

REFLEXIONES ACERCA DE LA INFRACCIÓN JUSHUMANISTA

REFLECTIONS ON THE JUSHUMANISTA INFRACTION

Eugenio Raúl Zaffaroni

Jurista e magistrado argentino. Foi ministro da Suprema Corte Argentina de 2003 a 2014 e, desde 2015, é juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Professor emérito e diretor do Departamento de Direito Penal e criminologia na Universidade de Buenos Aires, é também doutor honoris causa pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pela Universidade Federal do Ceará, pela Universidade Católica de Brasília e pelo Centro Universitário FIEO. É vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal.[1]

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4304160359638284>

Resumen: El texto pretende enfatizar al lector las normas del derecho penal en contraposición a las normas internacionales de derechos humanos y especialmente en lo que se refiere a su violación, explicando cómo funcionan los elementos del delito, atendiendo sus requisitos para caracterizar los delitos penales.

Palabras clave: Derecho Penal, Infacción Jushumanista, Derecho Internacional, Teoría del Crimen.

Abstract: The text intends to emphasize to the reader the rules of criminal law in contrast to the rules of international human rights and especially when it comes to its violation, explaining how the elements of the crime work, addressing its requirements to characterize criminal offenses.

Keywords: Criminal Law, Jushumanist Offense, International Law, Crime Theory.

Infrações y teoría - Las violaciones a Derechos Humanos son infracciones a normas establecidas en las convenciones internacionales de Derechos Humanos, es decir, *propias del derecho internacional de los Derechos Humanos (derecho jushumanista)*. En tal sentido, son *infracciones jushumanistas*.

Hasta el momento la doctrina en la materia no parece haberse interesado en elaborar una *teoría general de estas infracciones*, con una sistematización de sus caracteres y, por consiguiente, una clasificación de sus respectivas eximentes. Cabe suponer que se debe a que no ha sentido esa necesidad, aunque algo puede no ser imprescindible y, sin embargo, ser conveniente.

Ciencia jurídica y sistema - No puede negarse que la ciencia jurídica –en todas sus ramas- siempre tiende a elaborar un *sistema* que facilite el análisis para la solución racional y no contradictoria de los casos particulares. No es verdad que en la tradición anglosajona no se piense en términos de *sistema*, pues al menos en cuanto al delito, a la hora de ordenar los *precedentes* se elabora también un modelo parecido al de la tradición jurídica europea continental (*actus reus y mens rea*).

Utilidad de una teoría - Por otra parte, no puede ignorarse que una teoría general de la infracción permite una mejor completitud de la decisión y reduce la posibilidad de que queden cuestiones sin tratamiento.

Si bien esta utilidad es generalmente reconocida en todo el derecho, lo cierto es que la construcción del sistema alcanza niveles de elaboración sutil en el derecho penal con su *teoría del delito*.

La adaptación de las categorías de la construcción dogmática de la infracción de una rama del derecho a otra no es novedosa, puesto que, al menos la principal distinción dogmática en la teoría del delito (entre injusto y culpabilidad) proviene del derecho privado, donde la enunció Rudolf von Jhering y de allí la recogió el penal.

Realismo o idealismo - Puestos a la tarea de intentar probar la viabilidad de esta adaptación, es necesario decidir y advertir de qué teoría del conocimiento se parte, porque no es para nada indiferente elaborar una construcción a partir del *realismo* (privilegio de la *cosa*

o del *mundo*) que del *idealismo* (privilegio de la *idea* de la cosa o del mundo).

Cuando nuestro objeto de conocimiento es la infracción jushumanista, se trata de una conducta que viola normas del derecho internacional, donde los protagonistas son los *estados*, que son *personas jurídicas* y, al respecto, no podemos obviar la bipolaridad teórica que nos viene del derecho privado: ¿Son ficciones o realidades?

Realidad o ficción de la persona jurídica - Así, conforme a la *teoría de la realidad* respecto de las personas jurídica (presupuesto idealista), cuando un estado viola una norma del derecho internacional y es sancionado por esa infracción, el sujeto infractor y el sancionado coinciden: se sanciona al que cometió la infracción y, por ende, el autor y quien responde por ella (responsable) son la misma persona.

