

DIVERSIDAD CULTURAL Y DERECHO PENAL (APROXIMACIÓN AL TEMA)

ENRIQUE GARCÍA VITOR

ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS; POLÍTICO-CRIMINALES Y DOGMÁTICOS

Sumario: 1. Palabras preliminares — 2. La diversidad Cultural y el Derecho Penal — 3. Los límites del problema — 4. Aspecto criminológico — 5. Aspecto político criminal — 6. Aspecto dogmático; 6.1 El injusto; 6.1.1 La tesis de la conducta socialmente adecuada; 6.1.2 Las causas de justificación; 6.2 La culpabilidad; 6.2.1 La imputabilidad; 6.2.2 Las causas de inculpabilidad y de exclusión de la culpabilidad; 6.2.2.1 El error de comprensión; 6.2.2.2 Estado de necesidad exculpante, coacción y miedo insuperable; 6.2.2.3 La culpabilidad material; 6.3 La diversidad cultural y su consideración en la medición de la pena — 7. Conclusiones.

1. Palabras preliminares

La investigación contenida en el presente trabajo se corresponde básicamente con una realizada con anterioridad y que ha sido publicada por revistas especializadas de España, Chile y Argentina bajo el título de *Los regionalismos culturales y la ley penal*.

Esta publicación, como las anteriores, sigue reuniendo ideas provisorias sobre un tema que me ha atrapado, a punto tal que estoy cada vez más convencido de que no será ésta la última oportunidad en que me ocupe de él.

Constituyen en general las pautas que me he ido trazando para elaborar una tesis que tenga como eje central la temática de la diversidad cultural de América Latina, cuestión largamente olvidada, fundamentalmente por los dogmáticos de éste margen, que

reconoce, por supuesto, valiosos excepciones.

El apresuramiento por dar a conocer estos anticipos tiene la simple explicación de seguir reuniendo críticas sobre algunos de mis posicionamientos, puesto que debemos reconocer que la diversidad cultural, como asimismo su pariente temático la libertad de conciencia, al enfrentarse con el orden jurídico prevalente, constituyen interesantes y conflictivos puntos de análisis tanto para la filosofía jurídica, como para la criminología la política criminal y la dogmática penal, en que los absolutismos conceptuales — tan ilógicos como innecesarios —, se advierten con frecuencia indeseada.

Quiero agradecer a mis amigos el debate constante y enriquecedor, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Litoral,

en las personas del Sr. Decano Dr. D. Juan Carlos Gemignani y del Sr. Secretario de Posgrado y Servicios a Terceros Dr. D. Miguel A. Piedecasas el constante apoyo editorial, posibilitador de la divulgación de estas ideas.

Paraná, diciembre de 1994
E.G.V.

2. La Diversidad Cultural y el Derecho Penal

¿Puede una cultura dominante políticamente en un Estado — por tanto hegemónica —, imponerse a otra que coexiste en su territorio?. ¿Cuándo y en que medida?

¿Es relevante considerar que la cultura no hegemónica, como en el caso de Latinoamérica, es preexistente a ésta, la Eurocéntrica?

¿Que solución jurídica nos puede requerir la preeminencia de una "cultura del Estado" en orden a los individuos que pertenecen a la "cultura de minoría"?

3. Los Limites del Problema

El tema que nos convoca, ha recibido tratamiento tanto por la criminología como por el derecho penal, siendo el presente enfoque 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.¹

⁽¹⁾ Tamarit, Josep M^a, 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 si lo es la

4. Aspecto Criminológico

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 estas como la relación 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.²

Baratta³ 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, recibe 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, valo-

búsqueda de fórmulas legales que ofrezcan una solución a la misma. (*La Libertad ideológica en el Derecho Penal*, Ed. PPU, p. 334 y s.)

⁽²⁾ David, Pedro R., *Sociología Criminal Juvenil*, Depalma, p. 53 y s.

