

Fecha de Presentación: 26 de Julio de 2009

Fecha de Publicación: 23 de Agosto de 2009

DIVERSIDAD CULTURAL Y TEORÍA DEL ERROR

JOSÉ DANIEL CESANO

ABSTRACT: El presente trabajo pretende discutir algunos de los instrumentos jurídicos con los cuales la dogmática penal intenta afrontar la delicada situación que provoca la comisión de hechos delictivos dentro de grupos étnicos diferentes a la sociedad que produce la norma. Con tal finalidad se partirá del marco constitucional instaurado por la reforma de 1994, intentando relacionar la perspectiva antropológica con la jurídica, como medio de abordar, en forma interdisciplinaria, esta problemática.

SUMARIO: I.- Definiendo el marco de análisis: diversidad cultural y sistema penal. II.- La perspectiva constitucional de la diversidad cultural. III.- Las causas de inculpabilidad frente al problema de la diversidad cultural. IV.- Aproximación a una respuesta.

I.- Definiendo el marco de análisis: Diversidad cultural y sistema penal

La identidad étnica está estrechamente vinculada con el concepto de etnicidad, entendido como las tendencias positivas de identificación e inclusión en un grupo étnico, que ha surgido en las últimas décadas en función de tendencias sociales, observadas en las llamadas sociedades complejas, producidas por la acción de grupos aparentemente asimilados que reafirman sus identidades étnicas diferenciándose dentro de la sociedad global¹.

Ciertamente, los principales enfoques teóricos sobre las relaciones interétnicas se han desarrollado, fundamentalmente, a partir de estudios de situaciones de contacto en los que están involucrados grupos aborígenes (también denominados pueblos originarios). Sin embargo, en estos últimos años, se observa una extensión del universo de análisis que incluye, dentro de esta problemática, las interacciones que tienen lugar entre determinadas colectividades extranjeras – asentadas a partir de procesos migratorios – en sociedades complejas ya constituidas².

¹ Tomamos el concepto de Horacio Roberto Sabarots, “La identidad étnica de los migrantes japoneses de la denominada zona ‘sur’ (Provincia de Buenos Aires)”, en Roberto Ringuet (Compilador), *Procesos de contacto interétnicos*, Ediciones búsqueda, Bs. As., 1987, pp. 147/148. Para una caracterización similar, Cfr. Rosana Guber, “La construcción de la identidad étnica. Integración y diferenciación de los inmigrantes Judíos Ashkenazim en la Argentina”, en AA. VV. *Ensayos de antropología Argentina*, Editorial de Belgrano, Bs. As., 1984, pp. 215/218.

² Cfr. Sabarots, “La identidad (...)”, op. cit., p. 148. De igual opinión son Eugenio Raúl Zaffaroni – Alejandro Alagia – Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Bs. As., 2000, p. 706: el problema de la diversidad cultural cobra “mayor importancia en la sociedad contemporánea, debido a la movilidad horizontal creciente y a las frecuentes migraciones (...)”. De hecho, desde hace algunos años, en el ámbito del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Freiburg), Irina

Sentado lo anterior – y como un corolario de ello – no puede llamarnos la atención que, desde determinadas perspectivas de la macrosociología, se insista – con toda razón – en que el grado de diferenciación de una población se define, **entre otros aspectos**, en función del número de subculturas que coexisten; augurándose que “(...) cuanto mayor es la diferenciación tanto mayores son los problemas de coordinación o de integración de una población”³. En suma: esta diversidad se constituye en un campo fecundo para múltiples tensiones⁴.

Ahora bien, no es fácil – lo admitimos -delimitar el concepto de subcultura. Ello, en particular, por cuanto, junto al caso de las minorías étnicas enunciadas al inicio de esta contribución, desde fines de la década de los cincuenta del siglo veinte, distintos estudios antropológicos (Vg. Oscar Lewis en su *Antropología de la pobreza*) vienen señalando la existencia de otros grupos (que no ostentan diferencias de carácter étnico) que se encuentran culturalmente aislados por diversas causas, tanto en el ámbito rural

Rabkov viene desarrollando una investigación de doctorado intitulada “Experiencias en flujo migratorio e incriminación a inmigrantes jóvenes en un contexto de Estado – Nación” (“Migrationserfahrungen und Kriminalisierung von jugendlichen Spätaussiedlern im nationalstaatlichen Kontext”. Allí, la autora, luego de señalar el vertiginoso aumento de inmigración desde Europa del este (Polonia, Unión Soviética, Hungría y Rumania) hacia Alemania, sobre todo a partir de la década de 1980, aborda los problemas de integración. Refiere, al respecto, que “La aceptación de una integración fácil y ‘silenciosa’ de los inmigrantes en la sociedad alemana, la cual se esperaba desde hacía mucho tiempo, se puso cada vez más en duda. Lo novedoso fue también, a comienzo de los años noventa, la discusión originada en torno a la creciente incriminación a jóvenes inmigrantes, la cual se analizó como consecuencia de una integración insuficiente”. La tesis en cuestión proyecta sus dimensiones sobre tres planos: a) regulaciones legales que determinan el proceso de integración del grupo de inmigrantes; b) previsiones normativas que forman el marco para la inclusión de inmigrantes en el sistema social y la capacidad del Estado-social en esta materia y c) la representación simbólica de los inmigrantes en el debate mediático. La síntesis de la investigación puede encontrarse (en su versión alemana) en el sitio web del Instituto Max-Planck. Dirección del sitio: <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/krim/mirimovitsch.html>. La traducción nos pertenece.

³Cfr. Jonathan F. Turner, “Teorizar analítico”, en AA. VV., *La teoría social hoy*, Alianza universidad, Bs. As., 1995, p. 245.

⁴ ¿Por qué se producen estas tensiones entre la sociedad mayor y una subcultura?. Una respuesta plausible puede ser esta: cuando la sociedad mayor pretende imponer (a los miembros de la subcultura) una determinada conducta; esto no es otra cosa que el ejercicio de pura autoridad, lo que puede (quizá) operar sobre las conciencias pero de ninguna manera pasa a integrar la identidad propia de un individuo o de un grupo. Como lo expresa Edmundo A. Heredia: “(...) de hecho se llega a una violencia simbólica cuando, en aras de exigir el cumplimiento de los deberes de la ciudadanía nacional se demanda a los individuos una conducta reñida con formas culturales que responden a creencias profundas. Se trata, claramente, de la prohibición del derecho a una existencia cultural alterna, lo que, paradójicamente, debiera ser un derecho de todo ciudadano. Precisamente, el proceso de auto-identificación de un grupo es una respuesta que implica la oposición a esa compulsión. De algún modo, todo acto de auto-identificación es un acto de rebeldía, en cuanto implica un acto de defensa de los valores y categorías genuinos que incluye necesariamente la oposición a una compulsión que coarte esa defensa” (cfr. *Espacios regionales y etnicidad*, Alción Editora, Córdoba, 1999, p. 86).

como urbano y que reclaman un tratamiento diferenciado por parte del sistema penal⁵. Sin desconocer esta realidad, en esta primera aproximación al problema de la diversidad cultural, habremos de limitar la investigación a los grupos originarios y a las comunidades inmigrantes; caracterizados, ambos, por la fuerte identidad étnica de los miembros de la minoría.

Por supuesto que los problemas que plantea la diversidad cultural son de índole muy variada; no quedando circunscrito a lo puramente jurídico, sino trascendiéndolo para alcanzar sus proyecciones discusiones de relevancia sociológica⁶ e, incluso, filosófica⁷.

⁵ Así Raúl Cervini, *Os processos de descriminalização*, 2ª edición, Editora Revista dos tribunais, Sao Paulo, 2002, p. 167. Este autor, reseña la investigación de Lewis refiriendo que, a partir del estudio y la observación de la vida diaria de cinco familias mexicanas, pertenecientes a una clase económica baja, se pudo apreciar no sólo las privaciones económicas, sino también la conformación de especiales capacidades creativas que operan como mecanismos de adaptación de los sectores despojados que se encuentran en una situación de marginalidad. Muchas de las particularidades subculturales de estas poblaciones pueden ser consideradas como intentos para dar respuesta a problemas locales que las instituciones de la sociedad global no resuelve. En una obra posterior, Lewis destaca que los patrones compartidos (por estas minorías) dentro de la comunidad, muchas veces colisionan con los de la sociedad global intolerante, que no reconoce esa diversidad. Cervini, a su vez, menciona los resultados (preliminares) de una investigación desarrollada en los barrios marginales de la Ciudad de Montevideo; estudio que confirmaría la línea de conclusiones a las que arribara Lewis. En efecto, un porcentaje sustancial de las personas mayores de edad encuestadas, íntimamente, no considera ni comprende como ilícitas algunas conductas que se encuentran formalmente tipificadas como delictivas en el Código Penal. “Así, por ejemplo, cerca del 67% de los encuestados ignora que mantener relaciones con una persona menor de 15 años, aún con su consentimiento, configura delito de violación (...) y lo que es más importante, 94% de esas mismas personas indagadas en virtud de las mismas reglas de su grupo cultural no pueden comprender que haya delito en tal conducta, puesto que, en su ambiente, ese hecho se presenta como un imperativo subcultural categórico”. De hecho, jurisprudencialmente, hemos detectado algún caso en donde se ha postulado un tratamiento diferencial para quien, sin pertenecer a una comunidad étnica, se encuentra inmerso en una subcultura (perfilada tal como lo hacemos en el texto). Un ejemplo de esto lo da un reciente fallo de la Cámara Nacional criminal y Correccional, Sala 4ª, in re “Molina”. Se trataba de un auto de procesamiento dictado contra una persona por supuesta infracción al delito previsto por el inciso 4º de la ley 14.346 (que erige, como bien jurídico, dispensar un buen trato a los animales). En votación dividida, la mayoría del tribunal interpretó que: “Resulta atípica en orden al delito de maltrato de animales la acción del encartado que usaba un equino en mal estado de salud a los fines de tirar un carromato para recoger residuos domiciliarios, si se considera su falta de nociones básicas, su condición de analfabeto y la precariedad de su situación económica, para acceder al nivel de conocimiento que requiere el dolo exigido en la figura penal”. El fallo fue comentado por José M. Monzón, “Sobre algunos *presupuestos* no presupuestos acerca del conocimiento de la norma jurídica”, en *Revista de Derecho penal y procesal penal*, N° 1, Enero de 2006, Ed. LexisNexis, Bs. As., pp. 81/86.

⁶ Así para un análisis sociológico de los conflictos suscitados entre la comunidad inmigrante y el medio social hegemónico en donde se insertan, cfr. Marco Poledrini, “Stranieri nella città. Aspetti giuridici e sociologici nei processi di integrazione delle comunità straniere nella città di Arezzo”, en el sitio web *L'altro diritto*; ver, especialmente, el capítulo 6 (“Habitat urbano e immigrazione”), acápite n° 6.3 (“La realizzazione del se' come fine primario del comportamento urbano: disagio e conflitto nella città”). Dirección: <http://dex1.tsd.unifi.it/l'altrodiritto/migranti/poledrin/index.htm>

⁷ Por ejemplo, véase la interesante discusión, desde la perspectiva del análisis filosófico, con respecto a los derechos de las comunidades inmigrantes en Seyla Benhabib, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2005.

En la presente investigación, sin embargo, sólo abordaremos las cuestiones que se derivan de la comisión de un delito por parte de un miembro de una subcultura con una identidad étnica particular, que interactúa dentro de un espacio social mayor⁸.

Sin embargo – aclaramos - no todas las aristas que ofrece la temática de la diversidad cultural y el Derecho penal serán, aquí, objeto de análisis.

Es claro que los temas involucrados en esta relación resultan de una amplitud tal que exigirían un desarrollo desmesurado frente a los razonables límites que impusimos a este ensayo. Al sólo título de ejemplo mencionamos algunos de los problemas que pueden generarse: particularidades que debe afrontar la ejecución del encierro carcelario cuando el destinatario de la condena pertenece a un grupo étnico distinto (Vg. tensiones con los internos pertenecientes a otra etnia)⁹; coexistencia de sistemas jurídicos consuetudinarios con el sistema penal estatal¹⁰; etcétera. De hecho, y como se podrá apreciar de la lectura de las notas precedentes, algunas de estas cuestiones ya han merecido tratamiento específico.

En esta ocasión, en cambio, nuestro interés – reiteramos - queda acotado a la respuesta que puede dar un sistema penal estatal frente a la comisión de conductas típicas por parte de integrantes de aquellos grupos étnicos (inmigrantes, con una fuerte preservación de su identidad o pueblos originarios).

