

José Daniel Cesano

Delito y diversidad cultural: Algunas reflexiones sobre el caso argentino

Introducción

1. Interdisciplinariedad

Expresaba, hace ya más de una década, Georges Gusdorf que la "(...) reivindicación interdisciplinaria aparece como una panacea epistemológica llamada a curar todos los males que afectan a la conciencia científica de nuestro tiempo."¹ Este proceso de encuentro y cooperación entre dos o más disciplinas que entraña la interdisciplinariedad², no ocurrió, por cierto, a un ritmo parejo. En efecto, limitándonos a las Ciencias Sociales, es de advertir que, en algunos ámbitos, las bondades de la interdisciplinariedad fueron prontamente asimiladas. Así, la Historia como ciencia, inició sus contactos interdisciplinarios (con la sociología, la economía, la antropología, la politología, etc.) en forma temprana³. Las Ciencias Jurídicas, en cambio, fueron más refractarias. Acotando el desarrollo al medio académico argentino, es posible afirmar que fue recién a partir de las investigaciones del Profesor Fernando Martínez Paz⁴ que ha comenzado a reflexionarse sobre la necesidad de elaborar, a partir de la renovación de los estatutos epistemológicos, un *modelo jurídico multidimensional*.

¹ Cfr. Georges Gusdorf, "Pasado, presente y futuro de la investigación interdisciplinaria", en: AA. VV., "Interdisciplinariedad y Ciencias Humanas", Tecnos/Unesco, 1983, pág. 32.

² Según la definición de Tom Bottomore (Cfr. "Interdisciplinariedad y Ciencias Humanas", op. cit., pág. 11) se trata de un proceso de "encuentro y (...) cooperación entre dos o más disciplinas, aportando cada una de ellas (en el plano de la teoría o de la investigación empírica) sus propios esquemas conceptuales, su forma de definir los problemas y sus métodos de investigación".

³ En efecto, en lo que antes se denominó "Europa Occidental", estos encuentros interdisciplinarios (entre la Historia y las demás Ciencias Sociales), tuvieron lugar, sobre todo, a partir de 1955 y, se desarrollaron, más concretamente, alrededor de la llamada *Escuela de los Annales*. Como atinadamente lo describe Geoffrey Barraclough: "Uno de los puntos centrales del programa de la escuela de los Annales es el de una demanda insistente para que se ensanchen las dimensiones de la Historia y se amplíe la visión del historiador. Esta exigencia era común tanto a Bloch y a Febvre como a sus seguidores de la segunda generación, especialmente a Fernand Braudel, que sucedió a Febvre, en 1956, como director del departamento de ciencias sociales y económicas en la 'Ecole pratique des Hautes Etudes', y a Charles Morazé. (...) La nueva historia, insistía Febvre, tiene que emanciparse de los documentos y de las limitaciones que éstos imponen. Debe utilizar todos los instrumentos del hombre – el lenguaje, los signos, los datos del campo, los sistemas de sembrado (...) y cualquier otro recurso aprovechable. Debe, en resumen, *abrirse a los descubrimientos y métodos de otras disciplinas – geografía, economía, sociología, psicología (...)*" (Cfr. "Corrientes de la investigación en las Ciencias Sociales", Vol. 2, Edit. Tecnos/Unesco, Madrid, 1981, pág. 337/338. El énfasis nos pertenece).

⁴ Entre las obras del Profesor Martínez Paz destacamos, por su valor específico en este tema, las siguientes: "El mundo jurídico multidimensional" (con la colaboración de Daniel P. Carerra), Edit. Advocatus, Córdoba, 1996 y "La enseñanza del derecho (modelos jurídico-didácticos)", Mateo García Ediciones, Córdoba, 1996. En forma más reciente, se inscribe en esta orientación, Carlos Julio Lascano (h.), "Nuevas perspectivas en la enseñanza del derecho penal", Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, N° 78, Lerner, Córdoba, 1998.

Refiere Martínez Paz que en las sociedades contemporáneas la situación de la ciencia jurídica ha sido caracterizada, entre otros aspectos, por un "(...) cuestionamiento cada vez mas generalizado (...) [por la utilización] de los modelos que afirman la exclusividad del conocimiento jurídico entendido como lo concibe la dogmática tradicional"⁵. Como un modo de contrarrestar tales cuestionamientos, han surgido distintas propuestas entre las que, cabe resaltar, aquella que "propone una apertura a la interdisciplina debido a la necesidad de imprimir una dinámica diferente a las estructuras tradicionales del conocimiento jurídico"⁶. En otras palabras: "El aislamiento tradicional del derecho y la concepción estática de sus disciplinas, han dificultado el progreso y el desarrollo de la ciencia jurídica. Y hoy, frente a la necesidad de dar respuesta a los múltiples y complejos problemas del derecho, surge el reclamo de abrirlos a las relaciones interdisciplinarias. Se propone, entonces, un pluralismo metodológico que le asigne nuevas responsabilidades al jurista en la tarea de revisar los distintos niveles, objetos y dimensiones de los saberes jurídicos. Lo cual reclama un análisis de la relación interdisciplinaria y de las interacciones de las disciplinas comprometidas en las dimensiones de este modelo. La apertura metodológica y la dinámica de las estructuras del conocimiento, requiere tener en cuenta aspectos como la comunicación de conocimientos, la integración de los conceptos y la discusión de los principios epistemológicos y de los métodos"⁷.

2. Propósitos del trabajo

De conformidad a los fundamentos epistemológicos vertidos en el apartado anterior, esta contribución

pretende analizar el fenómeno de la incidencia de la diversidad cultural en el derecho penal, desde una perspectiva que pretende aunar aportes de distintos campos del saber. De esta manera, el marco normativo (propio del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho constitucional y del derecho penal) se expondrá alumbrado a partir de los aportes propios de la antropología cultural y de la política jurídica; entramado científica que hará las veces de matriz en la cual, aquellos conceptos normativos, deben encontrar su natural inteligencia.

⁵ Conf. Martínez Paz, "El mundo jurídico multidimensional", op. cit., pág. 12. Este cuestionamiento de la dogmática, empero, no puede ser llevado al paroxismo de su superación. Ello por cuanto, como bien lo recuerda Enrique Gimbernat Ordeig: "Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un derecho penal del que – por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico – se desconoce su alcance y su límite" (Confr. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico – penal?", en: "Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho", Libro homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Bs. As., 1970, págs. 518–519).

⁶ Conf. Martínez Paz, "El mundo jurídico multidimensional", op. cit., pág. 13.

⁷ Conf. Martínez Paz, "El mundo jurídico multidimensional", op. cit., pág. 36–37.

Un enfoque jurídico de la diversidad cultural: a modo de propedéutica

1. El marco Constitucional

En los últimos años es dable observar importantes cambios experimentados en el ambiente legal y político de los países latinoamericanos, representados por el reconocimiento, en diversos documentos constitucionales, del carácter multiétnico de sus sociedades⁸.

Dichos textos constitucionales⁹, comenzaron a reconocer algunos derechos colectivos de los grupos étnicos que habitan su territorio: el uso del lenguaje nativo¹⁰; la protección de su cultura¹¹; el derecho a la propiedad de la tierra que constituye su hábi-

⁸ Estos cambios, según Rodolfo Stavenhagen (Cfr. "Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales", *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, N° 3, Octubre de 1995, pág. 126) se explican "como resultado de las presiones y movilizaciones de los pueblos indígenas". Por su parte, Edelberto Torres – Rivas, enumera cuatro factores que han determinado este proceso: a) el fracaso, constatado por diversos gobiernos de América Latina, de las políticas indigenistas que venían instrumentando; b) la necesidad de una integración social y nacional, para poder articular procesos de desarrollo con cierto éxito, en este final globalizado de siglo; c) la dimensión política que adquiere el problema de la "exclusión indígena" y d) la toma de conciencia por parte de los organismos de Naciones Unidas, de gobiernos extranjeros y de Organizaciones no gubernamentales internacionales, a favor de los derechos humanos, en general y de los indígenas particularmente (Cfr. "Consideraciones sobre la condición indígena en América Latina y los derechos humanos", *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T° V, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1996, pág. 408 – 409).

Existen, empero, algunos textos constitucionales que omiten consideraciones de esta índole. En este sentido, Vid. las Constituciones Políticas de: Chile, Haití, Uruguay, República Dominicana, Costa Rica y Cuba. Ello, sin embargo, no significa que, en algunos de estos Estados, la cuestión no haya merecido una, incluso, detallada regulación infraconstitucional. Así, por ejemplo, el caso de Chile (Confr., al respecto, Torres – Rivas, op. cit., pág. 415).

⁸ Para los textos constitucionales utilizamos la obra "Constituciones Latinoamericanas", Coedición de la Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones jurídicas) y Fondo de Cultura Económica (con estudio preliminar de Humberto Quiroga Lavié), XXI volúmenes, México, 1994. Para los textos posteriores a esta edición, utilizamos como fuente, al trabajo de Torres – Rivas, op. cit., pág. 408 – 415.

⁹ Para los textos constitucionales utilizamos la obra "Constituciones Latinoamericanas", Coedición de la Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones jurídicas) y Fondo de Cultura Económica (con estudio preliminar de Humberto Quiroga Lavié), XXI volúmenes, México, 1994. Para los textos posteriores a esta edición, utilizamos como fuente, al trabajo de Torres – Rivas, op. cit., pág. 408 – 415.

