

María Inés RESTON

Delito y diversidad cultural

Una propuesta de solución para los delitos cometidos desde una
motivación cultural diversa

*Tesis doctoral
dirigida por
Carlos PÉREZ DEL VALLE*

Universitat Abat Oliba CEU
Facultad de Ciencias Sociales
Programa de doctorado en Humanidades y Ciencias Sociales
Departamento de Derecho

2017

*A mi abuela Lilia.
No a su memoria,
sino a su presencia.*

Resumen

El conflicto penal en las sociedades multiculturales presenta la particularidad de que el autor concibe a la víctima como un miembro de su grupo de pertenencia, -es decir, como *amigo*- por cuyo bien actúa, aunque con su hecho afecte derechos fundamentales de aquella. El sujeto activo obra, en consecuencia, en un conflicto normativo-cultural que no le permite advertir que la norma oficial le está dirigida, sino que prevalece sobre él el mandato cultural. En esta investigación, se trata de ofrecer una respuesta dogmática, a través del error de prohibición invencible, para solventar aquellos casos en los que el autor no obra motivado por deslealtad al derecho, sino por respeto a su cultura; es decir, para los supuestos en los que, a pesar de su infracción penal, el autor todavía reconoce al ordenamiento jurídico como modelo de orientación de conductas. La propuesta de interpretación y aplicación del instituto del error que aquí se formula pretende ser una forma de encarnar el principio de tolerancia en el ámbito penal, conforme las exigencias del multiculturalismo y del derecho fundamental a la identidad cultural.

Palabras claves

Multiculturalismo – cultura – identidad cultural – derechos fundamentales - delito culturalmente motivado – error de prohibición – *cultural defenses*

Resum

El conflicte penal en les societats multiculturals presenta coma a particularitat que l'autor concep a la víctima com un membre del seu grup de pertinença -és a dir, com a amic- pel ben del qual actua, encara que amb el seu fet afecti drets fonamentals d'aquella. El subjecte actiu obra, en conseqüència, en un conflicte normatiu-cultural que no li permet advertir que la norma oficial li està dirigida, sinó que, sobre ell preval el mandat cultural. En aquesta recerca es tracta d'oferir una resposta dogmàtica, a través de l'error de prohibició invencible, per solucionar aquells casos en els quals l'autor no obra motivat per deslleialtat al dret, sinó per respecte a la seva cultura; és a dir, per als supòsits en els quals, malgrat la seva infracció penal, l'autor encara reconeix a l'ordenament jurídic com a model d'orientació de conductes. La proposta d'interpretació i aplicació de l'institut de l'error que aquí es formula pretén ser una forma d'encarnar el principi de tolerància en l'àmbit penal, conforme les exigències del multiculturalisme i del dret fonamental a la identitat cultural.

Paraules clau

Multiculturalisme – cultura – identitat cultural – drets fonamentals - delictes culturalment motivats – error de prohibició – *cultural defenses*

Abstract

The criminal conflict in multicultural societies poses the particularity that the offender conceives the victim like a member of their group of belonging, i.e. like a *friend*, for whose sake they act, although their act may affect the victim's fundamental rights. The offender therefore acts in a normative-cultural conflict which does not let them notice that the official norm is addressed to them, but the cultural mandate prevails over them. This research attempts to provide a dogmatic answer by means of the invincible mistake of law or prohibition in order to resolve such cases in which the offender does not act motivated by disloyalty to the law, but by respect to their culture; i.e. such cases in which, despite their criminal offense, the perpetrator still recognizes the legal system as a model of behavioral guidance. The proposal of interpretation and application of the theory of mistake herein formulated is intended to be a way to embody the principle of tolerance in criminal matters, according to the demands of multiculturalism and of the fundamental right to cultural identity.

Keywords

Multiculturalism – Culture – Cultural Identity – Fundamental Rights – Culturally-motivated Crime – Mistake of law or prohibition – Cultural Defenses

Sumario

Introducción.....	13
I. Planteamiento preliminar.....	19
I. A) El multiculturalismo.....	19
I. A) 1. El fenómeno del multiculturalismo en las sociedades occidentales actuales.	19
I. A) 2. El multiculturalismo como fenómeno histórico universal.....	21
I. A) 3. Argentina y su emblemática experiencia multicultural.....	24
I. A) 4. Características de la integración en la sociedad inmigrante: la identidad fusionada.....	36
I. A) 5. Multiculturalismo como desafío en la configuración de la sociedad.....	40
I. A) 5. i. Multiculturalismo en la posmodernidad.....	40
I. A) 5. ii. Cultura y diversidad.....	45
I. A) 5. iii. La minoría ante la norma mayoritaria.....	49
I. A) 6. El significado del multiculturalismo: un deslinde terminológico.....	55
I. A) 6. i. La pluralidad de culturas dentro de un mismo Estado.....	55
I. A) 6. ii. Reconocimiento de las culturas diversas.....	59
I. A) 6. iii. Modos de gestión de la diversidad cultural.....	61
I. A) 7. Aspectos no comprendidos en el estudio.....	70
I. B) Los conflictos culturales que nacen de la convivencia multicultural.....	78
I. B) 1. Un ensayo de clasificación de los conflictos multiculturales.....	85
I. B) 1. i) Conflictos reales y conflictos aparentes.....	85
a) Nacionales y extranjeros. La cuestión de la ciudadanía.....	85
b) Población inmigrante y delito.....	90
I. B) 1. ii) Conflictos de difícil solución jurídica.....	91
a) Diferentes concepciones de familia: Matrimonios polígamos e incestuosos.	91
b) Derecho a la preservación de la propia cultura a través de la educación.	104
c) El caso de los símbolos religiosos en lugares públicos.....	108
d) La prohibición del uso de símbolos religiosos en las escuelas públicas; el problema del velo.....	111
I. B) 2. Algunas conclusiones sobre la aparición del conflicto.....	122
I. C) Conflictos con pueblos indígenas.....	125
I. C) 1. Reclamaciones de restitución de tierras comunitarias por parte de comunidades aborígenes.....	128

I. C) 2. El planteamiento de la cuestión de la justicia indígena y la justicia ordinaria.	145
I. C) 2. i) El orden estatal versus el orden indígena.	148
I. C) 2. ii) Algunos modelos.	153
I. C) 2. iii) Análisis crítico.	165
I. D) Conflictos con relevancia penal.	167
I. D) 1. La víctima en la perspectiva del autor.	167
I. D) 1. i) Introducción.	167
I. D) 1. ii) La víctima como enemigo como elemento característico del terrorismo.	169
I. D) 1. iii) La víctima como amigo.	170
I. D) 1. iv) Delimitación del objeto de estudio.	174
I. D) 2. Descripción de algunos casos emblemáticos.	175
I. D) 2. i). Libertad.	175
a) Matrimonios infantiles.	175
I. D) 2. ii). Integridad corporal y sexual.	178
a) Mutilación genital femenina.	178
a) α. El contexto cultural: su importancia para el abordaje penal del conflicto.	179
a) β. Un debate al interior de los derechos humanos.	184
a) γ. La mutilación genital femenina en el ámbito del derecho occidental.	188
a) δ. Toma de posición respecto de la respuesta penal a la mutilación genital femenina.	198
b) De la circuncisión masculina.	200
I. D) 2. iii). De los crímenes por honor.	219
I. D) 3. Derecho indígena y derecho penal.	223
I. D) 4. Delimitación del objeto de estudio.	233
II. Tolerancia y estado de derecho.	235
II. A) Libertad de conciencia como derecho fundamental en la Constitución.	235
II. A) 1. El conflicto entre deber de conciencia y deber jurídico.	235
II. A) 2. La libertad de conciencia, una garantía fundamental que hoy irradia sus efectos en el derecho penal.	240
II. A) 2. i) La libertad de conciencia en Argentina.	240
II. A) 2. ii) La libertad de conciencia en España.	243
II. A) 2. iii) La libertad de conciencia en Alemania.	244
II. A) 3. Alcances de la libertad de conciencia.	248

II. A) 4. Los juicios de conciencia y las decisiones de orden cultural en el derecho penal.....	258
II. A) 4. i) Algunas manifestaciones concretas del ejercicio de la libertad de conciencia en el plano del derecho penal.	261
α. Perspectiva doctrinal.....	261
β. Algunos apuntes sobre la doctrina alemana.	265
γ. Algunos apuntes sobre la doctrina española.	275
II. A) 4. ii) Libertad de conciencia y tolerancia.....	277
II. B) De la libertad de conciencia a la tolerancia en sociedades plurales.....	281
II. B) 1. Introducción doctrinal sobre la tolerancia.	284
II. B) 2. Distintas manifestaciones de la tolerancia: como virtud y como principio jurídico-constitucional.	288
II. B) 2. i) Toma de posición.	295
II. B) 3. La evolución histórica de tolerancia.....	301
II. B) 3. i) La tolerancia en los autores clásicos.....	302
α. Los inicios, desde las guerras de religión post Reforma hasta la separación de Iglesia y Estado.	302
β. LOCKE.	319
γ. MILL.....	331
II. B) 3. ii) La tolerancia en los autores contemporáneos.....	346
α. WALZER: tolerancia y modelos políticos.	352
β. MACINTYRE: La intolerancia debida a lo intolerable.	365
γ. RAWLS: el influjo del constructivismo en el liberalismo.	377
δ. KYMLICKA: la tolerancia liberal que reconoce el derecho de las minorías a ser diversas.	386
ε. GARZÓN VALDÉS: la tolerancia como propiedad disposicional; la intolerancia como límite sensato. Vigencia de la noción de tolerancia en la filosofía jurídica y en el derecho.....	394
II. B) 4. La intolerancia en el derecho internacional de los derechos humanos. ..	400
II. B) 5. La tolerancia en algunos antecedentes de la jurisprudencia y doctrina comparadas.....	405
II. B) 5. i) La tolerancia en la jurisprudencia alemana.	406
II. B) 5. ii) La tolerancia en la jurisprudencia española.....	412
II. B) 5. iii) La tolerancia en la jurisprudencia italiana.	413
II. C) Tolerancia y derecho penal. Comenzando a ligar ambos términos.....	414
II. C) 1. El límite de los derechos fundamentales.	414
II. C) 2. ¿La tolerancia como mediating principle del derecho penal?.....	424

II. C) 3. Tolerancia y derecho penal, a partir de un caso emblemático.....	445
II. C) 3. i) Breve consideración del carácter limitador de la moral sobre el derecho: el ejemplo de la fórmula de RADBRUCH.	445
II. C) 3. ii) Un razonamiento analógico a partir del caso de los <i>Mauerschützen</i>	449
II. C) 3. iii) Derecho penal como límite a lo tolerable: una confirmación de la hipótesis.....	453
II. C) 3. iv) ¿El injusto extremo es siempre evidente?	458
II. C) 3. v) Consideraciones en torno a la evitabilidad del conocimiento de la antijuridicidad.	468
II. C) 3. vi) El derecho penal como límite absoluto frente a lo intolerable absolutamente.	470
II. C) 3. vii) El derecho justo puede ser injusto en casos concretos. La tolerancia como forma de equidad.	475
II. C) 4. Pasaporte al análisis estrictamente dogmático-penal de los delitos culturalmente motivados.	477
III. Propuesta de una solución.....	479
III. A) La perspectiva de los derechos fundamentales.	479
III. A) 1. Fundamentación y universalidad de los derechos.	479
III. A) 1. i) Derechos del liberalismo en debate.	479
III. A) 1. ii) La concepción de los derechos humanos en NINO.	487
III. A) 1. iii) Derecho y universalidad de los derechos en HART.....	491
III. A) 2. La tensión entre liberalismo y comunitarismo. Toma de posición.....	494
III. B) La configuración tipológica de la solución.	504
III. B) 1. Introducción.	504
III. B) 2. Cultural defenses: la solución excepcional de casos en Estados Unidos.	507
III. B) 3. ¿Cultural defenses en Europa?.....	521
III. B) 3. i) Referencias generales.	521
III. B) 3. ii) Algunos casos ante tribunales españoles.	525
III. C) El error de prohibición como propuesta dogmático-penal al delito cometido desde una motivación cultural diversa.	532
III. C) 1. Aspectos preliminares: la exclusión de algunas cuestiones sobre el error de prohibición.....	532
III. C) 1. i) La discusión entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad..	533
III. C) 1. ii) Emplazamiento sistemático del error de prohibición.....	535
III. C) 2. La normativización del error.	539

III. C) 2. i) Presupuestos de una fundamentación normativa: normativización como objetivación.....	540
III. C) 2. ii) Hechos institucionales en SEARLE y normativización.....	542
III. C) 2. iii) Normativización y error de prohibición: un planteamiento doctrinal.	547
III. C) 2. iv) Reflexiones sobre la normativización.....	550
III. C) 2. v) Cuestiones debatidas con relevancia en la normativización.....	554
III. C) 2. vi) Las distintas propuestas: psicólogos vs. normativistas.....	557
α. El planteamiento psicólogo en el error de prohibición.....	559
β. El planteamiento normativista en el error de prohibición.....	565
III. C) 3. Toma de posición: normativización y fidelidad al derecho.....	581
III. C) 3. i) Fidelidad al derecho y conocimiento de las normas.....	584
III. C) 3. ii) Relevancia de lo psicológico en la normativización.....	592
III. C) 3. iii) Error de prohibición, normativización y tolerancia.....	596
III. C) 3. iv) Respuestas a posibles objeciones.....	600
1. Derecho penal de autor y culpabilidad de carácter.....	601
2. La asunción de valores por parte del Estado: identificación entre moral y derecho.....	604
III. C) 4. Tratamiento dogmático-penal de la discrepancia cultural.....	605
III. C) 4. i) Aclaración preliminar sobre la legitimación del Estado para la sanción y fundamento para la exclusión de la pena en los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa.....	605
α. Imposibilidad de renunciar a la aplicación del derecho penal.....	605
β. Aclaraciones terminológicas.....	609
β. 1. Cultura mayoritaria.....	609
β. 2. Delitos cometidos desde una motivación cultural diversa.....	611
III. C) 4. ii) Fundamentos dogmáticos propuestos por la doctrina para dar solución a los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa. Crítica.	613
1. Propuestas desde la atipicidad. Crítica.....	615
2. Propuestas desde las causas de justificación. Crítica.....	619
3. Propuestas desde la ausencia de culpabilidad.....	624
3. a) Inimputabilidad.....	624
3. b) Error de prohibición.....	647
3. c) Inexigibilidad de otra conducta.....	648
3. d) Diversidad cultural y graduación de la pena. Atenuación de la pena.	648

4. Propuestas desde la no punibilidad.....	650
III. C) 5. Error de prohibición y discrepancia cultural.	653
III. C) 5. i) La posición de la doctrina mayoritaria.....	653
III. C) 5. ii) Error de comprensión como una forma de error de prohibición.....	665
III. C) 5. iii) Toma de posición.	686
III. D) Excurso sobre delitos cometidos desde una motivación cultural diversa en Argentina.....	697
III. D) 1. El derecho penal y el indígena.....	697
III. D) 2. Lo que ha dicho la jurisprudencia: casos en los que se valoró la diversidad cultural del infractor penal.	706
IV. Conclusiones.	745
A) Sociedades multiculturales.	745
B) Gestión de la diversidad.	747
C) La dimensión del conflicto jurídico.....	749
D) La dimensión del conflicto penal.	751
E) La propuesta dogmático-penal para los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa.	755
1. Desde los derechos fundamentales.....	755
2. Desde la teoría del delito.	758
3. Tolerancia y error de prohibición invencible.....	768
Bibliografía.	771
Abreviaturas.	803

Introducción.

Hoy en día, en virtud de los fenómenos migratorios producidos por razones económicas, sanitarias, de conflictos armados internos y, sin más, por el influjo propio de la llamada globalización, es una realidad innegable que las sociedades occidentales están fuertemente caracterizadas por un componente multicultural. Las grandes metrópolis se han convertido en crisoles de razas, de religiones y de grupos culturales de lo más diversos que tratan de ir aprendiendo a convivir, no sin experimentar los conflictos que se presentan a raíz de ciertos choques culturales.

A esos procesos de movimiento en masa de personas, se suma el reconocimiento que se ha dado, en las reformas constitucionales más recientes de América Latina, de los pueblos originarios que, contrariamente a lo que sucede con los protagonistas del fenómeno anterior, han estado asentados en esos territorios con anterioridad al surgimiento del Estado constitucional de derecho. Sus prácticas religiosas, sociales e incluso jurídicas entran muchas veces en colisión con los valores, costumbres e instituciones del Estado, siendo esta otra manifestación de los desafíos que presenta el multiculturalismo de cara al respeto de los derechos fundamentales de esos grupos, en especial el derecho al reconocimiento de su identidad cultural.

Aquello que es intolerable para la mayoría, puede ser reputado bueno, saludable, deseable, moral y hasta jurídicamente exigible por ciertos grupos minoritarios que, sin embargo, pretenden vivir, y de hecho viven, dentro de Estados que no admiten determinadas costumbres, sino que las tipifican como delitos. ¿Debe el Estado defender a la víctima de esos ilícitos, perteneciente ella misma a los grupos minoritarios, en pos de una pretendida tutela de sus derechos fundamentales, aun cuando aquella no considere al hecho como delito y hasta lo aprecie como algo bueno para sí y para el grupo, es decir, cuando no se considere "víctima"? ¿O, por el contrario, debe darse prioridad al derecho a la identidad cultural, inclusive cuando estén en juego derechos irrenunciables según los valores fundantes del Estado, tales como al vida, la integridad física o la iniciación sexual de la víctima?

Mediante este trabajo de investigación se pretende reflexionar acerca de y establecer los límites a la **tolerancia** que el Estado debe ejercer respecto de ciertas prácticas culturales totalmente ajenas a los valores y costumbres mayoritarios y que constituyen infracciones al derecho penal. Como es evidente, para comenzar el estudio será necesario, en primer término, plantear los fenómenos sociales que dan lugar a conflictos del tenor de los descriptos, sus causas y el estado actual de la cuestión en las sociedades occidentales, en especial en Europa y en América Latina.

Una vez identificados los supuestos de hecho que motorizan la reflexión, en una segunda fase de la investigación, habrá que echar raíces en los fundamentos de

filosofía política que justifiquen y expliquen qué, cómo y por qué es conveniente que el Estado tolere determinadas conductas y dónde, a su vez, debe demarcar el límite de lo absolutamente intolerable. Particularmente, será necesario tratar de averiguar si existe un núcleo duro de derechos fundamentales que no admita –en ningún caso– que el Estado renuncie a castigar su lesión, por representar la encarnación misma del principio de *dignidad humana* y que, como tal, deba hacerse valer tanto ante el nacional como ante el extranjero en términos culturales.

Sin duda, ello llevará a analizar también el orden de prelación de esos derechos nucleares, desde el momento que será inexorable abordar la cuestión del conflicto entre ellos. En efecto, en ocasiones se verá que, por ejemplo, el derecho a la vida o a la integridad física, como expresión de aquel, entrará en conflicto con el derecho –también fundamental– a la identidad cultural. Y, sin dudas, el Estado, al decidir si aplica o no el derecho penal y cómo lo hace ante una práctica cultural que le sea ajena, tendrá que decidirse por dar prelación a uno o a otro.

En definitiva, esta parte de la investigación, se nutrirá de elementos de filosofía del Estado a partir de los cuales se podrá luego –en una tercera fase de estudio– tratar de dar respuesta a cómo resolver los casos conflictivos en concreto, en materia de delitos cometidos desde una motivación o valoración cultural diversa.

Integran el catálogo de ejemplos que plantean desafíos al derecho penal, las mutilaciones genitales femeninas fundadas en motivos religiosos (para la mayor parte de Occidente, delito de lesiones calificado); sanciones penales propias de pueblos originarios consistentes en flagelos corporales (también, delito de lesiones); violencia de género por razones de obediencia intrafamiliar o violencia doméstica por un pretendido derecho de corrección de los menores; reducción a servidumbre por parte de comerciantes miembros de algunas colectividades para con el personal a cargo (se han verificado casos de empleados de comercio que han preferido someterse a dicha reducción y a condiciones laborales inhumanas, con tal de conservar el empleo); escolarización obligatoria y, claro está, el complejísimo problema del terrorismo como vocación de eliminar al enemigo cultural. Como se ha dicho, estos casos ponen en conflicto los valores mayoritarios y los de las minorías culturales que conviven bajo un mismo sistema constitucional y penal.

En otras palabras, en este camino de investigación se aspira a tratar de determinar si se encuentra legitimado el ejercicio del *ius puniendi*, cuando el delito es percibido como una conducta *buena* o *valiosa* –tanto por el sujeto activo como, incluso, por la víctima– en función de razones culturales y, en su caso, si deben emplearse baremos distintos a la hora de aplicar el derecho penal.

De ser así, en un tercer capítulo de estudio, se deberá profundizar la indagación para establecer si alguna o algunas de las categorías dogmáticas de la teoría del delito son idóneas para ofrecer una respuesta *justa y legitimadora* desde el derecho criminal, a la luz de los fines que le son propios como *última ratio* del sistema jurídico y como elemento restaurador de la paz social, a las infracciones fundadas en las llamadas “disidencias culturales”.

La respuesta dogmática deberá buscarse teniendo presente el interrogante acerca de si es válido que el derecho penal haga las veces de herramienta de *integración cultural*, ante el hecho cierto e instalado de una realidad social caracterizada por la convivencia de grupos de lo más disímiles. En definitiva, habrá que ver si es admisible instalar la posibilidad de un derecho penal multicultural, inspirado en el respeto por el otro culturalmente exótico.

Cómo es lógico, las sociedades occidentales en las que se verifican estos procesos de multiculturalismo pretenden hacer valer los principios del Estado de Derecho. Esto resulta razonable, si se piensa en que esos Estados han llegado a su grado actual de desarrollo en materia de derechos y garantías fundamentales, tras siglos de evolución –con avances y retrocesos– que han derivado en el reconocimiento de la dignidad humana en el grado en el que hoy se la reconoce y del cual parece poco probable que se pueda dar marcha atrás. De hecho, todo Estado en el que hoy se viola ese núcleo básico se presenta ante los ojos del mundo como ejemplo de lo intolerable, valoración que incluso se va haciendo expansiva a sociedades orientales o a grupos dentro de aquellas, como se ha visto recientemente ante ciertos procesos de rebelión social o ante el reclamo de mujeres orientales del reconocimiento de su derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación en materia familiar, laboral, educativa y, en especial, de protección de su integridad física (piénsese, por ejemplo, en la pena de lapidación aún vigente en estados orientales ante los casos de adulterio cometido por mujeres).

Como primera aproximación y tomando en cuenta, precisamente, que los Estados constitucionales de derecho han llegado a esta etapa de desarrollo jurídico a través de esforzados logros, superadores unos de otros, que han importado una innegable evolución civilizatoria, adelantamos nuestra convicción de que no debería renunciarse totalmente al ejercicio del *ius puniendi*, en pos de un pretendido respeto al diferente, si es que ese respeto importara un retroceso en materia de reconocimiento de derechos fundamentales individuales. En otras palabras, no se debería ni se podría claudicar de lo que tanto ha costado conseguir, si hacerlo significara una involución en materia de reconocimiento y tutela de derechos nucleares.

Ello no quita que pueda ser aconsejable morigerar las respuestas sancionatorias del Estado, en pos de lograr mecanismos de integración cultural que no pequen de un occidentalismo incapaz de reconocer, comprender y respetar al diferente, sino antes de bien que permitan ir generando instancias dialogales que presenten a las normas jurídicas sobre derechos fundamentales como modelos de orientación del comportamiento sobre aspectos irrenunciables de la persona humana.

En definitiva, habrá que buscar formas “comunicativas” –en terminología de JAKOBS– con la aspiración a tratar de hacer internalizar las normas vigentes en el Estado, puesto que la aplicación totalmente coactiva del derecho penal, sin la ultra-intención de que se comprenda su sentido y alcance, se presentará como la imposición de valores culturales ajenos y solo contribuirá a ensanchar más la brecha cultural, es decir, el conflicto.

Para concluir con esta introducción, nos parece interesante destacar que los conflictos que plantea el multiculturalismo obligan a volver a dirigir la mirada hacia el derecho penal nuclear, cuyo protagonismo había sido desplazado por la trepidante expansión del derecho penal accesorio, surgido a partir de los riesgos propios de las sociedades modernas y destinado a proteger bienes jurídicos supraindividuales. Cuando parecía que todo o casi todo estaba dicho sobre aquel derecho penal originario, los ejemplos de delitos cometidos en el seno de grupos culturales minoritarios –algunos de los cuales han sido consignados más arriba– imponen la búsqueda de soluciones encaminadas a tutelar, justamente, los bienes jurídicos individuales más básicos y, por eso mismo, más preciosos. Salvedad hecha, claro está, del delito de terrorismo que entraña particularidades propias, ya que no está dirigido al bien de la amigo, sino al mal del enemigo.

El desafío que se plantea al inicio de este estudio es tratar de buscar respuestas adecuadas a procesos que se encuentran en plena conformación y desarrollo. De ahí su actualidad, tanto por la verificación empírica de los fenómenos sucintamente descritos, como porque ya han comenzado a aparecer las primeras respuestas legislativas y jurisprudenciales para casos de conflictos culturales, sobre todo en países en cuyo seno conviven pueblos con valores y costumbres realmente diversos.

Antes de dar paso a la reflexión, quiero agradecer especialmente a Carlos PÉREZ DEL VALLE, por haber sido quien me invitó a embarcarme en las aguas de esta aventura. Su acompañamiento de maestro ha sido el sostén en los muchos momentos de cansancio; sus enseñanzas; su aliento constante y también las charlas distendidas, que me regalaron cálidos paréntesis a la fatiga del trabajo, son causa y razón de que hoy esté concluyendo este capítulo de mi vida.