El tratamiento de la cuestión partirá de una propedéutica constitucional. En este sentido, entendemos que la labor dogmática no debe considerarse solamente como un instrumento lógico formal que permita reconstruir un sistema normativo dado sino que,

⁸ Seguimos aquí la caracterización efectuada por Roberto Ringuelet (cfr. *Procesos de contacto interétnico*, op. cit., p. 32): “(...) otra dimensión que distinguimos analíticamente (...) es el carácter de minoría del grupo étnico. Se trata de la comunidad (local), de la sociedad – cultura local **en relación, incluida en el sistema global, a cuyas pautas se ajusta**”.

⁹ Refiere Borja Mapelli Caffarena (cfr. “Perspectivas actuales de la pena privativa de la libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera”, en *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal. III – 2001*, Centro de Estudios jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, p. 40) que el recluso procedente de la inmigración ilegal “es penitenciariamente hablando quien sufre peores condiciones. Para ellos la condición de no nacional se traduce en una segunda marginación que se añade a la de condenado a pena de prisión”. Entre los distintos problemas que debe afrontar, se menciona, precisamente, los de carácter cultural. Dice el autor: “Se han detectado algunos conflictos interculturales, cuando por razones de espacio ha sido necesario compartir celdas. Conflictos tales como ordenación del mobiliario, distintos niveles de exigencia higiénica” o, a partir de la influencia más específica de la diversidad religiosa (población musulmana), han surgido problemas relativos a reclamos vinculados con cambios de dieta, cambios de horario (mes de Ramadán), etcétera.

¹⁰ Al respecto, Cfr. José Daniel Cesano, “Delito y diversidad cultural: Algunas reflexiones sobre el caso argentino”, en *Revista del CESLA*, Centro de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Varsovia, Nº 6, Año 2004, pp. 58/62. Para un caso de colisión entre la justicia estatal y las pautas consuetudinarias de la comunidad Guaraní, cfr. Manuel Moreira, *Antropología del control social*, Ed. Antropofagia, Bs. As., 2001, pp. 98/103. Del mismo autor, *La cultura jurídica Guaraní*, Ed. Antropofagia, Misiones, 2005.

además, tal reconstrucción debe realizarse conforme a un modelo constitucional de organización político – institucional. Dicho en otras palabras: “(...) a partir de la función del Derecho penal en un modelo político constitucional, deben construirse las categorías del sistema dogmático y no simplemente como mera descripción de cómo funcionan las mismas”¹¹. Si se está de acuerdo con esta apreciación, se comprenderá perfectamente la necesidad de indagar sí, desde nuestra Ley Fundamental (ahora, notablemente enriquecida por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos constitucionalizados) se han fijado (y, en su caso, cuáles) directivas para un tratamiento particular de los comportamientos condicionados por la identidad étnica.

Luego, orientaremos la investigación al ámbito concreto de las causas de inculpabilidad, como posible solución a la constelación de casos que pueden presentarse.

II.-La perspectiva constitucional de la diversidad cultural

En los últimos años es dable observar importantes cambios experimentados en el ambiente legal y político de los países latinoamericanos representados por el reconocimiento, en diversos documentos constitucionales, del carácter multiétnico de sus sociedades¹².

¹¹ Cfr. Néelson R. Pessoa, *Legítima defensa*, Mario A. Viera Editor, Bs. As., 2001, p. 13. Un buen panorama sobre la importancia de la apreciación de las categorías dogmáticas (en general) desde la óptica constitucional, puede encontrarse en Martín Risso Ferrand, “La interpretación del ordenamiento jurídico ‘desde’ la Constitución”, en *Revista de Derecho*, N° VI, Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Montevideo, 2004, AMF editorial, pp. 229/256.

¹² Estos cambios, según Rodolfo Stavenhagen (cfr. “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, N° 3, Octubre de 1995, p. 126) se explican “como resultado de las presiones y movilizaciones de los pueblos indígenas”. Por su parte, Edelberto Torres – Rivas enumera cuatro factores que han determinado este proceso: a) el fracaso, constatado por diversos gobiernos de América Latina, de las políticas indigenistas que venían instrumentando; b) la necesidad de una integración social y nacional para poder articular procesos de desarrollo con cierto éxito en este mundo globalizado; c) la dimensión política que adquiere el problema de la exclusión indígena y d) la toma de conciencia por parte de los organismos de Naciones Unidas, de gobiernos extranjeros y de Organizaciones no gubernamentales internacionales, a favor de los derechos humanos, en general y de los indígenas particularmente (cfr. “Consideraciones sobre la condición indígena en América Latina y los derechos humanos”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T° V, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1996, p. 408 – 409). Sin embargo pese al adelanto que estas normas significan, la literatura especializada se muestra un tanto escéptica en orden al desarrollo de estos derechos que se reconocen. En este contexto, ha expresado Bartolomé Clavero (cfr. “Escenario constitucional del derecho indígena en América”, en el sitio web “Red Latinoamericana de antropología jurídica”) que: “El propio desenvolvimiento factible de unos compromisos constitucionales queda afectado y lastrado por el contexto constitucional mismo. Los propios reconocimientos de jurisdicción y, en su caso, autonomías indígenas suelen producirse en

Dichos textos constitucionales¹³ comenzaron a reconocer algunos derechos colectivos de los grupos étnicos que habitan su territorio: el uso del lenguaje nativo¹⁴; la protección de su cultura¹⁵; el derecho a la propiedad de la tierra que constituye su hábitat¹⁶ y, en algunos casos, el reconocimiento a la utilización de su derecho consuetudinario o de su costumbre jurídica¹⁷.

En este proceso de cambio se inscribe, precisamente, la reforma Constitucional que tuvo lugar en Argentina en 1994¹⁸.

Los distintos aspectos que pueden resultar de interés para el tema analizado, hacen aconsejable desdoblarse su estudio en dos momentos: *uno se vincula con la*

términos que los dejan a la disposición de la ley y de la justicia del Estado. No se registran como derechos inmediatamente constitucionales, esto es superiores a los poderes constituidos, sino como principios cuya inteligencia y desarrollo se encomiendan ante todo a la legislación del propio Estado de constitución ella misma no muy pluricultural precisamente, aunque haya representación indígena” (Dirección del sitio: <http://www.geocities.com/relaju/>).

¹³ Para los textos constitucionales utilizamos la obra *Constituciones Latinoamericanas*, Coedición de la Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas) y Fondo de Cultura Económica (con estudio preliminar de Humberto Quiroga Lavié), XXI volúmenes, México, 1994. Para los textos posteriores a esta edición empleamos como fuente al trabajo de Torres – Rivas, op. cit., pp. 408 – 415.

¹⁴ Así: Ecuador, art. 1º, párrafo 3º, 2da. disposición: “El Quichua y las demás lenguas aborígenes forman parte de la cultura nacional”. Por su parte, el art. 27, párrafo 9º dispone: “En los sistemas de educación que se desarrollen en las zonas de predominante población indígena, se utilizará como lengua principal de educación el Quichua o la lengua de la cultura respectiva; y el castellano, como lengua de relación intercultural”. Disposiciones similares a las normas transcriptas se encuentran en los textos de El Salvador (art. 62, párrafo 2º) y Guatemala (art. 76, 2º párrafo).

¹⁵ Una cláusula general, con esa finalidad, puede observarse en la Constitución Política de la República de Honduras, art. 173: “El Estado preservará y estimulará las culturas nativas (...)”.

¹⁶ Incluyen disposiciones sobre el régimen de propiedad de la tierra, las Constituciones de Perú, art. 89, párrafo 2º; Brasil, art. 231; Nicaragua, art. 89, párrafo 3º; etcétera.

¹⁷ Así lo hacen las Constituciones de Paraguay, art. 63, disposición final: “En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”; Colombia, art. 246: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”; México, art. 4, párrafo 1º, disposición final: “(...) En los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos (indígenas) sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley”. Según Torres – Rivas (op. cit., pp. 413 – 414), la Constitución de Bolivia de 1994, incluye también, esta posibilidad. Sobre nuestra opinión, con respecto a esta cuestión, a partir de la reforma Constitucional Argentina de 1994, cfr. “Delito y diversidad cultural (...)”, op. cit., pp. 58/62. En el presente trabajo, sin embargo, partimos de una hipótesis distinta; cual es que, hasta tanto se produzca un reconocimiento efectivo de las normas consuetudinarias de los pueblos originarios (ver lo que decimos en la nota subsiguiente), algún tratamiento diferenciado debe darse a la criminalidad derivada de estos condicionamientos culturales.

¹⁸ **Un primer paso en el reconocimiento de los derechos de los grupos étnicos que habitan el territorio argentino lo dio el Congreso de la Nación al sancionar la ley 24.071, que aprueba el Convenio n° 169 de la O.I.T. sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”. Empero, como informa Magdalena Gómez (Cfr. “Derecho indígena y constitucionalidad”, en el sitio web “Red Latinoamericana de antropología jurídica”. Dirección del sitio: <http://www.geocities.com/relaju/>) Argentina no ha efectuado el depósito ante la OIT.**

interpretación de las normas constitucionales específicas consagradas en el texto de 1994; el otro, en cambio, se relaciona, mas puntualmente, con la incidencia que, dichas normas, deberían producir sobre el sistema jurídico – penal.

A) Hemos dicho ya que, la incorporación de diversos documentos internacionales (enumerados en el artículo 75, inciso 22, 2ª cláusula de la Constitución Nacional), enriquecieron, a partir de 1994, el sistema de principios y garantías que establece nuestra Constitución, en tanto instrumento de tutela de los Derechos Fundamentales. Asimismo, el convencional, por primera vez, introdujo una cláusula destinada al reconocimiento expreso de los Derechos de los pueblos originarios. Veamos, sucintamente, ambas cuestiones:

a) Entre los documentos internacionales constitucionalizados¹⁹, tiene particular relevancia para nuestro tema lo estatuido por el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tal precepto dispone que: “en los Estados en los que existen minorías étnicas, religiosas o idiomáticas, las personas pertenecientes a estas minorías no pueden ser privadas del derecho a su propia vida cultural, a la confesión y práctica de su propia religión, así como a servirse de su propio idioma con otras personas pertenecientes al mismo grupo”.

Pese a que la norma en cuestión no está exenta de críticas²⁰ y sin dejar, por ende, de reconocer su vaguedad, interpretamos, apelando al principio hermenéutico *pro homine*²¹, que el texto del artículo 27 “debe considerarse como base para la realización de concretas actuaciones positivas; ya que, debiendo garantizar la subsistencia de los

¹⁹ Sobre las características de este proceso de constitucionalización en nuestro país, cfr. José Daniel Cesano, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1997, pp. 95/109. Asimismo, cfr., del mismo autor, *Estudios de Derecho penitenciario*, Ediar, Bs. As., 2003, pp. 17/22.

²⁰ Así, Rodolfo Stavenhagen (cfr. “Derecho internacional y derechos indígenas”, en Esteban Krots, *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2002, p. 183) censura el precepto por entender que: a) deja abierta la cuestión de cómo se decide si existen o no minorías en algún estado; b) no reconoce derechos a las minorías como tales, sino simplemente a las personas que pertenezcan a dichas minorías y c) no se afirman los derechos en forma positiva, sino que sólo se dice que no se negarán sus derechos a dichas personas.

²¹ En virtud del cual, en la duda, deberá decidirse “en el sentido más garantizador del derecho de que se trate”. Al respecto, cfr. Zaffaroni – Alagia – Slokar, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 128. Ampliamente sobre el valor hermenéutico del principio *pro homine*, Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en AA.VV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Bs. As., 1997, pp. 163/171.

grupos minoritarios, difícilmente sería esto posible sin reconocerles especiales derechos”²².

Desde otra perspectiva – y a diferencia de lo que se desprende del artículo 75, inciso 17, 1º párrafo, C.N. – la importancia de la norma internacional está dada por no restringir el sujeto amparado a los pueblos originarios. Aquí, la apreciación debe ser de una amplitud mayor (por cuanto, lingüísticamente, el texto lo permite) pudiendo extenderse, por ejemplo, a otras subculturas, como el caso de los grupos de inmigrantes que mantienen una fuerte fidelidad a su identidad étnica.

b) Pero, dijimos, que la reforma incluyó una cláusula específica destinada a los pueblos originarios. En efecto, dispone el artículo 75, inciso 17, párrafo 1º de la C.N. que: “Corresponde al Congreso: (...) Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”.

