredes-Hilando%20Fino%20desde%20el%20Fem%20Comunitario.pdf>

Pateman, C. (1995): *El contrato sexual*, México DF, Anthropos Editorial.

Pinheiro, P. (2006): *Informe Mundial sobre La Violencia Contra los Niños y Niñas, Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños*, Nueva York, Publicación de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5036.pdf>

Pinheiro, P. & Ward, J. (2007): “From Invisible to Indivisible: Promoting and Protecting the Right of the Girl Child to Be Free from Violence”, UNICEF: 45-59. Disponible en: http://www.unicef.org/malaysia/invisible_to_indivisible.pdf

Quijano, A. (2000): “Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina”, en Lander, E. (comp.), *Colonialidad del Saber, Eurocentrismo y Ciencias Sociales*, CLACSO-UNESCO, Buenos Aires.

- Quiroga Lavié, H., Benedetti, M. A. & Cenicacelaya, M. N. (2001): *Derecho constitucional argentino*, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- Rivera, T. (1999): *El andar de las mujeres indígenas*, Lima, Ed. Chiparac.
- Rozanski, C. (2003): *Abuso sexual infantil. Denunciar o silenciar*, Buenos Aires, Ediciones B
- Segato, R. (2003): *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, Prometeo.
- _____ (2004): “Antropología y derechos humanos: alteridad y ética en el movimiento de los derechos universales”, en *Serie Antropología 356*, Universidad de Brasilia. Disponible en: http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/Rita_Segato_Antropologia_derechoshumanos.pdf
- _____ (2007): *La Nación y sus Otros. Raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de Políticas de la Identidad*, Buenos Aires, Prometeo.
- _____ (2010): “Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial”, en Quijano, A. & Mejía Navarrete, J. (Eds.), *La cuestión descolonial*, Lima, Universidad Ricardo Palma.
- _____ (2011): “Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial”, en Bidasca, K. & Vázquez, V. (comp.), *Feminismos y poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América Latina*, Buenos Aires, Ediciones Godot/Colección Crítica. Disponible en: http://nigs.paginas.ufsc.br/files/2012/09/genero_y_colonialidad_en_busca_de_claves_de_lectura_y_de_un_vocabulario_estrategico_descolonial__ritasegato.pdf.
- _____ (2013): *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*, Editorial Tinta Limón.
- Sierra, M. T. (2005): “La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad género y diversidad”, en *Digital Repository*, University of Texas. Disponible en: <https://repositories.lib.utexas.edu/handle/2152/4104>
- Spivak, G. C. (2011): *¿Puede hablar el subalterno?*, Buenos Aires, El cuenco de plata. Traducción del inglés: José Amícola. En: C. Nelson y L. Grossberg (comps.), *Marxism and the Interpretation of Culture*, Basingstoke, Macmillan Education, 1988, pp. 271-313; reimpresso en: P. Williams y L. Chrisman (Comps), *Colonial Discourse and Post-Colonial Theory*, N. York, Columbia University Press, 1994, pp. 66-11
- Stavenhagen, R., (1996): “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, en Jelin, E. y Hershberg, E. (coord.), *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y*

sociedad en América Latina, Nueva Sociedad.

_____ (2003) “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas” ,E/CN.4/2004/80/Add.2.Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4357.pdf>

Villar, D., “Palmer John, *La buena voluntad Wichí. Una espiritualidad indígena, Formosa, Salta, APCD/CECAZO/EPRAZOL, Grupo de Trabajo Ruta 81, 2005, 432 p., ill.*”, Journal de la société des américanistes [En ligne], 93-2 | 2007, online desde el 05 de febrero de 2008.Disponible en: <http://jsa.revues.org/8423>

Walsh, C. (2002): “La problemática de la interculturalidad y el campo educativo”, en *Congreso de la OEI. Multiculturalismo, identidad y educación*, 16 de Abril de 2002, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar.

Wong, David; “*El Relativismo*”; en Singer, Peter (Ed.) Compendio de Ética.

Zaffaroni, E. R. (1986): *Sistemas Penales y Derechos humanos en América Latina. Documento final del programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos humanos (1982- 1986)*, Buenos Aires, Editorial Depalma.

Otras Fuentes

Amnistía Internacional (2011): *Violación y Violencia Sexual, Leyes y Normas de Derechos humanos en la Corte Penal Internacional*. Disponible en <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR53/001/2011/en/b82aaa3e-f7e0-46bc-97bd-1c6c4f1cbc49/ior530012011es.pdf>

Defensoría General de La Nación (2010): “Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas”, Ministerio Público de la Defensa.

Instituto Nacional de Censos y Estadísticas (INDEC) (2010): “Total del país. Población indígena o descendiente de pueblos indígenas u originarios en viviendas particulares por sexo, según edad en años simples y grupos quinquenales de edad”, en *Censo 2010: Cuadro p.44*. Disponible en: http://www.censo2010.indec.gov.ar/resultadosdefinitivos_totalpais.asp

Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (2010): *El caso LNP, discriminación por género en el sistema de justicia en casos de violencia sexual*. Disponible en: http://www.cladem.org/index.php?option=com_content&view=article&id=410:caso-lnp-argentina-violencia-sexual&catid=47:onu

Las Petateras (SFE): “Mujeres indígenas ante la ONU: la doctrina del descubrimiento”. Disponible en: <http://www.petateras.org/acciones-petateras/acciones/acciones->

[2012/item/147-mujeres-ind%C3%ADgenas-ante-la-onu-la-doctrina-del-descubrimiento.html](http://www.jus.gob.ar/areas-tematicas/estadisticas-de-politica-criminal/mapa.aspx)

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación: *Estadísticas de Política Criminal*, Informes SNEEP - SNIC por año. Disponibles en: <http://www.jus.gob.ar/areas-tematicas/estadisticas-de-politica-criminal/mapa.aspx>

Ministerio de Salud de la Nación (SFE): “Instructivo para equipos de salud”. Disponible en: http://www.msal.gov.ar/saludsexual/downloads/guias%20y%20cuadernillos/Protocolo_violencia_sexual.pdf

Organización Mundial de la Salud (OMS) (2002): *Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen*, Washington. Disponible en: http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf

Organización Mundial de la Salud (OMS) (2013): *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Violencia sexual*. Washington, DC. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/20184_violenciasexual.pdf

Organización Mundial de la Salud (OMS) (2014): *Reporte Mundial sobre prevención de violencia*. Disponible en: http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/status_report/2014/en/

Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) (2007): *Derechos de las mujeres de los pueblos indígenas*, Bogotá, Editorial Bochica.

Procuración General de la Nación (2012): “Guía de buenas prácticas para la investigación de delitos contra la integridad sexual que afecten a niños, niñas y adolescentes”, Resolución de N° 35/12, 16 de junio de 2012.

Secretaría de Cultura de la Presidencia de la Nación (2007): *Mujeres dirigentes indígenas, relatos e historias de vida: relatos basados en entrevistas que reflejan la historia y la actualidad de las comunidades indígenas*.

Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial. Iberoamericana. Disponible en: http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=10cef78a-d983-4202-816e-3ee95d9c1c3f&groupId=10124

Jurisprudencia de la Corte IDH

Corte IDH (2000): Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

Corte IDH (2001): Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, par. 149. Sentencia de 31 de Agosto de 2001).

Corte IDH (2004): Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Sentencia de 29 de abril de 2004 (Fondo)

Corte IDH (2005): Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125.

Corte IDH (2006): Comunidad indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 29 de marzo de 2006.

Corte IDH (2006) : Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas .Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

Corte IDH (2009a): Caso González y otras (“Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Corte IDH (2009b): Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009 Serie C No. 211.

Corte IDH (2010a): Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Corte IDH (2010b): Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Corte IDH (2012): Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comisión IDH (2000): “La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas, OEA/Ser.L/VII.108 (Octubre 2000. Disponible en: <http://www.cidh.org/Indigenas/indice.htm>

Comisión IDH (2001a): “Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez vs México”, Caso No. 11.565, Informe de Fondo N° 53/01 del 4 de abril de 2001.

Comisión IDH (2001b): “Maria Da Penha Maia Fernandes”, Caso No. 12.051, Informe de Fondo N° 54/01, Brasil del 16 de abril de 2001.

Comisión IDH (2003) Relatoría para los Derechos de las Mujeres. Informe sobre la situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a no ser objeto de violencia y discriminación. OEA/Ser.L/V/II.117. Disponible en:

<http://www.cidh.org/annualrep/2002sp/cap.vi.juarez.htm>

Comisión IDH (2006) Informe Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia de 18 de octubre de 2006. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67. Disponible en:

<http://www.cidh.org/countryrep/colombiamujeres06sp/informe%20mujeres%20colombia%202006%20espanol.pdf>

Comisión IDH (2007): *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007. Disponible en:

<http://www.cidh.oas.org/women/Acceso07/indiceacceso.htm>

Comisión IDH (2009) Informe de Seguimiento, Las mujeres frente a la violencia y discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67

Original: Español Disponible en:

<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Cap.5.Colombia.sp.htm>

Comisión IDH (2011): Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica (OEA documentos oficiales; OEA Ser. L/V/II. Doc.63). Disponible en:

<http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mesoamerica%202011%20esp%20final.pdf>

Comisión IDH (2014): Informe sobre Mujeres Indígenas Desaparecidas y Asesinadas en Columbia Británica, Canadá. 2014 OEA/Ser.L/V/II. Doc.30/14 Disponible en:

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mujeres-indigenas-BC-Canada-es.pdf>

Instrumentos de DD.HH.

Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José- (1969)

Disponible en:

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) (1997): “Recomendación General N° 23”. Disponible en:

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f52%2f18%28SUPP%29&Lang=en

Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (1995): *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo: El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994*, Nueva York, Naciones Unidas.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994). Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW) (2010): “Recomendaciones Finales”, 30 de julio de 2010, disponibles en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-ARG-CO-6.pdf>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

Documentos de organismos de Naciones Unidas

Comité de los Derechos del Niño (CDN) (2014): “Observación general N° 14”. Disponible en: http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2005): *Female Genital Mutilation/cutting: A Statistical Exploration*, New York. Disponible en http://www.childinfo.org/files/fgmc_U83FGM_9_web_Finalversionprinted.pdf

Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (2009): *Violence against women*. Disponible en: http://www.unifem.org/gender_issues/violence_against_women/

Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU: Recomendaciones específicamente Relativas a las Mujeres y Niñas indígenas, adoptadas por el Foro permanente para las Cuestiones Indígenas (2012) E/C.19/2012/13
Disponible en:

http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Indigenous_women_UNPFII_session_1_1_ES.pdf

International Criminal Tribunal for Rwanda (1998): “Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T”, ICTR Chamber I, 2 de septiembre de 1998: párrafos 507-508. Disponible en:

<http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Akayesu/judgement/akay001.pdf>

OIT Convenio N° 169 sobre Pueblos indígenas y Tribales en países independientes, 27 de Junio de 1989, XXVI Conferencia Internacional del Trabajo (5 de septiembre de 1991)

Disponible en:

<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>

ONU (1986-1999): Recomendaciones Generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

ONU (1993): Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac921e2>

ONU (1995a): *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

ONU (1995b): Declaración De Las Mujeres Indígenas Del Mundo En Beijing Foro de ONGs, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, China (Traducción no Oficial). Disponible en: http://www.nacionmulticultural.unam.mx/movimientosindigenas/docs/decl_223.pdf

ONU (1998): *Informe final Gay J. McDougall, Relatora especial: Formas contemporáneas de esclavitud: la violación sistemática, la esclavitud sexual y las practicas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado*, E/CN.4/Sub.2/1998/13. Disponible en <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/0/3d25270b5fa3ea998025665f0032f220?OpenDocument>

ONU (2005): *Female Genital Mutilation/cutting: A Statistical Exploration*. New York, United Nations Children's Fund.

ONU (2007): *Comunicación N° 1610/2007*, CCPR/C/102/D/1610/2007. Disponible en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/genero01_0.pdf

ONU (2007) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 septiembre de 2007. Disponible en:

http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

ONU (2009): “Los pueblos indígenas en Argentina y el derecho a la educación. Situación socioeducativa de niñas, niños y adolescentes de comunidades rurales Wichí y mbyá guaraní.

ONU (2010) Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, A/HRC/14/22. Disponible en:

http://www2.ohchr.org/english/issues/women/rapporteur/docs/A-HRC-14-22_sp.pdf

- ONU (2012): “Economic and Social Council. Combating violence against indigenous women and girls”, en *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Report of the international expert group meeting*, article 22, E/C.19/2012/6. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/245/82/PDF/N1224582.pdf?OpenElement>
- ONU (2013a): *Consenso de Montevideo*, Montevideo, 5 de septiembre de 2013, LC/L.3697. Disponible en: http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/8/50708/2013-595-Consenso_Montevideo_PyD.pdf
- ONU (2013b): Resolución A/67/453 de la Asamblea General de Naciones Unidas. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/67/152>
- UNAIDS, UNICEF & USAID (2004): *Children on the Brink. A joint report of new orphan estimates and a framework for action*. Disponible en http://www.unicef.org/publications/cob_layout6-013.pdf
- UNICEF (2007): *Estado Mundial de la Infancia. La mujer y la infancia El doble dividendo de la igualdad de género*. Disponible en: http://www.unicef.org/spanish/sowc07/docs/sowc07_sp.pdf

Normativa Argentina

Constitución de la Nación Argentina:

Código Procesal Penal de la Nación Argentina

Decreto 1086/2005, "Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación - La Discriminación en Argentina. Diagnóstico y Propuestas", 2005. Disponible en: <http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/normas/11364.pdf>

Declaración de emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras de las comunidades indígenas originarias del país. Disponible en: http://www.infojus.gov.ar/legislacion/Ley-nacional-26160-declaracion_emergencia_en_materia.htm?3

Ley Nacional No. 26.485. Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales B.O.11/3/2009. Recuperado de: http://www.infojus.gov.ar/legislacion/Ley-nacional-26485-Ley_proteccion_integral_para.htm?2

Ley Nacional No. 25.087. Delitos contra la integridad sexual. Código Penal. Modificación B.O. 14/4/1999.

Información obtenida de páginas de internet

Colectivo de Antropólogas Feministas | Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género – Facultad de Filosofía y Letras (UBA). Disponible en : <http://www.feministasantropo.com.ar>

Feminismo Paritario Indígena Andino - EcoPortal.net. Accedido 29 de marzo de 2014. Disponible en: http://www.ecoportal.net/Temas_Especiales/Pueblos_Indigenas/Feminismo_Paritario_Indigena_Andino.

Foro Internacional de Mujeres Indígenas. Disponible en: http://www.fimi-iwif.org/notas.php?id_seccion=4

Mirna Cunningham : <http://www.mirnacunningham.org/?paged=2>

Diarios

<http://argentina.indymedia.org/news/2010/01/713766.php>
<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/206089-60888-2012-10-22.html>
<http://www.lanacion.com.ar/1363894-piden-juicio-politico-a-dos-jueces-por-la-reduccion-de-la-pena-a-un-pastor-acusado-de-abuso>
<http://www.copenoa.com.ar/Indigenas-exigen-libertad-de-Wichí.html>
<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-100320.html>
<http://edant.clarin.com/suplementos/cultura/2006/04/08/u-01173250.htm>
<http://cosecharoja.org/argentina-abuso-sexual-en-la-etnia-Wichí-expertos-e-indigenas-debaten/>

Medios Audiovisuales

Canal Encuentro: Pueblos Originarios III, Wichí: Culturas distantes.
<http://www.conectate.gob.ar/educar-portal-video-web/module/detalleRecurso/DetalleRecurso.do?searchString=Wichí&tipoFuncionalId=12&idRecurso=50137>

ANEXOS

Anexo N° I

Fuentes: SNIC para las violaciones y Censo 2010 para la población total por provincias
Para efectuar el mapa se utilizó el programa Target Map (Mapa de Violencia de Género en Argentina 2011).pp29

Anexo N° II

SENTENCIA N° 95

“ROJAS, HUMBERTO DARIO – ANRIQUEZ LUCAS GONZALO – PALAVECINO LEONARDO JAVIER – Expte. N° 72, fo. 963, año 2004, Sec. N° 3” (Caso “LNP”)

En la ciudad de Presidencia Roque Sáenz Peña, Provincia del Chaco, a los treinta y un días del mes de agosto del año dos mil cuatro, luego de realizado y concluido el debate de fecha 17/08/04, en la Cámara Segunda en lo Criminal actuando el suscripto, Dr. Ricardo Domingo Gutiérrez, Sala Unipersonal, asistido por la Secretaria Autorizante Dra. María Silvina Nasi, en el que intervinieron, además Sr. Fiscal de Cámara Dr. Carlos Chávez y el Sr. Abogado Defensor, Dr. Rodolfo G. Lineras, para resolver en el juicio llevado a cabo en los autos caratulados: “ROJAS HUMBERTO DARIO – ANRIQUEZ LUCAS GONZALO – PALAVECINO LEONARDO JAVIER – Expte. N° 72, fo. 963, año 2004, Sec. N° 3”.

I.- El juicio ha sido seguido a HUMBERTO DARIO ROJAS ((a) Darío, argentino, de 19 años de edad, soltero, estudiante, cursa el noveno año, nacido en El Espinillo, Chaco, hijo de XX y de XX, domiciliado en XX; D.N.I. N° XX), LEONARDO JAVIER PALAVECINO, ((a) Javier, argentino, de 20 años de edad, soltero, estudiante, cursa el noveno año, jornalero, nacido en Cerdán, Prov. de Buenos Aires, hijo de XX y de XX; domiciliado en XX, D.N.I. N° XX) y a LUCAS GONZALO ANRIQUEZ (argentino, de 17 años de edad, soltero, estudiante, cursa el noveno año, nacido en El Sauzalito, Chaco, hijo de XX y de XX, domiciliado en XX; D.N.I. N° XX). Conforme a la Requisitoria Fiscal de fs. 196/215, en síntesis, se atribuye a Leonardo Javier Palavecino que, en la localidad de El Espinillo, en fecha 3 de octubre del año 2003, a las 23,30 hs. aproximadamente, con la colaboración de Humberto Darío Rojas y de Lucas Gonzalo Anríquez, tomaron a L.N.P., la llevaron hasta la parte posterior de la iglesia que está ubicada en la misma plaza y allí, frente a un ventanal con forma de cruz, Palavecino le baja el pantalón y procede a accederla sexualmente por vía anal mientras le tapaba la boca para que no grite, en tanto Rojas y Anríquez, si bien no la accedieron carnalmente, se sacaron sus remeras y las desplegaban para evitar que se viera a Palavecino que obligaba a L.N.P. a mantener relaciones sexuales.