¹⁰ Así: Ecuador, art. 1°, párrafo 3°, 2da. disposición: "El Quichua y las demás lenguas aborígenes forman parte de la cultura nacional". Por su parte, el art. 27, párrafo 9° dispone: "En los sistemas de educación que se desarrollen en las zonas de predominante población indígena, se utilizará como lengua principal de educación el Quichua o la lengua de la cultura respectiva; y el castellano, como lengua de relación intercultural". Disposiciones similares a las normas transcriptas se encuentran en último término en los textos de: El Salvador (art. 62, párrafo 2°) y Guatemala (art. 76, 2° párrafo).

¹¹ Una cláusula general, con esa finalidad, puede observarse en la Constitución Política de la República de Honduras, art. 173: "El Estado preservará y estimulará las culturas nativas (...)".

tat¹² y, en algunos casos, el reconocimiento a la utilización de su derecho consuetudinario o de su costumbre jurídica¹³.

En este proceso de cambio se inscribe, precisamente, la reforma Constitucional que tuvo lugar en Argentina en 1994¹⁴.

Los distintos aspectos que pueden resultar de interés para el tema analizado, hacen aconsejable desdoblar su estudio en dos cuestiones: una, se vincula con la interpretación del art. 75, inciso 17, párrafo 1° de la C.N.; la otra, en cambio, se relaciona, más puntualmente, con la incidencia que, la nueva norma, habrá de producir sobre el sistema jurídico-penal.

¹² Incluyen disposiciones sobre el régimen de propiedad de la tierra, las Constituciones de: Perú, art. 89, párrafo 2°; Brasil, art. 231; Nicaragua, art. 89, párrafo 3°; etc.

¹³ Así lo hacen las Constituciones de: Paraguay, art. 63, disposición final: "En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena"; Colombia, art. 246: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional"; México, art. 4, párrafo 1°, disposición final: "(...) En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos (indígenas) sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley". Según Torres – Rivas (op. cit., págs. 413–414), la Constitución de Bolivia de 1994, incluye también, esta posibilidad.

¹⁴ Un primer paso en el reconocimiento de los derechos de los grupos étnicos que habitan el territorio argentino lo dio el Congreso de la Nación al sancionar la ley 24.071, que aprueba el Convenio n° 169 de la O.I.T. sobre "Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes". Curiosamente, sin embargo, *tal documento internacional no había sido ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional*, por lo menos, hasta el mes de Enero de 1996 (Cfr. Juan Antonio Travieso, "Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina", Eudeba, Bs. As., 1996, pág. 171, nota n° 16. No contamos con información posterior a esta fecha por lo que, en la actualidad, no podemos precisar sí, tal ratificación ha sido realizada). Las consecuencias que se derivan de esta falta de ratificación son trascendentes desde que, al no existir este acto (ratificación), el Convenio aprobado *no genera obligaciones para el gobierno nacional ni eventuales responsabilidades internacionales*. Ello así por cuanto, la ratificación, como acto internacional vinculante para el Estado, no debe ser confundida con la "aprobación" por parte del Poder Legislativo Nacional, toda vez que, ésta última ("aprobación"), sólo tiene por efecto autorizar al Poder Ejecutivo a ratificar el Tratado en sede internacional. Como lo dijo el Ministro Antonio Boggiano, al fundar su voto in re "*Recurso de hecho deducido por los actores en la causa 'Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica C/ Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto'*" (C.S. J. N., Causa F° 284 – XXVI, 4 – XII – 1995): "(...) con la aprobación de un tratado el Congreso participa en el acto federal complejo en el cual el Poder Ejecutivo concluye y firma el Tratado, el Congreso Nacional lo desecha o aprueba y el Poder Ejecutivo Nacional lo ratifica (art. 75, inc. 22 y art. 99, inc. 11 de la C.N.). Pero en este acto complejo federal la participación del Congreso, aunque es necesaria, no es definitiva. En nuestro régimen constitucional, es el Poder Ejecutivo, en representación de la Nación, quien ejerce competencias constitucionales exclusivas para asumir obligaciones internacionales por la decisión de ratificar los tratados internacionales (arts. 27 y 99 inc. 1 y 11 de la C.N.)". Las Consideraciones señaladas (según el mismo voto) son también, de estricta aplicación, en el caso de Convenios celebrados en el marco de la O.I.T. Desde el punto de vista del Derecho Internacional público, la ortodoxia de esta interpretación, no parece discutible (Cfr., al respecto, Moncayo – Vinuesa – Gutiérrez Posse: "Derecho Internacional Público", Edit. Zavalía, Bs. As., 1994, T° 1, pág. 64–65).

A) Dispone el art. 75, inciso 17, párrafo 1° de la C.N. que: "Corresponde al Congreso: (...) Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos"¹⁵.

¿Qué alcance interpretativo debe dársele a este precepto?

El estudio de la doctrina constitucional que se ha ocupado de este texto¹⁶ pone al descubierto, al menos, dos posturas:

a) Gonzalo Segovia y Juan Fernando Segovia plantean la cuestión interpretativa en estos términos:

*(...) o se trata del reconocimiento de un hecho histórico, que por ello no tiene más valor que el de una declaración que repara una injusticia pasada; o bien se trata de la admisión de un pueblo o conjunto de pueblos poseedores de un estatus jurídico distinto del de los demás ciudadanos argentinos. El tenor literal del artículo induce a la última interpretación y, en tal supuesto, se estaría admitiendo la existencia de 'otra Nación' dentro de la Nación Argentina*¹⁷.

Y, enseguida, los autores critican el precepto:

La preexistencia de cualquier grupo, que vaya más allá de lo declarativo, supone una alteración inequívoca de las bases fundacionales del Estado Argentino, porque se estaría violando la 'unidad nacional' de la que habla el preámbulo. El pluralismo democrático no puede llegar al extremo de convertirse en fuente de separatismo o secesionismo: se distingue para unir (...) y no para separar. (...) [L]a idea de la preexistencia (...) se introduce como ariete del reclamo ulterior de libre determinación de los

¹⁵ Expresa Ariel E. Dulitzky ("Los tratados de derechos humanos en el Constitucionalismo iberoamericano", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Estudios Especializados de Derechos Humanos I, San José, Costa Rica, 1996, pág. 130) que en materia de derechos humanos "(...) cada vez con mayor énfasis, derecho internacional y derecho interno interactúan, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de las libertades fundamentales (...). No sorprende pues, que las constituciones contemporáneas reflejen esta realidad. No solamente tomando como fuente de inspiración a las normas internacionales, o concediendo un tratamiento especial o diferenciado en el plano interno a los derechos o libertades internacionalmente reconocidos". Nuestro País no permaneció ajeno a este proceso, a partir de la reforma Constitucional de 1994 que estableció la *jerarquía Constitucional* para una serie de documentos internacionales que se enumeran en el nuevo art. 75 inc. 22. Entre estos instrumentos internacionales, existen dos que reconocen (entre otras garantías y libertades) el *derecho a la diversidad cultural*. Concretamente, el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 30 de la Convención sobre los derechos del niño. Tales normas, enfatizan aún más la manda del art. 75 inc. 17, desde que – como, acertadamente, lo reconoce Germán Bidart Campos (Cfr. "Los derechos de los 'pueblos indígenas argentinos'", L.L. 1996 – B, pág. 1207) *tienen la misma "ratio"*.

¹⁶ Los autores, en términos generales, han señalado la gran "imprecisión" de la norma. Así, Carlos A. Vera Barros, "Los derechos de los indígenas en la reforma de la Constitución", en: Asociación Argentina de Derecho Constitucional, "Comentarios a la reforma Constitucional", Bs. As., pág. 203. Igual concepto, Horacio Daniel Rosatti, "Status constitucional de los pueblos indígenas argentinos", en: AA.VV., "La reforma de la Constitución", Edit. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 200.

¹⁷ Cfr. Segovia – Segovia, "La protección de los indígenas", en: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, "Derechos Constitucionales de la reforma de 1994", t° I, Edit. Depalma (distribución), 1995, pág. 334. Igual criterio, Miguel A. Ekmekdjian, "Tratado de Derecho Constitucional", t° IV, Edit. Depalma, Bs. As., 1997, págs. 532–533.

indígenas como 'presunto derecho de primeros ocupantes de los territorios que poseen'. Este último aspecto (...) plantea varios conflictos como los '(...) derivados de la competencia entre el derecho positivo de la sociedad nacional y el consuetudinario de las comunidades indígenas o entre la práctica de creencias que conduzcan a actos reñidos con los usos y costumbres de las poblaciones blancas'. Hubiera sido deseable, por todo esto – concluyen –, obviar el asunto de la preexistencia, ya que no es materia constitucional sino histórica, de la que pueden deducirse – una vez consagrada – consecuencias inesperadas por los convencionales¹⁸.

- b) Una lectura diferente del precepto realiza Germán Bidart Campos. En efecto, para este autor, la cláusula Constitucional – a la que asigna una "aplicabilidad práctica importante" – tiene el siguiente significado:

Que étnica y culturalmente hayan preexistido los pueblos indígenas implica que, negativamente, es inviable desconocer o contrariar la herencia que hoy se acumula en sus comunidades y en nuestra sociedad toda; positivamente, quiere decir que, más allá de no destruirla o socavarla, hay que promoverla. El Congreso, en ejercicio de la competencia que surge de la norma comentada, tiene el deber de no tornarla inocua y de conferirle desarrollo en cuanto ámbito resulte posible¹⁹.