¿Que alcance interpretativo debe dársele a este precepto?

El estudio de la doctrina constitucional que se ha ocupado de este texto²³ pone al descubierto, al menos, dos posturas:

b.1) Gonzalo Segovia y Juan Fernando Segovia plantean la cuestión interpretativa en estos términos: “(...) o se trata del reconocimiento de un hecho histórico, que por ello no tiene más valor que el de una declaración que repara una injusticia pasada; o bien se trata de la admisión de un pueblo o conjunto de pueblos poseedores de un estatus jurídico distinto del de los demás ciudadanos argentinos. El tenor literal del artículo induce a la última interpretación y, en tal supuesto, se estaría admitiendo la existencia de ‘otra Nación’ dentro de la Nación Argentina”²⁴. Y, enseguida, los autores critican el precepto: “La preexistencia de cualquier grupo, que vaya más allá de lo declarativo, supone una alteración inequívoca de las bases fundacionales del Estado Argentino, porque se estaría violando la ‘unidad nacional’ de la que habla el preámbulo. El

²² Así, Sylwia Misterkiewicz, “Protección legal de las minorías autóctonas en América Latina”, Francisco J. Rodríguez (Ed.), *Los Derechos humanos en América Latina: realidad y significado para la región*, Centro de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Varsovia, 1996, p. 38.

²³ Los autores, en términos generales, han señalado la gran imprecisión de la norma. Así, Carlos A. Vera Barros, “Los derechos de los indígenas en la reforma de la Constitución”, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *Comentarios a la reforma Constitucional*, Bs. As., 1995, p. 203. Igual concepto, Horacio Daniel Rosatti, “Status constitucional de los pueblos indígenas argentinos”, en AA.VV., *La reforma de la Constitución* Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 200.

²⁴ Cfr. Segovia – Segovia, “La protección de los indígenas”, en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, *Derechos Constitucional de la reforma de 1994*, Tº I, Ed. Depalma (distribución), 1995, p. 334. Igual criterio, Miguel A. Ekmekdjian, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tº IV, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, pp. 532 – 533.

pluralismo democrático no puede llegar al extremo de convertirse en fuente de separatismo o secesionismo: se distingue para unir (...) y no para separar. (...) [L]a idea de la preexistencia (...) se introduce como ariete del reclamo ulterior de libre determinación de los indígenas como ‘presunto derecho de primeros ocupantes de los territorios que poseen’. Este último aspecto (...) plantea varios conflictos como los ‘(...) derivados de la competencia entre el derecho positivo de la sociedad nacional y el consuetudinario de las comunidades indígenas o entre la práctica de creencias que conduzcan a actos reñidos con los usos y costumbres de las poblaciones blancas’”. Hubiera sido deseable, por todo esto – concluyen –, “obviar el asunto de la preexistencia, ya que no es materia constitucional sino histórica, de la que pueden deducirse – una vez consagrada – consecuencias inesperadas por los convencionales”²⁵.

b.2) Una lectura diferente del precepto fue realizada por Germán Bidart Campos. En efecto, para este autor, la cláusula Constitucional – a la que asigna una “aplicabilidad práctica importante” – tiene el siguiente significado: “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”²⁶.

b.3) El análisis de las posiciones reseñadas pone en evidencia la coexistencia de dos valoraciones encontradas: una, de un tono fuertemente crítico (b.1); la segunda (b.2) inspirada, más bien, en una visión a la vez integradora (en el sentido de rechazar toda forma de aislamiento o segregación) y muy respetuosa de la necesidad de resguardar y fomentar el libre desarrollo de las distintas manifestaciones culturales de los diversos grupos étnicos originarios que aún perviven en el territorio argentino.

Frente a este panorama creemos necesario fijar nuestra postura. Para ello, procederemos de la siguiente manera: en primer lugar nos ocuparemos de las objeciones

²⁵ Cfr. Segovia – Segovia, op. cit., pp. 334 – 335. De la misma opinión, Ekmekdjian, op. y loc. cit., en nota anterior.

²⁶ Cfr. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. La reforma Constitucional de 1994*, Tº VI, Ed. Ediar, Bs. As., 1995, pp. 371 – 372.

que se le han formulado a la cláusula, para luego, profundizar los alcances de la opinión sintetizada sub-b.2.

No compartimos, por cierto, la tesis que sostiene que, la nueva cláusula, implique la admisión de otra nación dentro de la nación Argentina. A esta crítica se le pueden oponer dos tipos de argumentos: uno semántico y el otro sistemático.

La tipología de términos constitucionales, relevantes para la interpretación de una Ley Fundamental - ha dicho Jerzy Wróblewski²⁷ - distingue: *términos descriptivos, cuasidescriptivos y valorativos*. La cláusula en examen, a nuestro juicio, responde a una naturaleza descriptiva, con lo cual, no vemos necesidad de apartarnos del sentido que se deriva de su propia estructura lingüística. Al ser esto así, adscribimos a la siguiente observación de Bidart Campos: “(...) hubo quienes pensaron que ‘pueblo’, en plural, podía incitar a la desmembración o desintegración, por aquello de que en el derecho internacional se ha hecho corriente la locución ‘autodeterminación de los pueblos’. No es éste el alcance con que se ha incorporado la palabra, porque añade el adjetivo ‘argentinos’, lo que, a más de dar la pauta integrativa (en cuanto a territorialidad y nacionalidad) presupone que, como pueblos, hacen y son parte de nuestra sociedad. Tal vez (...) ‘pueblo’ sería aquí equivalente a población y, con ese sentido, los ‘pueblos aborígenes argentinos’ vienen a definir los sectores de población o comunidades grupales que componen al conjunto humano que es elemento de nuestro Estado”²⁸.

Al argumento anterior, se añade otro de tipo sistemático. Esta forma de argumentar consiste en ver si determinado enunciado normativo se ajusta sin contradicciones a otro u otros enunciados que conforman el sistema²⁹. En este caso, lo que debe verificarse es sí, la interpretación propiciada por la tesis que criticamos, no entra en colisión con otros preceptos constitucionales. Y la respuesta *es positiva*. En efecto, el propio artículo 75, inciso 17, en su párrafo 2º, 2ª disposición, reconoce a los pueblos indígenas “la personería jurídica”. Tal reconocimiento “(...) disipa la noción de que esta personalidad jurídica colectiva pudiera significar algo así como erigir ‘estados’ dentro del estado, o segmentar a éste en parcialidades dislocadas. Que las comunidades indígenas obtengan personalidad jurídica como tantas otras agrupaciones y entidades

²⁷ Cfr. Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, p. 106.

²⁸ Bidart Campos, *Tratado (...)*, op. cit., Tº VI, p. 372.

²⁹ Sobre la interpretación sistemática, cfr. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 251 y ss.

colectivas implica admitir su organización, acorde con las características propias de tales sujetos de derecho pero, a la vez, con la peculiaridad asociativa que les imprime la índole indigenista”³⁰.

Tampoco compartimos la postura según la cual, el precepto en estudio, resulte objetable por las consecuencias ulteriores que pueda generar. Así, entre las consecuencias disvaliosas que se señalan, los autores ponen énfasis en la siguiente: ¿qué sucedería si se presenta un conflicto intercultural?, vg. “entre normas jurídicas de orden público y normas jurídicas indígenas (ya sea derivadas de la costumbre o bien creadas por ‘órganos tribales’)”³¹.

A ver nuestro, este temor no es un elemento de peso para desacreditar la norma; o, por lo menos, no lo es a la luz de una *teoría de los Derechos Fundamentales, entendida como teoría estructural*³². En efecto, los derechos culturales son adscriptos a grupos y, a veces, directamente a la cultura de la minoría como objeto que se considera holísticamente dotado de un valor intrínseco. Empero, estos derechos, “(...) deben ceder si entran en contradicción con los derechos liberales, que son una expresión pragmática de la autonomía de los individuos y del valor que hay que atribuir a cada uno de ellos en cuanto ser único e irrepetible”³³.

Relativizadas las críticas que se formulan a la cláusula Constitucional, permítasenos precisar, con mayor profundidad, el alcance interpretativo (compartido por nosotros) que, al precepto, le diera Bidart Campos.

Nos parece apropiado para este cometido apelar al siguiente pasaje de la obra del autor (en donde vincula el primer párrafo del inciso en análisis con la primera disposición del segundo): “El Congreso – dice Bidart Campos – debe garantizar a los pueblos indígenas el respeto a su identidad, o sea, a integrarse con sus diferencias, en la mismidad de sus perfiles; respeto a la identidad es equivalente a derecho a un tratamiento igualitario sin pérdida ni renuncia de la identidad apuntada o, si se prefiere, a ser diferente de los demás para ser igual a sí mismo”³⁴.

³⁰ Cfr. Bidart Campos, *Tratado (...)*, op. cit., T° VI, p. 373.

³¹ Conf. Ekmekdjian, op. cit., p. 533.

³² Utilizamos la expresión en el sentido en que la emplea Robert Alexy en su trabajo *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 39.

³³ Confr. Paolo Comanducci, “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado”, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, N° 3, Octubre de 1995, p. 41.

³⁴ Cfr. Bidart Campos, *Tratado(...)*, op. cit., T° VI, p. 373.

B) A partir de la vigencia de estos dos nuevos artículos, es prudente que reflexionemos en torno al siguiente interrogante: estas normas constitucionales ¿tienen alguna incidencia o proyección sobre el sistema jurídico – penal en particular?

Interpretamos que sí. Es que, sostener que, pese a la reforma Constitucional, el orden jurídico sigue siendo el mismo que el vigente con anterioridad a aquélla, importaría tanto como negar la reforma misma; o bien, paradójicamente, aceptarla para no cumplirla³⁵.

Pero ¿cuáles son, en esta materia, las proyecciones posibles?

Una de ellas, entre las diversas que suelen señalarse³⁶, se vincula – precisamente – con el propósito que perseguimos con esta investigación; esto es: la necesidad de considerar, *con un tratamiento jurídico diferenciado, aquellas situaciones en las que, la conducta desplegada por el miembro de una subcultura con fuerte identidad étnica no sea considerada delictiva en su entorno; pero sí dentro de la sociedad mayor en la que se inserta (y, por consiguiente, para el Derecho Penal “oficial”)*³⁷. Al análisis de esta cuestión dedicaremos el acápite siguiente.

III.- Las causas de inculpabilidad frente al problema de la diversidad cultural.

1.- Introducción.

Tanto desde el punto de vista de la política criminal como de la dogmática (desenvuelta a partir de desarrollos legislativos concretos), se han postulado distintas propuestas de solución para este conflictivo problema.

Más allá de los matices diferenciales que, oportunamente señalaremos, un sector de la doctrina – **a nuestro juicio con gran coherencia frente a la proyección que**

³⁵ La idea la formula en términos similares, Daniel P. Carrera, “Ética - cultura - Derecho. (Comentario a un fallo)”, en *Anales*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año 1996, p. 194.

³⁶ Con relaciones a las comunidades indígenas que poseen un sistema jurídico consuetudinario, cfr. Cesano, “Delito y diversidad cultural (...)”, op. cit., pp. 56/57.

³⁷ En *Jurisprudencia Argentina* 1958 – III, p. 570 y ss., se registra un caso que tuvo lugar en el paraje “Boquete Nahuelpán” (Provincia de Santa Cruz). Se trataba de una causa seguida por el delito de estupro por concubito entre una menor y su abuelo. El imputado fue absuelto apelando el Juez, para ello, a un verdadero subterfugio: la deshonestidad de la víctima. Es de destacar, sin embargo, de allí que traigamos a colación el caso (a título ejemplificativo de conductas que, dentro del grupo, no son delictivas pero sí para el sistema penal oficial) la siguiente afirmación contenida en el fallo: “El abuelo hombre de 72 años, indígena según lo expresa al proveyente en la audiencia de ‘visu’ vió a sus mayores hacer lo mismo, vivir con sus hijas, el hermano con la hermana, hábitos ancestrales y atávicos de su raza” (vid. p. 572). En forma más reciente, la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, al fallar el precedente “C/C Ruíz, José Fabián – Recurso de Casación” (29/9/2006), tuvo ocasión de anular (por mayoría) un procesamiento por el delito de abuso sexual dictado en contra de un miembro de la comunidad *Wichí* por cuanto no había ponderado la identidad étnica del imputado; aspecto que se caracterizó como significativo dado que, dentro de su cultura, era una práctica aceptada la iniciación sexual de las mujeres en su primera menstruación.

derivamos de las normas constitucionales analizadas – ha propuesto un tratamiento jurídico diferenciado al hecho delictivo cometido por el miembro de una minoría étnica; sea ya, excluyendo el concepto jurídico de delito, por defecto de uno de sus elementos (vg. causa de inculpabilidad por error) ora teniendo en cuenta las particularidades culturales derivadas de la pertenencia al grupo como correctivo (atenuación) para la imposición de la sanción.