II.- El Sr. Fiscal de Cámara, en su alegato, relató el hecho y circunstancias y expresó que, conforme surge de las pruebas introducidas al debate, cabe tener por plenamente acreditado el hecho debatido que consistiera en el acceso carnal a la menor L.N.P. como así también la autoría de Leonardo Javier Palavecino y la participación de los co-imputados Humberto Darío Rojas y Lucas Gonzalo Anríquez. Detalló los elementos de juicio de los que se desprenden estos extremos. Destacó el informe médico obrante a fs. 4/5, que determina lesiones anales propias del acceso sexual violento, ocurrido 30 ó 40 minutos antes del examen. En relación a las declaraciones testimoniales que refieren que L.N.P. era prostituta, ello queda desvirtuado por el informe social obrante a fs. 109/112, argumentando que además es una chica “apocada” que no condice con la imagen de una prostituta. Descartó el valor probatorio de la declaración de Ismael González, quien se equivoca en la fecha en que tuviera ocurrencia el hecho. Expresó también que no resulta coherente que la damnificada, por ser una mujer tan joven, con pocas menstruaciones, haya consentido el acto sexual contranatura, por el hecho de estar menstruando, como dijo Palavecino en su ampliación de declaración indagatoria, que a ella no le sangró porque era “batuquera vieja”. Por ello considera que no está probado el consentimiento y corresponde tener por cierto lo que L.N.P. manifestó. En cuanto a la participación que en el hecho les cupo a Humberto Rojas y a Lucas Anríquez, manifestó que si bien L.N.P. no recuerda bien cómo ocurrieron los hechos, es producto de la edad de la víctima y del temor del momento. Resulta más creíble lo que dijeron los testigos MA, JCM y MM, quienes pudieron observar cómo ocurrieron los hechos y declararon por ante la

instrucción, que los tres imputados participaron en el evento, pero que no se pudo determinar con certeza el grado de intervención de los imputados Rojas y Anríquez, y por aplicación del art. 4º del C.P.P., corresponde la aplicación más favorable, siendo ésta la que encuadra dentro de las previsiones del art. 45 del C. Penal. Finalizó acusando a Leonardo Javier Palavecino como autor penal responsable por el delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal (art. 119, 3º párrafo inc. D) del C. Penal) y solicitó la pena de OCHO AÑOS de prisión, más la inhabilitación y accesorias previstas por el art. 12 del c. Penal, con costas. Respecto a Humberto Darío Rojas y Lucas Gonzalo Anríquez, los acusó como Partícipes Secundarios en el delito atribuido a Leonardo Javier Palavecino (arts. 46 y 119, 3º pár. inc. d) del C. Penal) y solicitó la pena de CUATRO AÑOS de prisión, inhabilitación y costas. En el caso del último de los nombrados, luego de cumplidos los requisitos del Régimen de la Minoridad.

III.- La Defensa, por su parte, manifestó que en un estado de derecho, los imputados gozan de un estado de inocencia, que no corresponde probarla. Que en ninguna etapa del proceso se probó con probabilidad la culpabilidad y responsabilidad de sus defendidos. Expresó que la Fiscalía de Cámara en un esfuerzo titánico, echó mano a elementos rebuscados para lograr acreditarla. Analizó luego minuciosamente las pruebas de cargo. Comenzó con la declaración testimonial no jurada de L.N.P., obrante a fs. 34/35, destacando las contradicciones de la misma y en especial cuando dice que vio sangre y les preguntó a ellos por la misma, advirtiendo que no es ésta la conducta asumida por una persona que acaba de ser abusada. A continuación, se refirió al Informe Médico obrante a fs. 44, el cual en su punto 2) establece que existe desfloración de larga data, examen anal, lo que desvirtúa la fisonomía que la Fiscalía de Cámara pretende dar de la damnificada. En cuanto al punto 3), la fiscalía confunde delito de violación por la violencia sexual que puede estar presente en un acto consentido, por lo cual es un dato que resulta indiferente. También refirió lo llamativo de que los informes médicos no constatan lesiones en la cabeza, ni hematomas que puedan evidenciar una resistencia. Destacó, además que las prendas que vestía L.N.P. no presentaban ningún signo de violencia. En relación al lugar del hecho, sostuvo que como surge de las fotos obrantes a fs. 94/96 y del croquis ilustrativo de fs. 90, se trata de la plaza principal del pueblo, rodeada de viviendas y con presencia de gente. En cuanto a la declaración de Juan Carlos Rodríguez de fs. 129/vta., desacreditó su valor probatorio diciendo que miente. En relación a las declaraciones no juradas de A y los M expresó que son descabelladas, que dicen lo que no dice ni la damnificada, ni la madre de ésta porque la razón de esto es el recelo y la discriminación propia de esa zona entre criollos y tobas. Resulta llamativo que nadie escuchó gritos, teniendo la damnificada oportunidad de efectuarlos en el momento de practicar “Fellatio In Ore”. Expresó que es irrelevante si la víctima era o no prostituta, que el bien jurídico protegido es la libertad sexual y no la honestidad, cuestión ya superada. A continuación, analizó el tipo penal, estableció un paralelismo entre violencia y resistencia. La violencia debe estar dirigida a vencer la resistencia seria y constante de la víctima. Lo que no está probado. Citó a los maestros Donna-Soler-Obideo. También expresó que el sangrado y las lesiones constatadas en el pene de Palavecino y en el ano de la víctima se pueden deber a otras causas como una mala posición o el tamaño del pene. Son lesiones propias del acto sexual, que además son culposas y recíprocas. Concluyó solicitando la absolución de todos sus defendidos y estimó innecesario citar el art. 4º del C.P.P., ya que en el presente no existen dudas.

IV.- La materialidad del núcleo fáctico de la imputación –acceso carnal por vía anal– es una circunstancia que resulta plena y claramente probada. El relato de la propia víctima en el que especifica haber sufrido ese acceso carnal por esa vía, se va a ver corroborado no sólo por el testimonio de Cristina Molina, que señala haber visto a L.N.P. con sus prendas ensangrentadas, manifestando que había sido violada y que iba a la comisaría, sino fundamentalmente por el informe médico (fs. 4) y el testimonio (fs. 138/139) del profesional

que examinara a la L.N.P. a muy poco de acaecido el hecho. En efecto, el Dr. Néstor Walter Fernández, que examinó a L.N.P. a poco de pasada la medianoche (0,30 hs.) constató que presentaba fisura anal en hora 12 que interesa piel y mucosa anal, de donde había salida de sangre roja rutilante líquida, y constata también escoriaciones que afectan piel y mucosa en hora 6, de 3 a 4 cm. de longitud. Describió también que al tacto anal y rectal se produjo intenso dolor y se establece presencia de sangre roja rutilante líquida que mancha el guante usado para el tacto. También describió la presencia de sangre en manga y hombro derecho de remera blanca, en pantalón de jeans en región de entrepierna y glútea, en ambas botamangas, también en ropa interior del lado interno sangre mezclada con líquido gelatinoso blanquecino. Todas las manchas presentes en ropa están húmedas. Y también estableció la presencia de sangre en la piel de región glútea e interglútea, piernas y ambas manos. Por otra parte, señaló que en el examen de vulva no se constata lesiones y que falta la membrana himeneal de larga data. Señaló, además, que por las lesiones que describió estima que hubo penetración anal aproximadamente 20 a 30 minutos antes del examen. Todo ello es corroborado y complementado por el informe del Médico Forense Dr. Hugo O. Banegas (fs. 44) quien examinó a L.N.P. el día 7 de octubre y estableció que presentaba desfloración de larga data. Al examen anal presenta ano doloroso con signos de flogosis (inflamación) perianal, esfínter externo dilatado, fisuras anales en número de dos, ubicada en hora 6 y hora 12 (tomando como referencia los puntos horarios de un reloj en relación a la circunferencia anal). Las lesiones anales fueron producidas por elemento romo y duro con acción violenta al penetrar en el ano, siendo su evolución de alrededor de 72 horas previas al examen. Con estos elementos, el acceso carnal denunciado por M.S. - madre de L.N.P.- como sufrido por su hija la noche del 3 al 4 de octubre de 2003 en las inmediaciones de la plaza central de El Espinillo, queda perfectamente acreditado. Tampoco restan dudas de que el autor directo de ese acceso carnal fue el inculpado Leonardo Javier Palavecino. No sólo ha sido sindicado como tal por la víctima, sino que el propio Palavecino lo reconoció -aunque aduciendo un acto consentido- en su indagatoria. Y a más de que Palavecino lo admitiera, corroboran su autoría el hallazgo de manchas de sangre en el pantalón corto y ropa interior que vestía (fs. 11) que, según se determinó en la peritación de fs. 119, pertenecen a la especie humana y corresponderían al grupo sanguíneo "0" (cero), al igual que las encontradas en las prendas que vestía L.N.P. y que fueran entregadas por la madre de ella, según constancia de fs. 6 donde fueran detalladamente descriptas. También concurre a corroborar que Palavecino fue quien accediera a L.N.P. esa noche, el informe médico que efectuara el Dr. Néstor W. Fernández después de examinar a Palavecino donde, luego de describir diversas escoriaciones –en rodilla derecha, pierna izquierda, muslo izquierdo, en ambos codos y en antebrazo derecho– constata desgarró parcial del frenillo prepucial, lesión de la que emana sangre roja rutilante líquida. Además constató por conducto urinario la salida de líquido compatible con líquido seminal. Esta lesión también fue constatada por el médico Forense Dr. Hugo O. Banegas (fs. 61), quien la describió como desgarró de frenillo del prepucio en el pene, de alrededor de 72 hs. de evolución. Palmariamente queda acreditado, con lo expuesto, que el acusado Leonardo Javier Palavecino fue quien accedió carnalmente por vía anal a L.N.P.

Ahora bien, al ser indagado Palavecino adujo que esa relación sexual fue consentida por la menor. Expresó –ante Instrucción, ya que en debate optó por no declarar– que ese día habían estado en la plaza tomando cerveza a la siesta; a la tarde fueron a jugar a la pelota, estaban con Lucas tomando en la gomería, después vino Darío y fueron a su casa a seguir tomando son su madre. Posteriormente llegó su novia a la casa de Darío y lo invitó para ir a tomar tereré a la plaza, ella tomaba tereré con su hermana y ellos tomaban cerveza. A eso de las once de la noche su novia se fue a su casa con su hermana y ellos quedaron en la parte de adelante de la plaza. En ese momento pasa L.N.P. por detrás de la plaza con un grupo de aborígenes, luego vuelve con una amiga y ésta lo llama para que hable con L.N.P. Estaban

detrás de la iglesia y L.N.P. le pidió que le pagara, ya que hacía dos o tres días había estado con ella y no le había dado los quince pesos, entonces le dijo que le iba a dar veinticinco pesos si lo volvían a hacer. L.N.P. le dijo que no porque estaba menstruando a lo que le dijo que harían por atrás. Ella consintió diciéndole para ir a la gomería, pero él le dijo que lo harían ahí nomás, si no había gente en la plaza. Le bajó los pantalones y ese momento llegan Lucas y Darío y le piden plata para ir a comprar cerveza. Les pidió que esperaran un ratito, que se vayan para atrás, y ellos comenzaron a reírse, entonces agarró plata que tenía en la cintura y se la dio. Luego se bajó los pantalones y la accedió; como no había lubricación cuando la penetró se lastimó el pene. Ella se asustó y se fue a la casa. Antes de llegar a la esquina se encuentra con la amiga que venía –de quien ignora el nombre, sólo la conoce de vista-, se pusieron a hablar y de allí se fueron a la comisaría. Indicó que el día de la virgen ella había estado con él y con Lucas, que le pagó y tuvieron relaciones en la gomería. Carlos Rodríguez vio cuando entró con L.N.P. a la gomería y cuando entró Lucas. Dos días antes de la denuncia también estuvo con L.N.P. y habían tenido sexo anal, pero no le pagó. Esto fue en una casa que no está terminada frente a la escuela. Indicó que L.N.P. se asustó al ver sangre por eso fue a hacer la denuncia, pero esa sangre era suya ya que tuvo un desgarró en el pene, porque lo hicieron sin lubricación. Esta chica siempre anda en la plaza y cualquiera la podía llamar. Que tiene relaciones con L.N.P. desde que vino de Buenos Aires, en el mes de diciembre del año dos mil dos, varias veces lo hicieron y siempre le pagó. La noche en que ocurriera el hecho había un grupito de gente en la plaza, pero desde donde ellos estaban no se lo veía. Rojas y Anríquez estaban en la parte de enfrente de la iglesia; luego fueron a donde él estaba con L.N.P., le pidieron plata y se fueron a buscar cerveza; ellos en ningún momento participaron. Negó haberla agarrado de la mano o pegado. Al describir cómo mantuvieron relaciones sexuales, indicó que L.N.P. estaba contra la pared de la Iglesia donde hay una cruz metida y queda un espacio para sentarse. Que comenzó besándola, le tocaba los pechos y le bajó el pantalón. Luego la dio vuelta agarrándola del hombro y se bajó el short, ella apoyó su brazo sobre el borde izquierdo de la cruz y la penetró, unos diez minutos hasta que acabó –no recuerda si adentro o afuera-. Después ella se puso el pantalón y le dijo “mirá hay sangre”, mostrándole la parte de la cintura del pantalón, manifestándole que él se había lastimado. Que a ella no le sangró porque es “batuquera vieja”, en ningún momento se quejó cuando la penetraba y le dijo en varias oportunidades “Javi te amo”. Mientras mantenían relaciones él la agarraba de la cintura y ella apoyaba sus manos en la cruz que hay en la pared de la iglesia. Que esa noche no le pidió que le chupara el pene, pero en otras ocasiones sí. Al ser preguntado por las lesiones que dio cuenta el informe médico de fs. 20, manifestó que cuando saltó el alambrado de la escuela se raspó con el alambre el brazo -cree el derecho-, con una planta de tala se raspó la pierna y cuando saltó el otro alambrado se enganchó del pie, cayó de rodillas y se raspó. Que esa noche se asustó de la policía porque una vez cayó preso por una pelea y cuando salió en su casa le pegaron, que no le quería dar un disgusto a su abuela que está enferma.

L.N.P., por el contrario, efectúa un relato diametralmente opuesto, en aspectos esenciales, a lo expresado por Palavecino. Manifestó la menor en el debate -aunque con imprecisiones, dubitaciones y discrepancias, algunas muy trascendentes, que se irán analizando más adelante- que el acceso carnal que sufriera no fue consentido, sino que fue llevada a ese acto por la fuerza y que no pudo resistir. En síntesis, dijo que cuando iba con su amiga GC hacia la casa de ella, a buscar un termo para tomar tereré, la llamó Javier Palavecino muy cerca de la iglesia. Estaba solo. Le pidió que se siente y la tomó de la mano. Allí le pidió que se saque el pantalón pero ella no quiso. En eso llegaron los otros -Rojas y Anríquez- y con sus remeras tapaban para que no la vieran porque había mucha gente. Palavecino le sacó la ropa y ella gritó -tres veces- pero no pudo seguir haciéndolo porque Anríquez le tapó la boca con la mano. Así desnuda la llevó al frente de la iglesia y la violó, dijo.

Pero interrogada sobre el lugar, se desdijo y señaló que la violó en la parte trasera de la iglesia -lo señaló en el croquis- y que recién después la llevó hacia delante. Después que se le Ley era la declaración ante Instrucción refirió que Palavecino le golpeó la cabeza -varias veces- contra el vidrio de la ventana y que le produjo un chichón, pero eso no le revisaron. Dijo que también en los brazos tenía moretones que no le revisaron. Cuando Palavecino la soltó se fue corriendo para la comisaría y se encontró con sus amigas G y C, quienes le preguntaron que le pasaba -porque tenía su ropa manchada con sangre- pero ella no les contestó nada y se fue sola a la comisaría.

Después de un meditado y cuidadoso análisis de los numerosos elementos convictivos que se produjeron en el debate, entiendo que aún cuando el descargo formulado por Palavecino contenga ciertos aspectos dubitativos o, incluso, desvirtuados, la imputación -que deviene primordialmente del relato de la menor accedida carnalmente- no obtiene una consolidación suficiente respecto al decisivo y crucial aspecto de si ese acceso carnal sobradamente probado, fue cometido mediante el uso de la fuerza -como lo indica la menor si fue consentido como lo alegara el único imputado que prestó declaración indagatoria.

Uno de los aspectos que merece evaluarse es la aseveración de Palavecino en cuanto a que L.N.P. consintió el acto porque él le iba a pagar. En otras palabras, porque era prostituta. Si bien no está acreditado -por el contrario, se desvirtúa con la declaración de Juan Carlos Rodríguez- que alguna vez anterior hayan tenido relaciones sexuales en la gomería -negó el testigo haber visto a Palavecino con L.N.P. y menos que hayan estado en su gomería-, lo cierto es que la circunstancia de que la menor hubiera acostumbrado a concretar relaciones sexuales a cambio de dinero, es un hecho que ha sido mencionado por varios testigos. Así, Francisco Ismael González dijo que supo, por comentarios de Celestina Pérez, que L.N.P. trabaja por la plata, que cobraba para hacer el amor. Agregó que él lo que sí puede decir es que siempre la ve a la chica que anda con uno o con otro hombre en la plaza. Por su parte, Celestina Pérez, que dijo ser prima de L.N.P., señaló que según una chica de nombre Teresa, L.N.P. trabajaba por plata -tenía sexo por dinero- aclarando, en una ampliación de su

testimonial, que fue T.P. -una prima de L.N.P.- quien le contó que la L.N.P. cobraba guita, que salía con un hombre y le pedía plata.

También Silvina Alba Niz Salto en su declaración indicó que, según comentarios de la gente del pueblo, la chica -se refería a L.N.P.- trabajaba por la plata, es prostituta, y que la declarante la había visto charlando con varios hombres. Por otra parte, la misma compañera de la menor -Griselda Mariela Charole interrogada específicamente sobre ese punto, dijo no conocer esa situación -si L.N.P. se comportaba sexualmente como prostituta- pero no lo negó en forma terminante.

Ahora bien, más allá de que esa circunstancia pueda ser considerada debidamente probada o no, lo verdaderamente decisivo a favor de los inculpados es que no se encuentran pruebas unívocas y convincentes que permitan establecer con certeza que el probado acceso carnal fue consumado mediante el uso de la fuerza o si verdaderamente fue consentido. Ello deviene de una larga serie de situaciones pero, fundamentalmente, de los propios dichos de quien afirma haber sido víctima de la violencia en ese acceso carnal ya que su declaración, a más de presentar una serie de discrepancias y contradicciones intrínsecas, no obtiene corroboración en extremos de singular relevancia. Esta situación debilita sensiblemente la prueba de cargo ya que, en este tipo de ilícitos -los abusos sexuales-, los dichos de quien se dice víctima asumen una preponderancia a veces hasta excluyente ante la circunstancia de que para concretar un acto sexual -consentido o no- se busca lugares que no puedan ser observados por otras personas, y en consecuencia, es muy difícil contar con testigos presenciales. Es más, precisamente en este caso en el que sí llamativamente hay personas -menores- que afirman haber visto importantes circunstancias del hecho, se advierten severas contradicciones con la menor damnificada, como se verá más adelante.

Volviendo a los dichos de la menor L.N.P., debo reiterar que en ellos se advierten tantas discrepancias y contradicciones que por momentos resulta inexplicable que se hubiera manifestado del modo que lo hizo en ciertos aspectos.

En el debate L.N.P. dijo que cuando iba con su amiga fue llamada por Javier Palavecino, quien estaba solo, y que “al rato” vinieron Rojas y Anríquez. Sin embargo, ante Instrucción, si bien dijo que la llamó Javier Palavecino, indicó que estaban los tres cuando ellas pasaban, nombrando a Darío Rojas y a Lucas Anríquez como quienes estaban con Javier Palavecino.

Más confuso resulta este aspecto si consideramos que GMC, que coincide en que fue con L.N.P. a buscar un termo, manifestó que sólo estaban Darío Rojas y Javier Palavecino cuando éste la llamó a L.N.P. y que cuando volvió con el termo recién vio a Anríquez con los otros dos, pero que no vio a L.N.P. cuando regresó.