⁽³⁾ Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al Derecho Penal*, Siglo XXI, (p. 71 y s.)

res 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.⁴

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

En 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 constata con el respeto a la diversidad, se impone un redimencio-

namiento de la teoría del contrato para adecuarlo a los mismos. Ello, como pauta programática y sustento en las enunciadas premisas, importa reconocer una distinta valoración de los derechos individuales de los coasociados, de tal manera de permitir también un trato diferente de los que disienten con la concepción del poder hegemónico,⁵ sobre todo cuando en ocasiones es fácil advertir, no ya presumir, de que ciertos individuos, o grupos de ellos, más aun los étnicamente diferenciados, no han accedido en pie de igualdad a la celebración del contrato. En otros términos a los que gráficamente Neuman nomina caídos del contrato.⁶

En este aspecto Tamarit, 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.⁷

(5) Resulta obvio que tal concepción del contrato prácticamente reduce a la insignificancia el problema del disidente, que en la actualidad se encuentra sobredimensionado.

(6) Neuman, Elías; *El abuso en La Argentina y otros países latinoamericanos*, Ed. Espasa Hoy, p. 140

(7) Tamarit, Josep M^a, op. cit. 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 quedado plasmada en el "compromiso de los diferentes grupos sociales" (...).

(4) Larrauri, Elena; *La herencia de la criminología crítica*, Ed. 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)

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.

El consenso, en una sociedad cambiante y en conflicto — en permanente tensión —, implicara siempre un acuerdo que tendrá como perfil caracterizante a la provisoriedad, nunca a la permanencia *ad infinitum*.

Cervini,⁸ 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 (...)". Importa sobremanera la observación que hace respecto de que la subcultura puede tolerar valores de otro sistema siempre y cuando no se vea amenazada su propia existencia.

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,⁹ 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,¹⁰ debiendo analizarse cuales son las soluciones que se pueden extraer del propio sistema.

5. Aspecto Político Criminal

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 monoritarias.¹¹ He ahí una limitación trascendente.

En ese contexto ideológico se impone el estudio de la problemática Latino-Americana, que abarca el estudio de un sin número de cuestiones como consecuencia de la prolongada vigencia de una legislación penal nacida al margen de la que debía operar.¹²

⁽⁹⁾ Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral. Tomo IV, p. 88 y s.

⁽¹⁰⁾ Zaffaroni, Eugenio Raúl; op. cit., p. 205/206. 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., p. 78).

⁽¹¹⁾ Baratta, Alessandro; "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", *Revista de Criminología y Derecho*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 11.

⁽¹²⁾ Peña Cabrera, Raúl, sostiene que el problema en América viene desde 1532, pues el español negro, por su visión eurocentrica, la cultura precolombina, bastante evolucionada, resquebrajando la autonomía

⁽⁸⁾ Cervini, Raúl; *Los procesos de descriminalización*, Ed. Universidad Ltda, Montevideo, p. 108

En las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Penal celebradas en Tucumán (Argentina), Irurzun¹³ afirmaba la necesidad de señalar los efectos de la legislación penal elaborada en centros alejados geográficamente de la realidad en que se enclavan en nuestro País los regionalismo 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.

Un interrogante similar había formulado Zaffaroni,¹⁴ pero vinculado a la génesis de los sistemas penales de América latina preguntándose que tiene que ver 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?

cultural de las comunidades indígenas, destruyendo sus ídolos, mitos y su organización colectiva. ("El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los art. 14 (2 §) y 15 del Código Penal Peruano, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 3, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1993, p. 603 y s.).

(13) Irurzun, Vitor José; "Los regionalismos culturales y la ley penal", *Revista del Instituto de Derecho Penal y Criminología*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNNE, n.º 9, Corrientes (Arg.), p. 67 y s.

(14) Zaffaroni, Eugenio Raúl; "Problemas de política criminal latinoamericana", *Revista de Derecho Penal*, n.º 6, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, p. 28, citado por Cervini.

Cervini,¹⁵ aserta 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 conciente actitud de nuestras élites del siglo pasado, adversas a la democracia por considerar a nuestras razas indígenas inferiores.¹⁶

En "Política Criminal Latinoamericana" dice Zaffaroni 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.¹⁷

Afirma Cervini¹⁸ que el cambio aculturativo a que tienden los códigos latinoamericanos, avasallando tradiciones, buscando borrar los patrones de identificación a fin de facilitar la asimilación de comunidades minoritarias — no tan minoritarias, como sin poder (Bustos¹⁹) —, 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, dentro del ámbito rural como urbano, por distintas causas.