En el presente trabajo abordaremos, precisamente, aquellas soluciones que, partiendo de la estructura analítica de la teoría del delito, buscan una solución desde las perspectivas de las categorías de las causas de inculpabilidad.

2.- Soluciones construidas a partir de las causas de inculpabilidad.

A) Introducción.

Refería Enrique García Vitor que, cuando el miembro de una minoría étnica realiza una conducta que, para su entorno, no es típica, pero sí lo es para la sociedad donde se inserta esa subcultura, se hace necesario “(...) encontrar soluciones alternativas a la problemática que surge de la contradicción de una norma en que se expresan los valores de la cultura hegemónica, con otro que valorativamente se encuentra sustentada en la cultura minoritaria o diversa, revisando para ello 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 excepcionarse”³⁸.

Si se examinan las soluciones que se postulan desde la perspectiva de los factores de exclusión de los elementos constitutivos del delito, es posible apreciar que las propuestas de la doctrina se proyectan sobre distintos ámbitos. Sin dejar de reconocer la riqueza de esta discusión, desde nuestra perspectiva, la solución más razonable para abordar esta problemática se vincula con las causas de inculpabilidad.

En efecto, tradicionalmente, las soluciones legislativas más frecuentes se han desarrollado en este ámbito; en particular a través de fórmulas que consagran la inimputabilidad o la eximente del error de comprensión (como una especie de error de prohibición).

³⁸ Cfr. Enrique García Vitor, *Diversidad cultural y derecho penal (aproximación al tema). Aspectos criminológicos, político – criminales y dogmáticos*, Secretaría de posgrado y servicios a terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales, Universidad Nacional del Litoral, Colección Jurídica y social, N° 36, Santa Fe, 1994, p. 19.

B) Inimputabilidad.

Si se observa la codificación penal latinoamericana en perspectiva histórica, es posible observar distintos sistemas legislativos que abordaron esta problemática a través de la inimputabilidad.

Así, el Código Penal de Bolivia de 1973 dispuso en su artículo 17 inciso 5° que: “Son inimputables: (...) el indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización”³⁹.

Por su parte, el Código Penal de Colombia de 1980⁴⁰, si bien no se refiere de manera expresa a la situación del indígena *en el artículo relativo a la inimputabilidad*⁴¹, sí lo hace cuando se ocupa de las medidas de seguridad (Libro Primero – Título Quinto), al incluir bajo el epígrafe “Otras medidas aplicables a los inimputables” (artículo 96), la siguiente disposición: “Cuando se tratase de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural”.

Al referirse a este último precepto, Federico Estrada Vélez, en su carácter de Presidente de la Comisión Asesora del Gobierno, expresó que: “El indígena que ha permanecido secularmente en su medio natural alejado del mundo de la civilización, sin contacto alguno con el mundo de los valores éticos, culturales y sociales de las

³⁹ Tomamos el texto de la edición del Código publicada en *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 6, Enero – Junio de 1977, N° 13/14, p. 145 y ss. Modernamente, Renato Pardo Angles, reconoce que en esta última década, el pluralismo jurídico ha tenido (en Bolivia) “un inusitado ascenso y una vertiginosa producción”. En ese país – continúa el autor – “se ha avanzado en el ámbito legislativo: la Constitución Política del Estado, introduce cambios importantes, el Código Penal derogó disposiciones que constituían una afrenta a los pueblos indígenas, y el Nuevo Código de Procedimiento Penal en el artículo 391, dispone que los indígenas deben ser juzgados en el marco de sus propios sistemas normativos”. Asimismo, califica como otro avance significativo, el esfuerzo realizado, conjuntamente con el Ministerio de Justicia, “sobre el reconocimiento de la justicia comunitaria, es decir el reconocimiento a la juridicidad de los pueblos indígenas y comunidades campesinas que está plasmada en un anteproyecto de ley, que por supuesto debe ser de conocimiento de los pueblos indígenas y de sus organizaciones matrices para que sean ellos mismos quienes vean si responde a sus necesidades, o por el contrario, es sólo una instrumentalización que restringe sus derechos y sus posibilidades de desarrollo socio cultural” (cfr. “Política criminal y justicia penal en Bolivia”, en Manuel Jaén Vallejo – Director – Luis M. Reyna Alfaro – coordinador- *Sistemas penales iberoamericanos*, Libro homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario, Ara Editores, Lima, 2003, pp. 1385/1386).

⁴⁰ El Código Penal de Colombia ha sido publicado en *Doctrina Penal*, año 4, N° 13, Enero – Marzo de 1981, p. 117 y ss.

⁴¹ En efecto, el art. 31 se limita a conceptualizar la inimputabilidad de la siguiente manera: “Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental”. Como podrá apreciarse, no hay en este concepto, ninguna alusión expresa a la inimputabilidad del indígena.

comunidades desarrolladas, padece grandes limitaciones y deficiencias en la esfera cognoscitiva que afectan todo su comportamiento y que lo convierten, sin duda alguna, en sujeto psicológicamente inmaduro. El juicio de inimputabilidad se hará, sin embargo, clínicamente, teniendo en cuenta las particulares condiciones socio – culturales de cada uno, la formación y el desarrollo moral, la influencia del medio ambiente, etc.”⁴².

Estas apreciaciones, empero, lejos están de encontrar consenso en las elaboraciones de la dogmática jurídico – penal más moderna.

Ya en la misma doctrina colombiana, tal tesis encuentra firmes opositores; aunque - justo es reconocerlo - con, también, notables disidencias⁴³.

Así, entre los primeros, Juan Oberto Sotomayor Acosta ha expresado que: “Tales planteamientos (los que postulan la inimputabilidad) deben sin embargo rechazarse, pues, en el fondo parten de concepciones etnocéntricas, en el sentido de considerar que nuestra propia cultura es, por dominante, la superior (la ‘madura’) y que las restantes deben ser consideradas inferiores (o ‘inmaduras’), de manera pues que la ‘madurez cultural’ sólo se alcanzaría cuando se asuma la cultura dominante”⁴⁴. La misma línea de

⁴² Vid. *Nuevo Código Penal*, Edición Oficial, Bogotá, Ministerio de Justicia, 1980, p. 34; citado por Alfonso Reyes Echandía, *Inimputabilidad*, Ed. Temis, Bogotá, 1997, p. 178.

⁴³ Así no objeta la inimputabilidad del indígena, Fernando Velázquez Velázquez, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Temis, Bogotá, 1997, pp. 574 – 575. Dice, al respecto, el autor: “(...) parece más consecuente (...) llevar hasta sus últimas consecuencias la fórmula adoptada por el codificador y concluir que tal concepto (inimputabilidad) debe ser definido normativamente, en sentido psicosocial, como aquel desarrollo incompleto de la personalidad humana que puede ser producto tanto de una indebida maduración de la afectividad del agente atribuible a causas psicológicas, como a circunstancias inherentes al contexto social y cultural en el cual se desenvuelve el agente, lo cual le impide, en uno y otro caso, motivarse según los dictados de la norma. De esta manera, se comprenden no solo los eventos tradicionales de inmadurez psicológica sino de inmadurez cultural que tanta importancia tienen en sociedades pluriculturales en diversos estadios de desarrollo. Esto último, justamente, es lo que sucede con los indígenas, quienes, dadas determinadas condiciones – y esto no significa siempre, pues tan respetables son los patrones culturales de las comunidades indígenas como los del resto de los pobladores -, pueden llegar a presentar estados de inmadurez que los tornen inimputables ante la ley penal, lo cual ha llevado al legislador a consagrar una medida de seguridad especial (...)”. Advertimos, sin embargo, que: a) el autor **no proclama una inimputabilidad automática del indígena (es decir: no afirma que, el aborigen, es inimputable por su sola condición) y b) como consecuencia de lo anterior, parece atinado concluir que Velázquez se enrola entre aquellos que postulan la necesidad de una revisión crítica del concepto tradicional de inimputabilidad.** Tal revisión – que nos parece muy interesante - parte de marginar los componentes altamente estigmatizantes que tiñen el concepto de inimputabilidad. Para una propuesta en esa dirección, cfr. Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho Penal. Parte General*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 332 y ss.

⁴⁴ Cfr. Juan Oberto Sotomayor Acosta, *Inimputabilidad y sistema penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1996, p. 261 – 262, nota n° 153.

opinión se refleja en el estudio monográfico del desaparecido profesor Alfonso Reyes Echandía⁴⁵.

Asimismo, se encuentran calificados opositores a esta postura en la doctrina venezolana⁴⁶; boliviana⁴⁷; brasileña⁴⁸ y nacional⁴⁹.

Es que, como lo puntualiza con toda precisión, entre nosotros, Eugenio Raúl Zaffaroni, en pensamiento que compartimos: “(...) El indígena puede ser inimputable por las mismas causas que puede serlo el que no es indígena, pero nos negamos rotundamente a considerarlo inimputable por el hecho de pertenecer a otra cultura. La única razón que puede justificar semejante actitud es la de asumir la posición de conquistador y considerar que nuestra propia cultura es la superior y que las restantes deben desaparecer por inferiores, presentando también la condición de inferiores sus integrantes mientras la compartan. Semejante criterio, que no puede ser más brutal a la luz de una mínima consideración a la dignidad humana, sería inadmisibles entre nosotros, por afectar el principio de igualdad”⁵⁰.

⁴⁵ Cfr. *Imputabilidad*, op. cit., pp. 178 – 179. Este criterio, ya había sido anticipado por el autor en *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Temis, Bogotá, 1990, pp. 200 – 201.

⁴⁶ Cfr. Gladys Yrureta, *El indígena ante la ley penal*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas, Caracas, 1981, pp. 123 – 127.

⁴⁷ Así, Manuel Durán P., “El indio ante el derecho penal”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ed. Abeledo – Perrot, Bs. As., 1963, p. 556.

⁴⁸ Cfr. Heleno Cláudio Fragoso, “Aspectos jurídicos de la marginalidad social”, *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 5, 1976, pp. 235 – 236.

⁴⁹ Así, Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Ed. Ediar, Bs. As., 1982, Tº IV, p. 202 y ss. ; García Vitor, op. cit., p. 25 – 27; Victor E. Abramovich Cosarin – Alberto Bovino, “Al margen de la ley o la ley en los márgenes. El delito y las diferencias culturales. Un enfoque crítico”, *Lecciones y ensayos*, 1990, N° 54, pp. 244 – 246. En la Provincia del Neuquén, en el mes de Agosto de 1978, tuvo lugar un hecho que fue conocido como *la matanza de Lonco Luan*. En prieta síntesis, los acontecimientos que sucedieron fueron los siguientes: durante el ritual efectuado en una de las viviendas de la Comunidad Mapuche (ubicada geográficamente en el paraje de Lonco Luan), con el fin de “extraer el demonio” del cuerpo de S.C., valiéndose para ello de pautas religiosas aprendidas de la secta U.E.P.A., se produjeron las muertes de tres niños y la madre de dos de ellos y lesiones en una quinta persona. El magistrado interviniente concluyó resolviendo el sobreseimiento total y definitivo de los imputados en orden a los delitos de homicidio calificado (cuatro hechos) y lesiones leves, en concurso real, sobre la base de la inimputabilidad (art. 34 inciso 1º Cód. Penal) ordenando la internación de los protagonistas en un instituto especializado hasta que desaparecieran las causales de peligrosidad. María Berta Soto, Eleonora Sommariva y Franco A. Bussi (cfr. “Error y cultura”, *Doctrina Penal*, Año 12, 1989, pp. 839 – 840), sin cuestionar la categoría dogmática utilizada para la construcción de la solución del caso (inimputabilidad), hacen interesantes observaciones críticas con relación a las consecuencias derivadas de aquella (aplicación de una medida de seguridad).