Además, en el debate, L.N.P. dijo que sólo de vista conocía a estos tres muchachos y que nunca había hablado con ellos. En cambio, ante Instrucción, admitió que los conocía a los tres y que a veces charló con ellos. Si bien estas discrepancias no son de mucha relevancia respecto al tema decidendum comienzan a mostrar las grietas que presenta este relato y que más adelante se reiteran en otras pautas de verdadera significación. Basta señalar, como ejemplo, las variaciones que mostró respecto a la actitud de los coimputados Rojas y Anríquez. En el debate, comenzó diciendo que sólo desplegaron sus remeras para que la gente no la viese a ella ni lo que le hacían. Después atribuyó a Anríquez el haberle tapado la boca cuando ella gritó. Pero al hacérsele notar que ante Instrucción dijo que fue Palavecino quien tapó su boca, admitió esta versión. De Rojas había dicho en sede instruccional que la agarró del brazo y la apretaba contra la pared, pero en debate dijo que no la había agarrado. Luego, cuando la interrogaba el Sr. Fiscal de Cámara, a preguntas concretas sobre la intervención de Rojas y Anríquez, daba respuestas afirmativas. Pero, reformuladas esas mismas preguntas ante el cuestionamiento de la Defensa respecto a que se inducía las respuestas, contestó negativamente la relativa a la intervención de Rojas y Anríquez, más allá de desplegar las remeras para ocultar el suceso.

Vemos, entonces, que también en estos aspectos de verdadera significación como lo es la actitud y el proceder de dos de los imputados, mostró ambigüedades y contradicciones inaceptables. No dejo de tener en cuenta que, como lo señalara el Ministerio Público, esta testigo se mostró apocada y tímida, pero ello no puede explicar las ambivalencias de sus dichos, máxime que ella cursaba estudios secundarios, lo que implica que no podía dejar de comprender el significado de sus dichos y sus retractaciones, sobre todo si conforme a las conclusiones del informe socio ambiental que se practicara, la joven L.N.P. es muy descriptiva y observadora. Pero no sólo encontramos esas discrepancias, ambigüedades y contradicciones que obviamente crean ya serias y profundas dudas respecto al acontecer histórico que ella pretende describir, sino que también otros aspectos, estos sí de mucha mayor relevancia y significación respecto al hecho que ella afirma que ocurrió mediante violencia, van a verse controvertidos frente a otros elementos de prueba.

Uno de sus aspectos es el relativo a la afirmación de L.N.P. en cuanto a que cuando Palavecino la tomó fuerte de los brazos, ella alcanzó a gritar aclarando en debate que gritó tres veces antes de que le tapen la boca. Mas allá de la discrepancia que ya vimos respecto a quien le tapó la boca -si Palavecino o Anríquez- lo verdaderamente cierto es que ninguno de sus amigos que estaban en la plaza -a una distancia no mayor de sesenta o setenta metros, según GMC que lo explicó observando el croquis de fs. 90-escucharon grito alguno.

La propia Griselda, como sus compañeras Cristina M., Delia L. y Martín T. S. que estaban tomando tereré en la misma plaza y con quienes había estado también L.N.P. antes de ir a buscar el termo con Griselda, fueron contestes, a preguntas específicas, que no escucharon ningún grito esa noche. Es de suponer que L.N.P. gritó con fuerza, si lo hizo, y resulta muy llamativo que nadie de ese grupo que no estaba lejos, los escuchara, sobre todo si eso ocurrió

ya cerca de la medianoche y en un pueblo chico como es El Espinillo, donde no habrá habido tránsito ni ruidos que pudieran cubrir esos gritos. Otro aspecto que también se encuentra desvirtuado -de lo referido por la menor- es el atinente a las consecuencias que la violencia que dijo sufrir, le habían ocasionado. Ella señaló que Palavecino la tomó del cabello y golpeó -varias veces- su cabeza contra la ventana, aclarando que fue contra el vidrio de la ventana -lo mostró en las fotografías de fs. 94 bis y siguientes- y que como consecuencia de ella, le produjo un chichón en la cabeza. También señaló que en sus brazos quedaron marcas y moretones de lo que le apretaron para obligarla.

Sin embargo, en ninguno de los exámenes médicos que se le practicaron se observó lesión alguna fuera de las que ya se mencionaran y que fueran producto sólo de la penetración. El Dr. Néstor Walter Fernández que la examina a muy poco del hecho, fue contundente en que no observó lesiones visibles en el resto del cuerpo (fs. 4). Tampoco el Médico Forense, que la examinó el día 7 de octubre (fs. 44), encontró otras lesiones fuera de las constatadas en la zona anal, expresando en su informe que no se observan otras lesiones de carácter médico legal en el resto del examen físico. Mencionó la menor que le dijo al médico que la revisó la noche del hecho los golpes que sufriera pero que éste no la revisó. Esto resulta verdaderamente inaceptable si se tiene en cuenta no sólo lo concluyente del informe en cuanto a que no observó lesiones visibles en el resto del cuerpo -lo que obviamente implica que la revisó-, sino que esto fue corroborado por el Médico Forense, y por otro lado, que el mismo profesional -Dr. Néstor W. Fernández- que examina a los tres imputados esa misma noche destaca, en cada uno de ellos, las distintas lesiones -leves- que observó (fs. 19, 20 y 21). Además si verdaderamente hubiese tenido marcas en sus brazos, no podían dejar de verse a simple vista, máxima que la remera que vestía L.N.P. era de mangas muy cortas. Quedan así desvirtuados aspectos concretos -y altamente trascendentes- de la violencia que dijo sufrir la menor. Por otra parte, si bien los procesados presentan algunas lesiones -escoriaciones o hematomas (ver fs. 19, 20 y 21)- por sus características no parecen tener ninguna relación con el hecho más aún si tenemos en cuenta que la menor no dijo haber ejercido ningún tipo de resistencia ante la violencia que dice haber sufrido.

Es indudable que las consecuencias que resultaron de ese acceso carnal -tanto en el ano de la menor como en el pene de Palavecino, como se vio más arriba- ponen de manifiesto la existencia de una penetración que requirió un esfuerzo superior al normal que llevó a ese resultado lesivo. Pero ello, por sí, no implica ni puede tomarse como determinante de ausencia de consentimiento para el acto ya que bien puede ocurrir que, aceptado el acto, la falta de una lubricación suficiente, que es lo que aduce Palavecino -ya que en la vía anal no se produce la lubricación natural que sí se manifiesta en la vagina-, o el ímpetu con que se intenta la penetración, o ambos factores, fueren los que produjeron semejantes consecuencias, máxime si tenemos en cuenta la juventud del sujeto activo, edad en la que la excitación sexual suele ser mucho más impetuosa y más aún ante una ingesta alcohólica - que fue reconocida por Palavecino y constatado por el médico- que suele producir mayor desenfreno. Pero, lo reitero, ello no puede constituir una circunstancia determinante de falta de consentimiento, sobre todo ante la reducidísima credibilidad que se observa en los dichos de L.N.P. frente a todo lo hasta aquí analizado.

Esa reducidísima credibilidad disminuye aún más si se relaciona el relato de L.N.P. con el de su amiga Griselda C. Según la primera, desde que la llamaron y hasta que ella pudo alejarse del lugar porque ya la dejaron libre, los sucesos habrían ocurrido del modo que ella los relató y sin que surja solución de continuidad entre ellos. Sin embargo, Griselda C. fue contundente en que cuando L.N.P. se quedó ella siguió hasta su casa, buscó y preparó el termo y regresó a la plaza. Dijo que demoró una media hora pero después admitió que pudo ser menos tiempo. Pero indicó que cuando pasó cerca de la iglesia, vio que estaban los tres, Palavecino, Rojas y Anríquez, pero que no la vio a L.N.P. con ellos. Ella siguió hasta donde

estaban sus compañeros, al que se había unido un tal Franco, y comenzaron a tomar tereré. Una hora más tarde -dijo- se acercó L.N.P., a quien vio venir desde atrás de la capilla, la llamó a Cristina y después de hablar con ella, se fue a la comisaría. Estas diferencias no pueden ser minimizadas ni consideradas de poca trascendencia ya que quebranta una vez más el relato de quien fuera accedida respecto a esa continuidad que relata. Y, además, plantea interrogantes de no poca significación como lo sería el lugar en que estaría, entonces, L.N.P. cuando pasa de regreso su amiga y ve sólo a los imputados. Además, el lapso temporal que menciona Griselda C., en nada se compadece con el que resulta de los dichos de L.N.P. ya que de su relato surge que fue un accionar relativamente breve, aunque nada dijera respecto al tiempo.

Ahora bien, junto a esta -insisto- debilitadísima prueba de cargo, aparecen las declaraciones de los menores Miguel Angel Aquino, Marcelo Monzón y Juan Carlos Monzón que, en principio, se mostrarían convalidantes de la existencia de violencia en la relación sexual que aquí se debate. Pero las divergencias de estas versiones con la de L.N.P. son tan marcadas y relevantes que no pueden sino desecharse y establecer como conclusión que a lo único que conducen es a ahondar aún más la ya profundísima grieta dubitativa que se manifiesta respecto a la violencia en el acto sexual debatido.

Así, Miguel Angel Aquino, quien dijo haber estado en la plaza esa noche del hecho, con otros amigos, refirió haber visto actos de violencia de los imputados hacia L.N.P. la agarraron entre los tres, la dejaron desnuda, le taparon la boca, la recostaron contra la pared y la tenían “agarrada” allí. Pero Aquino señaló que cuando la “agarraron” a L.N.P. ésta andaba con Cristina Molina, circunstancia absolutamente falsa ya que según todo el material probatorio ya visto, L.N.P. es llamada por Palavecino cuando caminaba con Griselda Charole. Mayor falsedad se advierte en cuanto refiere que incluso los muchachos las quisieron “agarrar” a las dos pero que Cristina salió a correr y no la pudieron agarrar. Ni Cristina Molina ni ningún otro testigo asevera algo así ni con ella ni con otra chica.

Sobre el momento crucial del suceso, Aquino además de señalar que a L.N.P. la dejaron desnuda y le taparon la boca con su propia remera -circunstancia distintas a las señaladas por L.N.P.- afirma que fueron los tres imputados los que accedieron carnalmente a L.N.P. describiendo incluso la sucesión de actos y la actitud de cada uno de los inculpados durante todo ese accionar. Pero L.N.P. si bien en sus primeras manifestaciones ante Cristina Molina sindicó a los tres, durante todo el proceso atribuyó sólo a Palavecino el haberla accedido. También Marcelo Monzón dijo haber visto lo que le sucediera a L.N.P. Dijo que estaba con Aquino y otros amigos cuando la llamó Rojas -no vio que la corriesen junto a otra chica, como había dicho Aquino, ni que la llamase Palavecino como indicó L.N.P.- y la llevaron hacia atrás de la iglesia. Prosiguió con el relato de lo que dice haber visto y la violencia que se ejerciera, pero ni siquiera coincide con su compañero. Vuelve sobre la circunstancia, ya descartada, de que los tres la accedieron a la menor y al describir las circunstancias difiere de Aquino hasta en el orden en que habrían accedido a L.N.P.

También Juan Carlos Monzón prestó declaración pero lo único que dijo haber visto es cuando a L.N.P. le tapaban la boca Javi, Lucas y Darío y la llevaban a la chica detrás de la iglesia. Agregó que la chica no podía gritar cuando la llevaban porque le tapaban la boca. Tampoco estas afirmaciones se compadecen con los dichos de L.N.P.

Como se ve, estas declaraciones que el Ministerio Público consideró convalidantes de la existencia de la violencia y que destruirían el supuesto consentimiento de la menor, no sólo no convalidan esos interrogantes sino que contribuyen decididamente a agigantar las severísimas dudas que rodeaban ya a ese crucial aspecto.

No dejo de tener en cuenta que también en la declaración indagatoria de Leonardo Javier Palavecino hay aspectos que no se confirman o que hasta se desvirtúan. Así, las relaciones anteriores que dijo haber tenido con L.N.P. no se confirman y según el testimonio de Juan

Carlos Rodríguez no habría sido posible que se concretaran en la gomería en la que él trabajaba. Pero estas circunstancias si bien afectarían en cierto modo la credibilidad de sus dichos, bajo punto de vista alguno puede llevar a reforzar la idea de la violencia en el acto sexual, sobre todo ante la quebrantada credibilidad de la principal prueba de cargo como se ha visto en el desarrollo analítico precedente.

No dejo de tener en cuenta que, como lo señalara el Sr. Fiscal de Cámara, la actitud llorosa de L.N.P. frente a sus amigos después del acto y su decisión de ir inmediatamente a la policía, no se compadecen con un acto consentido. Pero tampoco estos indicios pueden revertir las profundísimas dudas que ya se analizaran, sobre todo porque bien pudo ocurrir que ante las consecuencias que produjo el acto -profusión de sangre que manchó todas sus prendas- y ante lo inevitable que resultaba que sus padres se enteraran, se asustara y pensara en atribuir culpas a otros y de allí su actitud de acudir a la autoridad. Orienta también a pensar en ello la circunstancia de que inicialmente a su amiga Cristina Molina le dijera que la violaron los tres imputados pero luego admitió que sólo uno la accedió y que los otros dos sólo desplegaban sus remeras para que no fueran vistos ella y Palavecino durante el acto. Ahora bien, más allá de que pueda señalarse algunas pautas convictivas de cargo, lo cierto es que el altísimo cúmulo de situaciones y elementos probatorios gravemente dubitativos sobre aspectos verdaderamente trascendentes en el acontecer histórico imputado llevan a que para obtener la certeza sobre la existencia de fuerza o violencia o algún otro tipo de intimidación para lograr el acceso carnal, resulte un extremo inalcanzable y que, en consecuencia, las profundísimas dudas que fueron surgiendo y que restaron certeza a la imputación sean resueltas a la luz del principio in dubio pro reo (arts. 41 y 381 del C.P.P.) y se concluya considerando que no está probado suficientemente que el hecho encuadre en la norma penal atribuida a los procesados.

Resta considerar si ante la edad de la menor al momento del hecho - 15 años- podría subsistir la imputación en los términos de lo normado por el art. 120 del C. Penal. Pero en el caso, aún cuando no se considere la calidad de prostituta que muchos testigos atribuyeron a L.N.P. -como se viera más arriba-, lo cierto es que mal puede hablarse de inexperiencia sexual de la menor si presentaba desfloración de larga data -ver informes médicos de fs. 4 y 44- y ella misma admitió haber tenido relaciones sexuales el año anterior aunque lo limitó a una sola vez. Por otra parte, por la edad del sujeto activo que la accediera -19 años- tampoco puede sostenerse que hubiera un aprovechamiento en razón de la mayoría de edad del autor.

Por todo lo expuesto y por aplicación de lo dispuesto en los artículos 4 y 381 del C.P.P. - Ley 1.062 y sus modificatorias- considero que debe absolverse a los imputados respecto a los hechos por los que fueran sometidos a este proceso.

V.- Deben regularse los honorarios profesionales de la Dra. Nilda P. Fabiana Lambrecht - por su intervención en una parte del proceso como defensora de los imputados Humberto D. Rojas y Lucas G. Anríquez-, en la suma de TRESCIENTOS (\$) 300); Los del Dr. Oscar Alberto Floroff -como defensor de Leonardo J. Palavecino en una parte del proceso-, en la suma de DOSCIENTOS PESOS (\$) 200) y los del Dr. Rodolfo Gustavo Lineras -por su participación como defensor de todos los imputados, en la última etapa del juicio- en la suma de MIL PESOS (\$) 1.000); debiendo notificarse a los dos primeros de lo resuelto y dejando a todos intimados a efectuar los aportes correspondientes a Caja Forense.

VI.- Debe procederse a la entrega de las prendas de vestir secuestradas y de figuración a fs. 250, a sus propietarios.

VII.- Por todo ello y en orden a lo expuesto, el Dr. Ricardo Domingo Gutiérrez, como Juez de Sala Unipersonal de la Cámara Segunda en lo Criminal, FALLA: I) ABSOLVIENDO DE CULPA Y CARGO a HUMBERTO DARIO ROJAS, LEONARDO JAVIER PALAVECINO y LUCAS GONZALO ANRIQUEZ, de circunstancias personales ya consignadas, de los hechos por los que fueran sometidos a proceso, disponiéndose la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente. Sin costas. II) Regulando los honorarios profesionales de la Dra.

Nilda P. Fabiana Lambrecht -por su intervención en una parte del proceso como defensora de los imputados Humberto D. Rojas y Lucas G. Anríquez-, en la suma de TRESCIENTOS PESOS (\$ 300); los del Dr. Oscar Alberto Floroff –como defensor de Leonardo J. Palavecino en una parte del proceso-, en la suma de DOSCIENTOS PESOS (200) y los del Dr. Rodolfo Gustavo Lineras -por su participación como defensor de todos los imputados, en la última etapa del juicio-, en la suma de MIL PESOS (\$ 1.000); debiendo notificarse a los dos primeros de lo aquí resuelto y dejando a todos intimados a efectuar los aportes correspondientes a Caja Forense. III) Disponiendo la entrega de las prendas de vestir secuestradas y de figuración a fs. 250, a sus propietarios. IV) Agréguese el original a la causa. Protocolícese. Regístrese. Notifíquese.

Líbrese las comunicaciones pertinentes. Oportunamente ARCHIVESE. LG.

Anexo N° III

Del Libro de Sentencias

En la ciudad de Formosa, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve días del mes de mayo del año dos mil siete, se reúne en Acuerdo la EXCMA. CAMARA SEGUNDA EN LO CRIMINAL, presidida, por subrogación, por el Dr. RICARDO FABIAN ROJAS e integrada, por subrogación, por los Sres. Jueces Dres. JOSE LUIS R. PIGNOCCHI y LUCRECIA CANAVESIO DE VILLALBA, asistidos por la Secretaria que certifica, Dra. NORMA B. ALVAREZ DE QUINTANA, al solo efecto de suscribir la sentencia recaída en los autos caratulados: "GONZALEZ, RUBEN HECTOR - BONILLA, HUGO OSCAR - SANTANDER, SERGIO ANDRES (Prófugo) S/ABUSO SEXUAL -Art. 119, 3er. párrafo C.P." (de origen Nro. 423/05 Juzgado de Instrucción y Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de Formosa), Expte. N° 300 -F° 108 -Año 2005, cuyo debate y deliberación se realizaran los días 04 y 08 de mayo del corriente año en esta ciudad de Formosa capital, y en la que intervinieran el Sr. Fiscal de Cámara N° 2, Dr. RUBEN HUMBERTO MENENDEZ y la Sra. Defensora Oficial de Cámara N° 2, Dra. GRACIELA E. MONTESERIN asistiendo a los imputados RUBEN HECTOR GONZALEZ, (a) "Gato", argentino, de 22 años de edad, de estado civil soltero, de ocupación jornalero, con instrucción primaria incompleta, nacido el 03/02/984 en la localidad de Laguna Yema -Pcia. de Formosa, hijo de Juana González, titular del D.N.I. N° 30.389.061, con último domicilio en B° Agua Potable de la localidad de Laguna Yema y HUGO OSCAR BONILLA, (a) "Goly", argentino, con 26 años de edad, de estado civil soltero, trabajador rural, con instrucción primaria incompleta, nacido el 10/05/980 en Paraje "Campo Azul" de la localidad de Laguna Yema -Pcia. de Formosa-, hijo de Agapito Bonilla y de Amalia Montes, titular del D.N.I. N° 27.970.505, con último domicilio en B° Agua Potable de la localidad de Laguna Yema, a quienes se les atribuye el siguiente hecho: Que, aproximadamente entre las 23:00 y 00:00 horas del 22 de mayo del año 2005 Rubén Héctor González -previo perseguirla- alcanzó a Nemecia Carrizo (a) Clemencia, aborigen de la etnia wichi, de 18 años de edad, en inmediaciones a la cancha de fútbol de la escuela N° 421 de la Comunidad Aborigen "Mataderos" sita en la localidad de Laguna Yema, oportunidad en que le aplicó un golpe en el rostro, tirándola al suelo, y una vez allí procedió a bajarle el pantalón que llevaba puesto y la ropa interior para luego accederla carnalmente por la fuerza,

haciendo lo mismo posteriormente Hugo Oscar Bonilla, quien lo acompañaba.

