

LA CLÁUSULA DE LA DIVERSIDAD CULTURAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL

Agustín Ulivarri Rodi

Universidad Católica de Salta

agustinulivarri@hotmail.com

Recibido: 30/08/2023

Aceptado: 04/10/2023

Resumen

En este artículo de investigación se analiza la cláusula 24 de la diversidad cultural del nuevo Código Procesal Penal Federal desde las pautas interpretativas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en el marco de la doctrina de los delitos culturalmente motivados, a los fines de determinar el alcance y sentido de la norma y también su acierto o desacierto como instrumento legislativo para responder a los desafíos del multiculturalismo en el ámbito del derecho penal. El estudio comprende un breve repaso por los sistemas comparados, previo a ingresar en el modelo multicultural argentino en el que se inserta la norma, donde se relevarán las distintas disposiciones convencionales, nacionales y locales atinentes al tema, con mención de casos judiciales argentinos en los que se discutieron defensas culturales. Luego, este ensayo propone un análisis particularizado de los distintos aspectos que involucra la cláusula 24 a partir de su formulación textual, su ubicación topográfica dentro del ordenamiento jurídico y la intención del legislador al sancionarla; ello, con el objeto de determinar a quiénes comprende la norma y a quiénes excluye, qué naturaleza tiene (procesal o sustantiva) y qué tipo de obligaciones genera para los operadores judiciales. Sobre esto último, se introduce un nuevo concepto –la “perspectiva cultural”– como primera pauta de trabajo judicial que surge de la manda en análisis, aun con todas las dudas y dificultades que ha venido a despertar y que, por supuesto, motivará en lo sucesivo un trabajo de investigación más profundo.

Palabras clave: diversidad cultural, multiculturalismo, derecho penal, delitos culturalmente motivados, defensa cultural, Código Procesal Penal Federal, perspectiva cultural, interpretación jurídica.

The cultural diversity clause in the Argentine Federal Criminal Procedure Code

Abstract

This research paper explores Section 24 on Cultural Diversity of the new Argentine Federal Criminal Procedure Code from the interpretative guidelines of the Argentine Supreme Court of Justice and in the context of the principle of culturally-motivated crimes, with a view to determining the scope and meaning of the regulation, as well as its success or failure as a statutory instrument to meet the challenges of multiculturalism in criminal law. The study presents a brief overview of the comparative systems, before analysing the Argentine multicultural model in which the regulation is inserted, where the different national and local conventional provisions on the subject will be reviewed highlighting Argentine court cases involving cultural defenses. This paper also proposes a particularised analysis of the various aspects of Section 24 from its textual formulation, its topographical location in the legal system and the legislator's intent when sanctioning it, all with the aim to determine those who the regulation would include and exclude, its legal nature (procedural or substantive) and the types of obligations generated for judicial professionals. As for the latter, a new concept is introduced—the “cultural perspective”—as the first guideline for judicial work arising from the provision under analysis after considering all the questions and difficulties that it has raised and as a certain trigger for in-depth research in the future.

Key words: cultural diversity, multiculturalism, criminal law, culturally-motivated crimes, cultural defense, Argentine Federal Criminal Procedure Code, cultural perspective, legal interpretation.

1. Introducción

La incidencia de la diversidad cultural en el derecho penal constituye uno de los aspectos más debatidos de la dogmática penal, la filosofía jurídica y la teoría de los derechos humanos contemporáneas. La confluencia cultural causada por la globalización y los desplazamientos migratorios tiene su impacto principalmente en Estados Unidos y en Europa, donde se debate cómo los países occidentales deben reaccionar ante las minorías, especialmente cuando sus costumbres entran en pugna con el sistema penal de la sociedad anfitriona.

Argentina no está exenta de la cuestión cultural. Según los últimos datos oficiales, conviven en el país 34 pueblos originarios¹ y 1837 comunidades indíge-

1 Según el Registro Nacional de Comunidades Indígenas son: Atacama, Chané, Charrúa, Chorote, Chulupí, Comechingón, Diaguita, Guaraní, Guaycurú, Huarpe, Iogys, Kolla, Kolla Atacameño, Lule, Lule Vilela, Mapuche, Mapuche Tehuelche, Mocoví, Mbya Guaraní, Ocloya, Omaguaca, Pilagá, Quechua, Ranquel, Sanavirón, Selk'Nam (Ona), Tapiete, Tastil, Tehuelche, Tilián, Toba (Qom), Tonokoté, Vilela, Wichí.

nas distribuidas en todo el territorio,² a lo que se agregan 1805957 extranjeros residentes³ y más de 6000 cultos registrados.⁴

Binder (1996) advierte que el Estado también se define por el modo en el que se relaciona con el complejo de culturas, explicando que:

El proceso penal debe ser permeable a la diversidad cultural. Ello significa un tratamiento específico de las diferentes etnias, en especial las aborígenes, como el establecimiento de estructuras más sensibles a las búsquedas valorativas, extendiendo el principio de contradicción hacia esas esferas. (p. 12)

En ese contexto, este trabajo tiene como objetivo analizar la cláusula de la diversidad cultural incluida por el legislador en el artículo 24 del nuevo Código Procesal Penal Federal (CPPF) y su acierto o desacierto como instrumento legal para responder –en el ámbito de los procesos nacionales– a los desafíos que presenta el multiculturalismo en los sistemas penales democráticos.

A tal fin, se repasarán brevemente los diferentes sistemas del derecho comparado de acuerdo con su grado de apertura a la diversidad cultural, para luego centrarnos específicamente en el modelo argentino, en cuyo seno existen normas nacionales y provinciales atinentes al tema. Posteriormente, se analizará el artículo 24, desglosando sus partes con el objeto de determinar su sentido y alcance; en particular, a quiénes comprendería la norma y a quiénes excluye, qué naturaleza tiene y qué tipo de obligaciones genera para los operadores judiciales.

En esta oportunidad, si bien no se ingresará en los debates de fondo que se han dado desde la filosofía y la dogmática penal respecto al fenómeno del multiculturalismo, el presente artículo pretende aportar a la discusión jurídica un abordaje integral y novedoso de la cláusula 24 como herramienta legislativa específica en materia de delitos culturalmente motivados, a partir de un diálogo con las pautas hermenéuticas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los fines de determinar su autosuficiencia normativa, la conveniencia o no del texto finalmente adoptado y los problemas constitucionales que pudiera entrañar su aplicación literal.

2 Según datos oficiales del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI). Ver: <http://datos.jus.gob.ar/dataset/listado-de-comunidades-indigenas>.

3 Según datos oficiales provisorios del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. Ver: <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-2-18>.

4 Según datos oficiales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos. Ver: www.datos.gob.ar/dataset/externo-registro-nacional-cultos/archivo/externo_03.01.

2. Los modelos multiculturales en el derecho penal comparado

La doctrina suele clasificar en tres clases los sistemas penales según el grado de apertura a la diversidad cultural. Así, se entiende que existe un modelo “asimilacionista” que puede darse en dos variantes: igualitario y discriminatorio. En el primero, la indiferencia al factor cultural encuentra una fuerte legitimación en la interpretación formal del principio de igualdad, mientras que en el segundo, “la falta de adecuación a la cultura del sistema de acogida desencadena incluso reacciones hiperpunitivas” (De Maglie, 2012, p. 70).

A este último se refiere Ferrajoli (2013) cuando describe como nuevas tendencias el uso demagógico, declamatorio y coyuntural del derecho penal “dirigido a reflejar y a alimentar el miedo como rápida fuente de consenso [...] que sirve para instalar en la opinión pública la equiparación del inmigrante con el delincuente, configurado antropológicamente como enemigo” (pp. 57-61).

Se destaca aquí el modelo italiano que, por ejemplo, incorporó en el art. 583 bis del Código Penal el delito de “mutilación genital femenina”, supuesto distinto y más grave que el ilícito de lesiones agravadas. El fenómeno también se trasladó a ciertas definiciones de la jurisprudencia, como en el caso *Bel Baida Bouabid*, donde la Corte Suprema di Cassazione italiana rechazó el alegato cultural de un marroquí contra una acusación por maltrato de un menor, desde que se “fundó en una ética afirmada sobre la base de opciones subculturales relativas a ordenamientos distintos al nuestro”.⁵

Otro ejemplo es el caso *Bajrami*, en el que la defensa de un ciudadano albanés, ante una imputación por maltrato hacia sus hijos y esposa, alegó que “tanto el imputado como los ofendidos tienen un concepto de la convivencia familiar y de la potestad del cabeza de familia distinto al corriente en Italia”, ante lo cual, la Corte sostuvo que los principios constitucionales “constituyen un límite infranqueable contra la introducción de hecho y de derecho en la sociedad civil de costumbres y prácticas que suenan como bárbaras frente [...] a la afirmación de los derechos inviolables de la persona”.⁶

Un modelo intermedio lo integran aquellos sistemas jurídicos que sí permiten acoger las defensas culturales, pero intentando resolverlas desde las categorías tradicionales de la teoría del delito, disponibles para todos los ciudadanos sin importar su origen étnico. En este lugar se puede ubicar a Estados Unidos, cuyos tribunales

5 Corte Suprema di Cassazione, sección VI, *Bel Baida Bouabid*, del 30/01/2007.

6 Corte Suprema di Cassazione, sección VI, *Bajrami* del 24/11/1999.

[...] han optado por un modelo intermedio de control de la llamada criminalidad cultural: un modelo de mediación, dirigido a equilibrar la necesidad sentida por el grupo culturalmente dominante de reafirmar la intangibilidad del sistema penal y, por otra, las ansias de apertura manifestadas por una sociedad multicultural. (De Maglie, 2012, p. 108)

Un ejemplo lo constituye el caso *Kimura*⁷ sobre una mujer japonesa que se había arrojado con sus dos hijos a la costa de Santa Mónica (California), produciendo la muerte por ahogamiento de los dos menores. La fiscalía le imputó homicidio en primer grado (punible con pena de muerte), ante lo cual la defensa planteó una estrategia cultural señalando que en el hecho había tenido lugar el rito *oyako-sinju* (suicidio paterno-filial), difundido en la cultura japonesa. El tribunal resolvió condenarla a un año de prisión y a cinco de *probation*, aunque apelando a un contexto de alteración psiquiátrica que condicionó la conducta.