La recurrencia al casuismo puede ser útil para ejemplificar la variedad de costumbres que pueden contradecir normas penales vigentes que van desde las más simples como las que se vinculan a tipos de protección del ecosistema

(15) Cervini, Raúl; op. cit. p. 109.

(16) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (informa final)*, Depalma, p. 55 y s.

(17) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Política Criminal Latinoamericana*, Ed. Hammurabi, p. 50 y s.

(18) Cervini, Raúl; op. cit., p. 111.

(19) Bustos Ramirez, Juan; *Control Social y Sistema Penal*, Ed. PPU, p. 281 y s.

(caza de especies animales en vía de extinción, para la subsistencia del grupo,²⁰ pasando por las que pueden afectar a la renta del Estado (contrabando) o la honestidad de las personas (ciertas costumbres sexuales),²¹ hasta las más graves como las que se relacionan 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 con la cultura colombiana —, que dió muerte a una niña, nieta del jefe, para calmar a los dioses.²²

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 practicas como el vudú — Haití — por estimarla supersticiosa; o, constitucionalmente prohíbe “los cultos contrarios a la moral cristiana” — Colombia.²³

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

Las medidas a la que se somete al indígena tienen como finalidad el incorporarlos culturalmente, “elevándolos” a la cultura dominante que se considera, obvio, superior.²⁴

En nuestro país el último debate vinculado a una cultural se dió 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 art. 15.²⁵ Se respetó de esta manera la costumbre, pese al compromiso internacional asumido por Argentina al ratificar la Convención Unica 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 Nicaraguense de 1837, limitando la excepción el primero a los delitos que se cometieren entre indígenas y especificándola el segundo para los ejecutados en el confinamiento territorial.²⁶

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.

(20) García Vitor, Enrique; “Los regionalismos culturales y la ley penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 2, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1992.

(21) Cervini, Raúl; op. cit., p. 112.

(22) Bustos Ramirez, Juan; iop. cit., p. 285.

(23) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (informe final)*, Depalma, p. 56.

(24) Cervini, Raúl, op. cit., p. 115/116.

(25) García Vitor, Enrique; op. cit., p. 277 y s.

(26) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral. Tomo IV., Ediar, p. 204.

El criterio del Código de Nicaragua es adecuado cuando se puede circunscribir territorialmente la cultura, permitiendo que dentro de esos límites 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).²⁷

Así, respetando el mandato de tolerancia,²⁸ ínsito en los modernos textos constitucionales, se evita a su vez la *doble punición*, que sin duda implica la imposición de pena estatal.

6. Aspecto Dogmático

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 que casos y con cuales alcances la

obligatoriedad de la norma puede excepcionarse.

61. El Injusto

6.1.1. 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 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 difieren 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 a la existencia — geográficamente circumscripción — de datos estatutarios (y 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, mas allá del planteo sobre la naturaleza dogmática de la tesis de la adecuación social, que Mir Puig²⁹ 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

(27) Peña Cabrerá Raúl, (op. cit., 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 art. 15 del Código Penal peruano, que consagra el error culturalmente condicionado.

(28) Zipf, Heinz; *Introducción a la Política Criminal*, Editoriales de Derecho Reunidas, p. 94; quién 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.

(29) Mir Puig, Santiago; *Derecho Penal*, Pte. Gral, Ed. PPU, p. 567 y s.

diversidad. Por ello, en ese contexto, puede estimarse apropiado lo sostenido por Zaffaroni,³⁰ de que sólo resultaría factible transitar por puentes que comuniquen con valores ético-sociales en cuanto aquéllos 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 egresivo hacia flujos axiológicos en procura 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 quién 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 socialmente 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 a regiones culturales en comunidades políticas diferenciadas, regidas por una no menos diferenciada juridicidad, 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.