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

Frente a este panorama creemos necesario fijar nuestra postura. Para ello, procederemos de la siguiente manera: en primer lugar nos ocuparemos de las objeciones que se le han formulado a la cláusula, para luego, profundizar los alcances de la opinión sintetizada sub-b.

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

La tipología de términos constitucionales, relevantes para la interpretación de una Ley Fundamental, ha dicho Jerzy Wróblewski²⁰, distingue: *términos descriptivos, cuasidescriptivos y valorativos*. La cláusula en examen, a nuestro juicio, responde a una naturaleza descriptiva, con lo cual, no vemos necesidad de apartarnos del sentido que se deriva de su propia estructura lingüística. Al ser esto así, adscribimos a la siguiente observación del Profesor Bidart Campos:

(...) hubo quienes pensaron que 'pueblo', en plural, podía incitar a la desmembración o desintegración, por aquello de que en el derecho internacional se ha hecho

¹⁸ Cfr. Segovia – Segovia, op. cit., págs. 334–335. De la misma opinión, Ekmekdjian, op. y loc. cit., en nota anterior.

¹⁹ Cfr. "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. La reforma Constitucional de 1994", tº VI, Edit. Ediar, Bs. As., 1995, págs. 371–372.

²⁰ Cfr. Jerzy Wróblewski, "Constitución y teoría general de la interpretación jurídica", Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, pág. 106.

*corriente la locución 'autodeterminación de los pueblos'. No es este el alcance con que se ha incorporado la palabra, porque añade el adjetivo 'argentinos', lo que, a más de dar la pauta integrativa (en cuanto a territorialidad y nacionalidad) presupone que, como pueblos, hacen y son parte de nuestra sociedad. Tal vez (...) 'pueblo' sería aquí equivalente a población y, con ese sentido, los 'pueblos aborígenes argentinos' vienen a definir los sectores de población o comunidades grupales que componen al conjunto humano que es elemento de nuestro Estado*²¹.

Al argumento anterior, se añade otro de tipo sistemático. Esta forma de argumentar consiste en ver si determinado enunciado normativo se ajusta sin contradicciones a otro u otros enunciados dogmáticos que conforman el sistema²². En este caso, lo que debe verificarse es sí, la interpretación propiciada por la tesis que criticamos, no entra en colisión con otros preceptos constitucionales. Y la respuesta *es positiva*. En efecto, el propio art. 75 inc. 17, en su párrafo 2º, 2ª disposición, reconoce a los pueblos indígenas, "la personería jurídica". Tal reconocimiento

*(...) disipa la noción de que esta personalidad jurídica colectiva pudiera significar algo así como erigir 'estados' dentro del estado, o segmentar a éste en parcialidades dislocadas. Que las comunidades indígenas obtengan personalidad jurídica como tantas otras agrupaciones y entidades colectivas implica admitir su organización, acorde con las características propias de tales sujetos de derecho pero, a la vez, con la peculiaridad asociativa que les imprime la índole indigenista*²³.

Tampoco compartimos la postura según la cual, el precepto en estudio, resulte objetable por las consecuencias ulteriores que pueda generar. Así, entre las consecuencias disvaliosas que se señalan, los autores ponen énfasis en la siguiente: ¿qué sucedería si se presenta un conflicto intercultural; Vgr. "entre normas jurídicas de orden público y normas jurídicas indígenas (ya sea derivadas de la costumbre o bien creadas por 'órganos tribales')"?²⁴.

A ver nuestro, este "temor" no es un elemento de peso para desacreditar la norma; o, por lo menos, no lo es a la luz de una *teoría de los Derechos Fundamentales, entendida como teoría estructural*²⁵. En efecto, los derechos culturales son adscriptos a grupos y a veces directamente a la cultura de la minoría como objeto que se considera holísticamente dotado de un valor intrínseco. Empero, estos derechos,

*(...) deben ceder si entran en contradicción con los derechos liberales, que son una expresión pragmática de la autonomía de los individuos y del valor que hay que atribuir a cada uno de ellos en cuanto ser único e irrepetible*²⁶.

²¹ Bidart Campos, "Tratado...", op. cit., Tº VI, pág. 372.

²² Sobre la interpretación sistemática, Cfr. Robert Alexy, "Teoría de la argumentación jurídica", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 251 y sgs.

²³ Cfr. Bidart Campos, "Tratado...", op. cit., Tº VI, pág. 373.

²⁴ Conf. Ekmekdjian, op. cit., pág. 533.

²⁵ Utilizamos la expresión en el sentido en que la emplea Robert Alexy en su trabajo "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 39.

²⁶ Conf. Paolo Comanducci, "Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado", en : Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Nº 3, Octubre de 1995, pág. 41.

Dicho con otras palabras: los derechos de una comunidad a la preservación de sus costumbres y tradiciones no significa que, a su amparo, se autorice a disminuir o violar los derechos individuales, ya sea de alguno de sus propios miembros²⁷, ora de quienes, aun cuando no formen parte del grupo, se encuentren en contacto con él.

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

Nos parece apropiado para este cometido apelar al siguiente pasaje de la obra del autor (en donde vincula el primer párrafo del inciso en análisis con la primera disposición del segundo):

El Congreso – dice Bidart Campos – debe garantizar a los pueblos indígenas el respeto a su identidad, o sea, a integrarse con sus diferencias, en la mismidad de sus perfiles; respeto a la identidad es equivalente a derecho a un tratamiento igualitario sin pérdida ni renuncia de la identidad apuntada o, si se prefiere, a ser diferente de los demás para ser igual a sí mismo²⁸.

B) A partir de la incorporación de este nuevo artículo, es prudente que reflexionemos en torno al siguiente interrogante: la nueva norma Constitucional ¿tiene alguna incidencia o proyección sobre el sistema jurídico – penal en particular?

Interpretamos que sí. Es que, sostener que, pese a la reforma Constitucional, el orden jurídico sigue siendo el mismo que el vigente con anterioridad a aquélla, importaría tanto como negar la reforma misma, o bien, paradójicamente, aceptarla para no cumplirla²⁹.

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

Tentativamente³⁰, las podemos esbozar de la siguiente manera:

a) Cuando dentro de la comunidad, uno de sus miembros, realiza una conducta que es reprochable tanto dentro del sistema de valores del grupo como por parte del derecho penal ordinario, tal conducta delictiva debería ser juzgada y sancionada **exclusivamente** por el derecho consuetudinario propio de aquélla. Obviamente, esto no significa que, frente a determinadas normas culturales que importen permisiones extrañas - *por*

²⁷ Conf. Stavenhagen, op. cit., pág. 120, quien ejemplifica con el caso de la mutilación sexual de las niñas en algunas sociedades africanas. Precisamente, con relación a esta práctica, expresa Comanducci (op. y loc. cit. en nota anterior): "Debiendo escoger entre el interés de la niña africana a no sufrir una operación mutilante como la escisión del clítoris, y tener así la opción de vivir una vida de mujer 'occidental emancipada', o sí sufrir voluntariamente esa operación para vivir así como mujer perteneciente a la propia tradición cultural; y el interés del grupo a mantener la propia identidad cultural mediante la preservación de sus costumbres ancestrales; entre estos dos intereses, entre estos dos valores, yo no tengo dudas: debe prevalecer el primero".

²⁸ Cof. Bidart Campos, "Tratado...", op. cit., T° VI, pág. 373.

²⁹ La idea la formula en términos similares, Daniel P. Carrera, "Ética - cultura - Derecho. (Comentario a un fallo)", en "Anales". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", Año 1996, pág. 194.

³⁰ Decimos "tentativamente" porque no desconocemos las dificultades que entraña determinar estas proyecciones. Plantea distintas hipótesis problemáticas, que evidencian lo espinoso de la cuestión, Jorge De la Rúa, "La codificación penal latinoamericana", Lerner Editores Asociados, Bs. As., 1983, págs. 21-23.

la naturaleza particular de la valoración que la sostiene - al sistema normativo "oficial"³¹, éste deba permanecer inactivo³². Ello puede observarse, sobre todo, cuando la inactividad del derecho comunitario pueda afectar el núcleo de derechos humanos básicos universales (de todas las personas, en todas las circunstancias), como Vgr., ocurre con el derecho a la vida o a la integridad física. En tales hipótesis (y más allá de que, como una segunda proyección que luego analizaremos, el derecho penal "oficial" deba tener en cuenta las circunstancias derivadas de la pertenencia a un grupo cultural, al tiempo de resolver el conflicto), entendemos que no es posible eludir la intervención de aquél sistema.

b) Una segunda proyección se vincula con la necesidad de considerar,

con un tratamiento jurídico diferenciado, aquellas situaciones en las que, la conducta desplegada por el miembro de la comunidad no sea considerada delictiva en su cultura (pero sí, para el Derecho Penal "oficial")³³ o, siendo, también desaprobada en general en su ámbito, en el caso particular no lo sea por razones culturales (hipótesis enunciada sub - a), siempre que, en este último caso, afecte un derecho humano básico.

³¹ Utilizamos esta expresión, simplemente con una finalidad distintiva, neutra de todo tipo de valoración.