Seguidamente el Tribunal toma a consideración las siguientes CUESTIONES

1.- ¿Cuáles son los hechos probados y que participación le cupo en ellos a los acusados?

2.- ¿Qué calificación corresponde asignar a los mismos, y en su caso que pena resulta justa aplicarles; corresponde la regulación de honorarios profesionales y resolver otras cuestiones?

Habiéndose resuelto el orden de votación a fs. 195, 203, 244, 259 y 261.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el Juez ROJAS, dijo:

El desarrollo del debate, a través de las pruebas producidas e incorporadas por lectura al mismo, ha permitido tener por acreditado que el día 22 de Mayo de 2.005, en la localidad de Laguna Yema, cerca de la estación del pueblo, los imputados Ruben González y Hugo Bonilla cerca de las 23 horas se encontraron con Nemesia Carrizo que estaba en compañía de otras personas, a quien ya conocían con antelación y Gonzalez le propuso que buscara otra amiga para luego encontrarse en la canchita de futbol que está en la comunidad Aborigen Mataderos, lugar al que concurrieron ambos imputados, pero Nemesia llegó sola y mantuvo relaciones sexuales a un costado de la canchita con González; mientras Bonilla esperó a un costado, y luego González se retiró y Nemesia Carrizo mantuvo relaciones sexuales con Bonilla, retirándose luego éste, asimismo que no era la primera vez que los imputados mantenían relaciones con Nemesia Carrizo.-

Por el contrario, no han quedado acreditados los terminos de la denuncia formulada por Pedro Carrizo, ni lo declarado por la presunta víctima del hecho investigado, referidos a que fue abusada sexualmente por los imputados y otras tres personas en el mismo lugar, luego de haber recibido un golpe de puño por parte González y que los demás denunciados hayan aprovechado el estado de indefensión de la misma.-

El imputado Ruben González, haciendo uso de su derecho constitucional se abstuvo de prestar declaración indagatoria en

la audiencia de Debate, por lo que corresponde la valoración de lo declarado en la Instrucción, donde sostuvo que Ese día a las 23:00 horas aproximadamente encontró a la víctima en el pueblo, cerca de la estación, que andaba con varias chicas, la llamó y le dijo que busque otra amiga y que él, junto a Bonilla se encontrarían en la canchita, luego Nemesia apareció sola y tuvieron relaciones sexuales, y por ello le pagó diez pesos, retirándose del lugar González, mientras Bonilla lo esperaba sólo en la canchita, posterior a ello Clemencia (Nemesia) se dirigió hacia la canchita; desconoce que pasó entre ellos. A preguntas que se le formuló, respondió: que en otras ocasiones mantuvo relaciones sexuales con Nemesia, cinco o seis veces, y el dicente le pagaba cinco o diez pesos. Que en ningún momento violó a la víctima, ella por gusto quiso mantener relaciones sexuales. Que el imputado vive a dos cuadras de la canchita y todos los días va a la comunidad aborigen a jugar al fútbol, que va sólo, en algunas ocasiones fue con Santander.

Por su parte el co-imputado HUGO OSCAR BONILLA, también se abstuvo de prestar declaración en la audiencia de debate, correspondiendo idéntico tratamiento respecto de la declaración prestada en la instrucción donde expresó "Que no violó a la víctima, que ese día Ruben González y el deponente encontraron a la víctima en la vía férrea, frente al surtidor, junto con cinco chicas, por lo que Rubén le dijo que consiga una amiga mas y vaya a la canchita de la Comunidad Aborigen -Bº Matadero-. Que luego de 20 o 25 minutos apareció Clemencia sola, González la llevó hacia un monte -al costado de la canchita-, estuvieron aproximadamente diez minutos, luego regresó la víctima sola donde estaba el declarante, no sabe en que momento se fue González, porque no lo vió. Que ella le pidió un cigarrillo y le contó que tuvo relaciones sexuales con Ruben, y luego también el imputado tuvo relaciones sexuales con la misma en la canchita, luego le dio ocho pesos y se fue, que ella le pidió más plata pero el dicente no tenía más. A preguntas que se le formuló, respondió: que mantuvo relaciones sexuales con la víctima cinco veces aproximadamente y siempre le dio dinero. Que el deponente es la primera vez que fue a la Colonia Aborigen."

En la audiencia de instrucción suplementaria llevada a cabo en la presente causa se recibió la declaración testimonial del Dr. Omar Trachta, quien señaló que había examinado a los imputados y que

González arrojaba positivo en el test de enfermedad de transmisión sexual compatible en un alto porcentaje con gonorrea, situación que no se daba en el caso de Bonilla y tampoco en la presunta víctima Nemesia Carrizo respecto de los análisis realizados a la misma en fecha 2 de Junio de 2.005 en el Hospital de Las Lomitas, que si González hubiera tenido relaciones sexuales con la víctima, la única forma de no contagiarla era mediante el empleo de preservativos.-

A fs. 3 de autos obra el informe pericial médico elaborado por el Dr. Roberto Aguirre quien examinó a Nemesia Carrizo el 26 de Mayo de 2.005, del que surge que la misma presentaba defloración de larga data, no se observaban lesiones, pero ante el relato de la víctima no se descartaba acceso carnal; de la misma forma no presentaba lesiones visibles al momento del examen, el que fue ratificado en la declaración prestada a fs. 33 ante el Juez de Instrucción y que al día siguiente de haberla revisado, ésta regreso presentando un cuadro de infección urinaria.-

La Dra. MARTA DOMINGUEZ, declaró también en la audiencia de Instrucción Suplementaria que el 1º de junio de 2.005 atendió a Nemesia, quien llegó con su padre y éste le manifestó que había sido violada y que la había asistido el Dr. Aguirre, la paciente manifestó que le dolía la panza y la médica lo atribuyó a que estaba menstruando, aclarando que no le hizo tacto por la menstruación pero no observó ningún signo de violación al igual que el Dr. Aguirre, pero igualmente la dejaron internada una noche y le sugirieron al papá y los hombres que la acompañaban, que la llevaran al Hospital de Las Lomitas, remarcando que no encontró hematomas ni rasguños aclarando que si hay violencia se ven muchas excoriaciones, hematomas en la entrepierna, además de los labios mayores y menores y alguna secreción (flujo), signos que no presentaba la paciente.-

En la audiencia de debate Pedro Carrizo (padre de Nemesia Carrizo, menor al momento del hecho) declaró que conocía a los imputados y no había estado en Laguna Yema el día del hecho porque estaba trabajando en el campo y cuando llegó a su casa se encontró con su hija en cama y la llevó al hospital, porque Gonzalez y otros muchachos la habían violado, pero que no eran dos sino cinco los que habían cometido el abuso, habiéndose enterado por José Saravia, quien había escuchado los gritos, pero cuando fue hasta el lugar no

había nadie; luego regresó a su trabajo en el campo y cuando volvió a la semana, Nemesia no mejoraba, por lo que la trasladaron del hospital de Laguna Yema al de Las Lomitas, recalcando que eran cinco los presuntos violadores.-

NEMESIA CARRIZO, presunta víctima declaró en la audiencia de Debate que el día del hecho estaba con Irma Saravia paseando y los había visto a los imputados mas temprano en la estación y luego con Irma tomaron un vino que compraron en lo de "Chiquito Acevedo", que a éstos los conocía de vista pero nunca tuvieron relaciones, luego, cerca de la escuela, la agarró "Gato" (Gonzalez), quien tenía una pistola y otras cuatro personas la violaron, habiéndole pegado una piña González, y que la situación duró un buen rato, que Irma se pudo escapar porque disparó primero, luego su fue hasta su casa que quedaba a dos cuadras del lugar donde fue abusada, habiendo igual distancia con la casa de Irma; y al día siguiente fue al hospital, pero el médico no le encontró nada.-

El testigo José Saravia, padre de Irma Saravia declaró que esa noche estaba acostado en su casa y escuchó gritos de una mujer, y allí llegó su hija que venía corriendo, y le dijo que "los changos" la agarraron a Nemesia, por lo que se levantó inmediatamente y fue hasta el lugar, pero no había nada, aclarando que vive a una cuadra del lugar; luego le contó al padre de Nemesia cuando vino del campo, agregando que Irma le contó que antes le quisieron violar.

Irma Saravia declaró que estaba con Nemesia esa noche y cuando la agarraron los muchachos ella corrió directamente hacia su casa y despertó a su padre para contarle lo que estaba pasando y éste fue hasta el lugar pero no encontró nada, agregó que esa noche habían tomado vino con Nemesia y que Gato ya la había agarrado a Nemesia varias veces pero por la fuerza, que también a ella le pasó lo mismo pero no se animó a denunciar y que mas temprano no estaba con Nemesia cuando se cruzó con Gato (González).-

De tales pruebas producidas e incorporadas, surge que los imputados habían tenido relaciones sexuales la noche del 22 de Mayo de 2.005 por el expreso reconocimiento de los mismos en sus respectivas declaraciones indagatorias, pero del informe médico elaborado por el Dr. Aguirre a fs. 3 y su aclaración de fs. 33 como también de la declaración de la Dra. Martha Domínguez y del Dr. Omar

7

Trachta también ha quedado establecido que no se verificaron signos de violencia física sobre la presunta víctima, rasgos que no podrían haber desaparecido en cuatro días que pasaron desde el hecho hasta el momento del primer examen, más aún si se tiene en cuenta la gran diferencia de contextura física de los imputados con Nemesia Carrizo. A ello debemos agregar que Irma Carrizo sostuvo que en forma inmediata fue a su domicilio y contó lo que estaba sucediendo a su padre, quien fue hasta el lugar a una distancia de doscientos metros y no encontró nada, cuando de ser cierto que Nemesia fue atacada por cinco personas, el tiempo que le llevó recorrer esa distancia habría permitido encontrar a la víctima y a sus atacantes en el lugar. Finalmente el hecho de que González tenía gonorrea y que la presunta víctima no presentaba tal enfermedad de transmisión sexual, permite concluir que al momento de mantener las relaciones, el mismo habría usado un preservativo, porque en caso contrario la enfermedad se habría contagiado, lo que da un mayor margen para entender que las relaciones han sido consentidas.-

Por tales motivos y en virtud de lo establecido en el art. 4 del Código Procesal Penal entiendo que no existe responsabilidad de los imputados en el hecho denunciado y juzgado.-ASI VOTO.-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA, el Juez PIGNOCCHI, dijo:

Que en primer término he de dejar sentado liminarmente que discrepo con lo resuelto por el Sr. Juez preopinante en orden a la evaluación que haré de la prueba reunida y los serios indicios que me llevan a sostener la opinión contraria a la vertida.-

Ello así es menester puntualizar que llegan procesados en la presente causa RUBEN HECTOR GONZALEZ y HUGO OSCAR BONILLA, en tanto un tercero SERGIO ANDRES SANTANDER se halla prófugo; a quienes se le imputa el delito tipificado en el art. 119 parr. 3º del C.P. (abuso sexual con acceso carnal) en la persona de Nemesia Carrizo (a) Clemencia, quien a la fecha de la comisión del hecho tenía 18 años de edad.-

Puestos a determinar los hechos acreditados y la participación que les cupo a los nombrados, creo necesario contextualizar el análisis en unas breves consideraciones.-

En primer lugar es imprescindible anotar que se halla reconocido por los imputados que la noche del día 22 de mayo de 2005

ambos mantuvieron relaciones sexuales con la víctima hallándose en debate en consecuencia si las mismas fueron admitidas tal cual lo sostienen Gonzalez y Bonilla en sus respectivas indagatorias o bien con violencia en la persona de Nemesia Carrizo como lo afirma esta.-

Previo a adentrarnos en el análisis de la prueba reunida en la causa, tengamos presente que los partícipes del hecho son por un lado dos jornaleros criollos de aproximadamente 1.85 mts de altura y complexión atlética y una mujer wichi de aproximadamente 1.57 mts. de altura y unos 54 kilos de peso.-

Atendiendo al hecho puntual del acceso carnal el mismo esta reconocido como dije por los encartados y yendo a la violencia y fuerza con que el mismo se concretara entiendo que dicho extremo se halla acreditado a partir de la valoración que a posteriori efectuaré de la prueba rendida.-

Es menester recordar que el hecho es puesto en conocimiento de la autoridad policial en virtud de la denuncia efectuada por el padre de Nemesia Carrizo (a) Clemencia, don Pedro Carrizo, también perteneciente al pueblo wichi, quien a la sazón no se hallaba en la comunidad "Mataderos" de la localidad de Laguna Yema, donde vive con su concubina y su hija, quien relata que al volver a su hogar luego de cumplir con un trabajo que lo llevara a un campo vecino, toma conocimiento directo y por el relato de su concubina que a su hija la habian atacado - según sus dichos - varios sujetos, a consecuencia de lo cual se hallaba postrada con perdida de sangre y muy dolorida.-

Dicha denuncia cobra especial trascendencia en tanto y en cuanto atendamos a las singulares características que el caso posee ya que no puede escapar a la consideración de este Tribunal que habiendo participado - en el caso - como víctima una persona del sexo femenino, perteneciente a uno de los pueblos indígenas que habitan nuestro territorio provincial, se hace imprescindible contextualizar la situación en el marco referencial de lo que son las costumbres que rigen la vida actual y cotidiana de estos pueblos teniendo en vista la subsistencia de ancestrales formas de relacionamiento de los mismos con los demás miembros de la sociedad de cada lugar.

En nuestro caso puntual, la forma de relacionarse del criollo que habita la zona Centro Oeste de nuestra Provincia respecto a la mujer indígena.-

Se hace necesario previo a referir la prueba concreta del hecho y la responsabilidad que le cupo a los encausados en el mismo señalar que la costumbre aceptada en general por los pueblos del Chaco nos presenta una conducta sexual de extrema liberalidad entre los jóvenes que en el caso de las mujeres se desarrolla desde la más temprana edad, en tanto y en cuanto tiene como referencia la menarca de las mismas, como así lo reconocen (Metraux, Alfred "Etnografía del Chaco" Edit. El Lector, Paraguay - 1996, pag. 186 y Chase Sardi Miguel en "Palavai-nuu " Etnografía Nivacé , Tº I pag. 474 - Biblioteca Paraguaya de Antropología Vol 45 - 2007).-

Por su lado la actitud asumida ante la mujer indígena por parte del criollo, reproduce en numerosos casos conductas ancestrales referidas a la posesión por la fuerza o el supuesto derecho al acceso carnal como si el fuera uno de los naturalmente adquiridos en razón de la diferencia de pertenencia.-

Sin necesidad de remontarnos tan lejos en la distancia como lo propone el Sr. Agente Fiscal en su alegato, cuando se refiriera al artículo publicado el miércoles 25 de abril pasado en el Internacional Herald Tribune, firmado por Ralph Blumenthal con el título de "American Indian women are rising up against mistreatment" en el cual se narra la existencia de una constante problemática respecto a la situación de violencia sexual por la que atraviesa la mujer indígena en los EEUU donde la misma estadísticamente sufre tres veces y media más ataques sexuales que aquellas que no pertenecen a algún pueblo originario (ver <http://www.iht.com/articles/2007/04/25/europe/indians.php>), propongo si remontarnos en el tiempo a los antecedentes patrios de la cuestión.-

Ezequiel Martínez Estrada, en su reconocida obra "Radiografía de la Pampa" - (Hyspamérica, Bibl. Arg. de Hist. y Pol. 1986 pag 29-30), refería ya en 1933 que *"La india sirvió al invasor de piel blanca como nocturno deleite después de un día ocioso, daba su sangre a los gérmenes del cansancio y el desengaño y del placer nació la angustia. No se le exigía amor, ni siquiera fidelidad, porque el macho y la hembra estaban juntos anatómicamente, cuando él se levantaba comenzaba ella su largo trabajo fisiológico..."*

Lo cierto es que se hicieron más cortesanas que esposas y que las esposas no eran más que las concubinas, junto a ellas

bajo el mismo techo, frente a sus amos, en condición de bestias de trabajo y de placer. Hasta el extremo de que los cronistas hubieron de confesar que el contacto del blanco depravó a los indígenas en la pureza de sus vidas salvajes. Ahora mismo, la mancebía y la prostitución representan un pavoroso problema moral...En provincias el resabio de las mancebías depresivas es hoy tan crudo como hace uno o dos siglos".-

No solo dicha conducta era relativamente habitual de nuestro suelo sino que por dar un pequeño ejemplo, Diego Portales, considerado uno de los padres de la patria chilena, tenía fama de conocido "chinero" a quien se refieren Sonia Montecinos y María Elena Acuña en un trabajo que titularan "Violación y fundación" publicado en "Dialogos sobre el género masculino en Chile" (Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, Experta n° 7), donde leemos..."Los primogénitos poseedores de la linealidad masculina han tenido especial predilección en ellas. Era un cierto derecho adquirido "secreto público", no confesado ni escrito. Era la expresión máxima de la subordinación a que se sometía al pueblo, poseer sexualmente a sus mujeres, a sus hijas. El Estado se construye con la misma autoridad con que se somete a las mujeres. Combinación de seducción y autoridad. El estado Portaliano se funda en esta dicotomía. Atracción sexual y discriminación social. La atracción sexual, el poseer una china, poseer al pueblo, por parte del Señor de la clase de los señores ha sido un doble juego de dominación autoritaria e integración ...".-

Nuestro hoy en la materia podemos resumirlo en el título que se da a una nota referente a la violación de una mujer toba en Espinillo ocurrida en octubre de 2003 donde la noticia aparece en el sitio en Internet de INDYMEDIA con el epígrafe "Si sos indígena, pobre y mujer, ni te atrevas a pedir justicia".- ver (www.mapuche.info/indgen/indgen0203.html).-

Nada tan claro para captar la vigencia del hábito que comentamos que la subsistencia lingüística de los términos que a él se refieren "chinear", por mantener relaciones sexuales con mujeres indígenas o mestizas o "chinero", para denominar a quien se lo reconoce por su afición a dichas prácticas.-

En este marco referencial hemos de contextualizar las pruebas que entendemos de cargo respecto a los procesados.-

7

En primer término nos hallamos con los dichos de la víctima, quien en el debate ratifica sus declaraciones referidas a que la noche del 22 de mayo del año 2005 fue interceptada en inmediaciones de la cancha de fútbol cercana a la Escuela 421 de la comunidad aborigen "Mataderos" en la localidad de Laguna Yema por Rubén Hector Gonzalez apodado Gato, quien luego de darle un golpe en el rostro que la arrojó al piso, procedió a arrancarle el pantalón y la bombacha abusando de ella por vía vaginal y anal haciendo luego lo propio Hugo Oscar Bonilla quien se hallaba en las inmediaciones.

La víctima refiere en sus declaraciones que fue violada por varios hombres lo cual luego no queda probado viniendo a juicio los arriba referidos únicamente.-

El argumento dado por Gonzalez respecto a la conformidad de la víctima y la existencia de un precio como justificativo del acceso, pierde entidad a partir del estado en que la misma queda después del hecho, agravado esto, por la clara negligencia policial que reconoce la propia Defensora Dra. Monteserín al momento de su alegato, donde menciona el informe de la instrucción reconociendo que por no haber sido ratificados los dichos de la víctima, por el Dr. Aguirre a través del examen??? que le practicó a la misma, no se realizó ninguna diligencia para investigar el hecho.-

A raíz de tanta negligencia nos vemos hoy privados de saber de la existencia de manchas de sangre en el lugar del hecho o la posibilidad que hubieran arrojado algún preservativo en el mismo.