6.1.2 Las causas de 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 donde el poder hegemónico esta dispuesto a tolerar una tal excepcionalidad 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 — a diversidad cultural latinoamericana —, será trascendente tener presente que a partir de la reciente reforma constitucional, la Ley fundamental no sólo protege la libertad de conciencia, sino, además, la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Por otra parte estimamos que si bien puede ser útil la discusión que se ha dado en relación a la libertad de conciencia, no se debe perder de vista que la problemática de las etnias no puede ser asimilado en su tratamiento y abordado 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

⁽³⁰⁾ Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral., Tomo III, p. 491 y s.

y profundas que éstas sean.³¹ 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 la norma 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.³²

En estos casos dos son los interrogantes, cuyas respuestas en parte están esbozadas en las reflexiones precendentes, que en un primer plano se nos presentan. El uno, si el deber que surge de la cultura diferente puede medirse jerárquicamente con el emanado del orden jurídico prevalente. El otro, 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 casos, aún manteniéndose el sustrato de su naturaleza, el mismo se juridiza.³³

En este sentido, tal como se mencionara, 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, garantizados el respeto a su identidad.³⁴

La disposición constitucional aporta a la discusión, en el ámbito nacional, un

(31) En este sentido puede coincidir con Tamarit (op. cit., 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".

(32) Conf. Alvarez, Ricardo C. M.; *Colisión de Deberes*, Ed. Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L..

(33) La C.S.J.N., 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 C.N. (art. 14) hace a todos los habitantes del derecho de profesar libremente su culto, el está imbricado a su vez en el postulado del Preámbulo de *asegurar los beneficios de la libertad*. (L.L. 1989-C, p. 401/412).

(34) Esta norma consagra una revisión de igualdad formal contenido en el art. 16 de la C.N., pues implica otorgar un trato desigual al diferente, que, por más que en principio esté circunscripto a las etnias, tiene posibilidades de expandirse en la elaboración de la dogmática constitucional.

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.³⁵

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 C.N., 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.

6.2 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.

Creo que cuando se buscan las soluciones 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 le califica de superior, aún cuando no se reconozca tal finalidad en quienes preconizan tal temperamento, inbuídos, tal vez, de un cierto paternalismo.

No obstante, es tan importante la doctrina que se ha pronunciado por definir la problemática en los estratos subjetivos del delito, que es indispensable que nos ocupemos de su estudio suscito. Ello así además porque el presente no es el desarrollo de una tesis sino más bien la aproximación a su planteamiento, y que por otra parte permitirá fijar posición respecto de algunas ideas sobre la culpabilidad, en este particular ámbito que constituyen las diversidades culturales.

6.2.1. La imputabilidad

En este sentido, se ha buscado a nivel de la teoría del delito el definir la cuestión en el ámbito de la imputabilidad, considerando a los indígenas como inimputables. Tal como los hemos señalado esta solución es la que se prodiga en buena parte de la legislación latinoamericana e informó al “Código Penal Tipo”, tesitura que ha recibido no pocas críticas por parte de la doctrina.

La imputabilidad considerada como presupuesto o parte integrativa de la culpabilidad se apoya en dos rígidas columnas: capacidad de comprensión y de gobernar las acciones conforme a la misma.

Bustos,³⁶ ha señalado — más allá del exámen crítico que formula, con sustento en los aportes concretados por la teoría de las subculturas criminales y de

⁽³⁵⁾ Burski, citado por Tamarit (op. cit., p. 391/2), 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 (...).”

⁽³⁶⁾ Bustos Ramírez, Juan; op. cit., p. 281 y s.

la siquiatria alternativa —, que el concepto de imputabilidad es existencial, pues a los sujetos inimputables se les niega la libertad. Por ello se puede afirmar que trae inescindiblemente aparejada la idea de estigma o etiqueta de minusvalía, de desigualdad existencial; pues surgen dos ordenes diferenciados: el de los hombres libres y el del que no lo son. Hombres superiores e inferiores, estando estos "protegidos" por aquéllos.