El tercer modelo es el que admite formalmente en sus normas una nueva *excuse*: la *cultural defense*, que es “una causa de exclusión o de atenuación de la responsabilidad penal alegable por un sujeto perteneciente a una minoría étnica con cultura, usos y costumbres en conflicto con el sistema oficial” (De Maglie, 2012, p. 136). No obstante, puede presentar limitaciones en su aplicación, “pues la tolerancia no tiene por qué ser extrema [...] y ello no precisamente significa discriminar o desamparar a los minorías, sino que se trata de una ponderación” (Soprano, 2022, pág. 23).

Bajo ese esquema, encontramos algunas variantes sobre la *cultural defense*. De un lado, hay quienes proponen que los motivos culturales pueden excluir la responsabilidad del autor, aunque limitando su campo a delitos que no impliquen infracción a los derechos fundamentales (De Maglie, 2012). En este sentido, Borja Jiménez (2009) recupera un fallo de la Corte Constitucional de Colombia que abre la posibilidad de un diálogo intercultural que “sea capaz de trazar los estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores” y agrega que “siempre que el ordenamiento originario respete unos mínimos en el marco del reconocimiento y tutela de los derechos humanos [...] es conveniente tomar en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas” (p. 33).

Incluso Zaffaroni (Zaffaroni et al., 2000), luego de recoger algunas críticas a su teoría del error de prohibición culturalmente condicionado, sostuvo que:

7 Corte Suprema de California, *People vs. Fumiko Kimura* del 21/11/1985.

Es verdad que cuando se trata de la vida e integridad física de las personas no es tan sencillo resolver los casos que pueden presentarse [...] siendo obvio que cuando mayor es la lesión jurídica, mayor también es el reproche y, por ende, cualquier exculpación debe ser de mayor entidad, o sea que el ámbito de autode-terminación debe estar reducido por motivos más fuertes. (p. 706)

Y luego, al justificar el articulado del anteproyecto de reforma al Código Penal de Bolivia, el referido autor señala que la responsabilidad penal debe establecerse tomando en cuenta la cosmovisión y valores culturales, pero “de cualquier modo, y como garantía elemental, se exceptúan casos extremos referidos a bienes jurídicos fundamentales” (Zaffaroni, 2013, p. 30).

Por otro lado, un sector de la doctrina estadounidense promueve que en estos casos se aplique una *partial excuse*. Ésta descarta una exclusión completa de la responsabilidad penal, admitiendo ya sea una “atenuación de la gravedad del delito” (cambio de calificación) o –en la fase de *sentencing*– la graduación de la pena tomando el elemento cultural como atenuante, pues, de este modo, “el elemento de la proporción entre delito y pena no se vería roto” (Renteln, 2004, p. 191).

Entre nosotros, en un modelo multicultural fuerte pueden inscribirse algunas legislaciones de Latinoamérica que han iniciado un proceso de reconocimiento expreso del multiculturalismo en el campo del derecho penal, articulando en sus códigos procesales y de fondo herramientas jurídicas para plantear defensas culturales en los tribunales. A continuación, se mencionan algunos ejemplos.

El Código Procesal Penal de Paraguay –en un sentido similar al art. 339 del Código Procesal Penal de Costa Rica– establece en su art. 380 que

Quando el juzgamiento del caso o la individualización de la pena requieran un tratamiento especial, por tratarse de hechos cometidos dentro de un grupo social con normas culturales particulares o cuando por la personalidad o vida del imputado sea necesario conocer con mayores detalles sus normas culturales de referencia, el tribunal ordenará una pericia especial o dividirá el juicio conforme a lo previsto en los artículos precedentes, para permitir una mejor defensa y facilitar la valoración de la prueba.⁸

Dicho cuerpo legal, además, regula: un procedimiento especial para hechos punibles relacionados con pueblos originarios, previendo que la investigación fiscal sea realizada con un técnico especializado en cuestiones indígenas; la preeminencia de métodos compositivos de resolución de conflictos; la parti-

8 Ley 1286, Código Procesal Penal de Paraguay, BO 14/07/1998, art. 380.

cipación de un perito en el plenario y medidas alternativas de ejecución de la pena privativa de la libertad “que cumplan más eficazmente las finalidades constitucionales, respeten la identidad cultural del condenado y le sean más favorable” (art. 437 del Código Procesal Penal de Paraguay).

Por su parte, el Código Penal peruano reconoce expresamente el “error de comprensión culturalmente condicionado”, estableciendo que será eximido de responsabilidad quien “por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión”.⁹ También se contempla la posibilidad de reducir la pena si esa comprensión se halla disminuida, pero no cancelada. A su vez, el Código Procesal Penal de ese país establece que “se podrá ordenar una pericia cuando corresponda aplicar el artículo 15 del Código Penal. Ésta se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado”.¹⁰

El Código Penal de Bolivia establece como atenuante de la pena “que el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley”,¹¹ y su código adjetivo prevé la extinción de la acción cuando el conflicto haya sido resuelto por la justicia comunitaria “siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado”.¹²

3. El modelo multicultural argentino

El tratamiento diferenciado del indígena se remonta a la época hispánica. Levaggi (2012) recuerda que “el estatuto privilegiado del aborigen se tradujo en una actitud paternalista y pedagógica [...] le fueron toleradas conductas que para el español constituían delitos, siempre que no repugnaran el derecho natural. Se los presumía víctimas de error *iuris*” (p. 67); ello, porque se consideraba que los indígenas “no comprendían la forma de vivir de los españoles y que, ignorando las complicadas leyes castellanas, quedaban indefensos o enredados en ellas” (García-Gallo, 1987, p. 751).

Tal postura implicó, por ejemplo, la creación de las protectorías de indios, que intervenían en los juicios a su favor facilitando su defensa legal y favore-

9 Decreto Legislativo 635 (Ley 25280), Código Penal del Perú, BO 08/04/1991, art. 15.

10 Decreto Legislativo 957 (Ley 28269), Código Procesal Penal del Perú, BO 29/07/2004, art. 172, inc. 2.

11 Ley 1768, Código Penal de Bolivia, BO 10/03/1997, art. 40, inc. 4.

12 Ley 1970, Código de Procedimiento Penal de Bolivia, BO 25/03/1999, art. 28.

ciendo la litigiosidad contra los abusos de los colonizadores, antecedente mediato de las defensorías del pueblo (Constenla, 2022); como también normas procesales que disponían que “los juicios sean semigratuitos y breves [...] y debían hacerse conforme a los usos y costumbres de los indígenas” (Rabbi-Baldi Cabanillas, 1993, p. 246).

El panorama fue mutando con el advenimiento del derecho patrio, a partir de la labor jurídica de la Asamblea General Constituyente de 1813 que proclamó la libertad de vientres y prohibió el tráfico de esclavos, vedando en cuanto a los indígenas las mitas, encomiendas y yanaconazgos y todo otro servicio personal de aquellos (López Rosas, 2019). Luego, en 1853, los convencionales establecieron en la cláusula 15 de la Constitución Nacional que “en la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución”.

No obstante, la especial protección de los pueblos originarios se consagró en la reforma constitucional de 1994 al añadir como atribución del Congreso de la Nación la de sancionar leyes para “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” y “garantizar el respeto a su identidad”.¹³

Asimismo, el constituyente incorporó –por vía del art. 75, inc. 22– la cláusula 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establecen que en aquellos países en donde existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas “no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde [...] a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.¹⁴

En lo que aquí interesa, resulta relevante el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”¹⁵ –incorporado a nuestra legislación nacional por la Ley 24071–¹⁶ en cuyo art. 9.2 prevé que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

13 Constitución de la Nación Argentina, art. 75, inc. 17.

14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 23/03/1976, art. 27 y Convención sobre los derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, 20/11/1989, art. 30.

15 Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Organización Internacional del Trabajo, 05/09/1991.

16 Ley 24071, BO 30/08/2000.

En línea con estas disposiciones, y a título de antecedente en el ámbito penal, no puede soslayarse el anteproyecto del código de fondo argentino presentado por la Comisión de Reforma (decreto del Poder Ejecutivo Nacional 678/12),¹⁷ en cuyo art. 19 se previó que

El juez podrá imponer una pena por debajo del mínimo previsto [...] o incluso prescindir de ésta, en los siguientes casos [...] b) Pueblos originarios: sanciones. Cuando el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres. Se atenderá a la magnitud de la sanción sufrida y a la gravedad del hecho. c) Hechos conforme a la cultura originaria. Cuando la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria, salvo que se tratare de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana.

Si bien este proyecto no fue aprobado, existen otras normativas provinciales también orientadas al tratamiento diferencial de la situación del indígena en el campo del proceso penal que vale la pena destacar.

El Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Neuquén¹⁸ impone como principio general que “en los procedimientos se tendrá en cuenta la diversidad étnica y cultural” (art. 19), estableciendo además en su art. 109 (dentro del capítulo “Reglas de disponibilidad de la acción”) que “cuando se tratare de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena se aplicará en forma directa el art. 9.2 del Convenio 169 de la OIT”. En igual sentido se pronunció el legislador chubutense en el art. 33 del código adjetivo de esa provincia, aunque ubicando este último precepto en el capítulo de “principios y garantías procesales”.¹⁹

El Código Procesal Penal de Tucumán²⁰ establece en su art. 36, bajo el título “Pueblos Indígenas”, que

En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos [...] las autoridades y los tribunales deberán respetar y tener en cuenta las costumbres y los métodos a los que los pueblos originarios recurren tradicionalmente para la sanción de los delitos cometidos por sus miembros.