Pero si nos inclinamos por la *teoría de la ficción* en materia de personas jurídicas (presupuesto realista), la sanción a un estado recae sobre todos sus habitantes y, por cierto, no han sido todos ellos los que cometieron la infracción. Como bien lo observó hace más de setenta años Kelsen, se está sancionando a terceros: los que cometieron la infracción son únicamente los gobernantes, pero la sanción, como puede ser una represalia en una guerra defensiva contra la agresión cometida por otro estado, recae sobre todos los habitantes. La persona del infractor una y quien soporta la sanción es otra: la *autoría* y la *responsabilidad* se separan. El principio de personalidad e intrascendencia de la pena no rige para la sanción del derecho internacional.

Kelsen asimilaba este efecto a la toma de rehenes por una fuerza de ocupación para disuadir de agresiones al ocupante, con lo que asumía la posición *realista*, desde la que consideramos correcto partir.

Derecho internacional tradicional - En el derecho internacional las infracciones de un estado contra sus ciudadanos y habitantes estaban reservadas al derecho interno, como atributo exclusivo de su soberanía y, por ende, fuera de cualquier otra competencia internacional. Tal era la situación hasta mediados del siglo pasado y aún después, hasta que los estados renunciaron a parte de su soberanía y el derecho internacional comenzó a ser competente en materia de infracciones cometidas por los estados

contra sus propios ciudadanos o habitantes. Con este cambio revolucionario nació el *derecho internacional de los Derechos Humanos* o *derecho jushumanista*.

El derecho internacional jushumanista es, pues, una rama joven de lo jurídico internacional, que comenzó muy tímidamente con la Declaración Universal del 10 de diciembre de 1948.

Embrión de ciudadanía planetaria - Con este paso se creó una situación nueva en el derecho internacional, porque implica nada menos que el reconocimiento de una embrionaria *ciudadanía planetaria*, que hace entrar en juego a un nuevo protagonista: el ser humano (*todo ser humano es persona*).

Por ello, la infracción jushumanista es una violación al derecho internacional, pero que no tiene como sujeto pasivo a otro estado, sino a un ser humano, un *ciudadano planetario* al que se le reconoce la condición de sujeto del derecho internacional. Por otra parte, este sujeto pasivo tampoco es ajeno al estado autor de la infracción, porque por lo general es un ciudadano de ese estado o por lo menos un habitante, aunque más no fuere transeúnte.

Los autores son siempre personas - Los autores de la infracción jushumanista –desde la antes señalada perspectiva realista- también son personas reales, que ocupan posiciones de poder en el gobierno del estado infractor, como órganos de éste.

Son estas personas quienes, en su condición de órganos del estado, incurren en acciones u omisiones que eventualmente configuran infracciones jushumanistas que llevan ante la jurisdicción internacional a su estado, al que se responsabiliza con sanciones internacionales.

Estas sanciones deben cumplirlas también las personas que son órganos de ese mismo estado en el momento de serles impuestas por la jurisdicción, que pueden no ser los autores de las infracciones y, cuando se trata de sanciones reparatoras, las debe pagar el erario público del estado, que es patrimonio de toda su ciudadanía.

El esquema del delito - Veamos, pues, si es posible intentar adaptar las categorías básicas de la teoría del delito para ordenar los caracteres de las infracciones al derecho jushumanista.

El carácter genérico y más básico de la teoría del delito es la exigencia de que se trate de una conducta humana, a la que, como caracteres específicos, siguen la *tipicidad* (prohibición y violación a la norma), la *antijuridicidad* (ausencia de causas de justificación) y la *culpabilidad* (reprochabilidad).

Son estas las categorías que –convenientemente adaptadas- quizá sean útiles para la construcción de una teoría de la infracción jushumanista.