La concepción crítica, no estigmatizante, de la imputabilidad a que se refiere el autor citado,³⁷ sin dudas no es la que campea en la concepción de la doctrina y de la legislación; por el contrario ha tenido y tiene función discriminadora. En consecuencia la asignación de tal calidad a quienes operan en un contexto cultural dado, equivaldría atribuirles el triste rango de psicópatas, individuos que, en potencia, no pueden manejar su propia conducta, aunque la supiesen antijurídica.

El considerar inimputable al indígena nos parece una actitud reñida con el respeto a los derechos humanos 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 considerarnos a nuestra propia cultura como superior.

Así fundada nuestra oposición a la solución del problema que plantea la diversidad cultural a través del juicio de imputabilidad, no dejamos de observar con preocupación que quienes coinciden con tal temperamento y exculpando, mediante el error de comprensión,³⁸ sostienen que cuando nos encontremos frente a un supuesto de

extrema peligrosidad es procedente la aplicación de una medida de seguridad. Ello así por cuanto, además de la gravedad de éstas en cuanto a su duración y condiciones de cumplimiento — en ocasiones más graves que la propia pena de prisión —, entendemos, con la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, que las medidas de internación del art. 34, inc. 1, § 3 del Cód. Penal argentino, no son de aplicación en los supuestos de error,³⁹ aún cuando éste sea de comprensión.

Quedarán, sin duda, excluidos los casos en que se está en presencia de un inimputable que no lo es por su condición de indígena, sino que está atrapado por alguno de los específicos supuestos del art. 34, inc. 1 citado.

6.2.2 Las causas de inculpabilidad y de exclusión de la culpabilidad

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

6.2.2.1. El error de comprensión

Zaffaroni,⁴⁰ 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 tal que el derecho se ve impedido de efectuar el reproche. La comprensión de la antijuridicidad, dice el Profesor de la UBA, supone conocimiento e internalización o introyección de la norma, y, cuando mayor sea el esfuerzo que deba hacer

(37) Bustos Ramírez, Juan; op. cit., p. 300/304.

(38) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral., Tomo IV, p. 202.

(39) Creus, Carlos; *Derecho Penal*, Pte. Gral., Astrea, p. 397.

(40) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral., Tomo IV, p. 191.

el sujeto para internalizar, tanto menor será el reproche que a su respeto se pueda efectuar. En igual orden de ideas Muñoz Conde.⁴¹

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;⁴² más allá de si ello obedece al consenso o al poder de la cultura hegemónica.

Al comienzo de la exposición señaló la relación existente entre la diversidad cultural con 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.⁴³ En las Jornadas Nacionales de Derecho Penal de Tucumán (Rca.

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 “secta diabólica” para burgueses ociosos o a un grupo político de fanáticos racistas.⁴⁴ Categóricamente dice Tamarit⁴⁵ — analizando la delincuencia por conciencia —, que nos 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 segundo, 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 es 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.⁴⁶

⁽⁴¹⁾ Muñoz Conde, Francisco; *Teoría General del Delito*, Ed. Tirant lo blanch, p. 144., autor que revela 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, etc.); afirmando seguidamente que actúa en error de prohibición el que desconoce la antijuricidad de su hacer.

⁽⁴²⁾ Creus, Carlos; op. cit., p. 299.

⁽⁴³⁾ Creus, Carlos; op. y loc. cit.

⁽⁴⁴⁾ Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral., Tomo IV, p. 205.

⁽⁴⁵⁾ Tamarit, Josep M^a; op. cit., p. 441.

⁽⁴⁶⁾ Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral., Tomo IV, p. 200. En coincidencia Francisco Muñoz Conde (op. cit. p. 148), sostiene que la responsabilidad penal exige el conocimiento de la antijuricidad o de las normas que

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 Ahuqa que están convencidos de que el hombre blanco siempre los matará en cuanto los vea, de modo que deben adelanarse matándolos; o a 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.⁴⁷

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

En lo personal afirmamos que si al autor, de acuerdo a sus pautas (personales, culturales, sociales) no se le podía exigir el conocimiento de la antijuricidad 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,⁴⁸ 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 art. 19 de la C.N. Es materia de prueba acreditar la invencibilidad del error en relación a la limitación cultural, cuestión ajena, por tanto, a estas consideraciones.