Sin embargo, ya en la denuncia el padre de la víctima refiere su estado físico deplorable que pudo observar al llegar a su hogar, así como que la revisión que se le efectuara fue "mal - mal", lo cual hemos de comprender como sin profundizar ni detenerse adecuadamente en la misma.-

Paradójicamente la perita psicóloga Licenciada Patricia Castro quien confiesa las dificultades de abordamiento que presenta por su condición de aborigen Nemesia Carrizo, anota espontáneamente que la misma a la fecha de la revisión el 10 de junio del mismo año aun presentaba dificultades para caminar y dolores .-

En ocasión de la audiencia de debate, al deponer Pedro Carrizo se quejó especialmente de la deficiente atención que recibiera su hija en Yema lo que motivó su traslado a la localidad de Las Lomitas.-

Con respecto al uso de la fuerza resulta también significativo el testimonio de Irma Saravia quien ratificando sus dichos en la instrucción habla de una persecución por parte de los procesados en la cual puede ella evitar ser aprendida no lográndolo su amiga Nemesia que es retenida por la fuerza por Ruben Gonzalez, motivando ello su búsqueda de protección en su vivienda donde despierta a su padre para ponerlo al tanto de lo que estaba ocurriendo.-

En la audiencia de debate al ser interrogada respecto de su nivel de conocimiento o amistad con el nombrado Gonzalez, manifiesta que de ninguna manera tenía relación con el mismo, ya que este era temido por las mujeres de la comunidad quienes huían en su presencia a raíz de sus hábitos persecutorios con el fin de intentar someterlas sexualmente.-

Por último en este análisis de las pruebas existentes posee también significación indiciaria la declaración de José Saravia, quien pese a incurrir en contradicciones que no hacen en nada al meollo de las mismas, y que se justifican ampliamente por las evidentes dificultades en la interpretación de lo que se le preguntaba y las limitaciones del interprete que tuviera a su cargo la intermediación con el Tribunal se mantuvo y ratificó los dichos de su hija en cuanto a que ella llegó a su casa pidiendo auxilio para su amiga Nemesia Carrizo a raíz de los hechos que tenían lugar en las proximidades de la cancha de fútbol que pertenece al predio que ocupa la comunidad.

Quiero aquí detenerme brevemente en la enumeración de los que considero indicios en la inteligencia que los mismos deben poder "...conducir a una conclusión cierta que permita al juzgador superar las meras presunciones y arribar a un juicio de certeza legitimado por el sistema de la sana crítica racional seguido por el juzgador, pues el indicio se relaciona siempre con un caso en concreto." como sostuviera el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba el 04/12/2000 in re Laglaive, Silvia G. y otros s/rec. de casación publicado en LA LEY 2001-E, 825 - LLC 2001. 780.-

En el sentido apuntado y recordando lo que venimos diciendo en función de la participación de una mujer indígena en el carácter de víctima del delito que estamos juzgando, la situación extraordinaria que no puede sino relacionarse con el uso de la fuerza y la violencia para el acceso carnal denunciado esta resaltada

principalmente por la denuncia del hecho que efectúa el padre de la víctima, superando la habitual actitud de conformismo y pasividad nacida a partir de la consecuente discriminación de la cual son objeto los pueblos indígenas en nuestra región.

La concurrencia de la víctima a los centros de salud y para colmo acompañada por hombres como lo dice la Dra. Marta Domínguez en la instrucción suplementaria llevada a cabo con fecha 4 de mayo ppddo. nos está marcando la excepcionalidad de la situación y connotando la gravedad de la misma.-

La huida de la amiga y circunstancial compañía de la víctima en procura de ayuda y el hecho de haber despertado y alarmado a su padre quien se hallaba durmiendo haciendo que este se levante y concurra al lugar donde habría acaecido el hecho nos está mostrando una circunstancia no común ya que como quedó expresado la libertad sexual en que se mueven los jóvenes excluye en este ámbito la intervención de los mayores.-

Como corolario de lo que vengo sosteniendo precedentemente y valorada la prueba rendida y sopesado los indicios que surgen de la presente causa, tengo por acreditado que siendo aproximadamente las 24 horas del día 22 de mayo de 2005 y en ocasión en que Nemesia Carrizo (a) Clemencia, se desplazaba acompañada por su amiga Irma Saravia hacia sus domicilios en las inmediaciones de la cancha de fútbol aledaña a la Escuela 421 de la comunidad aborígen "Mataderos" a la que pertenecen fueron interceptadas por Ruben Gonzalez (a) Gato y Hugo Oscar Bonilla (a) Goli, quienes probablemente habrían estado acompañados por otras personas ocasión en la cual el primero de los nombrados se lanzó en su persecución huyendo Saravia, en tanto Nemesia Carrizo era sujeta recibiendo un golpe en el rostro.

Luego de caer al suelo el apodado Gato le sacó el pantalón y bombacha que llevaba accediéndola carnalmente, haciendo lo propio a posteriori Bonilla que permanecía en las inmediaciones aprovechando la situación de indefensión y estupor en que se hallaba la víctima quien había quedado sola, a expensas de su atacante y había sido penetrada sin tener ocasión de defenderse más que la de gritar y llorar sin éxito por lo solitario del lugar y la carencia de transeúntes.-

Creo que también merece alguna consideración el argumento que pretenden esgrimir los encausados a fin de justificar la

denuncia que se les efectuara, ya que no existen en autos un solo elemento probatorio que corrobore cualquier tipo de reclamo por parte de Nemesia Carrizo, y resulta absolutamente improbable en el contexto cultural que fue precedentemente descripto pensar que la secuencia de actos llevados a cabo por el padre de la víctima, por ella, y por las demás personas involucradas en la causa, obedecieron a una intención de vengar o dañar a alguien por una supuesta diferencia del precio de una relación sexual, sino que claramente han tenido lugar por una situación que desborda la "normalidad" por el uso de la violencia en el acceso.-
ASI VOTO.-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA, la Juez CANAVESIO, dijo:

Coincido en su totalidad con la narración de los hechos probados y la participación que les cupo a los procesados en la presente causa, dadas por el Magistrado que me precede Dr. Pignocchi. ASI VOTO.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el Juez ROJAS, dijo:

Atento las conclusiones arribadas en la primera cuestión propicio la absolución de los traídos a juicio por el principio in dubio pro reo art. 4° del C.P.P.

Asimismo, habiendo intervenido en la defensa técnica de los traídos a juicio el Dr. RAMON JUAREZ y atento el mérito de su tarea de conformidad con los arts. 12, 29 inc. 3° del C.P. art. 45 ap.b) II de la ley 512/ 85 corresponde regular sus honorarios profesionales en la suma equivalente a 40 "jus" a cargo de cada uno de sus asistidos. ASI VOTO

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA, el Juez PIGNOCCHI, dijo:

Habiendo sido fijados los hechos y conductas desplegados por los acusados estimo que los mismos se ajustan material y subjetivamente al tipo establecido en el artículo 119 tercer párrafo en cuanto determina que "será reprimido con pena de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía".-

Tengo en cuenta para ello que el elemento "acceso carnal" que requiere la figura está reconocido y admitido por ambos

encartados en las indagatorias prestadas en la instrucción cuyas firmas han sido ratificadas tanto como su contenido en el acto de la audiencia de debate.-

Por otro lado el restante elemento tipificador que refiere a la forma en que el acceso fuera consumado, en el caso de Ruben Hector Gonzalez entiendo que se da la circunstancia de violencia en tanto y en cuanto tengo por probado la acción desplegada contra la víctima, a la que debemos sumar el golpe en el rostro cuyos rastros pueden haber fácilmente desaparecido de haber sido un simple cachetazo o sopapo, dado que la diferencia de envergadura de ambos la cual fue ya previamente señalada, tornaba lógicamente innecesaria la aplicación de una fuerza mayor.-

Dicha violencia se materializa en el hecho de caer al piso donde procedió a sacarle la ropa para accederla carnalmente.-

Entiendo que resulta sugerente a los fines de medir la fuerza empleada el estado de postración de la víctima, la prolongación del mismo, y la persistencia extraordinaria en el tiempo de lo que da cuenta la acotación introducida en su informe por la psicóloga Patricia E. Castro respecto a rastros de dificultad para caminar con actitud dolorida.-

Tengo en cuenta también la coherencia de la descalificación del actuar de los médicos que la examinaran en Laguna Yema que efectuara el padre en ocasión de realizar la denuncia la que reiteró en varias ocasiones en el acto de la audiencia de debate la que motivó en definitiva el traslado de la misma a la localidad de Las Lomitas.-

Por otro lado comparto la jurisprudencia que sostiene que *"...resulta improcedente inferir el consentimiento de la víctima sobre la base de la ausencia de lesiones sobre su cuerpo, máxime desde que no puede exigirse a nadie un comportamiento heroico que ponga en peligro la propia vida"* C3ª C.Corr La Plata, Sala II 7-6-88 72453 RSD - 51- 88 JUBA.-

Con referencia a Hugo Oscar Bonilla (a) Goli, en ningún momento se ha probado su colaboración con Gonzalez en la producción del evento lo cual es significativo al momento de descartar la petición Fiscal de encuadrar el hecho en el inciso "d" del propio artículo 119, ya que si bien la víctima sostiene que la violó en segundo lugar

no se ha podido acreditar con ello la especial participación que requiere la figura arriba mencionada sino más bien un proceder expectante que aprovecho de la situación de fuerza esgrimida para materializar asimismo el acceso carnal de este .-

La jurisprudencia ha expresado comentando este tipo penal que *"Para que se configure la agravante se requiere que a la acción concurren dos o más personas, participando en su ejecución, prestando ayuda o asistencia durante el hecho. Es indispensable - como dice Soler. Buscar un fundamento especial, que se hallará en que la concurrencia de varios tenga por finalidad facilitar "de modo notable" la ejecución del delito. La razón de la agravante radica en que el hecho es facilitado para el autor, al para que las posibilidades de resistencia o defensa de la víctima se reducen o se anula. No se requiere que los concurrentes hayan mantenido acceso carnal, ni que hubieran abrigado ese propósito. Lo que cobra entidad es la acción de presencia de un número de personas que activa o pasivamente inspiran en la víctima temor suficiente o imposibilidad de resistirse facilitando la acción de uno o más de los partícipes"* ver C.Pen. 3ª de La Plata Sala I 7/8/79 c P 58138 RSD 78-79 JUBA anotado por Donna en "El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia "Tº II pag. 589.-

Concluyo en consecuencia que habiendo meritado las pruebas rendidas y los indicios concordantes y coincidentes que surgen del examen de la causa, encuentro tipificada la conducta de los procesados GONZALEZ y BONILLA en el tipo establecido en el art. 119 párrafo tercero del C.P.-

Dicho esto, cabe resolver en último término el monto de la pena a imponer, ello dentro de los parámetros de los Arts. 40 y 41 del C.P.- Tengo para mi en este punto que no existe en la causa circunstancia alguna que permita agravar la pena más allá del mínimo de la figura legal por lo cual estimo como justo y equitativo teniendo en cuenta la carencia de antecedentes de los encausados, condenar a los mismos a 6 años de prisión e inhabilitación absoluta por igual tiempo, con costas (arts. 12 y 29 inc. 3º del C.P.).-

En relación a los honorarios profesionales adhiero a las consideraciones vertidas por el magistrado que me antecede en la votación. ASI VOTO.-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA, la Juez CANAVESIO, dijo:

Adhiero a la calificación legal propiciada por el Dr. Pignocchi y la pena propuesta, por considerar que la misma es ajustada a la normativa aplicable al caso (Art. 119 parr 3º, y 40 y 41 del C.P.)

En consecuencia voto por la condenación de los procesados solicitando la aplicación de la pena de seis años de prisión más la inhabilitación por igual término.

Igualmente en relación a los honorarios profesionales adhiero a las consideraciones de los magistrados que me precedieron en la votación por encontrarla ajustada a derecho. ASI VOTO.

Por el resultado del acuerdo celebrado, por mayoría de votos, con la disidencia del Dr. Ricardo Fabian Rojas y, de conformidad con las prescripciones de los arts. 119, tercer párrafo, 12, 29 inc. 3º, 40, 41 del Código Penal; 33 de la Ley 521 y sus modificatorias; 363, 365. 366, 367, 368 y 370 del Código Procesal Penal y art. 45 ap.b) II de la ley 512/ 85; la

EXCMA. CAMARA SEGUNDA EN LO CRIMINAL

SENTENCIA:

1º) CONDENAR a RUBEN HECTOR GONZALEZ, cuyos demás datos de identidad personal obran en el exordio de la presente, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISION e inhabilitación absoluta por igual tiempo, por resultar autor penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (art. 119 tercer párrafo del C.P.). Con costas.

2º) CONDENAR a HUGO OSCAR BOINILLA, cuyos demás datos de identidad personal obran en el exordio de la presnete, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISION e inhabilitación absoluta por igual tiempo, por rsultar autor penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (art. 119 tercer párrafo del C.P.). Con costas.

3º) REGULAR los honorarios profesionales del Dr. RAMON JUAREZ en la cantidad de cuarenta (40) "Jus".a cargo de cada uno de los traídos a juicio; art. 45 ap.b) II de la ley 512/ 85.-

REGISTRESE. Notifiquese. Dése cumplimiento a la Ley Nacional N° 22.117 y, cumplido continúe la causa según su estado.

- Fdo -
Dr. RICARDO FABIAN ROJAS
Juez Excmo. Cámara Segunda
en lo Criminal

- Fdo -
Dr. JOSE ANTONIO PIGNOCCHI
Juez
CÁMARA DE APELACIONES EN LO
CIVIL Y COMERCIAL

- Fdo -
Dr. LUCRECIA MARTA CANAVESIO DE VILLALBA
JUEZ
CAMARA CIVIL Y COMERCIAL

ANTE MI

NORMA B. ALVAREZ DE MONTANA
Secretaria
Cámara Segunda en lo Criminal

Anexo N° IV

FALLO 2998/08

En la ciudad de Formosa, Capital de la Provincia del mismo nombre a los 29 días del mes de abril del año dos mil ocho, se reúne en la Sala de Audiencias "Dr. Juan José Paso", el Excmo. Superior Tribunal de Justicia, bajo la Presidencia del Señor Ministro, Dr. Eduardo Manuel Hang y con la asistencia de los Señores Ministros, Dres. Ariel Gustavo Coll, Hector Tievas, Arminda del Carmen Colman y Carlos Gerardo González, constituidos en TRIBUNAL DE CASACION , para pronunciar SENTENCIA en el Expte. N° 82 F° 62 Año 2007 , registro de la Secretaría de Recursos, caratulado: "GONZALEZ, RUBEN HECTOR – BONILLA, HUGO OSCAR – SANTANDER, SERGIO ANDRE (PROFUGO) S/ABUSO SEXUAL – ART. 119- 3° párrafo C.P" , venidos para resolver el RECURSO DE CASACION , interpuesto a fs. 302/305 vta. por la Señora Defensora Oficial de Cámara N° 2, contra la SENTENCIA N ° 4755/07 obrante a fs. 293/300 vta. dictada por la Excma. Cámara Segunda en lo Criminal , que condenó a Rubén Hector González y Hugo Oscar Bonilla a la pena de Seis (6) años de prisión con más inhabilitación absoluta por igual tiempo, al ser considerados autores penalmente responsables del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal (art. 119 3° párrafo del Código Penal) , con costas. EL ORDEN DE VOTACION de conformidad a lo dispuesto en el artículo 25° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y sus modificatorias y artículo 126° del Reglamento Interno de la Administración de Justicia, es el siguiente: 1er Término : Dr. Ariel Gustavo Coll, 2do Término : Dr. Carlos Gerardo González; 3er Término : Dra. Arminda del Carmen Colman; 4to Término Dr. Hector Tievas y 5to Término : Dr. Eduardo Manuel Hang; y,

CONSIDERANDO :

El Señor Ministro, Dr. Ariel Gustavo Coll, dijo :

Que habiéndose realizado ante éste Tribunal la correspondiente audiencia de informes, vengo a emitir mi opinión con relación al Recurso de Casación promovido a fs. 302/305vta. por la Defensora Oficial de Héctor Rubén González y Hugo Oscar Bonilla, en tanto resultaran condenados, mediante el Fallo N° 4755/07 de la Cámara Segunda en lo Criminal, a la pena de Seis (6) años de prisión con más inhabilitación absoluta por igual tiempo, al ser considerados autores penalmente responsables del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal (art. 119 3° párrafo del Código Penal).

Se sustenta el recurso bajo examen, en el artículo 422 inciso 2° del Código Procesal Penal, al entender la Defensa que se ha aplicado erróneamente la Ley procesal, por cuanto – expresa – resulta palmario que el fallo recurrido no se encuentra “debida y legalmente motivado”, extremo que a su entender acarrea la nulidad del pronunciamiento, por mandato del art. 371 inciso 3° del C.P.P., procediendo el control de legalidad de los fundamentos del fallo, toda vez que constituye un vicio in procedendo que torna viable el recurso. Luego de realizar un breve relato de los hechos que se han considerado probados, señala que el voto mayoritario de la sentencia, fundamenta su convicción en “calificada doctrina sobre las costumbres aborígenes, incluso extranjeras, más con endeble o careciente valoración jurídica de la prueba concreta del caso”. Alude inclusive el pronunciamiento a las deficiencias o negligencias de la instrucción, y sin embargo, ese déficit no puede ser valorado en perjuicio de los imputados. Refiere a la designación de dos peritos intérpretes en la misma fecha del Debate, pese a la protesta de la Defensa , y contrariamente a lo sostenido en el fallo impugnado, indica la recurrente que no se pudo establecer en modo alguno, que los hechos ocurrieron como lo describe el Tribunal de Juicio.

Señala más adelante que “la valoración de la prueba objetiva introducida legalmente al Juicio y los aportes de la medicina forense, descartan toda posibilidad de abuso sexual, porque de los exámenes médicos surge que la víctima carecía de marcas en el cuerpo que acrediten el hecho denunciado. Desvalora los testimonios rendidos por medio de intérpretes, al señalar que “se tomaron la atribución de contestar como testigos” y de “interpretar” lo que decían los testigos, no aportándose datos relevantes sobre lo acontecido.

Atribuye a la sentencia no seguir las reglas de la “sana crítica racional”, lo que no permite saber si existió certeza en el ánimo del juzgador o una mera sospecha derivada de su arbitrio. Califica de “arbitraria” la valoración de las pruebas reunidas en la causa, cuando a poco que se analicen las diferentes constancias, como el acta de debate y los informes médicos, se advertirá que no existe identidad entre los hechos consignados y el plexo probatorio. Expresa que los dichos de la menor víctima son incongruentes y sin ninguna seriedad, como para afirmar sobre esa base la autoría de sus defendidos en el hecho.

Finalmente expresa que, partiendo de los hechos fijados en la sentencia, se incurrió en una errónea aplicación de la Ley sustantiva, al calificar jurídicamente los hechos. Señala que “acudir al contexto cultural de las presuntas víctimas, no resulta en el caso aplicable sin más, por cuanto se ha advertido que contrariando la formación cultural que la sitúa en un contexto social en que las relaciones sexuales son normales desde la menarca, ella en todo momento afirmó que no obstante su edad, nunca había mantenido relaciones sexuales hasta ese día”. En la audiencia de informes ante éste Tribunal, la Defensora ratifica y amplía los argumentos ya expuestos, haciendo referencia a que la diferencia notable de contextura física entre los acusados y la víctima, deberían haber ocasionado secuelas físicas, que sin embargo, no fueron detectadas posteriormente.