⁵⁰ Zaffaroni, *Tratado (...)*, op. cit., Vol. IV, pp. 202 – 203. El mismo autor (cfr. *Sistemas penales y Derechos Humanos*, op. cit., p. 55), vincula la utilización de este tipo de solución dogmática (inimputabilidad) con “(...) conceptos antropológicos del siglo pasado, especialmente de la antropología llamada ‘victoriana’ (Tylor, Morgan, etc.), cuya ideología era naturalmente racista, no siendo novedad que estaba elaborada para justificar las empresas colonialistas británica y francesa. Esta antropología extendió notablemente sus conceptos en nuestra área y fueron muchos y muy ilustres los ideólogos latinoamericanos tributarios de la misma. Sus ‘estadios’ – ‘salvajismo’, ‘barbarie’ y ‘civilización’ – son

C) La teoría del error.

Sin abandonar el ámbito de la *culpabilidad*, existe un importante sector de la doctrina jurídico – penal latinoamericana que viene proponiendo una solución para esta problemática a partir del *error de comprensión* (entendido como una especie del *error de prohibición*).

La solución, técnicamente apropiada, para excluir de la calificación como delito a la conducta de un integrante de un grupo étnico que, en un caso concreto, no estuvo en la posibilidad de comprender que su acción estaba reprobada por el ordenamiento jurídico nacional, es – se afirma – “(...) acudir a una causa de inculpabilidad basada en ausencia del conocimiento [o comprensión] de la antijuridicidad de la acción. Y conforme a la amplitud que opera el error de prohibición excusante en la teoría, la inculpabilidad puede ser declarada tanto cuando el indígena (...) ignoraba [o no comprendía] que su acción contravenía las reglas penales vigentes, como también cuando él supuso que las circunstancias de hecho permitían la realización legítima de la acción que se le imputa (...)”⁵¹.

Legislativamente, uno de los primeros casos que conocemos de recepción de esta tesis es el del Código Penal del Perú de 1991⁵². Dispone, al respecto, el artículo 15

receptados incluso en los textos penales de algunos países” (Para una profundización de estos conceptos, en un horizonte de análisis mayor, puede verse, del mismo autor, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Ed. Temis, Bogotá, 1998, pp. 131 – 176. Asimismo, sobre el “racismo” de Lewis Henry Morgan y Edward Burnett Tylor, vide Marvin Harris, *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1997, pp. 118 – 121). Un buen ejemplo de la incidencia de los conceptos propios de la teoría antropológica “evolucionista” sobre las elaboraciones jurídicas puede observarse, en nuestro medio, en el análisis que del tema efectúa Carlos V. Gallino Yanzi (cfr. Voz “Imputabilidad criminal”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T° XV, p. 243). Allí, el autor, al tratar las hipótesis de “falta de desarrollo mental”, incluye a: la inmadurez por minoridad; la edad senil; la sordomudez y “*los estados de barbarie*”. Ejemplos de la utilización de los términos de esta teoría de la cultura (“evolucionismo”) en la legislación penal latinoamericana, pueden encontrarse, entre otros, en la regulación que, de la cuestión indígena, realizaba el Código Penal del Perú de 1924.

⁵¹Cfr. Yrureta, op. cit., p. 130. La última hipótesis mencionada por la autora se subsume en una causa de justificación putativa. Las aclaraciones entre corchetes nos corresponden.

⁵² Con anterioridad a este texto rigió en el Perú el denominado “Código de Maúrtua” (que fue objeto, durante su vigencia, de diversas modificaciones). La cuestión indígena se regulaba allí, en los artículos 44 y 45. La primera norma, disponía en su primer y segundo párrafo, que: “Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaria y de prisión por la de colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años. Cumplidos dos tercios del tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse”. Por su parte, el artículo 45 aludía a delitos perpetrados “por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo”, ordenando a los jueces, en estos casos, tener en cuenta “(...) su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres” a los efectos de reprimir conforme a la regla del artículo 90 (disminución de la pena para las hipótesis de eximentes incompletas). Asimismo “(...) podrán (...)”

que: “El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida se atenuará la pena.”⁵³.

Al referirse a este precepto, Raúl Peña Cabrera, ha expresado que: “Habida cuenta de la consagración positiva del error de prohibición [⁵⁴], y atendiendo a la heterogeneidad étnica – cultural de nuestro país, se hizo necesario que el nuevo Código Penal resaltase normativamente el respeto por los valores culturales distintos – nunca mejores ni peores a los de la sociedad occidental – en el sentido de que no se criminalice conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales”⁵⁵; enfatizando enseguida que: “Según esta norma, si la conducta es vista como ‘normal’ dentro de su propio espacio cultural, y ante los ojos del derecho oficial ella es reputada como delictiva, predominará la valoración del grupo cultural. Si el autor, de acuerdo con sus pautas (personales, culturales y sociales), tenía una creencia equivocada de que el hecho no estaba prohibido, porque no conocía la norma o la conocía mal, entonces al no serle exigible el conocimiento de la antijuridicidad de su acción, ella no se le puede reprochar”⁵⁶.

sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional (...).” Para los textos legales transcriptos, cfr. Juan Bustos Ramírez – Manuel Valenzuela Bejas, *Derecho penal latinoamericano comparado*, T° III, Apéndice: parte general de los Códigos y Proyectos, Ed. Depalma, Bs. As., 1983, p. 451 y ss. Sin embargo, es de advertir que, ya durante la vigencia de aquél texto, calificadas opiniones doctrinarias, se levantaron contra la solución propiciada por la norma. Así, José Hurtado Pozo, “La teoría del delito. Apuntes para su elaboración de acuerdo a las disposiciones del Código Penal Peruano”, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 37, N° 1, Enero – Abril, 1973, Lima, pp. 131 – 132.

⁵³Tomamos el texto de la Edición del Código publicada en *Doctrina Pena*, Año 14, 1991 – B, p. 657 y ss.

⁵⁴Dispone el art. 14, párrafo 2°: “El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena”.

⁵⁵Cfr. Raúl Peña Cabrera, “El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2° párrafo) y 15 del Código Penal Peruano”, en: AA.VV., *De las penas*, Libro Homenaje al Profesor Isidoro De Benedetti, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, p. 384.

⁵⁶Peña Cabrera, op. cit., p. 395. Debemos destacar, empero, que muy prestigiosos autores sostienen que, el nuevo texto peruano no establece, *en puridad, una eximente a través del error*. Tal parece ser el criterio de José Hurtado Pozo al expresar que: “En nuestra opinión, a pesar de la intención de los redactores del art. 15, expuesta en la Exposición de Motivos del Proyecto, el art. 15, debido al contexto normativo en el que debe ser interpretado, se afilia más a la propuesta de considerar las diferencias culturales como causas de inimputabilidad que a la iniciativa de Zaffaroni para considerar una circunstancia de inculpabilidad” (cfr. “Reforma penal, técnica legislativa y dogmática penal”, en AA. VV., *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2004, p. 1054).

En la doctrina nacional hay autores que no sólo desde una perspectiva teórica sostienen esta posición sino que, incluso, le encuentran cabida dentro del texto del Código Penal. Esto es lo que ocurre con Eugenio Raúl Zaffaroni. En efecto, para Zaffaroni “Comprender la antijuridicidad (con relevancia penal) de una conducta implica no sólo el conocimiento, sino también la introyección de las pautas de derecho. Pero esto de ninguna manera significa que el derecho exija la internalización de tales pautas, sino que sólo aspira a ellas. De ahí que se lo considere un orden coactivo con aspiración ética, que permanecerá indiferente si esa aspiración no se logra, salvo que el incumplimiento se traduzca en la comisión de un injusto, circunstancia que hará exigible el reproche al autor por no haber internalizado sus pautas. El error de comprensión es, entonces, aquél que determina siempre un mayor esfuerzo para la comprensión y por lo tanto disminuirá, al menos, en todos los casos el reproche de culpabilidad, entendida ésta como culpabilidad de acto. Pero hay supuestos de prohibición invencibles que determinan la eliminación de la culpabilidad por la imposibilidad de formular reproche. Se trata de los errores que condicionan culturalmente la comprensión”⁵⁷. Sin embargo, el autor también puntualiza que la admisión de la tesis (error de prohibición culturalmente condicionado), no significa que, en estos casos, “(...) la comunidad (...) [deba] quedar indefensa si éste [el autor] se muestra peligroso. (...). La solución [acota] debe partir del propio texto del Código Penal que en el párr. 3º del inc. 1º del art. 34, dice: ‘En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso’ (...)”⁵⁸.

Por fin, permítasenos recordar que la solución a través del error de comprensión ha encontrado en nuestra práctica judicial, una acotadísima recepción; tan acotada que nos atreveríamos a calificarla de *excepcional*.

⁵⁷ Confrontar su contribución en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (dirigido por David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni – coordinado por Marco A. Terragni), Tº 1, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1997, p. 551. También admite esta solución (aún cuando prefiera, como respuesta más adecuada, la justificación) García Vitor, op. cit., pp. 31 – 32 : “(...) entendemos que quien concreta una acción contraria a derecho condicionado culturalmente, no comprende que ella es mala, aún cuando conozca la prohibición. Son supuestos excepcionales en que sin caer en una causal de inimputabilidad – el que actúa es normal dentro de su propio espacio cultural –, no se le pueda exigir que comprenda la criminalidad del acto, porque subjetivamente sus acciones son buenas o no son socialmente desvaloradas”.

⁵⁸ Zaffaroni, *Código Penal y normas complementarias (...)*, op. cit., pp. 552- 553. En contra de esta posibilidad, García Vitor, op. cit., p. 27.

Precisamente, uno de los casos ubicados, fue resuelto por el propio Zaffaroni, como titular del Juzgado Nacional en lo Criminal de Sentencia (letra “V”), el 30 de Marzo de 1979, al fallar el precedente “Prieto Huanca, Timoteo y otra”⁵⁹. Allí se dijo, en lo que aquí nos interesa ⁶⁰, que: “(...) El conocimiento de la prohibición es un mero conocimiento intelectual y no es por sí mismo el conocimiento tampoco de la criminalidad, tal como lo requiere el art. 34 inc. 1, de nuestro código, puesto que el conocimiento de la criminalidad implica el conocimiento de la relevancia penal de la prohibición, y no de la simple prohibición. De cualquier manera, para nuestro código, (...) no basta el simple conocimiento para que el autor sea culpable, sino que requiere la posibilidad efectiva de comprensión, que no debe estar excluida ni por error ni por inimputabilidad, es decir, ni por error ni por incapacidad psíquica, y ‘comprensión’ es algo diferente de ‘conocimiento’ puesto que ‘comprender’ es internalizar, introyectar la pauta cultural. Resulta muy evidente que en el caso no hay ninguna posibilidad de reprochar la conducta de los procesados, suponiendo que la misma fuese un injusto,

⁵⁹ La hipótesis fáctica del caso es la siguiente: un matrimonio boliviano con veinticinco años de residencia en el país y que ha vivido desde esa época en Buenos Aires, tiene para su consumo personal cincuenta y nueve bolsitas de hojas de coca. La pareja manifiesta que mastican por costumbre; pero mientras el marido admite conocer la prohibición, la mujer dice lo contrario. Ciertamente, la situación a que se refiere este fallo **debe diferenciarse** de otra hipótesis que, la más reciente literatura criminológica, viene señalando. **Nos referimos a la participación de minorías étnicas en la criminalidad transnacional y organizada.** Al respecto refiere Hans – Jörg Albrecht (cfr. *Criminalidad trasnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 34/35) que “[a]nálisis oficiales de la criminalidad organizada indican que la mayoría de los sospechosos que al mismo tiempo están bajo sospecha de pertenecer a la criminalidad organizada, son extranjeros. Se acusa a determinada población étnica y extranjera en países europeos de servir como apoyo logístico de la criminalidad organizada, en cuanto éstas sirven como imprescindibles cabezas de puente social en tierra extraña para camuflarse frente a las medidas de persecución penal, así como para reclutar nuevos miembros. Lo que está observado aparece como una ‘red criminal de dimensiones mundiales’, en la cual se mueven grupos delincuenciales. El debate sobre esta global *village* de la criminalidad gira fuertemente alrededor de los inmigrantes chinos, los nexos colombianos del tráfico de cocaína hacia Estados Unidos o la participación de nigerianos en el comercio internacional de heroína, pero se extiende también, después de la transformación política de 1989 en Europa Oriental, a grupos rusos y vietnamitas. Mientras que las funciones de apoyo de las minorías étnicas, muy seguramente, tienen gran importancia para el análisis de la criminalidad organizada, o criminalidad que no conoce límites de fronteras, existe otro aspecto de la relación entre minorías étnicas y criminalidad organizada que hasta ahora no ha despertado la misma atención. Es posible que ciertas minorías desde el principio de la emigración hayan desarrollado patrones de comportamiento criminal, por ejemplo en lo que respecta a la importación y comercio de drogas en los mercados de narcóticos del país a donde se emigra; los recién llegados se integran en un segundo tiempo a estas actividades ramificadas y organizadas, pues esta participación en mercados ilegales puede representar para los inmigrantes una vías de ascenso económico perfectamente racional, en la medida en que otras oportunidades sociales legítimas se encuentran bloqueadas. Por eso el concepto de ‘escala técnica’ puede ser útil en la explicación de las evidentes preferencias en el comportamiento criminal en el interior de determinadas minorías y la correspondiente ‘sobrerrepresentación’ en las estadísticas judiciales y policíacas de ciertas regiones”.

