

## CULTURAS DIVERSAS Y SISTEMA PENAL

Enrique GARCÍA VITOR

SUMARIO: I. *Los aspectos políticos y filosóficos.* II. *El Estado después de los derechos humanos.* III. *La diversidad cultural frente a los derechos humanos.* IV. *La particular relevancia de la libertad de conciencia y la necesidad de vincularla como derecho fundamental en el estudio de la diversidad cultural.* V. *La cultura. Cuestión antropológica.* VI. *Etnia y cultura.* VII. *El aspecto criminológico.* VIII. *La cuestión político-criminal. Sistema penal y cultura.* IX. *La cuestión desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal.* X. *Conclusiones y propuestas.*

La realidad de la segunda mitad del siglo XX, la que transcurre desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, ha estado signada por desencuentros etnoculturales que se convirtieron en la principal fuente de violencia política a nivel mundial. Luego, el estudio de la “diversidad cultural”<sup>1</sup> y la manera de afrontarla es un desafío ineludible del siglo que vivimos que nos impulsa a resolver los problemas sociales, éticos y políticos que la misma plantea.

Sin duda que la promesa incumplida de la modernidad de realizar una *comunidad de iguales*, negando para ello la comunidad tradicional, lo que se pretendió adelantar mediante el formalismo de los derechos —como si su declaración fuese su concreción—, se advierte hoy como una doble frustración, por lo que la misma parece diluirse en la homologación universal.

<sup>1</sup> Entendida como “...los complejos procesos de identificación de las personas y los grupos sociales, lo cual conlleva la diversificación y consecuente fragmentación simbólica y material de la realidad...”. Arpini, Adriana, “Diversidad cultural y globalización”, *Revista Erasmus*, Córdoba, Argentina, año II, núm. 1, 2000.

Las interrogantes planteadas, desde la perspectiva de que toda investigación que se precie de tal debe partir de premisas convocantes —las que, según la suerte que nos toque, deberán ser objeto de respuestas, lo más concretas posibles—, no tendrán en lo que sigue un orden secuencial de análisis, sino que serán respondidas desordenadamente en los sucesivos apartados. No creo que quien encare la lectura pierda de vista en el desarrollo del texto las premisas de las que hemos partido, toda vez que creemos tener presente a las mismas en tanto ellas, y no otras, han motivado la continuación de lo que en otra oportunidad anunciamos como aproximación al tema.<sup>2</sup>

En esa instancia sosteníamos que la cuestión, con variada profundidad, había sido tratada tanto por la criminología como por el derecho penal, y afirmábamos que el enfoque estaría limitado a las cuestiones que se presentan con las culturas nativas de Latinoamérica y sus influencias en la mestización, sin soslayar, empero, referencias a su vinculación inescindible con planteos más amplios, que en principio puedan parecer ajenos a la cuestión.<sup>3</sup> Hoy realmente no podríamos guiarnos por aquella limitación, aunque la preferencia deba ser mantenida por una razón de compromiso ideológico, pues es tanta la necesidad de dar respuesta a las muchas interrogantes que se fueron presentando durante la investigación, que difícilmente nos podríamos sentir medianamente satisfechos —plenamente sabemos que no desde un principio— si nos ciñésemos a aquel límite original.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Así en *Diversidad cultural y derecho penal*, Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, colección Jurídica y Social, núm. 36, diciembre de 1994.

<sup>3</sup> Josep M. Tamarit, analizando la problemática de la obediencia al derecho —compatibilización entre orden jurídico y ética individual—, cuestión cuya vinculación al tema objeto del presente es consustancial, sostiene que no es contemporánea (la filosofía jurídica se ocupó ya de ello), aunque sí lo es la búsqueda de fórmulas legales que ofrezcan una solución a la misma. Tamarit, Josep M., *La libertad ideológica en el derecho penal*, PPU, pp. 343 y ss.

<sup>4</sup> No es sencillo abordar este tema, bregar por la consideración de las autonomías culturales de las etnias latinoamericanas en el preciso momento en que se comienzan a hacer evidentes los efectos del quiebre histórico del Estado-nación. Para ello basta tener en cuenta aserciones como la de Jürgen Habermas, quien luego de señalar que su reivindicación implica el rechazo simétrico del multiculturalismo y de la política de los derechos humanos, dice: “...los apologetas de la nación étnica desconocen que precisamente las impresionantes conquistas históricas del Estado nacional democrático y sus principios constitucionales republicanos nos pueden ilustrar acerca de cómo deberíamos manejar los

La vinculación del tema en análisis con el de la actuación por conciencia, de la que más adelante me ocuparé con cierto detenimiento, conlleva la necesidad de su estudio y evolución, cuestión que tiene un lugar importante en la literatura penal, filosófica, política y criminológica de los últimos años. Así Bacigalupo,<sup>5</sup> entre otros, se ha ocupado de remarcar la actualidad e importancia de la discusión del tema en España, señalando que los imperativos de conciencia frente a las normas del derecho penal estatal han alcanzado su momento culminante. Lo acertado de esa afirmación se comprueba con la buena cantidad de tesis que se han y se están elaborando en la universidad española sobre el tema de la objeción de conciencia, el valor de la vigencia del principio de respeto a las culturas —multiculturalidad y derecho—, la legislación vinculada a la discriminación, el aborto o la eutanasia.

De similar entidad es la preocupación de la doctrina penal alemana, en la que se relevan estudios y pronunciamientos sobre el particular, que, superando pruritos formales, arriban a soluciones que no observan al problema desde un atalaya extraño al mismo, sino, por el contrario, desde la importancia que en la sociedad democrática tiene éste. La aceptación, aunque tímida, de Roxin<sup>6</sup> de que “...existen buenas razones para tener frente al autor de conciencia cierta comprensión, que no se dispensa a los delincuentes comunes...”, constituye una muestra, por cierto calificada, de la importancia que se le ha otorgado por la ciencia jurídico-penal alemana al viejo, aunque todavía necesitado de respuestas, problema de la actuación por conciencia. En igual sentido, aunque referido al autor por convicción, Hirsch advierte sobre la actualidad del problema, que ha tenido un incremento por la evolución de una sociedad plural y multicultural.<sup>7</sup>

actuales problemas relativos al inevitable tránsito hacia formas posnacionales de socialización...” (*La inclusión del otro*, Paidós Básica, p. 24).

<sup>5</sup> Bacigalupo, Enrique, “Prólogo”, en Pérez del Valle, Carlos, *Conciencia y derecho penal*, Granada, Comares, 1994. Aunque tal vez uno pueda discrepar con la opinión de que en las soluciones propuestas han predominado las actitudes emocionales, pues como claramente se advierte en el relevo de la bibliografía existente hasta el presente, en general se puede comprobar el predominio de estudios suficientemente fundados desde la teoría de la norma, que como es sabido permite un rico laboreo dogmático, sin necesidad de acudir para nada a soluciones inadecuadas.

<sup>6</sup> Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2a. ed., Munich, 1994.

<sup>7</sup> Hirsch, Hans Joachim, *Strafrecht und Überzeugungstäter*, Walter de Gruyter (ed.), Berlín-Nueva York, 1996. p. 7.

Que se intente relevar la importancia de la doctrina europea sobre los temas relacionados debería ser comprensible para quienes en ámbitos de investigación, muchas veces precarios, adolecen de los más elementales recursos de información. Sin duda la investigación latinoamericana ha sido intensa, como no podía ser de otro modo, particularmente rica en el área de la filosofía, no guardando relación con ella la que en derecho penal se ha concretado.<sup>8</sup> El panorama europeo, en este sentido, no es distinto, pues los aportes sobre el “multiculturalismo” de la filosofía, la sociología y la antropología resultan ser superiores, en número y calidad.

Por otra parte, lo que antes se advertía como una cuestión que concernía sólo a las colonias, por la imposición a sus nativos de pautas culturales que no le eran propias, hoy se presenta como nuclear en las sociedades centrales, en las que, como señala Eco,<sup>9</sup> la consecuencia de la *migración* es que Europa será, en el milenio que se ha iniciado, “...un continente multirracial, o, si lo prefieren, «coloreado»”. Lo que el autor advierte como uno de los problemas centrales para la cultura hasta ayer hegemónica, es tema obligado de la mayoría de las áreas de investigación vinculadas a sus efectos, en un momento por lo demás paradigmático, el del colapso del “Estado de bienestar”<sup>10</sup> en el proceso de “globalización”,<sup>11</sup> todo ello atravesado por la crisis del pensamiento marcada desde distintos ámbitos del conocimiento.<sup>12</sup> Advertida esta nueva realidad, la cuestión ha sido planteada en estos términos: ¿existe una facultad penal inter-

<sup>8</sup> Los aportes de los mexicanos Luis Villoro, Fernando Salmerón y León Olivé, entre otros, constituyen ejemplos acabados de seriedad científica.

<sup>9</sup> Eco, Humberto, *Cinco escritos morales*, Barcelona, Lumen, p. 124. “Si les gusta, así será y si no les gusta, así será igualmente”.

<sup>10</sup> El aspecto problemático central suscitado en Europa por la nueva migración es advertido por Jesús-María Silva Sánchez al tomar nota del conflicto adicional que genera su pertenencia a culturas no occidentales (*La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999).

<sup>11</sup> Al que Adriana Arpini define como aquel proceso complejo “...que caracteriza el tránsito de un siglo a otro, basado en la autorregulación de los procesos económicos, la expansión del mercado mundial, el desarrollo de las tecnologías de la comunicación y el ejercicio excluyente de una forma de racionalidad basada en la comprensión mercantil de las relaciones humanas”. Arpini, Adriana, “Diversidad cultural y globalización”, *op. cit.*, nota 1.

<sup>12</sup> Alain Minc ha titulado a una de sus obras *La nueva Edad Media. El gran vacío ideológico* (Madrid, Temas de Hoy, 1994), para referir precisamente este periodo histórico signado por la confusión.

cultural como parte de las atribuciones a las que los hombres tienen un derecho?; ¿es moralmente legítima una facultad penal de esta clase?<sup>13</sup> Tratar de informar sobre las numerosas contribuciones que se han publicado, y las que están en vías de serlo, es una tarea con sobradas dificultades, sobre todo por las cuestiones metodológicas que están en juego entre las distintas áreas científicas que se han ocupado de la misma.

La investigación se verá igualmente necesitada de una fundamentación o comprobación histórica, exigida por la segunda interrogante, en tanto que nos hallamos ante hechos consumados, luego y por eso, igualmente en la necesidad de fundamentar, también en ese sentido, sobre la legitimidad del sistema y del proceso de colonización. Para ello es imprescindible el breve desarrollo sobre la concepción y fundamentación del Estado, con una especial dedicación a la constitución de los Estados latinoamericanos.

## I. LOS ASPECTOS POLÍTICOS Y FILOSÓFICOS

El Estado moderno surgido de la Ilustración es el modelo en retirada. La identidad clásica del mismo está dada por su carácter de universalidad y surge fuertemente asido al formalismo como una circunstancia coyuntural frente al estado de situación anterior. Barcellona<sup>14</sup> destaca que el derecho ha sido el verdadero protagonista del proceso de desteologización al conferírsele la tarea de instituir las nuevas condiciones de convivencia, siendo el formalismo jurídico —al contrario de lo que se pien-

<sup>13</sup> Höffe, Otfried, “¿Hay un derecho penal intercultural?”, *Revista Erasmus*, año I, núm. 1, 1999, pp. 45 y ss. Cómo —se interroga Höffe— han de comportarse los ordenamientos jurídicos frente a los extranjeros procedentes de culturas en sentido fuerte, que no provienen de una cultura próxima, sino de una cultura *jurídicamente* diferente, tomando en consideración al derecho en sentido moral, no en el positivo, es decir “...como parte de aquellas obligaciones morales cuyos reconocimientos los hombres se deben recíprocamente...”. Jesús-María Silva Sánchez estima que más correcto —exacto en sus términos— resulta interrogarse sobre la posibilidad de “...una teoría de la política criminal supracultural o intercultural...” (“Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal”, *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, Perú, vol. I, 2000, pp. 101 y ss.).

<sup>14</sup> Barcellona, Pietro, *Posmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, 2a. ed., Trotta, 1996, pp. 45 y ss. El escenario de lo moderno —señala— se abre con la crisis de la representación —la irrepresentatividad del bien y de lo verdadero impide toda representación teológica del poder, debiendo buscarse en otra parte su *ratio*—.

sa—, no un instrumento de manifestación de una realidad universalista, sino una gran estrategia de neutralización de la guerra civil y del conflicto político ligado a la personalización del poder característico de las estructuras sociales anteriores.

Es indudable que en las actuales democracias —materiales, no formales—, caracterizadas por el privilegio al principio de igualdad —entendido como trato desigual a los desiguales—, el que se consustancia con el respeto a la diversidad, se impone un redimensionamiento de la teoría del contrato para adecuarlo a los mismos. Ello, como pauta programática y con sustento en las enunciadas premisas, importa reconocer una distinta valoración de los derechos individuales de los co-asociados, de tal manera de permitir también un trato diferente de los que disienten con la concepción del poder hegemónico,<sup>15</sup> sobre todo cuando en ocasiones es fácil advertir —no ya presumir— que ciertos individuos, o grupos de ellos, más aún los étnicamente diferenciados, no han accedido en pie de igualdad a la celebración del contrato. En otros términos, son aquellos a los que Neuman denomina “caídos del contrato”.<sup>16</sup>

Martínez<sup>17</sup> emite opinión sobre esta cuestión preservando, de alguna manera, la explicación del contrato, aunque negándola en el caso de Latinoamérica. Sostiene que el planteo del tema lleva a la reflexión sobre la validez de los consensos sociales absolutos, previos a la organización del Estado, propuestas desde el ámbito de la sociología, y a la puesta en crisis de las tesis políticas que, ignorando las posiciones desiguales en la sociedad, reifican la metáfora del contrato.

<sup>15</sup> Resulta obvio que tal concepción del contrato reduce considerablemente el problema del disidente, que en la actualidad se encuentra sobredimensionado por el anclaje en visiones antiguas del mismo.

<sup>16</sup> Neuman, Elías, *El abuso de poder en la Argentina y otros países latinoamericanos*, Espasa Hoy, p. 140.

<sup>17</sup> Martínez, María Josefina, *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires, 1996/B, pp. 810-814, sección bibliografía. Sostiene que “...aun acordando que en otro tiempo y en otro lugar la secuencia pudo haber sido otra, en la historia de los países de América Latina no fueron los ciudadanos los que decidieron fundar el Estado, sino más bien el Estado el que fundó la ciudadanía sobre la base de los principios republicanos de la teoría política occidental del siglo de las luces, y esto excluyó desde el momento mismo de la fundación de los Estados-nación a todas las otras formas de organización política, de carácter autóctono, que se vieron entonces obligadas a adaptarse, morir o sobrevivir en los intersticios de un sistema que se instituyó como dominante, quedando planteado así el conflicto entre diversidad cultural y derecho positivo en América Latina.

En este aspecto, Tamarit,<sup>18</sup> tomando en cuenta las aportaciones de la doctrina del *conflicto*, señala que “...hay que tener presente que el Estado democrático de derecho no es una realidad en su plenitud, sino todavía un proyecto hacia el que debemos avanzar; la democracia es un proceso no acabado, de forma que, aunque las normas jurídicas sean fruto de un compromiso entre diferentes grupos sociales, no existe una participación igual de todos esos grupos en dicho compromiso”.

En este trabajo he de adherir y defender la explicación de la sociedad democrática a través del consenso, como una exigencia de su propia valoración. No escapa a los actuales análisis la necesidad de insistir en la fundamentación de las modernas sociedades dentro de la dimensión que surge de su explicación. No pueden concebirse las actuales democracias sin la existencia de un acuerdo, mínimo para unos, relevante y fundante para otros, donde los celebrantes en un pie de igualdad resuelvan sus conflictos de acuerdo con los principios de la idea política que le da sustento.

De ahí y de ese análisis desprenderemos a qué se compromete cada grupo, pues, y tal vez esta sea la particularidad más relevante del actual esquema del consenso, se celebra entre grupos, entre mayorías y minorías, no es un acuerdo asociativo individual a la imagen de las originales explicaciones de esta teoría. Pero además la tesis del conflicto realmente queda sin sustento cuando a la misma no se le opone la tesis del consenso, sino que se la involucra en éste, pues a nadie escapa que al celebrarse el mismo entre grupos en conflicto, con marcados intereses diferenciadores, casi siempre existenciales, los mismos no desaparecen, sino que de acuerdo con las reglas de la democracia unos se imponen sobre otros. Pero además esta imposición es provisoria —insisto sobre este aspecto por la esencialidad que reviste para la explicación de la opción—, pendiente de nuevos consensos, con la misma característica. Otra particularidad es que los actuales consensos deben ser construidos desde las exigencias de las actuales Constituciones de los Estados modernos, que son el instrumento jurídico que les contiene. De ese asentimiento o acuerdo social debe surgir la norma, que resulta de gran relevancia en el tema en estudio.

<sup>18</sup> Tamarit, Josep M., *op. cit.*, nota 3, p. 347. Autor que agrega: “...El orden jurídico, que tiene por objeto conjugar el bien individual con el comunitario en una sociedad pluralista y tolerante, y que aparece vinculado por los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad, deberá facilitar la participación de los sujetos que mantienen valoraciones distintas de la mayoritaria, o simplemente a la que ha quedado plasmada en el “compromiso de los diferentes grupos sociales...”.

En pueblos expuestos al “hecho del pluralismo”, dice Nino,<sup>19</sup> citando a Rawls, basar la cooperación en tradiciones o costumbres comunes es demasiado endeble, debiendo por el contrario estar sustentada en procesos de deliberación pública más satisfactoria, haciendo alusión precisamente a la cantidad de individuos que se suelen someter a él; la igualdad y la libertad con que la gente participa en el proceso; la nitidez de las actitudes favorables a la discusión que los motiva; la disposición a justificarse mutuamente de acuerdo con ciertas reglas claras; luego, como lógica consecuencia, “...la disposición a aceptar las normas que surjan del proceso...”.

Maturana<sup>20</sup> desarrolla lo que tal vez sean las ideas más elaboradas a que se puede aspirar en orden a un concepto de democracia. Partiendo de la negatividad de lo que denomina “*objetividad sin paréntesis*”, toma distancia del camino transitado por los que sustentan un orden social determinado, marcando que la misión de la democracia es salir de tales opciones creando un dominio de convivencia en el cual la pretensión de tener acceso privilegiado a una verdad absoluta se desvanece, le vincula con la idea de que “...es una obra de arte político-cotidiana que exige actuar en el saber que no se es dueño de la verdad y que el otro es tan legítimo como uno...”.

Luego desgrana otra idea fuerte en su discurso, imprescindible —aun cuando no se comparta en su totalidad— para el abordaje de lo que significa el acuerdo: “...la tarea de crear una democracia comienza en el espacio de la emoción... Si no aceptamos la presencia del fluir emocional en un discurso, no lo comprendemos... si no nos damos cuenta de que la democracia pertenece al deseo y no a la razón, no seremos capaces de vivir en democracia, porque lucharemos por imponer la verdad...”, por eso sostiene que “...es una conspiración social para una convivencia en la

<sup>19</sup> Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1992, pp. 269 y ss. En el epílogo, respecto a la relación anomia-democracia, sostiene que aquella es esencialmente antidemocrática.

<sup>20</sup> Maturana R., Humberto, *Emociones y lenguaje en educación y política*, 9a. ed., Santiago de Chile, Dolmen, 1997. Para el autor, las relaciones humanas se dan siempre desde una base emocional que define el ámbito de convivencia. En ese sentido, la Constitución es una expresión de legalidad que lo logra, por tanto es necesario que se la genere en conjunto, unificando en el espacio los deseos de constituir un ámbito de aceptación mutua en el que pueda darse la convivencia. En su mérito sostiene que “...sin aceptación mutua no puede haber coincidencia en los deseos, y sin coincidencia en los deseos no hay armonía en la convivencia ni en la acción ni en la razón, y por lo tanto no hay libertad social...”.

cual la pobreza, el abuso y la explotación —o sea, la exclusión— son errores por corregir y se corrigen porque se tiene el deseo de hacerlo...”. Resuelve con una afirmación que importa toda una definición: “...en una democracia no cabe el diseño de un orden social...”.

Es precisamente ese consenso concretado en el texto constitucional el que permite consagrar en los mismos la protección de la libertad de conciencia como derecho fundamental y, por supuesto, en algunos de ellos la protección de la identidad étnica-cultural de los habitantes del país particular, el que deberá nutrir la fundamentación de la solución en el ámbito de la dogmática.

En esta recomposición —visión distinta— del contrato, las culturas minoritarias tienen una valoración igualitaria con respecto a la preponderante, por más que en su operatividad la tensión entre las mismas se resuelva en favor de la hegemónica, por ser la que detenta el poder. Ello, no obstante, no invalida el esfuerzo constructivo, pues a la hora de resolver los particulares conflictos que se susciten, aquella relación igualitaria será, sin dudas, de suma utilidad, alejando las visiones maniqueas del problema que en una sociedad cambiante y en conflicto —en permanente tensión— implicará siempre un acuerdo que tendrá como perfil caracterizante a la provisoriedad, nunca a la permanencia *ad infinitum*.

## II. EL ESTADO DESPUÉS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Afirma Kaufmann<sup>21</sup> que los derechos humanos son parte de la valiosa herencia del siglo XIX, pero su afianzamiento no ha tenido lugar sino hasta el siglo XX con la Sociedad de las Naciones y Naciones Unidas. En este sentido coincide con mi pensamiento en cuanto a que es precisamente la afirmación de la “sociedad de bienestar” y de las democracias en los países centrales lo que ha posibilitado el surgimiento pleno de los mismos.<sup>22</sup> Tal vez asista razón a quienes sostienen que uno de los aspectos

<sup>21</sup> Kaufmann, A., “La universalidad de los derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”, trad. de José Antonio Seoane, *Persona y Derecho*, núm. 38, 1998, pp. 11 y ss.

<sup>22</sup> Una visión histórica nos permite apreciar que el ejercicio pleno de los derechos humanos, fundamentalmente el reclamo de respeto de los mismos, es una consecuencia de que en los países centrales se alcanzó una situación óptima desde el punto de vista socioeconómico, entonces no aparecían conflictos importantes para los mismos y eso posibilitó su expansión. En otras palabras, y en plena coincidencia con lo que manifiesta

positivos del proceso de globalización es el afianzamiento de los derechos humanos.<sup>23</sup>

No es el objeto de la presente investigación profundizar en la génesis de los derechos humanos, si éstos pueden fundamentarse en las posturas que recurren al derecho natural o si el mismo debe ser descartado para acudir a otras instancias, sin embargo parece ser que la visión que proporciona el racionalismo, excesivamente artificial e individualista, es en parte una de las facetas que impide que se acepte su universalidad por las culturas no occidentales. No obstante, y pese a esta observación, es conocida la intensidad de la discusión en la doctrina por defender la pretendida universalidad en tanto y en cuanto, como sostiene Andorno —a quien corresponde parte de estas ideas—, el abandono de esa noción torna ilusoria la discusión misma, citando a Martín Kriele en su afirmación de que “ni siquiera podríamos pensar en los derechos humanos si ellos no fueran universales”.<sup>24</sup>

Al señalar como falsa la dicotomía entre derecho natural y legal en orden a los derechos humanos, Habermas,<sup>25</sup> sosteniendo la naturaleza jurídica de los mismos, pone de relieve que la apariencia moral de ellos no se desprende de su contenido material ni de sus estructuras, sino de su sentido de validez, que trasciende los ordenamientos jurídicos de los

Kaufmann, si bien el desarrollo es anterior al siglo XIX, fundamentalmente con la Ilustración, es sin duda la aludida situación la que posibilita la expansión y exigencia. Pero aún más, también ese dato nos permite inferir que si bien la lucha por su vigencia ha sido ardua, su concreción se relaciona creo más con una situación posibilitadora que con el triunfo del reclamo, y esto es importante de tener en cuenta porque nos demuestra que los grupos hegemónicos están dispuestos a tolerarlos en tanto y en cuanto no impliquen sacrificios importantes para sus propios intereses. Si esto es realmente así, creo que sí, habrá que estar atentos a lo que pasa con los derechos humanos —en otros términos, con los derechos humanos de las minorías— ante la crisis de la sociedad de bienestar. Un simple análisis de lo que pasa en los países centrales con los derechos de las minorías nos permite aventurar la hipótesis de que el trabajo en un futuro muy próximo estará encaminado a evitar el retroceso en este campo.

<sup>23</sup> En este sentido Werz, Nikolaus, “Global Governance?”, *Revista Erasmus*, Córdoba, Argentina, año 1, núm. 1, 1999, pp. 99 y ss., quien se ocupa de señalar los aspectos negativos del proceso.

<sup>24</sup> Brian Barry afirma que “a menudo se exageran las diferencias culturales hasta el punto de considerar inconmensurables unas sociedades con otras”. *La justicia como imparcialidad*, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 25 y ss.

<sup>25</sup> Habermas, Jürgen, “La idea kantiana de paz perpetua”, *Revista Isegoría*, núm. 16, 1997, p. 80.

Estados nacionales, es decir supranacional, cuestión que no se debe confundir con su naturaleza universal.

### *Particularismo y universalismo, toma de posición*

La reafirmación de la característica de multicultural de la sociedad actual trae como consecuencia una crítica sostenida al concepto de *universalidad* de los derechos humanos. En este aspecto se sostiene que la complejidad y diversidad de las sociedades actuales, en las que convergen múltiples tradiciones culturales, dando lugar a estructuras sociales plurales y heterogéneas, torna imposible sostener el concepto. Andorno<sup>26</sup> afirma que es una consecuencia natural en términos políticos de la conclusión de la llamada “Guerra Fría”, que colocó a los pueblos que han redescubierto sus particularidades socioculturales a ponerse a salvo del proceso de globalización económica que tiene su indudable repercusión en el aspecto cultural.

En este sentido resulta de particular interés el desarrollo que efectúa Seoane,<sup>27</sup> en su crítica a la posición de Will Kymlicka expresada en *Ciudadanía multicultural*. Una “teoría liberal de los derechos de las minorías” señala la existencia de una contradicción entre la universalidad de los derechos humanos y la reivindicación de derechos para determinadas minorías, nacionales o étnicas, que constituyen culturas minoritarias o minorías culturales.<sup>28</sup>

Peces-Barba, al señalar que la universalidad de los derechos es de raíz occidental, realiza la afirmación aquí compartida de que “...alcanza su

<sup>26</sup> Andorno, Roberto, “Universalidad de los derechos humanos y el derecho natural”, *Persona y derecho*, núm. 38, 1998, pp. 35 y ss. El autor advierte que “en este contexto, las declaraciones de derechos con pretensiones de universalidad comienzan a ser vistas como una forma de imperialismo cultural del primer mundo sobre el resto del planeta. El pluralismo social y cultural es invocado así como un argumento para negar la existencia de derechos subjetivos comunes a todos los hombres” (p. 35).

<sup>27</sup> Seoane, José Antonio, “La universalidad de los derechos humanos y sus desafíos (los «derechos especiales» de las minorías)”, *Persona y Derecho*, núm. 38, 1998, pp. 187 y ss.

<sup>28</sup> Sin duda que la interrogante planteada por Andorno (*op. cit.*, nota 26, p. 36) es una síntesis adecuada del problema: “¿los derechos humanos son los mismos para todos los pueblos o varían según las diversas latitudes y culturas?... ¿constituyen una realidad objetiva que trasciende de lo cultural, o están enteramente subordinados a la idiosincrasia de cada grupo étnico o religioso?”.

plenitud con la filosofía de la Ilustración, que fortalecía la idea de universalidad desde principios racionales y abstractos válidos para todos los tiempos y todas las naciones...”. Ella deriva de que los derechos son naturales, inalienables e iguales para todos.<sup>29</sup>

Habiendo sostenido que la noción de derechos humanos encuentra sus raíces intelectuales en el pensamiento occidental moderno, debo expresar nuevamente mi coincidencia con las interrogantes que formula Andorno: ¿en que medida tal noción no es un mero producto cultural de Occidente? Sostener su universalidad, ¿no implica imponer a las culturas no occidentales un esquema ideológico que les es ajeno? Coincido también en que un posible camino de superación de la contradicción será el de utilizar a la “dignidad humana” como el bien protegido en cualquier sociedad y que por ello tiene sí carácter universal.<sup>30</sup>

En lo que sigue parece de utilidad, para advertir lo agudo de la cuestión planteada, efectuar un repaso de las principales ideas que sustentan la posición crítica, según Seoane. Se observa que los criterios y las doctrinas tradicionales de los derechos humanos se muestran incapaces para resolver el problema de los derechos de las culturas minoritarias, para lo cual se advierte que no es que respondan equivocadamente, sino que con frecuencia no responden, por lo cual es indispensable complementar los derechos humanos tradicionales con los derechos de las minorías.<sup>31</sup>

Pero además de los aspectos que hacen a la relación identidad individual con la cultura, se presenta como necesario proteger a las propias culturas minoritarias de las determinaciones de la sociedad mayoritaria, que confronta con el trato igualitario y el espíritu de los acuerdos históri-

<sup>29</sup> Peces-Barba Martínez, “La universalidad de los derechos humanos”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 613 y ss.

<sup>30</sup> Andorno, Roberto, *op. cit.*, nota 26, pp. 46 y ss. Si bien debe tenerse presente que “como derechos subjetivos de los individuos pertenece a la modernidad europea”.

<sup>31</sup> El fundamento para exigir tales derechos de las minorías es la existencia de una “cultura societaria” (*societal culture*), es decir una cultura que proporciona a sus miembros alternativas de vida significativas en todo el espectro de actividades humanas —sociales, educativas, religiosas, recreativas, económicas—, comprendiendo tanto la esfera pública como la esfera privada. Estas culturas comparten “no sólo recuerdos o valores, sino también instituciones o prácticas comunes”. Todas estas condiciones subrayan el valor de la pertenencia a una cultura (*cultural belonging*) o la condición de miembro de la misma (*cultural membership*), cualidad sin la cual el ser humano no se identifica, no alcanza una identidad, no puede llegar a conocerse y a llevar a cabo un plan de vida. Este estado de cosas legitima la solicitud de tales “derechos especiales” para las minorías.

cos, o con la idea de que la diversidad debe ser promovida. Aunque los puntos de vista se concretan en otras aportaciones,<sup>32</sup> son éstos los que aquí merecen ser destacados, pues son los que tienen relación con la línea general de nuestra exposición.

Por la importancia que el desarrollo del tema tiene en la globalidad del presente trabajo no me es permitido extenderme en demasía en la consideración de detalles que hacen a la discusión de si es posible o no concluir en el rechazo a la pretensión de universalidad de los derechos humanos, pero sí afirmar, con derivaciones razonadas, que ello no obstaculiza la consideración de las culturas minoritarias como un bien digno de protección.

El intento de Kymlicka, dice Villar Borda,<sup>33</sup> es el de señalar que los derechos diferenciados, a los que nos referimos, en función de grupo para las minorías, son coherentes con los principios básicos de libertad individual y justicia social. Que se debe mirar a la diversidad étnica y cultural, no como un desastre y un inevitable foco de conflictos, sino de orientar políticas multiculturales que, mediante tolerancia y enlace de los puntos de unión entre los hombres, puedan proporcionar un camino de justicia. Los derechos tienen el límite de que no otorguen preponderancia a un grupo sobre otro, o que permitan la opresión del grupo sobre sus miembros.

Silva Sánchez,<sup>34</sup> al hacerse cargo del desafío que implica dar una respuesta a la posibilidad de existencia de una política criminal intercultural, y sostener que ello tiene un doble objeto de discusión —por un lado, si es efectivamente posible un mínimo común de política criminal, *indisponible*, frente a las pretensiones relativistas de los enfoques culturalistas; y, por otro, el más conflictivo, tal como lo entiende el autor y yo mismo, qué es lo que comprende y si se le puede imponer a sistemas so-

<sup>32</sup> Según Seoane (*op. cit.*, nota 27, p. 208), Kymlicka limita los derechos que merecen protección respecto de los grupos minoritarios a los que denomina “protecciones externas” (*external protections*), es decir las tendentes a proteger al grupo del impacto de las decisiones exteriores y no de aquellas en que el grupo busca el empleo del poder del Estado para restringir la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad del grupo, a las que denomina “restricciones internas” (*internal restrictions*), pues estas últimas implican un riesgo intolerable de opresión individual.

<sup>33</sup> Villar Borda, Luis, *Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 9, 1998, pp. 30 y ss.

<sup>34</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, “Retos científicos...”, *cit.*, nota 13, pp. 104 y 105.

cio-políticos que no respeten ese mínimo por tener políticas criminales que afecten al núcleo de la dignidad de la persona humana—, toma clara posición respecto de la cuestión que venimos debatiendo. En efecto, adhiere al planteo sostenido por Höffe de que en la política criminal existe un *mínimo común universal* de protección y de garantías que se vincula a la naturaleza de la persona, aceptando que en el resto de la política criminal —que entiende es la casi totalidad de la materia— rija la relatividad socio-cultural que se expresa en un determinado derecho penal como instrumento funcional de estabilización de un concreto sistema social, lo que implica alinearse detrás de los que asignan a los derechos humanos un carácter universal.

### III. LA DIVERSIDAD CULTURAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS

Existe una tendencia actual a revalorizar la diversidad cultural desde el planteo de los derechos fundamentales. En este sentido se ha sostenido la inconveniencia de insistir en el viejo concepto de integración de las culturas minoritarias a la cultura “civilizada”, con lo cual se produciría históricamente lo que se ha dado en llamar un etnocidio, pues en definitiva esta integración termina con la cultura al afectarla en sus raíces.<sup>35</sup>

Zaffaroni destaca que la actitud de confundir “integrar” con “civilizar” es etnocentrista y colonialista o neocolonialista, que afecta a los derechos humanos. No obstante, no descarta la posibilidad de hablar de integración pero con un contenido distinto al que hasta el presente ha tenido, en el que se respete en esencia el derecho a la propia integración de la cultura, facilitándole el afianzamiento de los lazos grupales y con sus líderes.

### IV. LA PARTICULAR RELEVANCIA DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LA NECESIDAD DE VINCULARLA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL ESTUDIO DE LA DIVERSIDAD CULTURAL

Tomando en consideración que en los modernos textos constitucionales tanto la libertad de conciencia como la identidad étnico-cultural son

<sup>35</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. IV, núm. 2, 1986.

objeto de protección, como asimismo que integra este espacio, por su inescindible vinculación, el derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad, es pertinente vincularles en el estudio individual de cada uno de ellos. Adentrarse en el análisis de la diversidad implica el de considerar lo que se ha elaborado en la discusión de los otros temas. Además, desde el punto de vista histórico, son los estudios sobre la actuación por conciencia los que aportan los más importantes antecedentes respecto de la evolución de la doctrina en orden a esta común —aunque distinguible— temática.

No escapa a nuestra consideración que si bien es perfectamente diferenciable la situación de quien actúa obedeciendo a su cultura de origen de aquel que lo hace por convicciones asentadas en una ética personal —en un orden valorativo individual que no se compadece con el que sustenta la legislación que incumple—, en tanto la primera responde a patrones aceptados por una generalidad, aunque minoritaria en determinada sociedad, la segunda sólo descansa en el rechazo individual de los que sustenta la generalidad, la vinculación entre ambos es observable con simplicidad.

En efecto, el que pretende hallar una solución para alguno de estos problemas, desde los distintos planos en que se lo puede hacer, se encontrará sin dificultad con el evidente punto de contacto, esto es, que los dos se relacionan con la dimensión de la obediencia al derecho, con la particularidad de que teniendo ambos protección constitucional, nos obliga a analizar el tema igualmente común del conflicto de intereses con protección en el ámbito de los derechos fundamentales. La relación es simple y evidente, sólo que no ha sido —por lo que hasta el presente conozco— objeto de un adecuado y profundo estudio.

Éste es el fundamento que permite acudir a los argumentos que se han desarrollado en la búsqueda de una solución para el segundo, en el tratamiento de la confrontación entre diversidad cultural o cultura de minorías y derecho estatal. Cualquiera de los autores que se han ocupado del antiguo problema de la obediencia al derecho y de la actuación por conciencia, debería dar su respuesta, desde el ámbito del derecho penal, para los casos de quien actúa en cumplimiento de una pauta valiosa para la cultura a la que pertenece, acudiendo a los mismos argumentos utilizados para la primera, aunque, claro está, respetando las diferencias genéticas de ambos.

En otros términos, la consideración de los elementos estructurales en la teoría del delito o los fundamentos de tipo filosófico y político considerados no deben ser variados o, al menos, no con una intensidad tal que no permitan considerarlos problemas sujetos a una discusión común, tal como se vienen planteando en el presente apartado.

Por otra parte, en el aspecto individual, el concreto sujeto que se encuentre en la disyuntiva de cumplir con su norma de cultura o lo que dispone el orden jurídico estatal, estará sin duda en presencia de un conflicto de conciencia. En otros términos, lo que se hace tangible en un primer momento es el problema cultural, que tiene una profunda vinculación, a su vez, con el libre desarrollo de la personalidad, pero desde el plano individual y detrás del mismo, quizá en forma residual o secundaria, se encuentra también el particular sujeto que actúa con un problema de conciencia. Por lo tanto, si no contáramos con una protección constitucional de la cultura de las minorías étnicas, deberíamos estudiar la cuestión desde el derecho fundamental de la actuación por conciencia.

## V. LA CULTURA. CUESTIÓN ANTROPOLÓGICA

Este apartado pretende reconstruir las bases antropológicas que han sustentado el avasallamiento de las culturas nativas de América, la que sin duda subyace en la consideración, o ausencia de ella, de la diversidad. La necesidad de un concepto de cultura es igualmente central desde el plano de la solución —político-criminal o dogmática—, cuya búsqueda constituye el objeto de la presente investigación. Por más que, conveniente es reiterarlo, su esencia no es antropológica, el concepto de cultura proporcionado por esta ciencia es esencial para la misma, por lo que al menos el marco referencial del presente estará orientado a señalar a qué nos referimos cuando hablamos de “cultura” y de “diversidad cultural”.<sup>36</sup>

Advertencias como la formulada por Hendler,<sup>37</sup> en torno a las dificultades que puede presentar que un sistema jurídico perteneciente a la llamada civilización occidental, en la que ocupa lugar privilegiado la com-

<sup>36</sup> Ésta precisamente ha sido una de las interrogantes más frecuentemente formuladas por los interlocutores que he tenido al exponer y discutir sobre aproximaciones al tema.

<sup>37</sup> Hendler, Edmundo S., “Comentario bibliográfico al libro de Yrureta «El indígena ante la ley penal»”, *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1982, t. 5, pp. 774-776.

probación científica, pueda tolerar, por ejemplo, la coexistencia de normas que legitimen el homicidio en defensa de un conjuro, adhiriendo al punto de vista proporcionado por un sector de la antropología social de que “una cultura no es inteligible más que por ella misma y dentro de sus propios límites”, nos ponen de lleno en el centro de uno de los problemas y en la necesidad de fundamentar en este sentido.

Por un lado existe una representación que emerge del proceso colonizador español, impregnado de la verdad religiosa como pilar de toda la organización social, y de la que se puede decir que, aunque cuantitativamente nociva por la incidencia que tuvo en el proceso de aculturación, carece —como es lógico, por su origen— de fundamentación científica, lo que la hace poco atractiva para el análisis. No obstante, a modo de advertencia para quien mantenga un interés por el estudio de esta cuestión, corresponde relevar como una sucesión de errores la concepción sostenida tanto por la Iglesia como, luego, aunque con signo absolutamente opuesto, por la doctrina penal que acogió los puntos de vista de la Ilustración.<sup>38</sup>

Las perspectivas de estudio desde este plano se acentúan en el proceso de recepción de legislación, más aún en la segunda mitad del siglo pasado —para algunos países en la primera—, luego del desprendimiento político de la Corona española —simple cambio de dueño, de lo que por mucho tiempo ha seguido siendo colonia—.

En este sentido, para que se comprenda acabadamente la relación que formulo entre los efectos producidos por la evangelización y los que son herencia de la Ilustración, es útil acudir al análisis realizado por Hurtado Pozo, que, además, constituye una acabada demostración de rigurosidad. La antropología del “Siglo de las Luces” —dice Hurtado— buscó comprender al hombre americano no sólo desde la perspectiva histórico europea, sino también desde los datos proporcionados por la historia natural. De esa visión proviene la concepción volcada por los legisladores, aunque sin saberlo éstos no eran especialistas en la materia ni recibieron asesoramiento sobre el particular. La terminología, dice Hurtado, de “sal-

<sup>38</sup> El error no está significado por el abandono del ideal formativo cristiano por el humano y la idea del reino de Dios por la cultura, la fe por la razón, comprensión del fenómeno en la perspectiva de Bruno Von Wiese (“La cultura de la Ilustración”, trad. de Tierno Galván, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 50), sino por la concepción de la cultura que surge de ella.

vajes, semicivilizados y civilizados”, refiriéndose al Código del Perú del 24, proviene de las concepciones evolucionistas del siglo XIX, que permitieron fundamentar las técnicas asimilacionistas o civilizadoras adoptadas.

La concepción de cultura de Tylor,<sup>39</sup> a quien siguen Morgan y Spencer —señalados con el tiempo como integrantes de la escuela evolucionista—, es significativamente acumulativa y universalista, comprensiva de la idea de civilización y de naturaleza jerárquica, en tanto ordena los estadios culturales y las culturas conforme a sus grados de evolución.

Goodenough<sup>40</sup> sostiene que desde esta perspectiva las sociedades no tenían culturas en sí, separadas, sino una participación, mayor o menor, en el desenvolvimiento de la cultura general de la humanidad, como un todo considerada. Las sociedades con sistemas políticos menos desarrollados y tecnologías más simples representan sólo etapas intermedias, mientras las sociedades de Europa occidental, que dominaban al mundo política y militarmente en el siglo XIX, representaban la etapa más avanzada.

Esa idea constituye el argumento central para la clasificación y asignación de escalas a los miembros de las etnias y asume importancia en la función justificadora de la colonización que tuvieron esos “estudios”. Así, continúa Hurtado en la misma línea crítica de Goodenough, la denominación de “salvaje”, que no tiene respaldo científico, procede de la ideología imperante en el “Siglo de las Luces”, en el que la denominación de “buen salvaje” y “mal salvaje” corresponde a los distintos proyectos que la civilización europea trató de imponer a los americanos. Calificación que se relaciona con la actitud o reacción que tuvieron los primitivos habitantes con respecto a la dominación colonial. “Buen salvaje” es el dócil, el receptivo a lo que se pretende inculcar; en la antípoda, el “mal salvaje” es el rebelde, el cruel, el pagano.<sup>41</sup> En esta observación se debe

<sup>39</sup> Tylor, E. B., “La ciencia de la cultura”, en Kahn, J. S. (comp.), *El concepto de cultura: textos fundamentales*, Barcelona, Anagrama, 1975, pp. 29 y ss. En palabras del autor —para quien todo el mundo es un país—, cultura es “...aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de la sociedad”.

<sup>40</sup> Goodenough, Ward H., “Cultura, lenguaje y sociedad”, en Kahn, J. S. (comp.), *El concepto de cultura: textos fundamentales, cit.*, nota anterior, pp. 189 y ss.

<sup>41</sup> *Op. cit.*, pp. 69 y ss.

incluir a Zaffaroni cuando advierte sobre el anclaje en la antropología victoriana de Tylor, Morgan y Spencer, del pensamiento penal de fines del siglo XIX y comienzos del presente.

Prieto de Pedro<sup>42</sup> sostiene que una perspectiva opuesta a la concepción de Tylor está presente en el trabajo etnográfico de Franz Boas, que permitió utilizar el término cultura para referirse al conjunto diferenciado de costumbres, creencias e instituciones sociales que parecen caracterizar a cada sociedad aislada. En esta concepción cada sociedad tiene su cultura y no diferentes grados de cultura.

Más allá de si corresponde definirlo como un antropólogo estructuralista, Levi-Strauss ha aportado a este debate su particular concepción, que Prieto de Pedro<sup>43</sup> sintetiza de esta manera:

El nervio principal que conduce el pensamiento de Levi-Strauss es que la historia social del hombre no reside en el movimiento progresivo que va desde la animalidad a la cultura (este sentido pertenece, antes bien, a la idea de civilización), sino en la historia de las diferencias de las culturas heterogéneas y del estilo propio de las sociedades (las culturas no son sino sistemas de diferencias), ya que una cultura determinada no tiene que entrar necesariamente en contacto con las demás culturas.

El punto de enlace entre las distintas corrientes está señalado por el acuerdo implícito en señalar a la *cultura como la memoria hereditaria no genética de la sociedad*. Esta idea, sostiene Prieto de Pedro, "...implica dos proposiciones: que en su proceso de hominización el hombre se encuentra determinado no sólo por la herencia biológica y genética (en esto no se diferencia radicalmente del resto de los seres vivos), sino por otra clase de herencia, la cultural, y que ésta no es generada por los individuos aislados, sino por los agregados sociales en los que vive...".

Si bien desde el primer requerimiento se señala a la cultura como "la gran brecha mental entre el hombre y los animales", es el segundo el que permite desde la perspectiva de la antropología social indicarle como el contenido de las relaciones sociales. Es ese requisito el que marca la importancia que tiene en este juego de poderes que, con claridad, se advierte

<sup>42</sup> Prieto de Pedro, Jesús, *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 29.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 30.

en el estudio histórico del tema de la diversidad, la cultura y su avasallamiento.<sup>44</sup> Es en este aspecto donde, por lo demás, podemos advertir que no sólo la referencia a la cultura, de marcado reconocimiento en los textos constitucionales actuales, nos permitirá interpretar que la misma se encuentra protegida, sino también que ello acontece cuando dichos textos garantizan el libre desarrollo de la personalidad, lo que resulta impracticable sin un marco cultural garantizado.

Igualmente central en el tema de la cultura parece ser la referencia a valores, en tanto ésta se integraría con ideas y valores, siendo éstos elementos de naturaleza no informativa, a los que Nicholson<sup>45</sup> conceptúa como “...tendencias a la acción cargadas afectivamente (emocionalmente) que implican preferencias y, a menudo, actos conscientes de elección entre alternativas...”, definición que tiene significativa trascendencia para nuestro cometido.

Creo que Prieto de Pedro<sup>46</sup> sintetiza con agudeza la crítica que se le puede hacer al universalismo —aunque por lo visto es cuestión a discutir— cuando sostiene que desde la perspectiva de sus sostenedores, “...la diversidad cultural no es sino un estado imperfecto en el ascenso hacia la cultura humana...”. El autor se ocupa de proporcionar claros ejemplos del pensamiento iluminista, extraídos de la obra *Nous et les autres. La réflexion française sur la diversité humaine* de Todorov, y de cómo justi-

<sup>44</sup> Con claridad lo dice Raymond Firth, citado por Prieto de Pedro: “...si la sociedad es el conjunto organizado de individuos con una forma de vida, si la sociedad se considera un conjunto de relaciones sociales, entonces la cultura es el contenido de esas relaciones sociales” (*ibidem*, p. 32). Prieto de Pedro advierte que esa idea es susceptible de dos enfoques, el de Tylor —la cultura es un proceso acumulativo ininterrumpido al que contribuye la humanidad toda—, y el de Boas, que pone el acento en las culturas como organismos vivos que expresan el modo de ser idiosincrásico de las comunidades humanas, observación que debe tenerse presente permanentemente, por las distintas consecuencias que el acogimiento de una de ellas puede tener, como ya se ha visto.

<sup>45</sup> Nicholson, C. K., *Antropología y educación*, Buenos Aires, Paidós, 1969, p. 51. Al fundar su preferencia por este concepto, Prieto de Pedro señala que el mismo subraya sus dos aspectos básicos, esto es, que poseen dimensión emotiva e implican preferencias (*op. cit.*, nota 42, p. 34). De remarcar la importancia de los valores en las sociedades antiguas se ha ocupado A. R. Radcliffe-Brown, *Estructura y función en la sociedad primitiva*, Barcelona, Península, 1972, remarcando la coherencia que en relación a los mismos guardaban las leyes.

<sup>46</sup> Prieto de Pedro, Jesús, *op. cit.*, nota 42, pp. 79 y ss.

ficó el universalismo el genocidio cultural, dando los fundamentos para la expansión colonialista.<sup>47</sup>

Es reconocible a lo largo de los siglos, como indica Kottak,<sup>48</sup> la utilización por los grupos de poder de la ideología racial para “justificar, explicar y preservar sus posiciones sociales privilegiadas”, declarando que “...las minorías son innatamente, es decir, biológicamente, inferiores...”, sugiriendo que “...la inferioridad social y las presuntas carencias (en inteligencia, habilidad, carácter o atractivo) son inmutables y transmitidas de generación en generación...”, defendiendo la estratificación como “...inevitable, duradera y «natural», basada en la biología en lugar de en la sociedad...”. Ello está desmentido, sostiene Kottak,<sup>49</sup> por los estudios antropológicos que establecen que la mayoría de las variaciones conductuales entre los grupos humanos contemporáneos se basan en la cultura más que en la biología.

## VI. ETNIA Y CULTURA

Por lo pronto, por lo que se ha podido observar en el desarrollo del presente, es sin duda el concepto de cultura proporcionado por la antropología social o cultural lo suficientemente amplio como para permitirnos desde el ámbito de lo jurídico acotarlo.

Es importante tener presente que el concepto no puede ser proporcionado ni modificado por el conocimiento jurídico, sino que siendo él objeto de estudio específico de otra ciencia, al campo de lo estrictamente

<sup>47</sup> Así se suceden las citas de Saint Simon (para quien el universalismo propuesto por Condorcet se podía concretar sólo al “...poblar el globo con la raza europea, que es superior a todas las demás razas humanas”); de Comte (“...la presidencia humana fue irrevocablemente conferida a Occidente...”); de Voltaire (“...los negros y las negras, llevados a países más fríos, siguen produciendo animales de su misma especie...”); o de Jules Ferry, quien, pese a sostener la ideología de la enseñanza laica en Francia, propugnaba la intervención militar para llevar la civilización francesa a los bárbaros (*op. cit.*, nota 42, p. 80).

<sup>48</sup> Kottak, Conrad Phillip, *Antropología cultural. Espejo para la humanidad*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 60 y 61. “La creencia en la inferioridad con base biológica de los nativos norteamericanos ha sido un argumento para su asesinato, confinamiento y abandono”.

<sup>49</sup> Kottak (*idem*) sostiene que “las similitudes culturales demostradas a través de miles de estudios etnográficos no dejan duda de que las capacidades para la evolución cultural son las mismas para todas las poblaciones humanas”.

normativo le corresponde proporcionar el sistema interpretativo, teniendo en cuenta que nos movemos por terrenos no exclusivos. Por más que esto ya no se encuentra desestimado por los juristas, tal como se le hacía desde posturas positivistas.

El desafío, que constituye la pretensión esbozada en el párrafo precedente, se ve incrementado e involucrado por una dispersión cultural que no es nueva. Aunque la globalización se advierte con intensidad en estos momentos, por los efectos económicos de la misma, la cuestión de interrelación de culturas y su consecuente modificación es un fenómeno no nuevo aunque sí de intensa actualidad.

## VII. EL ASPECTO CRIMINOLÓGICO

Este apartado merece ser iniciado con la transcripción de fragmentos de un manifiesto indígena que puede ser suscrito por cualquier etnia de cualquier país que se haya “beneficiado” con “la civilización” y cuya lectura me sobrecogió porque en sus términos está latente el padecimiento de millones de seres humanos a los que les hemos dado un trato inferior a cosas, a saber:

Las leyes de los libertadores son para nosotros un menor derecho. No igualan jamás al de los indígenas que tenemos, desde antes, nuestro derecho mayor. Este derecho nuestro ha sido desconocido... para humillarnos y explotarnos... porque no quieren más indígenas en Colombia... Los invasores de ayer y de hoy, todos nos dicen que tenemos que dejar de ser indios para entrar a la civilización, para poder progresar. Pero no nos dicen nunca cómo era nuestra tierra cuando era libre, cómo era nuestra vida trabajando para nosotros mismos, con tierra común y gobierno propio. No nos dicen que teníamos todo completo: territorio, creencias, gobierno, justicia, producción, todo nuestro... al robar la tierra y el trabajo... nos dividieron y separaron... A ese robo, a esa explotación y división de nuestra gente ayuda el gobierno, que nos trata como si no fuéramos de aquí, como a menores de edad... El mundo fue creado para todos pero a nosotros nos quitan de la tierra.<sup>50</sup>

<sup>50</sup> Manifiesto Guambiano del 30 de junio de 1980, transcrito por Pérez Pinzón, “Principio de dignidad en el derecho penal colombiano”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Colombia, vol. XVI, núm. 52, 1994, p. 67.

## 1. *El control social*

Schneider<sup>51</sup> comparte las conclusiones de la criminología comparada que afirma que los países con baja tasa de delincuencia están caracterizados por la armonía de los valores, por buenas relaciones sociales y por la unión intacta del control social formal (sistema de justicia) con el control social informal ejercido por los grupos sociales como la familia, la escuela, los vecinos, etcétera. Lima Malvido<sup>52</sup> rescata el control social que operaba en Mesoamérica antes de la conquista, cuyo desarrollo era asombroso, siendo sustituido por un sistema jurídico occidental impuesto por los colonizadores, eliminando las virtudes que tenían, que eran acordes y producto de su tradición cultural. El paradigma de la insensatez del control social impuesto era el llamado “Código Penal Indígena”, al que luego nos referiremos, que imponía un control social formalizado por el que se criminalizaban sus diferencias, sus creencias, costumbres y hábitos.

Pérez Pinzón<sup>53</sup> constata como indiscutible la diversidad del derecho según la comunidad y la distinta finalidad que persigue. Mientras el derecho oficial se caracteriza por la búsqueda de castigo para el culpable, el

<sup>51</sup> Schneider, Hans Joachim, “La victimización de los aborígenes en la Australia Central”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Colombia, vol. XV, núm. 51, 1993, pp. 178 y ss. Explica con ello la coincidencia con la alta tasa de criminalidad observada en los aborígenes australianos, los que han abandonado sus valores tradicionales sin haber desarrollado o aceptado los nuevos. Se han destruido en gran parte sus relaciones sociales por la influencia del blanco, rechazando al propio tiempo el control social formal australiano (p. 89).

<sup>52</sup> Lima Malvido, María de la Luz, “Movimientos de población, delincuencia y control social. La situación en Latinoamérica”, *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, núm. 7 extraordinario, diciembre de 1994, pp. 49 y ss. Entre el citado texto normativo y las Leyes de Indias se quiebra el equilibrio de las comunidades que poseían un perfecto sistema de control social, transmitido oralmente a través de discursos, adagios, metáforas, exhortaciones o costumbres plásticas, sustentadas en una concepción filosófica que reposa en un orden cósmico, en una colaboración del hombre con los dioses.

<sup>53</sup> Pérez Pinzón, Álvaro Orlando, *op. cit.*, nota 50, pp. 51 y ss. Citando a Stavenhagen sostiene que el derecho central, oficial, se distingue formalmente de aquello que no es derecho, mientras que el derecho de las comunidades indígenas está totalmente imbricado en el resto de la estructura social, por lo cual es muy difícil de separar el derecho de aquello que no lo es. “...Por ello el derecho oficial aparta, segrega, disgrega, al paso que el derecho indígena une...”.

de las comunidades indígenas tiende a reconciliar y llegar a un compromiso entre las partes, con el objeto de conservar la armonía interna del grupo.

Resulta obvio destacar que en ambos casos nos encontramos con un sistema de control social formalizado, con la sola diferencia de que uno guarda coherencia con los valores de la sociedad y propende a la cohesión del grupo, mientras el otro tiende a la disociación.

La comprobable realidad de que no se podía existir sino invocando necesariamente la protección del grupo, simbolizado por la autoridad del cacique, marca la importancia de la necesaria cohesión social que tenían estos grupos, circunstancia a su vez motivante del cumplimiento inexorable de las normas.<sup>54</sup>

En este sentido, Yrureta sostiene que la sanción que acarrea la trasgresión de las prohibiciones reconocidas por el grupo es aplicada con el fin de restablecer la armonía social quebrantada y reconciliar al culpable con la comunidad.<sup>55</sup>

La relación que existe entre el “Código Penal del Indígena” y los conceptos de desviación como motivantes para el proceso de criminalización primaria es expuesta con claridad por Lima Malvido. El mismo demuestra cómo se ha pretendido criminalizar una cultura antes que una conducta antisocial, lo que pone en evidencia que los conceptos de desviación “...son construidos con contenidos discriminatorios que conducen a un control de razas, etnias, minorías y a establecer mecanismos de excepción que a veces son reales mecanismos genocidas...”.

Los conceptos analizados permiten verificar cómo se ha construido un sistema de control social formal ajeno en absoluto a la realidad cultural en que está llamado a operar. Cuestión ésta que no es histórica, sino actual. El alejamiento del sistema de control social formal de la realidad cultural en la que pretende ser ejercitado es uno de los actuales problemas con que se enfrenta el sistema penal, habiendo sido estudiado desde el ámbito penal como “derecho penal simbólico”.

<sup>54</sup> En una exposición que resulta un tanto desactualizada, pero que aporta datos de interés para la reconstrucción de esta problemática, Sebastián Soler, citando a Falkner, remarca la necesaria vigencia de este principio en la organización de las etnias. “Ningún indio, ni grupo de indios puede existir sin invocar la protección de tal o cual cacique...” (*Derecho penal argentino*, 2da. reimp., 1953, t. I, p. 92).

<sup>55</sup> Yrureta, Gladys, *El indígena ante la ley penal*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981, p. 21.

## 2. Educación y religión

Reporta un hecho histórico cognoscible el que la evangelización ha jugado un papel esencial en el proceso de aculturación,<sup>56</sup> siendo tal vez el medio de mayor eficacia para someter al indígena al control del invasor, pues con ello se destruyó su organización social, que estaba estructurada sobre la base de una autoridad que reunía en sí los atributos divinos y terrenales.

Para no quedar atrapado en la cita tediosa de antecedentes, inconducente con la finalidad perseguida, es pertinente citar, sólo a modo de ejemplo de cómo se concretó la evangelización y de qué mecanismos se sirvió, una de las legislaciones que se dictó con ese fin. Relata Rodríguez Manzanera<sup>57</sup> que luego de caído el Imperio Azteca (Tenochtitlán, 13 de agosto de 1521), Carlos V dispuso una provisión que en 1546 firmó Antonio de Mendoza (primer virrey de la Nueva España), cuya exposición de motivos, constitutivo del más acabado ejemplo de lo que afirmábamos en el párrafo anterior, expresaba:

Porque es nuestra intención y voluntad es que los dichos indios se aparten y quiten de hacer y cometer algunos delitos y excesos, se les dé a entender en qué casos y cosas los hacen y cometen en ofensa de Dios Nuestro Señor, y nuestro, para que mejor vengan en conocimiento de Dios Nuestro Señor y nuestra fe católica, que es nuestra intención que tenemos y deseamos, que no pretendan ignorancia.

Como hecho histórico, esa realidad debe ser analizada en el contexto en que se desarrolló, pero lo que significa la religión, como modo de control social sobre los miembros de culturas que no participan del entorno cultural de la que la misma proviene, es objeto actual de análisis por parte de la doctrina criminológica. Así, Beristain<sup>58</sup> sostiene que “...sin de-

<sup>56</sup> *Aculturación*: “Recepción y asimilación de elementos culturales de un grupo humano por parte de otro”. *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Madrid, Real Academia Española, Espasa-Calpe.

<sup>57</sup> “El primer Código Penal para los indígenas de México (1546)”, *Criminalia*, México, año LII, núms. 1-12, enero-diciembre de 1996, pp. 31 y ss.

<sup>58</sup> Beristain, Antonio, “Reflexiones criminológicas sobre inmigrantes y refugiados”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, núm. 7 extraordinario, diciembre de 1994, coloquio internacional “Movimientos de Población, Integración Cultu-

searlo, ciertas cosmovisiones y pedagogías religiosas (fanáticas) también pueden actuar como factores etiológicos de racismo y xenofobia. En concreto, las religiones monoteístas (judaísmo, cristianismo e islamismo), en cuanto no han respetado el derecho elemental de la libertad religiosa, han podido contribuir a holocaustos difíciles de reparar”.

En lo que desde su rol importa de alguna manera una autocrítica, formulada con comprometida vehemencia, Beristain<sup>59</sup> continúa señalando que esas religiones han olvidado su necesaria adaptación respetuosa a las distintas culturas, imponiendo la expresión de su fe contra el idioma cultural de cada pueblo, priorizando incluso con las armas su peculiar religión contra la autóctona —actitud que califica de colonialismo sacro—, que desemboca, dice, fácilmente en xenofobia.

Lejos de pretender enjuiciar, con alcance de actualidad, el problema que subyace en la difusión de la verdad religiosa propia como la única, el breve panorama brindado tiende a proporcionar pautas para entender el por qué de una relación que todavía permanece, en el que ella ha proporcionado suficientes ingredientes en pro del no entendimiento de la sociedad plural, porque es en el nombre de Dios en que las atrocidades más terribles se han cometido en una sociedad planetaria, esencialmente intolerante.<sup>60</sup>

Se parte de aceptar la existencia de una composición social que difiere, culturalmente, en orden a las pautas que se consideran éticamente valiosas en la comunidad jurídica en que su existencia transcurre.

Se ha afirmado que la temática no difiere, al menos en sus consecuencias, de las subculturas en general, entendidas éstas como la relación

ral y Paz”, pp. 163 y ss. El autor encabeza el apartado 3.1. “Colonialismo sacro como factor etiológico de xenofobia y protovictimación” con la dura frase de Grégori Baum: “El catolicismo como cultura eclesíástica no es capaz de encaramarse en las modernas democracias”, extraída de “Inculturación y multiculturalismo: dos temas problemáticos”, *Concilium*, núm. 251, febrero de 1994, p. 135.

<sup>59</sup> Beristain, Antonio, *op. cit.*, nota anterior, p. 180. Se identifica Beristain con la idea de L. Boff y V. Elizondo. “El cristianismo siempre se mostró sensible hacia el pobre, pero implacable y etnocéntrico frente a la diferencia cultural. El otro, el indígena y el negro, fue considerado como el enemigo, el pagano. Contra éstos se promovieron las guerras justas”, tendencia que, dice el autor, aún pervive en la actualidad contra el “otro”, el creyente de otras culturas.

<sup>60</sup> Como el propio Beristain lo sostiene, recogiendo palabras de Joseph Joblin, se vislumbra un cambio esperanzador, por ejemplo en la Iglesia católica mediante la enseñanza de Juan Pablo II acerca de las poblaciones autóctonas.

existente entre una cultura con otra matriz, con un sistema social mayor en el cual se inserta. Nuestra propia cultura puede ser considerada regional o subcultural en orden a una comunidad más amplia constituida por las naciones occidentales de las que será una variante.<sup>61</sup>

Baratta<sup>62</sup> ha puesto de resalto la falacia en que descansa el sistema jurídico penal en cuanto a la ficción de que parte el jurista, a saber: “a) el sistema de valores y de modelos de comportamiento acogido por el sistema penal corresponde a valores y normas sociales que el legislador encuentra preconstituidas y que son aceptadas por la mayoría de los coasociados; b) el sistema penal varía de conformidad con el sistema de los valores y reglas sociales”. Tales premisas, constitutivas del paradigma del consenso, reciben refutación en la indagación sociológica que, como sostiene el autor citado, demuestra que: a) en el seno de una sociedad moderna, en correspondencia con su estructura pluralista y conflictiva, hay, junto a los valores y reglas sociales comunes, valores y reglas específicas de grupos diversos o antagónicos; b) los valores y reglas seleccionadas por el derecho penal no son en consecuencia aceptados unánimemente por la sociedad, siendo seleccionados aquellos aceptados por el o los grupos de mayor peso, lo cual es demostrativo de la relatividad consecuente de los valores tutelados por las normas penales.<sup>63</sup>

En relación con ello, Baratta estima fundamentales los aportes de la teoría funcionalista de la anomia (Merton) y de las subculturas criminales (Cohen), demostrando la primera la normalidad de la desviación (carácter no patológico de la misma), siendo útil a la estructura social. Por su parte, la teoría de las subculturas demuestra que el mecanismo de socialización de los comportamientos normales no difiere sustancialmente del aprendizaje e interiorización criminales; señalando algo fundamental para el entendimiento de la problemática que nos ocupa: que, frente a la influencia de estos mecanismos de socialización, el peso de la elección individual o de la determinación de la voluntad, como también el de los

<sup>61</sup> David, Pedro R., *Sociología criminal juvenil*, Depalma, pp. 53 y ss.

<sup>62</sup> Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, Siglo XXI, pp. 71 y ss.

<sup>63</sup> Elena Larrauri (*La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI) sostiene que: “...En realidad más que de consenso hay que hablar de la imposición de una cultura a otras (sub)culturas, y más que de representar intereses de toda la sociedad, hay que analizar qué intereses concretos se están protegiendo” (p. 79).

caracteres de la personalidad, es sobremanera relativo (sobre esto volveremos al tratar las soluciones en el ámbito de la dogmática).

Cervini,<sup>64</sup> basándose en la teoría normativa de la cultura, señala algunos aspectos que identifican a la subcultura como aquel fenómeno que permite que en un sistema social de valores amplios existan otros que cristalizan al margen del mismo, causando en ocasiones conflictos abiertos o encubiertos. “...Como resultado del aislamiento normativo de la subcultura y a su propia solidaridad, surgen valores compartidos que sus miembros aprenden, adoptan e inclusive exhiben con trascendencia simbólica, que difieren en cantidad y calidad de los de la cultura dominante...”. Su observación de que la subcultura puede tolerar valores de otro sistema siempre y cuando no se vea amenazada su propia existencia, es medular en el análisis y búsqueda de una solución al problema planteado.

En un conocido artículo, al exponer los fundamentos de su teoría normativa de la cultura, Jaeger y Selznick<sup>65</sup> han puesto de relieve la importancia que asumen los aspectos simbólicos de la comunicación y el aprendizaje, que se sintetiza en la afirmación de que “...la cultura se compone de todo aquello que resulta de las experiencias simbólicas compartidas y de todo aquello que es capaz de mantenerlas...”. De esta concepción se sigue que descansa en una teoría de los valores en que las normas se caractericen como *culturales* no por su virtud de normas, sino, y nada más, en cuanto provocan respuestas simbólicas que integran un sistema de significados antropológicamente compartidos.

Ello permite sostener, dice Cervini,<sup>66</sup> que cualquier norma o cuadro de valores debe ser capaz de gobernar naturalmente la conducta, en una variedad de situaciones, para que puedan calificarse con legitimidad de antropológicamente fundadas. Esto, además, porque se ha demostrado en los estudios sobre el sistema de sanciones en las primitivas sociedades que su eficacia dependía del ajuste cultural de su sistema normativo que estaba estrechamente vinculado a las pautas valorativas en prevalectían en el sustrato de las mismas.

<sup>64</sup> Cervini, Raúl, *Los procesos de decriminalización*, Montevideo, Universidad, p. 108.

<sup>65</sup> Jaeger, Gertrude y Selznick, Philip, “A Normative Theory of Culture”, *American Sociological Review*, vol. 29, núm. 5, octubre de 1964, pp. 653-669.

<sup>66</sup> Cervini, Raúl, “Acerca del principio del respeto a la autonomías culturales y su trascendencia en Latinoamérica”, *Revista de Derecho Penal*, Montevideo, núm. 8, 1988, p. 90.

La cuestión se entrelaza además con las posibles conciencias disidentes que pueden existir dentro de cada cultura o subcultura, cuyo tratamiento difiere; no aceptándose, en principio, que puedan poner en jaque el propio orden jurídico. Zaffaroni<sup>67</sup> así lo afirma, aunque refiriéndose a la conciencia individual; autor que rescata el problema subcultural como propio de toda sociedad pluralista y como un emergente natural del derecho a la diferencia,<sup>68</sup> debiendo analizarse cuáles son las soluciones que se pueden extraer del propio sistema.

### VIII. LA CUESTIÓN POLÍTICO-CRIMINAL. SISTEMA PENAL Y CULTURA

En un sistema penal de un Estado democrático, que acoja los principios garantizadores mínimos del derecho penal liberal, es indudable que se impone el respeto a las autonomías culturales, que se traduce en la imposibilidad de criminalizar conductas aceptadas socialmente en culturas minoritarias.<sup>69</sup> He ahí una limitación trascendente.

En ese contexto ideológico se impone el estudio de la problemática latinoamericana, que abarca el estudio de un sinnúmero de cuestiones como consecuencia de la prolongada vigencia de una legislación penal nacida al margen de la consideración de la diversidad cultural en la que debía operar.<sup>70</sup>

En las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Penal celebradas en Tucumán (Argentina), Irurzun<sup>71</sup> afirmaba la necesidad de señalar los efec-

<sup>67</sup> Zaffaroni, E., *Tratado de derecho penal, Parte general*, Ediar, t. IV, pp. 88 y ss.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp. 205 y 206. En igual sentido, Elena Larrauri expresa que: "...no existe un solo orden de valores en base al cual podamos enjuiciar todos los actos, sino una multiplicidad de órdenes de valores y (sub)culturas que coexisten en la sociedad actual..." (*op. cit.*, nota 63, p. 78).

<sup>69</sup> Baratta, Alessandro, "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", *Revista de Criminología y Derecho*, Montevideo, núm. I, 1987, p. 11.

<sup>70</sup> Raúl Peña Cabrera sostiene que el problema en América viene desde 1532, pues el español negó, por su visión eurocéntrica, la cultura precolombina, bastante evolucionada, resquebrajando la autonomía cultural de las comunidades indígenas, destruyendo sus ídolos, mitos y su organización colectiva ("El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2o. párrafo) y 15 del Código Penal peruano", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, núm. 3, 1993, pp. 603 y ss.).

<sup>71</sup> Irurzun, Víctor José, "Los regionalismos culturales y la ley penal", *Revista del Instituto de Derecho Penal y Criminología*, Corrientes, Argentina, núm. 9, pp. 67 y ss.

tos de la legislación penal elaborada en centros alejados geográficamente de la realidad en que se enclavan en nuestro país los regionalismos culturales. Ejemplificaba con conductas tales como el duelo, el “visteo”, la venganza privada, el curanderismo, el “coqueo” o la existencia de creencias arraigadas que podían motivar un infanticidio de los hijos con mala formación (Tobas), por considerarlos concebidos por el espíritu maléfico, interrogándose si la norma penal debía aplicarse en estos supuestos, y si podía, en su caso, ser eficaz para corregir conductas raigales que recibían generalizada adhesión.

Los casos que pueden contradecir normas penales, además de los mencionados por Irurzun, se pueden ampliar considerablemente en un rastreo de la literatura específica, que van desde los más simples, como las que se vinculan a tipos de protección del ecosistema (caza de animales en vía de extinción para la subsistencia del grupo),<sup>72</sup> pasando por las que pueden afectar la renta del Estado (contrabando) o la honestidad de las personas (ciertas costumbres sexuales),<sup>73</sup> hasta las más graves como las relacionadas con el bien jurídico vida (sacrificios humanos como el realizado en Chile, después del terremoto de 1960, por un grupo indígena —perteneciente a la cultura precolombina que había vivido por generaciones en la cultura colombina— que dio muerte a una niña, nieta del jefe, para calmar a los dioses).<sup>74</sup>

Pérez Pinzón<sup>75</sup> detalla algunos comportamientos de los indígenas de Colombia que podrían dar lugar a la intervención penal en tanto los mismos importan acciones u omisiones típicas, proporcionando sus puntos de vista sobre la posible solución que analizaremos en el capítulo de la dogmática, en lo pertinente. Así sostiene que un insustancial principio de igualdad, carente de distinciones, llevaría a considerar típica, y en consecuencia a condenar, la conducta de los *arahuacos* que siguiendo al *Man* permiten la muerte, por homicidio, por comisión por omisión (artículo 323); la del *tairona* que bebe la grasa del muerto, por irrespeto a los cadáveres (artículo 297); la de los *americanos* y *guajiros* que relegan a la “primípara”, por secuestro (artículo 268), o por fraudulenta internación en establecimiento “similar” a clínica o asilo (artículo 278), o por cons-

<sup>72</sup> García Vitor, Enrique, “Los regionalismos culturales y la ley penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, núm. 2, 1992.

<sup>73</sup> Cervini, Raúl, *op. cit.*, p. 112.

<sup>74</sup> Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, p. 285.

<sup>75</sup> Pérez Pinzón, Álvaro Orlando, *op. cit.*, nota 50, pp. 60-63.

treñimiento ilegal (artículo 276), o hasta por tortura (artículo 279); la de los *chibchas* que se comían a los *moxas*, por homicidio agravado en razón de la indefensión (artículo 324, inciso 7); la de los de *Buenaventura* y del *Litoral Pacífico* por lesiones (artículos 331 y ss.); la del *paéz* marido de tránsito por homicidio, y a la del hombre del pacífico por inasistencia alimentaria (artículo 263).

Padilla,<sup>76</sup> entre las costumbres indígenas en Guatemala, cita la de quien no tiene dinero para repartir regalos previo a la boda, por lo que rapta a la novia, conducta que el derecho oficial tipifica como “rapto impropio”, sancionado con prisión de seis meses a un año, mientras que el problema se resuelve en la comunidad con el pedido de perdón por parte de los padres del novio y parientes a los padres y parientes de la novia, quedando aceptado y respetada la nueva unión conyugal. Esto último es lo importante y define las diferencias entre ambos sistemas.

Zaffaroni,<sup>77</sup> al analizar la génesis de los sistemas penales de América Latina, se interroga críticamente por la relación que guarda el Paraguay con el imperio alemán para tener su código; Perú con el proyecto suizo; Venezuela con la Italia de la unidad para tener el Código Zanardelli, y la Argentina con el reino de Baviera para tener el Código de Feurbach.

Aserta Cervini<sup>78</sup> que desde siempre dimos la espalda a nuestra realidad cultural, asiéndonos a ordenamientos asentados ideológicamente en parámetros socio-culturales distintos a los nuestros. La imposición no se fundamentaba en una inadvertencia, muy por el contrario, en una consciente actitud de nuestras elites del siglo pasado, adversas a la democracia por considerar inferiores a nuestras razas indígenas.<sup>79</sup>

Hurtado Pozo,<sup>80</sup> en su detallado, completo y crítico estudio del proceso de recepción legislativa en el Perú, resalta que desde el comienzo de la co-

<sup>76</sup> Padilla, Luis Alberto, “La investigación sobre el derecho consuetudinario indígena en Guatemala”, *Entre la ley y la costumbre*, México, Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 272.