Que a su turno, el Procurador General sostuvo que la sentencia debe ser confirmada, pidiendo el rechazo del recurso planteado. Para así concluir, expresó que algunas contradicciones advertidas entre algunos testimonios, que atribuye a los problemas de comunicación de los aborígenes, no son relevantes, en tanto no constituyen la razón suficiente del fallo. Respecto al primer examen médico, lo califica de deficiente, en tanto notorio resulta que el profesional minimizó el estado de salud de la menor, si no, no puede entenderse porque varios días después de producido el hecho, la menor tenía todavía dificultades para caminar, como lo revela el informe de la Sicóloga Forense. Sostiene que la sentencia se ha construido sobre indicios firmes y concordantes, haciendo mención, porque no puede obviarse, al contexto cultural donde sucedió el hecho.

Que finalmente, la Sra. Asesora de Menores de Cámara, expresó su coincidencia con la opinión del Sr. Procurador General, y agregó que el recurso se pretende sostener a partir de considerar a la sentencia como desprovista de fundamentación lógica, extremo que por cierto la recurrente no ha podido acreditar, más allá de expresar sus diferencias con la conclusión del voto mayoritario. Propicia también un análisis integral del hecho, sin descuidar todas las connotaciones culturales y sociales que el mismo contiene, defendiendo los derechos de la víctima, amparados en cuanto es menor, por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Que así planteadas las posiciones de las partes, entiendo que resulta necesario, en primer lugar, señalar que de las constancias de autos, surge que en el caso existió relación sexual entre víctima y acusados. Éste es un aspecto sobre el cual poco se ha argumentado en el recurso, ni en la contestación del Ministerio Fiscal y el Ministerio Pupilar, pero que surge nítido de las propias declaraciones indagatorias de ambos acusados, que obran a fs. 94 y 96 y que luego, en el Debate, fueron incorporadas por lectura, en tanto ambos se remitieron a la rendida en el Juez de Instrucción, absteniéndose de formular nueva declaración (véase acta de Debate a fs. 284 y 285).

Que tengo entonces por acreditada la relación sexual de ambos, con la por entonces menor víctima, en la noche del 22 de mayo de 2005, en inmediaciones de la Escuela N° 421, sita en la Comunidad Aborígen “Matadero” de Laguna Yema, dato de la realidad que inclusive también tiene por acreditado el voto de la minoría en la sentencia impugnada (fs. 293vta.). Que la diferencia estriba en que los acusados, sostienen que la relación sexual fue consentida y a cambio de dinero, en tanto la víctima, afirma que fue precedida por un acto de violencia e intimidación.

Esa divergencia es la que nutre a los agravios del recurso planteado, en función de lo resuelto por el voto de la mayoría, que tuvo por acreditado el hecho en los términos del art. 119 3° párrafo del Código Penal, pero resulta atinada la observación que realizara en la Audiencia de Informes ante este Tribunal de Casación, la Sra. Asesora de Menores de Cámara, cuando expresó que el núcleo del recurso, se sustenta en la pretendida violación al art. 371 inciso 3° del Código Procesal Penal, por remisión del art. 422 del mismo cuerpo legal, esto es, que debe determinarse si en el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida, adolece de ausencia de fundamentación o si ésta, expuesta en el pronunciamiento, resulta contradictoria. Que puesto en la tarea de revisar la decisión impugnada, en todo aquello que, como expresara la Corte en “Casal” puede llegar a ser objeto de revisión, pareceme evidente que el voto del Juez Pignocchi – al cual luego se adhiere la Juez Canavesio formando la mayoría para condenar – se sustenta en: a) la contextura física de los acusados, extremo no negado por la Defensa, a quienes describe como dos personas de aproximadamente 1,85 mts de altura y complexión atlética; b) la contextura física de la víctima, una mujer wichi de aproximadamente 1,57 mts de altura y unos 54 kilos de pesos; c) la trascendencia que asigna a la denuncia realizada por el padre de la menor, pese a haber sido anoticiado del hecho, días después de ocurrido, en tanto también pertenece a la etnia wichi y teniendo a la vista las ancestrales formas de relacionamiento de los mismos con los demás miembros de la sociedad; d) la situación de preeminencia en que se encuentran los criollos con relación a la mujer aborígen, citando profusa bibliografía al respecto; e) los dichos de la víctima ratificados luego en la audiencia de Debate; e) el estado de salud deplorable con el que llegó la menor al Hospital de Las Lomitas, luego de ser derivada de Laguna Yema, corroborado por la Sicóloga Forense Patricia Castro; f) el testimonio de Irma Saravia, ratificado y ampliado en el Debate y g) el testimonio de José Saravia, también ratificado y ampliado en el Juicio. Lejos de realizar el voto de la mayoría una limitada enumeración de elementos de prueba, como sostiene la Defensa, se advierte de su mera lectura, que no sólo los menciona, sino que los analiza motivadamente, al punto que respecto a la testimonial de José Saravia, admite alguna contradicción menor, pero no relevante para la conclusión del caso. La cuestión entonces es establecer si esa fundamentación resulta suficiente o adolece de algunos de los vicios que menciona el art. 371 inciso 3° del C.P.P. que invoca la recurrente. De movida debemos descartar la ausencia de motivación, que es una de las hipótesis de la norma, porque la sentencia expone cuales son los argumentos en los que sustenta la conclusión. Se podrá estar o no de acuerdo con ellos, pero no puede hablarse de ausencia de motivación, porque lo que la norma sanciona con nulidad es aquella sentencia ante la cual, tanto las partes como el público ignoran porque razón se condena o se absuelve, o cual ha sido la razón que indujo a los Jueces a fallar de una manera y no de otra. (Vázquez Iruzubieta – Castro, Procedimiento Penal Mixto, Tomo III, p. 144, Editorial Plus Ultra). Está claro entonces que no estamos ante la hipótesis de la ausencia de fundamentación. Vamos a la segunda causal invocada, cual es la de aquella sentencia que exponiendo su fundamentación, ésta resulta contradictoria.

La Defensa pretende sostener la contradicción, a partir del informe médico realizado en la etapa de instrucción (fs. 03) y luego incorporado al Debate, de la cual no surgiría lesiones en el cuerpo de la víctima compatibles con un abuso sexual.

Analizado el citado informe de fs. 03, el mismo adolece de sobradas imprecisiones que por cierto lo descalifican como pieza procesal. En primer lugar, el describir el estado de los genitales, consigna que no presenta signos de desfloración ni lesiones anales, al menos así surge al resaltar la respuesta NO, por sobre la otra posible. Aclara que la examinada “no presenta lesiones visibles al examen”, pero luego más adelante agrega a la consulta sobre el elemento que habría producido la lesión (a la cual antes había negado) que fue por el miembro “viril”, si bien se ampara allí en “lo que refiere la víctima”. Más sorprendente es el dato posterior, cuando consigna que la menor presentaba desfloración de antigua data, de más de un mes, cuando antes había consignado que NO tenía signos de desfloración. A este informe que no dudo en calificar de esquizofrénico, debemos agregar luego el testimonio del mismo médico Roberto Carlos Aguirre, cuando a fs. 33 se rectifica alegremente del informe de fs. 03, diciendo que se confundió porque la menor presentaba desfloración de larga data, pese a que al final del testimonio relata que en el informe “dejó asentado todo lo que vio en ese momento”.

Esta deficiente intervención profesional del Médico Aguirre, abona por cierto la versión del denunciante, cuando a fs. 10 indica que en el Hospital de Laguna Yema, el médico mencionado, a su hija “la revisó mal mal nomás”, sentencia concluyente, que en la parquedad habitual de los wichí, conduce a poner en duda si la menor fue efectivamente revisada por el Médico Aguirre.

No teniendo entidad probatoria alguna el informe pericial de fs. 3, (cf. art. 240 in fine del C.P.P.), corresponde tomar en consideración, tal como lo hace la sentencia impugnada, y en tanto fue prueba no controvertida por la defensa, el informe de la Sicóloga Forense, cuando, varios días después del hecho, pudo percibir dificultades emocionales en la víctima como consecuencia del mismo, sentimientos de tristeza y accesos de llanto, apreciando además dificultades para caminar y dolores en el cuerpo (fs. 22).

El testimonio de la amiga de la víctima, Irma Saravia (fs. 29 luego ratificado y ampliado en Debate) es contundente respecto a las circunstancias en las cuales los acusados se cruzaron con la víctima y con ella, saliendo a correr la testigo, en tanto ya conocía lo que estos muchachos hacían con las chicas aborígenes, dejando a su amiga sola en el lugar; el posterior testimonio de José Saravia, padre de Irma, también contribuye a tener acreditado el hecho, cuando afirmó en el debate haber escuchado los gritos, luego de ser despertado por su hija para que auxiliara a la víctima.

El interrogante que no se consigue responder entonces, si se aceptara la versión del sexo por dinero de los acusados, es porque razón se llevaría a cabo un pedido a la autoridad constituida para investigar y sancionar el hecho, si, como lo afirma la sentencia en otro aspecto no controvertido por la recurrente, las menores aborígenes gozarían de aparente libertad sexual para relacionarse con los varones, sean de su misma etnia o no. Adviértase que el voto del Juez Pignochi, sustenta en calificada bibliografía, la liberalidad en que se desenvuelven las jóvenes aborígenes, luego de producida la menarca, afirmación que por cierto no es impugnada por la Defensa, quien se limita a poner en duda el inicio sexual de la víctima, pero ningún argumento serio aflora en el recurso bajo examen que permita poner en crisis el razonamiento lógico que efectúa el voto de la mayoría.

No creo que resulte necesario ingresar al análisis de cuestiones antropológicas, porque no está en juego en el caso que nos ocupa, una presunta oposición entre costumbres de pueblos originarios con la legislación positiva, la cual, en todo caso, siempre debe resolverse a favor del bloque de legalidad constitucional, como mandan los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando niegan la existencia de derechos constitucionales absolutos (Fallos 257:275; 258:267; 262:205, entre otros) y así surge del propio art. 8.1 del Convenio 169 de la OIT aprobado por Ley 24071, pero si entender que en el caso que nos ocupa, se ha

puesto en crisis la protección integral a la víctima que debe brindar el Estado a través del servicio de Justicia.

No es ocioso señalar que las mujeres indígenas han sido históricamente oprimidas y excluidas, por una triple condición: la de ser mujer, la de ser pobres y la de ser indígenas, como producto de un proceso histórico – cultural que no sólo puede verificarse empíricamente, sino que ya ha tenido recepción normativa a partir del Decreto 1086/2005, cuando aprueba el llamado “ Plan Nacional contra la Discriminación ”, refrendado por el entonces Presidente Kirchner, el Dr. Alberto Fernández y el Dr. Alberto Iribarne, en cuyo anexo se consigna “que es el ámbito judicial un espacio donde aparecen frecuentes hechos de discriminación hacia los miembros de comunidades indígenas y en muchas ocasiones cuando los indígenas son víctimas de un delito, no se le reciben las denuncias o no se las investiga debidamente... las mujeres indígenas a su vez, son objeto de discriminación, tanto por ser mujeres, como por ser pobres como por ser indígenas” (véase el anexo al Decreto 1086/2005 en la página web del Boletín Oficial de la Nación).

Ese es el contexto que no debe perderse de vista en esta causa, y que sumado al que expone el voto de la mayoría en el fallo impugnado, asignan un marco teórico relevante para el análisis y decisión del caso.

Que siendo así, y no aportando la Defensa elementos de convicción que permitan considerar arbitrario o ilógico el pronunciamiento recurrido, en cuanto a la existencia del hecho y la responsabilidad de los acusados, voto por el rechazo del recurso planteado, sin regulación de honorarios por haber actuado la Sra. Defensora Oficial.

El Señor Ministro, Dr. Carlos Gerardo González, dijo:

De conformidad a lo dispuesto en el Art. 365 del C.P.P. me adhiero a las consideraciones y conclusiones arribadas por el Señor Ministro preopinante, Dr. Ariel Gustavo Coll.

La Señora Ministro , Dra. Arminda del Carmen Colman, dijo:

Conforme lo dispuesto en el Art. 365 del C.P.P. me adhiero a las consideraciones y conclusiones arribadas por el Señor Ministro preopinante, Dr. Ariel Gustavo Coll.

El Señor Ministro, Dr. Hector Tievas, dijo:

Que habiéndose realizado la audiencia de informes por ante este Superior Tribunal de Justicia, vengo a emitir mi opinión con relación al recurso de casación promovido por la Defensa Oficial , manifestando mi disidencia con la mayoría arribada por los señores Ministros que me anteceden, por cuanto no comparto los razonamientos y conclusiones por ellos arribadas, sino que por el contrario, de la evaluación de las pruebas, surge la duda evidente ante las contradicciones no aclaradas, dado que los indicios y presunciones no arriban a mi criterio a la culpabilidad imputada a los encartados, sino en dudas serias y razonables.

Obvio resulta que ante la ausencia de pruebas directas, el fallo cuestionado adolece de debilidad en la convicción, ya que aparecen numerosas circunstancias relevantes que también como indicios deben ser tenidas en cuenta en favor de los procesados. Que si bien se comparten los conceptos antropológicos y de vivencias de los aborígenes de nuestra provincia y las practicas del “Chineo” por parte de criollos; pero resulta que ello no está probado que resulte aplicable al caso, dado que ello no implica la automática calificación en esta causa, ya que el estado de incertidumbre radica fundamentalmente en las contradicciones de las declaraciones tanto de las partes, como las de los testigos, sin dar suficiente razón del porque la credibilidad de unas y no de otras a pesar de la existencia de indicios y presunciones tanto de uno como de otros.

También existen contradicciones entre las pruebas periciales médicas acerca de los vestigios del delito y en cuanto al “estado fisico deplorable” que dictamina la perito psicóloga,

resulta que no se basa en examen físico alguno, sino en la observación de la dificultad en caminar.

Resultando que José Saravia vivía a una cuadra del lugar del hecho y recibió oportuno y urgente pedido de auxilio por parte de su propia hija, ocurre que no concurrió a tiempo al lugar y que no encontró nada, inexplicable situación de la que se da razón suficiente. Las negligencias investigativas policiales y médicas no pueden ser interpretadas en contra de los encartados.

El “in dubio pro reo” es una garantía constitucional que ampara el principio de inocencia (art. 4° del C.P.P. y art. 18 de la Constitución Nacional), en donde se exige que los juzgadores alcancen la certeza sobre todos los extremos de la imputación criminal a los efectos de condenar al reo a una pena.

“...el principio del in dubio pro reo opera como un criterio técnico-jurídico dirigido a la valoración del material probatorio; guarda coherencia con la sistemática general del Derecho Penal Liberal y aparece como concreta y primaria derivación del estado de inocencia.... La disposición constituye un directo mandato positivo para el juzgador y se vincula con los requisitos o exigencias de la debida fundamentación de la sentencia, constituyendo en tal aspecto un freno para el subjetivismo o la arbitrariedad” (Jorge E. Vázquez Rossi –Derecho Procesal Penal, Tomo I, pág. 278).

Por todo lo expuesto, existiendo algunas falencias en los argumentos de la mayoría del Tribunal de Sentencia, debo señalar que no queda a quien suscribe, la certeza necesaria sobre los hechos imputados a los condenados y en consecuencia voto por hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa de Héctor Rubén González y de Oscar Bonilla, debiéndose anular el fallo N° 4755/07, mandándose a dictar otro por el Tribunal pertinente.

El Señor Ministro, Dr. Eduardo Manuel Hang, dijo:

Adelanto que comparto los argumentos del Juez Tievas.

Se sabe que el llamado “chineo” es una pauta cultural de nuestro oeste provincial. Se trata de jóvenes criollos que salen a buscar “chinitas” (aborígenes niñas o adolescentes) a las que persiguen y toman sexualmente por la fuerza. Se trata de una pauta cultural tan internalizada que es vista como un juego juvenil y no como una actividad, no ya delictiva, sino denigrante para las víctimas. La dificultad con que generalmente se tropieza en estos delitos es el problema de la denuncia necesario por tratarse de abusos sexuales y de la aplicación de la regla del art. 72 del Código Penal. Una de las dificultades con que también se tropieza en estos delitos, es la de género. En cultura de raíz machista como la nuestra, muchas veces hay proclividad a creer en alguna provocación de la mujer (forma de vestir, andar sola a horas desusadas, etc.) o en el caso del “chineo” una minoración doble tanto por ser mujer como aborigen. Y aquí se produce la paradoja, en la cultura aborigen la mujer es dueña de su cuerpo desde la menarca, cuando va a denunciar el hecho de haber sido violada, se le pide a la menor que vengan los padres, pero estos no lo hacen porque dan por sentado que la hija es libre sexualmente y es ella la que debe denunciar el hecho. Sin embargo ya hace muchos años la situación fue cambiando y la Cámara del Crimen N° 1 condenó a dos jóvenes de “Ingeniero Juárez” por violación en un caso de “chineo” porque el padre, asesorado por un maestro hizo la denuncia, y mucho antes en la causa “Galván” de la década del ochenta anterior, se condenó por “Estupro” en un caso de relación sexual de jóvenes criollos con adolescentes aborígenes.

Así la circularidad legal que se produce en este ámbito no es achacable al sistema judicial sino al legal, creado por una Ley de origen nacional como que integra el Código Penal, siendo ésta autoridad la que debe buscar cauces legales que destraben la cuestión, allanando el valladar que no han creado los Jueces.

Entiendo sin embargo que las fallas de la investigación, que puedan probablemente provenir de la “capitis diminutio” con que se valora al aborigen (en la burocracia judicial y policial) no crean argumentos de cargo, salvo que se pruebe una decidida connivencia entre los acusados, el médico, la policía y el juzgado de instrucción.

Aquí es donde se corre el peligro cierto de vulnerar el principio de inocencia que exige certeza para condenar a alguien. Certeza que debe surgir plena en el caso particular. No se puede discutir que el “chineo” está arraigado en la costumbre social del oeste formoseño, la cuestión es si puede elevarse a la categoría de regla aplicable a todos los casos parecidos o similares. Me parece que no, y si bien puede contribuir indiciariamente, es necesario contar con otras pruebas decididamente más directas y conectadas con el hecho en su individualidad. Esto parece lo correcto viendo la cuestión desde el plano de las garantías constitucionales del imputado. Ello está como antes dije, más allá de la deficiente actuación policial y de los peritos médicos. Señalo en esta cuestión que el Tribunal de Juicio está habilitado para corregir tanto al perito como al Instructor Policial (ver arts. 243 y 171) cuestión que se ha omitido.

Hay circunstancias que bien ha señalado en el fallo el Juez de primer voto, como la actuación del padre de la compañera, que de inmediato concurrió al lugar y no halló nada. También debe tenerse en cuenta como indica el Juez de primer voto, que no solo el Dr. Aguirre no vio lesiones, lo propio ocurrió con los médicos Domínguez y Trachta, siendo éste último forense. De manera que la constatación de las lesiones las hizo la sicóloga que la vio desplazarse con dificultad días después.

Los principios que abonan el debido proceso legal (en su faz de certeza para condenar) se deben privilegiar, aún en éste caso por sobre los derechos de las minorías. Más allá de que estos se conculquen en un proceso irregular, no puede ponerse en cabeza de los imputados la salvaguarda de tales derechos.