17 Decreto 678/12, BO 08/05/2012.

18 Ley provincial 2784, Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Neuquén, BO 13/01/2012.

19 Ley provincial XV - 9 (antes Ley 5478), Código Procesal Penal de Chubut, BO 01/06/2010.

20 Ley provincial 8933, Código Procesal Penal de Tucumán, BO 17/11/2016.

Asimismo, la Ley 7862²¹ de la provincia de Chaco incorporó a su Código Procesal Penal el siguiente artículo:

Diversidad Cultural: Cuando se trate de hechos cometidos por miembros de una comunidad indígena, se aplicará en forma directa el art. 9º párrafo 2, del Convenio 169 de la OIT. En especial todos los actos procesales comprendidos en la tramitación de los procesos, desde los primeros momentos de la investigación hasta la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, deberán realizarse conforme el principio de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. La omisión de aplicar lo dispuesto en el presente artículo sólo será admisible en la medida en que ello sea incompatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos y deberá ser fundada bajo pena de nulidad.

El Código Procesal Penal de Río Negro establece en materia de juicio por jurados que “se tratará de que, como mínimo, la mitad del jurado pertenezca al mismo entorno social y cultural del imputado”.²² Algo similar también regula el Código Procesal Penal de Neuquén²³ y la Ley provincial de Chaco 7661, que dispone que

Quando se juzgue un hecho en donde el acusado y la víctima pertenezcan al mismo pueblo indígena Qom, Wichi o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en la mitad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia.²⁴

En ese contexto normativo internacional, nacional y provincial, el 4 de diciembre de 2014 el Congreso de la Nación sancionó el nuevo Código Procesal Penal Federal (que entró en vigor recién el 10 de junio de 2019 sólo en las provincias de Salta y Jujuy), en cuyo art. 24, bajo el título “Diversidad Cultural”, dispone que “cuando se trate de hechos cometidos entre miembros de un pueblo originario, se deberán tener en cuenta sus costumbres en la materia”.²⁵

Por otra parte, en la jurisprudencia nacional aparecen numerosos casos que evidencian la actualidad del tema a partir del uso de estrategias culturales en

21 Ley provincial 7862, BO 12/10/2016.

22 Ley provincial 5020, Código Procesal Penal de Río Negro, BO 12/01/2015, art. 193, inc. 6.

23 Ley provincial 2784, Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Neuquén, BO 13/01/2012, art. 198, inc. 6.

24 Ley provincial 7661 de Juicio Penal por Jurados de la provincia de Chaco, BO 02/09/2015, art. 3.

25 Ley 27063, Código Procesal Penal Federal, BO 10/12/2014, art. 24.

la argumentación jurídica, sin que se hubiera logrado –hasta ahora– una sistematización teórica unánime respecto a este tipo de delitos y a su tratamiento jurisdiccional.

En Salta, en el conocido caso *Ruiz*, la Corte provincial anuló un procesamiento en contra de un miembro de la comunidad wichí acusado de violar a su hijastra de 9 u 11 años, explicando que la sentencia recurrida había soslayado examinar “todo lo que hace a la forma de vida, creencias e idiosincrasia de esa comunidad” y que “el respeto a la identidad de los pueblos indígenas [...] supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aun provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta”.²⁶

En la provincia de Formosa, en un caso similar, el Tribunal Superior rechazó la defensa cultural, expresando 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”.²⁷

En Jujuy, la justicia provincial descartó los motivos culturales esgrimidos por la defensa de un miembro de una comunidad originaria acusado de mantener relaciones sexuales con dos de sus hijas menores de edad, explicando que

La sola invocación de la escasa culturización del autor del delito no alcanza a satisfacer las exigencias que la ley, por vía de la interpretación doctrinal y jurisprudencial imperante, requiere a los fines de la existencia de un error de prohibición culturalmente motivado, pues si bien el imputado forma parte de una comunidad aborígen, ello no es suficiente para acreditar su ignorancia respecto de la prohibición de mantener relaciones sexuales no consentidas con sus hijas menores de edad, ni caracterizar dicha conducta como una costumbre arraigada y aprobada –o al menos tolerada– por la comunidad.²⁸

En Buenos Aires, en un hecho de lesiones y amenazas protagonizado por un musulmán, se desestimó una supuesta motivación cultural sustentada en que el Corán acepta ciertos castigos físicos del hombre a la mujer pues “el encartado es nacional de la Argentina y residió aquí casi la totalidad de su vida, de modo

26 Corte de Justicia de Salta, *Ruiz*, José Fabián del 29/09/2006.

27 Superior Tribunal de Justicia de Formosa, *González*, Rubén Héctor-Bonilla, Hugo Oscar Santander, Sergio André (prófugo) sobre abuso sexual del 29/04/2008.

28 Cámara Penal de Jujuy, Sala II, R. D. T. s/abuso sexual con penetración agravado por el vínculo (dos hechos) del 06/11/2012.

que no podía desconocer que dicha conducta resulta contraria al orden jurídico imperante en nuestro país”.²⁹

Respecto a delitos más leves, un juez federal de Salta sobreseyó a un contrabandista de hojas de coca al considerar que cabía en el caso “una solución de empatía con los pueblos originarios, quienes tuvieron una cosmovisión y consideraron esta hoja de coca como sagrada hace siete mil años”.³⁰ Por otro lado, en Neuquén, un tribunal de juicio absolvió a integrantes de una comunidad mapuche que ingresaron a un predio en forma violenta y clandestina, pues “desde su perspectiva de cosmovisión y en función a su legado, sabiendo que por esos lugares transitaban sus antepasados, obraron con error culturalmente condicionado, lo cual obstaculizó la meridiana comprensión de la norma penal”.³¹

También se ha discutido la cuestión cultural en los siguientes casos: un homicidio cometido por una mujer indígena que no hablaba español y era víctima de violencia de género, quien fue absuelta;³² una tentativa de homicidio atribuida a un líder mapuche que le arrojó una piedra en la cara a una auxiliar de justicia que debía notificar un desalojo, a quien un jurado multicultural declaró inocente;³³ un estupro en el que jueces de Buenos Aires, para sobreseer al procesado, sostuvieron que “en provincias y sobre todo en lugares más apartados de las urbes, este tipo de relaciones extramatrimoniales son algo que incluso en estas edades no se halla del todo reprobado”;³⁴ un caso de trata de personas cometida por un joven de 19 años que había vivido inmerso en un ambiente de prostitución;³⁵ un supuesto de matrimonio forzado de una menor en una comunidad gitana, cuya defensa cultural fue rechazada;³⁶ un hecho de maltrato infantil y reducción a la servidumbre de una niña que vivía encerrada en un sótano y sometida a su padre originario de la República Popular China, en el que los jueces descartaron la defensa cultural afirmando que “no es

29 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI, G. J. S. del 23/11/2009.

30 Juzgado Federal de Garantías de Salta nro. 1, Villalba, M. A *s/encubrimiento de contrabando* del 28/09/22.

31 Colegio de jueces del Interior de la Provincia del Neuquén, N., M. M. y otro *s/ usurpación* del 9/11/2016.

32 Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala VI, M. B., R. *s/recurso de Casación* del 29/12/2016.

33 Ver caso *El veredicto de un jurado multicultural* citado por Basílico (2017, p. 82).

34 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, Sánchez, Félix del 07/05/1987.

35 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de CABA nro. 5, Luna, Leonel Claudio del 03/02/2017. Algo similar se planteó en Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Martínez, Tita Lilian *s/recurso de casación* del 08/10/2019.

36 Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Macaroff, P. A. *s/recurso de casación* del 5/4/2022.

cierto que en el país de origen del imputado, éste sea el tratamiento dado a los hijos”;³⁷ una causa por el ingreso intempestivo de mapuches a un juzgado federal para exigir la renuncia de su magistrado, cuya conducta fue considerada atípica;³⁸ transportes de estupefacientes llevados a cabo por mujeres bolivianas que vivían en un contexto sociocultural muy vulnerable, quienes fueron desvinculadas del proceso;³⁹ un caso de tenencia de hojas de coca que había sido originalmente enmarcado en la ley de drogas y donde luego la justicia sobreesió al imputado;⁴⁰ y hasta en un *habeas corpus* por violencia carcelaria en el que el juez apeló a la distinción entre “norteños” y “porteños”, señalando que los primeros son “paisanos de la frontera argentino-boliviana que se hallan sumidos en la extrema marginalidad [...] no tienen antecedentes penales, muchos son humildes campesinos y ostentan un carácter muy sumiso y respetuoso”.⁴¹

Los ejemplos son muchos, aunque en verdad algunos de los casos señalados ni siquiera sean, en rigor científico, “casos culturales”, pues algo que se observa en la jurisprudencia es una constante confusión entre motivaciones culturales (que deberían circunscribirse a una dimensión exclusivamente étnica⁴²) con otros factores como la nacionalidad, la pertenencia a un grupo vulnerable o las condiciones socioeconómicas, familiares y educativas de los imputados, que en nada se vinculan con una *cultural defense*.

4. La diversidad cultural en el Código Procesal Penal Federal

Como se anticipó, el digesto prevé que “cuando se trate de hechos cometidos entre miembros de un pueblo originario, se deberán tener en cuenta sus costumbres en la materia”.⁴³

El precepto, tal como fue sancionado, adolece de vaguedades y ambigüedades que –por ahora– despertaron apenas una tímida discusión en torno a su

37 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, *Su Shao Mei y otra* del 18/03/2002

38 Ver voto del Dr. Gustavo Hornos en Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, *Millan, Moira Ivana s/recurso de casación* del 05/12/2019.

39 Juzgado Federal de Jujuy nro. 1, *Huaylla Delgado* del 31/3/05 y *Choque Lima* del 15/12/2009.

40 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, *Vélez, Sergio* del 16/11/1979.

41 Juzgado Federal de Salta nro. 1, *Detenidos en el Complejo Penitenciario Federal III NOA s/habeas corpus* del 14/11/2016.

42 En el sentido de “comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, etc.” que ha conceptualizado la Real Academia Española. Ver: <https://dle.rae.es/etnia>.

43 Ley 27063, Código Procesal Penal Federal, BO 10/12/2014, art. 24.

sentido y alcance. Lo primero –siguiendo a Nino (2001)–, porque contiene una evidente “imprecisión del significado de las palabras que forman parte de la oración” (p. 264). Lo segundo, en tanto padece de una equivocidad semántica.

¿Con qué fin deben “tenerse en cuenta” las costumbres? y ¿qué costumbres son las que cabe “tener en cuenta”? Estas son algunas preguntas que surgen con la lectura de la norma y que exigen una tarea de interpretación que desentrañe a quiénes comprende y a quiénes excluye, qué naturaleza y alcance tiene y qué tipo de obligaciones genera para los operadores judiciales. A continuación, se abordarán estos puntos.