Toda infracción es conducta humana - Al igual que en el derecho penal, el primer paso para averiguar si nos hallamos ante una infracción consistirá en preguntarse si se trata de una conducta humana, porque los hechos de la naturaleza nunca pueden configurar una infracción jurídica.

Pero en cuanto a la conducta, debe notarse una diferencia básica con el derecho penal, pues desde el comienzo debe quedar claro que, si bien la infracción jushumanista es una conducta humana, no puede ser la de cualquier humano, sino únicamente de quienes operan como órganos de un estado.

Todas las infracciones son propia - A diferencia del derecho penal, aquí el círculo de personas debe estar determinado junto con el concepto de conducta como carácter genérico de la infracción, dado que en estas infracciones no se admite la clasificación entre las *comunia* y las *propia*, pues por definición son todas *propia*.

La calidad de órgano pertenece a la conducta - Como el carácter de órgano estatal es propio de la conducta de la posible infracción jushumanista, no depende de que el tipo lo exija, por lo que la calidad del autor no sería un requisito típico, sino un presupuesto

para todos los tipos y, por ende, integrante del concepto de conducta en la teoría de la infracción jushumanista.

Ausencia de conducta - Este sería el *carácter genérico*, básico de cualquier infracción jushumanista, que sirve para descartar en un primer y elemental paso de análisis, lo que groseramente no corresponde seguir analizando: no hay infracción si no proviene de una conducta o si su autor no actúa como órgano del estado.

La tipicidad (prohibición) de la conducta - Los tipos de infracciones jushumanistas no se hallan escritos en la ley internacional (convenciones), que en general contienen normas que se expresan en forma *preceptiva*, pues impone a los órganos del estado deberes de protección o tutela.

En lugar de deducir la norma del tipo (*prohibido matar*, luego: *no matarás*) se deduce el tipo de un mandato (*tutelarás la vida*, luego *no matarás*).

A partir de esta observación, se podría pensar que *todas las infracciones serían omisivas*, o sea que, todas las infracciones jushumanistas serían omisiones de cumplimiento de los deberes (mandatos) impuestos por la ley internacional. Un normativismo extremo podría sostener este criterio constructivo.

No todas las infracciones son omisivas - La *perspectiva realista* es preferible, por ser la más acorde a la comprensión general, pues resulta por lo menos difícil explicar que clarísimas acciones lesivas de órganos de los estados sean sancionadas como omisiones: el derecho no debe apartarse demasiado de la realidad (no parece razonable que un fusilamiento ordenado por un órgano estatal sea una omisión). Por eso, desde una perspectiva inclinada al *realismo*, los sujetos activos violarían omisivamente las normas cuando *no impidiesen las lesiones (dejasen morir*, por ejemplo), pero lo harían *activamente* cuando éstos las *causasen (matasen*, por ejemplo).

Es bueno advertir que una norma puede enunciarse tanto *preceptiva como prohibitivamente*, pero su contenido siempre es *prohibitivo*. Puede decirse *te prohíbo privar de libertad arbitrariamente a tus habitantes*, o bien, *tutela y protege la libertad de tus habitantes*. En este sentido, siempre media una prohibición: en cualquier caso, prisionizar a un habitante fuera del derecho está prohibido.

Los tipos jushumanistas son jurisprudenciales - En el tipo penal la ley describe la conducta prohibida (*matar a otro*) o la conducta debida (*prestar socorro*) como *figura o imagen legal*, en tanto que los tipos jushumanistas deben deducirse a partir del enunciado preceptivo de tutela (*tutelarás la vida*, le dice la ley internacional al estado). Por esa razón, los *tipos jushumanistas* deben ser construidos por los jueces. No son tipos legales, en el sentido de que –por lo general- no están expresos en la ley, sino que deben inferirse, o sea *construirse deductivamente* por la jurisprudencia.

Esto otorga un gran valor al *precedente jurisprudencial*, análogo al de la metodología penal anglosajona de otrora, que de este modo va creando un *derecho común* jushumanista.