³² Así, por ejemplo, casos de homicidio de " brujos malos", que menciona Eugenio Raúl Zaffaroni ("Tratado de Derecho Penal. Parte General", Edit. Ediar, Bs. As., 1982, t° 4, pág. 201 y sgs) o, los recordados por Gladys Yrureta (Cfr. "El indígena ante la ley penal", Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981, págs. 71-72). En tales casos, el sistema consuetudinario puede quedar inactivo lo que, evidentemente, resulta objetable por los argumentos que exponemos en el mismo texto. Quizá, el lector podrá cuestionar el ejemplo al que apelamos, por lo menos, en nuestro país. Sin desconocer que, estas hipótesis no son frecuentes, permítasenos reproducir el siguiente documento etnográfico: "Conocimos el caso de un hombre que por motivos circunstanciales riñó con un *tojéex*. Pocas semanas después, la esposa de ese hombre enfermó y murió. El grupo familiar coincidió en afirmar que el causante del deceso era el *tojéex* que había disputado con el esposo de la occisa. Unos días después, el hombre, munido de un fusil (...) buscó al *tojéex* y lo ejecutó"(Cfr. Alfredo Tomasini, "El 'empedramiento': una venganza ritual de los indios nivaklé del Chaco", "Anales de Arqueología y Etnología", Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Filosofía y letras, Años 1983 - 1985, N° 38/40, segunda parte, pág. 319) . Aclaremos que - según este autor -, esta conducta (matar) era considerada, dentro de la comunidad, como "(...) una venganza justa, que encuentra su fundamento en una Lex talionis no formulada, cuya consecuencia será la muerte del ofensor" (Vid. pág. 318).

³³ En J. A. 1958 - III, pág. 570 y sgs., se registra un caso que tuvo lugar en el paraje "Boquete Nahuelpán" (Provincia de Santa Cruz). Se trataba de una causa seguida por el delito de estupro por concubito entre una menor y su abuelo. El imputado fue absuelto apelando el Juez, para ello, a un verdadero subterfugio: la deshonestidad de la víctima. Es de destacar, sin embargo, de allí que traigamos a colación el caso (a título ejemplificativo de conductas que, dentro del grupo, no son delictivas pero sí para el sistema penal oficial) la siguiente afirmación contenida en el fallo: "El abuelo hombre de 72 años, indígena según lo expresa al proveyente en la audiencia de 'visu' vió a sus mayores hacer lo mismo, vivir con sus hijas, el hermano con la hermana, hábitos ancestrales y atávicos de su raza" (vid. pág. 572).

2. Derecho Penal y diversidad cultural: esquema de algunas propuestas de solución para un tema conflictivo

Tanto desde el punto de vista de la política criminal como de la dogmática (desenvuelta a partir de desarrollos legislativos concretos), se han postulado distintas propuestas de solución para este conflictivo problema. Una sistematización (coherente, por lo demás, con las proyecciones que, a nuestro juicio, se derivan de la nueva norma constitucional) nos permite distinguir, *por su dirección, que estas soluciones se han orientado:*

a) A evitar la persecución penal del Estado a través de la incorporación de principios que, basados en el reconocimiento de la existencia de un sistema consuetudinario que permite la solución del conflicto dentro de la comunidad (y con sus propias normas), permita inhibir el ejercicio de la acción penal pública o, si esta ya se hubiera iniciado, extinguirla;

b) Proponer un tratamiento jurídico diferenciado al hecho delictivo cometido por el miembro de una comunidad; sea ya, excluyendo el concepto jurídico de delito, por defecto de uno de sus elementos (Vgr. causa de inculpabilidad por error), ora, teniendo en cuenta, las particularidades culturales derivadas de la pertenencia al grupo como correctivo (atenuación) para la imposición de la sanción.

B) Soluciones vinculadas con la inhibición o extinción de la acción penal

a) Los grupos étnicos poseen de acuerdo a su cultura un sistema de sanciones o composicional propio. En tales casos, la sanción estatal representa una doble punición por un mismo hecho, pues si la persona que pertenece a un grupo étnico o cultural con su propio sistema de sanciones recibe una pena estatal, esto no hace que pueda eludir la del propio grupo. "Por ello – afirma Eugenio Raúl Zaffaroni - se hace necesario, en estos supuestos, que cuando haya tenido o vaya a tener lugar una sanción o una solución composicional conforme a las pautas tradicionales, pueda extinguirse o no entablarse la acción penal (...), salvo que la solución resulte inaceptable para el reconocimiento de la dignidad de la persona humana"³⁴.

b) De hecho, esta propuesta de solución, ya ha encontrado concretizaciones normativas; las que, en algunos casos, son derecho vigente y, en otros, aún están en estado de proyecto.

b.1: Como ejemplo de las primeras (derecho vigente), puede mencionarse la regulación establecida por el novísimo Código Procesal Penal de la República del Paraguay (sancionado el 18 – VI – 1998 y promulgado el 8 - VII – 1998)³⁵.

Dentro del título Segundo ("Acción Penal") se encuentra el artículo 27, que se refiere a nuestro tema, de la siguiente manera:

(...) se extinguirá la acción penal cuando se trate de hechos punibles que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros y tanto el imputado como la víctima o, en su caso, sus familiares, acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho con-

³⁴ Confr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina" (Informe final) – Eugenio Raúl Zaffaroni, Coordinador -, Edit. Depalma, Bs. As., 1986, págs. 57–58.

³⁵ Utilizamos la edición de "Bibliográfica Jurídica Paraguay S.R.L.", Asunción, 1999.

*suetudinario. En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que se declare la extinción de la acción penal ante el juez de paz. El juez de paz – concluye la norma – convocará a la víctima o a sus familiares, al imputado, al representante del ministerio público y a los representantes legales de la comunidad o, cuando ellos no hayan sido nombrados, a seis miembros de la comunidad elegidos por la víctima y el imputado, a una audiencia oral dentro de los tres días de presentada la solicitud, con el fin de verificar si se reúnen los requisitos previstos en este artículo y en la Constitución Nacional*³⁶.

b.2: Sin llegar a ser, todavía, derecho positivo, en una línea similar se ubica lo preceptuado por el artículo 40 del Anteproyecto de Código Procesal Penal para la Provincia del Neuquén³⁷.

En rigor, el texto proyectado, es casi idéntico al del artículo 27 del Código Procesal Penal del Paraguay que recién transcribiéramos. Por lo menos en lo que se refiere a sus párrafos 1° y 2°. Difiere, sin embargo, por el contenido del párrafo 3°. En efecto, a diferencia del texto paraguayo, el proyecto neuquino no efectúa una reglamentación del trámite procedimental que debe llevarse a cabo a los fines de instrumentar el instituto, sino que se limita, en ese párrafo (3°), a excluir la aplicación de la norma en aquellos casos en que, el delito cometido, sea un homicidio doloso o un delito agravado por el resultado muerte.

Más allá de la loable finalidad perseguida – de la que nadie, seriamente, puede dudar – el texto proyectado puede ser objeto de cuestionamientos de carácter constitucional. Brevemente nos ocuparemos de estas críticas:

b.2.1: Para un importante sector de la doctrina nacional, la materia referida al ejercicio de las acciones que nacen del delito (pretensión punitiva estatal) participa de aspectos que son tanto de naturaleza penal (derecho sustantivo) como procesal (derecho realizativo). Quizá haya sido Sebastián Soler quien señalara de manera más clara esta particularidad:

El estudio de las fases en que esa acción de los distintos órganos del Estado se desarrolla, para alcanzar el fin señalado, integra el campo del procedimiento penal; pero siendo la acción penal un poder absolutamente limitado en su contenido por las figuras jurídicas delictivas, se hace necesario distinguir algunas condiciones y formas bajo las cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectiva. Esas condiciones y límites, naturalmente, no son normas procesales, sino penales, porque contienen autolimitaciones de la pretensión punitiva, con las cuales la ley de fondo

³⁶ Si bien no está regulado legislativamente, en Costa Rica, se registra un caso de conciliación (con la consiguiente paralización del proceso iniciado ante el sistema de Justicia Oficial) por el delito de usurpación. Al respecto, Vid. Elías Neuman, "Mediación y conciliación penal", Edit. Depalma, Bs. As., 1997, págs. 123–125.

³⁷ Se ha publicado una versión preliminar del texto del anteproyecto. Confr.: "Documento de trabajo. Anteproyecto del Código Procesal para la Provincia del Neuquén. Convenio T.S.J. – Inecip., para la reforma Procesal Penal", Establecimientos Gráficos Flamini Impresiones, Neuquén, 1999.

*fija a la pretensión punitiva una especie de vida; distintos modos de nacimiento y extinción*³⁸.

La precisión de este aspecto (naturaleza de la acción) no constituye, por cierto, una cuestión teórica. Por el contrario, el tema cobra importancia significativa en nuestro sistema jurídico debido a la forma de Estado que adoptara la Constitución Nacional (esto es: federal, art. 1°), ya que, con arreglo a la misma, corresponde al Congreso de la Nación dictar la legislación de fondo, en tanto la materia procesal se encuentra reservada a las provincias, las que no pueden ejercer el poder delegado a la nación (art. 126 C.N.)³⁹.