4.1 “Entre miembros de un pueblo originario”

En materia de interpretación jurídica, el análisis “gramatical” es el primer recurso metodológico al que se acude a fin de extraer el significado y sentido de la norma mediante el examen de las palabras que emplea. La Corte Suprema ha señalado categóricamente que “la primera fuente de interpretación de la ley es su letra”.⁴⁴ Asimismo, como criterio hermenéutico, afirmó que “si la ley emplea determinados términos, la regla de interpretación más segura es la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito”.⁴⁵

El primer aspecto relevante es que la norma refiere a hechos cometidos “entre miembros” de “un pueblo originario”, es decir que tanto el sujeto activo como el pasivo de la conducta delictiva deben pertenecer a este tipo de comunidades, por lo cual corresponde descartar entonces aquellas situaciones en las que el hecho vincula a personas indígenas (para usar la terminología constitucional) con otras que no lo son.

Este punto es destacado por la doctrina cuando observa que “el precepto restringe la operatividad del Convenio [169 de la OIT] pues de su texto es claro que esa costumbre debe ser considerada por los jueces en conductas verificadas *entre*, y *no* por sus miembros” (Daray, 2019, p. 133). Y, en esa línea, otra cuestión a señalar es si acaso el sustantivo “pueblo originario” –en singular– utilizado por el legislador sólo contempla aquellos conflictos penales que se den

44 CSJN, *Sade SACCIFIM. C/Avila, Oscar A.* del 03/09/1991, Fallos: 314:1018; *Frigorífico Rioplatense SA. s/recurso de apelación* del 12/05/1992, Fallos: 315:929; *Gypobras S.A. c/Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/contrato de obra pública* del 05/04/1995, Fallos: 318:441; entre otros.

45 CSJN, *Bolaño, Miguel Angel c/Benito Roggio e Hijos S.A. - Ormas S.A. Unión Transitoria de Empresas Proyecto Hidra* del 16/05/1995, Fallos: 318:1012; entre otros.

entre miembros de “un mismo” grupo étnico, excluyendo los casos en los que participen integrantes de diversas comunidades indígenas.

Cabe determinar qué se entiende por “pueblo originario”, pues –de los términos del precepto– sólo aquellos hechos en los que estén involucrados sus miembros quedarán contemplados por el principio. La Ley 23302 de “Política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes” los define como “los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización”,⁴⁶ mientras que la doctrina –en modo más o menos similar– sostiene que son aquellos que, teniendo “una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de la sociedad que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos” (Anzit Guerrero, 2015, p. 1).

Si bien se podría discutir si debe tratarse de miembros de comunidades oficialmente reconocidas por el Estado nacional a través del Registro Nacional de Comunidades Indígenas, ello parece en la práctica una indebida restricción de carácter formal, cuando la jurisprudencia internacional ha considerado que la personería de las comunidades indígenas no se adquiere a partir de su inscripción registral en tanto aquellas existen con anterioridad a ésta, por lo que su registración es declarativa⁴⁷ (Bertinat Gonnet, 2015).

Un motivo que podría explicar la limitación del precepto (sólo “entre miembros de un pueblo originario”) es la posibilidad de que el legislador haya querido reconocer la autonomía y jurisdicción de las comunidades originarias (y de sus autoridades) para resolver sus conflictos internos (incluso los de carácter penal), pues en ese caso es razonable que tanto el ofensor como la víctima deberían pertenecer a un mismo grupo étnico porque, además de regirse su conducta bajo idénticas pautas culturales, están sometidos a una autoridad indígena común. Esta interpretación alternativa encuentra antecedente en el anteproyecto de reforma del código penal (Decreto PEN 678/12) y en el art. 9.1 del Convenio 169 de la OIT, como también en la legislación latinoamericana antes referida.

Respecto al tópico, un sector de la doctrina sostiene que

En aquellos conflictos suscitados exclusivamente entre miembros de comunidades indígenas [...] debería posibilitarse la exclusiva aplicación del sistema jurídico

46 Ley 23302 de Política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes, BO 12/11/1985, art. 2.

47 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Comunidad Indígena Yake Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas del 17/06/2005, Serie C, N° 125.

de esa cultura tanto en sus aspectos sustantivos como procesales. Mientras que los conflictos que surjan entre originarios con personas de la cultura dominante, y tal como lo establece el derecho vigente en nuestro país, se debe diseñar la coexistencia de sendos órdenes jurídicos como culturas haya en juego. (De Luca y Da Rocha, 2014, p. 165)

Para Donna y Días (2021), la norma abre la puerta a la aplicación de un derecho no argentino dentro del país, lo que a su juicio “puede tener efectos realmente perjudiciales”, preocupándoles en particular “la idea de que aparezca entre los miembros de los pueblos originarios penas que están prohibidas por la Constitución y los pactos internacionales” (p. 199). Por su lado, Pastor (2015) niega que la cláusula tenga ese alcance al sostener que “se trata de orientaciones, no de sustitución de la ley sustantiva por un Código de Resolución de Conflictos de la Nación, en el cual la costumbre [indígena] sea la fuente punitiva” (p. 27).

Sin embargo, aunque aquella puede ser una explicación razonable de los términos utilizados por el legislador, ni del debate parlamentario –como se verá más adelante– como tampoco de otras leyes que coexisten en nuestro orden normativo pareciera surgir la idea de implantar cacicazgos en nuestro país con atribuciones jurisdiccionales que sustituyan el derecho y a las autoridades instituidas constitucionalmente para resolver conflictos de índole penal. Es que, además de entrañar un problema constitucional, si tal hubiese sido el objetivo del legislador, al menos la regulación debiera tener otro sitio y extensión, previendo la articulación entre ambos tipos de autoridades, eventuales conflictos de competencia y las posibilidades de impugnar las decisiones indígenas ante un órgano superior federal (como sucede en otras latitudes), nada de lo cual contempla el exiguo precepto.

De ahí que la restrictiva formulación “entre miembros de un pueblo originario” podría deberse más a una mala técnica legislativa que a un propósito específico del legislador.

4.2 “Tener en cuenta sus costumbres en la materia”

Ese es el mandato del código adjetivo cuando se esté ante “hechos cometidos entre miembros de un pueblo originario”. La formulación no brinda precisiones sobre qué incidencias tendrán esas costumbres en el proceso penal o, en otras palabras, con qué fin los operadores judiciales deben ponderar las tradiciones de una comunidad indígena. ¿Es una manda sustantiva o procesal?

En materia de interpretación, la Corte Suprema ha echado mano de la di-

rectriz topográfica⁴⁸ –o *sede materiae*– según la cual el alcance de una norma puede determinarse a partir de su ubicación sistemática, no sólo dentro del ordenamiento jurídico, sino también en el cuerpo normativo concreto del que forma parte. Y no es un dato menor que el legislador nacional haya elegido el código procesal para hacer su inédita declaración; de ahí que, a *priori*, quepa asignarle consecuencias jurídicas de esa naturaleza.

En esta línea se pronuncia Hairabedián (2021) al afirmar que cuando la norma establece que hay que tener en cuenta las costumbres en la materia, “propugna que las diferencias culturales no se erijan en barreras en el marco del proceso, debiendo garantizarse el acceso a la justicia de los pueblos originarios”, y agrega que habrá que “proporcionarle [al justiciable] la asistencia adecuada de acuerdo con su cultura, teniendo presente, por ejemplo, si habla algún dialecto” (p. 105).

Con otra postura, Daray (2019) sostiene que “tener en cuenta las costumbres de los pueblos originarios en la materia se presenta como una cuestión sustantiva, con innegable influencia en la determinación de la pertinencia e intensidad de la sanción de quien ha delinquido” (p. 132).

Otro recurso útil para desentrañar el significado de la norma es indagar sobre las motivaciones de los parlamentarios al sancionarla (directriz subjetiva), para lo cual es pertinente analizar el debate de la ley, pues éste, como las exposiciones de motivos, permite descubrir la intención tenida en mira por el legislador al redactar las normas (Capitant, 2000), siendo “útiles para conocer su sentido y alcance”.⁴⁹ En efecto, la jurisprudencia de nuestro alto tribunal también tiene dicho que “la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador”.⁵⁰

Sin embargo, el debate de este artículo fue superficial y ni siquiera se incluyeron sus fundamentos en la exposición de motivos o en el dictamen de mayoría. Sólo dos legisladores se refirieron expresamente al tema. La senadora Liliana Negre de Alonso (por la provincia de San Luis) sostuvo:

También nos hemos dedicado al artículo 24 que se refiere a los pueblos originarios. Al respecto, consideramos que es muy tímido lo que plantea el oficialismo; está muy desdibujado todo lo que tiende a la protección de los pueblos origina-

48 CSJN, *Arcana, Orazio* del 18/03/1986, Fallos: 308:283.

49 CSJN, *Santiago del Estero, Provincia de c/Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/acción declarativa*, del 13/11/1990, Fallos 313:1149; entre otros.