El tipo siempre es lógicamente necesario - El tipo –sea legal o jurisprudencial- siempre es lógicamente necesario, porque aún cuando no haya tipos descritos en la ley, por imperio de la lógica más elemental el juzgador deberá construir previamente la figura jurídica abstracta de lo prohibido, porque no hay otro modo de establecer en las circunstancias concretas de cada caso, si se da un *supuesto de hecho prohibido fáctico (facticidad prohibida)*.

Por elementales razones de lógica, si el tipo no está dado por la ley, lo debe construir la jurisdicción, porque de lo contrario, quienes juzgan no sabrían qué conductas y qué *cambio del mundo real* deberán buscar como posible materia o facticidad prohibida.

El uso de la analogía - La integración analógica se prohíbe o se prescribe en el derecho, según la forma en que cada una de sus ramas provee seguridad jurídica.

En el derecho penal está prohibida la construcción por vía de integración analógica, en razón del necesario carácter fragmentario de la punición; en el derecho civil, por el contrario, se impone la analogía, para que ningún conflicto quede librado a la violencia.

Imposibilidad de estricta legalidad - Para proveer a su particular forma de seguridad jurídica, en materia jushumanista no es posible pretender prever legalmente todas las circunstancias que deben formar parte de la constelación situacional en que una limitación resulta prohibida (implica una ofensa), por lo que se le impone acudir a la analogía.

Dicho más claramente: el *deber ser* en materia jushumanista no es absoluto (todo derecho admite limitaciones), sino que se traduce en el mundo (*realidad*) conforme a cierto *estándar de realización*, cuyo desconocimiento depende de *datos mundanos* que configuran el *contexto* político, social, económico, etc., o sea, de las *circunstancias del caso*.

La construcción judicial no es arbitraria - No obstante, el hecho de que los tipos jushumanistas deban ser judiciales no implica que su *construcción deductiva* se lleve a cabo arbitrariamente y sin ninguna seguridad jurídica para los estados, es decir, sin un mínimo de previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales. Por ende, el proceso de *construcción deductiva* debe responder a pautas que imponen límites a la jurisdicción.

Estas pautas imponen a la jurisdicción el deber de decidir conforme a la *racionalidad*, que se traduce en *proporcionalidad*. La *proporcionalidad* es la traducción jushumanista de la regla de *racionalidad* a que debe estar sometido todo el derecho.

El derecho común jushumanista - Se ha ido formando y existe en el presente un considerable cúmulo de precedentes jurisprudenciales emanados de las diferentes jurisdicciones jushumanistas, que tienen la particularidad de alimentarse entre sí, construyendo precedentes judiciales *en red*, lo que va haciendo crecer un *derecho común* jushumanista de creación judicial no limitado a una jurisdicción, sino *interjurisdiccional*.

Esta jurisprudencia proporciona un alto número de *supuestos de hecho prohibidos* (tipos) ya decididos y afianzados, que serían los casos de infracciones sino obvias, al menos poco discutibles y que ofrecen un marco de previsibilidad de las decisiones.

Los tipos jushumanistas son circunstanciados - En el derecho penal, los tipos activos (que definen lo prohibido) pueden o no ser circunstanciados, en tanto que los omisivos siempre lo son.

En materia jushumanista, prácticamente todos los tipos –activos y omisivos– son circunstanciados; los no circunstanciados (que en cualquier circunstancia son infracciones) son muy excepcionales, limitándose por lo general a algunas conductas que al mismo tiempo son delitos internacionales (genocidio, tortura, etc.) y cuya tipicidad no es originaria del derecho jushumanista, sino que éste la recibe de la rama internacional del derecho penal.

Los tipos jushumanistas omisivos - En el derecho jushumanista no existen *propias* infracciones de omisión (en que puede incurrir cualquiera), sino que todas son *impropias* infracciones omisivas y, en consecuencia, todos sus tipos son necesariamente circunstanciados y, además, todos los autores deben hallarse en posición de garante respecto del derecho afectado.