⁶⁰En rigor Zaffaroni ingresa al análisis de la culpabilidad sólo en forma subsidiaria. Ello así por cuanto, a su criterio, la conducta de los procesados resultaba atípica.

porque no pudieron motivarse en la norma, por más que tuviesen conocimiento de ella. Un error de comprensión, fundado en el peso cultural de siglos, es razón más que suficiente para hacer inexigible que el sujeto se motive en la norma por mucho que la conozca. Se trata de una imposibilidad de internalizar la pauta cultural fundada en un error culturalmente condicionado que en modo alguno puede reprochárselo al autor, de manera que se excluiría también, es este caso la delictividad de la conducta, por ausencia de reproche normativo de culpabilidad”⁶¹.

Más recientemente, aún cuando sin apelar a esta categoría dogmática (error de prohibición culturalmente condicionado) sino a la de un error en la existencia de una causa de justificación (concretamente el ejercicio legítimo de un derecho) el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, tuvo oportunidad de realizar un importante desarrollo al respecto. Así lo hizo al sentenciar el caso “Puel”⁶². En lo sustancial, el tribunal patagónico argumentó que: “debe reconocerse que, en principio, no parece incorrecto el análisis del magistrado al considerar lícita la realización de los estudios que, posteriormente, resultaron dañados por el imputado. Ello así, por cuanto, - como lo advierte el sentenciante -quienes colocaron los instrumentos dañados (estacas), se encontraban autorizados por el Lonco V. P. y que, dichas tareas fueron realizadas en terrenos de la comunidad (...). Pero que aquellas tareas, objetivamente, fueran lícitas, no exime al Sr. Juez, de haber profundizado el análisis en un aspecto de carácter subjetivo, que surge de la propia sentencia (como alegado por el imputado según los dichos de los testigos C. y V.), en el sentido de que, él obró de esa manera, por cuanto entendió que, las tareas desarrolladas, lo eran en una tierra de su propiedad y que, no obstante ello, no había requerido su autorización. (...) [E]sta circunstancia, da pie a una causa de justificación putativa (art. 34 inciso 1° del Cód. Penal). (...) [En tal sentido, entendemos] que las causas de justificación putativas ‘son aquellas (...) [en las que] el sujeto agente, **debido a una estructuración errónea del campo físico en su campo conductual, alega**

⁶¹ El fallo fue publicado en *Doctrina Penal*, Año 2, 1979, pp. 957 – 968, con nota crítica de Justo Laje Anaya (cfr. “Tenencia de estupefacientes y el art. 19 de la Constitución Nacional. Costumbre de mascar hojas de coca: antijuridicidad y culpabilidad”). La absolución fue recurrida por la fiscalía y, finalmente, revocada por la Cám. Nac. Fed. Crim. y Correc., Sala II. Para el texto del fallo de la Cámara, cfr., también, *Doctrina Penal*, año 2, 1979, pp. 970 – 975.

⁶² La hipótesis fáctica del caso fue la siguiente: un miembro de una de las comunidades mapuches asentada en la Provincia de Neuquén, destruyó una serie de estacas que habían sido colocadas (con fines demarcatorios de un estudio hídrico) en el terreno de la comunidad, con autorización del lonco. El Juez correccional, condenó al imputado por el delito de daño. Recurrida en casación, la sentencia fue revocada, disponiendo, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, la absolución del imputado.

que le asistieron [las justificantes] en respaldo de su conducta desajustada' (...). Una de las formas que puede asumir esta eximente es la del ejercicio de un derecho (art. 34 inciso 4° del Cód. Penal) putativo. Bajo este concepto, precisamente (entre otras manifestaciones), entrarían aquellos casos en los que, el agente, da a una situación jurídica determinada, una *extensión que en realidad no tiene* (...). En [nuestra opinión], es sobre esta premisa, que debe darse solución al caso. En efecto, [interpretamos] - porque así surge de las constancias de la sentencia - que P., procedió a la destrucción de las tareas realizadas (levantamiento de las estacas) porque consideró que, al no haberse solicitado su autorización y tratándose de tierras que '*consideraba*' como propias, estaba - al obrar de esa manera - ejerciendo un legítimo derecho (art. 34 inciso 4° del Cód. Penal), sin reparar que, tales tierras, en rigor - como lo puntualiza el 'a-quo'-, pertenecían a la comunidad. De esta forma, el imputado, creyó estar en su derecho (art. 34 inciso 4°) de no permitir la realización de los estudios que se practicaban; empero, tal creencia - en el caso - se vio viciada por un error no imputable (art. 34 inciso 1°) - por las particularidades culturales a las que [aludiéramos] (...) que lo llevaron a actuar en la forma en que lo hizo, no obstante que el propio decreto 863/1996 transfería las tierras a favor de la 'Agrupación Mapuche Puel' y no de él'⁶³.

IV.- Aproximación a una respuesta

Desde nuestra perspectiva la categoría dogmática que permite una solución más razonable a esta problemática está constituida por el error de prohibición. En lo que sigue, intentaremos fundar esta afirmación:

1.- La conducta típica que encuentra su fundamento en una falta de comprensión o en un déficit de la comprensión respecto de la prohibición estatal, puede ser tratada como un caso de error de prohibición directo. En tal sentido, coincidimos con la apreciación que formularan Zaffaroni, Alagia y Slokar respecto a que, el error de prohibición directo, "no se agota con los casos en que hay desconocimiento de la existencia de la prohibición o del alcance de la misma, sino que también abarca el caso en que, existiendo este desconocimiento, el error determina únicamente la falta de comprensión.

⁶³ Para el texto del fallo, cfr. *Ley, razón y justicia*, Año 2, N° 3, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2000, pp. 223/230.

Son los casos en que el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele la comprensión de la misma”⁶⁴.

Si no se advirtiese este aspecto, estaríamos tensionando el principio de culpabilidad; desde que se permitiría el castigo penal de quien, al momento del hecho, estuvo impedido de motivarse en la norma por un fuerte condicionamiento cultural⁶⁵.

¿Y como se explica, **desde lo empírico**⁶⁶, esta situación?

En la teoría sociológica, Berger y Luckmann nos dan una buena propedéutica para comprender esta problemática. En efecto, es más que obvio que el individuo no nace miembro de una sociedad sino sólo con una predisposición hacia la sociabilidad. “En la vida de todo individuo, por lo tanto, existe verdaderamente una secuencia temporal, en cuyo curso el individuo es inducido a participar en la dialéctica de la sociedad. El punto de partida de este proceso lo constituye la internalización: la aprehensión o interpretación inmediata de un acontecimiento objetivo en cuanto expresa significado, o sea, en cuanto es una manifestación de procesos subjetivos de otro que, en consecuencia, se vuelven subjetivamente significativos para mí”⁶⁷.

El proceso ontogenético por el cual se realiza este proceso de internalización se conoce como socialización; distinguiéndose entre primaria y secundaria, según la misma tenga lugar en la infancia (primaria) o como un proceso posterior que induce al individuo, ya socializado, a nuevos sectores del mundo objetivo de su sociedad⁶⁸.

Ciertamente, la socialización primaria es la más importante para el individuo⁶⁹. Éste “nace dentro de una estructura social objetiva en la cual encuentra a los otros significantes que están encargados de su socialización y que le son impuestos. Las definiciones que los otros significantes hacen de la situación del individuo le son

⁶⁴ Cfr. *Derecho penal ...*, op. cit., p. 704.

⁶⁵ Cfr. Ricardo Ángel Basilico, *Norma y error en el Derecho penal*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2005, p. 113.

⁶⁶ Sostiene, a nuestro juicio, atinadamente Glenda Vidarte de Sánchez Dansey que “el contenido de la culpabilidad como categoría de la teoría del delito (...) debe contener elementos cuya constatación empírica sea posible, debiendo prescindir de aquellos que no posean esa cualidad” (cfr. “Cuestiones centrales de la culpabilidad. La importancia de la constatación empírica de sus elementos”, en AA. VV., *Derecho penal y Estado de derecho. Homenaje al Profesor Ramón C. Leguizamón*, Instituto de Derecho Penal Francisco Blasco Fernández de Moreda, Facultad de Derecho, UNNE., Ed. Librería de La Paz, Chaco, 2005, p. 283).

⁶⁷ Cfr. Peter Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Amorrortu Editores, Bs. As., 1986, pp. 164/165.

⁶⁸ Cfr. Berger y Luckmann, *La construcción...*, op. cit., p. 166.

⁶⁹ De hecho, Berger y Luckmann sostienen que “la estructura básica de toda socialización secundaria debe semejarse a la de la primaria” (op. cit., p. 166).

presentadas a éste como realidad objetiva. De este modo, él nace no solo dentro de una estructura social objetiva, sino también dentro de un mundo social objetivo. Los otros significantes, que mediatizan el mundo para él, lo modifican en el curso de esa mediatización. Seleccionan aspectos del mundo según la situación que ocupan dentro de la estructura social y también en virtud de sus idiosincrasias individuales, biográficamente arraigadas. El mundo social aparece ‘filtrado’ para el individuo mediante esa doble selección”⁷⁰.

De hecho, estudios etnográficos recientes no hacen más que confirmar esta lectura teórica, realizada a partir de la perspectiva de la sociología fenomenológica⁷¹. Así, con relación a las comunidades aborígenes chaquenses actuales, sin desconocer que su mundo cultural “ha sufrido y continúa experimentando aún hoy, el impacto que representa el choque con la cultura nacional”⁷², “el proceso de socialización primaria de éstos transcurre bajo el imperio de lo que subsiste de la cosmovisión nativa (...), que les es transmitida en su propio idioma”⁷³. Incluso, en estas comunidades, la socialización secundaria se articula sobre los contenidos de la socialización primaria sin incongruencias ni contradicciones, por lo menos en el ámbito de la experiencia vivida por el nativo⁷⁴. Por esto se concluye en que “(...) ni los significados, valores y normas que se le transmiten desde la sociedad mayor, ni la identificación fuertemente negativa del exogrupo, logran demoler la que ha forjado el sujeto en su propia sociedad cuando las principales interacciones continúa manteniéndolas dentro de ésta”⁷⁵.

⁷⁰ Cfr. Berger – Luckmann, op. cit., pp. 166/167. Sobre este aspecto, cfr., asimismo, Alfred Schutz y Thomas Luckmann, *Las estructuras del mundo de la vida*, Amorrortu Editores, Bs. As., 2003, p. 255 y ss.

⁷¹ Para una visión general de la fenomenología, cfr. Jeffrey C. Alexander, *Las teorías sociológicas desde la segunda guerra mundial*, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 194/207. Sobre cómo esta concepción influye en el análisis etnográfico (sobre todo a partir de la obra de A. Schutz), vide Luis D. Heredia, “El problema de la comprensión de los sentidos en etnografía”, en *Comechingonia. Revista de Antropología e Historia*, Año 1, N° 1, 1983, p. 19 y ss.

⁷² Cfr. Luis D. Heredia, “El choque cultural y el problema del mantenimiento de la identidad en el proceso de aculturación entre aborígenes chaquenses”, en *Comechingonia, Revista de Antropología e historia*, Año 2, N° 4, 1984, p. 19.

⁷³ Cfr. Heredia, “El choque (...)”, op. cit., p. 19.

⁷⁴ Cfr. Heredia, “El choque (...)”, op. cit., p. 24.