50 CSJN, *Kamenszein, Víctor J. y otros c/Fried de Goldring, Malka y otros* del 21/04/1992, Fallos: 315:790.

rios. Entonces, hemos puesto lo siguiente: Diversidad cultural: cuando se trate de hechos cometidos entre miembros de un pueblo originario será obligatoria la presencia del intérprete o traductor en todos los casos bajo pena de nulidad. En la tramitación de la acción como en la valoración de los hechos se deberán tener en cuenta las costumbres del pueblo originario en la materia. Costumbres que como sabemos algunas son absolutamente distintas.⁵¹

Por su parte, el senador Juan Carlos Romero (por la provincia de Salta) afirmó:

Coincido con la senadora por San Luis en lo que hace al artículo 24 del dictamen en minoría, que prevé tener en cuenta la diversidad cultural. A los extranjeros se les prevé la provisión de traductores, cosa que no se da en el caso de las personas pertenecientes a los pueblos originarios que, a veces, cuando se encuentran ante la justicia tienen un impedimento de comprensión, no solo de las leyes sino también desde el punto de vista de la visión cultural. No digo que haya que torcer el Código por una supuesta visión cultural, pero de todos modos ayudaría si hubiera un apoyo en la traducción.⁵²

Las tímidas apreciaciones vertidas por la minoría en el debate parlamentario de la Ley 27063, si bien no permiten un acabado análisis de la norma, esbozan lineamientos relevantes para su estudio. En este sentido, recurrir al debate parlamentario o a los despachos de mayoría o minoría, aun cuando no proporcionen información consistente respecto a las motivaciones o fundamentos expresos del legislador, dejan al descubierto tanto los olvidos y posibles imprevisiones como los intereses que trasuntaron el debate, datos que pueden llevar –al menos– a descartar hipótesis interpretativas. Sobre esto, luce interesante lo que señala Rabbi-Baldi Cabanillas (2020) en cuanto a que:

[...] cabe hacer, como suele decirse, “del defecto, una virtud”, pues estas dificultades ayudan a desentrañar, cuanto menos aquello que el legislador “no quiso decir” o aquello que, en última instancia, refleja no una, sino varias voluntades que carecieron del margen necesario para imponer una mayoría capaz de reflejar un sentido tanto consistente como coherente a los documentos en cuestión. (p. 51)

En el caso, del escueto debate aparece latente la idea de garantizar el acceso

51 Congreso de la Nación, Cámara de Senadores, Período 132º, 19ª Reunión, 9ª Sesión especial, 19/11/2014, pp. 17-18.

52 Congreso de la Nación, Cámara de Senadores, Período 132º, 19ª Reunión, 9ª Sesión especial, 19/11/2014, págs. 63-64.

a la justicia del imputado o de la víctima miembros de un pueblo originario en el marco del nuevo proceso penal federal, para lo cual los senadores Negre de Alonso y Romero destacaron la necesaria presencia de “intérpretes o traductores”, incluso proponiendo en el despacho de minoría que el artículo sancione con la nulidad aquel acto que no cumpla con esas condiciones. Hasta aquí, el alcance es procesal.

Sin embargo, también llama la atención lo que dice la senadora en cuanto a que el texto del oficialismo (finalmente aprobado) era “muy tímido” y que había que agregar que “en la valoración de los hechos se deberán tener en cuenta las costumbres del pueblo originario en la materia”, dotando al precepto también de efectos sustantivos. Y es importante destacar que su propuesta no la esgrime como disidencia, sino más como un refuerzo al texto original con una idea más potente sobre la diversidad cultural.

Algo también desliza el senador Romero cuando, luego de adherir a la redacción explicada por Negre de Alonso, afirmó que muchos miembros de comunidades originarias “tienen un impedimento de comprensión de las leyes desde el punto de vista de la visión cultural” (lo que evoca la conocida tesis de Zaffaroni), pero aclaró: “No digo que haya que torcer el Código por una supuesta visión cultural”. Esto evidencia alguna señal de precaución por parte de este legislador respecto a los efectos jurídicos que pudieran tener los textos en discusión, lo que ningún sentido tendría si el artículo se estuviera refiriendo sólo a aspectos meramente procesales.

Entonces, a partir del repaso de las breves alocuciones que se hicieron en el Senado de la Nación respecto al artículo 24, es posible afirmar –desde una directriz subjetiva de interpretación de la norma– que el precepto también tiene un alcance sustantivo, con efectos en la valoración de los hechos y, consecuentemente, en la determinación de la responsabilidad penal.

Es que cuando el legislador dice que se deberán tener en cuenta sus costumbres en la “materia”, esta última parece identificarse directamente con los “hechos cometidos”, o sea, con la conducta reputada como ilícita. No se trata, entonces, de un mandato genérico de respeto de las costumbres ancestrales, del lenguaje o de la idiosincrasia del imputado a los fines del trámite del proceso penal y del acceso a la justicia, sino que es algo más: son las costumbres que tienen esos “miembros” de “un pueblo originario” sobre “los hechos cometidos”.

Tal conclusión es a la que arriba la mayoría de los autores que han analizado doctrinariamente el nuevo régimen procesal penal federal. Incluso Hairabedian (2021) –luego de asignarle alcances procesales al precepto– señala que

la “perspectiva cultural valorada en el ámbito de la teoría del delito, más precisamente en la categoría de la culpabilidad, puede ser tenida en cuenta a la hora de analizar ciertas conductas en las que intervengan miembros de pueblos originarios” (p. 106).

Por su parte, Romero Villanueva y La Rosa (2019), quienes en su obra le dan a la norma plena operatividad sustantiva, dicen:

En materia penal, la diversidad cultural solo puede ser esgrimida como defensa, a título excluyente de la categoría de culpabilidad, de manera restringida a los supuestos de delitos que no constituyan el núcleo duro del derecho penal; debiendo el juez efectuar una ponderación en cada caso concreto de los deberes impuestos por la cultura hegemónica y el mandato de la norma cultural particular de cada etnia [...] la redacción que le da el nuevo código a la problemática, aunque abierta y un tanto vaga, resulta sumamente auspiciosa en orden a dar un paso más en el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios. (p. 340)

Asimismo, Daniel Pastor (2015) sostiene que la norma excede su naturaleza procesal al indicar que

El legislador ha introducido una norma extraña a la regulación del enjuiciamiento penal, esto es a lo que constituye la conformación, a partir de la sospecha de que fue cometido un delito, de los procedimientos necesarios para comprobar o descartar los requisitos normativos que autorizan la aplicación al responsable de las consecuencias jurídico-penales previstas para el caso de que éste efectivamente haya cometido un delito. (p. 39)

A idéntica conclusión se arriba si recurrimos al conocido canon exegético de la Corte Suprema de que el legislador es “económico o si se prefiere, no reiterativo, por lo que las normas que dicta no son superfluas ni redundantes” (Rabbi-Baldí Cabanillas, 2020, p. 47).

Es que, en relación con las barreras lingüísticas, el código prevé en sus arts. 70 y 106 la designación de traductores (para los actos escritos) e intérpretes (para las audiencias) y/o de cualquier “apoyo necesario para garantizar su comprensión y debida comunicación”; derecho que concierne al imputado, pero también a cualquier “interviniente” del proceso. En la misma línea se inscribe el art. 288 cuando establece que “quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en el idioma nacional, intervendrán por escrito o por medio de intérpretes”.

De ahí que las preocupaciones manifestadas durante el debate por los se-

nadores sobre la garantías de acceso a la justicia de los miembros de comunidades originarias, a más de no haber sido receptadas finalmente en el texto de la norma, ya se encuentran contempladas en los derechos que conciernen a todo justiciable (sea de la etnia que fuere) que acude al proceso sin entender el idioma oficial de la Administración para contar con un adecuado soporte de traducción. Ello, nuevamente, nos conduce a pensar que la norma en estudio se orienta a un ámbito material con incidencia en los hechos y en la determinación de responsabilidad.

Además, si el fin del artículo fuera netamente procesal, resultaría inconsistente con la limitación que hizo el legislador de que solamente es aplicable a “hechos cometidos entre miembros de un pueblo originario”, pues ello llevaría al absurdo de sostener que sólo respecto de esos hechos cabe garantizar el acceso a la justicia de los imputados en el trámite del proceso, mientras que si se trata de supuestos en donde el acusado es indígena, pero la víctima no, ya no habría, por ejemplo, derecho al traductor e intérprete, lo que resulta irrazonable con la lógica del código y no se compadece con la garantía constitucional del debido proceso.

Por lo demás, la circunstancia de que el legislador haya introducido un precepto de fondo en una norma procesal puede generar algún reparo respecto a la técnica legislativa, pero no constituye en este caso un problema constitucional. Es que el tema suscita cuestionamientos cuando se trata de normas similares establecidas en códigos provinciales, en tanto podría haber una indebida intromisión de parte de autoridades locales en atribuciones que son de exclusiva competencia de la nación (cfr. art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional).

Al respecto, Soler (1989) manifestaba que

[s]e hace necesario distinguir algunas condiciones y formas bajo las cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectiva. Esas condiciones y límites, naturalmente, no son normas procesales, sino penales, porque contienen autolimitaciones de la pretensión punitiva, con las cuales la ley de fondo fija a la pretensión punitiva una especie de vida, distintos modos de nacimiento y extensión. (pp. 527-528)

Ello, porque el tema de la multiculturalidad generalmente remite a “las estructuras jurídicas, propias de la teoría del delito, donde se advertirá en qué casos y con cuales alcances la obligatoriedad de la norma puede exceptuarse” (García Vitor, 1994, p. 19).

Por ello, se dijo que “de adoptarse este tipo de soluciones político-crimi-

nales, deben ser dictadas por el Congreso de la Nación y, más concretamente, insertadas en el Código Penal” (Cesano, 2004, p. 62), máxime cuando el mandato de diversidad cultural esté orientado a trascender los aspectos del proceso para insertarse en el ámbito de la valoración de los hechos y de la responsabilidad, pues, en este supuesto, la solución del conflicto se relaciona directamente con la estructura del delito (v.gr., en la regulación de causas de inculpabilidad, como el error de prohibición culturalmente condicionado, o de excusas absolutorias) o –como también se vio– con la facultad judicial de determinar penas reducidas a partir de la ponderación de los valores culturales de los intervinientes.

Sin embargo, al tratarse del mismo órgano colegiado con facultades para sancionar tanto las leyes de fondo como el código de procedimientos federal, no aparece aquí el problema constitucional que eventualmente podrían tener los cuerpos provinciales que contienen este tipo de cláusulas, limitándose – como se dijo– a una cuestión de técnica legislativa que, sin dudas, repercute en los procesos de interpretación sobre el sentido y alcance que tiene la norma. Pues ya vemos que su sola ubicación en el marco de un digesto netamente ritual no es óbice para asignarle –de acuerdo con todo lo que se viene explicando– un sentido mucho más sustantivo.

De ahí que Pastor (2015) concluya: “No obstante que la disposición es más material que procesal, no hay aquí un fraude de competencias, dado que se trata –como se señaló– de orientaciones y no de la sustitución de la ley sustantiva [...] por la costumbre” (p. 39).