Posición de garante y evitabilidad - Ante todo, en la tipicidad omisiva es necesario verificar que la persona haya obrado como órgano del estado, o sea, que haya estado en posición de garante respecto del derecho de que se trata: el estado debe tener el deber de garantizar ese derecho a su habitante dentro del estándar respectivo y la persona debía ser el órgano encargado de esa función.

Además, la tipicidad omisiva requiere el *nexo de evitabilidad*, o sea, que al agente como órgano del estado le haya sido posible evitar la producción del resultado, lo que sólo se puede verificar incorporando

datos de la *realidad* acerca de las circunstancias.

Basta la negligencia - Las conductas típicas de infracciones jushumanistas pueden (a) estar dirigidas programáticamente hacia los resultados lesivos (dolosas) o bien (b) dirigirse a otros resultados, pero en que la causalidad haya sido proyectada con violación de elementales deberes de cuidado impuestos para no causar resultados ofensivos (negligentes).

Esta distinción subjetiva cobra relevancia en el derecho penal internacional, pero no en el derecho jushumanista, porque en éste basta con que los actores hayan actuado con negligencia.

La subjetividad típica jushumanista tendrá relevancia respecto de las medidas que disponga la jurisdicción al estado condenado –entre otras en cuanto a la llamada *garantía de no repetición*–, pero el dolo de quienes operaron como órganos estatales no es un requisito de su tipicidad, siendo suficiente su negligencia, siendo lo más común que la infracción responda a una pluralidad de acciones de operadores del estado en que unos actúen dolosamente y otros negligentemente.

Concurrencia de infracciones y de personas - Es frecuente que en los casos de jurisdicción internacional jushumanista se establezca la concurrencia de varias tipicidades (*concurso ideal*), lo que en esta materia no ofrece dificultades mayores en cuanto a sus consecuencias prácticas.

En cuanto a la concurrencia de personas, se presenta en forma casi necesaria en toda infracción, puesto que por lo general son varios los órganos que intervienen activa y omisivamente.

La concurrencia de personas en la infracción, dado que es suficiente con la imprudencia o negligencia, al igual que en el derecho penal cuando se trata de tipos con esta estructura, todos los intervinientes son considerados autores, cualquiera sea la forma en que hubiesen contribuido al hecho.

No corresponde distinguir si esa contribución es a título de autor (con dominio del hecho, directo o mediato), de partícipe (cómplice o instigador) e incluso *a posteriori* de encubridor, como tampoco tiene relevancia la intervención no haya sido necesaria para a producción del resultado, siempre que haya contribuido a éste.

Ámbito normal de gobierno - Toda tipicidad jushumanista implica una ofensa (por lesión o por peligro) a uno o más derechos. Sin embargo, toda acción de gobierno limita derechos en alguna medida. El derecho jushumanista no puede dejar de reconocer un ámbito de *conducta políticamente adecuada* en las que, *en situaciones normales*, la acción política en forma inevitable provoca esas limitaciones al ejercicio de los derechos que garantizan las convenciones y que no implican *permisos* (no son causas de justificación) sino el necesario espacio de decisión para gobernar.

Adecuación política de la conducta - Esta *adecuación política de la conducta* es una valoración que se le impone siempre a la jurisdicción internacional, para respetar el espacio que se debe reconocer a cualquier acción política (de gobierno de la *polis*).

El criterio valorativo debe ser también aquí, ante todo, la *racionalidad* traducida en forma de *proporcionalidad* y la verificación del estándar democrático en comparación con otras acciones de gobierno, en especial de los estados que menos incurren en infracciones jushumanistas y donde el nivel de respeto a los Derechos Humanos resulta más alto.

Esta última comparación, aunque no pueda pretender imponer ese estándar a todos los estados, al menos, permite saber en qué medida la acción de gobierno se aparta de esos casos ejemplares, proporcionando de ese modo un criterio válido bastante certero.

Justificación - Verificar la tipicidad jushumanista implica dar por probada la violación a la norma, es decir, la prohibición de la conducta, pero el derecho jushumanista –como todo el derecho– debe reconocer permisos para realizar conductas típicas en

circunstancias especiales, que hacen que ésta no resulte en definitiva antijurídica: son las llamadas *causas de justificación*.