Para parte 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 a la misma, se enfrenta con el verdadero sentido del art. 34 del Cód. 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.⁴⁹ 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

la determinan, no el *reconocimiento* de ellas.

(47) Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal*, Pte. Gral., 4ta. ed. Ediar, p. 450 y s.

(48) Herrera, Lucio Eduardo, *El Error en Materia Penal*, Abeledo-Perrot, p. 116. Alvarez, Ricardo C.M.; *Error y teoría del delito*, Ed. Secretaría de Postgrado y Servicios a Terceros, F.C.J.y S., U.N.L.

(49) Laje Anaya, Justo, *Doctrina Penal* 1979, Depalama, p. 942 y s.

de la culpabilidad, alejadas de la relación determinismo < > indeterminismo.

En este sentido entendemos que quién concreta una acción contraria a derecho condicionado culturalmente, no comprende que ella es mala, aún cuando conozca de 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 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 a 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 Peruano, promulgado por Decreto Legislativo 635 del 03.04.1991, 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 art. 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 a esa comprensión. Igualmente consagra la atenuación de la pena cuando la posibilidad de comprensión se halle solamente disminuida.⁵⁰

6.2.2.2 Estado de necesidad excusable, 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 ello — 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, impide la profundización de los institutos mencionados, 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 empece a que suscintamente refiramos que es nuestro criterio el de que en la apreciación de las circunstancias que hacen excusable el hecho deberá prevalecer un enfoque subjetiva — 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 respeto por lo diverso.

⁽⁵⁰⁾ Zuñiga Rodríguez, Laura, Separata Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIV, fasc. II, Ministerio de Justicia de España, p. 523

6.2.2.3 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⁽⁵¹⁾ como categoría limitadora de las consecuencias jurídico-penales, de acuerdo a la teoría de los fines de la pena, despojada de la connotación ética que implica el juicio de reproche, podemos intentar visualizar cuales son los aportes que nos puede brindar en la búsqueda de alternativas a nuestra preocupación.

Respeto de la primera de las posiciones mencionadas, suponiendo que era posible exigir la realización de la conducta conforme a la norma, los criterios preventistas 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 preventista general estricto.⁽⁵²⁾

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 sustenta su categoría de la responsabilidad, no sea indispensable frente al autor por convicción, por motivos preventivos generales y especiales, para mantener el orden social.⁽⁵³⁾

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.⁽⁵⁴⁾ En esta perspectiva el bien jurídico apreciado desde la situación social que ocupa el autor tiene una enorme trascendencia, más aun en esta precisa y acotada temática.⁽⁵⁵⁾

(53) Roxin, Claus; *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Ed. Reus, p. 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*.

(54) Fernandez, Gonzálo; *El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal*, Ed. Secretaría de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L. 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.

(55) 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 (art. 162 C.P.), en que la acción consiste en el apoderamiento *ilegítimo* de la *cosa ajena*, es de imposible comprensión para las

(51) Roxin, Claus; *Política Criminal y Estructura del Delito*, Ed. PPU, p. 140. Sostiene que el principio de culpabilidad no recarga al ciudadano sino que le protege de los fines preventistas del Estado, quien podría imponer penas al margen de toda consideración de la misma.

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

La idea 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,⁵⁶ 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 penal para la cultura Eurocéntrica, será, sin duda, de escaso o nulo valor para las etnias latinoamericanas.

6.3 La diversidad cultural y su consideración en la medición de la pena

Para quienes no compartan nuestra postura, el derecho pena 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 a las pautas que proporcionan los arts. 40 y 41 del Cód. Penal argentino.

Vinculado al tema, Jescheck⁵⁷ 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".

etnias en las que la valoración de la propiedad es diferente — esencialmente comunitaria, valorandose 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.

(56) Fernandez, Gonzálo D.; op. cit, quién cita a Muñoz Conde.

(57) Jescheck, Hans Heinrich; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral., Tomo II, Ed. Bosch, p. 1.209.

La atenuación de la pena como consecuencia de haber obrado en consecuencia 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.

7. Conclusiones

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

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

II - 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), evitándo la doble punición.

III - Subsidiariamente, debe acudir 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.