4.3 Una diversidad privilegiada

Habiendo determinado su naturaleza material y, en consecuencia, la posibilidad de que la “perspectiva cultural” implique un tratamiento más favorable al imputado indígena al momento de la valoración de los hechos y de su responsabilidad penal, corresponde dilucidar si acaso el legislador no incurrió en un supuesto de discriminación o trato desigual cuando redujo los alcances del principio de diversidad cultural solamente a los delitos cometidos entre miembros de comunidades originarias, desconociendo que el término es mucho más amplio y sus alcances obviamente trascienden la situación de los pueblos indígenas a partir del fenómeno de la globalización y del flujo migratorio constante que se ha dado en nuestro país.

García Vitor (2003) define la diversidad cultural como “los complejos procesos

de identificación de las personas y los grupos sociales, lo cual conlleva a la diversificación y consecuente fragmentación simbólica y material de la realidad” (p. 1), noción más amplia y adecuada a los términos utilizados por los pactos internacionales que aquella que finalmente tomó el legislador en el nuevo régimen procesal.

Se sabe que sobre el principio del art. 16 de la Constitución Nacional, la interpretación de la Corte Suprema no ha sido la de una “rígida igualdad” entre los habitantes, ya que “entrega a la discreción y sabiduría de los gobiernos una amplia latitud para ordenar y agrupar distinguiendo y clasificando razonablemente los objetos de la legislación”.⁵³ El alto tribunal interpretó la igualdad jurídica como el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se les concede a otros en iguales circunstancias;⁵⁴ pauta hermenéutica que se complementa con el criterio de que “el legislador puede contemplar en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos”.⁵⁵ En síntesis, hay desigualdad si la ley contempla en forma distinta situaciones que son iguales.⁵⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”,⁵⁷ explicando que

una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.⁵⁸

53 CSJN, *Leal, José E. c/Gimenez, Eduardo S.* del 28/08/1939, Fallos: 184:398; entre otros.

54 CSJN, *Redondo* del 08/11/2005, Fallos: 328:3985; entre otros.

55 CSJN, *Gutiérrez, Oscar* del 11/04/2006, Fallos: 329:1092; entre otros.

56 CSJN, *Martínez, José Agustín s/robo calificado s/causa N° 32.154* del 06/06/1989, Fallos: 312:826.

57 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, Opinión Consultiva OC4/84 del 19/01/84 y Caso *Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones preliminares*, Fondo, Reparaciones y Costas del 06/08/2008, Serie C, N° 184.

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-24/17 del 24/11/2017; Caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, del 29/05/2014, Serie C, N° 279, entre otros.

Por ello, el Estado “debe abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”.⁵⁹

Ahora bien, la jurisprudencia interamericana también reconoce que

[...] pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran⁶⁰ [y agregan, en particular, que] los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos.⁶¹

Este tipo de disposiciones diferenciadas pertenece a lo que se denomina doctrina de “acción afirmativa”, que postula políticas de “discriminación inversa”. Esta última

[...] parece hallar eventualmente justificación para lograr una suerte de reparación histórica a centurias de intencionada y perniciosa discriminación contra ciertos grupos, y como herramienta de construcción de una sociedad más justa e integrada. Solo así puede alcanzar una legitimidad que siempre resultará polémica, ya que inevitablemente acarrea la injusticia de tratar, también desigualitariamente, a algunos de los actuales herederos de los sectores o los grupos otrora explotadores. (Sagüés, 2007, p. 764)

Este podría ser el sentido de la manda del art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional (fuente del art. 24 del CPPF), que vino a reemplazar la anterior redacción que le confería al Congreso el “conservar el trato pacífico a los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”; sin embargo, su inclusión careció de debate en el seno de la Convención Reformadora de 1994 que permita aclarar algunos de los puntos oscuros que la doctrina constitucional viene señalando.

Así, un sector entiende que se trató de una justa reparación histórica imperiosa en una sociedad democrática (Menem y Dromi, 1994). Y aunque “la mayor parte del artículo es declarativo y necesita de leyes que lo hagan operati-

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, del 01/02/2006, Serie C, N° 141.

60 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28/08/2002.

61 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, del 01/02/2006, Serie C, N° 141.

vo” (Segovia y Segovia, 1995, p. 340), apunta “a una cuestión de intensidad en la protección de los grupos tradicionalmente desfavorecidos o discriminados, cultural y económicamente” (Ekmekdjian, 1997, p. 507).

Sobre el tópico, Bidart Campos (1995) decía:

Que étnica y culturalmente hayan preexistido los pueblos indígenas implica que, negativamente, es inviable desconocer o contrariar la herencia que hoy se acumula en sus comunidades y en nuestra sociedad toda; positivamente, quiere decir que, más allá de no destruirla o socavarla, hay que promoverla. El Congreso, en ejercicio de la competencia que surge de la norma comentada, tiene el deber de no tornarla inocua y de conferirle desarrollo en cuanto ámbito resulte posible. (pp. 371-372)

Asimismo, en un precedente sobre propiedad comunitaria indígena, la Corte Suprema efectuó algunas consideraciones que resultan aplicables al tema en estudio:

La relevancia y delicadeza de los aludidos bienes [tradiciones, expresiones, costumbres, lenguas, artes y rituales] deben guiar a los magistrados no sólo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino de aquellos vinculados con la protección judicial prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que exhibe jerarquía constitucional.⁶²

Gelli (1995) señala que la diversidad social se ha institucionalizado a través del tratamiento constitucional dado a los indígenas argentinos, donde, además del respeto a la identidad, se insertó la pluralidad cultural en calidad de valor a proteger mediante leyes del Congreso. No obstante, la referida autora admite que el reconocimiento a algunos tipos de diversidad importa cuestiones problemáticas al principio de igualdad presente en el art. 16 de la Constitución Nacional.

La norma del artículo 24 del CPPF parece inscribirse entre las acciones positivas que el legislador adoptó en torno a los pueblos originarios y al reconocimiento de su identidad cultural, con proyecciones –obviamente en este caso– sobre el ámbito del derecho penal y, en particular, sobre la responsabilidad de sus miembros por actos ilícitos cometidos con motivaciones culturales.

El propio título del art. 24 –Diversidad Cultural– demarca su campo de aplicación: no es una norma para todos los sujetos del proceso, sino destinada a aquellos “diferentes” culturalmente del orden o sistema establecido (Eroles et

62 CSJN, *Comunidad indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta* del 30/09/2008, Fallos: 331:2119.

al., 2004). Así, se considera que “minoría” es “un grupo social con caracteres lingüísticos, étnicos y culturales distintos de los de la mayoría de los ciudadanos de una nación, que además manifiesta la conciencia de una propia identidad distinguida de la comunidad nacional” (Collo y Sessi, 1995, p. 275).

Al respecto, y recurriendo a nociones de Borja Jiménez, Slonismqui (2002) sostiene que:

Estos grupos humanos participan de un destino vital colectivo que los diferencia de la mayoría dominante, grupo de referencia que establece los valores y pautas de comportamiento generales e incluso idiosincrásicas del Estado en cuestión. Las diferencias de sus tradiciones y costumbres es contemplada por las distintas legislaciones nacionales e internacionales como una realidad de las modernas sociedades que se valora positivamente y que todo Estado debe tutelar o, en su caso, tolerar, vinculando a los ciudadanos en esa necesidad de respeto. (p. 47)

En efecto, la norma en estudio parte de una “distinción” (para utilizar la terminología interamericana) que –ante hechos delictivos similares– pone de relieve un diferente énfasis de protección judicial de los imputados pertenecientes a los pueblos originarios respecto a aquellos que no lo son. Tal circunstancia no constituye un trato desigual o discriminatorio para el resto de la sociedad en la medida en que la diferenciación que hace la norma parece sustentarse en el distinto modo de aprehender y comprender las prohibiciones penales y pautas de comportamiento por parte de ciertos grupos étnicos culturalmente disidentes; lo que –además– remite al principio constitucional *nulla poena sine culpa*, por el que ninguna persona (sea de la etnia que fuere, de la mayoría o minoría) puede ser penada sin comprobarse “la posibilidad de conciencia del injusto y la posibilidad de actuar en la medida de esa conciencia” (Donna, 2009, p. 58).

Sin embargo, el precepto –tal como fue redactado– restringe notoriamente su campo de aplicación al excluir a otras minorías culturales que no son comunidades originarias y que también quedan alcanzadas por la discusión del multiculturalismo en el derecho penal.

En este sentido, el legislador argentino parece haber desatendido el debate que sucede en Europa o en Estados Unidos con las olas de inmigración y su influencia en el campo de la *cultural defense*, ciñéndose exclusivamente a los pueblos originarios, a cuyos miembros –aún en términos vagos y ambiguos– les dispensa normativamente un trato diferenciado en el proceso penal en reconocimiento a sus costumbres como condicionante de la conducta.

Aquí parece cumplirse lo que pronostica Gelli (1995) cuando admite que el privilegio de unas minorías –aun en contextos de reparación histórica (o discriminación inversa)– puede entrar en pugna con el principio de igualdad jurídica del art. 16 de la Constitución Nacional, en tanto no se verifique en el supuesto concreto una razón justificante para diferenciar el tratamiento penal respecto de una cultura y otra cuando ambas se presentan como disidentes de la “oficial”.

Cabe recordar que la Constitución Nacional consagró en su art. 20 un criterio de igualdad material al reconocerles a los extranjeros el goce de todos los derechos civiles de los ciudadanos. De este reconocimiento expreso “deriva una presunción de inconstitucionalidad ante cualquier distinción efectuada por el legislador con base en la nacionalidad que invierte la carga de la prueba, debiendo el Estado justificar con razones suficientes el diferente trato” (Sabsay, 2022, p. 353).

En efecto, la exclusión de las otras minorías culturales que hace el legislador en el art. 24 no se funda en motivos razonables, pues la incidencia de las costumbres en la conducta que pueda comprobarse en un hecho delictivo no constituye una noción propia y exclusiva de los pueblos originarios (como sí puede ser la ocupación histórica de la tierra y el consecuente reconocimiento a su propiedad comunitaria), sino un concepto totalmente aplicable a cualquier grupo étnico diferenciado de la nación oficial.