No tiene sentido preguntar por la eventual existencia de un permiso cuando no se ha violado la norma, o sea, que se trata de una prelación lógica y no de una relación de regla y excepción: esta última es un cálculo estadístico, pero que se interroga antes por la norma y después por el permiso es una necesidad lógica.

La necesidad como razón de los permisos - Las causas de justificación del derecho jushumanista tienen por fundamento común la *necesidad*, que no puede confundirse con cualquier alegada *razón de estado*. Toda justificación está circunstanciada de un modo que imponga una necesidad de limitación de Derechos Humanos.

La necesidad no es el límite del permiso - Pero la necesidad es un fundamento –o razón de ser– del permiso, mas no su límite: el principio conforme al cual *la necesidad no conoce ley* no es válido para el derecho racional en general y menos aún para el jushumanista en particular.

Una conducta típica puede ser necesaria, en el caso de ser la única posible para evitar un mal, pero para que esa necesidad opere como justificación, será menester que no provoque una ofensa que sea a su vez por completo aberrante. Las situaciones son distintas, según se trate de una legítima defensa o de un estado de necesidad, pero de todos modos, el principio general de que nunca la mera necesidad marca el límite jurídico del permiso es válida para ambos casos.

En ningún caso pueden justificarse, invocando la necesidad, conductas tipificadas por el derecho penal internacional (tortura, genocidio, crímenes contra la humanidad)

La legítima defensa: sujeto activo - El orden jurídico de un estado como tal sólo puede defenderse a través de las acciones de las personas que operan como sus órganos. Otras personas pueden defender bienes de los estados (defender la propiedad estatal, por ejemplo), como también su existencia o integridad (frente a una agresión extranjera, por ejemplo) pero nunca al estado como estructura de poder jurídico (defender la vigencia del derecho estatal).

Toda defensa del orden jurídico del estado como tal, llevada a cabo por otras personas actuando autónomamente, o sea, sin control estatal, debe ser considerado un delito y el respectivo estado tiene el deber jurídico de evitarla y penarla y, de no hacerlo, incurre en una infracción jushumanista.

Agresión antijurídica - Toda defensa jurídicamente relevante como justificación presupone la existencia de una agresión, que debe ser una conducta humana antijurídica. Si la conducta no es antijurídica no es posible alegar ninguna defensa: no hay permiso para actuar contra quien actúa conforme al derecho.

La defensa jurídicamente relevante como permiso debe ser la necesaria y suficiente para neutralizar la agresión.

El estado no está obligado a soportar agresiones antijurídicas, pero las que importan ofensas de escasa magnitud no pueden ser neutralizadas a costa de la vida, por ejemplo, por mucho que en el caso concreto no sea posible otra conducta para neutralizarla.

Provocación intencional - El estado no puede defenderse jurídicamente cuando las personas en función de órganos hubiesen provocado intencional o dolosamente la agresión: el permiso para limitar Derechos Humanos no procede cuando se haya provocado el conflicto, porque se trataría de una agresión por parte del estado (lo que habilita al ciudadano a defenderse, no siendo admisible la legítima defensa contra otra legítima defensa) o bien cuando sus órganos lo hubiesen hecho para poder limitar los derechos de quienes protesten o resistan, pues se trata de una acción ilícita en su causa (*actio illicita in causa*).

Provocación negligente o imprudente - Tampoco podrá ser jurídicamente relevante como permiso para el estado, su defensa

frente todas las agresiones provocadas negligente o imprudentemente por las personas que operan como sus órganos.

En estos últimos casos deberá tenerse en cuenta el grado de imprudencia con que actuaron esas personas, es decir, si la violación al deber de cuidado que les impone abstenerse de conductas provocadoras de conflictos y agresiones responde a una negligencia o imprudencia más o menos simple o bien altamente temeraria.

La defensa es legítima sólo contra el agresor - Debe quedar claro que la defensa sólo es legítima en cuanto ofende Derechos Humanos del agresor, pero no cuando lo hace respecto de terceros ajenos a la agresión.