Parece también fuera de contexto que se considere una publicación de Internet, sobre una presunta violación de una mujer Toba en El Espinillo, ya que no es éste el momento de corregir lo mal hecho, mas allá de que debemos desembarazarnos de la creencia mágica de que lo así publicado es verdad. Hará esto las delicias de Mac Luhan (“el mensaje es el medio”).

Sería si conveniente que se diera intervención al Agente Fiscal ya que pudo haber, de ser cierto, una Violación de Deberes de Funcionario Público.

En definitiva no se puede poner en cabeza de González y Bonilla los defectos del sistema, los que en todo caso deben ser objeto de responsabilidad para los funcionarios actuantes. Voto por la anulación del fallo ya que la prueba cargosa no tiene entidad para llegar a una certeza de condena tal como lo exige el debido proceso legal.

Que con las opiniones concordantes de los Señores Ministros, Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo González y Arminda del Carmen Colman, se forma la mayoría que prescribe el artículo 25 de la Ley 521 y sus modificatorias y artículo 126 del Reglamento Interno para la Administración de Justicia, y el voto en disidencia de los señores Ministros Dres. Hector Tievas y Eduardo Manuel Hang, por lo que el,

EXCMO. TRIBUNAL DE CASACION

RESUELVE:

1º) Rechazar el Recurso de Casación planteado por la defensa de Rubén Hector González y Hugo Oscar Bonilla, contra el Fallo 4755/07.

2º) No regular honorarios por haber actuado la Defensora Oficial.

3º) Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos a origen

DR. ARIEL GUSTAVO COLL

DR. CARLOS GERARDO GONZÁLEZ

DRA. ARMINDA DEL CARMEN COLMAN
DR. HECTOR TIEVAS -EN DISIDENCIA-
DR. EDUARDO MANUEL HANG -EN DISIDENCIA-
ANTE MI - DRA. IMELDA I.ZARACHO DE NIEVES - SECRETARIA
SUP.TRIBUNAL DE JUSTICIA

Anexo N° V

Juzgado de Instrucción Formal 1°
nominación Gral. Guemes 876-
TARTAGAL- SALTA-
ARGENTINA

JUZGADO

TARTAGAL, 6 de julio del 2011-----

-----AUTOS Y VISTOS: Esta causa N° EXP-N° 75028/11 seguida contra: BALDERRAMA, JESUS EDUARDO-RALA,LALO UN TAL- ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL-ROSARIO, ROMELIA y-----

-----CONSIDERANDO:-----
-----Que analizadas las presentes actuación a los fines de resolver la situación procesar de los imputado Manuel Alejandro Han y Bruno Ignacio Domínguez se tiene que las mismas se inicia mediante la denuncia de Francisca Estrada efectuada por ate el destacamento policial Santa Victoria Este, quien manifiesta que en la fecha 19 de Febrero de 2.011 a hr 06,00 aproximadamente cuando se encontraba en su domicilio tomo conocimiento por su hija damnificada Rosario Romelia quien llega a las casa llorando y con barro en su ropa y vio manchas sanguinolentas en las partes íntimas de la misma como así también las ropas, que la menor le conto que se encontraba con dos amigas del barrio Roberto Romero en la plaza y se acercaron personas de sexo masculino de los cuales conoce a un tal Alejandro Hanni, Bruno Domínguez y Renato Domínguez y un tal Alexis Artalaz , y que la agarraron de la mano y luego la llevaron a una casa de la cual una pieza está en construcción , que al llegar la golpearon en la cabeza y luego perdió el conocimiento ; que luego recuerda haber estado sola en la pieza y sintió dolor en sus partes íntimas , vio sangre y se dirigió a su casa.-

_____ a fs. 03 rola certificado médico expedido por el Dr. Patricio Fleming, gerente general del Hospital de Santa Victoria Este, dela revisión realizada en la persona menor Rosario Romelia.-_____ a fs. 08 rola resultado de examen médico realizado en la persona Bruno Domínguez por el Dr. Patricio Fleming, gerente general del Hospital de Santa Victoria Este, quien refiere que el mismo no presenta signos de violencia en la superficie de su cuerpo ni irritación en la zona genital.-

_____ a fs. 09 y 71 rola resultado del examen médico realizado en la persona Manuel Alejandro Hani por el Dr. Patricio Fleming , gerente general del Hospital de Santa Victoria Este, quien se refiere que el mismo no presenta signos ni huellas de violencia en la superficie de su cuerpo ni irritación geniales.-

_____ A fs. 13 rola acta de secuestro de un par de sandalias efectuado por el Of. Sub-Ayte. Rubén Ángel Roble.-

_____ A fs. 16 rola inspección ocular del lugar del hecho referido por la victima practicando por el Agte. Walter Salto.-

_____ A fs. 17 rola croques ilustrativo del lugar del hecho realizado por el Of. Sub-Ayte Rubén Ángel Roble.-

_____ a fs. 18/19 rola declaración informativa de la menor Rosario Romelia realizada por la preventora, como así también a las fs.31 rola ampliación de la declaración de la menor.-_____

_____ A fs. 29 rola examen ginecológico practicando en la persona menor Romelia Estrada.-

_____ Por su parte al ser indagado a fs.44 y vta. El menor Jesús Eduardo Balderrama en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal manifiesta que”... Salí cuando termina el boliche,

salgo con OMAR GARECA, ALEXIS ARTALAZ, RODOLFO SERRANO Y yo, OMAR GARECA entra a su casa, al frente de su casa había cuatro chicos, de los cuales conozco a dos, BETIN ROMERO y un tal HERRERA, la chica estaba tirada en el medio de la calle, boca arriba, se movía. En ese momento no vi que estos cuatro changos le hicieran algo. Estaba parado, sin hacer nada, Después la chica se para y se cae, voy a querer levantarla, pero ella no se deja levantar, hace un movimiento con las mano sin decir nada. Viene Serrano y Artalaz, ahí Serrano me dice “deja vos” y se acercan los dos y entre los dos la levantan de los brazos uno de cada brazo y la chica se para y se va. Pude notar que estaba borracha por el olor a alcohol no se podía sostener en pie. Otro chico que vio que la estaba levantada fue, ALDO ARTALAZ, quien vive en B° de Urkupiña- Santa Victoria del Este—Después que la chica se va, nosotros ALEXIS ARATALAZ, RODOLFO SERRANO y yo nos fuimos a mi casa, donde ARTALAZ con SERRANO, se separan cada uno por su lado, se van a sus casa y yo me quedo en la mía...”.-

A fs. 51/52 rola declaración testimonial de Francis Estrada quien luego de ratificase de su denuncia obra ante a fs. 01 agrega que “...Que la hora que llega su hija serian como las cinco o seis de la mañana no recuerda bien porque estaba durmiendo , y estábamos todos durmiendo en la casa de mi mama, que entonces viene su hermana María Estrada quien es discapacitada la despierta a la declarante comentándole “que su hija se encontraba lastimada” que entonces en ese momento su hija no hablo y la llevo a la policía directamente ...cuando se despertó le comento lo que le había sucedido , que es lo que declara en la denuncia fs.01...que noto que su hija estaba mal cuando le relata los dichos que se encontraba mareada, perdida...Que aclara que estando en el hospital el medio le pregunto a su hija que le había pasado entonces su hija comenzó a agarrarse la cabeza y comentar todo lo que había sucedido que es allí donde nombra a los tres sujetos , EL TAL RUSO , ALEX Y BRUNITO que son los que nombra en la denuncia...Que toma conocimiento que su hija lo acusa a pollito esa misma tarde , por medio de su hermana MARIA ESTRADA, quien le comento a la dicente que el tal pollito estaba involucrado.. Que su hija hasta ahora sigue sosteniendo que esos que nombro en la denuncia fueron los autos y que también pollito que eso nomas se acuerdo porque como le golpearon la cabeza no recuerda más...”

___ a fs. 67/68 rola inspección ocular realizada por el Of. Pereyra, con revista en la Brigada de Investigaciones N°4

___ Por su parte al ser indagado a fs.88 el imputado Manuel Alejandro Hani en orden del delito de abuso sexual con acceso carnal manifiesta que se abstiene de declarar hasta que se encuentre presente su abogado haciendo uso de sus derechos constitucionales en tal sentido.-

___ a fs.91 y vta. rola declaración testimonial de Eduardo Valentín Romero quien expresa que “...yo del hecho no vi nada, tampoco la lleve ROMELIA a su casa. No sé por qué me nombre. Aquella madrugada salía del boliche, sería como las cinco, andaba con mi hermano y dos primos. Salí del boliche y me fui a mi casa, A preguntas formuladas responde que” la vi a la chica cerca de la plaza” , vi que llevaba puesto un pantalón y una remera , estaba embarrada..” iba tranquila”, estaba borracha.. Porque vi que se caía, vi que se cayó varias veces. La vi a la salida del boliche que salía cayéndose , y vi que se queda en la esquina de la plaza, esto sería cinco y algo, De ahí no la volví a ver más, A otras preguntas para que diga si la vio tirada R: que si , nosotros estábamos lejitos de ella , ella se caía y se volvía a parar. A preguntas del Dr. Sánchez para que diga quienes eran las personas que iban con el R: MARTIN ROMERO y mi primo ALDO RARA y MILTON RARA. A preguntas de Dr. Hernández, para que diga el testigo si él pudo observar que la menor ROMELIA la atacaron o se la abalanzaron algunas personas de sexo masculino sobre ella. A lo que R: no vi.

Para que diga el testigo si en esa oportunidad de las madrugadas, la llevo a la menor ROMELIA hasta la casa de ella. R: no la lleve. A preguntas de las instrucción para que diga si en el trayecto la vio sola o acompañada a la menor. R: “sola”. A preguntas del Dr. Sánchez para que diga el testigo si la vio a la menos dentro del boliche. R: “sí la vi dentro del boliche...”

___ a fs. 110 y vta. rola ampliación de indagatoria del imputado Manuel Alejandro Han, en presencia de su abogado defensor Dr. Mariano Fernando Lamas, quien refiere que”... No tengo idea porque me acusa, yo estaba en el boliche el boliche termina como a las 5; 5 y 15 más o menos. Cuando salgo me salgo con RICHARD CASTILLO; JUAN CARLOS BRUNO”NEGRO” Y BRUNO DOMINGUEZ; mi primo me dicen vamos ,nos fuimos con intención de seguir tomando, nos dirigimos a la casa de mi tía LEILA, que queda en la Avda. Pilcomayo , como a unas dos cuadras largas de la plaza. No llegamos porque vimos que estábamos jugando a la loba, nuestros padres. De ahí nos vamos para la casa de RICHARD CASTILLO; quien vive de la casa de mi tía Leila a un poco más arriba. RICHARD como andaba en moto llego antes. En ese trayecto, Richard nos dice que no nos podemos quedar a tomar ahí. En eso viene GREGORIO HERRERA; andaba en una moto blanca. Lo hago para y le digo que tengo plata a mi cada que vamos, así seguimos tomando. Subo a la moto y nos vamos a mi casa que queda aproximadamente a una cuadra de la casa de mi tía Leila; entro y saco \$100,00 y vuelvo a subir a la moto de GREGORIO y nos vamos a VIRGILIO, quien tiene un POOL. A todo esto ya eran como las 5 y 40 y nos quedamos como hasta las 7y 30 de la mañana. Ahí me va a buscar mi hermano y me dice que yo estoy acusado de violación. Entonces me voy a la policía y me detienen. Fui al pool con Gregorio y Bruno Domínguez , quien nos había seguido por atrás. En el pool pude ver a JULIO VILLA; VIRIGILIO el dueño del Pool, creo que es de apellido DIAZ.. Niego del hecho que me acusa.. Estábamos ebrios para estamos conscientes...

A fs. 768, rola Acta de Careo entre Martina Gómez y Gabriela Luna

A fs. 769 rola Acta de Careo entre María del Carmen Gómez y Vilma Dalmacia Sánchez

A fs. 770 rola Martina Gómez y Vilma Dalmacia Sánchez

A fs.771 rola oficio de servicio Psicológico, donde informan turno para la menor Romelia Rosario par el día 03/06/11

A fs.775 rola Acta de Incomparecencia a la audiencia de Careo por parte de RODOLFO SERRANO.-

A fs.776 rola Acta de Incomparecencia a la audiencia de Careo por parte de Rodolfo Serrano.

A fs. 781rola informe de la Brigada de Investigaciones, quienes informan que no pudieron dar con el paradero de Romelia Rosario

A fs. 808/810 y vta. rola informe psicológico practicando a Romelia Rosario practicado por el servicio social del poder judicial con fecha 14 de junio de cte.

Que con fecha 13 de abril del cte. se dictó auto de falta de Mérito en estas actuación en relación a los imputador en la presente causa a favor de MANUAL ALEJANDRO HANI alias “Ruso”, argentino DNI N° 39892505 nacido el 16 de octubre de 1992 en la localidad de Campamento Vespucio- Dpto. San Martin Prov. de Salta , hijo de Manuel Tarrico y de Mirian Han , soltero, desocupado con domicilio en calle Los héroes de Malvinas s/n de la localidad de Santa Victoria Este, Prov. de Salta y de BRUNO IGNACION DOMINGUEZ alias Brunito, Argentino DNI n°31288552 nacido el 06 de Noviembre de 1984 en salta capital, hijo de Ignacio Domínguez y Leila Han, soltero , Chofer con domicilio en Avda. Rio Pilcomayo s/n de la localidad de Santa Victoria Este, Prov. de Salta, en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal Art 119 primer y tercer párrafo del C.P conforme lo dispuesto por el Art 298 del C.P.P.-

Que entre las razones apuntadas para arribar al juicio lógico sustento de tal resolución se mencionaba entre otras consideraciones que se llega a esta última afirmación consiente de que desde que viniera por única vez a esta sede judicial (luego de un importante esfuerzo desplegado para lograr su deposición) la misma (por la víctima Romelia) no ha vuelto a pesar de las varias convocatorias efectuadas para aclarar aspectos muy dudosos de sus dichos. Entiéndase bien lo que se quiere decir: las constancias medicas de fs. 03:29; 269 y 312 no dejarían dudas acerca de la materialidad del evento violento vivido, en donde se plantean las dudas (insuperables hasta el momento)..... Desde luego que a partir de esta afirmación que no discute ni hay elementos de peso y objetivos para hacerlo, solo hay contradicciones y más contradicciones, así, mientras según la versión de tres de los integrantes de este grupo habrían intentado ayudar a la menor a levantarse por su parte del testimonio de Aldo Artolas surge que efectivamente si la habrían levantado, sin olvidar la posterior aparición de otro de ellos alrededor de las 07:00 de la mañana en el Pool según versión de testigos contradiciéndose con el relato de los mismos.

No debe dejarse de tener presente que la calidad de los dichos de la víctimas (a la que en todo momento se ha resguardado en especial consideración a su condición de años de edad al momento de hecho) no guardan a mi entender el suficiente criterio de fidelidad con ajuste a la realidad vivenciada en cuanto se valora que la misma estaba en estado de beodez masi y en tales condiciones es difícil que pueda valorarse detenidamente con cierto estricto criterio de veracidad los dichos de menor Romelia.

Que en fin y repitiendo conceptos ya ensayados y a la vista del largo tiempo ya transcurrido(desde el 19 de febrero del cte. año) debe estarse a la decisión del dictado de falta de Mérito en relación al imputado Jesús Eduardo Balderrama debiendo continuarse con la investigación existiendo medidas procesales pendiente de diligenciar(entre las que incluimos la reiteración de algunos que han podido realizar por ausencia de los convocados o de algunos de ellos) tales como: los careos oportunamente ordenados entre la víctima y sus amigas Tómbolo, Luna, y Sánchez careo entre la primeramente mencionada y las hermanas Gómez (quienes para ahora estarían ausente con dió. en el sur del País) careo entre el grupo integrado por el imputado Balderrama (incluido el mismo) con testigos de Aldo Artalaz careo entre el testigo Valentín Romero y los familiares de la menor que mencionan al mismo como quien la había traído a su casa (sin descartar el que se deba practicarse entre la víctima y su socorrista) careo entre Rodolfo Serrano y los testigos Virgilio Solano y Gregorio Herrera quienes refieren haberlo visto con posteridad en el pool, ampliación de declaración informativa de la menor víctima a los fines de dar mayores precisiones respecto a la identidad de los supuestos autores a la vista de lo que hoy se está resolviendo , informes respuesta al examen médico de la menor Balderrama(el cual no se encuentra agregado en la causa) los respectivos informes ambientales de los imputados inspección judicial independientemente del proveimiento o no de las solicitudes de reconstrucción del hecho que no haya sido a la fecha fundamentadas por los peticionantes de sus practica tal y como oportunamente por decreto judicial de fs.489 y vta. este juzgado les solicitara a las partes y aquellas otras medidas instructorias que aconsejen el avance de la causa a fin de poner más claridad a estas actuaciones sin dejarse de olvidar las dificultades que debe transitar la instrucción pues la mayoría (o aun la más importante de las medidas probatorias en vista) deben ineludible e indefectiblemente contar con la colaboración activa de la víctima de los hechos abusivos (siempre evitando su re victimización de acuerdo con las pautas establecidas por nuestra Excma. Corte de justicia mediante acodad de 9827) y debido control de las contrapartes acusadas en salvaguarda del principio de contradicción el que ha sido definido como : derecho de defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, tal como reza el art 8.2 f de C.A.D.H .De manera similar el P.I.D.C.P consagra en las mismas condición “ garantías mínimas “ y en plena igualdad – el

derecho de todo acusado de interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que esto sean interrogado en las mismas condiciones que las de los testigos de cargo. En definitiva cabe remarcar que este decisorio no obsta a poder conceder el liberto de los encartados, recordando que el auto de Falta de Mérito, en modo alguno implica la finalización de la etapa de producción de pruebas y menos aún libera al imputado del proceso. Este se mantendrá abierto a fin a concluir con la investigación y agotar los recursos a los efectos de arribar al descubrimiento de la verdad real, fin último del proceso penal.

Por ello norma legal citada y constancia de autos.

RESUELVO:

- 1) DICAR AUTO DE FALTA DE MERICOS a favor de JESUS EDUARDO BALDERRAMA D.NI N°37164200 apodo “POLLO” de estado civil soltero de 17 años de edad de ocupación estudiando nacionalidad argentina nacida en Santa Victoria Este el 17/03/93 con domicilio actual en Santa Victoria Este siendo hijo de ELISEO(V) y de ELVIDA FRIAS (Y); en el orden de delito de abuso sexual con acceso carnal Art 119 primer y tercer párrafo de C.P conforme lo dispuesto por el art 298 de C.P.P-
- 2) COMUNICAR a la jueza de correccional de garantías y menos n°1 lo resulto en autos
- 3) NOTIFIQUESE AL ASESOR DE MENORES de la presento resolución
- 4) REGISTRESE, PROTOCOLICESE, NOTIFIQUESE, OFICIESE, CUMPLASE. ANTE MI

Anexo N° VI

Sentencia de la Corte de Justicia de Salta

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:

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

2º) 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.-

3º) 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.-

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

5º) 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).

6º) 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.

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

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

Cuando la Ley impone al Juez el deber de motivar sus resoluciones, le pide mucho más que la simple enunciación de los elementos colectados; la exigencia transita concretamente por un ejercicio racional que involucre una apreciación equilibrada de la prueba de la que se deriven conclusiones en función del derecho vigente. El referido equilibrio impide que se soslayen o se dejen en un plano de carencia de gravitación elementos útiles para la solución del caso, lo que aquí ha ocurrido cuando, al dictarse el procesamiento, se entendió que los aspectos antes mencionados, claramente indiciarios de un particularismo etno-cultural, no eran sino componentes de una trama de encubrimiento basada en la identidad cultural de los aborígenes. Desde esa óptica no ha sido razonable la evaluación que el juez hiciera de la influencia que tendrían, en el supuesto a juzgar, la multiplicidad de datos acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino, pudiendo suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan en la culpabilidad del imputado.