En otras palabras, todas las minorías culturales (sean indígenas o no) participan de diferentes costumbres que pueden ser tenidas en cuenta a los fines de determinar una responsabilidad penal, sin que se hallen motivos razonables para pensar que la especial protección de la diversidad cultural en el ámbito que nos ocupa sea de titularidad exclusiva de los pueblos originarios.

De ahí que la cláusula 24, aun cuando quizás no le quepa el calificativo de discriminatoria, sí impone un trato desigual hacia las diferentes minorías culturales existentes en nuestro país que no constituyen pueblos originarios, cuyos miembros eventualmente podrían verse involucrados en un proceso penal a partir de hechos cometidos por motivaciones culturales, y hacia quienes –por la aplicación restrictiva del precepto– no podrían en esos casos beneficiarse de la pretendida protección legal.

Así, hasta el propio título de la norma (“Diversidad Cultural”) parece inapropiado en relación con el texto que le sigue, pues, bajo ese término, el legislador luego reconoce como única disidencia cultural a los pueblos originarios, invisibilizando a las demás minorías; nada de lo cual se compadece con la rea-

lidad argentina ni con el sentido y alcance más amplio que tiene el concepto “diversidad cultural” tanto en la doctrina como en las normas internacionales. Pues, en todo caso, debió titular “pueblos indígenas” (como lo hace el Código Procesal Penal de Neuquén en su art. 109) si solamente pensaba circunscribir el precepto a esos grupos étnicos.

Y si bien se podría argumentar que dicho trato desigual se justifica en la especial protección y reconocimiento que el convencional constituyente de 1994 les otorgó a los pueblos originarios en el art. 75, inc. 17, no debemos olvidar que –en simultáneo– le dio jerarquía constitucional (por vía del art. 75, inc. 22) a la cláusula 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño que, en lo sustancial, establecen que en aquellos países en donde existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas “no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde [...] a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

De modo que todas las minorías en nuestro país gozan de la misma consideración constitucional y convencional, por lo menos en lo tocante al respeto de su identidad cultural comunitaria, elemento que es, en definitiva, el que se relaciona directamente con la operatividad del art. 24 en cuanto establece tener en cuenta, respecto de los hechos ilícitos cometidos, “sus costumbres en la materia”.

Ello determina que la judicatura debería aplicar el precepto sin consideración sobre el origen étnico del imputado para evitar incurrir en un trato desigual prohibido por nuestra Constitución Nacional y los pactos internacionales; interpretación que también puede inferirse de lo sostenido en el debate parlamentario por la senadora Negre de Alonso, cuando –en el marco del análisis de este artículo– sostuvo que se había eliminado del texto del código “todo lo que signifique nacionalidad para no realizar ningún tipo de discriminación con los extranjeros”.⁶³

4.4 Una perspectiva cultural

La pregunta ahora es: ¿ante qué tipo de mandato estamos?

El precepto fue incluido en el Libro I, “Principios Fundamentales”, título I “Principios y Garantías Procesales” del Código Procesal Penal Federal, o sea

63 Congreso de la Nación, Cámara de Senadores, Período 132º, 19ª Reunión, 9ª Sesión especial, 19/11/2014, p. 18.

que el legislador lo ubica como un “principio fundamental” del proceso penal y, por lo tanto, con efectos jurídicos transversales a todas sus etapas.

En segundo lugar, ese sitio también indica que estamos ante un “principio” y no una “regla”. En general, los primeros tienden a ser orientaciones jurídicas (estándares) que se redactan en términos generales e imprecisos; permiten una mayor flexibilidad y, en la práctica, dan lugar a la adopción de decisiones de variada índole. En cambio, las “reglas” son mandatos jurídicos definidos que se expresan en términos “detallados, específicos, concretos y determinados” y que ofrecen estabilidad al no permitir demasiado margen de discrecionalidad del operador (Schauer, 2009, p. 189). Sin perjuicio de ello, cabe tomar la precaución de que no siempre “las indeterminaciones semánticas afectan al carácter de ‘regla’, a no ser que se alcance un grado extremo que no permita que se hable ya de determinación de un modelo de conducta” (Atienza y Ruiz Manero, 1991, p. 109).

La distinción entre reglas y principios no sólo permite dilucidar –desde el prisma de la técnica legislativa– el modo de regular jurídicamente una determinada actividad, “sino también advertir cuáles son las razones para optar por una de ellas y el impacto concreto que esa selección tiene en la forma en la que luego los tribunales resuelven casos” (Larsen, 2020, p. 306).

Es que los principios exigen un mayor desarrollo argumentativo en el razonamiento jurídico que deben hacer los operadores al momento de justificar las alternativas elegidas de acuerdo con los intereses y derechos en conflicto. Así,

[...] si una regla es aceptada, entonces se evita tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra, [reduciendo] la complejidad de los procesos de argumentación; mientras que los principios no eximen de la tarea de efectuar esa ponderación. (Atienza y Ruiz Manero, 1991, p. 115)

En un análisis más preciso, Robert Alexy (1988) explica que

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre

ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. (pp. 143-144)

A esta altura, no hay dudas de que, tanto a partir de la topografía de la norma como por la semántica utilizada por el legislador, la cláusula del art. 24 se configura como un principio dirigido a guiar el ejercicio de los órganos jurisdiccionales a quienes el propio derecho confiere el poder para resolver los conflictos penales.

Pero en un nivel de mayor precisión, también es posible diferenciar si se está ante un principio en sentido estricto (norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico) o frente a una directriz (norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines).

La diferencia, pues, entre un principio y una directriz parece ser la siguiente: los principios en sentido estricto son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación, en relación con los factores relevantes que el caso presente, con principios y reglas que jueguen en sentido contrario; pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, éste exige un cumplimiento pleno. Las directrices, por el contrario, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan también abierto el modelo de conducta prescrito: las directrices sí pueden, en efecto, ser cumplidas en diversos grados. (Atienza y Ruiz Manero, 1991, p. 110)

El art. 24 tiene una condición de aplicación más o menos precisa en tanto se dirige solamente a aquellos supuestos en los que el hecho delictivo haya sido cometido “entre miembros de un pueblo originario”, pero, más allá de esa determinación, la aplicación de la pauta en un hecho concreto se encuentra supeditada a que se trate efectivamente de un “caso cultural”, lo que ocurrirá cuando existan indicios para presumir que los delitos cometidos tienen alguna motivación en las costumbres comunitarias. Luego, no todo caso en el que intervengan miembros de un pueblo indígena caerá en el supuesto de la cláusula, como cuando las “costumbres en la materia” sean indiferentes para su resolución o directamente no existan. Todo ello será objeto de ponderación del juez.

Pero además de contener, en este sentido, condiciones de aplicación abiertas, la manda del art. 24 no establece (y esto es parte de la crítica de algunos autores) la pauta o modelo de conducta a seguir por los operadores judiciales cuando estén ante un “caso cultural”, pues se limita a señalar que en los su-

puestos en los que se cumplan las condiciones de aplicación de la cláusula, “se deberán tener en cuenta sus costumbres en la materia”, en un nivel de indeterminación que, como se vio, hasta pone en duda su naturaleza y alcance material o procesal.

En efecto, un precepto de este tipo no puede sino definirse como una “directriz” o –en palabras de Pastor (2015)– como “orientaciones” que deben guiar la labor del fiscal y, fundamentalmente, la del juez en las distintas etapas del proceso. La norma es programática porque solo establece un criterio genérico de actuación en función de un fin que, en realidad, se amalgama con el principio del art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, en donde los operadores –a partir de aquella– deben ponderar (en los casos aplicables) la incidencia de los factores culturales (o “costumbres en la materia”), pero sin que existan otras pautas de acción que determinen el modo de materializarse, lo que, por supuesto, permite que la directriz sea cumplida en diversos grados y con distintos alcances.

Por ello, podemos concluir que la cláusula 24 del código viene a establecer una “perspectiva cultural” que, en los casos aplicables, obliga a los operadores judiciales a ponderar en el proceso de construcción del razonamiento jurídico las costumbres que la comunidad étnica tiene respecto de los hechos que han suscitado el inicio del proceso penal. De modo que mientras la argumentación en el caso concreto contemple este tipo de valoraciones, se cumplirá con la directriz establecida por el legislador, independientemente de los alcances e intensidad de su aplicación, todo lo cual –por la naturaleza misma de la norma– se irá definiendo en cada caso.

5. Conclusiones

En el presente artículo se intentó esbozar unas primeras aproximaciones sobre el sentido y alcance de la cláusula 24 del Código Procesal Penal Federal a partir de un diálogo con las pautas hermenéuticas sentadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el objeto de poner en discusión la autosuficiencia de la norma respecto a la materia que está destinada a regir, como también aquellas oscuridades que podrían entrañar disímiles aplicaciones jurisdiccionales que se traduzcan en un problema constitucional.

Como primera observación, nuestro país todavía transita un modelo multiculturalista débil, pues el legislador no sistematizó un tratamiento penal diferenciado para quien comete un hecho ilícito culturalmente motivado, sino que limitó los instrumentos legales a meros enunciados procesales (en el digesto

nacional y en los códigos locales) que no importan una verdadera regulación de una *cultural defense*, sea bajo el reconocimiento expreso de una causa de inculpabilidad como el error de prohibición culturalmente condicionado (Zaffaroni et al., 2000), una causa de no punibilidad cultural (De Maglie, 2012) o, incluso, un atenuante genérico cultural (Soprano, 2022), a modo de la *partial excuse* propuesta en la doctrina estadounidense (Renteln, 2004). En igual sentido, la jurisprudencia no logró brindar soluciones jurídicas consistentes y uniformes, confundiendo a menudo los conflictos culturales con los de índole socioeconómica, familiar y educativa.