Además, la necesidad del medio empleado debe valorarse estrictamente, puesto que, si se dispone de un medio menos lesivo, no resulta necesaria la defensa en esa medida y el estado incurriría en un *exceso intensivo* antijurídico.

Por último, la defensa cuando cesa la agresión y, por ende, toda ofensa a Derechos Humanos del agresor posterior al cese de la agresión será una infracción, puesto que configura un *exceso extensivo* antijurídico.

Estado de necesidad - La pura necesidad (estado de necesidad) justifica sólo en la medida en que se ofenden derechos para evitar lesiones inminentes (no peligros lejanos o remotos) más graves en situaciones de emergencia y, siempre y cuando, los propios órganos del estado no hubiesen provocado la necesidad. En el supuesto de provocación, rigen las mismas reglas que señalamos para la legítima defensa.

Conductas no justificables por necesidad - A diferencia de la legítima defensa, los ciudadanos que ven ofendidos sus derechos en el caso del estado de necesidad, no han hecho nada contra el estado, pese a lo cual éste puede afectar sus derechos invocando una necesidad no provocada por el propio estado, pero para eso no puede lesionar la dignidad del ser humano, reduciéndolo a un medio o instrumento (a una *cosa*).

No puede admitirse la muerte de una persona ni siquiera para salvar la vida de otras, porque cada vida es un absoluto y en ese caso cada persona tiene el derecho a conservar la propia sin que pueda considerarse mayor o menor la ofensa en razón del número de personas que se sacrifiquen y las que se salven. Las ofensas contra la vida no se evalúan contablemente: no es justificante la acción del estado que da muerte a uno para salvar a diez.

El estado, en razón de mera necesidad, no dispone de ningún permiso jurídico para matar, torturar ni cometer delitos de lesa humanidad. En alguna circunstancia –y sólo respecto de la vida humana–, la conducta de sus órganos puede llegar a ser *disculpable*, pero nunca justificada.

Culpabilidad - La doctrina penal observó que hay conductas que no se justifican, pero que razonablemente tampoco pueden sancionarse: el que no sabe ni puede saber que lo que hace es antijurídico o el psicótico en brote, no tienen ningún derecho a realizar la conducta antijurídica, pero no es racional penarlos.

Cobrar la deuda - Para explicar que a alguien se le puede *disculpar* su acción, es necesario que la infracción requiera que al autor de lo pueda *culpar*, es decir, que la infracción requiere un nuevo carácter: la *culpabilidad*.

Este carácter exige, para que haya *infracción*, que al agente *se le pueda cobrar su injusto, su falta, su deuda con el derecho*.

Para construir el concepto de *culpabilidad*, el derecho imita *la forma* de la ética tradicional, concluyendo que se trata de la posibilidad de exigirle jurídicamente al autor del injusto, en esa circunstancia concreta, una conducta conforme al derecho (*exigibilidad de otra conducta*).

Por ende, la *exculpación* tendría lugar cuando no fuese posible exigirle jurídicamente otra conducta conforme al derecho (serían supuestos

de *inexigibilidade*).

Culpabilidade en el derecho jushumanista - Es una buena pregunta saber si es posible que este concepto de culpabilidad funcione también en el derecho jushumanista, es decir, si hay situaciones en que a los estados no se les puede exigir otra conducta diferente que la del injusto jushumanista en que incurrió.

Hemos visto el problema en ciertos casos de muerte de personas, especialmente por omisiones impuestas por alguna emergencia, en que sus órganos deben operar selectivamente cuando hay vidas humanas en juego, o incluso cuando se presenten circunstancias imprevisibles y los órganos del estado se hallen faltos de medios y recursos: catástrofes, terremotos, naufragios, epidemias, etc. Los órganos del estado sólo pueden salvar algunas vidas, pero no todas las vidas.

Tampoco pueden descartarse tipicidades activas (desplazamiento de peligros), aunque son más extrañas.

Estado de necesidad exculpante - Por supuesto que esto sólo sería admisible (a) en casos que respondan a las situaciones de necesidad no provocadas intencionalmente ni tampoco por la propia negligencia de los órganos estatales, pues en caso contrario la conducta les sería reprochable. (b) Las circunstancias deberían ser imprevisibles o previsibles pero muy poco probables, puesto que, si

fuesen previsibles y probables, se estaría incurriendo en negligencia. (c) Pero también debería probarse que los órganos del estado no han procedido arbitrariamente en la selección de personas, sino conforme a cierta priorización razonablemente explicable.

Responsabilidad en exculpación - La responsabilidad jushumanista se hace cargo también de la reparación civil, por lo cual, como en los casos de exculpación siempre existe de un injusto jushumanista (conducta típica y antijurídica de los órganos del estado), puesto que por tratarse de una conducta antijurídica, la exculpación no cancela la obligación de reparar del estado, lo que no ocurre en los casos de justificación. Por ende, en estos casos, el estado sigue siendo responsable por la lesión causada, aunque no configura una infracción, y la jurisdicción jushumanista debe condenarlo a la reparación.

Consideraciones provisionales - Por supuesto que, lejos de pretender haber llegado a destino, las presentes reflexiones únicamente aspiran a dejar abierta la cuestión, como un primer paso por un camino incierto. Por ende, estas consideraciones son eminentemente provisionales y tentativas, formuladas con el único objeto de iniciar un eventual debate científico.

Autor convidado

O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL RESERVADO AOS INDÍGENAS SOB A ÓTICA INTERCULTURAL E DECOLONIAL

THE LEGAL-CRIMINAL TREATMENT RESERVED TO INDIGENOUS UNDER THE INTERCULTURAL AND DECOLONIAL VIEW

Luiz Henrique Eloy Amado

Pós-doutor pela École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS). Doutor em Antropologia Social pelo Museu Nacional (UFRJ). Advogado da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB).
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9277948314977751>
ORCID: 0000-0001-9073-6086
adv.luizeloy@gmail.com

Victor Hugo Streit Vieira

Graduando em Direito pela UFPR. Membro do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos (NESIDH-UFPR). Estagiário na Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB).
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2155461107301255>
ORCID: 0000-0002-0262-0284
victorhsvieira@hotmail.com

Resumo: Mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, o tratamento jurídico-penal reservado a réus, acusados e condenados indígenas continuou invisibilizando as diferenças étnico-culturais, predominando uma interpretação etnocêntrica e eurocêntrica no ato de responsabilização penal do indígena. O presente artigo prima por uma abordagem intercultural e decolonial à matéria, consolidada na Resolução 287 do Conselho Nacional de Justiça.

Palavras-chave: Indígenas, Direito Penal, Direito Processual Penal, Interculturalidade, Decolonialidade.

Abstract: Even after the advent of the Federal Constitution of 1988, the legal-criminal treatment reserved for indigenous defendants, accused and convicts continued to make ethnic-cultural differences invisible, with an ethnocentric and Eurocentric interpretation prevailing in the act of criminal responsibility of the indigenous. This article strives for an intercultural and decolonial approach to the matter, consolidated in Resolution No. 287 of the National Council of Justice.

Keywords: Indigenous, Criminal Law, Criminal Procedural Law, Interculturality, Decoloniality.

O Estado brasileiro foi erigido violentamente sobre a ideologia nacional da unidade cultural, tendo sido imposta durante cinco séculos uma política assimilacionista, cujo objetivo era a progressiva integração dos indígenas à chamada comunhão nacional. No entanto, apesar das mais variadas formas de repressão das diferenças culturais, o Brasil possui uma riqueza cultural e diversidade étnica, abarcando

274 línguas indígenas faladas por indivíduos de 305 etnias¹, bem como diferentes formas de organização social e de sistemas jurídicos próprios, o que exige o reconhecimento dos costumes e tradições.

Rompendo com o paradigma integracionista da política indigenista brasileira, a Constituição Federal de 1988 reconheceu essa