Al ser esto así, para quienes comulgan con esta tesis, no podrá haber duda respecto a que, introducir en un Código Procesal, como lo hace la norma proyectada, un nuevo mecanismo que, en definitiva, permita la extinción de la acción penal, importa, lisa y llanamente, invadir esferas de competencia propias del Congreso Nacional, desde que, el precepto referido, al incidir sobre uno de los extremos de la "biología de la acción" (concretamente, su extinción) debe ser considerado como de naturaleza sustantiva y no procesal.

b.2.2: Sin embargo, justo es reconocerlo, la posición descripta no es unánime entre nuestros autores. En este sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni entiende que toda disposición que regule cualquier aspecto de la acción penal (esto es: incluida su extinción) es de naturaleza procesal. Empero, aún desde esta óptica, la regulación de algunos aspectos (como el de la extinción) debe ser realizada por el Congreso de la Nación si es que no se quiere vulnerar el principio de igualdad (art. 16 C.N.)⁴⁰.

b.2.3: ¿Cuál es nuestra opinión sobre estas críticas?

Si sintetizamos las censuras ensayadas podremos advertir que, parte de nuestra doctrina, objeta la constitucionalidad de este tipo de cláusulas sobre la base de que, al legislar los Estados Provinciales sobre materias propias del derecho de fondo (como lo es la extinción de la acción penal) se invaden competencias reservadas al Congreso de la Nación. Para otro sector, en cambio, aún cuando se considere que la extinción de la acción penal es una cuestión procesal, corresponderá, igualmente, su regulación al

³⁸ Confr. Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", Edit. T.E.A., Bs. As., 1989, Vol. 2, pág. 527 – 528. De la misma opinión, Guillermo J. Fierro, "Amnistía, indulto y conmutación de penas", Edit. Hammurabi, Bs. As., 1999, pág. 25 y sgs.

³⁹ Esta situación no ocurre en Paraguay en donde su Constitución Política atribuye al Congreso Nacional (art. 202, inc. 2°) la competencia para "dictar los Códigos y las demás leyes, modificarlos o derogarlos (...)", sin distinguir (como ocurre en nuestra ley fundamental) entre los cuerpos normativos de derecho sustantivo y los de carácter procedimental. Por eso, las objeciones constitucionales que planteamos en el texto no pueden trasladarse a la regulación que se realiza en el Paraguay. Por eso, tampoco puede utilizarse, como argumento a favor de la inclusión de la norma proyectada, el antecedente paraguayo (no se trata, ciertamente, de negar valor a la utilización de argumentos extraídos del derecho extranjero. Simplemente, limitamos su empleo a un marco adecuado. Al respecto, Confr. Patricia Marcela Casal, "Recepción del derecho extranjero como argumento", Edit. de Belgrano, Bs. As., 1997, pág. 75 y sgs.).

⁴⁰ Dice, al respecto, Zaffaroni, "Tratado...", op. cit., t° I, pág. 198: "(...) de la diversidad procesal que la Constitución autoriza no se puede derivar una desigual aplicación de los 'códigos de fondo', que resulte violatoria del art. 16 de la misma Constitución."

Congreso de la Nación si es que se quiere resguardar el principio de igualdad ante la ley.

De las posiciones reseñadas, la primera puede ofrecer un flanco débil.

En efecto, el artículo 75 inciso 17 de la C.N., en su párrafo 2º, disposición final, establece que las Provincias podrán ejercer *en forma concurrente con el Congreso de la Nación las atribuciones previstas en ese inciso*. De tal manera, el argumento según el cual, en esta materia (extinción de la acción penal), las Provincias habrían delegado en la Nación su regulación para este caso particular (es decir: delitos cometidos en el ámbito de la comunidad indígena, por sus miembros), perdería cierto peso a partir de la habilitación que, la propia norma especial (art. 75, inc. 17) realiza a favor de los Estados locales. Ello por cuanto, por imperio del párrafo 1º de dicha disposición (según la interpretación que propiciáramos), los poderes públicos no deben desconocer los sistemas de solución de conflictos propios de cada grupo étnico que habita el territorio argentino. Este reconocimiento (frente al texto del Código Penal que guarda silencio al respecto) exige una norma reguladora que, si no la dicta el Congreso de la Nación, en principio, podría pensarse, que puede ser realizada por las legislaturas provinciales (precisamente, por la habilitación de competencias que efectúa el propio artículo)⁴¹.

Sin embargo, y si bien desde un estricto análisis sistemático, la interpretación anterior resulte atendible, creemos que la objeción constitucional sigue en pie. Y decimos esto por cuanto, aún cuando se comparte ese criterio (es decir: de una suerte de competencia concurrente para estos casos particulares), queda intacta la crítica formulada por el Profesor Zaffaroni. Es que, si una Provincia (como sería el caso del Estado neuquino a través de la norma proyectada) "reasume" parte de la competencia delegada a la nación, incluyendo en su ley procesal, el reconocimiento del sistema de solución de conflictos de las comunidades étnicas que habitan en su territorio, posibilitando – bajo determinadas condiciones – la extinción de la acción penal, el principio de igualdad se vería seriamente comprometido con relación a aquellas provincias que, encontrándose en la misma situación (es decir: coexistencia de grupos étnicos en su territorio)⁴², no han regulado la materia en esa forma. Hablamos de un quiebre al principio de igualdad por cuanto, en aquellos Estados que no han dictado normas similares, no se reconocería a los sistemas de composición propios de cada grupo étnico y, en todo caso, frente a un conflicto penal, se aplicaría el texto del Código.

⁴¹ Expresan Segovia – Segovia, op. cit., pág. 339, que la "(...) concurrencia de las provincias no es meramente declarativa, porque la mayor parte de las disposiciones del inciso (...) requieren de leyes reglamentarias que le den operatividad" (Igual criterio, Humberto Quiroga Lavié, "Constitución de la Nación Argentina comentada", Edit. Zavalía, Bs. As., 1996, pág. 406). Por su parte, Bidart Campos, "Tratado...", Op. cit., tº VI, pág. 375, pone un ejemplo interesante: con anterioridad a la reforma la competencia para legislar sobre personas jurídicas era propia (y exclusiva) del Congreso de la Nación al dictar el Código Civil (art. 67 inc. 11 de la Constitución histórica). El nuevo inciso 17, en cambio, al establecer el ejercicio concurrente de atribuciones entre el Estado Federal y las Provincias, en cierta medida ha eliminado el impedimento impuesto a la competencia provincial.

⁴² Para una síntesis de la cuestión indígena argentina en la actualidad, Cfr. Isabel Hernández, "Los indios de Argentina", Edit. Mapfre, Madrid, 1992, págs. 262–273 (incluye datos sobre población y mapas de ubicación geográfica de los grupos étnicos).

En suma: entendemos que, si bien la Constitución exige el reconocimiento de tales sistemas, la norma reglamentaria – de adoptarse esta solución político – criminal – debe ser dictada por el Congreso de la Nación y, más concretamente, ser insertada en el Código Penal, dentro del Capítulo relativo del ejercicio de las acciones (o, en su caso, de la extinción de las mismas).

C) Soluciones construidas a partir de la teoría del delito o de la atenuación de la pena

a) Sí, a diferencia de la situación que expusimos en el apartado anterior, la conducta desarrollada por un miembro de la comunidad étnica no resulta reprochable en su medio pero lo es desde la perspectiva de la sociedad hegemónica⁴³ o, siendo disvaliosa en general, el sistema consuetudinario, por factores culturales, permanece inactivo (en el caso particular) y la conducta del agente vulnera un derecho humano básico universal, **las respuestas tienen una proyección distinta**. Como lo expresa Enrique García Vitor: en estas hipótesis se trata de

(...) encontrar soluciones alternativas a la problemática que surge de la contradicción de una norma en que se expresan los valores de la cultura hegemónica, con otro que valorativamente se encuentra sustentada en la cultura minoritaria o diversa, revisando para ello las estructuras jurídicas [propias de la teoría del delito], donde se advertirá en qué casos y con cuales alcances la obligatoriedad de la norma puede excepcionarse⁴⁴.

o, si ello no fuese admisible, la forma o modo en que, tal circunstancia, podrá ser tenida en cuenta para incidir, favorablemente, en la dosificación de la pena.

b) Si se examinan las soluciones que se postulan desde la perspectiva de los elementos negativos del delito, es posible apreciar que las propuestas se proyectan (sin ánimo de exhaustividad) en los ámbitos de: la justificación, la inimputabilidad y la inculpabilidad por vía del error⁴⁵.

c) Ha sido el profesor García Vitor quien ha desarrollado, en forma más orgánica, una propuesta a esta problemática **desde la perspectiva de las causas de justificación**. Expresa este autor que "cuando no se puede circunscribir territorialmente a los miembros de una etnia, permitiendo que rija su propio sistema de castigos (...), 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

⁴³ Nuevamente, aclaramos, que la utilización del término ("hegemónica") no debe entenderse como una valoración peyorativa para las culturas diferenciadas. Se trata, simplemente, de una expresión empleada con una finalidad distintiva de realidades diversas, sin carga valorativa alguna.

⁴⁴ Cfr. Enrique García Vitor, "Diversidad cultural y derecho penal (aproximación al tema). Aspectos criminológicos, político – criminales y dogmáticos", Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Colección Jurídica y Social, N° 36, Santa Fe, 1994, pág. 19.