El art. 24 del Código Procesal Penal Federal se inscribe en ese contexto. Es una norma con mala técnica legislativa que adolece de vaguedades y de una equívocidad semántica, con la cual el legislador intentó innovar introduciendo el fenómeno de la diversidad cultural en el proceso penal; pero –además de que su producto no tiene nada de novedoso– considero que quedó apenas en el primer peldaño de lograr una regulación sólida y operativa en materia de delitos culturalmente motivados. Pues no sólo no es autosuficiente, sino que ha venido a traer más dudas que certezas en el tratamiento de estos hechos –cada vez más recurrentes–, dejándose pasar una oportunidad histórica que no se repetirá en años, máxime en el contexto político y social actual que ha marcado una agenda donde este tipo de reformas legales no son prioritarias.

Es que, en primer lugar, sin que exista una justificación al respecto, el precepto se autolimita a los hechos cometidos “entre miembros de un pueblo originario”, excluyendo otros supuestos en los que –aun cuando la víctima no pertenezca a esa comunidad– pueden verificarse en el imputado indígena motivaciones culturales que cabría tener en cuenta.

Sobre el punto, la interpretación alternativa que aquí se mencionó de que la norma podría estar reconociendo la facultad de la autoridad indígena para solucionar conflictos penales intracomunitarios, si bien explicaría la fórmula utilizada por el legislador en tanto necesariamente en ese caso ambas partes debieran pertenecer al mismo grupo étnico-cultural, ello no se compadece con la lógica y armonía de todo el ordenamiento jurídico en el que se inserta el precepto, donde no cabe –por lo menos, por ahora– instituir cacicazgos con atribuciones jurisdiccionales que sustituyan el derecho y a las autoridades constitucionalmente instituidas para resolver los casos judiciales. La cuestión, así planteada, merece una profunda discusión en clave constitucional.

Otro punto relevante es que la manda restringe irrazonablemente el concepto de diversidad cultural, atribuyéndoselo en exclusiva a los pueblos originarios

sin contemplar otras expresiones culturales minoritarias que también son parte de la realidad de nuestro país (y que cuentan con protección constitucional y convencional), cuyos miembros tienen derecho a esgrimir una defensa cultural en los términos del art. 24 en los casos en que se compruebe que el hecho es de esa categoría. De ahí que la aplicación literal de la norma importaría un trato desigual vedado por el art. 16 de la Constitución Nacional.

Asimismo, del análisis realizado es posible concluir que la cláusula –tal como fue redactada– tiene naturaleza sustantiva, aunque el sitio y su extensión no sean los adecuados. No se trata, entonces, de un mandato procesal genérico para eliminar las barreras culturales que hubiera entre el imputado y el proceso penal, desde que aquello ya se encuentra garantizado a partir de otras disposiciones del código procesal, como la provisión de traductores o intérpretes.

No obstante, la indeterminación que entraña la norma tampoco permite dilucidar un modelo de conducta que –en el ámbito de la valoración de los hechos y de la responsabilidad penal– deban seguir los operadores judiciales cuando estén ante un “caso cultural”, lo que convierte al precepto en una directriz muy general con consecuencias jurídicas difusas que el juez deberá ir completando y delimitando en cada caso concreto.

No obstante la vaguedad del único precepto que el legislador le ha dedicado al tema, la manda del art. 24 se convierte en una declaración de interés respecto a la protección de la multiculturalidad en el sistema penal argentino que (se asume) busca superar las dificultades que la diversidad cultural trajo a las discusiones de la dogmática penal y que excedieron a las categorías clásicas de la teoría del delito, pero cuyos alcances sustantivos –por ahora– solo pueden ser precisados por los jueces que intervengan en cada instancia del proceso, quienes tendrán que decidir el modo de implementar un tratamiento jurídico más favorable al imputado que responda a la exigencia de la norma y, a la vez, sea coherente con las reglas de nuestro sistema, sin desproteger a las víctimas.

De ahí que, en función de esa manda, los jueces y fiscales deban actuar, desde sus respectivos roles, con “perspectiva cultural” cada vez que intervengan en un caso de esta índole. Decidir con este enfoque quiere decir que los operadores judiciales deberán maximizar sus esfuerzos para contemplar todas las incidencias que pudiera tener el factor cultural en un caso concreto, arbitrando los medios necesarios para comprobar o descartar un delito culturalmente motivado y obligándose a incluir en el proceso de argumentación jurídica las alternativas de solución que mejor persigan los fines de la norma. En palabras de Nicolás Becerra (1997), “los jueces [deberán] abandonar el paradigma del funcionario

judicial sólo sometido a la ley y descomprometido con otros datos esenciales del contexto social en el que se desenvuelve el caso y su propia tarea” (p. 19).

Y si bien las soluciones jurídicas a las que puedan arribarse a partir de la aplicación concreta de esta directriz exceden el objeto de este trabajo, parece claro que será el juez quien tendrá la difícil tarea de equilibrar los principios y derechos constitucionales en tensión, debiendo procurar la operatividad de la cláusula cultural sin que se convierta en un *bill* de indemnidad para justificar cualquier crimen de las disidencias. Pues, de lo contrario, un mal uso (o abuso) de la directriz terminará por vaciar de contenido a la diversidad cultural, a la vez que se instalarán en la sociedad sentimientos de descrédito y rechazo por este tipo de normas y decisiones en desmedro de los espacios de tolerancia que deben existir en cualquier sistema penal democrático que se apertura al multiculturalismo.

Bibliografía

- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5.
- Anzit Guerrero, R. (2015). El tratamiento de los pueblos originarios en el nuevo Código Procesal Penal y en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina. *La Ley*.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (10), 101-120.
- Basilico, R. (2017). *Error de prohibición culturalmente motivado*. Cathedra Jurídica.
- Becerra, N. (1997). *Derecho penal y diversidad cultural: la cuestión indígena*. Ediciones Ciudad Argentina.
- Bertinat Gonnet, S. (15 de julio de 2015). *La legitimación para querellar de los pueblos originarios en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. elDial.com. https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina2.asp?id=8082&base=50&t=j.
- Bidart Campos, G. (1995). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. La reforma constitucional de 1994*. Ediar.
- Binder, A. (1996). Diez tesis sobre la reforma de la justicia penal en América Latina. *Revista Contribuciones*, (3), 7-22.
- Borja Jiménez, E. (2009). Derecho Indígena, Sistema Penal y Derechos Humanos. *Nuevo Foro Penal, Universidad EAFIT*, 1 -46.
- Capitant, H. (1 de julio de 2000). Los trabajos preparatorios y la interpretación de las leyes. *La Ley*, 11-19.
- Cesano, J. D. (2004). Delito y diversidad cultural: algunas reflexiones sobre el caso argentino. *Revista del CESLA*, (6), 49-70.

- Collo, P. y Sessi, F. (1995). *Diccionario de la tolerancia*. Grupo Editorial Norma.
- Constenla, C. (2022). *Defensoría de Indios*. Astrea.
- Daray, R. (2019). *Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Vol. 1). Hammurabi.
- De Luca, J. y Da Rocha, J. (2014). *La justicia penal en las comunidades originarias*. Ad-Hoc.
- De Maglie, C. (2012). *Los delitos culturalmente motivados: ideologías y modelos penales*. Marcial Pons.
- Donna, E. A. (2009). *Derecho Penal. Parte General* (Vol. IV). Rubinzal-Culzoni.
- Donna, E. A. y Días, H. L. (2021). *Código Procesal Penal Federal Comentado* (Vol. I). Rubinzal-Culzoni.
- Ekmekdjian, M. A. (1997). *Tratado de Derecho Constitucional, Constitución de la Argentina*. (Vol. IV). Depalma.
- Eroles, C., Gagnetten, M. y Sala, A. (2004). *Antropología, cultura popular y derechos humanos*. Espacio.
- Ferrajoli, L. (2013). El populismo penal en la sociedad del miedo. En Zaffaroni, E. R., Ferrajoli, L., Basílico, R. y Torres, S., *La Emergencia del Miedo* (pp. 57-76). Ediar.
- García Vitor, E. (1994). Diversidad cultural y derecho penal. *Colección Jurídica y Social*, (36), 1-19. Universidad Nacional del Litoral.
- García Vitor, E. (2003). Culturas diversas y sistema penal. En *Problemas Actuales de derecho penal*. Universidad Católica de Temuco. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_83.pdf.
- García-Gallo, A. (1987). *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de derecho indiano*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- Gelli, M. A. (5 de julio de 1995). Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994. *La Ley*.
- Hairabedián, M. (2021). *Código Procesal Penal Federal Comentado*. Ad-Hoc.
- Larsen, P. (2020). Reglas, estándares y dos modelos de derecho probatorio para el proceso penal. *InDret*, (1), 300-335.
- Levaggi, A. (2012). *El Derecho Penal Argentino en la Historia*. Eudeba.
- López Rosas, J. R. (2019). *Historia Constitucional Argentina*. Astrea.
- Menem, E. y Dromi, R. (1994). *La Constitución Reformada*. Ediciones Ciudad Argentina.
- Nino, C. (2001). *Introducción al análisis del derecho*. Astrea.
- Pastor, D. (2015). *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*. Hammurabi.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (1993). La legislación social indiana: su recepción y fundamentación. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (15), 225-251.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2020). *Interpretación Jurídica*. Astrea.
- Renteln, A. D. (2004). *The Cultural Defense*. Oxford University Press.
- Romero Villanueva, H. y La Rosa, M. (2019). *Código Procesal Penal Federal Comentado* (Vol. I). La Ley.
- Sabsay, D. A. (2022). *Manual de Derecho Constitucional*. La Ley.
- Sagüés, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Astrea.
- Schauer, F. (2009). *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Harvard University.
- Segovia, G. y Segovia, J. (1995). La protección de los indígenas. En Pérez Guilhou, D. y Seisdedos, F. *Derecho Constitucional de la Reforma del 94* (pp. 317-343). Depalma.
- Slonimsqui, P. (2002). *Derecho Penal Antidiscriminatorio*. Fabián J. Di Plácido.
- Soler, S. (1989). *Derecho Penal Argentino* (Vol. II). TEA.
- Soprano, M. M. (2022). *Delitos Culturalmente Motivados: la incertidumbre del derecho penal ante la multiculturalidad*. BdeF.

Zaffaroni, E. R. (2013). Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal. En Zaffaroni, E., Ferrajoli, L., Basílico, R. y Torres, S., *La Emergencia del Miedo* (pp. 14-35). Ediar.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar.