



## **"Diversidad Cultural y Derecho Penal. Delitos Culturalmente Motivados".**

**Por Mónica Stornelli**, Secretaria de la Procuración General de la Nación, actualmente en función de Auxiliar Fiscal en la Fiscalía General Nro. 4 ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal

**VOCES: Derecho penal. Proceso migratorios. Delitos. Diversidad Cultural. Modelos. Principios de Derecho Penal. Dogmática Penal Teoría del Delito. Error de Prohibición.**

**Resumen:** El presente trabajo pretende abordar la problemática relativa a los delitos culturalmente motivados suscitados a raíz de la diversidad cultural originada tanto en relación a los procesos migratorios que se están dando en Europa como así también en virtud de la multiculturalidad vinculada a los pueblos indígenas de América Latina.

Siendo que el derecho penal se construye sobre los valores de una sociedad y que el multiculturalismo necesariamente atraviesa los límites culturales y sociales de esta, resulta necesario analizar cuál va a ser la postura que el estado va a adoptar respecto de extranjeros con una cultura jurídica distinta.

### **A- EL MULTICULTURALISMO**

#### **1- Definición de Delito culturalmente motivado. Modelos de gestión de la Diversidad Cultural.**

El proceso de inmigración ha modificado considerablemente la población europea conformando una sociedad con marcado pluralismo étnico, religioso y cultural, lo que sin duda es una fuente de futuros conflictos en el plano jurídico y en especial en el sistema penal.

En igual sentido, la multiculturalidad relativa a los pueblos indígenas de Latinoamérica implica una coexistencia de diversas culturas y diferentes sistemas normativos.

El fenómeno de la diversidad cultural parece ser una cuestión de las sociedades modernas, diversas y plurales, conformadas en función tanto del colonialismo o inmigración entre grupos diferenciados entre sí, en las que cada grupo se autoafirma en su identidad étnica y cultural a modo de resistencia.

Como decíamos, estas culturas necesariamente deben insertarse en la sociedad de acogida con todos los derechos ciudadanos pero con reconocimiento de su identidad. Advertimos las trascendentes connotaciones que en la práctica acarrea la diversidad cultural tanto en el contexto latinoamericano, en el que la preexistencia de pueblos originarios tiene una incidencia marcada, como en el contexto europeo, que está viviendo importantes procesos migratorios.

Se entiende por delito culturalmente conforme lo expusiera BROECK<sup>1</sup> *“aquel acto de una cultura minoritaria, que es considerado como delito por el sistema de la cultura dominante. Sin embargo ese mismo acto, en el grupo cultural del delincuente es perdonado, aceptado como un comportamiento normal y aprobado, incluso avalado y promovido en la situación dada”* Conforme lo define SANZ MULAS<sup>2</sup> *“son los supuestos en los que determinadas conductas contrarias a la norma penal del país “anfitrión” se explican sin embargo en razón a la cultura a la que pertenece el infractor. También puede ocurrir que el comportamiento sea delictivo en ambas conductas, pero el tratamiento penal es diverso” “En definitiva, se presenta un conflicto entre el respeto a los valores comprendidos dentro de su cultura y lo que disponen las normas penales del país de acogida”*.

---

<sup>1</sup> Van Broeck, J. *“Cultural defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)”*, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Países Bajos, Brill/Nijhoff, 2001, volumen: 9 tirada 1, pág.5.

<sup>2</sup> Sanz Mulas, Nieves, *Delitos Culturalmente Motivados*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2018, página. 32.

La mayoría de las sociedades europeas, en tanto, son receptoras de convivencia de diferentes sectores sociales diversos entre sí, manifestándose en la etnia y cultura de cada uno.

Puede darse la situación de que la conducta sea delictiva en ambas culturas pero tenga un tratamiento penal diverso.

En Europa, se pueden apreciar dos modelos para gestionar la diversidad cultural<sup>3</sup>

- **Modelo “Asimilacionista Francés”** se inspira en un concepto formal de igualdad que prescinde de las diferencias<sup>4</sup> busca incorporar al migrante a la cultura hegemónica. Se inspira en un concepto formal de igualdad ignorando las diferencias. Intenta que los inmigrantes adopten la cultura del país de acogida sin tener en cuenta las diferencias culturales. Este modelo implica la imposición del modelo dominante al sector minoritario, promoviendo políticas de gestión de la diversidad a través de medidas lingüísticas, educativas, normativas, tendientes a incorporar al extranjero siempre y cuando este abandone su identidad.

-**Modelo “Multiculturalista Inglés”** parte de un concepto de igualdad, del reconocimiento de la existencia de las diferencias y la necesidad de gestionarlas para lo cual propone un trato diferencial que implique la integración a las minorías y la armonía racial, lo que permite que estos conserven su patrimonio cultural. Parte de un concepto material de igualdad,

-**A fines de los 80 surgió en Francia el Modelo “Interculturalista”** es una modalidad del pluralismo que promueve la igualdad, la libertad, la interacción entre los sujetos individuales o colectivos culturalmente diferenciados. Tiene como base la igualdad de oportunidades, el respeto a la diversidad y el fomento de entornos sociales que faciliten el intercambio y el enriquecimiento entre las personas de diferentes culturas.

## **B- EL FENÓMENO MIGRATORIO EN EUROPA**

### **1- Contexto histórico y situación actual**

---

<sup>3</sup> Sanz Mulas, Nieves, *Delitos culturalmente Motivados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 18.

<sup>4</sup> Roca de Agapito, L. *Delitos culturalmente motivados*, Bernal del Castillo, J, *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios Jurídicos y Criminológicos Comparados*, Barcelona, Atelier, 2014, pág.227.

Luego de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la Comunidad Económica Europea se generó un proceso de globalización que la convirtió en una potencia económica mundial.

Si bien el fenómeno migratorio es tan antiguo como la historia de la humanidad, en la actualidad abarca proporciones inimaginables a nivel mundial generadas básicamente por la marginación que el mundo económico globalizado está provocando. Estamos presenciando en Europa una ola de inmigración de ciudadanos Africanos y de Medio Oriente que está generando problemas de gran magnitud. Familias y pueblos enteros se aventuran en busca de nuevas oportunidades que le otorguen un futuro y poder así mejorar su calidad de vida.

Ciudadanos de países que viven en la más extrema pobreza y marginación se lanzan a la búsqueda de un futuro que les permita desarrollarse como seres humanos dignos intentando insertarse en países cuyas sociedades resultan muy opuestas en cuanto a cultura, etnia, religión y costumbres, lo que da como resultado lo que se conoce como el “multiculturalismo”.

Se puede hablar incluso del surgimiento de una nueva civilización nómada, en la que ya no se trasladan sujetos individualizadamente sino familias y hasta pueblos casi completos, lo que tiende a conformar modernas sociedades multiétnicas, multiculturales y multirreligiosas<sup>5</sup>

Con premura la Unión Europea deberá abordar el tema pese a las rispideces que esta situación provoca. ¿A dónde enviar a los inmigrantes africanos que día a día llegan a sus territorios? Ninguna de las propuestas que se manejan abarca el fondo del drama por el que miles de personas huyen de sus países.

Europa no ha podido instaurar el multiculturalismo que abarque políticas comunitarias y de integración cultural a los inmigrantes. Particularmente España se ha convertido en un país donde conviven personas que pertenecen a diversas culturas.

Rige una política migratoria restrictiva, cierre de fronteras, falta de reconocimiento de derechos. No se ha diseñado una política que implique la integración de los inmigrantes. Las normas de derecho internacional suscriptas en las que se baja línea de medidas contra la discriminación y el racismo se contraponen con medidas xenófobas propiciadas en muchos casos por los gobernantes ante el temor y desconfianza de que estos se apropien de los bienes de los ciudadanos.

---

<sup>5</sup> Ferré Olivé, Juan Carlos, *Diversidad Cultural y Sistema Penal*, Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Nro.2, 2010, pag.149 y 150.

Mientras se discute cuál debe ser la política que se ha de tomar en torno a esta problemática las sociedades van conformándose con estos migrante debiendo convivir en un mismo país estas diversas culturas lo que suele llevar muchas veces a enfrentamientos profundos.

Coexisten distintas culturas, religiones, razas, que deben convivir y es aquí donde se plantea la *primera cuestión*.

Un ejemplo más que elocuente es la práctica ancestral que se desarrollan en 29 países africanos y de Oriente Medio, “la mutilación genital femenina”. Más de 100 millones de mujeres padecen la mutilación del clítoris conforme datos aportados por la UNICEF<sup>6</sup>, lo que genera problemas de salud irreversibles. Sin duda esta costumbre es considerada desde la óptica de las sociedades occidentales una conducta reprochable penalmente y que de ningún modo puede encontrar justificación en motivos sociológicos o culturales.

Constituye una conducta punible para los códigos penales occidentales ya sea como lesiones corporales o como una figura específica. En el Código Penal Español se encuentra prevista (art. 149.2) estableciendo una pena de prisión de seis a doce años al que “*causare a otro una mutilación genital cualquiera de sus manifestaciones*”.

Hace unos años se modificó en ese país la legislación estableciendo la aplicación extraterritorial de las normas penales europeas, otorgándole competencia a los Tribunales españoles para juzgar estos delitos si los responsables –padres, tutores- se encuentran en ese país y han enviado dolosamente a las menores consintiendo esta práctica (art. 23.4), ello toda vez que se advirtió que se enviaban a las menores a sus países de origen con el fin de efectuar esta práctica, toda vez que allí está permitida.

Por su parte, el Tribunal Superior Francés, resolvió que es punible la ablación del clítoris a tenor del art. 312, 3º párrafo del Código Penal previendo una pena privativa de la libertad perpetua para los progenitores que realicen el ritual sobre sus hijos de 10 a 20 años por complicidad.

Dentro de estas prácticas ancestrales pueden verse también ritos que involucran la desfiguración del rostro a menores, las muertes para salvar el honor familiar, el maltrato familiar, los límites en la corrección a los menores, los matrimonios incestuosos, los matrimonios forzados, la bigamia, el trabajo infantil o el consumo de drogas con fin terapéutico.

---

<sup>6</sup> [[https://www.unicef.org/publications/files/FGM\\_Report\\_Summary\\_Spanish\\_23Aug2013.pdf](https://www.unicef.org/publications/files/FGM_Report_Summary_Spanish_23Aug2013.pdf).]

Como puede verse estamos hablando en muchos casos de prácticas que chocan con la concepción que nuestro sistema cultural tiene respecto del ser humano y su dignidad y que a los ojos de nuestra sociedad occidental resultan, muchos de ellos, verdaderamente aberrantes.

## **C- EL MULTICULTURALISMO EN AMERICA LATINA**

### **1- Contexto histórico y situación actual**

Paralelamente en América Latina a raíz de los procesos de colonización también existen conflictos penales derivados del multiculturalismo. Los pueblos indígenas vivían en nuestro territorio mucho antes de la llegada de los españoles lo que claramente indica su preexistencia étnica.

A raíz de la colonización de América Latina en 1492 las comunidades indígenas sufrieron un gran atropello. En dichos territorios se asentaron estados de tipo occidental juntamente con pueblos indígenas. Sus costumbres y cultura pretendieron ser erradicadas y reemplazadas por la nueva cultura.

Durante la época colonial se adoptó un método segregacionista, los indígenas eran excluidos y ocupaban el nivel más bajo de la sociedad. Se verificó una verdadera imposición de las normas penales españolas. Se desplazaron las normas de convivencia generadas por la costumbre que entonces regía a las comunidades indígenas.

En España, más precisamente en la Universidad de Salamanca se generó por aquel entonces el debate respecto de si los indios eran hombres libres o esclavos. En defensa de los indios surgieron las voces de Bartolomé de las Casas y de Francisco de Vitoria quienes llegaron a la conclusión que los indios eran iguales a todos los seres humanos, seres libres aunque en la práctica no fue tan así, pues se les adjudicaba una capacidad limitada, lo que se tradujo en sometimiento a una tutela, y con esta la legitimación de los trabajos forzados.<sup>7</sup>

Luego de la declaración de la Independencia se adoptó un modelo asimilacionista que procuraba la igualdad ante la ley inspirados en los valores de la Revolución Francesa, no obstante, esta igualdad era puramente gradual, dado que no se aceptaban las diferencias.

La independencia no supuso para las comunidades indígenas la recuperación de sus derechos, los nuevos dirigentes recibieron mucha influencia de España lo que se vio

---

<sup>7</sup> Ferré Olivé, Juan Carlos, obra cit., pág.157.

plasmado en sus leyes. Los indígenas fueron tratados como seres jurídicamente incapaces ocasionando una gran marginalidad. A partir de mediados del siglo XX surge el modelo integracionista, se consolidan grupos indígenas que claman por ser reconocidos y respetados. Paulatinamente se comienza a aceptar la existencia de comunidades diferentes y la necesidad de discutir la propiedad de las tierras.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la situación de los indígenas comienza a modificarse, se suscriben las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos<sup>8</sup>. En 1989 se firma el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>9</sup> lo que generó un avance importante al reconocer la pluralidad de lenguas y culturas. Este convenio constituye la herramienta jurídica más importante para la defensa de los derechos indígenas y pretende facilitar la integración de los indígenas al ámbito laboral, mejorar sus condiciones de vida y los niveles de salud y educación.

Desde el punto de vista del Derecho Penal les da derecho a resolver sus conflictos mediante sus procedimientos, ante sus tribunales y aplicando sus propias normas siempre y cuando estos no sean contrarios con los derechos humanos internacionalmente reconocidos ni al sistema jurídico nacional.<sup>10</sup>

La Argentina ratificó este convenio a través de la Ley 24.071, sancionada el 4 de marzo de 1992 y promulgada el 7 de abril del mismo año, el que fue ratificado por el Poder Ejecutivo el 17 de abril del 2000 y fue depositado en la OIT el 3 de julio del mismo año. En el actual art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional de la República Argentina se reconoce “la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas”.

Es necesario entonces establecer la compatibilidad con el sistema punitivo estatal, para poder reconocer la validez de los procedimientos. Las normas de los estados deben permitir expresamente a las comunidades indígenas el ejercicio de su derecho.

---

<sup>8</sup> Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales, culturales de la ONU en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Convención contra la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes de la ONU de 1984.

<sup>9</sup> Convenio OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de 1989.

<sup>10</sup> Art. 9.1 del Convenio 169 de la OIT “*En la medida de que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*”

El sistema que propone la Convención es el de la coexistencia de dos mecanismos punitivos: el creado por el Parlamento y aplicable al territorio del Estado y el Derecho Penal indígena Consuetudinario que requiere normas compatibles con el primero y toma como fuente la costumbre solo si esta es compatible con la Constitución y las leyes.

Este sistema penal basado en la costumbre se acepta en beneficio de las comunidades indígenas, dado que la ley penal resolvería inapropiadamente sus conflictos, no obstante rige una limitación de carácter territorial, este derecho no puede imponerse fuera de su jurisdicción. El problema que subyace claramente ante este reconocimiento es la posible afectación de las garantías individuales de los indígenas, concretamente mediante la aplicación de sanciones basadas en la costumbre que resultan intolerables a criterio de la cultura occidental si se parte del respeto de la dignidad y el respeto de los Derechos Fundamentales del ser humano.

El concepto muy arraigado en la cultura indígena en relación al castigo con violencia física, pondera la posibilidad de aplicar penas inhumanas o degradantes. (pedradas, azotes, tortura).-

La aplicación del cepo, el látigo o los ortigazos no constituyen un trato inhumano y cruel o degradante para el sistema penal indígena, porque tienen como fin preparar al acusado para su integración a la sociedad, su sanación y que retorne la paz, el equilibrio y la armonía a la comunidad, siendo que para nuestro sistema constituye claramente una conducta reprochable desde el punto de vista penal.

De ningún modo puede justificarse la aplicación de penas inhumanas o degradantes que afecten la dignidad del ser humano.

Capítulo aparte merece el rol de la mujer indígena en estas comunidades, quien lamentable está sometida a una importante discriminación de género y afectación a sus derechos humanos. Se encuentra en una situación de gran vulnerabilidad, sometida a estructuras patriarcales que le han marginado de la vida política y comunitaria, casi reducida en forma exclusiva al papel reproductor, aunque en los últimos años han logrado hacerse escuchar logrando participar de espacios internacionales.<sup>11</sup>

Otra cuestión que ha suscitado controversia desde el punto de vista penal en virtud de la problemática de la multiculturalidad es la situación del “coqueo” que se verifi-

---

<sup>11</sup> Paredes Pique, Susel. Reporte 2004 Invisibles entre los árboles, 12, 2005, consultado en [[http://www.flora.org.pe/pdfs/INVISIBLES\\_ENTRE\\_SUS\\_ARBOLES%5B1%5D.pdf](http://www.flora.org.pe/pdfs/INVISIBLES_ENTRE_SUS_ARBOLES%5B1%5D.pdf)].

ca en provincias del norte argentino como Jujuy o Salta, en las que la tradición cultural de personas que han nacido en estas regiones tienen internalizadas prácticas de modo generalizadas que son permitidas de cierta forma en la sociedad.

En relación a este punto, la ley 22.015 en su oportunidad (1979) prohibió el uso de la coca aún en la “zona de consumo habitual”, tanto el coqueo como la tenencia de hojas de coca. No obstante, la ley 23.737, la cual se encuentra en vigencia en la República Argentina, contempló este extremo específicamente en el artículo 15, estableciendo que no se considera tenencia de estupefacientes, la tenencia o uso de coca en su estado natural, destinada a la práctica del coqueo o masticación o su empleo para masticación<sup>12</sup>

Cerezo Mir<sup>13</sup>, nos ilustra respecto de otra costumbre andina consiste en raptar a una mujer para obligarla mantener relaciones sexuales, haciendo vida en común con ella, durante un período no superior a doce meses. Al cabo de este tiempo, si surge afecto entre la pareja pueden contraer matrimonio, en caso contrario, el raptor puede devolver a la mujer a sus padres y si hubiera quedado embarazada se considerará “hijo de las rocas” pudiendo ser abandonado en las montañas con el fin de que muera.

El mismo autor nos da cuenta de otro ejemplo de diversidad cultural respecto de otra costumbre arraigada en la capital de la Provincia de Chucuito (Puno), consistente en que dos grupos de agricultores de la comunidad Huaylluni se acometen y lesionan brutalmente, con el designio de pronosticar, de este modo, si las cosechas favorecerán a alguna de tales coaliciones. La creencia de que el grupo vencedor ha de verse favorecido por la madre naturaleza, hace que cada campesino ponga el cuidado debido para que los latigazos y proyectiles lanzados con sus hondas vulneren efectivamente la integridad física de sus oponentes.<sup>14</sup>

## **D- PRINCIPIOS BASICOS DEL DERECHO PENAL OCCIDENTAL**

### **1- Incidencia en el Derecho a la Diversidad**

**El principio de legalidad** es una de los mayores aportes de la Revolución Francesa (1789) al Derecho Penal occidental. Pensadores destacados como Montesquieu o Rousseau describen a la ley como la relación necesaria que deriva de la naturaleza de

---

<sup>12</sup> Art. 15 ley 23737 “la tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural, destinado a la práctica del coqueo o masticación, o su empleo como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupefacientes”.

<sup>13</sup> Cerezo Mir, J “Temas fundamentales del Derecho Penal”, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, pág. 231.

<sup>14</sup> Cerezo Mir, obra cit., pág.231.

las cosas y concibe un sistema político caracterizado por la sumisión de los poderes públicos a la autoridad superior de “la ley”. Desde los tiempos de Beccaría -“*De los delicto y las penas*”- hasta la actualidad mediante las Declaraciones de Derechos Humanos y Pactos Internacionales se ha puesto de resalto este principio fundamental para el resguardo de las garantías individuales fundamentales de los ciudadanos. Implica que no hay autoridad superior a la de la Ley.

Sin duda uno de los principios más importantes del derecho penal en la actualidad, cuya esencia es el “*nullun crimen, nulla poena sine lege*” (*no hay delito ni pena sin ley previa*). Implica que ningún hecho puede ser merecedor de una pena sin una ley que previamente lo haya declarado punible.<sup>15</sup>

Esta máxima implica que ninguna sentencia condenatoria puede dictarse aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, una ley en que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena.

Entonces, tanto el delito como la pena deben estar establecidos en una ley anterior al hecho.

En Argentina este principio está contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional<sup>16</sup>. Su fórmula básica implica que no hay delito sin ley previa. Para que una conducta sea susceptible de imputación penal, debe existir previamente la tipificación de la misma en el ordenamiento de fondo.

Se sostiene que no hay crimen sin ley previa, escrita, estricta y cierta “*nullum crimen sine lege praevia, scripta, stricta e certa*”

Cabe hacer mención, por cierto que tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como el en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos con jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina se encuentra plasmado este principio.-

En el derecho indígena resulta sumamente difícil verificar el cumplimiento de este principio, toda vez que es un derecho cuya fuente es precisamente la costumbre, se parte de la inexistencia de una norma cierta, de una norma “escrita”.

Si bien es imperioso respetar la diversidad cultural, tal como venimos sosteniendo en el presente trabajo, resulta no obstante muchos cuestionan otorgarle validez al Derecho Penal Indígena basado en la costumbre.

---

<sup>15</sup> Mir Piug, *Derecho Penal, Parte General*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2005.

<sup>16</sup> Artículo 18 Constitución Nacional Argentina “*Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”.

La aplicación de la costumbre debe ser aceptada por los Estados con ciertas limitaciones, la primera es que no afecte los principios constitucionales fundamentales.

Tanto la Convención 169 de la OIT como las normas internacionales exigen el respeto a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y las leyes de los estados.

Entonces, si bien podemos concluir en que debe ser aceptado el derecho consuetudinario indígena, debemos asegurarnos que éste sea respetuoso de los Derechos Humanos.

**El principio de Culpabilidad** exige la constatación de responsabilidad subjetiva, su fundamento material resulta ser la función motivadora de la norma penal, dado que esta va dirigida a personas que puedan motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Puede verse lesionado, si se penalizan conductas independientemente del conocimiento o la intención que tuvo el sujeto, por ejemplo de pisar un lugar que se considere sagrado y la persona lo desconoce.

**El principio de personalidad de las penas**, una de las principales conquistas del derecho penal moderno es el principio de la individualidad de la responsabilidad penal, en virtud de la cual la pena solo puede afectar al sujeto que realizó el hecho punible y en ningún caso a los miembros de su familia. Es parte integrante y derivación razonada del principio de legalidad.

Este principio también puede verse seriamente afectado si se tiene en cuenta que en algunas comunidades indígenas las penas son extendidas a la familia de los autores de los hechos delictivos, permitiendo por ejemplo que cualquier pariente del fallecido pueda dar muerte a cualquier pariente del homicida.

**El principio de humanidad de las penas** consagrado en todas las declaraciones de derechos humanos, puede verse afectado en virtud del tipo de sanciones que aplican algunas comunidades indígenas.

La Declaración de los Derechos Humanos en su artículo 5 establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.<sup>17</sup> Asimismo, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes indica que la tortura es *“todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya*

---

<sup>17</sup> CONVENCION AMERICANA, citada, nota

*cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otra...*<sup>18</sup>

Los castigos físicos que utiliza el sistema penal indígena, tienen un claro corte cruel o vejatorio como la pena de muerte y las penas corporales, mediante azotes, el látigo, pencazos, pedradas, baño de agua fría seguido de ortigamiento, -lo que genera picos, eczemas y una irritación generalizada<sup>19</sup>. También se aplica el “baño” (sujeto obligado a sumergirse en un río o pozo en la noche o madrugada), la ronda obligatoria (en rondas vecinales) y el trabajo comunal<sup>20</sup> resultan claramente una forma de tortura y por tanto inadmisibles en cualquier tipo de sociedad.

**El principio de presunción de inocencia** otro de los principios fundamentales del sistema del derecho penal occidental es el principio de presunción de inocencia, en virtud del cual ninguna persona puede ser considerada como culpable hasta que se demuestre lo contrario, conforme lo establece el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.<sup>21</sup> *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.* En base a este principio, la carga de la prueba recae sobre quien alega el hecho, e incluso, en ciertos delitos dicha carga de la prueba la asume el Estado.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos también la contempla, en el art. 8.2 en donde se establece que *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”*<sup>22</sup>

Parece ser que el derecho indígena atenta contra dicho principio siendo que se parte de la concepción de culpabilidad y se obliga al imputado a declarar en su contra, aunque debe señalarse que el acervo probatorio se configura por la cohesión de la comunidad lo que deriva en un control exhaustivo de los actos de cada uno de sus miembros.

---

<sup>18</sup> Convención contra la tortura y otros tratos crueles Inhumanos o Degradantes, art. 1 AG Res. 39-46, Doc ONU – A.RES-3946, diciembre de 1984.

<sup>19</sup> Ardito. *Cambios y perspectivas dentro del derecho consuetudinario q'eqchi*. Revista Pena y Estado n° 4, 1999, P. 24.

<sup>19</sup>

<sup>20</sup> Villavicencio, *“Mecanismos Alternativos”* P. 113

<sup>21</sup> DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, ART 11, RES. 217, doc: ONU DEL 10-12-48.,

<sup>22</sup> ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS –OEA- Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.2, Noviembre de 1979.

## E- POSIBLES SOLUCIONES DESDE LA DOGMÁTICA PENAL

La doctrina ha intentado dar una solución a la compleja situación recurriendo a las categorías dogmáticas donde el componente cultural puede operar según el caso como causal de atipicidad, justificación, error de tipo, de prohibición o estado de necesidad exculpante.

En algunos casos, la conducta podría interpretarse como socialmente adecuada y por consiguiente atípica. Podría darse la dificultad o impedimento que tiene el sujeto para reconocer los elementos constitutivos del tipo penal producto de su condicionamiento cultural. Se trata en este caso de un problema de conocimiento.

Una vez acreditada la tipicidad de la conducta se debe determinar si el hecho es contrario a derecho, es decir resulta indispensable constatar la antijuridicidad. La primera condición para darle validez a las normas es la conciencia general del derecho existente, las normas deben ser conocidas y si bien este conocimiento se presume y resulta imposible que una persona acceda al conocimiento de todas las normas existentes, lo cierto es que su destinatario tiene que estar dispuesto a cumplirlas.

Siendo la culpabilidad la capacidad de imputabilidad, la capacidad de reprocharle a una persona una determinada conducta, resulta indispensable el conocimiento que esta persona tenga de la antijuridicidad. Es aquí donde puede plantearse diversas cuestiones relativas al tema de estudio. Puede ocurrir que determinadas normas no estén internalizadas por parte de los miembros de una determinada comunidad o subcultura y no se verifique entonces el conocimiento de la antijuridicidad.

Es común advertir en sociedades de estos tiempos, tanto por la inmigración en Europa como por la población indígena preexistente en América Latina -en donde conviven diversos sistemas de valores- que algunas personas ni siquiera se cuestionen la ilicitud de determinados actos, dado que son normales y permitidos en sus sociedades o comunidades de origen. En esta inteligencia, Zaffaroni ha sostenido que *“en sociedades donde coexisten distintos sistemas de valores hay que admitir que haya individuos que aun pudiendo técnicamente conocer la ilicitud de su hacer, no se planteen siquiera ese problema cuando ese hacer es normal en el grupo social concreto al que pertenecen.”*<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Zaffaroni, Eugenio *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, Tomo IV, y siguientes. 2da. Edición, pág 196.

También puede abordarse el tema con las causales de justificación: considerase al deber de preservar la cultura como una suerte de ejercicio legítimo de un derecho que resulta oponible a la cultura predominante.

Actualmente la doctrina relativa a la teoría del delito identifica al “error de tipo”, como aquel referido a el error en los elementos exigidos en el tipo objetivo, que tiene como consecuencia la exclusión del dolo, el querer el resultado típico; y el “error de prohibición” que implica la no comprensión de la antijuridicidad y puede suponer la exclusión de la culpabilidad.

El error de prohibición implica la falta de conocimiento o comprensión de la ilicitud de su conducta que en definitiva implica la incompreensión de la antijuridicidad. Cuando el autor de un hecho ilícito no tiene conciencia de la antijuridicidad de su conducta decimos que el autor se encuentra en un error de prohibición.

Dentro del error de prohibición podemos identificar a aquél en la que el autor desconoce que el hecho está contenido en una norma que lo prohíbe y por tanto jurídicamente desaprobado - recae sobre la existencia de una norma prohibitiva- se trata del Error de prohibición “directo” y el “indirecto” el cual versa sobre la existencia de alguna causa de justificación, el autor cree que su conducta se encuentra amparada en una causa de justificación y actúa en el convencimiento de que el sistema jurídico lo ampara.

A su vez estos pueden ser evitables o no evitables considerando para su distinción básicamente la posibilidad que tiene el sujeto activo de advertir o no el error de poder conocer la antijuridicidad de la conducta. Si es evitable la conducta será culpable porque el autor no ha utilizado la capacidad de reconocer la antijuridicidad de su acto pudiendo hacerlo.

El error de prohibición, entendido como un error en la comprensión de la prohibición pretende también dar respuesta a la cuestión en análisis. En este contexto adquiere preponderancia la teoría del “*Error Culturalmente Condicionado*”, el cual ha sido tratado en Argentina por el profesor Zaffaroni<sup>24</sup>, quien pretende dar una solución a los casos en los que los individuos conocen la existencia de una norma prohibitiva pero les es imposible internalizarla por la incidencia de la cultura en la que se han formado. El autor entiende al error de prohibición culturalmente motivado como un error directo de

---

<sup>24</sup>Zaffaroni, Eugenio, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo IV, pág. 196 y siguientes, Bs.As., Ediar.

comprensión que elimina la culpabilidad solamente si se superpone con la del error culturalmente condicionado.

Este error se daría cuando el sujeto conoce la norma prohibitiva pero existe una dificultad para la comprensión de la misma por estar condicionado culturalmente. Es cuando el sujeto pertenece a una cultura o subcultura diferenciada, donde ha internalizado valores diferentes e incompatibles. Sostiene que “la exigibilidad de efectiva internalización (comprensión) de las pautas jurídicas (señalización de las conductas antijurídicas) depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debía realizar para materializar esa internalización o comprensión efectiva. En caso de concluir que era posible esa comprensión, el injusto será reprochable y por consiguiente el grado de reprochabilidad (culpabilidad) necesariamente se remitirá al grado de la exigibilidad al respectivo grado de esfuerzo que el sujeto hubiese debido realizar<sup>25</sup>.

Distingue entonces dos supuestos, el sujeto que incumple la norma por sentirlo como un deber de conciencia y el que lo hace porque la dificultad de comprensión tiene origen en un error culturalmente condicionado, admite que deberá darse una disminución de la culpabilidad, dado que supone falsamente que una causa de justificación ampara su conducta.

Cuando la dificultad de comprensión tenga su origen en un error culturalmente condicionado –segundo supuesto-, admite la posibilidad de que esta situación conlleve la exclusión de la culpabilidad. Es cuando la dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente, cuando el sujeto conoce la norma prohibitiva pero no la puede internalizar por razones culturales, considera Zaffaroni que no se puede reprochar esa falta de internalización.

Tanto en el artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina como en los Tratados de Derechos Humanos a ella incorporados conforme lo establecido en el art. 75 inciso 22 se encuentra la base del error de prohibición.

La ya citada Convención 169 de la OIT en los artículos 9 y 10 específicamente refiere que los jueces penales al basar sus resoluciones deben tomar en consideración las costumbres de los pueblos indígenas.

La pregunta que se nos plantea es qué hacer en estos casos, cómo debe el Juez que interviniente valorar esta cuestión.

Entiendo que en estas particulares situaciones en las que el autor no haya podido comprender la antijuridicidad de su conducta deberá el juez que tenga a cargo el análisis

---

<sup>25</sup> Zaffaroni, Eugenio, ob.cit. pág. 198 y 199.

del caso ponderar al momento de meritarse la pena a imponer tanto las incidencias sociales como así también los componentes psicológicos que llevaron al sujeto a actuar de una manera determinada, toda vez que considero que el error sobre normas de cultura puede ser en algunos casos relevante e inevitable.

#### **F- LOS DERECHOS HUMANOS COMO LIMITE AL DERECHO A LA DIVERSIDAD CULTURAL**

Si bien partimos de la base del derecho a la diversidad cultural, del respeto a las tradiciones, religiones y culturas, es necesario establecer como límite infranqueable el respeto a los Derechos Humanos.

El avance en el plano de la diversificación no puede darse a costa de sacrificar las garantías individuales de los miembros de la comunidad. Ante todo deben respetarse los principios constitucionales fundamentales como el de legalidad, el de presunción de inocencia, el de culpabilidad y el de humanidad de las penas.

Para que este sistema tenga legitimidad debe ser respetuoso de los derechos humanos. En esta inteligencia, Sanz Mulas sostiene que *“El mínimo común es el del respeto a los derechos humanos, el derecho a tener derechos de todo ser humano; esto es, y en palabras de BENHABID, “de ser reconocido por otros y de reconocer a otros a su vez como persona merecedora de respeto moral y de derechos legalmente garantizados en el seno de una comunidad humana” Limitar determinadas expresiones culturales estaría, por tanto, justificado, al existir mínimos que una sociedad no puede renunciar y que se asientan en los derechos fundamentales, sobre los cuales no cabe oponer posturas sustentadas en consensos culturales porque son universales e inalienables”.* *“...el derecho a la diferencia, a la propia identidad cultural, necesariamente debe ceder ante otros derechos fundamentales de claro rango superior, como pueden ser la vida, la integridad corporal, la libertad o la libertad sexual”<sup>26</sup>.*

En esta misma línea de pensamiento, Grisetti y Kamada han entendido que *“en materia penal la diversidad cultural sólo puede ser esgrimida como defensa, a título excluyente de la categoría de la culpabilidad, de manera restringida a los supuestos de delitos que excluyan el resultado muerte”<sup>27</sup>.*

---

<sup>26</sup> Sanz Mulas, Nieves *“Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa”*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, pag. 22 del 20-07-15.-

<sup>27</sup> Grisetti, Ricardo y Luis Kamada, *“Error de Prohibición. Los Derechos Humanos como límite natural a su respeto irrestricto”*, La Ley, 2013, pág.12.

Cerezo Mir en igual sentido, considera “excesivo en cualquier caso, el reconocimiento de eficacia eximente al error invencible sobre lo ilícito penal o sobre lo injusto material en los supuestos en que se atente contra los derechos fundamentales, como la vida, la integridad corporal, la libertad o la libertad sexual”<sup>28</sup>.

Siendo que el derecho penal indígena limitado desde el punto de vista de las garantías, estimo prudente que este se extienda solo a los delitos leves que no afecten los derechos humanos esenciales de los mismos miembros de la comunidad.

Tal como se expusiera ut supra el propio Convenio 169 de la OIT específicamente exige como límite a la aplicación del derecho penal indígena que este no lesione los Derechos humanos fundamentales consagrados en los Tratados Internacionales, la Constitución y las leyes.