⁴⁵ En el esquema que realizamos en el texto sólo nos limitamos a estos tres ámbitos. Para un desarrollo integral (comprensivo del análisis de: la tesis de la adecuación social de la conducta y el estado de necesidad exculpante [que, como categoría dogmática, en el sistema del Código, no es admitida por muchos autores]), Cfr. García Vitor, op. cit., págs. 19–21 y 32–33 y Nicolás Becerra, "Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena", Edit. Ciudad Argentina, Bs. As., 1997, págs. 24–27 y 29–31.

un mismo tiempo, con dos deberes, de tal manera que la satisfacción de uno de ellos no puede sino realizarse en detrimento del otro⁴⁶.

En estos casos, uno de los interrogantes que se presentan en un primer plano es el de sí, el deber incumplido, constituye un injusto merecedor de pena o, si se está en presencia de un actuar justificado.

Para responder a esta cuestión, García Vitor centraliza su argumentación sobre la base de la siguiente premisa:

(...) la reciente reforma constitucional Argentina ha incluido dentro de las atribuciones del Congreso (art. 75) una norma por la que dispone reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizando el respeto a la identidad. 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 justificado⁴⁷.

d) Las soluciones legislativas, sin embargo, se han desarrollado en el ámbito de los elementos negativos de la culpabilidad, particularmente, a través de fórmulas que consagran la inimputabilidad o la eximente del error de comprensión (como una especie de error de prohibición).

d.1: Si se observa la codificación penal latinoamericana en su perspectiva histórica, es posible observar distintos sistemas legislativos que abordaron esta problemática a través de la inimputabilidad.

Así, el Código Penal de Bolivia de 1973 dispuso en su artículo 17 inciso 5° que: "Son inimputables: (...) el indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización"⁴⁸.

Por su parte, el Código Penal de Colombia de 1980⁴⁹, si bien no se refiere de manera expresa a la situación del indígena *en el artículo relativo a la inimputabilidad*⁵⁰, lo cierto y concreto es que, cuando se ocupa de las medidas de seguridad (Libro Primero – Título Quinto), incluye bajo el epígrafe "Otras medidas aplicables a los inimputables" (art. 96), la siguiente disposición: "Cuando se tratase de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural".

⁴⁶ Cfr. García Vitor, op. cit., pág. 22.

⁴⁷ Cfr. García Vitor, op. cit., pág. 23–24. Vincúlese esta opinión con la crítica que, desde una perspectiva antropológica, se realiza al fallo en el acápite III.

⁴⁸ Tomamos el texto de la edición del Código publicada en "Nuevo Pensamiento Penal", Año 6, Enero – Junio de 1977, N° 13/14, pág. 145 y sgs.

⁴⁹ El Código Penal de Colombia ha sido publicado en "Doctrina Penal", año 4, N° 13, Enero – Marzo de 1981, pág. 117 y sgs.

⁵⁰ En efecto, el art. 31 se limita a conceptualizar la inimputabilidad de la siguiente manera: "Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental". Como podrá apreciarse, no hay en este concepto, ninguna alusión expresa a la inimputabilidad del indígena.

Al referirse a este último precepto, Federico Estrada Vélez, en su carácter de Presidente de la Comisión Asesora del Gobierno, expresó que: "El indígena que ha permanecido secularmente en su medio natural alejado del mundo de la civilización, sin contacto alguno con el mundo de los valores éticos, culturales y sociales de las comunidades desarrolladas, padece grandes limitaciones y deficiencias en la esfera cognoscitiva que afectan todo su comportamiento y que lo convierten, sin duda alguna, en sujeto psicológicamente inmaduro. El juicio de inimputabilidad se hará, sin embargo, clínicamente, teniendo en cuenta las particulares condiciones socio – culturales de cada uno, la formación y el desarrollo moral, la influencia del medio ambiente, etc."⁵¹.-

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

Ya en la misma doctrina colombiana, tal tesis encuentra firmes opositores aunque, justo es reconocerlo, con, también, notables disidencias⁵².

Así, entre los primeros, Juan Oberto Sotomayor Acosta ha expresado que: "Tales planteamientos (los que postulan la inimputabilidad) deben sin embargo rechazarse, pues, en el fondo parten de concepciones etnocéntricas, en el sentido de considerar que nuestra propia cultura es, por dominante, la superior (la 'madura') y que las restantes deben ser consideradas inferiores (o 'inmaduras'), de manera pues que la 'madurez cultural' sólo se alcanzaría cuando se asuma la cultura dominante⁵³". La misma línea de opinión se refleja en el estudio monográfico del desaparecido Profesor Alfonso Reyes Echandía⁵⁴.

⁵¹ Vid. "Nuevo Código Penal", Edición Oficial, Bogotá, Ministerio de Justicia, 1980, pág. 34; citado por: Alfonso Reyes Echandía, "Imputabilidad", Edit. Temis, Bogotá, 1997, pág. 178.-

⁵² Así, no objeta la inimputabilidad del indígena, Fernando Velázquez Velázquez, "Derecho Penal. Parte General", Edit. Temis, Bogotá, 1997, págs. 574–575. Dice, al respecto, el autor: "(...) parece más consecuente (...) llevar hasta sus últimas consecuencias la fórmula adoptada por el codificador y concluir que tal concepto (inimputabilidad) debe ser definido normativamente, en sentido psicosocial, como aquel desarrollo incompleto de la personalidad humana que puede ser producto tanto de una indebida maduración de la afectividad del agente atribuible a causas psicológicas, como a circunstancias inherentes al contexto social y cultural en el cual se desenvuelve el agente, lo cual le impide, en uno y otro caso, motivarse según los dictados de la norma. De esta manera, se comprenden no solo los eventos tradicionales de inmadurez psicológica sino de inmadurez cultural que tanta importancia tienen en sociedades pluriculturales en diversos estadios de desarrollo. Esto último, justamente, es lo que sucede con los indígenas, quienes, dadas determinadas condiciones – y esto no significa siempre, pues tan respetables son los patrones culturales de las comunidades indígenas como los del resto de los pobladores -, pueden llegar a presentar estados de inmadurez que los tornen inimputables ante la ley penal, lo cual ha llevado al legislador a consagrar una medida de seguridad especial (...)."

Advertimos, sin embargo, que : a) el autor "no proclama una inimputabilidad "automática" del indígena (es decir: no afirma que, el aborígen, es inimputable por su sola condición) y b) como consecuencia de lo anterior, parece atinado concluir que, Velázquez, se enrola entre aquellos que postulan la necesidad de una revisión crítica del concepto tradicional de inimputabilidad (sobre esto último, Vid. *Infra*, nota n° 63)".

⁵³ Cfr. Juan Oberto Sotomayor Acosta, "Inimputabilidad y sistema penal", Edit. Temis, Bogotá, 1996, pág. 261 – 262, nota n° 153.

⁵⁴ Cfr. "Imputabilidad", *Op. Cit.*, págs. 178–179. Este criterio, ya había sido anticipado por el autor en: "Derecho Penal. Parte General", Edit. Temis, Bogotá, 1990, págs. 200–201.

Asimismo, se encuentran calificados opositores a esta postura en la doctrina venezolana⁵⁵; boliviana⁵⁶; brasileña⁵⁷ y nacional⁵⁸.

Es que, como lo puntualiza con toda precisión, entre nosotros, Eugenio Raúl Zaffaroni, en pensamiento que compartimos:

(...) El indígena puede ser inimputable por las mismas causas que puede serlo el que no es indígena, pero nos negamos rotundamente a considerarlo inimputable por el hecho de pertenecer a otra cultura. La única razón que puede justificar semejante actitud es la de asumir la posición de conquistador y considerar que nuestra propia cultura es la superior y que las restantes deben desaparecer por inferiores, presentando también la condición de inferiores sus integrantes mientras la compartan. Semejante criterio, que no puede ser más brutal a la luz de una mínima consideración a la dignidad humana, sería inadmisibles entre nosotros, por afectar el principio de igualdad⁵⁹.

⁵⁵ Cfr. Yrureta, op. cit., pág. 123 – 127.

⁵⁶ Así, Manuel Durán P., "El indio ante el derecho penal", Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Edit. Abeledo – Perrot, Bs. As., 1963, pág. 556.

⁵⁷ Cfr. Heleno Cláudio Fragoso, "Aspectos jurídicos de la marginalidad social", "Nuevo Pensamiento Penal", Año 5, 1976, págs. 235–236.

⁵⁸ Así, Zaffaroni, "Tratado...", op. cit., tº IV, pág. 202 y sgs. ; García Vitor, op. cit., págs. 25–27; Victor E. Abramovich Cosarin – Alberto Bovino, " Al margen de la ley o la ley en los márgenes. El delito y las diferencias culturales. Un enfoque crítico", "Lecciones y ensayos", 1990, N° 54, págs. 244–246. En la Provincia del Neuquén, en el mes de Agosto de 1978, tuvo lugar un hecho que fue conocido como "el caso de Lonco Luan". En prieta síntesis, los acontecimientos que sucedieron fueron los siguientes: durante el ritual efectuado en una de las viviendas de la Comunidad Mapuche (ubicada geográficamente en el paraje de Lonco Luan), con el fin de "extraer el demonio" del cuerpo de S.C., valiéndose para ello de pautas religiosas aprendidas de la secta U.E.P.A., se produjeron las muertes de tres niños y la madre de dos de ellos y lesiones en una quinta persona. El magistrado interviniente concluyó resolviendo el sobreseimiento total y definitivo de los imputados en orden a los delitos de homicidio calificado (cuatro hechos) y lesiones leves, en concurso real, sobre la base de la inimputabilidad (art. 34 inciso 1º Cód. Penal) ordenando la internación de los protagonistas en un instituto especializado hasta que desaparecieran las causales de peligrosidad. María Berta Soto, Eleonora Sommariva y franco A. Bussi (Cfr. "Error y cultura", "Doctrina Penal" Año 12, 1989, págs. 839–840), sin cuestionar la categoría dogmática utilizada para la construcción de la solución del caso (inimputabilidad), hacen interesantes observaciones críticas en relación a las consecuencias derivadas de aquella (aplicación de una medida de seguridad).

⁵⁹ Zaffaroni, "Tratado...", op. cit., Vol. IV, págs. 202–203. El mismo autor (Cfr. "Sistemas penales y Derechos Humanos", op. cit., pág. 55), vincula la utilización de este tipo de solución dogmática (inimputabilidad) con "(...) conceptos antropológicos del siglo pasado, especialmente de la antropología llamada 'victoriana' (Tylor, Morgan, etc.), cuya ideología era naturalmente racista, no siendo novedad que estaba elaborada para justificar las empresas colonialistas británica y francesa. Esta antropología extendió notablemente sus conceptos en nuestra área y fueron muchos y muy ilustres los ideólogos latinoamericanos tributarios de la misma. Sus 'estadios' – 'salvajismo', 'barbarie' y 'civilización' – son receptados incluso en los textos penales de algunos países" (Para una profundización de estos conceptos, en un horizonte de análisis mayor, puede verse, del mismo autor, "Criminología. Aproximación desde un margen", Edit. Temis, Bogotá, 1998, págs. 131–176. Asimismo, sobre el "racismo" de Lewis Henry Morgan y Edward Burnett Tylor, Vid. Marvin Harris, "El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura", Siglo Veintiuno Editores, México, 1997, págs. 118-121). Un buen ejemplo de la incidencia de los conceptos propios de la teoría antro-

d.2: Sin abandonar el ámbito de la *culpabilidad*, existe un importante sector de la doctrina jurídico – penal latinoamericana, que viene proponiendo una solución para esta problemática a partir del *error de comprensión* (entendido como una especie del *error de prohibición*). Tal propuesta, por cierto, exige, con carácter previo, la superación de la máxima "error iuris nocet"⁶⁰.

La solución técnicamente apropiada para excluir de la calificación como delito, a la conducta de un integrante de un grupo étnico que en un caso concreto no estuvo en la posibilidad de conocer que su acción estaba reprobada por el ordenamiento jurídico nacional, es – se afirma

(...) acudir a una causa de inculpabilidad basada en ausencia del conocimiento de la antijuridicidad de la acción. Y conforme a la amplitud que opera el error de prohibición excusante en la teoría, la inculpabilidad puede ser declarada tanto cuando el indígena (...) ignoraba que su acción contravenía las reglas penales vigentes, como también cuando él supuso que las circunstancias de hecho permitían la realización legítima de la acción que se le imputa...⁶¹.

pológica "evolucionista" sobre las elaboraciones jurídicas puede observarse, en nuestro medio, en el análisis que, del tema, efectúa Carlos V. Gallino Yanzi (Cfr. Voz "Imputabilidad criminal", en Enciclopedia Jurídica Omeba, t° XV, pág. 243). Allí, el autor, al tratar las hipótesis de "falta de desarrollo mental", incluye a: la inmadurez por minoridad; la edad senil; la sordomudez y "*los estados de barbarie*". Ejemplos de la utilización de los términos de esta teoría de la cultura ("evolucionismo") en la legislación penal latinoamericana, pueden encontrarse, entre otros, en la regulación que, de la cuestión indígena, realizaba el Código Penal del Perú de 1924 (Sobre este texto, Vid, Infra, nota n° 66).

Quizá, sólo a partir de una revisión del concepto de imputabilidad penal, que margine los componentes altamente estigmatizantes que predominan en la actual doctrina y legislación, pueda volver a plantearse el problema en los términos de este elemento del delito. Para una propuesta de revisión del concepto, Vid. Juan Bustos Ramírez, "Manual de derecho Penal . Parte General", Edit. Ariel, Barcelona, 1989, pág. 332 y sgs.

⁶⁰Si bien es cierto que, un importante sector de la doctrina nacional sigue sosteniendo, en relación al sistema del Código, la vigencia de este principio (así, con firmeza, Justo Laje Anaya, "Comentarios al Código Penal. Parte General", vol. I, Edit. Depalma, Bs. As., 1985, pág 101, quien complementa lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 34 del Código Penal con lo preceptuado por el artículo 20 del Código Civil), no lo es menos que, aún dentro de esa concepción, se reconoce que, con ese criterio, se afecta el principio de raigambre constitucional de que "no hay pena sin culpa" (Cfr., por ejemplo, Soler, op. cit., T° 2). De allí que, y como propuesta *de lege ferenda*, hay quienes reclaman la incorporación de una norma superadora del mismo (Cfr. Daniel P. Carrera, su intervención en: "El Derecho Argentino entre 1941 y 1991", IX Encuentro de las Academias Nacionales de Derecho. Conmemoración del 50 Aniversario de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ediciones "el copista", Córdoba, 1992, pág. 432). Otro sector de la doctrina, en cambio, rechaza la vigencia del principio, construyendo una solución en los marcos del Código, con el objeto de superar la objeción constitucional aludida (así, por todos, Eugenio R. Zaffaroni, obra citada infra nota n° 71).

⁶¹Conf. Yrureta, Op. Cit.,pág. 130. La última hipótesis mencionada por la autora se subsume en una causa de justificación putativa. Ésta fue, precisamente, la solución adoptada por la casación en el fallo que comentamos.

Legislativamente, uno de los primeros casos que conocemos de recepción de esta tesis es el del Código Penal del Perú de 1991⁶². Dispone, al respecto, el artículo 15 que:

*El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida se atenuará la pena*⁶³.

Al referirse a este precepto, el Prof. Raúl Peña Cabrera, ha expresado que:

*Habida cuenta de la consagración positiva del error de prohibición*⁶⁴, y atendiendo a la heterogeneidad étnico – cultural de nuestro país, se hizo necesario que el nuevo Código Penal resaltase normativamente el respeto por los valores culturales distintos – nunca mejores ni peores a los de la sociedad occidental – en el sentido de que no se criminalice conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales⁶⁵;

enfaticando enseguida que:

Según esta norma, si la conducta es vista como 'normal' dentro de su propio espacio cultural, y ante los ojos del derecho oficial ella es reputada como delictiva, predominará la valoración del grupo cultural. Si el autor, de acuerdo con sus pautas

⁶² Con anterioridad al nuevo texto, rigió en el Perú, el denominado "Código de Maúrtua" (que fue objeto, durante su vigencia, de diversas modificaciones). La cuestión indígena se regulaba allí, en los artículos 44 y 45. La primera norma, disponía en su primer y segundo párrafo, que: "Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaria y de prisión por la de colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años. Cumplidos dos tercios del tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse." Por su parte, el artículo 45 alude a delitos perpetrados "por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo", ordenando a los jueces, en estos casos, tener en cuenta "(...) su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres" a los efectos de reprimir conforme a la regla del artículo 90 (disminución de la pena para las hipótesis de eximentes incompletas". Asimismo, "(...) podrán (...) sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional (...)" (Para los textos legales transcritos, Cfr. Juan Bustos Ramírez – Manuel Valenzuela Bejas, "Derecho penal latinoamericano comparado", tº III, "Apéndice: parte general de los Códigos y Proyectos", Edit. Depalma, Bs. As., 1883, pág. 451 y sgs.) . Sin embargo, es de advertir que, ya durante la vigencia de aquél texto, calificadas opiniones doctrinarias, se levantaron contra la solución propiciada por la norma. Así, José Hurtado Pozo, "La teoría del delito. Apuntes para su elaboración de acuerdo a las disposiciones del Código Penal Peruano", Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 37, nº 1, Enero – Abril, 1973, Lima, págs. 131–132.

⁶³ Tomamos el texto de la Edición del Código publicada en "Doctrina Penal", Año 14, 1991 – B, pág. 657 y sgs.

⁶⁴ Dispone el art. 14, párrafo 2º: "El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena."

⁶⁵ Conf. Raúl Peña Cabrera, "El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2º párrafo) y 15 del Código Penal Peruano", en: AA.VV., "De las penas", Libro Homenaje al Profesor Isidoro De Benedetti, Edit. Depalma, Bs. As., 1997, pág. 384.

*(personales, culturales y sociales), tenía una creencia equivocada de que el hecho no estaba prohibido, porque no conocía la norma o la conocía mal, entonces al no serle exigible el conocimiento de la antijuridicidad de su acción, ella no se le puede reprochar*⁶⁶.