⁷⁵ Cfr. Heredia, “El choque (...)”, op. cit., p. 29. En sintonía con lo que afirmamos en el texto, la literatura jurídica colombiana ha señalado que, aún cuando las comunidades aborígenes puedan experimentar distinto grado de aculturación, esto no constituye un obstáculo para sustraerlos de la jurisdicción especial que, como indígenas, la Constitución Política ha establecido. Cfr., en tal sentido, Hernando León Londoño Berrio, “Todavía quedan jueces en Colombia”, en *Nuevo Foro Penal*, Tercera época, Año I, Enero – Abril 2003, N° 64, pp. 173/187. De hecho, jurisprudencialmente, tal fue el criterio sustentado por la mayoría de la Sala Penal del T.S. de Buga a través de la sentencia de fecha 4 de febrero del año 2000 (para su texto, cfr. *Nuevo Foro Penal*, op. cit., pp. 187/196). Dijo, al respecto, el Ministro ponente: “La

Consideraciones similares a la anterior se han realizado respecto de conductas típicas efectuadas por miembros de comunidades de inmigrantes (en donde perdura una fuerte identidad étnica)⁷⁶.

Si se comparten estos argumentos forzoso resulta concluir que, cuando un actor social se encuentra inmerso en una subcultura (con fuerte identidad étnica), más allá de que pueda tener conocimiento formal de una determinada prohibición contenida en la ley penal del Estado, será, al menos, muy complicado pretender que logre internalizar los valores de la norma y, así, exigirle su comprensión. De esta manera – y como ya lo sostenía Welzel – en semejantes casos resultará difícil plantear un reproche de culpabilidad. La razón parece clara: este reproche sólo puede verificarse cuando el sujeto activo “estaba en situación de reconocer la antijuridicidad de su hacer”⁷⁷; y eso es altamente discutible que suceda cuando las percepciones valorativas culturales del endogrupo poseen una firmeza tal que no le permite – a sus miembros – la admisión de reglas jurídicas enfrentadas con aquellas pautas⁷⁸.

vinculación del destinatario de la ley, a su marco cultural, es algo que tiene que ver con el poder de motivación de la norma, en el sentido de que ésta puede ejercer un influjo real en el comportamiento de los asociados. La norma debe tener un cierto poder de configuración de la realidad social, en la medida en que se constituya en factor participante en la orientación y decisión de las conductas. En este sentido, las normas sobre las cuales deba levantarse el juicio de reproche, deben ser aquellas que entornan culturalmente al autor, **y no aquellas con las que ocasionalmente pueda entrar en contacto**”. Sobre este punto, volveremos más adelante.

⁷⁶ Así, con relación a casos ventilados por los tribunales franceses, respecto a prácticas de “excisión” (expresión con la que se comprende a diversas formas de mutilación de los órganos genitales femeninos) practicados por miembros de comunidades de inmigrantes africanos de religión musulmana, cfr. Carlos María Cárcova, *La opacidad del derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, pp. 84/85. Este autor, reproduciendo las conclusiones de la investigación realizada por Alessandra Facchi (cfr. “L’escissione: un caso giudiziario”) refiere que: “Desde un punto de vista psicológico, es evidente que para la imputada y otras mujeres como ella, las costumbres del propio pueblo constituyen una obligación social y religiosa extremadamente coercitiva, mucho más que la interpretación jurisprudencial del Código penal de un país extranjero”.

⁷⁷ Cfr. Hans Welzel, *Derecho penal alemán*, 11ª edición, Ediciones Jurídicas de Chile, Santiago, 1976, p. 221.

⁷⁸ En la doctrina chilena, Enrique Cury Urzúa lo ha explicado en estos términos: “No obstante lo destacado en el párrafo precedente, siempre restan algunos casos en los que tiene cabida la exclusión de la culpabilidad por encontrarse ausente incluso la posibilidad de conocer la ilicitud material de la conducta. Así ocurrirá, entre otras, en situaciones de choques de culturas con percepciones valorativas muy contrastantes (...)” (cfr. “Algunas consideraciones sobre el error de prohibición a la luz de la ley positiva chilena”, en *Sistemas penales iberoamericanos. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario*, ARA Editores, Lima, 2003, p. 718). Por su parte, en la doctrina española, se pronuncian en idéntica dirección, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: “Sólo en la medida en que se dé la internalización de los mandatos normativos y el proceso de socialización no se encuentre alterado (analfabetismo, subcultura, etc.), podrá plantearse el tema del conocimiento de la antijuridicidad. En una sociedad en la que coexisten distintos sistemas de valores, hay que admitir que haya individuos que, aun pudiendo, teóricamente, conocer la ilicitud de su hacer, no se planteen siquiera este problema cuando ese hacer es normal en el grupo social concreto al que pertenecen” (cfr. *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 344).

La casación neuquina, al fallar el citado precedente “Puel”, con respecto a la justificación putativa (error indirecto de prohibición por falsa suposición de existencia legal de una causa de justificación)⁷⁹ ha desarrollado este argumento con notable precisión: “El documento sentencial materia de recurso da cuenta de que, el imputado, es un ‘criancero’ que pertenece a la comunidad ‘Mapuche’. También, como ya se pusiera en evidencia, R. P., en reiteradas ocasiones, afirmó que había sacado las estacas porque, al estar dentro de los límites de su propiedad, no se le había requerido ‘autorización’ para colocarlas. Esta circunstancia, que en otro contexto, podría (lícitamente) ser considerada como una mera excusa exculpatoria, en este caso, **por las particularidades culturales que conforman la ‘identidad’ del imputado**, debieron haber merecido, de parte del juzgador, un tratamiento más detallado (en rigor, algo de esto intuye el señor Juez a-quo, cuando (...) expresa: ‘Sin dudas, este conflicto aparentemente aislado, se inscribe dentro de la problemática general entre el Pueblo Mapuche y su más que centenario reclamo a la posesión de las tierras que tradicionalmente vienen ocupando ...’). Y se afirma que, tal circunstancia, debió merecer un análisis más profundo, por cuanto constituye una realidad, demostrada a partir de investigaciones antropológicas de base llevadas a cabo respecto a este grupo la de que: ‘Aunque la dinámica comunitaria tradicional, en muchos aspectos haya desaparecido, **el hábitat** unido al concepto de identidad y su inusual capacidad de convocatoria, **sigue siendo el elemento que le devuelve significación a la vida cotidiana de estos hombres y mujeres**. Campesinos o proletarios, residentes en el campo o en la ciudad, **viven entrañablemente vinculados a la tierra (Mapu) y a su gente (che), porque en el mundo de lo simbólico, ambos elementos son inseparables y dimensionan el sentido del ser, el espacio y el tiempo**’ (confr. Ingrid de Jong, su colaboración en Isabel Hernández y otros, *La identidad enmascarada. Los Mapuches de Los Toldos*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1993, p. 156)’(...)” .

2.- Muy calificada doctrina, partiendo de la misma base empírica que sostenemos en el texto, ha afirmado que: “[e]l conocimiento de la norma es, en definitiva, el conocimiento de la realidad social.”. Enfatizando, enseguida, que: “[e]n el ámbito de lo cotidiano rige para todos los miembros de la sociedad lo siguiente: el conocimiento de una situación, la cual constituye un ejemplo del supuesto regulado en la norma, incluye

⁷⁹ Como, con más precisión, lo denominan Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho penal*, op. cit., p. 706.

necesariamente el conocimiento de que la situación es un supuesto o ejemplo de la norma. Sólo un enfermo mental que experimenta una realidad completamente distinta a los demás, o acaso alguien que pertenezca a una cultura ajena a la de referencia, podría tener una imagen de la sociedad totalmente distinta”⁸⁰.

Por nuestra parte, compartimos la apreciación, aún cuando con algunas precisiones. En efecto:

A) Coincidimos, plenamente, en que para determinar cuándo pertenece el conocimiento al entorno vital personal “se ha de comenzar por describir el ámbito de la realidad en el que participa toda persona, es decir, el mundo vital cotidiano”⁸¹. Esta es una consecuencia lógica de la premisa empírica de la que partimos; que – conforme lo explicitáramos – se nutre de la teoría social, en su vertiente fenomenológica.

B) Sin embargo, el problema que constituye el propósito de esta investigación, parte de la siguiente hipótesis: un individuo inmerso dentro de una subcultura (con fuerte identidad étnica) realiza una conducta típica de acuerdo al sistema penal oficial. Pareciera obvio, entonces, que, en este caso, el mundo vital cotidiano de nuestro sujeto no es otro que, el de la subcultura en donde se desarrolla. Es decir: todas sus significaciones se vuelven inteligibles dentro de los patrones culturales que, desde la socialización primaria, viene adquiriendo en el endogrupo. Por esta razón, sería un error pretender definir su mundo vital a partir de significados propios de la sociedad mayor.

C) Quizá pueda afirmarse que, en la actualidad, no es posible sostener la existencia de subculturas totalmente extrañas a las pautas de la sociedad mayor en la que se insertan⁸². En tal sentido, los complejos mecanismos de interacción y los procesos de aculturación transformarían esa hipótesis en un caso de laboratorio. **El argumento es consistente pero no decisivo.** En efecto, desde la teoría antropológica – y en un ensayo clásico – Adolfo Colombres (siguiendo conceptos de Aguirre Beltrán) ha caracterizado la aculturación como un proceso de cambio que emerge del contacto de grupos que participan de culturas distintas. “Se caracteriza por el desarrollo continuado **de un conflicto de fuerzas, entre formas de vida de sentido opuesto**, que tienden a su total

⁸⁰ Cfr. Teresa Manso Porto, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 85/86.

⁸¹ Manso Porto, *Desconocimiento (...)*, op. cit. p. 81.

⁸² Aquí nos referimos, específicamente, a los grupos originarios que aún coexisten con la sociedad mayor.

identificación y se manifiesta, objetivamente, en su existencia a niveles variados de contradicción”⁸³.

A partir de esta caracterización, consideramos, que el problema debe ser analizado, también, desde una perspectiva temporal. En efecto, es indudable que, todo proceso de aculturación entraña la idea de **conflicto cultural**. Empero, esta imposición de pautas culturales por parte de la sociedad mayor, por regla, no ocurre como algo instantáneo. Se trata, por el contrario, en la mayoría de los casos, de procesos de penetración - dirigidos desde la sociedad mayor- que, en forma paulatina, intentan dismantelar – con éxito muy relativo - el universo de la subcultura (a través, por ejemplo, de la escolarización y sustitución de la lengua materna por el idioma oficial⁸⁴; de intervenciones de comunidades religiosas extrañas al grupo⁸⁵; etc.). Procesos que, a

⁸³ Cfr. Alfredo Colombres, *La colonización cultural de la América indígena*, Serie Antropológica, Ediciones del sol – CEHASS, Bs. As., 1987, p. 56.

⁸⁴ Que la penetración, a través de la escolarización, ofrece muy pocas probabilidades de éxito, es algo que, la literatura antropológica, ya ha señalado suficientemente. Al respecto, se sostiene que: “cuando se trata de cumplir ciertos papeles en los que es menester violentar las maneras de ser nativas asumiendo las occidentales, prevalecerán las normas internalizadas en el curso de la socialización llevada a cabo en el ámbito de la cultura propia. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se lo compele a actuar exitosamente a través de la competencia en la escuela: el niño nativo se resistirá a acatar esa exigencia. En este caso la sociedad ‘blanca’ espera un comportamiento que el aborígen no puede ni quiere cumplir porque está reñido con su sistema ético y su conciencia, imagen especular de los valores de su comunidad. Además, si bien es cierto que el grupo siempre está presente en la conciencia del sujeto, en el caso concreto del escolar aborígen, es el grupo ‘real’, de niños nativos, el que está presente compartiendo la experiencia educativa. Y se advierte, por otra parte, algo cuya importancia no es desdeñable: que entre las dos estructuras de plausibilidad que se dan cita en los establecimientos educativos a que asiste el educando nativo, el representado por los niños criollos y los maestros – sociedad mayor – y el de los niños aborígenes, éstos buscan consenso en su propio grupo, que es el que, en definitiva, constituye su ‘público’ y el que sancionará positivamente, en el caso citado en el anterior párrafo, el comportamiento observado” (cfr. Luis D. Heredia, “En torno a la educación del niño aborígen”, en *Comechingonia, Revista de Antropología e Historia, Año I, N°2, 1983, p. 51*). De la misma opinión, Héctor Raúl Magnani, “Informe preliminar sobre investigaciones realizadas en un grupo Mataco de Laguna Yacaré (Prov. de Formosa. Argentina)”, en *Revista del Instituto de Antropología*, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Filosofía y Humanidades, T° VI – 1978, pp. 211/212 y Juan José Rossi, *Los Wichí (“Mataco”)*, Ed. Galerna, Bs. As., 2007, p. 141.