<sup>77</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Problemas de política criminal latinoamericana”, *Revisita de Derecho Penal*, núm. 6, p. 28.

<sup>78</sup> Cervini, Raúl, *op. cit.*, p. 109.

<sup>79</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final)*, Depalma, pp. 55 y ss.

<sup>80</sup> Hurtado Pozo, J., *La ley importada*, Lima, Perú, Cedys, 1979. Transcribe a Cotler, quien sobre este aspecto expresaba: “...los nuevos grupos dominantes, al amparo de la renovada legislación, reeditaron la conquista española sobre la población indígena...”.

lonización se elaboró, como no podía ser de otra manera, una legislación ajena a la cultura de las etnias aborígenes, que, por otra parte, tenía en el caso del imperio Incaico un grado elevado de evolución. La legislación se constituyó en el medio para reafirmar el proceso de colonización e implicó la destrucción de la cultura. Ello no se modificó con el movimiento independentista, en tanto éste sólo significó el cambio de titularidad del dominio sobre la población indígena, que pasó de manos españolas a manos criollas, igualmente racistas.

Legislación como la Constitución de 1860, sostiene Hurtado, que entre otras disposiciones prohibía el ejercicio público de toda otra religión que no fuese la católica, única protegida por el Estado, constituye una muestra de cómo se veía la realidad social del país a cuyos habitantes se les trataba de imponer modelos de comportamiento. Esta observación encuentra correspondencia con la que formula Zaffaroni en *Política criminal latinoamericana*, al decir que constituye un genocidio cultural por parte del grupo dominante tipificar una conducta compartida por todo un grupo, puesto que sólo tiene por objeto señalar la preponderancia cultural del grupo.<sup>81</sup>

Afirma Cervini<sup>82</sup> que el cambio aculturativo a que tienden los códigos latinoamericanos, avasallando tradiciones, buscando borrar los patrones de identificación racial a fin de facilitar la asimilación de comunidades minoritarias —no tan minoritarias, como sin poder (Bustos)—,<sup>83</sup> representa una forma de agresión contra la especificidad cultural de esas etnias aborígenes, claramente violatorias de los derechos humanos; circunstancia que también se da con respecto a grupos culturalmente aislados, tanto dentro del ámbito rural como urbano, por distintas causas.

La diversidad cultural de Latinoamérica ha recibido tratamiento dispar por la legislación, desde la que se ha construido sin consideración alguna a su respecto hasta la que, menospreciándolas, reprime prácticas como el vudú —Haití— por estimarla supersticiosa, o sometiendo a los indígenas a tribunales de menores (Paraguay), o prohibiendo constitucionalmente “los cultos contrarios a la moral cristiana” —Colombia—,<sup>84</sup> o, reconociendo la diferencia antropológica y la diversidad étnico-cultural, “pro-

81 Zaffaroni, E., *Política criminal latinoamericana*, Hammurabi, pp. 50 y ss.

82 Cervini, Raúl, *op. cit.*, p. 111.

83 Bustos Ramírez, Juan, *Control social y sistema penal*, PPU, pp. 281 y ss.

84 Zaffaroni, E., *Sistemas penales y derechos humanos...*, *cit.*, nota 79, p. 56.

tegiendo” al indígena con un estatuto especial, por lo que deja de ser igual a los demás (Perú, Constitución de 1920, artículos 41 y 58).<sup>85</sup>

El Código Penal del Perú de 1924 —vigente hasta 1991— (artículos 44 y 45) dividía a los peruanos en: “hombres civilizados”, “indígenas semicivilizados” (asimilados a los que están degradados por la servidumbre y el alcoholismo) y “salvajes”. El Código Penal de Bolivia de 1973 (artículos 17 y 18) declara inimputable al “indio selvático” y semi-inimputable al “inadaptado cultural”. El Código Penal de Colombia (artículo 96) califica al indígena como inimputable por “inmadurez psicológica”.

Yrureta<sup>86</sup> pone de manifiesto la paradoja que plantea la solución de la inimputabilidad que se adoptó en Bolivia por quienes previamente habían afirmado que la población indígena constituía la mayoría de la población, por lo tanto la mayoría del país carecía de la facultad de comprender y dirigir sus actos conforme a esa comprensión.

Las medidas a las que se somete al indígena tienen como finalidad el incorporarlos culturalmente, “elevándolos” a la cultura dominante a la que se considera, obviamente, superior.<sup>87</sup>

No obstante, resulta oportuno tener presente la advertencia o salvamento que efectúa Hurtado,<sup>88</sup> quien rescata la tarea de Maúrtua al elabo-

<sup>85</sup> La Constitución del Perú de 1993, imbuida del sino ideológico de los actuales textos constitucionales —en este aspecto, de sentido radicalmente opuesto a la citada—, en el capítulo I “De los derechos fundamentales”, artículo 2o., inciso 19, proclama el derecho de toda persona “a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación”.

<sup>86</sup> Yrureta, Gladys, *op. cit.*, nota 55.

<sup>87</sup> Cervini, Raúl, *op. cit.*, pp. 115 y 116.

<sup>88</sup> Hurtado Pozo, *op. cit.*, nota 80, pp. 67 y ss. En este sentido debo reconocer que el trabajo de Hurtado está impregnado por la rigurosidad científica, en un campo en el que con frecuencia, y más allá de lo deseable, se encuentran referencias meramente altisonantes, cargadas de intransigencias, inapropiadas para el debate serio y fundado. La permanente tarea de “separar la paja del trigo”, característica esencial de su obra, posibilita reconstruir visiones y contextos y avanzar en el análisis. Lo que se aprecia cuando revisa la tarea de Maúrtua y su posición ideológica: “aunque la solución que da al problema de las diferencias etnoculturales de la población nacional no es correcta... la actitud de Maúrtua señaló, a su manera, el camino a seguir para elaborar un código penal: no despreciar los ensayos legislativos realizados en el extranjero y no olvidar las peculiaridades de la realidad nacional...” (p. 127). Con anterioridad había advertido que la explicación de las causas por las que el legislador recurre a la técnica de importación de legislación, construida con base en parámetros culturales diferentes, debe ser efectuada teniendo en cuenta el contexto histórico social en que el proceso se desarrolla (p. 85).

rar el Proyecto de Código Penal para el Perú, que estuvo presidida por la preocupación de éste en resguardar en todo momento las diferencias etnoculturales existentes entre los pobladores del país, con independencia de si el objetivo propuesto se logró.

En ese contexto corresponde dar mérito a la recomendación que hace el Segundo Congreso Latinoamericano de Criminología, reunido en Santiago de Chile en 1941: “Recomendar a los países americanos que al emprender la reforma de sus legislaciones penales, tengan en cuenta el factor indígena, sobre todo en aquellas naciones en que este elemento étnico es numeroso, procurando la adopción de una legislación tutelar que tienda preferentemente a su incorporación a la vida civilizada”.<sup>89</sup>

En nuestro país, el último debate vinculado a una cuestión cultural se dio en la discusión de la Ley de Represión del Narcotráfico 23.737 respecto del “coqueo”, costumbre profundamente arraigada en las comunidades del noroeste argentino, concluyendo con el triunfo de la postura desincriminante que quedó consagrada en el artículo 15.<sup>90</sup> Se respetó, de esta manera, la costumbre pese al compromiso internacional asumido por Argentina al ratificar la Convención Única de Estupefacientes de 1961, con sustento además en que la costumbre no importaba la lesión demostrada a bien jurídico alguno.

Otra solución político-criminal para no interferir con las culturas indígenas ha sido el de crear verdaderas reservas legales o excepciones a la vigencia de la ley penal. Así se proyectaba por Livingston para Louisiana y lo consagraba el Código nicaragüense de 1837, limitando la excepción, el primero, a los delitos que se cometieran entre indígenas y especificándola, el segundo, para los ejecutados en el confinamiento territorial.<sup>91</sup>

Esta última solución era la que se proponía en la disidencia que al despacho de mayoría se hizo con respecto a la tenencia de hojas de coca, que en el caso consideramos inadecuada por la migración de quienes “coquean” a zonas del territorio no alcanzadas por la excepción, y para los que no desaparecía el inconveniente de la incriminación.

El criterio del Código de Nicaragua es adecuado cuando se puede circunscribir territorialmente la cultura, permitiendo que dentro de esos lí-

<sup>89</sup> Medrano Ossio, José, *Responsabilidad penal de los indígenas*, Potosí, Bolivia, Tipográfica P. Magne M., 1941, pp. 57 y 58.

<sup>90</sup> García Vitor, Enrique, *op. cit.*, nota 72, pp. 277 y ss.

<sup>91</sup> Zaffaroni, E., *Tratado de derecho penal...*, *cit.*, nota 67, p. 204.

mites rija su propio sistema de reproches. Es lo que proponen Zaffaroni y Maier cuando, analizando el problema que se plantea con los Jíbaros, nos dicen que el derecho penal no puede apropiarse de conflictos que no le pertenecen y que encuentran adecuada solución en otros ámbitos (el de la propia cultura).<sup>92</sup>

Así, respetando el mandato de tolerancia,<sup>93</sup> ínsito en los modernos textos constitucionales, se evita a su vez la *doble punición*, que sin duda implica la imposición de pena estatal.

Muy próximo al criterio de la reserva legal, y sin que deba ser confundido con él, se encuentra aquel según el cual es necesario prever un trato diverso para el indígena dentro de la legislación. En otros términos, una excepción de que la ley, dentro del territorio, rige para todos.

En Colombia se estableció que la legislación general no regía para los salvajes que fueran reduciéndose a la vida civilizada y que el gobierno podía delegar a los misioneros facultades extraordinarias en lo civil, penal y judicial sobre los catecúmenos (ley 89 de 1890, artículo 1o. y ley 72 de 1892, artículo 2o.).<sup>94</sup>

Esta posición, con matices, ha sido rechazada por la mayoría de la doctrina. Por todos puede citarse a Ceniceros<sup>95</sup> y a Durán.<sup>96</sup> El primero

<sup>92</sup> Raúl Peña Cabrera (*op. cit.*, nota 70, p. 619) se pronuncia en igual sentido, afirmando que el reconocerles la facultad de administrar justicia conforme a sus valores culturales es la consolidación del espíritu del artículo 15 del Código Penal peruano, que consagra el error culturalmente condicionado.

<sup>93</sup> Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Editoriales de Derecho Reunidas, p. 94, quien sostiene que representa el principio fundamental de la sociedad pluralista, exigiendo del Estado, principalmente en materias discutidas en el aspecto religioso o ideológico, prescindir de regulaciones jurídicas, en tanto la capacidad funcional de la convivencia social no haga imprescindible una intervención del legislador.

<sup>94</sup> Sobre el alcance y vigencia de tales normas puede verse una amplia información en Reyes Echandía, Alfonso, *La imputabilidad*, 2a. ed., Universidad Externado de Colombia, 1979, pp. 175 y ss., y Pérez, Luis Carlos, "Imputabilidad e inimputabilidad", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 3, núm. 11, pp. 39 y ss. En ambos se analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema de Colombia, en especial la sentencia del 14 de mayo de 1970.

<sup>95</sup> Ceniceros, José Ángel, "Responsabilidad penal de los indígenas", *Revista Criminológica y Ciencias Penales*, Bolivia, 1955, pp. 129-131 y 139.

<sup>96</sup> Manuel Durán ("El indio ante el derecho penal", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Separata, 1962, p. 188) manifiesta que "...una legislación protectora cuyos resultados serían nulos o exigüos, a más de consagrar un reconocimiento implícito y definitivo de su incapacidad mental y social, así como de su ineptitud para conquistar por sí mismos su de-

razona que la idea de dictar normas jurídicas diferentes para seres racialmente heterogéneos, culturalmente diversos y afectados por situaciones sociales de gran desigualdad, es simplista y pugna abiertamente con los principios y sentimientos democráticos de igualdad en que descansa, teóricamente, la organización de los países americanos conforme a los cuales no se tolera la existencia de jerarquía de grupos o de razas. En el texto se sostiene que toda legislación protectora, más allá del espíritu que le anima, produce efectos contraproducentes que se pueden sintetizar en un complejo de inferioridad que mantiene al indígena en una posición de minusvalía, con las consecuencias que en todos los ordenes ello supone.

Sostiene Yrureta,<sup>97</sup> enrolada en una posición distinta a la aplicación de la ley penal igualitaria, que ella, en definitiva, encierra la idea de que el indígena se asimilara, por cuanto no posee dificultades para ello, a la cultura de la clase dominante, en el entendimiento de que ello es lo único conveniente, beneficioso. Es de coincidir con la opinión de la citada autora cuando afirma que el error central de esa concepción es el de olvidar que los indígenas no asimilados a “nuestra civilización”, que constituyen una diversidad cultural innegable, están imposibilitados de comprender nuestro ordenamiento, por lo que la propugnada “igualdad ante la ley” se constituye en un medio para reafirmar las desigualdades.

En igual sentido, Medrano Ossio,<sup>98</sup> luego de analizar la situación social de desigualdad que caracteriza la existencia del indígena en América, califica de absurda la insistencia del Estado de colocarlo en una condición de igualdad ante la ley.

Calvimontes,<sup>99</sup> al que hay que sumar a los que se oponen a un trato igualitario de la cuestión, observa que los códigos penales redactados en

recho a ocupar la situación que les corresponde, contribuiría a acentuar el sentimiento de inferioridad de esta clase social, sentimiento que, por lo demás, es uno de los rasgos característicos de la psicología del pueblo boliviano en general, y constituiría, asimismo, un factor negativo en el propósito de lograr la efectiva incorporación del indio a la vida nacional...”.

<sup>97</sup> Yrureta, Gladys, *op. cit.*, nota 55, p. 51.

<sup>98</sup> Medrano Ossio, José, *op. cit.*, nota 89, pp. 19-22. La pretendida igualdad con sustento en una fundamentación democrática contraría la realidad, constituyéndose en un “...absurdo resabio del absolutismo demo-liberal proclamado en 1789”, adjetivación que se incrementa cuando de derecho penal se trata.

<sup>99</sup> Calvimontes y Nuñez del Prado, Raúl, “El indio ante el derecho penal y la ciencia penitenciaria”, *Estudio jurídico penal y penitenciario del indio*, 2a. ed., Madrid, Cultura Hispánica, 1956, p. 59.

el siglo pasado en su mayoría e inspirados en formas de vida y concepciones filosóficas hijas del liberalismo individualista, no tienen en cuenta a quienes han vivido al margen de la vida jurídico-cultural de su pueblo.

Cervini<sup>100</sup> adhiere en parte a esta posición al proponer, a los fines de cumplir con las exigencias mínimas de un orden justo, reconocer la vigencia de las normas de conducta social y sistema de sanciones aceptadas por las minorías culturales, mientras no se afecten bienes fundamentales.

## IX. LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

En este ámbito nos proponemos 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 otra que valorativamente se encuentra sustentada en la cultura minoritaria o diversa, revisando para ello las estructuras jurídicas, donde se advertirá en qué casos y con cuáles alcances la obligatoriedad de la norma puede excepcionarse.<sup>101</sup>

### 1. *El injusto*

#### A. *La tesis de la conducta socialmente adecuada*

La teoría ha sido estudiada dentro de los esquemas de la acción-conducta (Schmidt), así como dentro del plano de la tipicidad (Welzel, luego de emplazarla en el nivel de la antijuridicidad). Resulta evidente que, en

<sup>100</sup> Cervini, Raúl, “Acerca del principio del respeto a la autonomías culturales y su trascendencia en Latinoamérica”, *cit.*, nota 66, pp. 89 y ss.

<sup>101</sup> No dejo de considerar la observación que formula Hendler al libro de Yrureta, en el sentido de que resulta algo chocante la solución que propicia, pues lo que debiera ser el modo de encarar casos de verdadera excepción, al emplear una estructura dogmática de raíz germano-europea, incurre impensadamente en el pecado de etnocentrismo, justificadamente deplorado por la autora (*op. cit.*, nota 37). Creemos escapar a la crítica en la medida de que la solución que proponemos resulta, en primer término, parcialmente no coincidente con la ofrecida por Zaffaroni, a la que Yrureta sigue, y, en segundo lugar, por cuanto la búsqueda de una solución en este campo es subsidiaria de un sistema que permita la regencia plena de los valores culturales propios, ante la toma de conciencia de la complejidad que encierra en América Latina la interrelación de culturas.

orden a la proyección pauta valorativa, a la que habrá de acudir el intérprete para examinar la “tipicidad” o “ilicitud” de un comportamiento formalmente descrito como vedado, las acciones “socialmente adecuadas” no diferían de las “materialmente justificadas” que los sostenedores de la antijuridicidad sustancial propusieran —piénsese en los esquemas de Listz sobre la “dañosidad social”—. Inversamente, una conducta “socialmente inadecuada” no habrá de contar con un permiso supralegalmente concedido.

Si por diversidad cultural hemos de referir la existencia —geográficamente circunscrita— de datos estatutarios (por ende normativos) socialmente fundados, que obligan y posibilitan la realización de ciertos actos en función de una “cultura dada” —la cultura siempre rige en un marco social—, una posible solución estará otorgada por la recurrencia a la antijuridicidad material.

Empero, más allá del planteo sobre la naturaleza dogmática de la tesis de la adecuación social, que Mir Puig<sup>102</sup> hace depender de la teoría del tipo que se siga, es obvio que la misma sólo puede ser utilizada en un marco cultural determinado, no siendo, en principio, correcto que tenga valor —si tiene alguno— para el tratamiento de la diversidad. Por ello, en ese contexto, puede estimarse apropiado lo sostenido por Zaffaroni,<sup>103</sup> de que sólo resultaría factible transitar por puentes que comuniquen con valores ético-sociales en cuanto aquellos hayan sido tendidos por la ley, nunca por la doctrina o jurisprudencia. Vale decir que, siendo la ley un producto cultural (que ya encierra de suyo ponderaciones valorativas vinculadas a “lo social”), y representando aquella el centro neurálgico del sistema positivo, todo intento agresivo hacia fuentes axiológicas en procura de aprehender la diversidad cultural, hará menester, inevitablemente, una expresa o implícita remisión del tipo penal, con lo que, en definitiva, arribamos a la temática propia de la interpretación.

En otros términos, no asoma sencillo el admitir que quien perpetra un acto descrito formalmente en la ley penal en un contexto cultural concreto pueda invocar un “permiso” del derecho socialmente fundado, si tenemos presente la coherencia, unidad y no contradicción del orden jurídico, marco referencial en que tuvo su origen la tesis de las conductas so-

<sup>102</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4a. ed., PPU, 1996, pp. 567 y ss.