En la doctrina nacional hay autores que, no sólo desde una perspectiva teórica, sostienen esta posición sino que, incluso, le encuentran cabida dentro del texto del Código Penal. Esto es lo que ocurre con Eugenio Raúl Zaffaroni. En efecto, para el Profesor de la Universidad de Buenos Aires,

*Comprender la antijuridicidad (con relevancia penal) de una conducta implica no sólo el conocimiento, sino también la introyección de las pautas de derecho. Pero esto de ninguna manera significa que el derecho exija la internalización de tales pautas, sino que sólo aspira a ellas. De ahí que se lo considere un orden coactivo con aspiración ética, que permanecerá indiferente si esa aspiración no se logra, salvo que el incumplimiento se traduzca en la comisión de un injusto, circunstancia que hará exigible el reproche al autor por no haber internalizado sus pautas. El error de comprensión es, entonces, aquél que determina siempre un mayor esfuerzo para la comprensión y por lo tanto disminuirá, al menos, en todos los casos el reproche de culpabilidad, entendida ésta como culpabilidad de acto. Pero hay supuestos de prohibición invencibles que determinan la eliminación de la culpabilidad por la imposibilidad de formular reproche. Se trata de los errores que condicionan culturalmente la comprensión*⁶⁷.

Sin embargo, el autor también puntualiza que la admisión de la tesis (error de prohibición culturalmente condicionado), no significa que, en estos casos,

*(...) la comunidad (...) [deba] quedar indefensa si éste [el autor] se muestra peligroso. (...) La solución [acota] debe partir del propio texto del Código Penal que en el párr. 3° del inc. 1° del art. 34, dice: 'En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso' (...)*⁶⁸.

Esta última posibilidad (aplicar medidas de seguridad) ha sido rebatida, sin embargo, aún por quienes se han mostrado conformes con la tesis del autor (esto es: la admisión, en nuestro derecho positivo, del error culturalmente condicionado). Así, Enrique García Vitor, luego de admitir esta interpretación, manifiesta que: "(...) las

⁶⁶ Peña Cabrera, Op. Cit., pág. 395.

⁶⁷ Confrontar su contribución en: "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial" (Dirigido por David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni – Coordinado por Marco A. Terragni), T° 1, Edit. Hammurabi, Bs. As., 1997, pág. 551. También admite esta solución (aún cuando prefiera, como respuesta más adecuada, la justificación [vid., en este apartado, acápite 2.C.c.]), García Vitor, op. cit., págs. 31–32: "(...) entendemos que quien concreta una acción contraria a derecho condicionado culturalmente, no comprende que ella es mala, aún cuando conozca la prohibición. Son supuestos excepcionales en que sin caer en una causal de inimputabilidad – el que actúa es normal dentro de su propio espacio cultural, no se le pueda exigir que comprenda la criminalidad del acto, porque subjetivamente sus acciones son buenas o no son socialmente desvaloradas."

⁶⁸ Zaffaroni, "Código Penal y normas complementarias...", op. cit., págs. 552–553.

medidas de internación del art. 34 inc. 1°, párr. 3° del Cód. Penal argentino, no son de aplicación en los supuestos de error, aún cuando éste sea de comprensión"⁶⁹.

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

Precisamente, uno de los casos ubicados, fue resuelto por el propio Zaffaroni, como titular del Juzgado Nacional en lo Criminal de Sentencia (letra "V"), el 30 de Marzo de 1979, in re "Prieto Huanca, Timoteo y otra"⁷⁰. Allí se dijo, en lo que aquí nos interesa⁷¹, que:

(...) El conocimiento de la prohibición es un mero conocimiento intelectual y no es por sí mismo el conocimiento tampoco de la criminalidad, tal como lo requiere el art. 34 inc. 1, de nuestro código, puesto que el conocimiento de la criminalidad implica el conocimiento de la relevancia penal de la prohibición, y no de la simple prohibición. De cualquier manera, para nuestro código, (...) no basta el simple conocimiento para que el autor sea culpable, sino que requiere la posibilidad efectiva de comprensión, que no debe estar excluida ni por error ni por inimputabilidad, es decir, ni por error ni por incapacidad psíquica, y 'comprensión' es algo diferente de 'conocimiento' puesto que 'comprender' es internalizar, introyectar la pauta cultural. Resulta muy evidente que en el caso no hay ninguna posibilidad de reprochar la conducta de los procesados, suponiendo que la misma fuese un injusto, porque no pudieron motivarse en la norma, por más que tuviesen conocimiento de ella. Un error de comprensión, fundado en el peso cultural de siglos, es razón mas que suficiente para hacer inexigible que el sujeto se motive en la norma por mucho que la conozca. Se trata de una imposibilidad de internalizar la pauta cultural fundada en un error culturalmente condicionado que en modo alguno puede reprochárselo al autor, de manera que se excluiría también, es este caso la delictividad de la conducta, por ausencia de reproche normativo de culpabilidad⁷².

e) Digamos, para finalizar este esquema, que existe otro sector de lo doctrina que,

⁶⁹ García Vitor, Op. Cit., pág. 27. Limitan la aplicación de la medida a los casos de inimputabilidad (por alteración morbosa de las facultades, insuficiencia de las mismas, grave perturbación de la conciencia), excluyéndola ("a contrario") para las hipótesis de error o ignorancia: Soler, Op. Cit., T° II, pág. 483 - 484; Ricardo C. Núñez, "La culpabilidad en el Código Penal", Edit. Depalma, Bs. As., 1946, pág. 96. También, en forma más reciente, este autor sostuvo igual criterio en: "Las disposiciones generales del Código Penal", Edit. Lerner, Córdoba, 1988, pág. 121.

⁷⁰ La hipótesis fáctica del caso es la siguiente: Un matrimonio boliviano con veinticinco años de residencia en el país y que ha vivido desde esa época en Buenos Aires, tiene para su consumo personal cincuenta y nueve bolsitas de hojas de coca. La pareja manifiesta que mastican por costumbre; pero mientras el marido admite conocer la prohibición, la mujer dice lo contrario.

⁷¹ En rigor, el Dr. Zaffaroni ingresa al análisis de la culpabilidad sólo en forma subsidiaria. Ello así por cuanto, a su criterio, la conducta de los procesados resultaba atípica.

⁷² El fallo fue publicado en "Doctrina Penal", Año 2, 1979, págs. 957-968, con nota crítica de Justo Laje Anaya (Cfr. "Tenencia de estupefacientes y el art. 19 de la Constitución Nacional. Costumbre de mascar hojas de coca: antijuridicidad y culpabilidad"). La absolución fue recurrida por la fiscalía y, finalmente, revocada por la Cám. Nac. Fed. Crim. y Correc., Sala II. Para el texto del fallo de la Cámara, Confr., también, "Doctrina Penal", año 2, 1979, págs. 970-975.

sin admitir, para estos casos, la exclusión del delito (por falta de alguno de sus elementos), considera que, las circunstancias de haber sido cometido por un miembro de una comunidad étnica (con sus particularidades culturales), debe ser tenida en cuenta como factor para la graduación de la pena.

Como lo expresa Yrureta:

Hay penalistas que se limitan a proponer que la especial situación del indígena sea considerada penalmente tan sólo como una circunstancia de atenuación de su responsabilidad o como un antecedente que ha de permitir al tribunal regular su penalidad, tomando en cuenta su personalidad⁷³.

La solución, no obstante admitir que, *como último recurso – y ante la falta de otro instrumento legal -, pueda acudir a las pautas del artículo 41 del Código Penal (), no resulta la más adecuada⁷⁴.* Ello así por cuanto, en el fondo, deja traslucir una cierta cuota de discriminación al pretender aplicar (*sólo con la posibilidad del correctivo de un atenuante*), la norma del derecho penal de la sociedad hegemónica, a grupos que son parte de culturas distintas; circunstancia esta que, en una sociedad pluralista y en la que, por expresa disposición Constitucional (art. 75 inc. 17) se ha reconocido los derechos que derivan de esa diversidad, exige de una regulación que respete tales particularidades, a través de un tratamiento jurídico *verdaderamente* diferenciado de sus miembros frente al fenómeno delictivo⁷⁵.

A modo de conclusión

Concluimos esta breve contribución con una reflexión. De las proyecciones de la reforma Constitucional se derivan plurales consecuencias. En muchos casos, estas proyecciones exigen el ejercicio, por parte del Congreso, de atribuciones legislativas que pongan en acto la manda (así, V gr. el reconocimiento de los sistemas de composición propios de cada grupo para la solución de sus conflictos sociales). Mientras esto no ocurra, creemos que, es un deber de todos los poderes del Estado (y, entre ellos, el Poder Judicial) intentar garantizar, siquiera mínimamente, que la norma constitucional no se transforme en una *simpática cuestión de folklore*; y no se garantiza la vigencia de la norma sí, el sistema penal oficial, por lo menos, no se esfuerza en construir soluciones que, dentro del sistema de la ley (y sin acudir a categorías dogmáticas, fuertemente cargadas de un tinte etnocéntrico) posibiliten, a los miembros de las comunidades étnicas, la posibilidad de obtener un trato jurídico acorde a su particular condición.

⁷³ Yrureta, op. cit., pág. 64.

⁷⁴ Lo admite como "último recurso", García Vitor, op. cit., pág. 36. Por su parte, lo señala como *única solución*, Gallino Yanzi, op. cit., pág. 243: "La República Argentina, no obstante la existencia en su territorio de pequeños grupos no asimilados, no ha legislado en la ley penal la barbarie como causa de inimputabilidad; por lo que en los casos concretos, sólo podrá hacerse aplicación de las atenuantes genéricas que se valoran para la aplicación de la pena (art. 40 y 41 del C.P.)".

⁷⁵ Confr. García Vitor, op. cit., págs. 36–37.