Como señala Ferré Olivé “*un argumento añadido aporta el ya mentado principio de humanidad de las penas. Si son intolerables todas las sanciones corporales, las comunidades deberán eliminarlas completamente y recurrir a otro tipo de penas: pecuniarias, derechos, privativas de derechos, expulsión, trabajo comunitario, etc.*”<sup>29</sup>

He de destacar como cita jurisprudencial relacionada al tema, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Bs.As., Argentina en donde en base a la inviolabilidad de los derechos humanos se descartó la aplicación de la teoría del error culturalmente condicionado. En esta inteligencia, la Sala I sostuvo que “*se debe afirmar que el orden jurídico tiene normas básicas de defensa de los derechos humanos básicos que no se debe permitir que sean violados ni por los ciudadanos de un país, ni por extranjeros. En este sentido, se defiende el sistema normativo, por el sistema mismo. Estos derechos no pueden ser violados con argumentos basados en las costumbres cualquier persona debe adecuar su conducta a ello. Si se admitiera esta idea, se debería admitir la tortura, porque resuelve cosas difíciles, la ablación sexual de la mujer, pues ciertas cultural lo permiten, la formación de mafias con leyes de pena de muerte propias, porque así se comportan en su país de origen, como se verá la enumeración es amplia y no resiste un sano debate. Pero tampoco es cierto, que en el país de origen del imputado, éste sea el tratamiento dado a los hijos. No parece que la estructura social de China Popular admita este tratamiento a los menores. Por lo cual se*

---

<sup>28</sup> Cerezo Mir, J “*Temas fundamentales del Derecho Penal*”, Santa Fé, Rubinzal Culzoni Editores, pág.227.

<sup>29</sup> Ferré Olivé, obra cit., pág.170

*dicta el procesamiento de los imputados por el delito de reducción análoga a la servidumbre (art. 140 CP).*<sup>30</sup>

## **G- CONCLUSIONES**

Ha quedado en evidencia a lo largo del presente trabajo que la problemática existente entre la ley penal y los comportamientos de las personas que poseen un patrón cultural diverso, ya sea por ser inmigrantes o miembros de pueblos indígenas no es de sencilla solución.

La globalización amenaza con la pertenencia a un grupo, a una identidad, pone en peligro la cultura, la religión, el idioma.

Los sistemas de protección internacional de los derechos humanos exigen el respeto a la diversidad cultural siempre que estas prácticas no afecten el respeto de la dignidad de las personas.

En el contexto actual que se vive, principalmente en Europa, es imposible hablar de una cultura única europea, dado que como hemos hecho referencia en el desarrollo del presente trabajo, conviven muchas culturas, religiones, etnias; ocurre en forma similar en los países latinoamericanos en los que coexisten poblaciones indígenas, siendo imprescindible el reconocimiento de la dignidad humana independientemente de la pertenencia cultural.

Por lógica, todo aquél que llega a un país que lo acoge tiene que adaptarse a este, debiendo en muchos casos dejar de lado hábitos y tradiciones; no obstante por ello no asumirá fácilmente todos los valores de esa sociedad.

El principio de tolerancia y el diálogo resultan ser los caminos adecuados para conciliar las diferencias.

Considero que cada estado debe planificar la integración de los diferentes grupos étnicos que viven en su territorio teniendo presente el Derecho a la Diversidad, debe propiciar políticas criminales que respeten la diversidad cultural, toda vez que de esta manera se garantizará el principio de igualdad ante la ley.

El derecho a la diversidad implica el derecho a ser tratados como iguales a pesar de las diferencias, el derecho elemental de todo orden jurídico: la “igualdad”. El derecho del ser humano de ser reconocido en su dignidad, independientemente de su origen o creencias.

---

<sup>30</sup> CNCC, SALA I, “*Su Shao Mei*” y otra resuelta el 18/03/02 c.18023.-

No obstante, entiendo que deben existir ciertas limitaciones en cuanto a determinadas costumbres que son totalmente inaceptables en el sistema penal del país de acogida.

Debemos partir de la base que todos los habitantes son titulares del conjunto de Derechos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, el Pacto Internacional de Derechos Civiles, Económicos y Sociales y la Convención Europea de Derechos Humanos.

Por más arraigada a la cultura que pueda ser una costumbre, no por ello puede quedar impune, el hecho de que el actor pertenezca a un sistema diverso no lo habilita para desarrollar acciones que afecten los derechos humanos más elementales. Estos límites están dados por los instrumentos jurídicos internacionalmente vinculantes.

No hay un manual para resolver en forma automática cada caso que se habrá de presentar. Entiendo que debe analizarse cada situación en particular teniendo en cuenta las distintas categorías analíticas de la teoría del delito: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Si bien el error de prohibición culturalmente condicionado es uno de las formas para dar solución a estos conflictos y fue concebido para ese fin, algunos autores lo cuestionan porque refieren que se considera un injusto totalmente configurado a una conducta de raigambre tradicional al que solo se le excluye la pena, lo que a juicio de estos no satisface la exigencia del respeto de la diversidad cultural.

De este modo, la óptica no debe centrarse en las categorías rígidas que se proponen para dar solución de un modo general estas complejas situaciones, sino que debemos tener en cuenta los estratos de la teoría del delito haciendo hincapié de manera indispensable en los Derechos Humanos.