<sup>103</sup> Zaffaroni, E., *Tratado de derecho penal...*, cit., nota 67, t. III, pp. 491 y ss.

cialmente adecuadas, y que debe ser respetado al momento de la evaluación científica de cualquier instituto, en pos de una rigurosidad metodológica.

Otra solución equivaldría a erigir regiones culturales en comunidades políticas diferenciadas regidas por una no menos diferenciada jurisdicción, idea que no hemos descartado desde el punto de vista político-criminal, con sustento en el respeto a la identidad cultural, y que igualmente no rechazamos en la estructura jurídica, pero creemos que con un tratamiento alejado de la teoría que nos ocupa.

### *B. El derecho fundamental y la justificación*

Sin perjuicio de que se pueda encontrar un límite a la punición de las conductas desplegadas por quien pertenece a una cultura diversa en el ámbito del error de tipo, como se apreciará al tratar la culpabilidad, donde se afirmará que no todo condicionamiento dará lugar a su exclusión, creemos que los esfuerzos deben dirigirse a vislumbrar esa posibilidad en el terreno de la justificación, donde el debate feraz nos muestra hasta dónde el poder hegemónico está dispuesto a tolerar una excepcionalidad tal a la norma.

La construcción de una causa de justificación ha sido estudiada a partir de la autoría por motivos de conciencia y se articula desde dos vertientes: la constitucional —elaborada tradicionalmente a partir de la protección de la libertad de conciencia—, y otra que se sustenta en la causal de justificación del ejercicio del derecho o cumplimiento del deber. En ésta tiene incidencia fundamental el precepto constitucional involucrado.

En el tema que nos ocupa —la diversidad cultural latinoamericana— es trascendente tener presente que a partir de los movimientos de reforma constitucional, las leyes fundamentales protegen la identidad cultural de los pueblos indígenas, circunstancia que adiciona una posibilidad de análisis alejada del sólo asentamiento en la libertad de conciencia.

Por otra parte, estimamos que si bien puede ser útil la discusión que se ha dado en relación con la libertad de conciencia, no se debe perder de vista que la problemática de las etnias no puede ser asimilada en su tratamiento y abordada como una cuestión de reparos al cumplimiento de la norma por parte de alguien que, en general, pertenece a la cultura de

donde la misma emana, sólo que respecto de ella encuentra objeciones, por más esenciales y profundas que éstas sean.<sup>104</sup> En otros términos, no creo que el objetivismo de la norma se comprometa anárquicamente si se decide, por respeto a la diversidad cultural latinoamericana, entender justificada la conducta que confronta con ella cuando ésta se sustenta en una costumbre raigal, ello así, además, porque la norma eurocéntrica se impuso al margen de toda consideración al ámbito de regencia.

Cuando no se puede circunscribir territorialmente a los miembros de una etnia, permitiendo que rija su propio sistema de castigos —a los que ya nos hemos referido en el tratamiento político criminal de la cuestión—, en la confrontación de las culturas nos podemos encontrar con una colisión de deberes, entendida ésta como una exigencia que se impone a un sujeto de cumplir, en una misma situación, a un mismo tiempo, con dos deberes, de tal manera que la satisfacción de uno de ellos no puede sino realizarse en detrimento del otro.<sup>105</sup>

En estos casos, dos son las interrogantes, cuyas respuestas en parte están esbozadas en las reflexiones precedentes, que en un primer plano se nos presentan. La primera, si el deber que surge de la cultura diferente puede medirse jerárquicamente con el emanado del orden jurídico prevalente. La segunda, si el deber incumplido constituye un injusto merecedor de pena, o si se está en presencia de un actuar justificado.

Más allá de la complejidad que entraña en la generalidad el segundo de los aspectos, es, sin duda, la cuestión de los deberes posibles de colidir el que debe ocupar prioritariamente nuestra atención.

La premisa en este sentido ha sido la de afirmar que la confrontación debe involucrar a deberes jurídicos, no quedando comprendidos los deberes morales, situación ésta que es calificada por Gallas como *colisión impropia*, simplificándose el problema cuando existe una norma que reconoce el deber moral, ético, religioso o cultural, puesto que en tales ca-

<sup>104</sup> En este sentido puede coincidir con Tamarit (*op. cit.*, nota 3, p. 391) cuando, refiriéndose a la afirmación de que nadie puede ser obligado a adoptar una decisión que contradiga su conciencia, sostiene “...que en la actualidad no es concebible la libertad de conciencia como un derecho ilimitado, por lo que no es correcto concederle con carácter general un efecto justificante, pues la justificación será siempre una situación excepcional”.

<sup>105</sup> *Cfr.* Álvarez, Ricardo C. M., *Colisión de deberes*, Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL.

sos, incluso manteniéndose el sustrato de su naturaleza, el mismo se juridiza.<sup>106</sup>

Vinculación estrecha guarda la reciente reforma constitucional argentina que ha incluido dentro de las atribuciones del Congreso (artículo 75) una norma por la que dispone reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizando así el respeto a su identidad.<sup>107</sup>

La disposición constitucional aporta a la discusión, en el ámbito nacional, un importante elemento que nos permitiría solucionar el problema de la diversidad —cuando se sustenta en las culturas abarcadas—, construyendo una causa de justificación, marginada de su sólo asentamiento en la actuación por conciencia. Es indudable que en la disyuntiva de cumplir con un deber que surge de la propia cultura y otro impuesto por una norma de la cultura hegemónica, si se opta por el primero, el actuar que incumple el segundo estará justificado.<sup>108</sup>

La extensión limitada de la presente investigación no puede agotar el contenido de este aspecto, que realmente se advierte nuclear. Sin embargo, parece que el disfrute de bienes jurídicos, garantizado también por la Constitución nacional, encuentra un límite importante en la reforma constitucional aludida, sin que se advierta con claridad, por el momento, sobre lo pertinente de resolver la cuestión a través de la ponderación de intereses contrapuestos. Es que en este sentido, sin pretender absolutizar la solución, la circunstancia de que las culturas étnicas sean preexistentes parecería aconsejar un retroceso de la norma hegemónica en el caso particular, que dentro de un adecuado respeto por la diversidad, parece ser el sino correcto.

<sup>106</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso de omisión de cumplimiento del servicio militar obligatorio por oponerse a convicciones religiosas, sostuvo que el deber impuesto por la conciencia o la religión *es jurídico*, como correlato del reconocimiento que la Constitución nacional (artículo 14) hace a todos los habitantes del derecho de profesar libremente su culto, el que está imbricado a su vez en el postulado del Preámbulo de *asegurar los beneficios de la libertad* (L.L. 1989-C, pp. 401 y 412).

<sup>107</sup> Esta norma consagra una revisión del principio de igualdad formal contenido en el artículo 16 de la Constitución nacional, pues implica otorgar un trato desigual al diferente, que, por más que en principio esté circunscrito a las etnias, tiene posibilidades de expandirse en la elaboración de la dogmática constitucional.

<sup>108</sup> Burski, citado por Tamarit (*op. cit.*, nota 3, pp. 391 y 392), sostiene que “...una actuación que pueda insertarse en el contenido de un derecho constitucional, no puede surtir otro efecto jurídico-penal sino la exclusión de la antijuridicidad...”.

## 2. *La culpabilidad*

De lo hasta aquí manifestado se advierte claramente que considero que el ámbito de la antijuridicidad resulta el más apropiado para resolver la cuestión que nos ocupa, correspondiéndose con los principios que sustentan un auténtico orden político democrático.

Por ello, como principio, creo que cuando se buscan las soluciones sólo en la culpabilidad, elípticamente se está aceptando la preeminencia de una cultura sobre otra, y no precisamente porque una tenga el poder —lo que sería una simple constatación empírica—, sino porque se la califica de superior, aun cuando no se reconozca tal finalidad en quienes preconizan tal temperamento, imbuidos, tal vez, de un cierto paternalismo.

Sin embargo, no obstante, existen dos aspectos que nos llevan a pensar que el análisis de la categoría se impone. Un primer y sincero reconocimiento nos exige señalar que, mayoritariamente, la más calificada doctrina se ha pronunciado por definir la problemática en el ámbito de lo que tradicionalmente se denominó “los estratos subjetivos del delito”, cuando no, y superando esas tal vez discutibles denominaciones, en categorías que trascienden a la culpabilidad, adentrándose a través de los fines de la pena en la responsabilidad penal, cuestión que se analizará en el próximo acápite. Por otra parte, y segundo, resulta obvio que la actual integración, a la que nos hemos referido y a la que las etnias tienen reconocido derecho, nos permitiría sostener, a los fines, por otra parte, de que no se nos imputen altisonantes declamaciones desprovistas de racionalidad, que cuando esa integración haya sido tal y por tanto aceptada por el miembro de la cultura no hegemónica, habiéndosele permitido disfrutar de los bienes jurídicos considerados valiosos por la cultura que detenta el poder, a los que por otra parte reconoce como tales quien se ha asimilado a la misma, es posible que en estos supuestos nos encontremos en la alternativa de no poder afirmar la justificación de la conducta y sí, dentro de ciertos límites, la posibilidad de exculpar la misma.

### A. *La imputabilidad*

La primera consideración que corresponde efectuar es respecto de la capacidad de culpabilidad, cuestión a la que no se ha dado mérito en los estudios que de la actuación por conciencia se han realizado en los países centrales, pero que ha tenido y tiene gran relevancia en el tratamiento del problema latinoamericano.

Hasta la aparición de las tesis que obstan la punibilidad mediante el error de prohibición por condicionamientos culturales, el camino más transitado, tanto legislativa como doctrinariamente, ha sido el de la imputabilidad. Tal como lo señaláramos en el apartado político-criminal, la consideración de los indígenas como inimputables es la solución que se prodigó en buena parte de la legislación latinoamericana e informó al “Código Penal Tipo”, tesis que ha recibido no pocas críticas por parte de la doctrina.

La conceptualización de la imputabilidad es de importancia central para definir la posibilidad de que el instituto juegue algún papel en la consideración de esta problemática.

La imputabilidad importa una limitación a la responsabilidad penal en tanto ésta se realiza sobre el sujeto plenamente capaz de participar, en condiciones de igualdad con sus semejantes, en la convivencia social. El fundamento de la distinción entre imputable e inimputable ha descansado en el “libre albedrío”,<sup>109</sup> planteo que, como se verá, se constituye en el objeto de ataque de las tesis que quieren superarle mediante una conceptualización que destierre definitivamente a la susodicha, indemostrable, libertad del eje que ha ocupado y ocupa en la asignación de responsabilidad penal.

Por ello, parte de la doctrina sostiene que la imputabilidad, considerada como presupuesto o parte integrativa de la culpabilidad, se apoya en dos rígidas columnas: capacidad de comprensión de la antijuricidad del comportamiento y de gobernar o dirigir las acciones conforme a la misma.<sup>110</sup> Otros sólo dirán que es la normalidad motivacional del sujeto, es decir, que el sujeto se encuentra al actuar bajo un influjo que afecta su normalidad psíquica. Ambos conceptos no constituyen meras discrepancias a la hora de conceptualizar este elemento de la culpabilidad, sino el ade-

<sup>109</sup> El concepto tradicional al que he referido tiene su génesis en las ideas de la filosofía escolástica que consideraba al hombre imputable como libre absolutamente, capaz de dirigir su actuar entre varios haceres posibles y, luego, de conducirse de una manera distinta a como lo hizo. Muñoz, *op. cit.*, p. 31.

<sup>110</sup> Requisitos expresamente exigidos por el artículo 34, inciso 1, apartado 1 del Código Penal argentino; el parágrafo 20 del StGB y el artículo 20, inciso 1 del Código Penal español (1995), entre otros, que se apartan de la concepción que vincula la comprensión con el querer, tal como lo hace en la actualidad el Código Penal italiano de 1930, artículo 88: “Non é imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d’intendere o di volere”.

cuado sostén para resguardar, hasta en sus consecuencias, la coherencia de las posturas que dividen a deterministas e indeterministas, o al menos a quienes, sin participar de este último grupo, obvian la fundamentación de la culpabilidad o responsabilidad en la exigencia de que el sujeto se haya podido comportar de acuerdo a la norma o no.<sup>111</sup>

La sentencia de Bustos<sup>112</sup> —uno de los propugnadores de la imputabilidad como solución al problema planteado respecto de las etnias latinoamericanas— de que el concepto de imputabilidad es existencial, pues a los sujetos inimputables se les niega la libertad, responde, sin duda, a la visión que de la misma se obtiene desde los requisitos exigidos por la primera de las posturas mencionadas. Por ello puede afirmarse que trae inescindiblemente aparejada la idea de estigma o etiqueta de minusvalía, de desigualdad existencial; pues surgen dos órdenes diferenciados: el de los hombres libres y el de los que no lo son. Hombres superiores e inferiores, estando éstos “protegidos” por aquéllos.

Es así que propone reconstruir el propio concepto de imputabilidad desde una perspectiva crítica —a partir de los aportes concretados por la teoría de las subculturas criminales y de la psiquiatría alternativa—,<sup>113</sup> en que la misma no implique, como hasta el presente, una forma de etiquetar al inimputable, asignándole una condición en consideración a que carece de racionalidad normal. Para ello tiene en cuenta que se debe operar con criterios de racionalidad diversos, pero valorativamente idénticos. En otros términos, se puede afirmar que el loco o el indígena poseen una distinta racionalidad, más no que carezcan de ella.

<sup>111</sup> La diferencia está sostenida en la aceptación del libre albedrío como pivote donde descansa el juicio de responsabilidad. En este sentido Gimbernat, al referirse a la reciente modificación al Código Penal español, señala que el legislador ha prescindido de valorar una importante y creciente concepción doctrinal que ve su ausencia en la motivabilidad o inmotivabilidad del autor, fundamentando la culpabilidad el artículo 20.1 en el libre albedrío (“Prólogo” a la edición a su cargo, Madrid, Tecnos, 1995).

<sup>112</sup> Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, pp. 281 y ss. La tesis de Bustos ha recibido concretas críticas por parte de Jaime Malamud Goti, desde el punto de vista metodológico (véase en *Doctrina Penal*, núm. 6, p. 607, y núm. 7, pp. 405 y ss., 785 y ss., sección Debates, las críticas y respuestas de Bustos).

<sup>113</sup> Las que aportan en esta discusión la emblemática afirmación de que “...no se puede decir respecto de un determinado sujeto que carezca de la capacidad de conocimiento existencial y de obrar de acuerdo a él, ello presupone la creencia de que existencialmente sólo existe un solo orden de valores y una sola verdad. Ello es falso...” (Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, p. 145).

Muy próximo al planteo de Bustos aparece el de Muñoz Conde,<sup>114</sup> quien sostiene que si puede hablarse de imputabilidad, como forma de acceso a la averiguación de culpabilidad del autor, tendrá que sostenerse que su fundamento no se encuentra en el tan cuestionado como indemostrable libre albedrío, sino en el proceso de socialización mismo, y en la normalidad de todas las facultades psíquicas que contribuyen con él. Por ello plantea que cualquier trastorno importante de las facultades síquicas que incide en el proceso de socialización, sean de tipo biológico, social o cultural, deberá ser tenido en cuenta al formular el correspondiente juicio acerca de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad de quien ha infringido la norma, para excluirla o bien considerarla como circunstancia modificativa de la misma; para concluir afirmando que no debe hacerse del inimputable un sujeto de peor condición jurídica que el imputable.

No advierto la necesidad de confrontar con la tesis de Bustos, tal como lo hace Malamud, puesto que considero que constituye un aporte interesante para redefinir, desde una posición crítica, el papel que juega cada uno de los elementos de la estructura del delito en la concreción del poder punitivo estatal y el mantenimiento de un control social alejado de las perspectivas de un Estado democrático. Sin embargo, debo sí manifestar mi insatisfacción con ella en tanto la estimo inadecuada para garantizar, en la realidad latinoamericana, la vigencia del principio de igualdad en sentido material. No es en el plano de la imputabilidad donde se puede resolver un conflicto de tanta trascendencia, que requiere una decisión en los estratos analíticos donde, con pretensiones generales o en el campo de la observancia del concreto sujeto, se pueda señalar el grado de tolerancia que el sistema está dispuesto a conceder.<sup>115</sup>

<sup>114</sup> Muñoz Conde, Francisco, “La imputabilidad desde el punto de vista médico y jurídico penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Colombia, vol. X, núm. 35, pp. 27 y ss. “...Desde los conocimientos psicológicos, psiquiátricos y sociológicos actuales, dice Muñoz, resulta evidente que la conducta humana, normal o patológica, individual o grupal, sólo es inteligible cuando se la analiza dentro del contexto socio-cultural en que se da...”. La transcripción precedente es insoslayable para volcar la que sigue, de fundamental importancia como se advertirá: “...Sólo así puede encontrarse una explicación a la inimputabilidad del «indígena no civilizado» al que el artículo 96 del Código Penal colombiano se refiere como «inimputable por inmadurez psicológica»”.

<sup>115</sup> Acorde con esta opinión parece ser la de Emiro Sandoval Huertas, quien luego de argumentar sobre la irracionalidad de la consecuencia que el sistema penal prevé para quien, sostiene, no es posible declararle responsable y de analizar el contenido del concepto de inimputabilidad y lo que el mismo importa, tomando en consideración la propia

Ello es también así, en mi opinión, frente a planteos actuales, como los de Roxin,<sup>116</sup> entre otros, que excluye del ámbito de la culpabilidad la fundamentación en el libre albedrío y que sustituye en la imputabilidad su consideración desde la misma perspectiva para hacerla descansar en la capacidad de autoconducción, empíricamente comprobable, y con ello de abordabilidad normativa, lo que permite sostener, sin tener que acudir a los aportes de teorías sociológicas y de la psiquiatría alternativa, que el juicio de inimputabilidad, formulado desde esta perspectiva, tampoco implica una cuestión existencial.<sup>117</sup>

Igualmente, es posible restringir hasta cierto límite la recurrencia a la libertad, sólo en la medida en que no se lo utilice para fundamentar la culpabilidad, pero no puede negarse, tal como lo señala Roxin, que “...la suposición de libertad es en tal medida un «punto de partida normativo», una regla de juego social, cuyo valor social es independiente del problema teórico cognoscitivo y científico natural del libre albedrío...”.<sup>118</sup>

En definitiva, insisto, la concepción crítica, no estigmatizante, de la imputabilidad a que se refiere el autor citado,<sup>119</sup> sin duda no es la que predomina en la doctrina y en la legislación; por el contrario, ha tenido y tiene función discriminadora. En consecuencia, la asignación de tal cali-

tesis de Bustos con la que concuerda en su fundamentación, concluye su análisis en los siguientes términos: “...por virtud de la actual definición de la «imputabilidad» y de las consecuencias que ahora se derivan de ella, tiene efecto una selección positiva, esto es, para incluir, mantener y agravar la situación —dentro del ámbito de acción del sistema penal— de sujetos que actúan conforme a una racionalidad axiológica o de referencias diferente de la hegemónica...” (*Sistema penal y criminología crítica*, Temis, 1985, p. 39).

<sup>116</sup> Roxin, Claus, *Política criminal y estructura del delito*, PPU, 1992, pp. 115 y ss.

<sup>117</sup> En este sentido se expresa igualmente Mir Puig, para quien la imputabilidad debe definirse en función de la normalidad motivacional del sujeto; cuando la misma excluya la normalidad síquica del sujeto desaparecerá la imputabilidad. Con respecto a lo que considera “normalidad”, sostiene que es un concepto relativo, no estático, que depende de la concepción de normalidad de cada momento histórico-cultural (*op. cit.*, nota 102, p. 573).

<sup>118</sup> Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 137. Coincidente con ello, Malamud (*op. cit.*, nota 112, p. 610) sostiene que “...el *status* de aquellos a los que la sociedad o el gobierno niega la capacidad para decidir no es privativa del derecho penal: hay, por así decirlo, «inimputables» contractuales, políticos, académicos...”, aunque creo que el planteo de Bustos no pretende en ningún momento negar la libertad, sino, tan sólo y coincidente de alguna manera con la postura de Roxin, denunciar, con sólidos argumentos, que ella ha sido utilizada en realidad para reafirmar las desigualdades.

<sup>119</sup> Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, pp. 300-304.

dad a quienes operan en un contexto cultural dado, equivaldría a atribuirles el triste rango de psicópatas, individuos que, en potencia, no pueden manejar su propia conducta, aunque la supiesen antijurídica.

Es apropiado frente a ello pasar revista a los argumentos que se han volcado en favor de la imputabilidad. Particularmente importante ha sido el debate en Colombia sobre este aspecto, tal como lo detalla el propio Bustos.<sup>120</sup> Así, Reyes Echandía<sup>121</sup> sostiene que el Código Penal de Colombia no menciona específicamente a los indígenas entre los sujetos inimputables. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia destacan en la consideración de este problema desde la perspectiva de la imputabilidad. Alineado dentro del grupo de autores que plantea la posibilidad de la declaración de inimputabilidad en el caso de los indígenas, propone que al denominado “indígena no civilizado” —aquel que pertenece a una minoría racial subcultural, según los términos del autor, que es incapaz en el ambiente de la cultura dominante de comprender la valoración jurídica de formas de comportamiento que en su sociedad son miradas con indiferencia, toleradas o encomiadas, mientras que el grupo mayoritario las reporta como ilícitas— debe considerársele inimitable y sujeto por ello a la medida de seguridad del artículo 96, último párrafo, del Código Penal.<sup>122</sup> La afirmación que realiza no se encuentra libre de contradicción.

<sup>120</sup> Bustos Ramírez, Juan, “La imputabilidad en un Estado de derecho. Su revisión crítica desde la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Colombia, núm. 17, 1982, pp. 129 y ss.

<sup>121</sup> Reyes Echandía, Alfonso, *La imputabilidad*, cit., nota 94, pp. 85-87, 175 y ss. Expresa Reyes que en el ambiente socio-cultural donde nacieron llevan una vida de relación normal, pero puestos en contacto con la sociedad “civilizada” delinquen por fallas en los mecanismos de adaptación social, por ello deben ser declarados inimputables, aunque este concepto es relativo, puesto que deberá determinarse, en cada caso, el grado de conocimiento y comprensión que tienen de las leyes y costumbres de la sociedad gobernante. Se encarga luego de poner de resalto que la declaración de inimputabilidad no significa de ningún modo el reconocimiento de alguna inferioridad biológica o psicológica, siendo simplemente la aceptación del hecho que su comportamiento no se adecua a nuestra especie de civilización, pues su escala de valores éticos y sociales es diversa de la que sirve de patrón al núcleo social mayoritario y gobernante de la nación colombiana. La claridad con la que expone su pensamiento Reyes permite ahorrarse todo comentario al respecto, más cuando en modo alguno se puede participar del mismo.

<sup>122</sup> El artículo 31 del Código Penal de Colombia conceptúa a la imputabilidad 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”.

nes, pues, participando el autor del concepto tradicional de imputabilidad en la forma como lo hemos descrito y que es el que consagra el artículo 31 del Código Penal colombiano, tomando en cuenta que la norma legal

Por su parte, el artículo 96, párrafo 3, respecto de las medidas de seguridad prevé: “Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural”.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Cas. 20/9/1984, interpretó las disposiciones precedentes de la siguiente manera: “Desde la entrada en vigencia del Código Penal que actualmente rige, la doctrina había estimado que el indígena no civilizado debía ser considerado inimputable, pero en forma relativa, porque no todo indígena y ni siquiera todos los indígenas no civilizados, por el hecho de tener esa condición personal, estaban en incapacidad de comprender el sentimiento anti-jurídico de sus conductas típicas o de comportarse adecuadamente de acuerdo a esa comprensión. El vigente ordenamiento penal no menciona en forma expresa la situación del indígena no civilizado para atribuirle la condición de inimputable relativo; no obstante, al señalar las medidas de seguridad dispone en su artículo 96 que «cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural». Una rigurosa exégesis de esa disposición conduciría a la afirmación de que como la principal causa de inmadurez psicológica es la minoría de edad, sólo los indígenas menores que han realizado conductas típicas serían destinatarios de la indicada medida; no obstante, ni el concepto de inmadurez psicológica es tan estrecho, ni tampoco puede serlo el campo de aplicación de la medida consagrada en el inciso final del artículo 96 del Código Penal. Adviértase que la expresión del vigente ordenamiento para hacer referencia al indígena, así sea para indicar la medida que en el caso de resultar inimputable le sería aplicable, no es precisamente afortunada, pues si con ello se quiso hacer alusión al menor indígena que realiza conducta punible, su alcance sería bien limitado; por el contrario, si a todo indígena no civilizado se le pretende dar el tratamiento de inmaduro desde el punto de vista psicológico, se incurre en una visión deformada de la realidad, pues el hecho de que el indígena tenga un desarrollo cultural diverso del correspondiente al llamado hombre no civilizado, en manera alguna permite aseverar que aquél sea inmaduro en el sentido estricto del vocablo. Se trata simplemente de dos versiones diferentes sobre el mundo y, en últimas, de la presencia de dos escalas distintas de valores, sin que sea dable dar preeminencia a alguna de ellas, a no ser como el resultado de la imposición de quienes detentan los factores reales de dominación. En ese orden de ideas y aun cuando se estime que el calificativo de inmaduro psicológico que se endilga al indígena no civilizado es sustancialmente incorrecto, es necesario determinar su alcance dentro del contexto de la codificación promulgada en 1980. En primer lugar es inquestionable que al indígena no civilizado menor de dieciséis años que realiza una conducta penalmente descrita debe aplicársele la medida prevista en el inciso final del artículo 96 del referido Código. Pero, además, esta medida será también aplicable al indígena no civilizado mayor de la edad indicada, que no padezca trastorno mental, y que realice el hecho descrito en la ley penal siempre y cuando su condición de indígena no civilizado le impida conocer el sentido antijurídico de su comportamiento o comportarse adecuadamente con esa comprensión, pues aun cuando su condición no sea la de inmaduro, su si-

citada no comprende a los indígenas, sostiene que la inimputabilidad contingente del indígena no descansa en su inmadurez psicológica, sino en el choque de valores jurídico-culturales.<sup>123</sup>

Creo que los conceptos de Reyes Echandía sintetizan gran parte del pensamiento de la doctrina colombiana que se ha pronunciado en el sentido indicado. Velásquez, al analizar el requisito de “inmadurez psicológica” al que refiere el Código Penal colombiano en el artículo 31, sostiene que el mismo debe ser definido normativamente interpretándolo en sentido psico-social, definiéndolo como aquel desarrollo incompleto de la personalidad humana que puede ser producto tanto de una indebida maduración de afectividad del agente atribuible a causas psicológicas, como a circunstancias inherentes al contexto social y cultural en el que se desenvuelve el mismo, lo cual le impide en ambos casos motivarse en la norma. En este último supuesto, en que la causa de la inimputabilidad es la *inmadurez cultural*, ubica al indígena.<sup>124</sup>

Pérez<sup>125</sup> sostiene que el artículo 96, párrafo 3 del Código Penal permite en forma expresa, muy a su pesar, declarar inimputable al indígena por

tuación personal frente al delito lo coloca ante la incapacidad de conocer y de comportarse, esto es, en condición de inimputable...” (*Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. VIII, núm. 25, sección Jurisprudencia, pp. 146-150).

<sup>123</sup> Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal. Parte general*, 10a. ed., Temis, 1987, pp. 200 y 201.

<sup>124</sup> Velásquez V., Fernando, *Derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Temis, 1997, pp. 574 y 575. Si bien el autor se encarga de aclarar que no participa de la tesis de que todos los indígenas son inimputables, señalando la respetabilidad de los patrones culturales que los mismos poseen, en definitiva se incluye en el grupo de autores que acuden a este ámbito para la solución de algunos casos. Cita en este sentido el dictamen de la Comisión redactora del A-74 en el que se sostiene que “al indígena no se le debe calificar siempre como inimputable, sino que, en cada caso concreto, con base en factores psicológicos y antropológicos, se estudiará si está en capacidad de comprender la ilicitud de su conducta”, y la opinión de Reyes Echandía en la misma comisión en la que el recordado maestro colombiano dijo: “me atrevería a proponer el término «inmadurez psicológica» para referirnos a esa especial incapacidad de los indígenas no civilizados, de los sordomudos y de los menores...”. Las citas transcritas son elocuentes en cuanto a la posición del autor.

<sup>125</sup> Pérez, Luis Carlos, “Imputabilidad e inimputabilidad”, *op. cit.*, nota 94. Para el autor los indígenas no reducidos a la vida civilizada podrán ser declarados inimputables sólo si no están en condiciones de comprender su conducta de acuerdo a la regla general del artículo 31. Por otra parte, afirma que el apartado 3 del artículo 96 del Código Penal, que permite considerar inimputable al indígena, constituyó una forma de zanjar la discusión abierta sobre la posibilidad de aplicar el Código Penal a los mismos.

inmadurez psicológica, pese a que la fórmula legal contenida en el artículo 31 no lo prevé de esa manera.<sup>126</sup>

En la discusión del anteproyecto de Código Penal de Colombia, Velásquez Gaviria sostuvo que no era propiamente científico denominar inmaduro psicológico o trastornado mental al indígena que se comporta delictivamente en el momento en que se produce el contacto entre su especial mundo y el civilizado.<sup>127</sup>

Yrureta,<sup>128</sup> en lo que tal vez sea la contribución más abarcativa que conozco en el ámbito latinoamericano, que se incluye dentro del grupo de autores que rechazan la posibilidad de que la declaración de inimputabilidad pueda brindar una solución a este problema sin reñir con concepciones básicas del derecho penal, sostiene dos objeciones a la tesis de la inimputabilidad que estimo se pueden sintetizar en una; quienes proponen esta vía de solución, en definitiva colocan al indígena, que no tiene dificultades para comprender su normativa, en una situación inferior al autor que pertenece a la cultura del Estado, en tanto ella descansa en la sola imposibilidad de conocer la ley del Estado, mas no la propia. Ello indica que la declaración de inimputabilidad no deviene de una falta de

<sup>126</sup> En este sentido, Reyes Echandía (*La imputabilidad, cit.*, nota 94, pp. 202 y 203) sostiene la posibilidad de declarar la inimputabilidad en el caso del indígena, a pesar de que no esté expresamente prevista, con sustento en que es permitida una solución analógica cuando la misma se realiza en favor —“*in bonam partem*”— del imputado, lo cual acontece en el caso que nos ocupa, en tanto lo que se propone es la aplicación de una medida de seguridad con finalidad educativa, que dispone colocar al indígena en una colonia agrícola, y no una pena, y por otra parte que la medida tiende a incorporarlo a la convivencia con nuestra civilización, propuesta que merece ser rechazada desde dos puntos de vista. En primer lugar, la doctrina, desde un largo tiempo, ya no sostiene que la medida de seguridad pueda ser diferenciada, en sus consecuencias indeseadas, de la pena. Por otra parte, la finalidad de la medida propuesta compromete el derecho constitucional del Estado colombiano consagrado en el artículo 16 del libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por los derechos de los demás y por el orden jurídico. Esta última observación no debe entenderse como un cercenamiento del derecho que tienen los miembros de las etnias aborígenes a integrarse a la cultura estatal, como derecho individual al que nos hemos referido.

<sup>127</sup> Cita de Alfonso Reyes Echandía en *La imputabilidad, cit.*, nota 94, pp. 257 y 258.

<sup>128</sup> Yrureta, Gladys, *op. cit.*, nota 55, pp. 123-127. Descansa tanto esta posición en la calidad de indígena del autor —sostiene Yrureta— que es pertinente formularla aun en los supuestos en que se realizara por parte del mismo una acción que igualmente hubiese sido reprochada en su espacio cultural. Lo cual implica una contradicción que el propio grupo de pertenencia no estaría dispuesto a tolerar.

madurez psicológica, sino por pertenecer a una cultura diferente. En sí, resulta el acogimiento de las tesis evolucionistas que analizamos.<sup>129</sup>

Por otra parte, dejando de lado cualquier observación desde el plano ideológico, acierta Yrureta cuando sostiene que resulta evidente la contradicción en que se incurriría al declarar inimputable a quien comprendió que su conducta era reprochada por el sistema, en tanto y en cuanto en su propio sistema es desvalorada. Creo que éste es un argumento muy serio para rechazar este medio como una alternativa posible, en tanto se aparta de la consideración de la imputabilidad como una valoración hecha sobre el autor en el momento del hecho para desplazarla por una que responda a la simple pertenencia a una calidad personal determinada —indígena o salvaje— del mismo, por lo tanto permanente.

De las dificultades que ha encontrado la doctrina latinoamericana para resolver esta cuestión, por cierto árida al tener que armonizar los conflictos de intereses que plantea la convivencia de culturas en gran parte inconciliables, es un buen ejemplo la posición de Mendoza,<sup>130</sup> que pese a señalar que el indígena que realiza un acto constitutivo de delito según el Código Penal, cumpliendo con la ley de su etnia, debería ser esa conducta subsumida en el cumplimiento de la ley —lo que no puede querer decir otra cosa que justificada— si es juzgada por los tribunales venezola-

<sup>129</sup> Los profesores Pérez y Romero Soto, integrantes de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que falló en la causa “Maquirucama” el 14 de mayo de 1970, en sus votos señalan la vertiente antropológica incorrecta y desactualizada en la que descansan los votos de la mayoría del Tribunal, pese a que comparten parte de los argumentos, indicando que los criterios que fundamentan la misma no tienen sustento en los actuales estudios etnológicos que demuestran la existencia de una racionalidad con valoraciones éticas distintas, pero no que carecieran de la misma (véase Reyes Echandía, *La imputabilidad*, cit., nota 94, pp. 175 y ss.; Pérez, Luis Carlos, “Imputabilidad e inimputabilidad”, *op. cit.*, nota 94, pp. 40 y 41).

<sup>130</sup> Mendoza T., José Rafael, *Curso de derecho penal venezolano. Parte general*, 4a. ed., Caracas, El Cojo, 1963, t. I, pp. 172 y 173. Ejemplifica con la enumeración de costumbres como la de vender a las mujeres núbiles o bien la venganza de sangre ejercida por el familiar de la víctima que debe, no que puede, dar muerte al pariente del homicida. Al propio tiempo hay que reconocer que el autor plantea otras alternativas, como el dictado de una norma que permita la vigencia del sistema de castigos de la propia cultura mientras no afecte el orden público —sobre este particular aspecto ya me he pronunciado—. Un planteo similar hace Jorge Sosa Chacín (*Derecho penal*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1978, t. I, pp. 191-193), no obstante que se pronuncia por el dictado de un estatuto especial por ser tarea ajena al Código Penal, analizando diversos supuestos que no serían adecuadamente solucionados a través de la declaración de inimputabilidad.

nos. Cuando le toca proyectar una reforma al Código, en coautoría con Jiménez de Asúa y Méndez, se pronuncia por la inclusión de una disposición que permita al juez declarar inimputable al indígena que cometa un hecho calificado como punible, teniendo en cuenta su incapacidad para comprender o querer, derivada de su inadaptación a la cultura.

En este sentido, Hurtado Pozo<sup>131</sup> apunta que son evidentes los escollos que encontró la doctrina de su país para resolver esta cuestión, que por otra parte no fue propia de los juristas peruanos, poniendo a resguardo de críticas infundadas la actitud del legislador en tanto el código no resultó una mera copia de la legislación que le sirvió de precedente sino, muy por el contrario, una esforzada adaptación a la realidad, señalando la preocupación de Víctor M. Maúrtua por tener en cuenta las diferencias etnoculturales en la elaboración del Código Penal de 1924, aun cuando no participa de su visión del problema,<sup>132</sup> el que se valió de patrones antropológicos ya superados en la época.

Aun cuando en el tratamiento político-criminal me he referido a ello, creo oportuno recordar que el boliviano Medrano Ossio<sup>133</sup> había predicado, con sustento en los “antecedentes psicológicos”, “la inferioridad en que se debate en competencia con las demás clases” y a “su realidad social”, la necesidad de considerar “inimputable” al indígena que hubiese cometido un delito sustituyendo la pena, infecunda, por medios psicopedagógicos, psiquiátricos y otros que le hagan inocuo y permitan incorporarlo definitivamente a la sociedad civilizada.

La tesis de la inimputabilidad del indígena fue igualmente propuesta en Brasil por Bruno,<sup>134</sup> quien plantea que los salvajes no adaptados a la vida social de “nuestro nivel” deben ser asimilados a la categoría de los

<sup>131</sup> Hurtado Pozo, José, *op. cit.*, nota 80, pp. 67 y ss.

<sup>132</sup> El legislador optó por una concepción “asimilacionista” —sostiene Hurtado— desprendiéndose de los fines de las medidas previstas —“la plena readaptación a la vida libre y honesta”—, que consideró al derecho penal como un medio tendente a incorporar a la “civilización” los grupos de peruanos que se conservaban fuera de ella.

<sup>133</sup> Medrano Ossio, José, *op. cit.*, nota 89. Como vimos, y lo destaca Hurtado (*op. cit.*, nota 80, pp. 70 y 71), en ninguno de los países en que el problema se presenta se ha adoptado un criterio tan extremo como el propuesto por Medrano Ossio, haciéndose depender la declaración de inimputabilidad de la “inadaptación al medio cultural boliviano y de su falta de instrucción” (artículo 18, inciso 2 del Código Penal de Bolivia de 1973) o de su “incapacidad para comprender o querer, derivada de su inadaptación a la cultura” (Proyecto de Código Penal venezolano de 1969).