⁸⁵ En efecto, el análisis etnográfico ha puesto en evidencia que uno de los mecanismos de penetración más frecuente está constituido por la actuación del culto religioso. No obstante ello, estudios de campo realizados, han demostrado que esta forma de aculturación no ha logrado desarticular la fuerte cosmovisión internalizada, en el endogrupo, durante la primera socialización. Así, y siguiendo con los pueblos originarios de la región chaqueña, ni aún la extensión (entre los tobos) del pentecostalismo, ha sido suficiente para construir una “nueva armonía” que rompa con las antiguas concepciones. Como lo expresa Elmer S. Miller: “En términos del delicado pero importante problema de la dignidad humana, el culto sólo ha tenido un éxito parcial. Si bien los Tobos y los blancos se han efectivamente unido en las actividades del culto, **el grado de identidad e igualdad logrado ha sido mínimo. Los Tobos aún se definen a sí mismos por oposición a su contraparte blanca, y los recelos profundamente arraigados de desconfianza e inferioridad salen muchas veces a la superficie**” (cfr. *Los tobos argentinos. Armonía y disonancia en una sociedad*, Siglo XXI editores, México, 1979, p. 163). En forma reciente, de la misma opinión, Pablo Wright, *Ser en el sueño. Crónicas de historia y vida Toba*, Ed. Biblos, Bs. As., 2008, p. 222.

su vez, dado el conflicto cultural subyacente, pueden generar distinto grado de resistencia entre los miembros de la subcultura. Esta situación produce una auténtica ambigüedad: por una lado, claros intentos de avance de pautas culturales extrañas y, al mismo tiempo, rechazo de la misma e intentos de reforzamiento de la identidad propia.

Con esto queremos significar que, sin desconocer que los casos de total aislamiento - al menos hoy - resultan más bien excepcionales, la lentitud con que tiene lugar estos procesos de aculturación hace que, la persistencia en las significaciones propias de la primera socialización subsistan y esto pueda seguir generando condicionamientos culturales relevantes; como base fáctica de posibles conflictos para la internalización de las normas.

D) Por fin – y de acuerdo a lo desarrollado en el acápite precedente⁸⁶ - no creemos que la alusión a la inimputabilidad – como mecanismo de solución de estos casos – resulte correcta. No desconocemos que Manso Porto – de acuerdo a la cita que transcribiéramos – pareciera distinguir dos hipótesis diversas (enfermedad mental y pertenencia a otra cultura). Empero, con posterioridad a este pasaje, la autora, incurre en una generalización incorrecta al afirmar que: “los casos de socialización exótica se han de tratar como un subtipo de inimputabilidad”⁸⁷; apreciación que - aún cuando si partimos de un análisis dogmático de la legislación del país de origen de Manso Porto (esto es: Colombia) pueda resultar atendible – no lo es desde la perspectiva teórica en que se aborda la problemática.

3.- Ahora bien, para que este error de comprensión pueda alcanzar efecto excusante, será necesario que asuma el carácter de invencible⁸⁸.

Tal condición tendrá que ser objeto de especial comprobación; debiendo correr a cargo del órgano acusador desvirtuar este extremo, en caso de haber sido invocado por la defensa⁸⁹.

⁸⁶ Cfr. § III. 2.B.

⁸⁷ Cfr. Manso Porto, *Desconocimiento (...)*, op. cit., p. 87.

⁸⁸ Al evaluar este aspecto, precisamente, se ponderará la incidencia de los procesos de aculturación.

⁸⁹ Ello como simple corolario de la garantía de presunción de inocencia. En tal sentido, correctamente, ha sostenido José Ignacio Cafferata Nores (cfr. *Proceso penal y Derechos humanos*, Editores del puerto, Bs. As., 2000, pp. 71/72): “Este principio significa que no se podrá penar como culpable (ni mucho menos se podrá tratar como tal durante el proceso penal) a quien no se le haya probado previamente su culpabilidad en una sentencia firme dictada luego de un proceso regular y legal; que si la acción es pública, esa prueba deben procurarla con esfuerzo y seriedad, no los jueces, sino los órganos estatales encargados de la preparación, formulación y sostenimiento de la acusación (...); que el imputado no tiene – ni, por lo tanto, se le puede imponer – la carga de probar su inocencia (ni de las circunstancias eximentes o atenuantes de

La determinación de la invencibilidad (o no) del error, podrá efectuarse por intermedio de una evaluación pericial especializada (antropológica) o interdisciplinaria; rigiendo, en caso de duda, los principios generales del proceso penal; considerando, en definitiva, que la persona actuó con un condicionamiento cultural tal que le impidió la comprensión del mandato⁹⁰.

4.- La solución que venimos proponiendo posee un flanco débil que, si no intentamos atemperar, disminuiría, marcadamente, la capacidad de rendimiento de nuestra respuesta.

En efecto, ¿cualquier condicionamiento cultural que pueda incidir en la realización de una conducta típica debe merecer su trato desde la perspectiva de esta causa de inculpabilidad?⁹¹.

Ya Cárcova⁹² anunciaba que, en algunos casos, este tipo de situaciones tensa, también, valores legítimos de la sociedad hegemónica⁹³. Esta tensión se explica – en sus palabras -: “por un lado [entre] los [valores] que concebimos como universales y propios de la condición humana, como la integridad del cuerpo, la igualdad de los sexos, la protección de la infancia; por el otro, la defensa de las minorías, el derecho a la diferencia, el respeto al pluralismo”.

¿Cómo resolver, razonablemente, este dilema?.

Evidentemente, si partimos de una concepción según la cual el derecho a la diversidad cultural es absoluto, la tesis aquí defendida podría ser altamente discutible⁹⁴.

Nadie niega – y precisamente esa premisa constituye el punto de partida de nuestra argumentación– que el respeto a la diversidad, en tanto derecho colectivo, merece ser resguardado. Empero no es correcto pensar que tal derecho puede hacerse valer, incluso, por sobre otros derechos fundamentales individuales (sea de miembros de la minoría étnica como de la sociedad que los cobija). En tal sentido – **y éste constituye**

su responsabilidad penal que pueda invocar); y que si la acusación no se prueba fehacientemente por obra del Estado, el acusado debe ser absuelto”.

⁹⁰ Así, Basílico, *Norma y error (...)*, op. cit., p. 115 y nota n° 211.

⁹¹ Y, por consiguiente, su efecto excusante.

⁹² Cfr. *La opacidad (...)*, op. cit., p. 86.

⁹³ Idéntica observación realiza José Hurtado Pozo, “Impunidad de personas con patrones culturales distintos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 49, Lima, diciembre de 1995, p. 165.

⁹⁴ Para esta discusión, cfr. Ignacio Sánchez Cámara, “Mundialización, multiculturalismo y Derechos humanos”, en AA. VV., *Mundialización y multiculturalismo*, Edición Seminario de Filosofía del Derecho, Córdoba (España), 2005, pp. 125/148.

otro de los ejes sobre los que ha girado nuestra hermenéutica constitucional⁹⁵- no debe perderse de vista que todo el “aparato conceptual de los derechos humanos descansa sobre un imperativo moral: el valor intrínseco de la vida, la libertad y la dignidad del ser humano. En el logro de este imperativo tendrán que complementarse tanto los derechos individuales como los colectivos”⁹⁶. Por tal razón, en la medida en que, la conducta inspirada en un patrón cultural distinto no signifique una alteración a un derecho fundamental individual (básico)⁹⁷, la falta de comprensión de una norma

⁹⁵ cfr. acápite II.A.b.3.

⁹⁶ Así, Stavenhagen, “Los derechos indígenas (...)”, op. cit., p. 120. Como lo sostiene Luis Villar Borda, con cita de la Corte Constitucional Colombiana: las tensiones originadas en la diversidad étnica deben solucionarse en el marco “de ‘un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia que cubran **los diferentes sistemas de valores**’”. Esta cobertura, que abarca un ámbito axiológico común, se refiere, precisamente, a que, al amparo del derecho a la diversidad, no se puede tolerar ningún atentado contra derechos fundamentales esenciales del hombre (cfr. *Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 9, Bogotá, 1998, pp. 39/40).

⁹⁷ Esto es: vida, integridad corporal, libertad y dignidad de la persona humana. Luigi Ferrajoli, aún cuando con un énfasis diverso al que sostenemos en el texto, analiza esta cuestión en los siguientes términos: “Los derechos fundamentales son siempre leyes del más débil frente a la ley del más fuerte, que bien puede ser la ley expresada por sus mismas culturas, incluidas las que conviven en nuestros propios países occidentales: que protegen al individuo de su propio ambiente cultural e incluso familiar, a la mujer frente al padre o al marido, al menor frente a los padres, a los oprimidos de las prácticas opresivas de sus culturas. Piénsese en la clitoritomía o en las prácticas de segregación realizada por los talibanes: son lesiones graves en perjuicio de la integridad física, la libertad y la dignidad de las mujeres que ningún respeto de la cultura ajena puede justificar, por la misma razón por la que no es justificable el código de honor mafioso, el homicidio ‘por causa de honor’, o el duelo y otros similares. Son, en efecto, sólo los individuos, y no las culturas, los sujetos débiles tutelados por los derechos fundamentales, que estructuralmente son siempre individuales y no colectivos. Y sería, eso sí, un signo perverso de eurocentrismo, no ya afirmarlos, sino negarlos en perjuicio de quienes por ventura pertenecen a pueblos que no han realizado nuestro mismo recorrido histórico, ‘vinculándolos’ (...) ‘a un específico (además de presumiblemente irrepetible) contexto de civilización’; por lo que, mientras tanto, las mujeres afganas deberían esperar, para su liberación, a que sus padres y maridos realicen su revolución francesa” (cfr. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, 2001, pp. 369/370). La tesis reseñada, en cierta medida guarda parentesco con la opinión de Jürgen Habermas (*La inclusión del otro*, Ed. Paidós, 1999, pp. 190/191). Si bien críticamente, Magdalena Gómez sintetiza con toda justeza la tesis de este autor: “(...) que una ‘política de reconocimiento’, que debe asegurar una coexistencia en igualdad de derechos de las diferentes subculturas y formas de vida en el interior de la misma comunidad republicana, tiene que arreglárselas sin derechos colectivos ni garantías de supervivencia. Los derechos fundamentales liberales y sociales tienen la forma de normas generales que se dirigen a los ciudadanos en su calidad de ‘seres humanos’ (y no sólo como miembros de un Estado). Incluso aunque los derechos humanos se hacen efectivos en el marco de un ordenamiento jurídico nacional, fundamentan en ese marco de validez derechos para todas las personas, no sólo para los ciudadanos. Y se pregunta si una teoría de los derechos elaborada en términos *individualistas*, ¿puede hacer justicia de aquellas luchas por el reconocimiento en las que parece tratarse de la articulación y la afirmación de identidades colectivas?. ¿No exige el reconocimiento de las formas de vida y tradiciones culturales que están marginadas, un tipo de *derechos colectivos* que hacen estallar en pedazos nuestra tradicional autocomprensión del Estado democrático de derecho que está cortada en base al patrón de los derechos individuales y que, en este sentido, es ‘liberal’? No se necesita, por tanto, que la coexistencia en igualdad de derechos de los distintos grupos étnicos y sus

HORIZONTES Y CONVERGENCIAS

Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho

Publicación de investigaciones científicas de actualización continua

jurídico penal por parte de quien integra la subcultura, deberá generar un tratamiento diferenciado. De hecho, los fallos mencionados en este mismo trabajo permiten ver como puede funcionar esta eximente sin ningún tipo de colisión, cuando los derechos afectados no revisten la esencialidad recién reseñada.

formas de vida culturales se asegure por medio de derechos colectivos, que llegarían a sobrecargar una teoría de los derechos cortada a la medida de las personas individuales. Incluso si tales derechos de grupo pudieran ser admitidos en un Estado democrático de derecho, no sólo serían innecesarios, sino también cuestionables desde un punto de vista normativo. No hay derecho alguno sin la autonomía privada de las personas jurídicas. Por consiguiente, sin derechos fundamentales que aseguren la autonomía privada de los ciudadanos, no habría tampoco medio alguno para la institucionalización jurídica de aquellas condiciones bajo las cuales los individuos en su papel de ciudadanos podrían hacer uso de su autonomía pública” (cfr. “Derecho indígena y constitucionalidad”, en el sitio web “Red Latinoamericana de antropología jurídica” (cfr. <http://www.geocities.com/relaju/>).