8º) 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 subraya, en modo alguno es dable procesar al imputado dejando la comprobación de su culpabilidad para la etapa plenaria, lo que podría traerle aparejado un gravamen irreparable, aspecto este precisamente individualizado al aceptarse la queja.

9º) Que, para entender la deficiencia de motivación del procesamiento, cabe acudir también al ilustrativo párrafo de la resolución que lo confirma donde se indica que todo lo que hace la forma de vida, creencias e idiosincrasia de la comunidad Wichí, son aspectos que nada tienen que ver con los argumentos que dan sustento al auto respectivo (fs. 190). Es precisamente ese descuido por la incidencia que en la imputación subjetiva tiene en el caso la pertenencia del encartado a un pueblo originario, la que permite ver, a las claras, que la declaración de su responsabilidad a los fines de ser llevado a juicio, no se ha cumplido con arreglo a una ponderación integral.

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

11) Que la situación antes descripta cobra especial trascendencia, en tanto los arts. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, 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:

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

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

3º) Que, en virtud de las cuestiones alegadas como fundamento del recurso de casación, cabe efectuar una breve reseña de los agravios formulados por la defensa del imputado a fs. 250/260. Sostiene que el fallo de la Cámara atenta contra el descubrimiento de la verdad real, objeto de la instrucción, tipificando como delito un hecho determinado en total violación al derecho constitucional indígena y conculca los arts. 15 y 18 de la Constitución Provincial, que garantizan el respeto a la identidad étnica y cultural de los indígenas argentinos, el ejercicio de la defensa en juicio y el debido proceso. A su entender en el presente proceso penal no se habría atendido a la realidad fáctica concreta, conformada por la condición de indígena de Ruiz, perteneciente a una cultura determinada donde es imposible vivir conforme la “Ley

Penal” o según preceptos religiosos. En consecuencia atribuye arbitrariedad al pronunciamiento en cuanto, ante la ausencia de dolo, no se encontraría tipificado el delito que se le imputa. Afirma la existencia de agravio constitucional por que supedita la vigencia del “Derecho Consuetudinario” – a su juicio, parte de la identidad cultural de los pueblo indígenas argentinos -, garantizado por la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 17, aún ordenamiento jurídico de rango inferior (el Código Penal), contraviniendo así el principio de supremacía constitucional.

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

En síntesis, el pronunciamiento recurrido habría conculcado el derecho que asiste a los miembros de las comunidades indígenas a que se respete su identidad cultural, invocando como sustento de su impugnación los arts. 75, incs. 17 y 22 de la Constitución Nacional, 1.4 y 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los proyectos de Declaración sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas de la ONU y de la OEA.

Por otra parte, aduce arbitrariedad en materia probatoria, porque se habría rechazado prueba sustancial acerca de las costumbres de la etnia Wichí y formulado apreciaciones personales, 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 Tejerina, aplicando un criterio restrictivo al analizar la edad de la niña, en desmedro de la verdad real. Finalmente, afirma que la sentencia carece de motivación suficiente.

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

5º) Que a fs. 10 de estos autos obra un acta labrada por el Fiscal Penal nº 2 donde se consigna que Teodora Tejerina, madre de Estela Tejerina, formula denuncia en contra de José Fabián Ruiz, por haber violado a su hija quien, como consecuencia de ello, se encuentra

embarazada. Afirma que fue amenazada por el Sr. Roque Miranda, Cacique de la Comunidad Lapacho Mocho quien le dijo que si denunciaba a Ruiz ella también quedaría presa y que la 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.

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

Cabe señalar que 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 Tejerina a radicar la denuncia en contra de José Ruiz.

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

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

7º) Que, por lo demás, 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.

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

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

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

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

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

9º) Que se atribuye al fallo vulnerar las normas constitucionales al no respetar las 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 Tejerina es mayor que lo que se indica en el documento de identidad y que debe considerarse que el imputado carecía de la capacidad de comprender la criminalidad del acto atento a que, de conformidad con la cultura de su pueblo, la mujer, a partir de su primera menstruación, es libre de tener relaciones con quien quiera, siendo las mujeres las que eligen al hombre para que sea su esposo.

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

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

involucrados, como tampoco se relativicen las obligaciones que es dable exigir a todos los actores del conflicto.

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

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

No podría ser, entonces, una conclusión de hermenéutica constitucional válida aquélla 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 76ª 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 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 deriven de la forma democrática (arts. 28 Declaración Universal DD.HH. , 29 Pacto S.J.C.R.), propia del Estado de Derecho que caracteriza a la República Argentina.

12) Que son indudables los beneficios irrogados a los ciudadanos en su calidad de individuos a partir del reconocimiento del complejo jurídico garantístico de los aspectos elementales de la persona humana, pero sus previsiones, a veces contradictorias, deben ser interpretadas de un modo concomitante y equilibrado, de conformidad con la Convención de Viena sobre los Tratados y bajo un criterio armónico y fundado en los principios “pro homine” y “favor debilis” (Manili, P., “El bloque de constitucionalidad”, L.L., 2003, p. 339; United Nations Workshop for the Asia-Pacific Region on Human Rights Issues – Report, Jakarta, January 1993, N.Y., U.N., 1993, p. 1.).

Bajo el imperio de dichos principios, sin hesitación la conclusión que se impone es que la vigencia de la “costumbre comunitaria” invocada por el recurrente como circunstancia apta para que se permita que la situación planteada a partir de la promoción de acción penal efectuada de oficio a fs. 11 por la Fiscal Penal N° 2, se resuelva de conformidad con el supuesto derecho consuetudinario Wichí y no de acuerdo con 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 Tejerina por la circunstancia de que ambos -víctima y procesado- pertenecen a la etnia Wichí, ya que el complejo garantístico de los derechos humanos debe ser aplicado por los Estados Nacional y Provinciales de modo igualitario a todos sus habitantes (arts. 24 Pacto SJCR, 26 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, 5 Conv. S/Discriminación, y 16 de la C.N. y C.P.).

Sostener que en la conducta bajo examen no hay agresión 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, consiguiente contextura física, riesgos en la salud por la sexualidad en sí y por la temprana iniciación, maternidad precoz, efectos sobre los niños prematuros o mal nutridos por las condiciones de las madres, etc. Asimismo, la integridad personal incluye el derecho a no tener que soportar tratos considerados degradantes, conforme todo ello, a objetivos y parámetros médico-biológicos y, fundamentalmente, desde los estándares mínimos de los derechos humanos más elementales (Philip Alston y Bridget 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”, dado que uno de los puntos de indeterminación de su alcance se sitúa en vinculación con la cultura, precisamente porque constituye tanto un conducto potencialmente importante para los valores culturales, como una rendija potencialmente explotable a través de la cual se busca la aceptación de ciertas prácticas incompatibles con los derechos humanos.

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

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

privilegiado-), son intrínsecamente tan dignas de respeto como cualquier otra, y tienen valor por el mero hecho de existir y de enriquecer la diversidad cultural mundial. Bajo tal premisa, concretamente, las niñas y mujeres que han sufrido aquellas mutilaciones, o que a partir de los 8, 9, 10, 11 años contraen matrimonio o son “tomadas” por la pareja de la madre para formar una “forma típica de unión matrimonial”, vivirían en plenitud su identidad cultural. Las razones que dan los nativos para justificar estas prácticas son muy variadas, y de manera general se repiten en culturas muy diversas (Amnistía Internacional, informe 1998 “La mutilación genital femenina y los derechos humanos”, EDAI, Madrid; Goonesekere, “Interests of the Child”, en Ed. UNICEF, Alston y Gilmour-Walsh, “El matrimonio infantil”, p. 34). Las razones que la defensa del imputado brinda para convalidar este tipo de costumbres están resumidas en la frase “modo de vivir de la comunidad Wichi”.

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

Ilustran debidamente sobre el punto publicaciones especializadas que recogen conclusiones (textuales, en numerosos casos) de numerosos talleres e investigaciones llevados a cabo en comunidades americanas diversas, en los que se debatió lo relativo a realidades de las mujeres indígenas, opresión y discriminación, costumbres, cómo se dividen el trabajo las mujeres y los hombres, anhelos y esperanzas; reflexión y acercamiento entre las mujeres indígenas acerca de sus derechos, usos y costumbres; Convenio 169 de la OIT; tierra, proceso productivo, educación, salud y violencia; situación, derechos y cultura de la mujer indígena; comunidad y autonomía; educación; garantías de justicia a los indígenas, promoción y desarrollo de la cultura indígena; derechos humanos para las mujeres indígenas; maltrato hacia las mujeres; posibilidades de las mujeres indígenas. En estos ámbitos, en los cuales éstas exteriorizan sus sentimientos y experiencias, manifiestan su intención de mantener tradiciones y cultura pero miran a ésta con los ojos críticos de sus propias vivencias, pidiendo “respeto a las tradiciones que no afectan o agreden a las mujeres indígenas” y dicen que “en diferentes eventos hemos manifestado que los usos y costumbres deben mantenerse siempre y cuando garanticen el respeto a las mujeres y que tenemos que seguir discutiendo y analizando detenidamente los derechos que queremos que se nos respeten en nuestras comunidades”, debiendo hacerse una aclaración en relación con la costumbre: en los talleres las indígenas hablan de las costumbres que les gustan y las que no les gustan; es importante ver entre la lista de las costumbres que “sí nos gustan” las siguientes: “cuando los padres no obligan a las niñas a casarse (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 siempre con lo antiguo -en comparación con lo nuevo-, sino más bien representa el comportamiento que se considera aceptado por la comunidad. Las mujeres indígenas piden que la justicia se imparta según los usos y costumbres, pero rechazando los que las perjudican, en el sentido de que la Ley no debe proteger y promover el desarrollo de todos los usos y costumbres: “¡No todas las costumbres son buenas! Hay unas que son malas. Si dicen que el gobierno va a respetar las costumbres de los indígenas, las mujeres tienen que decir cuáles costumbres son buenas y deben de respetarse y cuáles costumbres son malas y deben de olvidarse”; en otras palabras, “hay cosas de la costumbre que son buenas”, y los puntos de vista “tradicionales” no están tan arraigados en toda la población (Carlos Lenkersdorf, “La comunidad de consenso” y “La libertad”, en *Los hombres verdaderos. Voces y testimonios tojolabales*, UNAM, México, 1996, p. 81.88; “Lo político en la política”, UNAM, México, 1996, p. 7; Claudia de Lima Costa, “Situando o sujeito do feminismo: o lugar da teoria, as margens e a teoria do lugar”, *Travessia*, n. 29-30, UFSC, Florianópolis, 1997, pp. 139-40; Alston y Bridget Gilmour-Walsh, en ob. UNICEF cit., p. 47; María Jaidopulu Vrijea en su

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

De la comunidad indígena que nos ocupa, sólo podemos conocer que aceptaron que “para las mujeres, éstas deciden desde los doce años, con quién quiere tener una relación, porque muchas chicas se perdieron (conocieron a otra gente y se quedaron en la ciudad y no regresaron)” (fs. 233), situación que aparece como contrapuesta con la aceptación que las mayores parecieran demostrar a través de sus testimonios (fs. 119, entre otras constancias), actitud que, en lo que aquí interesa, se relacionaría más con un cierto determinismo cultural que con la convalidación de una costumbre buena o positiva, que justifique su tolerancia frente a la norma penal contraria.

14) Que, al momento de analizar la vigencia de los derechos culturales de los pueblos indígenas de América, a fin de encuadrar jurídicamente la cuestión de las costumbres frente a los derechos humanos fundamentales, es imprescindible tener en cuenta lo expresado por la Corte Internacional de los Derechos Humanos, dado que la interpretación que este Tribunal hace sobre el texto de los artículos de la Convención Americana de los Derechos Humanos resulta –al decir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– insoslayable pauta a tener en cuenta por los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para los superiores tribunales provinciales, a los efectos de 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 “inter se” y con sus bienes, en referencia a las constituciones políticas vigentes en los Estados que disponen sobre la preservación y el desarrollo de la identidad cultural y las formas propias de organización social de esos pueblos, reiterando que estas formas de manifestación cultural y auto-organización social se han concretado a lo largo del tiempo en normas jurídicas y en jurisprudencia, tanto en el plano internacional como nacional, y tuvo en cuenta las prácticas culturales de colectividades en diversas cuestiones (caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Sentencia del 31/8/01, Serie C-79); caso “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 Cancado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli en el caso de la Comunidad Mayagna), conclusión relevante en la especie.

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

16) Que, analizada bajo tales premisas la tensión entre los derechos que como indígena amparan al procesado, alegados por su defensa, y aquéllos que protegen a la menor Estela Tejerina, invocados por la Fiscal Penal N° 2 al promover de oficio la acción pertinente, se advierte que el Tribunal “a quo” ha emitido su 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 estructura lógico-material, a pesar de que la Filosofía y, consiguientemente, la Ética como disciplina racional filosófica, tuvieron origen y desarrollo. La decisión cuestionada, al entender que las pautas culturales que atentan contra tales derechos son condenables, e impedir que el Estado –so pretexto de respetar la identidad cultural indígena– se abstenga de aplicar las normas jurídicas nacionales que condenan conductas que constituyen una práctica degradante y perjudicial físicamente implica el respeto por las “personas humanas” que integran el grupo “niñas indígenas” y por ende encuadra en el bloque de constitucionalidad 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 humanos 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 con criterio sustentado en la elaboración doctrinaria sobre derechos de las comunidades indígenas por la Corte Interamericana, los derechos humanos universales son enriquecidos por las múltiples experiencias culturales, las cuales, a su vez, se benefician de su propia apertura a los patrones mínimos universales –estándares– de tratamiento del ser humano, tal y como se revela en el contencioso internacional del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Con tal criterio, dicho

tribunal reafirma la legitimidad universal de los derechos humanos, en un mundo marcado por el pluralismo y la angustia común a todos los seres humanos frente al respeto por su propia dignidad, sea cual fuere el ámbito en el que se desarrolla.

17) Que debe destacarse, para comprender la relevancia del criterio comentado, que la Corte Interamericana está obligada a observar las disposiciones de la Convención Americana, interpretándolas conforme a las reglas que ese mismo instrumento previene; además, ha de tener en cuenta el principio de interpretación que obliga a considerar el objeto y fin de los tratados (art. 31.1 de la Convención de Viena) y, finalmente, su decisión debe regirse por la regla “pro homine”, inherente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que conduce a la mayor y mejor protección de las personas, con el propósito último de preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos.

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

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

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

En efecto, no surge de las pruebas aportadas sobre el modo de vida Wichí que las relaciones sexuales con menores de edades inferiores a los 13 o 14 años integren las prácticas habituales de la comunidad “Misión Wichí – km. 18 – Ruta 86”, a la que pertenece el imputado; más aún, de la prueba pericial de fs. 221/222 se verifica que en la entrevista realizada al Sr. Roque Miranda, Presidente de la Comunidad, el 6.7.05, éste dejó sentado que “dichas relaciones son frecuentes y consideradas normales dentro de la comunidad aborígen”, 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, 2º párr. Decl. Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 29.b y 30 pacto SJCR; art. 14 Const. Nac., 16 Const. Pcial.). Al mismo tiempo, debe ponerse de manifiesto que forman parte de los derechos y obligaciones de jerarquía internacional los deberes de obediencia a la Ley (XXXIII Decl. Americana DD HH), de respetar derechos y libertades de los demás y de convivir con las demás personas de modo que éstas puedan formar y desenvolver íntegramente su personalidad (art. XXIX DA DD y Deberes del Hombre; 27 y 29 1º párr. Decl. Universal de DD HH; 32 Convención Americana (Pacto SJCR); 4 Pacto Internac. DD Ec., Socs. Cult., además de las normas contenidas en las Constituciones Nacional y Provincial).

En tal sentido, al analizar los términos del Convenio 169 y su aplicabilidad en el marco normativo imperante en cada uno de los Estados Partes, el Juez Sergio García Ramírez, en su voto 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 con el artículo 8º del Convenio 169 OIT y en el marco de los límites precedentemente comentados, se adecua al principio de “unidad nacional” que el Constituyente ha postulado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, sin que ello obste a la efectivización de los compromisos asumidos por el Estado Nacional con la firma de tratados internacionales, en virtud de la interpretación integradora que exige el texto constitucional.

Al respecto, resulta conveniente destacar que muy 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 Argentina. Según el canciller argentino, Jorge Taiana, presente en la votación, el motivo de la abstención fue la falta de elementos que permitan poner al mismo nivel el derecho de autodeterminación de los pueblos y el principio de unidad nacional (fuente <http://argentina.indymedia.org/news/2006/07/421284.php>), que adscribe a la inquietud expresada por el Juez García Ramírez (v. punto precedente) en cuanto a que, no obstante los distintos instrumentos que tienden a la protección de la cultura indígena (entre los que citó aquél Proyecto de Declaración), el Convenio 169 debe aplicarse evitando decisiones que, lejos de asegurar la igualdad de todas las personas establezcan una desigualdad contraria a las convicciones y a los propósitos que inspiran el sistema continental de los derechos humanos.

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

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

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

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

declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”, sin salvedad alguna.

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

23) Que el agravio relativo a la supuesta valoración contradictoria del testimonio de Roque Miranda en fs. 192 y fs. 191 vta. debe ser rechazado, por cuanto en su pronunciamiento el tribunal a quo deja debidamente establecido de qué manera valora los dichos del Presidente de la Comunidad Lapacho Mocho en confrontación con los hechos acaecidos, encontrando en tal declaración elementos que, en esta etapa, sustentan en grado de probabilidad el procesamiento dictado, sin que ello signifique otorgarle a sus manifestaciones la validez que corresponde a una autoridad en la materia.

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

Los conceptos 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 Tejerina, o entre la libertad del primero de vivir de acuerdo con 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 confirmar el auto de procesamiento dictado por estimar como probable que el imputado estaba en condiciones de comprender que su accionar se encontraba penado por la Ley argentina.

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

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

25) Que, en suma, se desprende que la sentencia en análisis establece, en primer lugar, que al caso resulta aplicable el Código Penal y no el “derecho constitucional indígena”, sin perjuicio de la etnia a la que pertenece el imputado (fs. 191). En segundo término se advierte que, no obstante entender que lo inherente a “la forma de vivir de la comunidad Wichí, son aspectos ajenos al típico proceso de tipificación de una conducta” (fs. 190 vta.), la Cámara se introduce en el tratamiento de los agravios formulados en relación al “aspecto subjetivo que en su momento tuvo el procesado por el hecho de responder su conducta a las costumbres de su comunidad indígena” y determina que no obran elementos en autos para analizar los supuestos planteados por el recurrente para quitar sustento a la decisión apelada (fs. 190 in fine y 192), por cuanto no se encontraría acreditado indiscutiblemente que el hecho que generara esta causa –conforme la manifestación espontánea de la madre de la menor acerca de que su concubino habría violado a su hija de nueve años y que ésta tendría un hijo en consecuencia- fuera acorde con la costumbre de la comunidad Wichí (fs. 191 vta., in fine). En tales puntos, cuya ponderación concreta realizó el Tribunal en función de las particulares condiciones aducidas por el recurrente, sustentó la fuerza convictiva acerca de todos los componentes del delito por el que el juez de la anterior instancia dictó el auto de procesamiento impugnado.

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

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

Por lo que resulta de la votación que antecede;

LA CORTE DE JUSTICIA,

RESUELVE:

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

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

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