<sup>134</sup> Bruno, A., *Direito penal. Parte geral*, Rio de Janeiro, Forense, t. 2, pp. 137 y 138.

sordomudos, pues su condición los coloca en situación de incapacidad de entendimiento y orientación volitiva, en la cualidad y grado exigidos por el Código. Por otra parte, ciertos procesos psíquicos y complejos afectivos que los determinan confluyen para confirmar esa necesidad.

En Ecuador, León,<sup>135</sup> en torno a las propuestas que formula para la reforma al Código Penal de ese país en el punto dedicado a la imputabilidad, sostiene que “el indio y el salvaje, en consonancia con el primitivismo de su desenvolvimiento intelectual, deberían tener una punición atenuada especial, porque si el fin social de la ley es ser obedecida, y estos connacionales no comprenden ese deber, son en el fondo unos incapaces”.

El muestreo, un tanto desordenado, de las opiniones que encuentran una salida en la imputabilidad —dejando a salvo la propuesta de Bustos, con la que ideológicamente no disiento—, permite concluir que una solución actual con ese enfoque constituye una actitud reñida con el respeto a los derechos humanos fundamentales, los que se ven conculcados si no entendemos a las respectivas culturas como diferentes y en un plano de igualdad. Bien destaca Zaffaroni, que tan sólo se explica si nos colocamos en el rol de conquistador y consideramos a nuestra propia cultura como superior.

### B. *Las causas de inculpabilidad y de exclusión de la culpabilidad*

Éste es el ámbito que preferentemente ha escogido la doctrina para elaborar una solución al problema de la diversidad en relación con la pretensión hegemónica de la ley, entendiendo, en general, que con ello se resguarda, a la vez, la coherencia del orden jurídico.

#### a. El error de comprensión

Zaffaroni<sup>136</sup> sostiene que en el caso del error culturalmente condicionado, al autor del injusto no le es exigible la comprensión de la antijuridicidad que conoce, debido a que ha internalizado otras pautas en forma

<sup>135</sup> León V., Bolívar, *Comentarios de derecho penal, procesal, penitenciario y de sociología judicial*, Quito, Gráfica “Rubén Darío”, 1984, p. 9. Al parecer, por la ubicación de la propuesta y la penalidad prevista, sostiene la tesis de considerar al indígena inimputable —imputabilidad disminuida—.

<sup>136</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal...*, cit., nota 67, t. IV, p. 191.

tal que el derecho se ve impedido de efectuar el reproche. La comprensión de la antijuridicidad, dice el profesor de la Universidad de Buenos Aires, supone conocimiento e internalización o introyección de la norma, y cuanto mayor sea el esfuerzo que deba hacer el sujeto para internalizar, tanto menor será el reproche que a su respecto se pueda efectuar. En igual orden de ideas Muñoz Conde.<sup>137</sup>

Esta forma de error de prohibición directo atrapa conceptualmente a la conciencia disidente y a la culturalmente condicionada.

Para la primera, cuando el autor comete el hecho porque convicciones éticas así se lo imponen, la doctrina sostiene que ellas son irrelevantes como causa de inculpabilidad por la pretensión que posee el derecho de regular supraindividualmente la actividad del hombre en sociedad;<sup>138</sup> más allá de si ello obedece al consenso o al poder de la cultura hegemónica.

Al comienzo de la exposición señalé la relación existente entre la diversidad cultural y las conciencias disidentes, indicando que en ambos casos nos encontrábamos con incumplimientos voluntarios del mandato protector del bien jurídico; sin embargo, la solución deberá diferir puesto que en el caso de los disidentes —autores por conciencia u objeción de conciencia (cuya menor culpabilidad propone Zaffaroni sea tenida en cuenta en la individualización de la pena)—, sólo podrán ser excluidos de la punibilidad por expresa disposición de la ley.<sup>139</sup> En las Jornadas Nacionales de Derecho Penal de Tucumán (Argentina), teniendo implícitamente en cuenta la experiencia latinoamericana de frustraciones reiteradas a su vida institucional democrática, sostuve que la delincuencia disidente por causas políticas no era, desde mi punto de vista, acreedora a una disminución del reproche. Cercano a ello, Zaffaroni afirma que una cosa es la imposibilidad de comprensión derivada de la pertenencia a una cultura indígena y otra la no comprensión que se funda en la pertenencia a una

<sup>137</sup> Francisco Muñoz Conde (*Teoría general del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 144) releva que: "...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 (gitanos, quinquis, extranjeros, etcétera); afirmando seguidamente que actúa en error de prohibición el que desconoce la antijuridicidad de su hacer.

<sup>138</sup> Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 299.

<sup>139</sup> *Idem.*

“secta diabólica” para burgueses ociosos o a un grupo político de fanáticos racistas.<sup>140</sup> Categóricamente dice Tamarit<sup>141</sup> —analizando la delincuencia por conciencia— que no resulta admisible atenuación alguna cuando los fines perseguidos por el autor resulten manifiestamente incompatibles con el ordenamiento constitucional, como la lucha por la implantación de un régimen autoritario o dictatorial.

Para los segundos, Zaffaroni dice que la culpabilidad estará excluida cuando el esfuerzo que deba realizar el autor determine su no exigibilidad jurídica, lo que se da cuando la dificultad de comprensión proviene de un condicionamiento cultural que ha impedido la internalización de la norma, pese a su conocimiento. Es una excepción a la regla de que el error de comprensión no excusa, por cuanto el derecho no exige la internalización de la norma sino que aspira a ella éticamente, pudiendo valorarse la mayor dificultad a los fines de graduar la sanción.<sup>142</sup>

Es necesario referir que no todo condicionamiento cultural conduce a un error de prohibición que excluye la culpabilidad, pudiendo constituir errores sobre la causalidad, errores de tipo y justificaciones putativas.

No creemos que existan mayores inconvenientes en aceptar las soluciones que propone Zaffaroni en los casos en que los errores culturalmente condicionados lleven a los miembros de una cultura a entender que se obra en defensa propia —justificación putativa—; como los miembros de la cultura Ahuca, que están convencidos de que el hombre blanco siempre los matará en cuanto los vea, de modo que deben adelantarse matándolos; o incurrir en un error sobre la causalidad —error de tipo—, como quienes someten al enfermo a una golpiza como tratamiento para curarlo “sacándole el diablo”, causando la muerte del paciente.<sup>143</sup>

El mayor problema en orden a los condicionamientos culturales se vincula a la aceptación del error de comprensión exculpante, puesto que el error de prohibición o de conocimiento —el que recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva, la falsa suposición de un permiso que la ley no otorga o la falsa sumisión a una situación de justificación que no

<sup>140</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal...*, cit., nota 67, t. IV, p. 205.

<sup>141</sup> Tamarit, Josep M., *op. cit.*, nota 3, p. 441.

<sup>142</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal...*, cit., nota 67, t. IV, p. 200. En coincidencia, Francisco Muñoz Conde (*op. cit.*, p. 148) sostiene que la responsabilidad penal exige el *conocimiento* de la antijuridicidad o de las normas que la determinan, no el *reconocimiento* de ellas.

<sup>143</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal...*, cit., nota 67, pp. 450 y ss.

está dada—, no plantea mayores inconvenientes, debiendo remitirnos a los argumentos que en favor y en contra, con respecto a la ley argentina, se han desarrollado.

En lo personal afirmamos que si al autor, de acuerdo con sus pautas (personales, culturales, sociales), no se le podía exigir el conocimiento de la antijuridicidad de su acción —tenía una creencia equivocada de que el hecho no está prohibido, porque no conoce la norma jurídica o la conoce mal—, no se le puede reprochar la misma. Nos apartamos así de la concepción sustentada tradicionalmente por la doctrina argentina que, partiendo de la ficción de que la ley se presume conocida, no aceptaba el error de prohibición —“error *juris nocet*”— como relevante a los fines de excluir el reproche. Precisamente, el carácter exculpante surge del principio de que “no hay pena sin culpa”, que tiene raigambre constitucional,<sup>144</sup> implicando que si no se ha tenido conocimiento de que el actuar es contrario a la norma, no pudiendo motivarse en ella, rige el principio de libertad del artículo 19 de la Constitución nacional. Es materia de prueba acreditar la invencibilidad del error en relación con la limitación cultural, cuestión ajena, por tanto, a estas consideraciones.

Para un sector de la doctrina argentina la aceptación del error de comprensión en tanto el sujeto no se ha motivado en la norma, porque no ha internalizado la misma, se enfrenta con el verdadero sentido del artículo 34 del Código Penal, sosteniendo, en definitiva, que el criterio implica un sometimiento a un determinismo, en tanto niega al hombre la posibilidad de elegir entre lo bueno y lo malo.<sup>145</sup> Esta postura, con la que no concordamos, se fundamenta en la ficción de la existencia de valores absolutos, compartidos o aceptados por toda la sociedad, realidad que, con fundamentos varios, hemos rechazado; sin perjuicio, además, de los reparos que surgen de las actuales concepciones de la culpabilidad, alejadas de la relación determinismo-indeterminismo.

En este sentido entendemos que quien concreta una acción contraria al derecho condicionado culturalmente, no comprende que ella es mala, aun cuando conozca la prohibición. Son supuestos excepcionales en que, sin caer en una causal de inimputabilidad —el que actúa es “normal” dentro

<sup>144</sup> Herrera, Lucio Eduardo, *El error en materia penal*, Abeledo-Perrot, p. 116; Álvarez, Ricardo C. M., *Error y teoría del delito*, Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL.

<sup>145</sup> Laje Anaya, Justo, *Doctrina penal*, 1979, pp. 942 y ss.

de su propio espacio cultural—, no se le puede exigir que comprenda la criminalidad del acto, porque subjetivamente sus acciones son buenas o no son socialmente desvaloradas. Por el contrario, si el autor comprendiese la dañosidad de su conducta de acuerdo con su esquema cultural, el error desaparece para quedar comprendido dentro de la conciencia disidente en su caso, pudiendo tenerse en cuenta la mayor o menor dificultad en la internalización de la norma al momento de individualizar la sanción.

Por tanto, el condicionamiento cultural puede tener una solución a través del error de comprensión, reiterando no obstante que, desde nuestra perspectiva, la vía más apropiada es el de la justificación.

El nuevo Código Penal peruano, promulgado por decreto legislativo núm. 635 del 3 de abril de 1991, inspirado político-criminalmente en la aceptación de la diversidad cultural, y más allá del acierto de la fórmula consagrada en orden a la amplitud, recepta en su artículo 15 al error de comprensión cultural como eximente completa, en caso de no comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Igualmente consagra la atenuación de la pena cuando la posibilidad de comprensión se halle solamente disminuida.<sup>146</sup>

#### b. Estado de necesidad exculpante, coacción y miedo insuperable

Los casos en que la pertenencia a una cultura indígena no le hayan impedido al sujeto comprender la antijuridicidad de su conducta podrán, al igual que los supuestos de cultura disidente, no ser exigidos.

Si, pese a comprender la dañosidad de la acción, deciden obrar por la amenaza de sufrir un mal grave para ellos —como puede ser la simple, pero no menos importante (existencial) para el sujeto, exclusión de la etnia o grupo de pertenencia—, es posible considerar la solución del problema en el ámbito de la inexigibilidad a través del estado de necesidad, la coacción o del miedo insuperable, según la recepción legislativa de los institutos, siempre y cuando se den los demás requisitos para la procedencia de los mismos.

Los límites que nos hemos propuesto en el tratamiento del tema en el presente artículo impiden la profundización de los institutos menciona-

<sup>146</sup> Zúñiga Rodríguez, Laura, *Separata Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIV, fasc. II, p. 523.

dos, ricos tanto desde el plano de la discusión de su ubicación sistemática como de los particulares requisitos que hacen posible su utilización en la atribución de responsabilidad.

Ello, no obstante, no implica que sucintamente reafirmemos que es nuestro criterio el que en la apreciación de las circunstancias que hacen excusable el hecho deberá prevalecer un enfoque subjetivista —relacionado con las particulares vivencias del autor— que se aleje lo más posible de criterio objetivo del *hombre medio*, para lo cual es indispensable considerar su pertenencia a una cultura diversa. En síntesis, el baremo del *hombre medio* debería estar llamado a cumplir un rol muy limitado, casi nulo, en esta cuestión, si queremos mantener un estricto respeto por lo diverso.

### C. La culpabilidad material

Los modernos criterios de necesidad de pena o de responsabilidad social pueden asumir un rol trascendente en la solución del problema de la diversidad cultural.

Estando persuadidos de la necesidad del mantenimiento de la culpabilidad<sup>147</sup> como categoría limitadora de las consecuencias jurídico-penales, de acuerdo con la teoría de los fines de la pena, despojada de la connotación ética que implica el juicio de reproche, podemos intentar visualizar cuáles son los aportes que nos puede brindar en la búsqueda de alternativas a nuestra preocupación.

Respecto de la primera de las posiciones mencionadas, suponiendo que era posible exigir la realización de la conducta conforme a la norma, los criterios preventivistas pueden aconsejar la no atribución de responsabilidad penal, lo cual sería posible merced a que la comunidad entendería inadecuada la imposición de pena en estos casos por motivos preventivos generales o especiales, o porque no se advertiría su utilidad a los fines de mantener a los miembros de la sociedad en fidelidad al ordenamiento jurídico desde el punto de vista preventivista general estricto.<sup>148</sup>

<sup>147</sup> Claus Roxin (*Política criminal y estructura del delito*, PPU, p. 140) sostiene que el principio de culpabilidad no recarga al ciudadano sino que le protege de los fines preventivistas del Estado, quien podría imponer penas al margen de toda consideración de la misma.

<sup>148</sup> Ello no implica tomar posición en favor de tales tesis, sino simplemente el poner de resalto la creencia de que, dentro del marco conceptual de las mismas, es posible el

Roxin, al sostener que, por regla, la actuación por motivos de conciencia no puede dar lugar a la impunidad, con sustento en la merma esencial que sufriría el orden objetivo que es el derecho, acepta que en algunos casos la pena, cuyos fines sustentan su categoría de la responsabilidad, no sea indispensable frente al autor por convicción, por motivos preventivos generales y especiales, para mantener el orden social.<sup>149</sup>

La otra visión supone que el problema de la responsabilidad es siempre una cuestión de exigibilidad, que se ha de tamizar a través del rol social del sujeto.<sup>150</sup> En esta perspectiva, el bien jurídico apreciado desde la situación social que ocupa el autor tiene una enorme trascendencia, más aún en esta precisa y acotada temática.<sup>151</sup>

La idea de que al autor del hecho se le puede exigir una motivación en la norma sólo en la medida en que participe en la materia de prohibición<sup>152</sup> tiene suma trascendencia, como podrá apreciarse, en el tratamiento de la diversidad, toda vez que los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal por lo general carecerán de significación para la misma. Lo que puede ser trascendente y en consecuencia merecedor de tutela pe-

excluir la responsabilidad de los miembros pertenecientes a una cultura diversa a la hegemónica.

<sup>149</sup> Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Reus, pp. 89-92. Al pronunciarse sobre un fallo del Tribunal Constitucional Federal alemán que se había decidido por la impunidad del marido de una mujer —ambos pertenecientes a una religión que preconizaba la *oración* como medio curativo, estando en contra del tratamiento hospitalario—, y que al morir ésta había sido condenado por omisión de socorro, advierte que el mismo deja entrever con suficiente claridad que *no quiere admitir una causa de justificación, sino de inculpabilidad*.

<sup>150</sup> Fernández, Gonzalo, *El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal*, Secretaría de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL. Coincidentemente, Francisco Muñoz Conde (*op. cit.*, p. 121), al señalar que la culpabilidad no es un fenómeno individual sino social, recalca esta postura en rechazo de una posición individualista, afirmando que no hay culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás.

<sup>151</sup> El bien jurídico no sólo tiene importancia en la consideración de una visión distinta de la culpabilidad, igualmente puede ser relevante en la exclusión de la tipicidad. Por ejemplo el tipo de hurto (artículo 162 del Código Penal), en que la acción consiste en el apoderamiento *ilegítimo* de la *cosa ajena*, es de imposible comprensión para las etnias en las que la valoración de la propiedad es diferente —esencialmente comunitaria, valorándose negativamente la acumulación de riquezas—, por lo que los elementos normativos del tipo en cuestión nada les dirán, pudiendo dar lugar a un error de tipo.

<sup>152</sup> Fernández, Gonzalo, *op. cit.*, nota 150, quien cita a Muñoz Conde.

nal para la cultura eurocéntrica será, sin duda, de escaso o nulo valor para las etnias latinoamericanas.

### 3. *La diversidad cultural y su consideración en la medición de la pena*

Para quienes no compartan nuestra postura, el derecho penal reserva, en última instancia, la posibilidad de apreciar la diversidad en el momento de la determinación judicial de la pena y como una cuestión de menor culpabilidad frente al hecho, de conformidad con las pautas que proporcionan los artículos 40 y 41 del Código Penal argentino.

Vinculado al tema, Jescheck<sup>153</sup> dice: “...también la actitud interna del sujeto debe valorarse según las normas de la ética social (por ejemplo: actitud negativa respecto del bien jurídico protegido, etcétera). Todas estas valoraciones deben ser hechas conforme a la conciencia valorativa de la comunidad y no conforme a las ideas morales del juez o de una doctrina o tendencia filosófica determinada”.

La atenuación de la pena como consecuencia de haber obrado de acuerdo con las valoraciones de la diversidad es, creemos, el último recurso, aunque reconozco que no el más atrayente desde la perspectiva de la posición que se viene defendiendo, y se impone como corolario de una mínima valoración positiva, democrática, de la cultura distinta, de la dignidad humana, que lleva a la disminución de las necesidades preventivas.

## X. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Intentando contestar las interrogantes que nos formulamos al comienzo del presente trabajo y conscientes de la amplitud del tema, podemos intentar algunas conclusiones, dejando perfectamente aclarado que las mismas están signadas por la provisoriedad.

- 1) La cultura hegemónica no puede imponerse sin más a las culturas minoritarias o a las diferentes, las cuales deben respetarse en un sistema democrático. Para ello, en Latinoamérica, es definitivamente trascendente tener en cuenta, además, que la cultura de las etnias

<sup>153</sup> Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, t. II, p. 1209.

aborígenes es anterior a la eurocéntrica. Por tanto, no pueden inculparse conductas que las minorías étnicas o grupos sociales culturalmente delimitados no pueden cumplir en virtud de diferencias con sus pautas valorativas.

- 2) Consecuentemente, debe reconocerse vigencia a los sistemas de castigos que cada grupo posee, mientras no se afecten bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, orden público), evitando la doble punición.
- 3) Subsidiariamente, debe acudirse a la herramienta que nos proporciona la dogmática a través de la justificación, el error, el estado de necesidad, la coacción o el miedo insuperable, el concepto de culpabilidad material, para exculpar o disminuir la atribución de responsabilidad, determinando la pena conforme a la misma.