También le doy las gracias a Hernán DE LLANO –a quien conocí como jefe y, catorce años después, es Amigo– por haberme dado, desde el comienzo, todas las oportunidades que yo misma no me habría dado. Quien da oportunidades da vida. Gracias por tanta vida compartida.

Con particular afecto, agradezco al Departamento de Posgrado en Derecho de la Universidad Católica de Buenos Aires (UCA), por haberme invitado por primera vez, en 2007, a visitar la Universitat ABAT OLIBA CEU y, en especial, por haberme presentado a Carlos PÉREZ DEL VALLE. Asimismo, agradezco a la Biblioteca de la UCA, en la persona del Lic. Porfirio RODRÍGUEZ MIGUENS, cuya ayuda en la investigación de estos años de estudio ha sido fundamental.

Gracias asimismo a Patricia CALLEJO PARRADO por su incondicional colaboración en este camino y por haber resistido con estoica amabilidad las tantas molestias que le he causado con mis abrumadores y pedigüeños correos electrónicos, a los que siempre ha respondido con simpatía y pasmosa eficiencia.

Van mis gracias también a Lucas SALERNO, no solo por su aliento constante en pleno desierto, sino porque bien sabemos ambos que, si no fuera por él, esta tesis solo sería una manojito de hojas sueltas: jamás habría podido hacer el sumario por mí misma, cuando todos los plazos de entrega expiraban sin piedad.

Por último, agradezco a Arturo GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, quien en plena vorágine de la culminación de su propia tesis doctoral, tuvo la generosidad de ocuparse del proceso de impresión y depósito de la mía, borrando la distancia oceánica entre Buenos Aires y Barcelona.

I. Planteamiento preliminar.

I. A) El multiculturalismo.

I. A) 1. El fenómeno del multiculturalismo en las sociedades occidentales actuales.

Una de las características emblemáticas de nuestro tiempo, es decir de esta época llamada era de la globalización –nombre que, por cierto, también la define–, son los oleajes migratorios que se producen desde y hacia todas las direcciones del planeta. En efecto, son múltiples y variopintos los factores a los que obedece el fenómeno que hace que las personas decidan abandonar sus países de origen y asentarse en tierras distantes geográfica y culturalmente. Incluso, es frecuente que la permanencia en un mismo sitio sea solo provisoria, puesto que los desafíos profesionales y económicos de algunas personas las llevan a tener una vida de constantes mudanzas de países y aun de continentes.

También hay quienes desean enriquecer su espíritu a partir de pasar un tiempo o el resto de sus vidas en una cultura totalmente diferente a la de procedencia y por eso eligen viajar, estudiar, trabajar y aun radicarse definitiva o temporariamente en sitios alejados de sus hogares natales.

Quizás estos dos casos sean los de los hombres y mujeres más aventajados en cuanto a posibilidades de desarrollo personal y profesional, circunstancia que les permite ser inmigrantes por opción y, en general, bien recibidos en los países de destino¹. Sin embargo, a la par de estos, se encuentran quienes se ven obligados a abandonar sus lugares de origen, ya no por el afán de mejorar –lo cual supone un previo estar *bien*–, sino en procura de, lisa y llanamente, sobrevivir.

Entre ellos, no todos son inmigrantes voluntarios, sino que millones se ven compelidos a traspasar las fronteras de sus países, para solicitar refugio en otros Esta-

¹ Se dice que en los procesos migratorios actuales existe un tinte selectivo, que lleva a aceptar de buen grado a los inmigrantes profesionales o con mano de obra calificada y a restringir el ingreso a los más pobres o menos calificados. Entre los autores que afirman tal cosa se encuentra NICOLAO, quien remitiendo a la opinión de OTEIZA, afirma: “[l]a otra cara de las políticas de inmigración a nivel internacional...es su tinte selectivo, vinculado en gran medida al nivel de calificación de los sujetos migrantes. Enrique Oteiza (1996) advierte al respecto que los países industrializados, principalmente Estados Unidos y los de Europa occidental, no sólo han levantado las barreras migratorias al personal extranjero altamente capacitado, sino que también han establecido distintas políticas para su captación, dirigidas a satisfacer su déficit de fuerza de trabajo en áreas clave del nuevo paradigma tecnológico-productivo, atrayendo a los profesionales más destacados del mundo en desarrollo” (NICOLAO; *El Estado argentino*; p. 213; con cita de OTEIZA, Enrique; *Drenaje de cerebros. Marco histórico y conceptual*; en Revista REDES; año 3; N° 7; Buenos Aires; Centro de Estudios e Investigaciones, Universidad Nacional de Quilmes). Por su parte, CASTIGLIONE, con cita de GIL ARAUJO, señala que, actualmente, en el contexto internacional, el término “inmigrante” evoca a hombres y mujeres pobres provenientes de países pobres; en cambio, la palabra “extranjero” hace referencia a personas provenientes de países ricos o a personas ricas provenientes de países pobres, con una situación económica y profesional específica (CASTIGLIONE; *El fenómeno migratorio*; p. 118-119).

dos. Aunque la sola idea resulte abrumadora, en la actualidad, el número de refugiados alcanza al que hubo durante la segunda guerra mundial. Según el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en 2013 se registraron más de 50 millones de desplazados por la fuerza². A ese dato hay que sumar que, de acuerdo con guarismos del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Organización de las Naciones Unidas, ya a fines de 2009, alrededor del 3,1% de la población mundial (alrededor de 214 millones de personas) residía en un país distinto al de su lugar de origen³.

Motivos políticos, económicos, sanitarios, geográficos, ambientales, demográficos, conflictos armados internos, exclusión por razones de sexo o religión, explotación de mujeres y de niños, necesidades de reunificación familiar empujan a grandes masas a buscar nuevos horizontes donde procurar alcanzar estándares de vida compatibles con la noción de dignidad humana; en otros términos, sitios donde tratar de tener una vida feliz. Ante esas condiciones extremas de necesidad y opresión, que HÖFFE ha llamado comunidad de necesidades y sufrimientos⁴, la globalización –a través de internet, de la televisión, de la prensa– contribuye a acortar distancias y a mostrar más asequible o cercana o posible –al margen de que esto muchas veces sea tan solo un espejismo– la ansiada y deseada posibilidad de una vida mejor⁵.

En pos de alcanzar ese estándar superador, muchos están dispuestos a poner en peligro su propia vida y la de sus familiares, enfrentando travesías colosales y asumiendo los riesgos de no respetar las barreras migratorias que imponen ciertos países⁶. Sin embargo, todo parece valer la pena porque, parafraseando al mismo autor, la globalización permite al hombre de hoy orientarse en cualquier lugar y compartir comu-

² *En el mundo, ya hay tantos refugiados como durante la Segunda Guerra* en La Nación; edición impresa del 21/06/2015.

³ NICOLAO; *El Estado argentino*; p. 206.

⁴ HÖFFE; *Derecho intercultural*; pp. 224/225, quien al referirse a las causas que dan lugar a la globalización, expresa: “[y] con las consecuencias externas a la economía llegamos al tercer grupo de fenómenos, a esa comunidad de destino en sentido estricto que constituye la comunidad de necesidades y sufrimientos. Aquí se cuentan los grandes movimientos migratorios y de refugiados cuyas causas se han de buscar parcialmente en la religión, en la política o en la economía; las guerras civiles, en muchos lugares consecuencia (tardía) de la colonización y descolonización, aunque también respuesta eruptiva a la corrupción y a la mala administración; y, por último, las catástrofes naturales, el hambre, la pobreza y el subdesarrollo económico, incluidos el cultural y político”.

⁵ Al respecto, ver NICOLAO; *El Estado argentino*; p. 208 y ss.

⁶ Hay un evidente desfasaje a nivel global entre las políticas migratorias restrictivas de algunos países y la cada vez mayor expansión del fenómeno de la inmigración. La explotación de inmigrantes en situación irregular; las frecuentes tragedias humanitarias en fronteras marítimas y terrestres; el tráfico y la trata de personas; la desunión familiar son algunas de las dramáticas consecuencias de la migración “a cualquier precio”, producto –seguramente– de que la vida valga poco y nada en los países emisores. Ejemplo emblemático de aquellas políticas restrictivas ha sido la Directiva de Retorno, sancionada por el Parlamento Europeo el 18 de junio de 2008, y también lo es la elaborada por Estados Unidos, sobre todo a partir de 2010 (ver al respecto NOVICK; *Introducción*; en NOVICK (dir.); “Migración y políticas públicas”; pp. 18-20; CASTIGLIONE; *El fenómeno...*; p. 120 y, en particular, sobre la legislación europea en materia migratoria, MONCLÚS MASÓ; *La gestión penal*; pp. 353-370).

nicativamente el mismo mundo, incluso con las personas más alejadas⁷. Y, por eso mismo, considerarse con derecho a acceder a esa vida digna que en apariencia se muestra posible, para que deje de ser una quimera.

I. A) 2. El multiculturalismo como fenómeno histórico universal.

Las migraciones han sido procesos presentes a lo largo de toda la historia de la humanidad; no obstante, en el mundo contemporáneo, adquieren una dimensión trascendente en términos de derechos fundamentales, en una perspectiva intercultural. VIOR⁸ comenta que salvo Islandia y Corea, que tienen poblaciones étnicamente homogéneas, el resto de los países son la resultante de migraciones y mestizajes más o menos recientes. Desde ese punto de vista –señala VIOR–, la migración es la materialización del intercambio entre las culturas y la zona de contacto donde se mide la capacidad para tratar con otras culturas. En este sentido, dice el mismo autor que estos procesos significan “que ninguna cultura puede estar segura de sí misma, porque el intercambio pone en duda las certezas; elabora un producto nuevo”⁹.

A pesar de que las migraciones internacionales no sean algo nuevo, tal es la envergadura del fenómeno en las últimas décadas que, entre los especialistas¹⁰, se habla ya de una *nueva era migratoria*, para aludir a los peculiares rasgos que las caracterizan en la actualidad. Entre ellos, destacan la incorporación de los Estados nacionales a los circuitos migratorios; la diversificación de los perfiles de los migrantes; un notable crecimiento de la migración irregular; el creciente número de mujeres, de profesionales y de mano de obra calificada que migra; un significativo aumento de la migración temporal y circular.

Otra característica de relieve es el desplazamiento de personas de países en desarrollo a países desarrollados. Sin embargo, también se verifica, aunque en menor escala, que no han cesado los desplazamientos migratorios entre países en desarrollo, en especial, si comparten fronteras¹¹. Argentina –desde donde escribo estas páginas– es un emblemático ejemplo de país en desarrollo que no cesa de recibir, desde hace más de un siglo, migrantes limítrofes y regionales, como se verá más adelante.

Asimismo se observan ciertos cambios en punto a los países expulsores y receptores, respecto de la migración de otros tiempos. En efecto, países que tradicio-

⁷ HÖFFE; *Derecho intercultural*; p. 221.

⁸ VIOR; *Los bolivianos*; p. 2.

⁹ VIOR; *Los bolivianos*; p. 2.

¹⁰ NICOLAO; *El Estado argentino*; p. 207, menciona entre los expertos a ARANGO, CASTLES Y MILLER, PAPADEMETRIOU.

¹¹ Se ha remarcado que “[a]lrededor de 30 países asumen cerca del 75 % de toda la inmigración; de los cuales once son países desarrollados con cerca de! 40 % de todos los inmigrantes” (SASSEN; *La formación*; p. 21).

nalmente fueron de emigración hoy en día son destinos de inmigración y a la inversa. Por ejemplo, los países del sur de Europa, como los paradigmáticos casos de España e Italia, que otrora eran de emigración, desde los años ochenta del siglo XX, lo son de inmigración. Asimismo, países como Argentina, que en el pasado fue un apabullante receptor de inmigrantes¹², en la actualidad es proveedor de migración a Europa y Estados Unidos.

En este contexto, es un dato incontrastable que las ciudades occidentales se han convertido en receptores de inmigrantes y refugiados provenientes de lugares más desfavorecidos que aquellos que les dan acogida, los cuales muchas veces lejos están de ser la “tierra prometida” en materia económica, política, laboral, sanitaria, educativa o ambiental. Tal lo que ocurre con la inmigración que se produce hacia las grandes ciudades de América Latina, como por ejemplo Buenos Aires. Al margen de los problemas estructurales de Argentina, esta gran capital ofrece una calidad de vida superior a la que dejan atrás quienes llegan desde otros lugares de la región, de África o de algunos sitios de Asia. El mismo proceso de recepción se observa en ciudades como Barcelona, Madrid, Nueva York, París, Londres, entre tantas otras. Es decir, que el nuevo modelo urbano se repite por doquier¹³.

De tal suerte, hoy en día, las sociedades occidentales tienen una fuerte impronta multicultural. Las grandes ciudades, y también pueblos más pequeños, albergan múltiples etnias, lenguas, religiones, costumbres e incluso indumentaria y productos gastronómicos hasta no hace mucho desconocidos en esos sitios. Grupos culturales de lo más disímiles se ven obligados a convivir en la diversidad, configurando la nueva fisonomía de Occidente.

A raíz de estos cambios fisonómicos que se están produciendo en las sociedades occidentales, se ha señalado que el fenómeno migratorio es *global*, por su dimensión planetaria; *complejo*, por heterogéneo y plural ya que no existe *la* inmigración ni una clase homogénea de inmigrantes, e *integral*, porque se trata de un fenómeno social total que involucra una amplia gama de relaciones sociales¹⁴.

¹² Al respecto, GAVAZZO sostiene que puede aceptarse que Argentina es un peculiar laboratorio para el estudio de las migraciones internacionales (Jelin y Grimson 2006:9), ya que inmigrantes de todo el mundo han participado del desarrollo y crecimiento de la nación desde su nacimiento, tanto como mano de obra para el sector agrícola como también –al menos para las elites liberales- como una fuerza para “civilizar” a la población nativa, ganándose un lugar en la imaginación e identidad local” (GAVAZZO; *Inmigrantes en el imaginario*; p. 51). Al margen de la posición ideológica emergente del comentario de la autora acerca de las mentes que gestaron el proceso migratorio del siglo XIX – crítica que no compartimos– sí nos parece muy acertada la imagen de Argentina como un “laboratorio” para el estudio de las migraciones, puesto que su historia al respecto es de una riqueza inconmensurable. Pocos países comparten una experiencia semejante, que derivó en la completa transformación de su composición social.

¹³ Sobre las razones geopolíticas de estos enormes desplazamientos de personas, ver pp. 13-20.

¹⁴ DE LUCAS; *Inmigración y globalización*; pp. 45 y DE LUCAS; *La inmigración como res política*; pp. 4-6.

Es precisamente la disparidad cultural la que cobra relevancia a los fines de esta investigación. Para explicarlo mejor, si bien la globalización y las situaciones de carestía¹⁵ dan lugar a fuertes oleajes migratorios, no todos importan una migración cultural. En efecto, habrá gentes que se instalen en países afines culturalmente a aquellos de procedencia, en cuyo caso no nacerán conflictos derivados de su condición de extranjeros. Empero, lo que aquí interesa, son los casos de quienes no solo deben atravesar barreras geográficas, sino también culturales, es decir de aquellos que son “exóticos” culturalmente para la sociedad de acogida.

Ahora bien, la configuración multicultural no termina en lo que hasta aquí se lleva dicho. A los referidos procesos migratorios –cuya trascendencia en materia de incidencia en la transformación cultural de una sociedad no puede desconocerse¹⁶– hay que añadir la presencia en toda América Latina¹⁷ de los pueblos originarios que, contrariamente a lo que sucede con los protagonistas del fenómeno anterior, han estado asentados en esos territorios con anterioridad a la colonización europea y al surgimiento de los Estados que hoy conforman el continente, cuya llegada –parafraseando a WALZER– no figura en la memoria colectiva, sino que cuentan la historia de una vida comunitaria existente desde hace mucho tiempo¹⁸ y que aspiran conservar, pero a la vez temen perder, ante la sociedad mayoritaria, individualista, poco organizada y móvil¹⁹. Se trata en algunos casos de la presencia de *naciones* culturalmente diferenciadas; *naciones indígenas* dentro de Estados latinoamericanos. Esos grupos no tuvieron que recrear su cultura en una nueva tierra, como les ocurrió a los colonos europeos, “puesto que su lengua y sus narrativas históricas ya se expresaban plenamente en un conjunto de prácticas e instituciones sociales, abarcando todos los aspectos de la vida

¹⁵ En sentido amplio, entendida como todo aquello que se perciba como faltante y a lo que se tenga derecho por el hecho de ser persona.

¹⁶ En tal sentido, destaca NICOLAO que “[e]n muchos Estados receptores, por su parte, la afluencia de extranjeros ha transformado progresivamente la comunidad nacional en términos de su composición cultural y étnica, surgiendo las denominadas ‘minorías visibles’ (López Sala, 2005)”, para agregar a continuación que, como consecuencia de su volumen, de su complejidad y de los diversos impactos que generan, las migraciones internacionales son en la actualidad un tema candente en las agendas de las organizaciones internacionales, en los espacios de integración regional y en la política de los Estados involucrados (*El Estado argentino*; p. 208).

Incluso, a nivel político la autora destaca cuatro campos de análisis de los vínculos entre el Estado y las migraciones internacionales, de los cuales el tercero y el cuarto son de interés para esta investigación: a) las políticas de regulación y control de los flujos; b) el impacto de la inmigración en la política exterior de los Estados receptores y emisores; c) la presencia de minorías étnicas en el sistema político o en la política propiamente dicha de los países receptores y d) los estudios sobre el transnacionalismo (*El Estado argentino*; p. 210).

¹⁷ También Estados Unidos, Australia y Canadá participan de esta característica poblacional. Ver al respecto, entre muchas otras obras, KYMLICKA; *Ciudadanía multicultural* y WALZER; *On toleration*; capítulo 3; HARVARD LAW REVIEW; *Tribal executive branches: a path to tribal constitutional reform*; HARVARD LAW REVIEW; *Fresh pursuit from indian country: tribal authority to pursue suspects onto state land*; SCHUMAN; *Indian Canon Originalism*.

¹⁸ WALZER; *Tratado sobre*; p. 57.

¹⁹ WALZER; *Tratado*; p. 57.

social”²⁰. Las reformas constitucionales más recientes de América Latina han dado un explícito reconocimiento a los derechos fundamentales de estos grupos²¹, dando visibilidad al fenómeno que siempre ha existido. En efecto, los habitantes originarios han perseverado en la conservación hasta hoy de costumbres religiosas, sociales, institucionales, jurídicas que también conviven con las actualmente mayoritarias de cada Estado, contribuyendo a la configuración del paisaje multicultural. A grandes rasgos, los derechos colectivos que a esos grupos originarios se ha reconocido son el uso de su lengua nativa; la protección de su cultura; el derecho a la propiedad de la tierra que constituye su hábitat y que los nuevos estándares entienden que les ha pertenecido desde tiempos ancestrales y el reconocimiento de su derecho consuetudinario y hasta de sus instituciones jurídicas.

La doctrina ha llamado la atención acerca del paralelismo existente entre el proceso de reconocimiento de derechos multiculturales que, al menos en calidad de desafío, exige el fenómeno migratorio que está experimentando actualmente Europa y el proceso de reconocimiento de los derechos de los indígenas en América Latina, en atención a que ambos fenómenos ponen sobre el tapete el siempre complejo debate acerca del universalismo o no de los derechos²².

Finalmente, un tercer caso de simultaneidad cultural es el de las integraciones superestructurales de diversa índole, tales como los Estados plurinacionales, de los que Canadá y la India son muestras emblemáticas.

Nada empuja que estos fenómenos aparezcan combinados entre sí, como ocurre en los países de América Latina, cuyas sociedades están configuradas actualmente por la presencia de pueblos autóctonos y de oleajes migratorios producidos en los últimos ciento cincuenta años. Todo ello sobre el telón de fondo de la colonización europea previa a la creación de los Estados nacionales.

I. A) 3. Argentina y su emblemática experiencia multicultural.

El subtítulo escogido para este apartado no es antojadizo. Hoy en día, la televisión, la prensa escrita y la internet parecen sugerir que la experiencia migratoria más novedosa y desafiante en términos de conflictos sociales que enfrenta el mundo fuera la que se ha venido produciendo hacia Europa, en las últimas cuatro décadas y, más particularmente, en las últimas dos.

²⁰ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 115.

²¹ CESANO; *Diversidad cultural*.

²² “En mi opinión, el debate entre multiculturalismo y universalismo de derechos que se produce actualmente en Europa, y el movimiento hacia un reconocimiento pleno de los derechos de los indígenas que se ha verificado en los últimos años en Hispanoamérica son procesos que tienen un cierto paralelismo, y la profundización en el análisis de esos vínculos puede redundar en un enriquecimiento mutuo” (CIANCIARDO; *Universalidad*; p. 208).

Si así fuera, este trabajo podría parecer de escaso interés para el medio jurídico argentino, del cual provengo. Al contrario, consideramos que la materia de estudio debería concitar la atención de la comunidad jurídica local, no exclusivamente en términos de interés académico. Ello así no solo porque, posiblemente en una sintonía similar a la de Estados Unidos, Argentina puede ofrecer al mundo y a sí misma un ejemplo de integración multicultural casi sin parangón, sino porque el fenómeno actual de recepción de fuertes oleajes migratorios que está viviendo Europa se va haciendo sentir, si bien es cierto que paulatinamente y al día de hoy a muchísima menor escala, también en el país. Ello resulta corroborado por el hecho de que ya haya un número todavía discreto, pero en ascenso, de refugiados senegaleses, a los que se están sumando sirios²³.

Además, el inexorable colapso de recepción de población nueva que tarde o temprano padecerá Europa²⁴, hará que esas masas de desplazados en busca de nuevos rumbos deba re-direccionar su destino. En atención a sus emblemáticos antecedentes en materia de inmigración, Argentina se puede convertir cada vez más en un horizonte posible para esas gentes. Por eso nos parece bueno detenerse a estudiar someramente la experiencia que Argentina ofrece.

En esa tónica, creemos que podría afirmarse que la sociedad argentina está próxima al modelo que WALZER llama “sociedad inmigrante” (*immigrant society*)²⁵. Aclaro que me estoy refiriendo a la conformación demográfica cincelada a partir de las multitudinarias oleadas migratorias ocurridas entre mediados del siglo XIX y principios

²³ Indicador de esta circunstancia es el hecho de que la Defensoría General de la Nación, cabeza de una de las dos ramas que tiene el Ministerio Público argentino (la otra es el Ministerio Público Fiscal, cuya cabeza es la Procuración General de la Nación) cuente ya en su organigrama con la Comisión de Migrantes y con la Comisión de Refugiados, encargadas de brindar patrocinio jurídico gratuito, tanto en sede administrativa como judicial, a migrantes y refugiados, para que puedan regularizar su situación en el país o evitar su expulsión por irregularidades migratorias o por comisión de delitos. La Comisión de Refugiados está considerada dependencia modelo por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

²⁴ JORDÁN VILLACAMPA ha llamado la atención sobre la necesidad de interpretar el fenómeno migratorio que está viviendo Europa, “que carece de parangón en épocas históricas precedentes”, a la luz de previsiones sobre el crecimiento de la población a mediano y largo plazo, si es que se quiere evitar una política reactiva de la Unión Europea. Según la autora, tomar en cuenta el dato demográfico es fundamental, ya que se calcula que, para el año 2100, habrá en el planeta 10.000 millones de personas (*Grupos religiosos*; pp. 33-35). En esa línea, destaca que las previsiones demográficas estiman que, para 2050, la población de Marruecos será de entre 38 y 60 millones (variantes baja y alta, respectivamente); mientras que España tendrá una población de entre 28 y 39 millones (variantes baja y alta, respectivamente). Si a eso se añade que Marruecos es el principal emisor de inmigrantes a España, la autora considera que esos datos deberían llamar a “reflexionar muy seriamente sobre el cambio demográfico y religioso-cultural que se nos está aproximando” (p. 35). Estas previsiones sobre aumento demográfico, aunadas a la insuficiencia alimentaria que se prevé para el Norte de África, por efecto del avance de la desertificación, y a la pobreza estructural de los países de esa región pueden producir una presión migratoria tan intensa que incremente el malestar social y los extremismos, traucidos e racismo y regímenes políticos totalitarios. Con cita de LE HOUÉOU, afirma que en la cuenca mediterránea, a menos que se tome una fuerte y decidida acción, para el año 2050, la catástrofe será aritméticamente inevitable (pp. 35-36).

²⁵ WALZER; *The Politics*; p. 171.

del XX, aunados a los posteriores ingresos, también significativos, de inmigrantes; es decir, a los ocurridos durante la postguerra así como a los incesantes flujos de extranjeros procedentes de países limítrofes y de la región. En otras palabras, esta “sociedad inmigrante” –surgida como tal con posteridad a la existencia de Argentina como país independiente, o sea excluyendo todo el proceso de criollismo y mestizaje propio de la etapa de conquista y colonización– alude a la actual composición de la población en términos mayoritarios, sin desconocer la histórica presencia de los pueblos indígenas, de muchos de los cuales todavía hay importantes comunidades en varias zonas del país.

Hecha esa aclaración, la “sociedad inmigrante”, tal como WALZER la entiende, se caracteriza por haber sido conformada históricamente por miembros que abandonaron sus lugares de origen para desplazarse, individualmente o en grupos familiares, a nuevas tierras, a cuyo largo y ancho se distribuyeron y asentaron. A pesar de que llegaron en oleadas, en virtud de presiones políticas y económicas compartidas, no lo hicieron de manera organizada. Es decir que no fueron colonizadores, portadores de un plan para trasplantar su cultura nativa a un sitio nuevo, sino que, una vez allí, solo por motivos de conveniencia y comodidad, se agruparon en número reducido, mezclándose con otros grupos similares en ciudades, provincias y regiones. En ese contexto, no había chance alguna de autonomía²⁶. Es decir que este tipo de sociedad tiene un primero momento que podríamos llamar de transición o de paso, en el que algunas de las comunidades de inmigrantes prefieren vivir ensimismadas, como parte del proceso de aclimatación al nuevo lugar y a la nueva comunidad, a la que finalmente se terminan integrando. Este tipo de convivencia, en ciertos casos, da lugar a asociaciones de vida un poco más organizadas, conocidas como *colonias* o *enclaves*, que son formas organizativas caracterizadas por la ligazón cultural, religiosa, política y social de una minoría étnica o nacional en territorio extranjero. Este clase de repliegue voluntario no está inspirada por la voluntad de aislarse de manera impermeable de la mayoría y mucho menos de manera permanente, sino que –en palabras de CANO PAÑOS– la colonia étnica es una especie intermedia, previa y necesaria, para una posterior y satisfactoria integración social²⁷. Todavía hoy, en el interior de nuestro país, hay pueblos y parajes que reflejan aquella etapa, como el caso de Colonia Suiza, una localidad del departamento Bariloche, de la provincia de Río Negro, que fue originariamente poblada por inmigrantes procedentes del Catón del Valais, a fines del siglo XIX.

Sin embargo, no todos los asentamientos fueron tan felices, sino que también –como ya se verá– se suscitaron fuertes tensiones entre los recién llegados y la

²⁶ WALZER; *On toleration*; capítulo 2.

²⁷ CANO PAÑOS; *Las sociedades paralelas*; p. 213.

mirada que sobre ellos tuvieron los miembros de la sociedad de acogida, que son un rasgo característico de este tiempo previo a la integración total. Precisamente, el temor de desintegración social que significó el fenómeno del cosmopolitismo, visto como una *invasión* del diferente, y la reorganización social que siguió a la llegada de los primeros inmigrantes derivaron en el proceso que los historiadores denominan de “construcción de la nacionalidad”, como una forma de preservar y forjar una identidad propia a través de la educación escolar; el desarrollo de sentimientos y símbolos patrióticos y el rescate del folklore, la poesía y la tradición²⁸. En efecto, la nacionalidad hizo las veces de aglutinante social para contrarrestar la disgregación interna, amenazada desde el exterior²⁹ y, en particular, por el hecho de que las colectividades extranjeras tenían dirigentes propios que fomentaban los lazos de fidelidad a la patria lejana y los símbolos y fiestas recordatorios y conmemorativos de esa pertenencia³⁰.

Conforme se ha dicho, desde mediados del siglo XIX, Argentina fue un tradicional receptor de migrantes procedentes mayoritariamente, en un primer momento, de Europa occidental –en especial de Italia y España– y, más tarde y en menor medida, de Oriente Medio y Europa Oriental. De hecho, el país tiene una importantísima colectividad judía –la segunda de América, luego de la Nueva York– y una significativa presencia de sirios, libaneses, armenios, polacos, japoneses, coreanos, entre muchos otros grupos.

En paralelo, desde la misma época del siglo XIX y hasta la actualidad, ha acogido grandes oleajes de migrantes procedentes de países limítrofes o de la región³¹,

²⁸ Para profundizar acerca del proceso de construcción de la nacionalidad como reacción de cara al cosmopolitismo al que dieron lugar las inmigraciones de finales del siglo XIX, BERTONI; *Patriotas, cosmopolitas y nacionalistas* y *Construir la nacionalidad*. Ver también CATTARUZZA; *Los usos del pasado*; p. 85 y ss.

²⁹ BERTONI; *Construir*; p. 79 y 92. Dice la autora que la clase dirigente interpretó que impulsar la construcción de una verdadera nacionalidad, para contrapeso a las nacionalidades fragmentadas de los inmigrantes, “les permitiría esgrimir, frente a la potencial amenaza externa, un argumento irrefutable para el reconocimiento de la soberanía de la nación, puesto que era el mismo en que se apoyaban esas pretensiones [se refiere a la vocación de mantener la nacionalidad de procedencia de los extranjeros]. Al mismo tiempo, la construcción de una “nacionalidad argentina” aparece como el aglutinante ideal para una sociedad de orígenes diversos y en constante transformación. Se trataba de mantener las puertas plenamente abiertas a los inmigrantes y, a la vez, cercenar el desarrollo de enclaves de “nacionalidades” extranjeras cuya existencia hasta entonces no se había considerado problemática” (p. 92).

³⁰ BERTONI; *Construir*; pp. 83-87 y *Patriotas*; pp. 86-89. De esas páginas, correspondientes a los apartados “La Babel de banderas”, es ilustrativa la cita tomada del diario La Prensa, del 19 de octubre de 1888, en el que la colectividad italiana se dirigía a su gente en los siguientes términos: “lejanos de la patria debéis conservar incorrupta la fiesta, celebrar la gloria y cultivar el afecto para merecer el nombre de hijos. Por tanto, estad prontos a responder a estos sacros deberes festejando el 20 de septiembre”.

³¹ El fenómeno migratorio en Argentina ha sufrido una importante modificación en las últimas décadas. En efecto, de ser un tradicional país receptor de inmigración, se ha convertido en uno de expulsión de nacionales, característica que se vio fuertemente incrementada durante la profunda crisis económica vivida en 2001 y 2002, que se tradujo en escasas posibilidades laborales. Según datos publicados en 2010, si bien la cantidad de extranjeros que reside en el país supera a la de argentinos radicados en el exterior, los recientes saldos migratorios (diferencia entre emigración e inmigración) arrojan resultados

a tal punto que este grupo ha crecido tanto en términos relativos³² que actualmente se ha convertido en el principal colectivo extranjero asentado en el país³³. A eso se suma que, desde la década del setenta, han comenzado a asentarse en los grandes conglomerados urbanos, en especial Buenos Aires y gran Buenos Aires, lo que los ha tornado más visibles, especialmente porque provienen de países en los que el componente étnico indígena ha estado más presente hasta la actualidad en la configuración de la población. Tal es así, que la eventual conservación de costumbres propias de su pertenencia aborigen podrían dar a lugar a conflictos multiculturales de los que hacen a la esencia de este trabajo³⁴.

Este dato relativo a la inmigración regional, que constituye la mayor transformación que ha experimentado el fenómeno migratorio contemporáneo en el país, obedece a la doble causa de que el flujo de arribos regionales nunca cesó desde la época de la colonia³⁵, en concierto con el paulatino proceso de interrupción de llegada,

negativos. Esto evidencia que la salida de nacionales, al menos hasta 2010, viene superando al ingreso de extranjeros. Esta característica se replica en la mayoría de los países de América Latina. Al respecto, ver NICOLAO; *El Estado argentino*; p. 214 y ss.

³² En cambio, en términos absolutos, desde el primer registro censal, que data de 1869, hasta el último, realizado en 2010, los migrantes limítrofes se han mantenido entre un 2 y un 4,5% de la población total del país. No obstante, llama la atención que entre el censo del 2001 y el de 2010 la cantidad absoluta de este grupo de inmigrantes se haya duplicado. Para más datos sobre la constante presencia de inmigrantes vecinos en Argentina, desde el siglo XIX, ver BRUNO; *Cifras imaginarias*; p. 207.

³³ Según el Censo Nacional de Población de 2010, sobre un total de 1.805.957 pobladores extranjeros (guarismo que incluye a las personas en situación de calle), 1.245.054 eran nacidos en países limítrofes (es decir, el 68,94 %); 226.345, en países de América no limítrofes; 157.514, en Perú y 68.831, en el resto de América. En drástica minoría, 299.394 personas eran nacidas en Europa; 31.001, en Asia; 2738, en África y 1425, en Oceanía. Estos datos han sido obtenidos de los resultados del referido Censo Nacional de Población realizado en 2010, que pueden consultarse en el portal web del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), www.indec.gov.ar; particularmente en el "Cuadro P 6. Total del país. Población total nacida en el extranjero por lugar de nacimiento, según sexo y grupos de edad. Año 2010", obrante en [http://www.indec.gov.ar/censos_total_pais.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=41&id_tema_3=135&t=3&s=7&c=2010]; fecha última consulta: 24/02/2017.

³⁴ Para un análisis político del fenómeno migratorio en Argentina, por etapas, desde 1870 hasta 2010, aproximadamente, NOVICK; *Introducción*; pp. 24-32.

³⁵ El material bibliográfico sobre las migraciones regionales en Argentina es de una vastedad inabarcable. Entre muchas otras, baste con mencionar aquí como posibles obras de consulta, además de las ya citadas de NOVICK, BRUNO, NICOLAO y VIOR, las siguientes: BOLOGNA; *Migraciones entre países del sur*; GAVAZZO; *Inmigrantes en el imaginario de la nación*; CAGGIANO; *Fronteras múltiples*; DOMENECH; "Las migraciones son como el agua"; CURTIS; *Migración y Discriminación en la Argentina*; BETRISEY NADALI; *Inmigración y discriminación*; GALLINATI; *¿Inmigrantes o ciudadanos?*; BENENCIA; *Participación de los inmigrantes bolivianos*; BAEZA; *Trabajadores migrantes bolivianos y paraguayos*; HALPERN; *Neoliberalismo y migración*; MALLIMACI BARRAL; *Moviéndose por Argentina*; PIZARRO; *El racismo en los discursos de los patrones argentinos*.

Dicho de manera sintética, las causas de la continuidad en el tiempo de la llegada de extranjeros regionales deben buscarse en la evolución de la demanda de mano de obra en Argentina. En un primer momento (a partir de la década del '30), las provincias fronterizas con los países emisores atraían obreros para actividades agrícolas, en un comienzo, de carácter temporario; más tarde (a partir de la década del '50), en las grandes ciudades, comenzaron a ser atractivos los sectores industriales y de servicios. Pero la cuestión no se agotaba en la mano de obra. También fenómenos políticos y económicos de los países expulsores contribuyeron a traer migrantes a la Argentina, como asimismo el proceso económico local de la convertibilidad entre el peso y el dólar, que tuvo lugar durante la década del noventa, significó un tipo de cambio favorable para los extranjeros limítrofes, que les daba la posibilidad de girar remesas de dinero por montos interesantes para sus familiares que habían perma-

envejecimiento y muerte de los migrantes transoceánicos, que en otros tiempos representaron caudales multitudinarios³⁶.

necido en los países de origen. A todo ello se suma la permeabilidad de las fronteras argentinas; la cantidad de pasos fronterizos oficiales y no oficiales; la proximidad cultural, lingüística y geográfica, que les permite sentirse cerca de casa y con posibilidades materiales de regresar de modo relativamente sencillo.

Los migrantes limítrofes realizan trabajos socialmente poco calificados o valorados, en general en condiciones laborales precarias, y residen en la periferia, ya sea geográfica o social, de los centros urbanos. A diferencia de lo que ocurrió con los inmigrantes europeos de la primera oleada, para los extranjeros limítrofes el ascenso social es sumamente dificultoso, ya que son considerados un "otro" respecto del ideal blanco europeo que todavía sostiene el colectivo receptor. A ello se suma que, en general, son vulnerables económica y culturalmente. Además, los prejuicios los asocian a una serie de males políticos y sociales como el incremento en la tasa de delitos y, a algunos grupos, a haber introducido o agravado la problemática del narcotráfico a nivel local; a introducir diferencias culturales; a representar una invasión de un grupo étnico inferior; a poner en riesgo, en definitiva, la identidad nacional.

La opinión pública está sumamente dividida de cara a la valoración de los migrantes limítrofes. En especial, porque tras años de una política y una legislación bastante restrictiva en punto a la recepción de extranjeros, a partir del año 2003, se dio un viraje sustancial, mediante la sanción de la Ley de Migraciones N° 25.871 y de la normativa reglamentaria dictada en consecuencia, en especial del "Plan Nacional de Normalización Documentaria Migratoria para extranjeros nativos para los Estados parte del MERCOSUR y Estados asociados" –conocido como "Programa Patria Grande"–, que facilitó enormemente la obtención de documentación para la permanencia en el país. Tratándose de temas tan sensibles, fácil es deducir las posturas antagónicas que se verifican entre quienes defienden enérgicamente el favorecimiento de la llegada y asentamiento de migrantes regionales –posturas de índole progresistas– y otras más conservadoras que no tardan en tildar a los extranjeros zonales como la fuente de todos los males argentinos. Estos movimientos pendulares de la política, con la colaboración de la prensa en un sentido y en otro, no favorecen la instalación de posiciones mesuradas ni en los dirigentes ni en la opinión pública. En procura de un cierto equilibrio, se debería tratar de buscar un punto intermedio que evitara tanto que las fronteras fueran excesivamente permeables para el ingreso de migración irregular y para que se radicaran oficialmente en el país sujetos sin una mínima trayectoria o proyecto laboral, educativo o familiar, como que se instalara en la sociedad un visceral rechazo-miedo al extranjero en términos de xenofobia y estigmatización. Posiciones favorables al modelo instaurado en Argentina, a partir de 2003, en cuestión de política migratorio y regularización de documentación pueden encontrarse en NOVICK; *Introducción*; pp. 29-30 y CASTIGLIONE; *El fenómeno*; pp. 124-126.

Como no podía ser de otro modo, la reacción a este modelo ha sido un reciente y brusco movimiento pendular, plasmado en el decreto de necesidad y urgencia PEN 70/2017. Esta norma emanada del Poder Ejecutivo reforma la Ley de Migraciones, en el sentido de –entre otros aspectos– acelerar de manera notable los procesos de expulsión de extranjeros acusados o condenados por la comisión de delitos y deja abierta, incluso, la posibilidad de que la autoridad administrativa (Dirección Nacional de Migraciones) ordene la expulsión de extranjeros no procesados que incurran en determinadas circunstancias previstas en la norma. Los sumarísimos plazos establecidos para el procedimiento de expulsión; la dificultad en que ello se traduce para ofrecer prueba y plasmar los argumentos vinculados al derecho de defensa; la imposibilidad del Poder Judicial de revisar la decisión administrativa si se invoca en el caso el derecho a la reunificación familiar; la suspensión de los plazos para mantener la retención del migrante cuando se ejercen vías recursivas comportan una significativa mengua de garantías individuales, que está valiendo al decreto serios cuestionamientos de inconstitucionalidad.

Al margen de esa reciente y polémica reforma, en orden a las pretensiones de esta investigación, resulta interesante destacar que la Ley de Migraciones 25.871, en su art. 4, reconoce el derecho a migrar como un derecho humano fundamental: "[e]l derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad". De tal modo, el Estado argentino ha reconocido e incorporado al derecho doméstico lo que establece la Declaración Universal de Derechos Humanos y, además, ha establecido la obligación del Estado de garantizarlo.

³⁶ En palabras de NICOLAO, "[e]l arribo de población de esta procedencia no es reciente, sino que constituye un flujo de larga data, cuyo origen se remonta a la etapa colonial. Estuvo opacado durante mucho tiempo por el extraordinario desarrollo de las masivas migraciones de ultramar, pero, a diferencia de éstas, nunca se interrumpió. En efecto, el ritmo constante de estas migraciones se ha vuelto su rasgo más destacable, pues desde el primer Censo Nacional de Población (1869) realizado en Argentina hasta el... (2001), el grupo limítrofe osciló siempre entre 2 y 3% del total de la población del país

Otros grupos cuya asentamiento ha venido creciendo en los últimos decenios, si bien en número muchísimo menor al de los migrantes regionales, es el de los coreanos³⁷ y el de los africanos. Este último grupo suele llegar empujado por necesidades económicas extremas y, en muchos casos, como peticionantes de refugio, en virtud de conflictos del tenor de los enumerados al comienzo de estas líneas. Ya resulta habitual ver ciudadanos de raza negra, con sus mesas y sus mantas desplegadas en las aceras, ofreciendo bisutería y otro tipo de mercaderías a la venta. Salvedad hecha de la importantísima comunidad de caboverdianos radicados mayormente en Ensenada y Dock Sud, localidades de la zona sur del Gran Buenos Aires, cuya presencia en el país –desconocida de manera impactante para la mayoría de la población– data de principios del siglo XX, a tal punto que, en 2006, se estimaba que vivían en Argentina entre 12.000 y 15.000 descendientes de nacidos en Cabo Verde³⁸.

Las migraciones internacionales europeas de los siglos XIX y XX, por su volumen y por su integración al medio local, tuvieron un significativo impacto en la vida económica y cultural y en el crecimiento y conformación de la fisonomía de la población. Su llegada fue fomentada por una decisión de política de Estado que procuró atraer población que representara los ideales cívicos, económicos y culturales de la época. Quienes diseñaron esa política entendieron que el modelo de modernidad estaba representado por la cultura europea, cuyos valores había que tratar de trasplantar al país. Se estaba en plena fase de conformación del Estado nacional, y este proyecto de atracción de inmigraciones resultaba una herramienta medular para tratar de configurar y diseñar la nación conforme a aquel paradigma. Resulta impactante pensar que, entre

(Benencia, 2007), característica opuesta a los flujos transoceánicos, cuyo auge y decadencia fueron absolutamente notables. De igual modo, distingue a estas migraciones su naturaleza espontánea, pues no fueron planificadas y mucho menos producto de políticas de promoción y fomento, elemento que sí estuvo presente en los flujos de ultramar” (*El Estado argentino*; p. 214/215).

Para un análisis de la evolución histórica argentina en materia de migraciones, desde mediados del siglo XIX hasta la actualidad, ver NOVICK, Susana; *Transformations*; pp. 205/237.

³⁷ Sobre este contingente, ver el artículo de KIM, Jounyoung Verónica; *Desarticulando el “mito blanco”: inmigración coreana en Buenos Aires e imaginarios nacionales*”; en *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*; año XXXVI; N° 71; Lima-Boston; 1° semestre 2010; pp. 169/193. Aún discrepando con parte de la mirada histórica de la autora, el material resulta interesantísimo, por la circunstancia de abordar la realidad de la “coreanidad” en Argentina, desde el prisma de las vivencias y auto-percepción de coreanos nativos y de argentinos descendientes de coreanos.

Actualmente, este colectivo –cuya llegada fue propiciada por políticas públicas basadas en la necesidad de obtener inversión extranjera y generar capital nacional– ocupa un significativo papel en la industria de la indumentaria, que se ha transformado en su principal fuente de empleo. Al menos el 70% de la colectividad está vinculada, de un modo u otro, a ese sector industrial, que aprendieron de empresarios judíos de los que fueron primero empleados.

³⁸ Sin embargo, tan frondosa colectividad se halla casi invisibilizada para el porteño promedio y para el argentino en general. Seguramente, de ser consultada, la mayoría de la gente desconocería su presencia y se sorprendería de enterarse de lo numeroso de ese grupo y de su proximidad con la Capital Federal. Sobre las razones de esa invisibilización y las causas de extrema necesidad que los llevaron a buscar un futuro promisorio en Argentina, es ilustrativo, como primera aproximación, el artículo *Caboverdianos: vientos de cambio* en el diario *La Nación*, edición del 03/12/2006 [<http://www.lanacion.com.ar/862751-caboverdianos-vientos-de-cambio#top>].

1857 y 1914, el país haya recibido la abrumadora cifra de 4.600.000 inmigrantes y que, en ese último año, el 30 % de la población haya sido extranjera³⁹.

Volviendo al concepto de *immigrant society*, en este contexto de migración procedente de distintos lugares del mundo, que viene a sumarse a la población de acogida⁴⁰, conformada por los pueblos nativos y por los criollos⁴¹, parece haberse verifica-

³⁹ Estos enormes flujos migratorios llegaron procedentes mayormente de España y de Italia y, en menor medida pero también en gran número, de Europa del Este y de Medio Oriente. La masiva llegada de los vapores que los traían fue producto de una política de Estado que bien puede calificarse como un proyecto de país, expresado por la generación del treinta y siete (Juan Bautista ALBERDI, Juan María GUTIÉRREZ, Domingo Faustino SARMIENTO, Bartolomé MITRE, Mariano FRAGUEIRO, Vicente Fidel LÓPEZ) y consolidado por la generación del ochenta. La política de puertas abiertas fue instaurada a través de la emblemática Ley Avellaneda, de 1876, que estableció diversos incentivos financieros para atraer los flujos de agricultores europeos, entre otra mano de obra.

La idea medular de este programa, cuyo contexto era la organización del estado nacional, reposaba en los pilares de la disponibilidad de tierras, por un lado, que requería fuerza de trabajo, y del establecimiento de bases sociales que dieran lugar a una organización económica y social moderna. Así, el programa agroexportador (1870-1930), promovió el desarrollo capitalista merced a la afluencia de capital y mano de obra extranjera, de modo tal que las extensas tierras del país produjeran alimentos destinados a la exportación, para satisfacer la demanda de los países industrializados y, como contrapartida, se diera lugar a un mercado importador de bienes industrializados.

En la época, la noción de modernidad y progreso estaba directamente asociada al modelo europeo. De tal suerte, la inmigración se presentaba como el canal posible de consolidación de aquellas bases, desde el momento que podría proveer fuerza de trabajo, para expandir la industria, la agricultura y el comercio, y fomentar el florecimiento cultural, a través del desarrollo de las letras y las artes. Asimismo, se atrajeron inversiones en ferrocarriles, frigoríficos y servicios. Tantas expectativas estaban puestas en incentivar la llegada de esos forasteros, a quienes se estimaba portadores de los valores dignos de importar, y de sus capitales, que el proyecto inmigratorio europeo tuvo recepción en la Constitución Nacional, sancionada en 1853. En efecto, el art. 25, vigente hasta el día de hoy, establece: “[e]l Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes”.

Efectivamente, el aluvión migratorio trajo ideas y prácticas nuevas, las que, en conjunción con el notable crecimiento económico que tuvo lugar en la época, modificó la estructura de la sociedad y abrió caminos de ascenso social. Por la fuerza de este modelo económico agroexportador, crecieron los centros urbanos y se expandió en número la clase media, conformada por medianos y pequeños propietarios de capital, trabajadores autónomos, empleados y funcionarios públicos y de empresas privadas. La implementación de un sistema educativo amplio y de excelencia favoreció la integración social de los descendientes de inmigrantes.

⁴⁰ No pretende sostenerse aquí una visión edulcorada de procesos históricos complejos. En efecto, la llegada y asentamiento de inmigrantes presentó y continúa presentando cierta resistencia –si bien antaño, respecto de los europeos, por razones muy diversas a las actuales, respecto de los migrantes procedentes de países limítrofes–. Es que, siempre, los viejos habitantes y culturas de un país tendrán que “rearmarse” en torno a los recién llegados. Algunos, lo harán de manera más o menos intolerante, como un esfuerzo desesperado de conjurar el temor de que la inmigración importe una mella en su cultura.

Volviendo al caso de la Argentina de finales del siglo XIX y principios del XX, el proceso de inserción de los inmigrantes de ultramar no fue un camino sencillo que se haya transitado manera acéitada o sin contratiempos ni cubrió, necesariamente, las elevadas expectativas de progreso social y cultural que se depositaban en los extranjeros. En efecto, si bien llegaron inmigrantes instruidos y acaudalados, especialmente, sajones, el grueso fueron europeos que arribaban a estas tierras procedentes de las regiones menos apreciadas del Viejo Continente, con el único patrimonio de sus oficios: eran obreros, artesanos o labradores.

Lo que ocurrió fue que, desde 1862, la república comenzó a atraer inmigrantes merced al ofrecimiento de facilidades de ingreso, pero sin asegurarles la posesión de las tierras (ley de colonización de 1876). A consecuencia de ello, los inmigrantes que aceptaron venir fueron reclutados de regiones de bajo nivel de vida –sobre todo en España e Italia–. Esta circunstancia, unida al desbordante volumen migratorio, se tradujo en que los inmigrantes tuvieran escasas posibilidades de devenir propietarios, debiendo, en cambio, ofrecer su mano de obra.

Desde un comienzo, la inmigración tuvo una inclinación definida a asentarse en el litoral y en las grandes ciudades. En mayor número, llegaron españoles e italianos. Pero también vinieron rusos y sirios, como así también una enorme cantidad de judíos, quienes si bien llegaron de diversos lugares del mundo, aquí formaron una colectividad con sólidos caracteres distintivos. A menor escala, además, se contaba hacia 1910 con habitantes de las más diversas nacionalidades: alemanes, ingleses, griegos, montenegrinos, serbios, belgas, holandeses, rumanos, portugueses norteamericanos, brasileños, uruguayos, japoneses, marroquíes. A todos ellos, los encandilaba América, como un faro de esperanza para escapar del hambre, del hacinamiento, de la miseria o de las persecuciones y pogroms zaristas; sus ilusiones justificaron embarcarse hacia un mundo del que todo ignoraban. Más de cien años después, una realidad similar lleva hoy a emigrar a cualquier precio a quienes huyen de África hacia Europa, por citar un ejemplo emblemático de nuestros días. Para mayor información sobre la distribución de la inmigración y la resultante configuración poblacional argentina entre 1860 y 1930, ver ROMERO; *Breve historia de la Argentina*; pp. 102/126 y SALAS; *El centenario*; cap. V.

Su llegada y asentamiento no estuvo libre de fricciones. Les fue dura la inserción laboral, como así también encontrar posibilidades residenciales, las que en un comienzo eran acotadas. A eso se suma que, a nivel social, no fueron bienvenidos por todos los locales. Por un lado, mientras se constituía ese grupo impreciso de “los inmigrantes” y sus hijos, la clase dirigente criolla se transformó en la aristocracia local. Por otro, los inmigrantes y sus descendientes lograron relativamente pronto, gracias a su contracción al trabajo, prosperidad económica, de modo que incluso las clases trabajadoras nativas los consideraron una peligrosa competencia. Muy pronto, adjetivos gentilicios, los más de ellos alejados de las bases geográficas de procedencia de los inmigrantes, comenzaron a ser usados como estereotipos peyorativos. Así, bastaba con llamar “gallego” a cualquier español para aludir a la creencia popular de que eran poco inteligentes y serviciales; los “tanos” eran considerados vengativos y sucios. Se llamaba “turcos” a todos los inmigrantes de origen árabe, porque ingresaban con pasaporte otomano; mientras que los “rusos” eran los judíos, a quienes también se consideraba sucios, pero en especial avaros (Para profundizar en los recelos que despertaban estos grupos de inmigrantes y en particular sobre la perturbación a los locales que despertaban grupos exóticos como los judíos y los árabes, ver BERTONI; *Patriotas, cosmopolitas y nacionalistas*; pp. 19-23). Es decir, denominaciones que hoy pueden ser hasta cariñosas –aunque no siempre–, en aquellos tiempos tenían un tinte despectivo, asociado directamente a la calificación que se les daba a los inmigrantes, especialmente como ignorantes o incultos. A su vez, la introducción de la ideología anarquista y socialista y las prácticas de lucha también despertaron reacciones xenófobas y divisiones entre el “buen” y el “mal” inmigrante. En efecto, a partir de mediados de la década de 1880-1890, el naciente proletariado industrial, compuesto mayormente por obreros inmigrantes que habían recibido cierta preparación revolucionaria en sus países de origen, comenzó a exigir mejoras laborales y a presionar mediante huelgas reiteradas. El de la ideología ácrata y el del posterior nacimiento del socialismo local y del movimiento obrero fue un problema creciente en este período histórico, el cual hizo eclosión en 1902, tras una huelga general, a raíz de la cual se sancionó la ley de residencia que autorizaba a deportar a los extranjeros que perturbaran el orden público. Para más datos, ROMERO; *Breve historia*; pp. 118 y ss; SALAS; *El centenario*; p. 52 y ss y cap. VIII. Sobre los diversos momentos de la compleja relación con la colectividad italiana, ver BERTONI; *Patriotas, cosmopolitas y nacionalistas*; p. 24 y ss.

Por otro lado, el apego de los inmigrantes a ciertas tradiciones y el hecho de que hablaran entre ellos en su lengua madre, provocó miedo, tanto en los gobernantes como en los pobladores nativos, de que Argentina se transformara en una masa no demasiado definida en términos poblacionales. Este temor fue mitigado a través de diversas instituciones, como el ejército y una escuela de excelencia, que garantizó la integración social, y de políticas de nacionalización. Sin embargo, a pesar de las dificultades que pueda haber habido, es indudable la incidencia y transformación que causaron las migraciones transatlánticas en la conformación poblacional y cultural argentina. En efecto, lentamente se fueron integrando a los lugares donde se fueron afincando, hasta que pasaron todos a conformar un variopinto crisol cultural, caracterizado mayormente por la armonía y la integración. Devino habitual que en cada pueblo o vecindario las familias criollas e inmigrantes compartieran la vida y que los niños fueran juntos a estudiar y a disfrutar de sus juegos. Además, cada colectividad tenía medianamente distribuidos los oficios, de modo tal que ya se sabía que en el barrio o en el pueblo había un almacén de gallegos; una lechería o un tambo de vascos; que los camareros de los bares y los restaurantes o los encargados de edificios eran españoles de otras regiones de la península; que el frutero, el verdulero y el albañil eran italianos, como así también los empleados portuarios. También era habitual, sobre todo en las provincias del norte, encontrarse con vendedores de baratijas y de ramos generales turcos y sirio-libaneses, quienes finalmente pudieron instalar sus comercios o dedicarse a las tareas agrícolas. Por su parte, los judíos se dedicaron casi con exclusividad al comercio, con sus tradicionales tiendas especializadas en diversos sectores comerciales, especialmente en el textil, que aún conservan. Los miembros de la magra colectividad japonesa se emplearon como personal de servicio doméstico y pronto monopolizaron la tintorería. Una característica de todo este proceso de integración que merece ser remarcada es la predominante tolerancia religiosa que reinó y sigue

do un rasgo que WALZER atribuye a las sociedades inmigrantes: los diversos grupos, para mantenerse culturalmente vivos como tales, debieron sostenerse a través de asociaciones voluntarias, lo que evidencia que una vez insertados en la comunidad de destino corrían más riesgo por la indiferencia de sus propios miembros, que por la intolerancia de otros. A nuestro juicio, esto puede ligarse a la idea de *enclave* o *colonia*, a la que alude PANO CAÑOS, y en la que se produce un repliegue voluntario para fomentar, mediante la organización a partir de una cultura en común, la posterior integración social, que finalmente, en el caso de Argentina, resultó exitosa. También lo resultó, por ejemplo, en el caso de los migrantes italianos que se asentaron en Estados Unidos y de los que WALZER también se ocupa, como veremos más adelante.

No por casualidad hacemos hincapié en las colonias o enclaves y en su significación en el marco histórico de las inmigraciones de otros tiempos y también en las actuales. Por ejemplo, podría decirse que hoy también hay enclaves de paraguayos,

reinando (salvedad hecha de algunos focos de antisemitismo con los que fueron recibidos inmigrantes judíos y polacos, ver SALAS; *El centenario*; pp. 91/93). En efecto, entre los migrantes había católicos, tal como eran la mayoría de los nacidos en el país, pero, como también se ha dicho, llegó un número importante de judíos, de ortodoxos, de musulmanes y de protestantes. Todos ellos pudieron integrarse y convivir sin mayores conflictos de religión; toda excepción no hizo más que confirmar la regla de la tolerancia imperante.

Desde el punto de vista político, asimismo, paulatinamente se logró una integración pacífica, superadora de las crisis desatadas por el anarquismo. En efecto, con el nacimiento y conformación del radicalismo, muchos de los hijos de inmigrantes, encarnación del ascenso económico, social y cultural que habían logrado las familias de origen extranjero, se fueron incorporando a la vida política nacional, con el anhelo de integrarse a la sociedad y salir del lugar marginal que ocupaban sus padres. De igual modo, el movimiento obrero y el socialismo fueron nutridos por la presencia de inmigrantes y su descendencia. Surgió así una populosa clase media, caracterizada por su gran movilidad, que tendía a uniformar la condición social de sus miembros.

La clave de este proceso migratorio tan determinante para la historia y la identidad argentina –mayoritariamente nos definimos como hijos o nietos de esos inmigrantes o decimos que el nuestro “es un país de inmigración”– reposó en que la presencia de los recién llegados, fomentada por el Estado, fue saludada como un bien para el país, como una instancia de crecimiento como nación, y a que los que arribaron reconocieron esa bienvenida; en definitiva, se sintieron “parte”. Echaron raíces y, sin dejar de añorar la tierra natal lejana, agradecieron las posibilidades que les ofrecía la que sería su nueva patria, aquerenciándose con esperanza. Todo esto para poner de resalto que, en ese contexto, los eventuales conflictos –que los hubo– no prevalecieron sobre el enriquecimiento mutuo propio del compartir y del integrarse, porque el proceso fue vivenciado como algo querido y celebrado por la mayor parte de sus actores. Seguramente, sea este elemento el gran ausente en el multiculturalismo actual, en el que se destacan las migraciones obligadas y las acogidas –en el mejor de los casos– aceptadas pero, en su gran mayoría, no queridas ni fomentadas.

Finalmente, no puede dejar de señalarse que las voces críticas a este fomento de la inmigración europea del siglo XIX y parte del XX, lo entienden como un proceso por el cual se procuró la instalación de un imaginario argentino como enclave europeo, tendente a diluir a la población originaria y a la afro-descendiente. Se habla al respecto del “mito europeo” y se cuestiona la metáfora del “crisol de razas”, según la cual la fusión de mestizos, indígenas e inmigrantes europeos habría dado lugar a la formación de “los argentinos”, población principalmente blanca-europea, en virtud de la magnitud de la inmigración transatlántica. Además, denuncian el predominio hasta la actualidad de los descendientes de inmigrantes europeos en las clases altas y medias y de los criollos e indígenas en las populares, lo que hablaría de una jerarquización étnica y del prestigio social derivado de la misma. Ver por todos, Sebastián F.; *Cifras imaginarias*; DALLE; *Sociologando: Aproximación al origen étnico y movilidad social intergeneracional en Argentina*; p. 151.

⁴¹ Conforme la Vigésima Primera Edición del Diccionario de la Real Academia Española, de 1992, en su primera acepción: “[d]ícese del hijo y, en general, del descendiente de padres europeos nacido en los antiguos territorios españoles de América y en algunas colonias europeas de dicho continente”.

bolivianos, coreanos, peruanos en Argentina, cuyos miembros procuraran un entorno cultural común para vivir, pero integrados a la vida de la sociedad mayoritaria⁴². Sin embargo, esa forma organizativa dista mucho del modelo de las *sociedades paralelas* que se verifica hoy en día en algunos países de Europa y que son caldo de cultivo para la expansión del delito y, sobre todo, para la radicalización de ciertos fanatismos.

De hecho, respecto de la situación de las colectividades arribadas a la Argentina en aquel primer flujo migratorio, tampoco la integración fue un camino sencillo, sino un camino sinuoso y complicado, inherente a todo abandono de lo propio y a la tensión que la llegada de “extraños” produce a quienes conforman la sociedad de acogida. Así como hubo colonias que se asentaron pacíficamente, también hubo una tendencia a ciertas segregaciones menos felices, sobre todo en los centros urbanos. Sin embargo, esos contrapuntos no dieron lugar a fenómenos del tipo de las actuales “sociedades paralelas”, sino a reclamos sociales y económicos que, a nuestro juicio, evidencian la vocación de pasar a integrar la sociedad de acogida.

Con relación a estas dificultades del proceso migratorio argentino, señala ROMERO que la agrupación en colectividades

insinuaba la formación de grupos marginales, ajenos a los intereses tradicionales del país y orientados exclusivamente hacia la solución de los problemas individuales derivados del trasplante (...) El Estado no buscó el camino que podía resolver el naciente problema, que era el de transformar a los inmigrantes en poseedores de la tierra; sólo se propuso, para asimilar al menos a sus hijos, un vasto programa de educación popular⁴³,

para hacer de la escuela un crisol donde se fundieran los diversos ingredientes de la población del país para acabar conformando lo que denominamos idiosincrasia argentina. El mismo autor comenta que, alrededor de 1910, año del centenario de la patria, la masa heterogénea de inmigrantes que no cesaba de llegar como un aluvión, se iba subdividiendo “... en colectividades que procuraban mantener su lengua y sus costumbres con escuelas y asociaciones y, en conjunto, ajena a los viejos problemas del país excepto en aquello que lindaba con sus intereses inmediatos”⁴⁴. Repárese en que este rasgo podría ser perfectamente encuadrable en la descripción de WALZER de la *immigrant society*, cuyos rasgos han sido enumerados y comentados párrafos más arriba.

⁴² Sin desconocer los problemas de limitaciones a la regularización migratoria, la dificultades de acceso al trabajo formal, la discriminación y también, en algunas comunidades, la alta tasa de ingreso al sistema penal de sus miembros. Empero, estas problemáticas, distan de las de las sociedades paralelas, sobre todo de origen musulmán, que están poblando algunos países europeos, en las que la enemistad cultural y riesgo de presencia radicalizada conforma un contexto que nada tiene que ver con el también complejo entramado de las migraciones limítrofes en Argentina.

⁴³ ROMERO; *Breve historia*; p. 104.

⁴⁴ ROMERO; *Breve historia*; p. 113.

Es que, según este último autor, en la llamada sociedad inmigrante, el Estado reivindica derechos contemplando exclusivamente al ciudadano como individuo y no como miembro de un grupo⁴⁵, lo cual es propio del ideario liberal al que WALZER se opone desde un enfoque comunitarista. Salvedad hecha –agregamos– de los pueblos nativos que han logrado recientes reformas constitucionales e instrumentos internacionales de reconocimiento. Sin embargo, ese comportamiento y reclamo en términos de grupo es propio de su idiosincrasia minoritaria. Los Estados liberales –como es Argentina, cuya Constitución está inspirada y diseñada sobre el modelo de la norteamericana–, por definición, legislan, tutelan, educan, promueven, piensan en términos de individuos o de derechos de los ciudadanos y no tanto de los colectivos. En ese sentido, puede decirse que el Estado adopta una postura neutral respecto de la identidad cultural de cada ciudadano, en la que todos son llamados a tolerar a los demás.

Volviendo a lo que señala WALZER, ningún grupo tiene derecho a organizarse a sí mismo coercitivamente o a tomar el control del espacio público o a monopolizar los recursos públicos. La escuela pública enseña la historia y la instrucción cívica del Estado, que se supone que no tiene identidad nacional o cultural, sino política⁴⁶.

De ahí el mérito que no puede dejar de reconocerse a la perseverancia de los pueblos originarios en sus reclamos y en sus significativos logros de los últimos años. Sin embargo, no dejan de ser un caso particular y minoritario –al menos en Argentina– que no alcanza a desdibujar la fisonomía abrumadoramente mayoritaria por la que nos concebimos a nosotros mismos como “hijos de inmigrantes”⁴⁷. Es innegable que el oleaje migratorio de hace tan solo un siglo ha venido a definir nuestra fisonomía cultural y política, en términos de relación Estado-individuo. Y este Estado es liberal y, por eso mismo, su figura estelar es el individuo⁴⁸.

Por todo este paisaje multicultural ha ido configurando la idiosincrasia argentina, en el que convergen nativos, mestizos, criollos y, provocando un apabullante y

⁴⁵ WALZER; *The Politics of Difference*; p. 171.

⁴⁶ WALZER; *The Politics of Difference*; p. 171.

⁴⁷ Al margen de las críticas que esta concepción cosecha entre algunos estudiosos de la cuestión de las migraciones, a las que se ha hecho referencia en la parte final de la nota 23. Incluso, la Resolución N° 700/88 de la Dirección Nacional de Migraciones (reglamentaria del decreto 1434/87), consideró que “corresponde valorar la situación de aquellos inmigrantes originarios de los países europeos, de los que han provenido mayoritariamente las corrientes inmigratorias que han servido de base al crecimiento y desarrollo de nuestra nación, que con los países aludidos nos unen lazos sanguíneos, similitud de costumbres, identidad de creencias, razones de por sí valederas para considerarlos comprendidos en el régimen de excepciones preceptuado en el Artículo 15 inciso f) del Decreto N° 1434/87”. Dicho artículo establecía qué extranjeros podían residir en Argentina y su inciso f) contemplaba a aquellos que, por sus especiales condiciones o circunstancias personales, revistieran un especial interés para el país.

⁴⁸ En rigor, el modelo de Estado liberal de derecho había sido ya receptado en nuestra Constitución de 1853, de la mano de Juan Bautista ALBERDI y de las ideas importadas de Estados Unidos y de Europa en materia de reconocimiento y respeto a los derechos individuales. No obstante, ha habido progresos en materia de interpretación y aplicación de estándares, a partir del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ocurrido durante el siglo XX.

determinante cambio en la composición poblacional, las inmigraciones europeas de finales del siglo XIX y XX, a las que se han sumado en las últimas décadas las migraciones regionales y la más novedosa llegada de migrantes provenientes de los mismos oleajes que se desplazan por lo general hacia Europa, es que creemos que el eje de este trabajo y la respuesta que busca conciernen también a la Argentina. Nos animamos a aventurar también que ese interés irá *in crescendo*, cuando Europa ya no dé más abasto para acoger migrantes.

I. A) 4. Características de la integración en la sociedad inmigrante: la identidad fusionada.

Más allá de lo emblemático del caso argentino que se ha relevando en el apartado anterior, la *inmigrant society* es un fenómeno común a muchas sociedades occidentales, como la norteamericana, que exhibe también una de las composiciones poblacionales más nutridas por la llegada y acogida de inmigrantes de todas partes del mundo.

En este modelo de sociedad y de Estado –ya al margen del país del que se trate–, es frecuente observar que los individuos o grupos que han logrado mantener por generaciones su identidad cultural; es decir las costumbres y tradiciones de sus antepasados europeos o del Cercano Oriente, se reconocen, por ejemplo, italianos o sirios culturalmente, pero argentinos, mejicanos, españoles o americanos, políticamente. Esto lo pone de resalto WALZER, al sostener que, si bien es relativamente fácil y en absoluto humillante, salirse del propio grupo para tomar la identidad política del Estado, mucha gente prefiere una identidad “guionada” (*hyphenated or dual identity*), en la que los términos separados por medio del guión refieran a la identidad cultural y a la política, respectivamente. Así, cita por caso el emblemático ejemplo del ítalo-americano, en el que lo “ítalo” representa la cultura heredada de los ancestros y aceptada por otros americanos de distinta ascendencia y lo “americano”, la identidad política sin ninguna clase de reivindicación cultural⁴⁹. En este contexto, como la identidad italiana no tiene pretensiones políticas, su sustento debe ser fomentado a través de los esfuerzos y aportes de los descendientes de italianos comprometidos en la causa. Al mismo recurso apela KIM, al hablar de los coreano-argentinos, para referirse a los hijos de inmigrantes coreanos nacidos en Argentina⁵⁰.

También se ha dicho, con una concepción similar, que el inmigrante vive compelido a ejercitar un constate desdoblamiento identitario, entre la cultura de origen y la de acogida, que se la presente como un algo a aprender. En efecto, el inmigrante

⁴⁹ WALZER; *The Politics of Difference*; p. 172.

⁵⁰ KIM; *Desarticulando*; p. 177.

realiza un ejercicio transcultural que implica mantener siempre una disociación entre las dos visiones del mundo. Ese desdoblamiento, que lo conduce a una negociación identitaria permanente, tiene lugar por la doble visión que proyecta su yo en el sistema de normas y valores de ambas sociedades⁵¹.

Ahora bien, en el modelo de “sociedad inmigrante” referida (a pesar de lo señalado en el párrafo anterior), con el correr de las décadas y de las generaciones se va produciendo una integración cultural que desdibuja las diferencias de grupo, a punto tal que hoy en día el sentimiento de pertenencia a la colectividad de los ancestros es más débil que nunca. De ahí que las actividades sociales compartidas con gente de toda procedencia cultural, los matrimonios interculturales o interreligiosos, la educación de los niños de diversas colectividades juntos y un largo etcétera nos parezcan lo más natural del mundo. Dicho en otras palabras, la mezcla de culturas ha ido configurando la idiosincrasia occidental que hoy tenemos, que es en sí misma multicultural, por haber fusionado y seguir fusionando en su seno los aportes ancestrales de grupos de las más diversas procedencias. En este sentido, en Occidente y especialmente en América, bien se puede afirmar que multiculturales son todos sus habitantes como resultado del crisol de naciones que han ido conformado cada país (salvedad hecha de las naciones, que han preservado su identidad original en mayor medida).

KYMLICKA, en referencia a la sociedad estadounidense que busca integrar a los inmigrantes dentro de la cultura mayoritaria, destaca que no se pretende que aquellos se asimilen totalmente a las normas y costumbres de la cultural dominante – hasta se los anima para que mantengan aspectos de su especificidad étnica–, pero que en definitiva esa faceta del multiculturalismo es una manifestación de *cómo* se integran los recién llegados a la cultura dominante, pero no de *si* se integran⁵².

Sin embargo, no es este multiculturalismo el que da lugar a los conflictos que serán el objeto de estudio de este trabajo. Es que la fisonomía que hoy tenemos ya es *nuestra cultura*, en la que muchas de las diferencias culturales de diversas colectividades se han ido desdibujando, dando paso a la conformación de una identidad mayoritaria que ha integrado y hasta fusionado las diferencias. Las tensiones se suscitan, en cambio, con aquellos grupos que, ya sea por pertenecer a una nación nativa u originaria o por proceder de una cultura relativamente recién llegada y portadora de determinados valores religiosos o tradiciones completamente divergentes, no comparte los rasgos culturales fundamentales de la sociedad de acogida y no tiene intención de integrarse –

⁵¹ HIDALGO TUÑÓN; *La identidad cultural como factor de exclusión social*; p. 83. FACCHI, por su parte, se refiere a “identidad fragmentada” (*Mujeres inmigrantes, libertad individual y políticas sociales*; p. 118).

⁵² KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 114.

al menos en términos de asunción de los valores ajenos o de renuncia a los propios— a la comunidad mayoritaria o a la que los recibe⁵³.

Como señala VIOR, no todos los grupos minoritarios conforman minorías étnico-culturales, entendidas como aquellas poblaciones que viven en un territorio mayoritariamente poblado por otros grupos y que —en virtud de una serie de factores, tales como el efecto de las políticas públicas, la influencia de la mayoría social sobre la minoría y por procesos de auto- identificación— “...tienden a constituir de modo duradero sistemas de valores, normas y símbolos, así como relatos míticos cualitativamente diferentes del entorno mayoritario que los constituyen como ‘pueblo’”⁵⁴. En tal sentido, afirma que una minoría se constituye a través de un proceso de formación de identidades subgrupales referidas a la del grupo mayoritario⁵⁵.

Según VÁZQUEZ GONZÁLEZ, la construcción de la identidad de los inmigrantes como miembros de identidades nacionales, étnicas, culturales o religiosas está marcada por una serie de condicionamientos, de los que los más emblemáticos son: a) los parámetros valorativos de la sociedad receptora, es decir el grado de aceptación que reciben y perciben los inmigrantes; b) la condición de ser sujetos emplazados en las fronteras de dos mundos diferentes; c) la discordancia entre las expectativas creadas por el inmigrante y la cruda realidad del proceso migratorio⁵⁶.

Sin lugar a dudas, el proceso de inserción en el seno de otra cultura es, incluso cuando a la larga pueda resultar un éxito, un trance doloroso, incierto, que coloca a quien lo atraviesa en el epicentro de todas las inseguridades y temores más extremos⁵⁷. En los vaivenes y ajeteos de ese camino cruel se va forjando la identidad de cada grupo migratorio como tal, es decir, como conjunto de hombres y mujeres procedentes de otras tierras y dueños de una cultura original determinada, que difícilmente pueda permanecer absolutamente impermeable a la incorporación de elementos culturales del medio de acogida, lo que irá cincelandando una identidad renovada. En paralelo, se va forjando también la identidad de cada uno de sus miembros, como sujetos en los que, en mayor o menor medida, se plasmará la fusión del acervo que trae de origen con lo que absorba del medio nuevo, lo que dará un resultado individual e irrepetible que conformará su identidad cultural. Solo el tiempo dirá cuánto cada grupo y cada sujeto conserve de la cultura de origen, cuánto adopten de la receptora o si abandonan una

⁵³ En este contexto, siguiendo a NICHOLSON, puede entenderse a los valores como tendencias a la acción cargadas emocionalmente, que implican preferencias y actos conscientes de toma de decisión o elección entre alternativas (NICHOLSON; *Antropología y educación*; Buenos Aires; Ed. Paidós; 1969; p. 51; citado por GARCÍA VITOR; *Culturas diversas y sistema penal*; p. 136).

⁵⁴ VIOR; *Los bolivianos*; p. 6.

⁵⁵ VIOR; *Los bolivianos*; p. 7.

⁵⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad y*; p. 38.

⁵⁷ En igual sentido, KYMLICKA quien destaca lo costoso del trance de los inmigrantes para lograr la plena integración (*Ciudadanía*; p. 124).

para asimilarse a la otra. Ello sin olvidar que la identidad cultural proporciona –en palabras de KYMLICKA– un anclaje para la auto-identificación y la seguridad de una pertenencia estable, sin tener que hacer esfuerzo alguno; significa que el respeto de la gente a sí misma está vinculado con la estima que merece su grupo nacional: “si una cultural no goza del respeto general, entonces la dignidad y el respeto a sí mismos de sus miembros también están amenazados”⁵⁸.

A nuestro criterio, el *quid* de la cuestión pasa por generar las condiciones necesarias para que esas mutaciones intrínsecas a la identidad cultural como proceso dinámico, puedan darse en libertad⁵⁹. Es decir, que cada miembro de una minoría pueda decidir permanecer o abandonar total o parcialmente su grupo, como parte del ejercicio de su derecho a la identidad personal y a su libertad. En ese sentido, creemos que la identidad grupal y la individual no deben plantearse como antagónicas, sino como complementarias, en pos de la mayor plenitud del ser humano.

⁵⁸ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 129; con cita de MARGALIT y RAZ). También se ha dicho que cuando un grupo cultural es subestimado de manera general por el dominante tiende al sometimiento y a la sumisión; en cambio, cuando tiene muy elevada la auto-estima tiende a replegarse sobre su propia identidad cultural, rechazando todos los valores que provengan de culturas exteriores. Esta última actitud conduce al etnocentrismo y a la intolerancia, puesto que obstruye la posibilidad de diálogo, en razón del conflicto cultural. “Frente a estas actitudes extremas, está el logro de una *autoestima equilibrada*, a nivel grupal e individual, caracterizada por el valor de sí mismo, el aprecio por lo propio, pero a su vez, la adopción de una actitud de apertura a lo externo, fundamental para la comunicación intercultural” (CARPIO RODRÍGUEZ; *Pluralismo jurídico*; pp. 90-91).

⁵⁹ En cuanto a la definición de identidad cultural desde el sistema internacional de derechos humanos, resulta pertinente transcribir tres artículos de la Declaración Universal de la UNESCO sobre diversidad cultural, de 2001:

Artículo 2 – De la diversidad cultural al pluralismo cultural

En nuestras sociedades cada vez más diversificadas, resulta indispensable garantizar una interacción armoniosa y una voluntad de convivir de personas y grupos con identidades culturales a un tiempo plurales, variadas y dinámicas. Las políticas que favorecen la integración y la participación de todos los ciudadanos garantizan la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz. Definido de esta manera, el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural. Inseparable de un contexto democrático, el pluralismo cultural es propicio para los intercambios culturales y el desarrollo de las capacidades creadoras que alimentan la vida pública.

Artículo 3 – La diversidad cultural, factor de desarrollo

La diversidad cultural amplía las posibilidades de elección que se brindan a todos; es una de las fuentes del desarrollo, entendido no solamente en términos de crecimiento económico, sino también como medio de acceso a una existencia intelectual, afectiva, moral y espiritual satisfactoria.

DIVERSIDAD CULTURAL Y DERECHOS HUMANOS

Artículo 4 – Los derechos humanos, garantes de la diversidad cultural

La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance.

I. A) 5. Multiculturalismo como desafío en la configuración de la sociedad.

I. A) 5. i. Multiculturalismo en la posmodernidad.

Esbozadas ya las características más destacables de las sociedades multiculturales, se impone señalar lo obvio. El reconocimiento de la coexistencia de culturas diversas no pasa de ser la descripción de un rasgo objetivo o fenomenológico de la sociedad de nuestros tiempos, que nada dice –a partir de su mero enunciado– de los conflictos entre grupos a los que pueda dar lugar. Mucho menos, de cuáles puedan llegar a tener implicancia jurídica y, de entre ellos, cuáles merezcan ser apreciados desde el prisma del derecho penal.

Ocurre que el hecho de que diversas culturas se vean obligadas a compartir un espacio físico no implica *per se* que ello contribuya al enriquecimiento mutuo en la civilización. Tampoco que la coexistencia sea sinónimo de tolerancia, comprensión, respeto. Con frecuencia, tales procesos son rechazados, tanto por las mayorías de los países que acogen como por las propias minorías que se ven obligadas a migrar o por los pueblos originarios que siempre han estado ahí y se sienten históricamente desplazados o “invisibilizados”. Los llegados de países exóticos se sienten mermados culturalmente, sobre todo cuando el abandono de las raíces no ha sido deseado, sino una forma de escapar de condiciones extremas de necesidad; los vernáculos, en cambio, aunque hayan conservado su identidad cultural durante siglos, experimentan que ello ha sido lograda a fuerza de no haber cejado en la lucha por su defensa, contra la indiferencia o el desconocimiento mayoritario de sus tradiciones y hasta de su misma presencia territorial. Esto último tiene directas consecuencias en la órbita penal, toda vez que las dificultades en materia de identidad son consideradas un factor criminógeno relevante⁶⁰ y propende a fomentar estados de resistencia social para mantener la pertenencia identitaria⁶¹.

El inmigrante se encuentra necesariamente en una situación desaventajada para negociar y preservar su identidad, sobre todo porque su enorme mayoría pertenece a sectores sociales y económicos desfavorecidos, con poca educación formal y pres-

⁶⁰ HÖFFE; *Derecho intercultural*, p. 26.

⁶¹ Esta idea es expresada con magnificencia por MAALOUF, quien vivió el proceso inmigratorio en carne propia, en palabras que recuerda VÁZQUEZ GONZÁLEZ, que bien vale la pena transcribir parcialmente: “[e]l primer reflejo [del inmigrante] no es pregonar su diferencia, sino pasar inadvertido. El sueño secreto de la mayoría de los migrantes es que se los tome por hijos del país. Su tentación inicial es imitar a sus anfitriones, cosa que algunos consiguen. Pero la mayoría no. Al no tener el acento correcto, ni el tomo adecuado en la piel, ni el nombre y apellido ni los papeles que necesitarían, su estrategia queda pronto al descubierto. Muchos saben que no merece la pena ni siquiera intentarlo, y se muestran, por orgullo, como bravata más distintos de lo que son. Hay incluso quienes -¿hace falta recordarlo?- van aún más lejos, y su frustración desemboca en una contestación brutal” (MAALOUF, A. *Les identités meurtrières*; Éditions Grasset & Fasquelle; 1998; citado en VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad y*; p. 39).

tos a realizar todas aquellas tareas que no quieren hacer quienes pertenecen a la sociedad mayoritaria. No hablar o no hablar bien la lengua oficial y practicar costumbres desconocidos o incomprendidas en el país de acogida tampoco contribuye a allanarles el camino de integración ni de aceptación por parte del otro. En esas condiciones, si el multiculturalismo es vivenciado como “impuesto” u “obligado” o “ajeno” bien puede más bien desencadenar procesos des-civilizatorios que ensanchen las brechas entre los grupos, antes que encuentros culturales de mutuo enriquecimiento.

A esas dificultades propias de toda inmigración, se suma la problemática bien actual de la migración a países cuya cultura mayoritaria es completamente rechazada por los inmigrantes, quienes la perciben como enemiga de la propia. Recíprocamente, los miembros de la sociedad de acogida, desde luego, también se sienten *invalidados* por una cultura que les es enteramente ajena y que temen que llegue a imponerse, al menos étnicamente, temor que está cundiendo en Europa ante el crecimiento en términos absolutos de inmigrantes procedentes de Medio Oriente y África, en su mayoría de países o grupos islámicos. Esa percepción de enemistad o falta absoluta de diálogo cultural que se traduce en una nula vocación de integrarse no solo se verifica respecto de inmigrantes, sino también de segundas y terceras generaciones⁶², que se perciben a sí mismas como completamente ajenas a la cultura occidental, por más que hayan nacido y se hayan criado en Europa.

Como hemos señalado más arriba, en contraposición al modelo del *enclave* o *colonia*, hoy existen en Europa verdaderas *sociedades paralelas*, cuyos miembros, si bien están cohesionados a partir de elementos étnicos, religiosos y culturales, pretenden segregarse definitivamente de la sociedad mayoritaria, creando una infraestructura paralela y hasta la duplicación de instituciones para tener las propias de manera independiente de las oficiales, a través de mecanismos de reforzamiento de control social de sus miembros, con recurso a la coacción psíquica y/o física. Procuran mantenerse aislados de la sociedad mayoritaria, de la que se consideran enemigos⁶³. Estas sociedades paralelas plantean serios desafíos a los Estados en búsqueda de la integración porque, además, ponen en jaque la seguridad pública, fomentando el odio, el resentimiento y la violencia.

Todos estos cambios socio-culturales, consecuencia directa de la globalización, han llevado a advertir que las manifestaciones de esta no se reducen al plano de la criminalidad organizada o macrocriminalidad, sino que también incide sobre la microcriminalidad, como criminalidad de masas⁶⁴. Unos de los factores que determina

⁶² Una opinión crítica sobre la denominación de inmigrantes de segunda y tercera generación, en DELGADO RUIZ; *¿Quién puede ser inmigrante en la ciudad?*.

⁶³ CANO PAÑOS; *Las sociedades paralelas*; pp. 207-229.

⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ; *La expansión del Derecho Penal*; p. 112.

este tipo de criminalidad es la inmigración de personas procedentes de otras culturas, en razón de ser caldo de cultivo de choques sociales y culturales entre las capas inferiores de la sociedad receptora y los grupos inmigrantes, lo que deriva en una mayor demanda de intervención del derecho penal⁶⁵. Pero además se ha destacado que la llegada de inmigrantes procedentes de otros medios culturales, que va configurando las sociedades multiétnicas y multiculturales, pone de manifiesto la tensión que se da entre integración y atomización y entre homogeneización y diversificación, ya que las sociedades postindustriales tienden a la integración supranacional, pero a la atomización interior. Este conflicto es criminógeno porque produce violencia⁶⁶.

No hay duda, en definitiva, de que la posmodernidad en Occidente está siendo sacudida por fenómenos de complejidad extrema, que colocan al hemisferio en estado de alerta, pero también de perplejidad sobre cuáles son las vías adecuadas para lograr, entre otras cosas, el acercamiento cultural que permita la convivencia pacífica y, sobre todo, evitar llegar a un estado de colapso, que ponga en peligro la seguridad planetaria. El cultural es sin duda uno de los desafíos más agudos y enmarañados que presenta esta época que parecería ser un punto de inflexión hacia algún cambio determinante de la historia, que todavía no parece del todo claro, siquiera entre los filósofos políticos, cuál podría ser⁶⁷.

La intensidad de los desafíos de la época ha llevado a advertir que en las últimas décadas se ha puesto en jaque nada menos que la noción de Estado-nación⁶⁸, uno de los axiomas sobre los que ha reposado el derecho penal de nuestra tradición jurídica. Conforme ese postulado, las fronteras territoriales del Estado son los límites de la soberanía y del ordenamiento jurídico. En este marco, también se ha dicho que el pluralismo cultural de cuño constitucional exige un desplazamiento de la categoría hegemónica del Estado-nación por otra que reconozca al Estado como entidad multinacional, multiétnica o multicultural⁶⁹.

Conforme esa posición, el desafío que enfrenta el postulado de los Estados nacionales obedece a una serie de factores, que ocurren en dos direcciones. Hacia arriba, debido a la expansión de las organizaciones políticas y económicas supranacionales y a la globalización económica, cultural y política. Hacia abajo, se consigna a la

⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ; *La expansión*; pp. 114-115.

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ; *La expansión*; pp. 115-116.

⁶⁷ También MONCLÚS MASÓ considera que el fenómeno migratorio, en este tiempo histórico de comienzo de siglo, va a producir una redefinición del orden social actual (*La gestión*; p. 511).

⁶⁸ MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; p. 42. En el mismo sentido, CARPIO RODRÍGUEZ; *Pluralismo jurídico*; p. 94 y 109 y ss.

⁶⁹ CARPIO RODRÍGUEZ; *Pluralismo jurídico*; p. 97. Sin embargo, la autora reconoce las dificultades de trasladar el concepto abstracto de tolerancia pluralista a las relaciones interétnicas que se dan en la realidad. A ello se suma –añade– el hecho de que la absolutización del pluralismo cultural conlleva el peligro de exacerbar las diferencias, con el efecto adverso de una *etnización* forzada y artificial de los grupos humanos, que solo contribuiría a agudizar la conflictividad entre mayoría y minorías.

llamada *glocalización* y a los flujos migratorios⁷⁰, cuyo formidable volumen está cambiando la composición étnica y cultural de prácticamente todo Occidente y de manera particular de los países considerados potencias económicas.

La *glocalización* es un concepto que se introduce para expresar una reacción antagónica a la globalización, que hace surgir tendencias y tradiciones localistas de carácter étnico, religioso, lingüístico y cultural en general⁷¹. Si bien no es algo novedosos en la historia de la humanidad, sí lo es el espíritu que la anima: al fenómeno homogeneizador de la globalización se le contesta con una cultura de la diversidad que invita a tomar conciencia sobre los elementos localistas y particularistas, dando especial valor a la autonomía de los grupos culturales minoritarios.

Según MAGLIE, estas tendencias son las que producen movimientos en la estructura del Estado-nación, ya sea en forma pacífica, como ocurrió en Checoslovaquia, o desatando guerras, como sucedió en Yugoslavia. Otra versión posible en la que estos movimientos pueden manifestarse es sin hacer correr peligro al Estado nacional, pero dejando en evidencia la existencia de conflictos internos que den la pauta de que no hay homogeneidad social, con focos de violencia y revueltas, como ocurrió en los guetos negros en Estados Unidos o en las *banlieues* de París⁷².

A pesar de todas estas complejidades que supone la inmigración –sobre todo la de individuos que en busca de nuevos horizontes acaban sumidos en la misma o peor marginalidad de la que pretendían huir, resultando socialmente desadaptados y completamente al margen del sistema económico y del mercado laboral–, es dable pensar en la necesidad de tratar de procurar, por lento y difícil que sea, algún tipo de acercamiento cultural. La diversidad cultural, con vocación dialogal –a la que ya no hay duda que se tiene derecho, tal como se reconoce actualmente en el ordenamiento jurídico internacional y en los ordenamientos nacionales, en materia de derechos humanos–, puede ser ocasión de enriquecimiento humano. A tal punto, que no es errado afirmar que exista un interés superior en hacer valer el derecho a la diferencia, sin renuncia a la igualdad⁷³.

Nos animamos a decir más: los Estados están obligados a procurar ese acercamiento cultural, si no por verdadera vocación de aceptar e integrar la diferencias que se manifiestan en el género humano, como sería deseable, al menos por la necesidad de evitar mayores escaladas de violencia y deshumanización de las que ya estamos siendo testigos.

⁷⁰ MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; pp. 42-43.

⁷¹ MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; p. 43.

⁷² MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; pp. 43-44.

⁷³ Sobre el derecho a la diferencia sin relegar la igualdad, CARPIO RODRÍGUEZ; *Pluralismo jurídico*; p. 56 y ss.

Como es lógico, los países occidentales, por inercia e incluso por instinto de auto preservación, tienden a defender los pilares fundamentales sobre los que están erigidos. Ello es comprensible, sobre todo si se piensa que el grado civilizatorio alcanzado, es la resultante de descarnados avances y retrocesos en materia de reconocimiento de estándares de derechos.

Empero, para poder encarnar verdaderamente el valor de la tolerancia y ser coherentes con la “aparente” acogida que dan a los extranjeros culturales, los Estados deben cuidarse de caer en un occidentalismo extremo, que, en lugar de recibir y respetar, pretenda imponer y modificar los hábitos, tradiciones y costumbres que sean *indiferentes* o *no negadores* de los valores fundamentales de la mayoría, es decir que sean *tolerables*, a la luz de los valores mayoritarios del Estado. No obstante, la realidad de las sociedades multiculturales de acogida muestra que el instinto más elemental del Estado-nación y de la sociedad local que recibe es exigir que las culturas minoritarias que van llegando o las originarias que reivindican derechos –al ser vistas como una amenaza u obstáculo para el conjunto–, se asimilen a la sociedad mayoritaria⁷⁴. Estas actitudes, en definitiva, fomentan fenómenos opuestos a los deseados, como las ya comentadas sociedades paralelas, que terminan siendo germen de separaciones irreconciliables, de violencia, miedo y delito.

Ahora, más allá de proclamadas buenas intenciones, no caben dudas de que la aceptación multicultural es un camino complejo y lento, no solo en lo social, sino también (o por eso mismo) en lo jurídico. Así, hasta tanto se produzca la acogida definitiva de un grupo en el seno de la sociedad mayoritaria, se verificará un proceso jurídico distinto al que rige durante contextos de normalidad, al que se conoce como justicia de transición. Consiste, sintéticamente, en que, durante el estado de excepción que constituye el proceso de integración de un colectivo en el seno de otro, la sociedad de acogida pasa de un modelo monista –entendido como aquel incapaz de reconocer identidades culturales o religiosas diversas, por ejemplo– a otro pluralista o de reconocimiento de autonomías especiales, en tanto la identidad reconocida respete, por su parte, los derechos de los demás. Como se ve, se trata de un asunto de neto corte constitucional⁷⁵, toda vez que están en juego cuestiones de derechos fundamentales y de tolerancia.

⁷⁴ En tono fuertemente crítico, KIM expresa que “por definición, las culturas nacionales pretenden erigirse en base a una ideología de origen e identidad de carácter fijo y primordial. La cultura del estado-nación, la cultura establecida *par excellence* y legitimada por una red de instituciones –el estado, los medios masivos y otros aparatos ideológicos–, exige que las “diferentes” culturas, marcadas como amenaza u obstáculo al interior de la nación, se asimilen y sean integradas dentro de la sociedad dominante. Por eso, en nuestros tiempos el fenómeno de la inmigración releva y a la vez contiene los asuntos de raza y etnicidad” (*Desarticulando*; p. 178).

⁷⁵ CORNACCHIA; *Justicia transicional*; p. 69.

Fácil es advertir que toda esta problemática está transida por permanentes choques entre las culturas comprometidas, que prácticamente definen el marco sociológico y jurídico. En efecto, toda justicia de transición implica *“la victoria de una parte del conflicto sobre la otra, la legitimidad de una parte para juzgar los crímenes cometidos por la otra”*⁷⁶. De este modo anticipamos que, en materia de multiculturalismo, el *conflicto* es un dato insoslayable, piedra angular de la reflexión que da lugar a estas páginas.

Ese componente de tensión, no debe ser visto necesariamente como un dato desalentador, que haga caer en la tentación de creer que la convivencia y el mutuo enriquecimiento cultural no sea posible. En efecto, ambos extremos son ciertos: que el conflicto, muchas veces agudo, desgarrador, sanguinario, es real y que también lo es la posibilidad de convivencia tolerante.

I. A) 5. ii. Cultura y diversidad.

El problema del multiculturalismo no es nuevo, por más que las actuales condiciones globales lo presenten con una impronta renovada. Como recuerda HÖFFE⁷⁷, los primeros grandes impulsos hacia el multiculturalismo y la globalización se remontan a la Antigüedad, concretamente a las campañas de Alejandro Magno, a la expansión del Imperio Romano y, tiempo más tarde, a la propagación del cristianismo y del islam. También se propagaron el judaísmo y el budismo, deviniendo todas ellas en religiones mundiales. Un incuestionable proceso multicultural –continúa el mismo autor– fue el que siguió al Descubrimiento y posterior colonización de las Indias, con la evangelización y el intercambio de productos entre Europa y América, como así también el aprendizaje de costumbres y tradiciones abismalmente diversas.

HÖFFE destaca, asimismo, que las sociedades “viejoeuropeas” transitaron procesos de diferenciación similares, parientes ancestrales de los actuales, desencadenados, con un marcado nivel de expansión, por la disidencia religiosa, la Ilustración y las revoluciones burguesa e industrial y sus consecuencias en materia de comercio mundial. En el terreno comercial, de hecho, desde la Antigüedad el intercambio cultural era muy acentuado, como lo prueban la ruta de la seda o el centro internacional de comercio de Alejandría. Los Imperios Austro-Húngaro y Ruso también estaban erigidos sobre bases multiculturales⁷⁸.

Por otra parte, Estados Unidos suele ser considerado el ejemplo emblemático de sociedad multicultural, desde hace varios siglos. La misma América Latina –

⁷⁶ CORNACCHIA; *Justicia transicional*; p. 70.

⁷⁷ HÖFFE; *Derecho intercultural*; pp. 29 y ss y 226/227.

⁷⁸ CARNEVALI RODRÍGUEZ; *El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno*.

como ya se ha dicho— en virtud de su composición poblacional originaria aunada a las modificaciones étnicas y culturales introducidas por la conquista y los posteriores procesos migratorios post-coloniales también es considerada ejemplo de heterogeneidad cultural⁷⁹.

Otro intercambio cultural sumamente interesante, por ser un conducto insuperable de difusión y traspaso de parámetros culturales disímiles, es el que siempre han representado la literatura y la filosofía, que han sido herramientas para permitirnos vivir otros “mundos” y encarnar “otras vidas”.

A raíz de todos esos hitos y de tantos otros, verdaderos desafíos para sus respectivas épocas, se ha pasado de condiciones comunitarias relativamente homogéneas a sociedades abiertas y pluridimensionales. Son estas, en definitiva, las características actuales de Occidente, cuyo contexto social es el de la coexistencia de grupos con criterios culturales propios y en los que, en paralelo, cada vez más se difunden costumbres y valores ajenos, con la consiguiente aceptación o naturalización que tal fenómeno conlleva.

Como su nombre lo indica, la médula de toda esta problemática del multiculturalismo radica en la noción de *cultura*, entendida, de entre sus infinitas definiciones, como “la memoria hereditaria no genética de la sociedad”⁸⁰ o como el “... conjunto complejo de determinados valores, convicciones y normas de acción”⁸¹. En palabras de PRIETO DE PEDRO, la idea de cultura

implica dos proposiciones: que en su proceso de hominización el hombre se encuentra determinado no solo por la herencia biológica y genética (en esto no se diferencia radicalmente del resto de los seres vivos), sino por otra clase de herencia, la cultural, y que esta no es generada por los individuos aislados, sino por los agregados sociales en los que vive⁸².

La cultura no es un elemento estático, sino que tiene una dinámica de constante evolución y cambio, en la que inciden múltiples factores, uno de los cuales puede ser la inmigración⁸³. En efecto, todos los autores que se han abocado al estudio de la cultura coinciden en que se trata de un concepto que alude a una realidad que trasciende al plano artístico o intelectual, para extenderse a todo lo que signifique creación del ser humano como miembro de una sociedad, con independencia de la noción

⁷⁹ CARNEVALI RODRÍGUEZ; *El multiculturalismo*; p. 2.

⁸⁰ GARCÍA VITOR; *Culturas diversas*; p. 135.

⁸¹ HÖFFE; *Derecho intercultural*; p. 18.

⁸² PRIETO DE PEDRO; *Cultura, culturas y Constitución*; p. 29. Tras afirmar que definir *cultura* es una de las tareas más complejas que puede emprender la antropología social y cultural, VAN BROECK opta por la siguiente definición: “an intersubjectif system of symbols which offers the human being an orientation toward the others, the material world, him- or herself and the non-human. This symbolic system has a cognitive as well as an evaluative function. It is handed over from one generation onto a next generation and subject to constant transformation. Even when it never achieves complete harmony, there is a certain logic and structure that binds the system together” (*Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes*; p. 8).

⁸³ VAN BROECK; *Cultural Defence*; p. 9.

de progreso con la que se la solía confundir⁸⁴ y que está en constante evolución. Así, CARPIO RODRÍGUEZ destaca que en toda cultura se encuentra un conjunto de formas o modos de pensar intrínsecamente vinculados a una lengua, que no solo hace las veces de instrumento de comunicación, sino que es la expresión de una forma de concebir el mundo, ya que traduce un esquema de pensamiento que es reflejo de la concepción del tiempo y del espacio que tienen los hombres que lo hablan. Nada de lo que el hombre sabe hacer es ajeno a la noción de cultura, creación que luego es transmitida socialmente. Ese aprendizaje grupal, recibido por medio de la tradición y la costumbre, va configurando una identidad, es decir un patrimonio cultural común, logrado a través de generaciones, con vínculos reforzados por el transcurso del tiempo. El resultado de ese aprendizaje se va retroalimentando con nuevas creaciones dentro del mismo grupo y sobre todo con el contacto con otras culturas. Esto último imprime a toda cultura la característica del dinamismo social⁸⁵.

Otra definición interesante es la ofrecida por CARDUCCI, cuando señala que la cultura es el "... fundamento simbólico y material del actuar, es decir, el universo de significados manifestados a través del comportamiento y el juicio"⁸⁶. En sintonía con esa definición, el multiculturalismo es la expresión de una pluralidad de comportamientos agentes que tienen lugar en un mismo lugar geográfico, como manifestación de universos de significados diferentes entre sí y con la potencialidad de entrar en conflicto⁸⁷.

A su vez, esos universos culturales diversos están asociados a la idea de "nación". Es decir que el multiculturalismo implica la convivencia territorial de diferentes culturas vinculadas a distintas naciones. En palabras de CARNEVALI RODRÍGUEZ, se denomina multiculturalismo "a la concurrencia de elementos cognitivos comunes en cuanto a la representación del mundo exterior, de la moral, de la religión, del derecho, de las relaciones sociales y vinculadas por una lengua"⁸⁸. En este sentido, no puede desconocerse el rol central que ocupa la lengua en la configuración nacional.

Los Estados multiculturales así entendidos –en los que se reconoce incluso a nivel constitucional sus caracteres pluricultural y multiétnico– podrán estar cincelados

⁸⁴ CARPIO RODRÍGUEZ; *Pluralismo jurídico*; p. 31.

⁸⁵ CARPIO RODRÍGUEZ; *Pluralismo jurídico*; pp. 30-31. Agrega esta autora que los factores que configuran la identidad cultural son la memoria o conciencia histórica, el factor étnico, el factor lingüístico, el factor político y el factor psicológico, a los que desarrolla en pp. 33-46. En sintonía con esa concepción de cultura, al pronunciarse sobre la identidad cultural como derecho humano, la define como el derecho "que tiene toda persona y colectivo humano a que se respete su realidad auténtica en las diferentes expresiones de la actividad humana (conocimientos creencias, artes, moral, leyes, usos y costumbres), en sus relaciones con otros grupos" (p. 49). Esa identidad –agrega– no se genera aisladamente (monológicamente), sino de forma relacional (dialógicamente), por lo que lejos de ser una realidad estática, se trata de en un proceso en permanente desarrollo (p. 49).

⁸⁶ CARDUCCI; *El multiculturalismo*; p. 84.

⁸⁷ CARDUCCI; *El multiculturalismo*; p. 84.

⁸⁸ CARNEVALI RODRÍGUEZ; *El multiculturalismo*; p. 6.

por la antiquísima presencia de pueblos indígenas o bien por procesos migratorios, como está sucediendo ahora en Europa, o bien por una combinación de ambos fenómenos, como ocurre en América. Lo cierto es que, en cualquier caso, siempre estará latente la posibilidad de conflicto.

Es que es precisamente esa estructura, es decir el elemento “diversidad” aunado a los factores “simultaneidad” y “territorialidad” –diferentes colectivos culturales viviendo, simultáneamente, en un mismo territorio– la que da lugar al surgimiento del conflicto a nivel jurídico y constitucional. En especial, porque las más de las veces esa convivencia no es percibida como legítima, ni en términos de derecho a estar y permanecer en el lugar ni en términos de respeto debido al otro que es diferente. Esto ocurre cuando esa coexistencia no es vivenciada como algo querido en sí mismo ni por el que recibe ni por el que llega. En otras palabras, siempre habrá un grupo –el mayoritario– que se creará con potestad de hacer valer su cultura, su derecho, su nacionalidad, su historia. Por su parte, el colectivo minoritario también pretenderá reivindicar sus propias diferencias y ser reconocido por los demás y por el orden jurídico estatal según su identidad. Se trata, en definitiva, de una tensión de intereses reivindicatorios en términos de reconocimiento y respeto de lo que se consideran valores medulares para cada una de las comunidades en conflicto. Al respecto, CARDUCCI señala que “...*la convivencia espacial inducirá a cada parte subjetiva, sea ésta individuo, comunidad u orden jurídico, a reivindicar poder per se (sobre la propia diferencia) y reconocimiento por los demás (de la propia diferencia)*”⁸⁹.

La etnicidad, entendida como las tendencias positivas de identificación e inclusión en un grupo étnico, producidas por la acción de grupos aparentemente asimilados que reafirman sus identidades diferenciándose dentro de la sociedad global⁹⁰, es un fenómeno propio de las sociedades complejas, tal como hoy se presentan. Es decir que se trata de un contexto que se observa tanto en los países donde hay grupos aborígenes como en las sociedades con importantes colectividades extranjeras asentadas a raíz de procesos migratorios, en sociedades complejas ya constituidas. Ambos tipos de convivencia pueden ser el caldo de cultivo de tensiones, más o menos acentuadas.

Ahora bien, las razones que pueden suscitar tensión entre una sociedad mayor y una subcultura son, desde luego, múltiples. No obstante, en general, el *quid* de la cuestión pasa por la percepción por parte de la minoría de la falta de legitimación que tiene la mayoría para imponerse de una manera que aprecia como arbitraria, suplantando su cultura por la del grupo más numeroso. Si la imposición es vista por los miembros de la subcultura como un ejercicio de pura autoridad, difícilmente las conductas

⁸⁹ CARDUCCI; *El multiculturalismo*; p. 84.

⁹⁰ CESANO; *Diversidad cultural*.

impuestas pasen a integrar la identidad propia del individuo o del grupo. Dice CESANO que cuando se demanda a los individuos de un grupo minoritario una conducta reñida con formas culturales que responden a creencias profundas, se prohíbe el derecho a una existencia cultural alterna, lo que paradójicamente debería ser un derecho de todo ciudadano. Todo acto de auto-identificación en algún punto es una expresión de rebeldía, en tanto defensa de valores genuinos⁹¹.

I. A) 5. iii. La minoría ante la norma mayoritaria.

A propósito de lo que se está comentando, resulta muy interesante el enfoque propuesto por FACTOR, MAHALEL, RAFAELI y WILLIAMS, autores que se han ocupado de estudiar las tensiones con el cumplimiento de la ley por parte de la minoría árabe y de la mayoría judía, en Israel⁹². Su propósito es demostrar su tesis de que es errado creer que la excesiva representación que las minorías étnicas no dominantes en el sistema penal del país en el que están asentadas y su mayor tendencia a involucrarse en comportamientos peligrosos o delictivos obedezca exclusivamente a su actitud *pasiva*, esto es al hecho de ser sujetos que se ven afectados por las condiciones en las que viven o a no tomar buenas decisiones. Por el contrario, estos autores sostienen que, a pesar de la poca atención que se le presta a ese enfoque, el fenómeno de su mayor incursión delictiva está fuertemente determinado por el llamado marco de resistencia social. Esto significa que en razón de la histórica o actual discriminación que han padecido, los grupos minoritarios tienden a sentir falta de vinculación al país y alienación de la sociedad⁹³. Lo dicho explica que sus miembros sean más propensos a involucrarse de manera *activa* –consciente o inconscientemente– en comportamientos de resistencia social diarios⁹⁴, es decir expresados en los quehaceres cotidianos⁹⁵ y no en

⁹¹ CESANO; *Diversidad cultural*; nota 4, en la que cita a HEREDIA, Edmundo A.; *Espacios regionales y etnicidad*; Alción Editora; Córdoba, Argentina; 1999; p. 86.

⁹² Para ello realizaron un estudio de campo respecto de las infracciones de tránsito por parte de uno y otro colectivo, lo que les permitió arribar a motivaciones bien distintas respecto del quebrantamiento de las normas de ese sector de regulación. Los guarismos obtenidos comparando a judíos con árabes son elocuentes respecto de la distinta mirada con la que unos y otros se ubican de cara a la ley oficial. Su trabajo está plasmado en FACTOR; MAHALEL; RAFAELI; WILLIAMS; *Una perspectiva de resistencia social*; pp. 125-150.

⁹³ VÁZQUEZ GONZÁLEZ también hace referencia a una investigación de VEREDAS MUÑOZ, que da cuenta de la fuerte identificación africana que experimentan los inmigrantes marroquíes en España, vivida como la recuperación orgullosa e ideológica de la pertenencia africana, como reacción frente al trato recibido por parte de la población española. A las resultas de ese proceso, los marroquíes retoman los comportamientos del “buen musulmán”, para reforzar su pertenencia y su cohesión grupal, como mecanismo para luchar contra el desarraigo, la hostilidad y la exclusión social. De modo tal que el trato injusto y desigual hacia un grupo termina siendo el camino hacia conflictos crecientes con el resto de la sociedad (*Inmigración, diversidad*; pp. 40-41 y nota 87).

⁹⁴ FACTOR; MAHALEL; RAFAELI; WILLIAMS; *Una perspectiva*; p. 126.

⁹⁵ Se destaca que este tipo de resistencia no produce titulares (“*la seguridad del anonimato*”) e incluye todos los medios a través de los cuales los grupos minoritarios no dominantes se pueden adaptar al poder gobernante y proteger su identidad: humor, rumores, gestos, falso cumplimiento, robo, ignoran-

la idea habitual de resistencia pública, general y extensiva, normalmente vedada a los grupos minoritarios⁹⁶, en especial extranjeros. A través de esta actitud de resistencia los miembros de los grupos minoritarios, que no tienen capacidad directa para lograr cambios sociales, expresarían sí su capacidad de desafiar al país y a la mayoría, a la que se pretende hacer ver que su poder no es ilimitado⁹⁷. Ese tipo de conductas de resistencia social pueden incluir comportamientos peligrosos y delictivos.

En efecto, en razón del hecho de ser percibidos como diferentes biológica y culturalmente, los miembros de los grupos minoritarios suelen ser segregados, de modo formal o informal, por la mayoría social. Esa segregación de la que son objeto los lleva a cohesionarse y replegarse, intensificando los vínculos y contactos entre ellos y acentuando su propio distintivo cultural y su propia intención de diferenciarse. Es decir, se produce un círculo vicioso en el que la segregación de la mayoría y auto-segregación se retroalimentan, aumentando tanto la sensación de peligro que experimente la mayoría, como la de rechazo y discriminación que vive la minoría.

Eso explica la alienación social y el débil vínculo con el país en el que está establecida la minoría y genera el fenómeno de resistencia social que se comenta, que se puede traducir en un bajo nivel de compromiso y de cumplimiento de la ley⁹⁸. En efecto, experimentar la sensación de que se es víctima de injusticia y segregación, puede dificultar considerar que cumplir la ley sea una obligación⁹⁹. En definitiva, a la minoría le es más complicado ser leal a las instituciones del Estado; esto ha de cobrar relevancia más adelante, cuando se aborde la cuestión propiamente dogmático-penal.

KYMLICKA ofrece una explicación diferente para estos fenómenos. Desde su punto de vista, ante el contrapunto que se pudiera dar entre los derechos individuales *versus* los derechos colectivos, un grupo étnico o nacional minoritario podría llevar adelante dos clases de reivindicaciones. La primera sería la reivindicación del grupo contra sus propios miembros; la segunda, contra la sociedad en la que la minoría está englobada. Según el autor, las dos clases de reivindicaciones procuran la estabilidad de las comunidades locales o étnicas, pero son respuestas a distintas fuentes de inestabi-

cia fingida, calumnia, sabotaje, incendios (FACTOR; MAHALEL; RAFAELI; WILLIAMS; *Una perspectiva*; pp. 129-130).

⁹⁶ FACTOR; MAHALEL; RAFAELI; WILLIAMS; *Una perspectiva*; p. 129.

⁹⁷ FACTOR; MAHALEL; RAFAELI; WILLIAMS; *Una perspectiva*; p. 129.

⁹⁸ FACTOR; MAHALEL; RAFAELI; WILLIAMS; *Una perspectiva*; p. 127. Estos autores comentan también una investigación hecha por RATTNER y YAGIL, en la que los entrevistados árabes residentes en Israel que fueron consultados en el trabajo de campo de estos últimos autores mostraron un bajo nivel de apoyo a las leyes del Estado; una mayor predisposición a hacer justicia por mano propia y menor respaldo a la policía. En ese trabajo, se llegó a la conclusión de que los árabes sentían la necesidad de proteger la identidad grupal de diferentes modos, entre ellas "golpeando al sistema judío-israelí" (p. 129).

⁹⁹ Según esta perspectiva, la teoría de la resistencia social marcaría un contrapunto con la teoría de la justicia procesal desarrollada por TYLER, según la cual el grado de cumplimiento voluntario de la ley va de la mano de la percepción de legitimidad de la que gozan las instituciones de control social. Ver al respecto FACTOR; MAHALEL; RAFAELI; WILLIAMS; *Una perspectiva de*; pp. 127-129.

lidad. La primera clase de reivindicaciones, a la que da el nombre de *restricciones internas*, busca preservar al grupo de la desestabilización que provoca el disenso interno, que se produce, por ejemplo, cuando un miembro decide abandonar costumbres y tradiciones de la cultura de pertenencia. El segundo tipo de reivindicaciones, en cambio, al que llama *restricciones externas*, busca proteger al grupo del impacto de decisiones externas, tomadas desde la sociedad mayor, en cuestiones que conciernen a su vida, incluso si afectan a materia política o económica¹⁰⁰. Entre ejemplos de esta última clase cabe citar las propuestas de leyes antidifamatorias grupales propuestas por musulmanes británicos, elaboradas originariamente para proteger a los negros y a los judíos de elementos racistas que existían en el seno de la sociedad¹⁰¹. Otro ejemplo es el de la reivindicación indígena sobre la propiedad de las tierras comunitarias, que es la principal causa de conflictos étnicos en el mundo¹⁰² y sobre lo que tendremos oportunidad de profundizar más adelante¹⁰³. Baste ahora con señalar que la creación de reservas territoriales ofrece protección contra el poder económico y político de la sociedad predominante, evitando que se pueda comprar y vender los territorios de propiedad ancestral o expropiarlos.

En el marco de esta tesis, KYMLICKA sostiene que ambas clases de reivindicaciones dan lugar a derechos colectivos. En el caso de las restricciones internas el propio grupo puede pretender valerse del poder del Estado para restringir la libertad de sus miembros, en pos de la solidaridad comunitaria. Ante esta posibilidad, el autor llama la atención de que ese tipo de situaciones puedan dar lugar a opresión individual *intragrupal*, lo que explicaría que los críticos de los derechos colectivos suelen invocar los casos de las sociedades teocráticas y patriarcales, en las que la mujeres viven oprimidas y en las que la ortodoxia religiosa es impuesta legalmente, como ejemplo de lo contraproducentes que pueden ser los derechos grupales, que lejos de representar un avance social irían en desmedro de los derechos individuales. En efecto, el propio KYMLICKA concede que si bien todas las sociedades imponen deberes y cargas –en definitiva, *restricciones*– a sus miembros, debe diferenciarse entre las limitaciones impuestas en las sociedades liberales y democráticas, con la finalidad de *mantener* los derechos liberales y las instituciones democráticas; y las restricciones en nombre de la tradición cultural o la ortodoxia religiosa, que coartan las libertades políticas básicas de los miembros del grupo¹⁰⁴ y que son algo muy diferente de aquellas limitaciones. En cuanto a las restricciones externas o *intergrupales*, se procura defender la existencia e

¹⁰⁰ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 58.

¹⁰¹ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 68.

¹⁰² KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 69.

¹⁰³ Ver Capítulo I. d).

¹⁰⁴ KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 58-59.

identidad de la colectividad minoritaria ante el embate de las decisiones de la sociedad en la que está englobado.

Esta hipótesis, según KYMLICKA, también da lugar a situaciones de tensión complejas, sobre todo en términos de injusticia entre grupos, ya que se corre el riesgo de que un grupo sea marginado o segregado en aras de conservar la especificidad de otro. Nuevamente, los críticos de los derechos colectivos aducen que el sistema del *apartheid* en Sudáfrica encarnó la concreción del peligro a la que da lugar que un grupo reivindique una posición especial ante el resto de la sociedad. Sin embargo, KYMLICKA no comparte que las reivindicaciones grupales siempre tengan que dar lugar a injusticias y mucho menos así de extremas. Al contrario, considera que la concesión de derechos especiales de representación, las reivindicaciones territoriales o de derechos lingüísticos no tiene por qué significar una posición de dominio sobre otros grupos, sino que puede colocar a las distintas minorías en un mayor pie de igualdad, reduciendo los riesgos de sometimiento de los grupos más pequeños y vulnerables a los más grandes y fuertes¹⁰⁵.

Estas dos clases de reivindicaciones no necesariamente van de la mano. Puede haber grupos que solo busquen protegerse de la sociedad mayoritaria, sin imponer restricciones a sus miembros; mientras que también puede darse el caso inverso. Finalmente, habrá grupos que ejerzan ambos tipos de restricciones. Ahora bien, mientras las restricciones internas pueden darse en todo tipo de Estados, aun en los culturalmente homogéneos; las externas son un fenómeno exclusivo de los Estados multinacionales y constituyen lo que es lógica consecuencia de que se trate de una acción de salvaguarda frente al impacto desestabilizador de las decisiones de la sociedad mayor de la que la minoría forma parte¹⁰⁶.

Resulta oportuno resaltar en este punto que KYMLICKA se ha ocupado del multiculturalismo desde la convicción de que el liberalismo, sin renunciar a la supremacía de los derechos individuales, no puede obviar la necesidad de reconocer rasgos particulares y diferenciadores de pertenencia cultural, lo que dará lugar a derechos colectivos que no tienen por qué estar reñidos con la posición liberal. Pues bien, en esa perspectiva, en el núcleo de la tesis de las *restricciones*, afirma:

los liberales, cuando se trata de promover la equidad entre los grupos, pueden y deben postular determinadas protecciones externas, pero deben rechazar las restricciones internas que limitan el derecho de los miembros de un grupo a cuestionar y a revisar las autoridades y las prácticas tradicionales¹⁰⁷.

¹⁰⁵ KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 59-60.

¹⁰⁶ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 60.

¹⁰⁷ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 60. La misma concepción se infiere de BEITZ; *La idea*; p. 183. Asimismo, parecería ser ese el espíritu que informa el art. 3.1 del Convenio Marco para la protección de las

El enfoque de las *reivindicaciones* o de la *resistencia social*, como tantos otros enfoques que se ocupan de la relación actual entre las culturas en las sociedades concretas, pretende llamar la atención sobre la necesidad imperiosa de tratar de aplicar algún tipo de bálsamo que zanje las profundas diferencias y reticencias entre grupos, que solo fomentan más exclusión, más miedo recíproco, más violencia social y más delito. En ese sentido, es preciso abordar causas sociales fundamentales, en diferentes niveles. Un ejemplo es la propuesta de aumentar la vinculación al país de los miembros de grupos minoritarios, con el fin de reducir su actitud de resistencia social; para ello, se proponen estrategias de participación ciudadana o el diseño de programas públicos a la medida de cada cultura, en aras de procurar disminuir la incidencia en actitudes peligrosas o delictivas o diseñar estrategias para cambiar el objetivo de la resistencia¹⁰⁸.

Estas consideraciones, en la perspectiva de la minoría, pueden ser vistas como el riesgo de que se pretenda imponer un modelo de vida a la usanza occidental. En efecto, la civilización global que impera en nuestros días se denomina a sí misma “moderna” o “liberal”, para diferenciarse, por superadora, de una anterior que, entre otras cosas, limitaba la libertad. Pese a esta apertura en materia de libertades –hoy diríamos de derechos fundamentales–, se alzan voces críticas que deslegitiman el modelo por su origen regional¹⁰⁹. Así, los países islámicos, los del sudeste asiático, China e, incluso, algunos regímenes de Latinoamérica se quejan de la sociedad occidental, a la que califican de europea o europeo-norteamericana, para denunciar la sospecha de etnocentrismo o de imperialismo cultural¹¹⁰. Se teme, en definitiva, la reedición de la

Minorías Nacionales (número 157 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995, que reza: “[t]oda persona perteneciente a una minoría nacional tendrá derecho a elegir libremente ser o no tratada como tal y el ejercicio de esa opción y de los derechos relacionados con la misma no dará lugar a ninguna desventaja”. Un comentario a este convenio, en el que se pone de manifiesto que ha resultado ineficaz, puede encontrarse en RAMÍREZ NAVALÓN; *Protección*; p. 88 y ss.

¹⁰⁸ FACTOR; MAHALEL; RAFAELI; WILLIAMS; *Una perspectiva*; pp. 141-142.

¹⁰⁹ No obstante, hay que señalar que también hay voces críticas a los críticos. Ver HÖFFE; *Derecho intercultural*; pp. 64/65.

¹¹⁰ HÖFFE; *Derecho intercultural*; pp. 63/64. Desde la antropología, HARRIS ha explicado que la cultura de una sociedad se mantiene similar de una generación a otra gracias al proceso de *endoculturación*, que es una experiencia de aprendizaje, parcialmente consciente y parcialmente inconsciente, a través de la cual la generación de más edad “incita, induce y obliga” a la generación más joven a adoptar los modos de pensar y comportarse tradicionales (*Antropología*; p. 29). Cada generación es programada para replicar la conducta de la anterior y también para premiar la conducta que se adecue a las pautas de su propia experiencia y de endoculturación y castigar o, al menos, no premiar, la que se desvíe de tales pautas (p. 30). La explicación de HARRIS permite comprender cómo han perdurado en el tiempo algunas prácticas culturales que, a los ojos occidentales, quizás puedan parecer incomprensibles, varias de las cuales serán abordadas en I.B; I.C y I.D. Pero a la vez, aunque quizás no lo advertamos, ello también explica nuestras propias pautas culturales. Por eso HARRIS explica que no comprender el papel que desempeña la endoculturación en el mantenimiento de las pautas de conducta y pensamiento de cada grupo es el núcleo del *etnocentrismo*; es decir, de la creencia de que nuestras propias pautas de conducta “son siempre naturales, buenas, hermosas o importantes, y que los extraños, por el hecho de actuar de manera diferente, viven según modos “salvajes, inhumanos, repugnantes o irracionales” (p. 30). Ahora bien, la endoculturación solo puede explicar la continuidad

vieja y antipática dicotomía entre civilización y barbarie, en virtud de la cual algunos pueblos reclamaron su superioridad sobre otros y les transmitieron sus patrones culturales, en particular su religión y su lengua¹¹¹.

Además, como se tendrá oportunidad de ver con mayor detenimiento más adelante, el modelo liberal, en particular de cara a los desafíos de la sociedad global y de la multiculturalidad, es seriamente cuestionado también en el mismo Occidente, sobre todo desde el sector del movimiento comunitarista, que pretende reivindicar al grupo y a la pertenencia cultural definitoria de la identidad del colectivo y de sus propios miembros, por sobre el individuo, protagonista estelar y absoluto de la filosofía liberal. Pues bien, para menguar ese conflicto, cuya escalada puede ser insuperable, será menester que localmente se trate de evitar al máximo la imposición de los patrones culturales extraños, sobre todo en punto a aquello sobre lo que no haya motivo que justifique desterrar los propios del grupo (lengua; religión, en tanto las prácticas del culto no resulten reñidas con el ordenamiento jurídico del Estado; familia, con el mismo alcance). Antes bien, deberá procurarse que aquellos aspectos culturales que contribuyan al enriquecimiento mutuo se transmitan a través de los vasos comunicantes de la tolerancia.

En cambio, aquellas otras cuestiones en las que el Estado entienda que no pueda ni daba claudicar, puesto que de lo contrario estaría derribando los pilares en los que está asentado, deberán ser asumidas por quienes lleguen desde otras latitudes a asentarse dentro de sus confines o por quienes constituyan el colectivo minoritario. Para lograr tal cometido, será imprescindible apelar a recursos comunicacionales que generen una instancia de diálogo con el culturalmente exótico, de modo tal que pueda llegar a aprehender el sentido del sistema valorativo al que deberá adaptarse. Si la aprehensión no fuera posible, al menos deberá procurarse la aceptación; esto es el asumir que para vivir en el Estado al que se le pide acogida será inexorable respetar ciertos límites que no son solo culturales, sino que, de tan arraigados, se han convertido ya en jurídicos y en infranqueables.

de una cultura, pero no su evolución (p. 32). Esta depende de la *difusión*, que es la transmisión de rasgos culturales de una cultura y sociedad a otra distinta (pp. 33-34)

¹¹¹ "De hecho, con tales alternativas, ciertos pueblos han reclamado su superioridad frente a otros: tal fue en la antigüedad el caso de los griegos y, más tarde, de los romanos; y, en la Edad Moderna, de las potencias coloniales, sucesivamente: España, Portugal, Gran Bretaña, Francia, incluso Bélgica y los Países Bajos. La propia lengua y la cultura fueron declaradas modelo y medida que los demás aparentemente perdían en perjuicio propio, por lo que no raras veces eran obligados con argumentos paternalistas a adoptar tales patrones" (HÖFFE; *Derecho intercultural*; p. 64).

I. A) 6. El significado del multiculturalismo: un deslinde terminológico.

Es imprescindible demarcar algunos términos que, en ocasiones, son mal-empleados de manera indistinta, al hablar de sociedades en las que conviven culturas múltiples.

La confusión que abunda en el uso del lenguaje es comprensible, toda vez que todos los vocablos disponibles para referirse a la convivencia entre grupos humanos, por lo general, comparten la raíz de la palabra *cultura* o alguna otra derivada de ella, a la que se le antepone un prefijo para dar idea de *intercambio*, sin que a primer golpe de vista sea sencillo determinar de qué se está hablando.

A eso se suma el hecho de que varios de esos términos son polisémicos, como es el caso de *multiculturalismo*, que tanto puede referir a la descripción de un fenómeno social de convivencia entre grupos, como a la forma de gestionar políticamente la diversidad cultural.

Todo ello obliga a efectuar un deslinde terminológico.

I. A) 6. i. La pluralidad de culturas dentro de un mismo Estado.

Desde el plano meramente descriptivo, tenemos claro a esta altura que, actualmente –y así ha sucedido también durante todo el decurso de la Historia, si bien por factores diversos en cada época– coexisten en los países occidentales grupos étnicos y religiosos diversos, ya sea por movimientos migratorios o por ser naciones nativas asentadas con anterioridad a la constitución del Estado. Ahora bien, cuestión distinta es analizar cómo se puede gestionar la diversidad cultural, desde las políticas públicas encargadas y responsables del mayor o menor éxito en la relación pacífica de los grupos convivientes o, en ocasiones, solo a duras penas coexistentes.

Comencemos entonces por señalar que un Estado multicultural es aquel cuyos miembros pertenecen a diversas naciones o han emigrado de diversas naciones: en el primer caso, se habla de Estado multinacional, como ocurre con Bélgica, Suiza, Estados Unidos, Canadá, Finlandia, Nueva Zelanda, Australia o Bolivia; en el segundo caso, de Estado multiétnico, como son España, Francia o Alemania¹¹².

En el Estado multinacional, el pluralismo es la resultante de la absorción en un Estado más grande de culturas diversas que estaban asentadas en el territorio que luego pasó a ser el de dicho Estado y que anteriormente se habían gobernado por sí mismas. Se llega a conformaciones de este tipo por procesos de colonización, conquis-

¹¹² Para la inclusión de los países enumerados en una u otra clase de Estado se ha seguido a KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 26-46.

ta o confederación, mientras que en el Estado poliétnico el pluralismo se gestó por movimientos migratorios¹¹³.

Una diferencia muy interesante entre las dos clases de estados multiculturales es la de las distintas reivindicaciones que enarbolan las minorías. En los estados multinacionales, los grupos absorbidos suelen conformar minorías autóctonas que mantienen su intención de diferenciarse de la sociedad mayoritaria, reclamando formas de autogobierno y autonomía, para sobrevivir como culturas distintas a la mayoritaria. En el extremo opuesto, en los estados-poliétnicos la aspiración máxima de los inmigrantes es integrarse a la sociedad de acogida y ser ciudadanos plenos, incluso cuando también abogan por el respeto de sus diferencias, pero como miembros de pleno derecho. Por eso se ha dicho que su propósito no es el de constituir una nación separada y autónoma, sino el de modificar las instituciones y las leyes de la sociedad de acogida con el fin de que se les brinde un trato más indulgente, justamente en virtud de la diferencia cultural¹¹⁴.

Según la tesis de las reivindicaciones de KYMLICKA comentada en el apartado anterior, las de tipo externo –es decir las que pretenden defender de las desestabilizaciones provenientes de la sociedad mayoritaria–, son estrategias de defensa que pueden resultar positivas y provechosas en pos de lograr una mayor igualdad y justicia entre grupos minoritarios, de modo de asegurar que todos tengan voz y puedan salvaguardar su identidad. En esa dirección, señala que las formas de ciudadanía diferenciada –derechos de autogobierno, derechos poliétnicos y derechos especiales de representación– pueden hacer las veces de protecciones externas en defensa del poder político y económico de las sociedades en las que está englobada la minoría. Por esa razón, los derechos especiales de representación en las instituciones políticas oficiales reducen el riesgo de que una minoría nacional o étnica sea ignorada en decisiones que afecten globalmente al país y disminuyen su vulnerabilidad como grupo, en tanto procuran que el resto de la sociedad no la prive de las condiciones necesarias para la supervivencia. Los derechos de autogobierno dan poder a unidades políticas más pequeñas, asegurando que una minoría no sea desestimada o sobrestimada por la mayoría en decisiones que conciernen o tienen importancia para su cultura, tales como educación,

¹¹³ Con frecuencia, la multinacionalidad y la multiétnicidad no se dan en estado puro. En efecto, sin ir más lejos, Argentina es un ejemplo de la combinación de esas dos cualidades. Habitan dentro de sus fronteras pueblos indígenas, eternamente reivindicadores de sus derechos como habitantes originarios y de su identidad cultural, y copiosas masas de inmigrantes procedentes, en la actualidad, de países limítrofes, pero en el pasado, de Europa. Otro ejemplo similar es el de Canadá, en el que los indígenas fueron absorbidos por los francófonos, quienes finalmente fueron absorbidos por la comunidad anglófona; a su vez, es poliétnico, en razón de que recibe intensas oleadas de inmigrantes procedentes mayormente de Europa, Asia y África.

¹¹⁴ ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; p. 180.

inmigración, desarrollo de recursos, lengua y derecho de familia¹¹⁵. Finalmente, los derechos poliétnicos protegen prácticas religiosas y culturales, que no están aseguradas por el mercado (por ejemplo subvencionando programas que fomenten lenguas y artes particulares) o que están en desventaja en la legislación (por ejemplo, provisiones específicas de indumentaria en las horas laborales)¹¹⁶.

De servir a esos fines, los derechos diferenciados representan una herramienta positiva de integración, que no significa –según KYMLICKA– un conflicto entre derechos colectivos y derechos individuales, sino que por el contrario fomentan la libertad de los miembros de la minoría. La cosa cambia, empero, cuando los grupos minoritarios procuran, en verdad, controlar el disenso interno, reclamando derechos diferenciados para imponer restricciones internas sobre sus miembros. En efecto, tanto los derechos de autogobierno como los poliétnicos pueden, en ciertos casos, ser empleados para limitar derechos de los miembros. Así ocurre, por ejemplo, en el derecho indígena de ciertas tribus de los Estados Unidos, cuyos derechos de autogobierno pueden dejar a sus miembros, ante una limitación de derechos individuales, sin recurso a la justicia del Estado. Si bien la ley de derechos civiles de los Indios de 1968 obliga a los gobiernos tribales al respeto de casi todos los derechos individuales, la mujer que considera violados sus derechos por el consejo tribal tiene recurso ante una alzada también tribal, pero no por ante la jurisdicción ordinaria. Algo análogo sucede en las colectividades indias de Canadá, que no quieren que sus consejos de autogobierno estén sometidos a recursos judiciales ante los tribunales del Estado¹¹⁷.

Este tipo de restricciones internas en materia de aplicación de derechos constitucionales constituyen un serio riesgo de conculcación de derechos individuales. En efecto, dan lugar que cada cultura o subgrupo, en nombre de la solidaridad grupal o de la pureza cultural, pueda limitar derechos individuales de sus miembros hasta extremos intolerables desde el punto de vista constitucional. En conexión con esto último, KYMLICKA pone de realce que los reclamos de los grupos inmigrantes y las minorías religiosas para el ejercicio de los derechos poliétnicos también puede ser una vía para reclamar y emplear esos derechos a los fines de imponer restricciones internas a sus miembros, incluso contrarias a los derechos humanos básicos y a los derechos constitucionales. Propone el ejemplo de que se exigiese el derecho a que sus hijos abandonasen la escuela antes de la edad prescrita legalmente para ello, como forma de reducir las posibilidades de que esos niños abandonasen la comunidad al llegar a la edad

¹¹⁵ KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 60-61.

¹¹⁶ KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 60-61.

¹¹⁷ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 62.

adulta o para perpetuar la clitoridectomía o los matrimonios forzosos o la corrección familiar¹¹⁸¹¹⁹.

Según la visión de ROCA DE AGAPITO¹²⁰, los Estados multinacionales son más propensos que los multiétnicos a dar un tratamiento positivamente diferenciado a las minorías autóctonas, en términos de reconocimiento de derechos propios, con base en su cultura distinta. Para ese autor, esa inclinación podría ser consecuencia de una suerte de cargo de conciencia, por el maltrato propinado históricamente a esos mismos grupos.

Es posible que, en vistas al movimiento reformista de las constituciones de América Latina operado en los pasados treinta años, en cual se han reconocido con la máxima jerarquía jurídica los derechos de los colectivos indígenas, el punto de vista de ROCA DE AGAPITO no sea desatinado. Si bien, también hay que decirlo, no es seguro que esa tendencia al reconocimiento y trato diferenciados de las minorías autóctonas sea una actitud vivida con naturalidad, sino el producto de la resistencia incesante de las culturas indígenas, que además lograron hacer oír sus voces en las instituciones supranacionales. Estas, con la fuerza de su discurso indigenista, acabaron socavando las resistencias, al menos de algunos de los países Latinoamericanos menos permeables al reconocimiento de la diversidad originaria, abriendo paso a las reformas constitucionales comentadas y al reconocimiento de estándares jurídicos superadores respecto de la relegación a la que históricamente habían sido condenados los grupos indígenas. No obstante, las diversas realidades y composiciones étnicas de la región hacen que la aceptación social de los derechos plasmados en las constituciones diverja, según cada país. En casos como el de Bolivia, Colombia o Guatemala, por citar solo tres, en los que el componente indígena ha sobrevivido en mayor número y presencia cultural que, por ejemplo, en Argentina, es posible que el reconocimiento constitucional vaya más de la mano con el reconocimiento social del fenómeno multinacional.

A diferencia de lo que observa respecto de los Estados multinacionales, ROCA DE AGAPITO sostiene que en los multiétnicos se aprecia una mayor resistencia

¹¹⁸ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 65.

¹¹⁹ Capítulo aparte merece el caso de los miembros de los grupos minoritarios de los Estados poliétnicos que se radicalizan en contra de la cultura occidental que les da acogida –a ellos o a sus ancestros, en los casos de las segundas y terceras generaciones–, enrolándose en las filas del terrorismo cultural. Esa problemática, si bien vinculada sin duda con la gestión de la diversidad, echa raíces en problemas antropológicos, sociológicos y psicológicos que exceden en mucho las modestas pretensiones de este trabajo, que apunta a la solución dogmática para otro tipo de delitos cometidos desde una motivación cultural diversa, muy lejanos al terrorismo. En el caso de este delito, la radicalización convierte a la sociedad de acogida en un enemigo a atacar; en los que aquí interesan, en cambio, las normas oficiales de la sociedad dominante son más bien ignoradas, por desconocimiento de su existencia, indiferencia o falta de compromiso cultural o sentimiento de ajenidad étnica (apreciación de que las leyes del Estado no gobiernan la vida del autor), pero sin vocación de destrucción de la cultura ajena. Para una explicación acerca del proceso de radicalización de jóvenes islámicos en Europa, ver CANO PAÑOS; *Las sociedades paralelas*; pp. 207-229.

¹²⁰ ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; p. 180.

a hacer concesiones a los inmigrantes. Los países receptores de migrantes albergan una expectativa que califica de legítima, de que las personas extranjeras hagan un esfuerzo mayor para adecuarse a la cultura mayoritaria de acogida¹²¹.

Aclarado entonces el sentido y alcance del término *multiculturalismo* en referencia a la descripción del fenómeno de la coexistencia de diversas culturas dentro de un mismo Estado, como así también que el Estado multicultural admite una subdivisión en dos categorías –el Estado multinacional y el Estado multiétnico–, corresponde dar un paso más en las precisiones del lenguaje, para poner atención en los vocablos que aluden a las distintas formas de reconocer la diversidad cultural.

I. A) 6. ii. Reconocimiento de las culturas diversas.

Otros tres términos que se suelen emplear indistintamente son pluriculturalidad, multiculturalidad e interculturalidad.

El primero refiere a la coexistencia pacífica –lo que no significa exenta de conflictos– de culturas diversas en un mismo territorio, pero sin mayor interrelación entre ellas. Este estado de cosas se basa en el mutuo respeto y en una tolerancia en términos de aceptación, pero sin que haya vasos comunicantes entre unas y otras que les permita un verdadero intercambio. Se trata de una yuxtaposición cultural.

Se ha dicho que el principal obstáculo al que se enfrentan las sociedades pluriculturales es el del etnocentrismo de la cultura mayoritaria, que busca imponer su propio estilo de vida y minusvalora lo distinto. Frente a este peligro, propone la sustitución del etnocentrismo por lo que denomina el *discurso de la tolerancia*, en el que se privilegia el respeto y la aceptación de las ideas, creencias y costumbres de los demás no solo cuando sean diferentes o contrarias a las propias, sino incluso cuando se las desaproebe por completo¹²².

El multiculturalismo y la interculturalidad son formas de poner en práctica el pluralismo cultural. El primero parte del reconocimiento y respeto del diferente y de los diversos colectivos culturales, que puede adoptar la forma de un modelo de gestión pública, como veremos seguidamente¹²³. Asumir el multiculturalismo es dar un paso más adelante del pluralismo o pluralidad cultural, en tanto significa reivindicar el dere-

¹²¹ ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; pp. 180-181.

¹²² VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; pp. 51-52.

¹²³ Según la 22ª edición del Diccionario de la Real Academia Española, el multiculturalismo es: “1. m. Convivencia de diversas culturas”. En términos sociales, es lógico que para lograr esa convivencia y tratar de que exista en armonía, deba desplegarse una intención política.

cho a la diferencia y a ser diferente, de modo tal de valorar positivamente la diversidad cultural, a la que se aprecia como un fenómeno enriquecedor¹²⁴.

Es decir que el multiculturalismo como disposición y, mucho más, cuando se concreta en un modelo de gestión, exige de políticas tolerantes y pluralistas que garanticen a los pueblos nativos y a los inmigrantes poder conservar al máximo posible su acervo cultural. Va de suyo que ello no puede quedar en meras declamaciones, sino que deberá verse plasmado en medidas concretas que fomenten y salvaguarden el derecho a practicar cultos diversos, a vestir conforme las tradiciones de cada grupo y trabajar para mermar la discriminación de las que son objeto las minorías étnicas y culturales. Todo ello, con los límites que pongan la libertad individual de los miembros de cada grupo, de poder decidir si respetan el legado de sus ancestros o si asumen total o parcialmente una cultura nueva. Ya veremos que lo intolerable será el límite de aquello que la sociedad está en condiciones de acoger y uno de cuyos últimos bastiones será la libertad de elegir *ser miembro* o dejar de serlo.

Finalmente, el interculturalismo o interculturalidad al que hacen referencia algunos autores es entendido como el horizonte ético, filosófico y político al que deben tender los esfuerzos de las democracias. Se trata –según sus adeptos– de un paso todavía más adelante que el multiculturalismo, en el que se procura la interconexión, las relaciones y las influencias mutuas entre las culturas. Su asunción implica que el Estado reconozca la diversidad étnica y cultural, como consecuencia de lo cual otorgue algunos derechos que conformarían el nuevo *constitucionalismo cultural*¹²⁵.

Sostenemos una visión crítica sobre este último término, ya que lo encontramos bastante confuso. En nuestra opinión, la interconexión cultural no se puede forzar, sino promover, en el sentido que lo entiende el multiculturalismo. Las políticas públicas deberán propender, entonces, a fomentar el respeto, la tolerancia y la mengua de las conductas discriminatorias, para salvaguardar lo específico de cada cultura, en tanto sea respetuoso del sistema democrático y de las libertades individuales. En todo caso, podrá suceder que la interculturalidad, a través de vasos comunicantes y redes de intercambio, aparezca como un fenómeno social, que tendrá que ver con la mayor o menor apertura al diferentes de cada sociedad. El multiculturalismo podrá, en definitiva,

¹²⁴ Fue en esa tónica que la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de la UNESCO, de 2001, declaró a la diversidad cultural patrimonio común de la humanidad: “[a]rtículo 1 – La diversidad cultural, patrimonio común de la humanidad. La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras”.

¹²⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 58.

dar lugar a que la interculturalidad ocurra, como una derivación de aquel. Pero si no sucede, no por eso el multiculturalismo como tal habrá fracasado.

I. A) 6. iii. Modos de gestión de la diversidad cultural.

Se ha indicado que, desde el punto de vista de las políticas públicas, hay diversas formas o modelos de gestionar la diversidad cultural propia de los Estados multiculturales, en cualquiera de sus versiones. Tradicionalmente, los enfoques posibles han sido tres: el relativismo cultural, el esencialismo cultural y la asimilación cultural¹²⁶. Adoptar un modelo u otro importa tomar una posición ideológica de cara a la diversidad y –como dice VÁZQUEZ GONZÁLEZ– constituye en sí mismo un elemento cultural porque forma parte del sistema de valores del grupo mayoritario¹²⁷. Según qué modelo de gestión de las diferencias culturales se escoja, se estará expresando si se aprecia a la pluralidad de culturas como un aspecto social positivo a preservar y fomentar o si se la percibe como un riesgo y se prefiere, para neutralizarlo, la homogeneización que eliminen los rasgos particulares de grupo. Desde ya, el modelo a seguir es decidido por la mayoría que es más poderosa, ya que su punto de vista es el plasmado en las instituciones oficiales. Los inmigrantes, por regla general, vulnerables social, cultural, económica y cuantitativamente y carentes de representación oficial, nada pueden decidir.

El relativismo cultural defiende a rajatabla la legitimación y justificación de las costumbres y tradiciones culturales de las minorías étnicas, que no pueden ser cuestionadas en razón de serles propias. En ese contexto, no es de extrañar por ejemplo que subsistan prácticas contrarias a los derechos fundamentales que, en razón del tenor dogmático del punto de vista, no podrían ser cuestionadas sin constituir una afrenta a la identidad cultural¹²⁸. En efecto, para esta mirada la cultura es inmutable y las minorías culturales son vistas como necesitadas de protección de los embates externos de otros grupos, en especial del mayoritario. Así, esta perspectiva tiende si no a defender, por lo menos a no cuestionar prácticas tan extremas como la mutilación genital, ya que en definitiva sería expresión de una tradición cultural. El esencialismo cultural, por su parte, se caracteriza por una visión estática de la cultura, a la que considera única e invariable. Para justificar cualquier tipo de práctica cultural, por mucho que afecte el

¹²⁶ Sobre las formas de gestionar la diversidad cultural, ver ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; pp. 179 y ss.

¹²⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 45.

¹²⁸ El relativismo cultural como forma de gestionar políticamente la diversidad tiene su correlato en la antropología, cuyos adherentes –que no son todos los antropólogos– estiman que toda pauta cultural es intrínsecamente tan digna de respeto como las demás. Sin embargo, HARRIS destaca que ese modo de ver las culturas forma parte del punto de vista ético que cada antropólogo se forme, pero nada impide que las pautas culturales también se estudien con el propósito de cambiarlas, cuando no se las considere logros culturales valiosos (*Antropología*; pp. 30-31).

núcleo fundamental de derechos elementales, apela a argumentos relativos a que la misma obedece a la tradición milenaria, eludiendo el dato de que, en verdad, ninguna cultura ha permanecido invariable desde sus inicios, sino que siempre han estado sometidas a cambios internos y constante evolución, fomentados, entre múltiples razones, por el intercambio con otros grupos. Entraña riesgos similares al caso anterior, ya que ninguna práctica podría modificarse, por brutal que fuera. Finalmente, la asimilación cultural es el proceso impuesto o forzoso, por el cual el grupo minoritario acaba siendo absorbido por el mayoritario y su cultura diluida en la del sector dominante¹²⁹.

La doctrina mayoritaria que se ha ocupado de la diversidad cultural en general rechaza esos tres modelos de gestión de la diversidad, por no ser garantía de lograr una sana amalgama entre los grupos diferentes, que evite dividirlos de manera extrema e irreconciliable ni que tampoco los confunda al punto de hacer desaparecer a los más débiles, fagocitados por los más poderosos.

La alternativa más saludable que se ha propuesto para tratar de superarlos es el multiculturalismo como modelo de gestionar un Estado, ante el hecho incontratable de la coexistencia en un mismo territorio de más de un grupo cultural, que pretende buscar la convivencia, a través del intercambio e interacción de todos ellos, sin difuminar las diferencias que definen su identidad. Así, el multiculturalismo es un modelo de gestión posible, que supone previamente al Estado multicultural, al que sin embargo también se le podría aplicar alguno de los otros tres modelos ya comentados. Conviene entonces remarcar que una cosa es el Estado multicultural y otra, el modo en el que se gestionan las diferencias que les son propias.

En el caso de Europa, que desde la segunda mitad del siglo XX viene recibiendo oleadas de migrantes cada vez más voluminosas, que ha colocado al continente ante conflictos y desafíos de complejidad extrema, los modelos de gestión característicos han sido básicamente dos, asociados directamente a dos países que los han tenido, respectivamente, como estandarte. Francia ha sido la representante del asimilacionismo cultural¹³⁰; mientras que el Reino Unido lo ha sido del multiculturalismo. La adop-

¹²⁹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ llama la atención sobre la diferencia entre *aculturación* y *asimilación cultural*. La primera supone la coexistencia de sociedades culturalmente diversas entre las que se establece una comunidad de pautas de comportamiento y de valoración, que permite un mejor funcionamiento de la pluralidad cultural. El autor la llama *entrecruzamiento de culturas*. En cambio la asimilación importa una *deculturación* forzosa (*Inmigración, diversidad*; p. 48). En cambio, CARPIO RODRÍGUEZ engloba dentro de la noción de *aculturación*, dos extremos: la integración y la asimilación. En el primer caso, la cultura no dominante incorpora elementos foráneos, sin perder sus rasgos originales; en el segundo, la adopción de los elementos foráneos va acompañada de la eliminación de tradiciones propias, en un proceso de negación de los valores de pertenencia (*Pluralismo jurídico*; p. 90).

¹³⁰ Sin embargo, en Francia han aparecido posiciones más moderadas al asimilacionismo extremo, fruto este último de los principios de laicidad y neutralidad que sostiene a rajatabla el Estado francés. Así, LATREILLE ha propuesto un modelo de laicidad pluralista o abierta, que tome en cuenta la nueva realidad social derivada de la inmigración y se muestre más proclive al diálogo entre culturas, sin avalar una separación tan radical entre lo religioso y lo político y entre el espacio público y el privado. Esta

ción de uno y de otro lejos está de haber sido casual, sino que responde la concepción del principio de igualdad que reina en cada uno de esos dos países. Francia, desde 1789, ha tenido como insignia el principio de igualdad, concebido según la visión liberal y racionalista, de una ética común, constante y general, para todos los hombres, según la cual, entre otras cosas, la igualdad ante la ley equivale a plena igualación, sin que quepa atender a las diferencias innegables entre los seres humanos. Se trata, en definitiva, de una igualdad formal. En el Reino Unido, en cambio, rige una noción material de igualdad, que tiene como punto de partida el reconocimiento de esas diferencias y la consecuente necesidad de brindar tratamientos diferenciados según esos distinguos¹³¹. En efecto, el multiculturalismo como modelo de gestión toma en cuenta la vulnerabilidad de las culturas minoritarias, promueve la diversidad y cultural y trabaja para disminuir la intolerancia¹³². El modelo británico supone que el principio de igualdad que ha de procurarse lo es entre desiguales; el francés, en cambio, supone la ilusoria pretensión de la igualdad entre iguales¹³³.

Esa forma de entender la igualdad en su relación con la gestión de las diferencias culturales no queda sólo en el plano de la especulación teórica, sino que tiene concreciones palpables en la vida cotidianas de ambas sociedades. Como se tendrá oportunidad de ver con mayor detenimiento más adelante, un ejemplo paradigmático de esa concreción fue la ley francesa del año 2004, por la cual se prohibió exhibir y lucir cualquier símbolo religioso en las escuelas. Se entiende que ese es un claro ejemplo del modelo asimilacionista francés, que impone a todos ser iguales en el espacio público, sin que importen sus particularidades culturales, étnicas o religiosas¹³⁴.

Consecuente con su gestión multicultural, en el Reino Unido las políticas de las diferencias han sido más tolerantes¹³⁵, en tanto se ha permitido a los inmigrantes conservar buena parte de sus costumbres y tradiciones y se han sancionado normas

concepción estima que el modelo republicano ha perdido la firmeza en la referencia a la ética laica, por lo que es preciso distinguir entre un proceso dinámico de integración de los inmigrantes y una política que solo busque assimilarlos. Sin embargo, estos postulados no gozan de gran predicamento ya que, tanto la izquierda como la derecha francesas, sostienen el modelo laico (SALGUERO; *El laicismo*; pp. 41-42).

¹³¹ ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; p. 187.

¹³² VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 56.

¹³³ Europa en su conjunto parece haberse inclinado por el modelo multicultural, con promoción de la integración, a tenor del contenido del art. 6.1 del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (nº 157 del Consejo de Europa; hecho en Estrasburgo el 1º de febrero de 1995): “[l]as Partes promoverán un espíritu de tolerancia y de diálogo intercultural, y tomarán medidas eficaces para favorecer el respeto y la comprensión mutuas entre todas las personas que vivan en su territorio, sea cual fuere su identidad étnica, cultural, lingüística o religiosa, en particular, en los campos de la educación, de la cultura y de los medios de comunicación”.

¹³⁴ El modelo asimilacionista francés, con base en la idea de igualdad formal ante la ley, explica que Francia haya hecho reserva de los artículos de los instrumentos internacionales que preceptúan respetar las diferencias culturales de los ciudadanos de los Estados en los que haya minorías étnicas, raciales y religiosas (v.gr. art. 27 del P.I.D.C.P. y art. 30 de la C.D.N.).

¹³⁵ Sobre las políticas multiculturales en el Reino Unido y su subsistencia aun después de los atentados del 11-S, ver MODOOD; *¿Ha muerto el multiculturalismo?*

que derogan, eximen o establecen regímenes espaciales según la pertenencia cultural, y entre ellas resulta especialmente interesante la que reconoce validez y efectos jurídicos al matrimonio poligámico¹³⁶. Además, marcando un fuerte contrapunto con el espíritu de la ley francesa que prohíbe la ostentación de símbolos religiosos, en el Reino Unido se ha permitido a los sij lucir turbante en el trabajo o cuando vayan en moto, en lugar del casco¹³⁷.

Ninguno de los modelos está exento de críticas ni constituye tampoco la Panacea de la gestión de la diferencias, de modo que la elección de uno u otro debe efectuarse desde una ponderación realista y consciente de que, incluso el más flexible de ellos –el multiculturalismo– puede requerir también de ajustes conforme las necesidades que el cambiante desafío de la diversidad cultural va suscitando¹³⁸. A ello se suma que ninguno de los dos, siquiera en Francia o en el Reino Unido, se presentan de manera pura. Sin embargo, parece que puede afirmarse que en Europa se observa una inclinación hacia el modelo multiculturalista, aunque con peculiaridades según cada país, máxime porque los Tratados de la Unión Europea admiten una lectura en clave multicultural¹³⁹.

A pesar de que el multiculturalismo tiene sus propias debilidades, entre las que se destaca el peligro que entrañan las restricciones internas como amenazas a los derechos individuales que denuncia KYMLICKA, este mismo autor afirma que ese modelo de gestión es preferible. Según su parecer, el objetivo de las políticas del multiculturalismo es que los inmigrantes expresen su identidad étnica, si lo desean, y reducir algunas presiones externas que se ejercen sobre ellos con intenciones asimilacionistas. Según sus propias palabras: “[e]s perfectamente lógico aceptar este objetivo y negar al mismo tiempo que los grupos tengan derecho a imponer determinadas prácticas a unos miembros que no desean mantenerlas”¹⁴⁰. En aval de su posición, señala que los modelos de polietnicidad de Canadá, Australia y Estados Unidos apoyan la capacidad de los inmigrantes para decidir por sí mismos si mantienen o no su identidad étnica. Además, destaca que no hay que temer que el multiculturalismo, como reconocimiento de derechos de las minorías, pueda significar un pase para la construcción de una sociedad fragmentada, ya que en los países occidentales con mayor tasa de inmigración no

¹³⁶ *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriage) Act of 1972*, cuyo texto introductorio dice: “[a]n Act to enable matrimonial relief to be granted, and declarations concerning the validity of a marriage to be made, notwithstanding that the marriage in question was entered into under a law which permits polygamy, and to make a consequential amendment in the Nullity of Marriage Act 1971”.

¹³⁷ *Employment Act 1989* y *Road Traffic Act 1988*.

¹³⁸ La necesidad del adaptar el multiculturalismo sin sustituirlo es propuesta, por ejemplo y entre muchos otros, por MODOOD; *¿Ha muerto*.

¹³⁹ En tal sentido, el art. 22 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE; el art. 2 del Tratado de la UE; los arts. 13, 165 y 167 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

¹⁴⁰ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 65.

hay señales de que los inmigrantes estén tratando de constituirse en minorías nacionales o promuevan políticas nacionalistas¹⁴¹.

A esto agrega KYMLICKA que, en rigor, la mayoría de los grupos inmigrantes en las sociedades democráticas occidentales no reclaman restricciones internas; su mayor preocupación son las defensas de cara a la comunidad principal. Es decir que las reivindicaciones *ad intra* del grupo no son directamente asociables a los inmigrantes por su condición de tales, sino a las comunidades religiosas. Esto explica que algunos ejemplos de la vida real –algunos de los cuales se abordarán más adelante con mayor detenimiento– tengan pretensiones de ciertas restricciones internas, a pesar de llevar ya mucho tiempo, incluso siglos, asentados en un territorio de cultura mayoritaria diferente a la propia. Tal el caso de los *amish*, en Estados Unidos, que han reclamado y logrado la exención de sus niños de las normas estatales de escolaridad obligatoria, con el propósito de tratar de evitar que, una vez adultos, abandonen la secta y el modo de vivir del grupo¹⁴².

Ahora bien, las restricciones internas no son una novedad de estos tiempos, en los que la avalancha migratoria, sobre todo en Europa, tiene al continente en una cierta situación de perplejidad acerca de cómo enfrentar el problema y cuáles son las mejores políticas, a corto y largo plazo. Reivindicaciones como las de los *amish* son muy antiguas –y por ello ya cuentan con ciertas soluciones–, con relación al desafío, por ejemplo, que la práctica de la clitoridectomía presenta para Occidente en estos días. Es decir que mientras ciertas reivindicaciones de pertenencia interna fueron aceptadas en el pasado; actualmente ningún país europeo u occidental parecería dispuesto a aceptar entre sus políticas públicas la tolerancia de prácticas culturales reñidas absolutamente con el núcleo básico de derechos fundamentales y en ese sentido no importa que los conflictos sean de tipo civil o penal; es decir, no se admitirían ni los crímenes por honor ni la práctica (acotada incluso dentro del islam) del divorcio que permite al marido musulmán disolver el vínculo conyugal pronunciando tres veces seguidas la palabra *talaq*, sin dividir bienes con la mujer ni dejarle pensión por alimentos.

¹⁴¹ Agrega KYMLICKA que en Canadá, que fue el primer país en poner prácticas políticas multiculturales, en 1971, es donde, actualmente, los inmigrantes se integran con mayor facilidad que antes de la vigencia de esas políticas; es más probable que se naturalicen canadienses; que voten; que se unan en matrimonio con personas de otras etnias; que se relacionen social y amistosamente con otros grupos étnicos y que se comprometan con los valores y las instituciones democráticas. Algo similar ocurre en Australia, que también tiene implementadas políticas multiculturales (*La política*; pp. 208-209). Las políticas que suelen reclamar los inmigrantes están destinadas a lograr programas de discriminación positiva; revisión del currículo escolar; revisión de calendarios laborales; programas de educación antirracista; educación en la diversidad; revisión de códigos de vestimenta, que tomen en cuenta que la inmigración es un proceso largo (SALGUERO; *El laicismo*; p. 82).

¹⁴² KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 66.

Para KYMLICKA, aun en el marco de las políticas multiculturales, los Estados liberales¹⁴³ no deberían ser tolerantes hacia las restricciones internas –que considera raras y raramente con éxito– que se tradujeran en eximir a las minorías de requisitos constitucionales y legislativos que se aplicaran al conjunto de la sociedad, con grave mella de los derechos individuales de los miembros de las comunidades más pequeñas. Solo son aceptables las restricciones externas en defensa de los embates de la sociedad mayoritaria¹⁴⁴.

Volviendo entonces a la distinción entre multiculturalismo y asimilacionismo, al margen de su vocación común de propender a la integración de las minorías a la sociedad de acogida o mayoritaria, ambos sistemas han sido ineficaces en evitar la marginación de los miembros de aquellas, quienes no logran alcanzar un nivel social – en términos de ciudadanía, acceso al trabajo, a la educación, a la consideración por parte de sus semejantes, al sistema de salud–, que pueda ser comparable al de quienes pertenecen al grupo mayoritario.

Es por eso que se ha puesto de resalto que la elección entre un modelo u otro no debe basarse solamente en consideraciones ideológicas sostenidas dogmáticamente, sino que la opción debe efectuarse en relación a las chances de lograr mayor éxito en la integración entre los dos esquemas¹⁴⁵. Mientras el asimilacionista pretende que sean exclusivamente las minorías inmigrantes (o autóctonas) las que se adapten a los parámetros culturales de la mayoría (camino unidireccional); el multiculturalismo tiende a que haya una reciprocidad en la integración: que la mayoría y las minorías se adapten entre sí. En este sentido, la mayoría debe estar dispuesta a ofrecer condiciones más justas y tolerantes en el proceso de adaptación. Según esta perspectiva, es posible que la bidireccionalidad del multiculturalismo permita un mayor grado de integración, en razón de que probablemente el inmigrante se sienta más interesado y com-

¹⁴³ Explicar la posición de KYMLICKA nos obliga a anticipar el debate entre liberales y comunitaristas, en el que nos detendremos más adelante. En efecto, existen dos versiones del modelo multicultural. De un lado, el multiculturalismo comunitarista y el multiculturalismo liberal, este último representado precisamente por pensadores como KYMLICKA. Más allá del común empleo del término *multiculturalismo*, la esencia de uno y otro es bien diversa. Es que mientras el primero persigue la promoción de la diversidad como valor en sí mismo; el segundo lo hace en el marco del respeto a la libertad de razonamiento y de tomar decisiones; es decir fomenta la diversidad en tanto elegida por los miembros de las minorías¹⁴³.

Para el multiculturalismo comunitarista, la diversidad cultural es un valor en sí mismo, de modo que su respeto es el fin último del modelo. Su peligro fundamental es que las distintas libertades culturales a las que dé lugar no supongan un límite y, en consecuencia, que el rechazo a las restricciones internas desarrollado por KYMLICKA en pos del respeto del individuo frente a las imposiciones o coacciones el grupo no tenga cabida, ni en términos de cuestionamiento ni de rebelión. Un análisis sobre ambos tipos de multiculturalismos puede verse en TASSARA ZEVALLOS; *Multiculturalismo "liberal" y multiculturalismo "comunitarista"*.

Aclarado este punto, cabe señalar que siempre que aquí se aluda a multiculturalismo a secas, se estará hablando de multiculturalismo liberal, que es la posición a la que se adscribe en esta reflexión.

¹⁴⁴ KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 67-68.

¹⁴⁵ ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; p. 189.

prometido en la estabilidad de las instituciones y los valores de la mayoría y del Estado democrático, ya que la solvencia de aquellos se traducirá en un beneficio para él. En cierto sentido, el multiculturalismo puede contribuir a debilitar la tendencia a la resistencia social de los miembros de la minoría, que es un fenómeno cuyo germen debe buscarse en la alienación y falta de compromiso e identificación con el país receptor y con su gente.

Ahora bien, el multiculturalismo suele recibir la crítica de que, en pos del modelo de integración al que aspira, puede resultar permisivo a prácticas culturales que en Occidente son intolerables¹⁴⁶. Así se ocurre, entre otros aspectos, en los asuntos que conciernen al rol de la mujer, en los que el ataque proviene de posiciones feministas que exaltan a la mujer en tanto individuo, relegando completamente su rol de miembro de una minoría con identidad cultural propia, que es también su identidad. Para estas posiciones feministas de cuño liberal, el multiculturalismo puede acarrear el riesgo de mantener la relegación y el sometimiento de la mujer. Sin embargo, desde la visión del multiculturalismo en su versión liberal, esos temores deberían ser aventados por el ya explicado rechazo a las restricciones internas, en busca de mantener la supremacía de los derechos individuales por sobre los del grupo, privilegiando la autonomía personal. También se lo acusa de ampliar el relativismo a todos los valores, con el objetivo aún inconsciente de mantener afuera a los extranjeros, sin integrarlos¹⁴⁷, cuando ello es precisamente lo más contrario a su espíritu.

Al multiculturalismo comunitarista, por su parte, también se le cuestiona por ser una concepción que privilegia al grupo, por sobre el individuo, cuando en verdad el colectivo es un conjunto de individuos y es cada uno de estos, conforme el ideal liberal, el que debe ser preocupación principal del Estado en términos de tutela de derechos y garantías. A esto puede responderse, nuevamente, que el reconocimiento de las identidades grupales, reclamada por muchos individuos, no tiene por qué ir en desmedro *del* individuo¹⁴⁸.

Todo parece indicar que el norte para procurar un multiculturalismo compatible con el sistema del Estado occidental debe buscarse con la brújula de los derechos fundamentales, cuya aguja será el principio de tolerancia. Este debe ser el calibre que permita discernir hasta qué punto el sano propósito de la integración pueda admitir diferencias compatibles con nuestro ordenamiento jurídico, que es reflejo de nuestras valoraciones sociales.

¹⁴⁶ CARNEVALI RODRÍGUEZ; *El multiculturalismo*; p. 22.

¹⁴⁷ HÖFFE; *Derecho intercultural*; p. 156.

¹⁴⁸ Estas críticas pueden verse, entre mucho otros, en ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; p. 190; MODOOD; *¿Ha muerto*; VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; pp. 94 y ss.

Como estímulo para encarar la tarea, bien vale traer a colación las buenas razones para la tolerancia que ofrece BOBBIO, para que hagan las veces de faros rompe nieblas que ayuden a atravesar la espesura de los problemas a los que nos enfrenta la actual realidad multicultural. Porque si bien la coexistencia cultural es vieja como el mundo, los desafíos son los de esta época, que exige repensar viejos problemas, principios y soluciones, para su adecuación a los tiempos. Nos encontraremos a lo largo de estas páginas yendo y viniendo por preocupaciones que fueron cardinales hace dos y tres siglos y que hoy, cuando quizás las guerras religiosas nos parecen cosa del pasado, aparecen renovadas y clamando por respuestas adecuadas. Los desafíos de la intolerancia religiosa de otrora se han convertido en los desafíos de los Estados multiculturales de hoy. Bien entendido que no nos referimos a una transformación de exactamente los mismos problemas, puesto que sin duda las raíces de una y otra intolerancia son diversas y, en consecuencia, también las formas de pensar las soluciones. Sin embargo, no veo entre ambos momentos históricos diferencias tan radicales a la hora de pensar la cuestión, como por ejemplo marca BOBBIO¹⁴⁹.

En cambio, creemos que sus ideas rectoras para promover la tolerancia – que a nuestro criterio es la actitud base del multiculturalismo como método adecuado y limitado (como se verá más adelante) para gestionar la diversidad– pueden ser de gran ayuda para convencer acerca de su conveniencia. Al respecto, BOBBIO destaca una serie de razones prácticas para ser tolerantes. En primer lugar, la razón de la prudencia política, según la cual es más útil y práctico no ser intolerante, como modo de favorecer que los demás no fueran intolerantes con uno. Este es el punto de vista que históricamente ha entendido a la tolerancia como una reciprocidad: si te tolero, me toleras¹⁵⁰. La segunda razón es la de la persuasión, ya que la experiencia histórica muestra que la intolerancia, lejos de disuadir de la realización de las conductas que se rechazan, las estimula y fermenta, con el contraproducente efecto de darles más vigor. La tercera razón es el respeto al otro como valor moral, porque hay un principio moral absoluto de respeto a los demás, aunque uno se mantenga firme en sus propias ideas, que esta

¹⁴⁹ En cambio BOBBIO, pone de manifiesto una honda diferencia entre ambas formas de tolerancia: “la tolerancia de la que intento analizar sus «razones» corresponde a uno solo de sus significados, aunque sea el predominante significado histórico. Cuando se habla de tolerancia con ese significado histórico predominante, se hace referencia al problema de la convivencia entre distintas creencias, primero religiosas y después también políticas. Hoy, el concepto de tolerancia se extiende al problema de la convivencia entre minorías étnicas, lingüísticas, raciales, en general de los que se llaman «diferentes» (...) Los problemas a los que se refieren estos dos modos de entender, de practicar y de justificar la tolerancia no son los mismos. Una cosa es el problema de la tolerancia de creencias u opiniones distintas, que implica una argumentación sobre la verdad y la compatibilidad teórica o práctica de verdades contrapuestas, y otra, el problema de la tolerancia hacia los diferentes por razones físicas o sociales, problema que sitúa en primer plano el tema del prejuicio, y de la consiguiente discriminación. Las razones que se pueden alegar, y han sido efectivamente aducidas en los siglos en los que hervía el debate religioso, en defensa de la tolerancia en el primer sentido, no son las mismas que se alegan para defenderla en el segundo” (*Las razones de la tolerancia*; pp. 243-244).

¹⁵⁰ BOBBIO; *Las razones*; pp. 246 y ss.

íntimamente ligado al derecho a la libertad, base del Estado liberal, que asegura la libertad religiosa y de opinión. Finalmente, se refiere a las doctrinas que consideran que solo se puede llegar a la verdad a través de la confrontación o síntesis inmediatas de verdades parciales; dicho de otro modo, del pluralismo de opiniones. Según este autor, quien cree en la bondad de la tolerancia lo hace no solamente porque constata la irreductibilidad de las fes y de las opiniones, sino porque está convencido de la fecundidad de la variedad del pensamiento humano y se da cuenta de que para llevar al intolerante a la tolerancia el camino no es la persecución, sino en el reconocimiento de su derecho a expresarse. Por eso afirma que responder al intolerante con intolerancia puede ser formalmente inaceptable, éticamente pobre y además políticamente inoportuno¹⁵¹.

Por todo ello, BOBBIO concluye que “la tolerancia no es sólo un mal menor, no es sólo un método de convivencia, no es sólo un deber moral, sino que es una necesidad inherente a la misma naturaleza de la verdad”¹⁵². Pero también el mismo BOBBIO nos recuerda que “[l]as buenas razones de la tolerancia no deben hacernos olvidar que también la intolerancia puede tener sus buenas razones”¹⁵³.

Una interpretación personal de estas dos últimas ideas será el combustible que alimente todo el trabajo que viene a continuación, que pivotará constantemente en el intento de conjugar un equilibrio entre la sana tolerancia y la sana intolerancia¹⁵⁴, que permita arribar a una respuesta dogmático-penal, respetuosa de la Constitución y acorde a las necesidades de los tiempos, para dar solución al conflicto normativo-cultural que nace a partir del delito cometido desde una perspectiva cultural diversa.

¹⁵¹ BOBBIO; *Las razones*; pp. 253-254. Al respecto dice que “el intolerante perseguido y excluido no se convertirá nunca en un liberal” (p. 254).

¹⁵² BOBBIO; *Las razones*; pp. 249.

¹⁵³ BOBBIO; *Las razones*; pp. 249.

¹⁵⁴ En una perspectiva muy diferente, en los últimos tiempos ha surgido una corriente intelectual conocida como la teoría de la incompatibilidad cultural. Se caracteriza por distinguir entre los grupos de inmigrantes favorables, es decir amigables, por no ser conflictivos, tener vocación por el trabajo y respetuosos de la ley, cualidades todas que los hacen acreedores de una verdadera acogida multicultural, y los grupos nocivos. Estos últimos, asociados a la ilegalidad, la vagancia, la delincuencia y el fanatismo religioso y político. Esta corriente fomenta un sistema de políticas de filtro étnico, que seleccione y excluya a unos inmigrantes con relación a los otros, según su procedencia geográfica, con el pretexto de razones culturales o religiosas, que dificultarían la integración y darían lugar a conflictos sociales. SARTORI considera que ciertas extrañezas culturales, como la identificación entre el Estado civil del religioso, entre el ciudadano y el creyente, pueden ser extrañezas radicales, que convierta ciertos grupos en *enemigos culturales* de la sociedad de acogida (*La sociedad multiétnica*; pp. 53-54). VÁZQUEZ GONZÁLEZ, muy crítico de tales posiciones, que según él magnifican y hacen insalvables las diferencias culturales y reflejan *islamofobia* y racismo, sin rescatar lo bueno que pueden aportar, sostiene que el eje de estas posturas está dado por el énfasis en la identidad cultural nacional y su presunta especificidad y homogeneidad, supuestamente amenazadas por una inmigración que no comparten nuestra moral ni nuestra cultura (*Inmigración, diversidad*; pp. 88-91).

I. A) 7. Aspectos no comprendidos en el estudio.

Hoy ya no quedan dudas de que el multiculturalismo nacido de la inmigración y el multinacionalismo que se registra en los países con minorías autóctonas son una realidad que se impone, exigiendo respuestas adecuadas a los conflictos que surgen de la colisión entre normas procedentes de diferentes sistemas valorativos. Esa realidad se ve reflejada en la creciente incidencia que tales problemas van cobrando en la jurisprudencia y en la doctrina de los países occidentales, material de una riqueza floreciente, del que tendremos oportunidad de ir haciendo un repaso en las páginas que vendrán.

Este contexto de reflexión acerca de las exigencias dentro de las fronteras de un mismo país, hay que entenderlo a la luz de la conciencia de que el fenómeno se repite en toda Europa y América –con las particularidades propias de cada Estado–, aunado esto a la pujanza que tienen actualmente los organismos supranacionales, con su correspondientes derecho, directivas, directrices y, sobre todo, capacidad de sanción a los sujetos públicos que los componen a través de tribunales internacionales. En efecto, el fenómeno de la internacionalización no escapa al derecho penal, desde el momento que ya se cuenta con una Corte Penal Internacional, lo que significa que, al menos con relación a algunos delitos y garantías procesales mínimas, ya hay un idioma penal universal, de fondo y de forma.

Todo esto ha hecho aparecer una idea adicional a la de la mera resolución de conflictos normativo-culturales internos. Nos referimos a la posibilidad de establecer un derecho penal intercultural y sistemas de justicia comunitaria, definida por PORTILLA CONTRERAS como la potestad jurisdiccional especial, culturalmente condicionada, que convive con el sistema jurídico general en el marco de la unidad del Estado¹⁵⁵. Sobre lo segundo, tendremos oportunidad de profundizar al abordar la cuestión de la justicia indígena.

SILVA SÁNCHEZ se ha ocupado de destacar que actualmente la dogmática penal no tiene por objeto un derecho positivo dado, en el sentido de un derecho nacional. Desde ese punto de vista, no sería una disciplina nacional¹⁵⁶. Sin embargo, esa *supranacionalidad* no puede ser identificada con *supraculturalidad*, confusión en la que han caído las corrientes doctrinales que han basado la primera de aquellas características en la referencia a objetos permanentes en el espacio y en el tiempo (estructuras lógico-objetivas).

Si bien SILVA comparte que en la dogmática existen elementos ontológicos y estructurales valorativamente neutros, que no admiten que se les opongan excepcio-

¹⁵⁵ PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; p. 231.

¹⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ; *Retos científicos*; p. 84.

nes culturales, la teoría penal no se reduce a los aspectos lógico-estructurales, sino que toca también cuestiones de contenido, que es imposible que resulten ajenas a la valoración o, en todo caso, a una determinada forma de ver el mundo¹⁵⁷.

Así y todo, entiende que la uniformización de la ciencia del derecho penal en un plano supranacional es un objetivo posible, si se dejan de lado los aspectos contingentes o coyunturales de cada estructuración nacional, para arribar a lo que SILVA denomina una “gramática internacional” –se pregunta si es posible llamarla “universal”–, común a cada versión nacional. No obstante, apelando a una analogía con la estructuración del lenguaje, opina que tal gramática universal estaría compuesta por aspectos sintácticos generales o estructurales, es decir abstractos, pero también por elementos semánticos nacidos de la atribución de sentido. Esto último es lo que lo lleva a ser reacio frente a las posibilidades de una uniformización *supracultural* del derecho penal, entre países que no compartan horizontes valorativos en común.

Según su punto de vista, en la práctica siquiera se aspira ni se plantea la posibilidad uniformar la dogmática y la política criminal con países no occidentales. A lo sumo, se trataría de lograr que en la *praxis* político-criminal se respetaran ciertos límites, que en nuestros cánones se expresan en el mantenimiento de la vigencia de los derechos humanos fundamentales, pretensión no exenta de que críticamente se la tilde de ser expresión de imperialismo cultural o eurocentrismo. Como sea, lo cierto es que si alguna aspiración a la uniformidad hay –dice SILVA– ella solo se da entre países occidentales que comparten un horizonte valorativo común¹⁵⁸. La clave pasa por determinar si es posible un mínimo común de política criminal indisponible, frente a las pretensiones relativistas de las miradas culturalistas¹⁵⁹.

¹⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ; *Retos científicos*; pp. 84-85.

¹⁵⁸ Si bien en referencia al tema de los derechos humanos y a la posibilidad de un derecho global general –no solo en materia penal– CARPIO RODRÍGUEZ parece más optimista sobre las posibilidades de un diálogo intercultural, también con los países de Oriente, a partir de una “hermenéutica diatópica”, que permita suscitar la conciencia de incompletitud de toda cultura y las debilidades recíprocas (*Pluralismo jurídico*; pp. 165 y 166). Sobre la opinión de esta autora en materia de pluralismo jurídico y la posibilidad de un derecho común en la era de la globalización, ver p. 189 y ss, donde se ocupa de analizar que los pilares sobre los que estaba consolidado el Estado-nación, han sido derribados por la merma de la noción de soberanía que supone la globalización. Hoy ya no estaríamos en tiempos del Estado-nación, sino del Estado constitucional, caracterizado por el pluralismo, lo que supone desafíos internos (nacionales) y externos (internacionales). Todo eso repercute también en la órbita jurídica, en la que se postula la globalización del derecho, con el presupuesto de un ordenamiento jurídico universal, sustentado en los derechos humanos y en procura de la paz mundial (p. 191). Este globalismo jurídico –de inspiración en la tesis kantiana de ciudadanía mundial– postula la unidad moral del género humano, de lo que se derivan la unidad del ordenamiento jurídico global, la primacía del derecho internacional, la incompletitud de los ordenamientos jurídicos estatales y la necesidad de abandonar la idea de soberanía del Estado (p. 192). La síntesis de su pensamiento se resume en que, en contraste con la Modernidad, en la cual el rasgo principal del Estado era la soberanía absoluta, que le daba centralidad y exclusividad en la producción del derecho, hoy el Estado ejerce una soberanía compartida con otros entes de poder, en los ámbitos interno (sindicatos, asociaciones, minorías, etc.) y externos (otros Estados y organismos supranacionales) (pp. 270-271).

¹⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ; *Retos científicos*; pp. 85-86.

En opinión de SILVA, en política criminal efectivamente existe un mínimo común universal de protección y de garantías que finca en la naturaleza y en la dignidad de la persona, por mucho que en lo restante, que puede ser casi la totalidad de la materia, se acepte la relatividad socio-cultural de la política-criminal de un derecho penal llamado a estabilizar un sistema social particular.

Ver las cosas de ese modo implica legitimar procedimientos de justicia universal y la injerencia en otras sociedades. Dicho esto, resume sin titubeos su posición sobre la universalización del derecho penal, dentro del horizonte valorativo común¹⁶⁰ al que ya se refirió: es legítima la introducción, incluso de manera compulsiva, de soluciones disfuncionales a un determinado sistema político, cuando la política criminal de este afecta el núcleo básico de expresión de la dignidad humana. Cuestión distinta será determinar el contenido de ese núcleo, impermeable a los relativismos culturales¹⁶¹.

PORTILLA CONTRERAS –si bien pensando acerca de la justicia comunitaria indígena– también se interroga acerca de si es posible hablar de un canon universal como atributo común a todas las culturas y si es posible armonizar el paradigma de los derechos humanos, aunque no cree posible hallar una respuesta certera. Sin embargo, en su opinión, el único referente que podría legitimar un derecho penal intercultural serían los derechos fundamentales, respecto de los cuales hoy en día la discusión pasar por la puja entre dos tradiciones: la re-ilustrada universalista y la posmoderna relativista. El primero proyecta su cosmovisión sobre el resto del mundo de manera ingenua; en tanto el segundo condena a las culturas ajenas al modelo occidental a una reclusión identitaria en el marco de sus valores específicos¹⁶².

A su juicio, las bases para un derecho universal están plasmadas en *Sobre la paz perpetua*, obra en la que KANT propone instaurar una federación de Estados libres, con gobiernos democráticos, entre los que se constituya un derecho cosmopolita, es decir un derecho público de la humanidad, coincidente con la idea de ética suprema.

Sin embargo, el balance de PORTILLA CONTRERAS es que la vocación universalista del reconocimiento de los derechos fundamentales y de las garantías penales y procesales a la usanza occidental no han contribuido a la construcción de un derecho penal intercultural basado en la convivencia con sistemas de justicia culturalmente diversos al modelo oficial. Postula tratar de construir las bases de un discurso que, haciendo pie en el reconocimiento de la diversidad e identidad cultural como dere-

¹⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ considera que el núcleo valorativo es compartido por los países de Occidente, al margen de si su tradición jurídica es la del *common law* o la del derecho continental. Sin embargo, a la hora de elegir la “gramática” que debería ser el pilar del derecho penal occidental común, considera preferible que su fundamento siga siendo la teoría del delito de origen alemán (*Retos científicos*; p. 87 y ss).

¹⁶¹ SILVA SÁNCHEZ; *Retos científicos*; p. 87.

¹⁶² PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; p. 234.

cho fundamental, propenda al diálogo intercultural, que supone la igualdad axiológica entre culturas. De lo contrario, se corre el riesgo de caer in asimilaciones culturales incompatibles con la idea de diversidad. Así entendido, un derecho intercultural es el que subraya la importancia de la diversidad cultural para la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por los instrumentos internacionales¹⁶³.

Un derecho penal intercultural tal como PORTILLA CONTRERAS lo entiende no se inclina ni por un universalismo puro, en el que no habría lugar para la diversidad cultural, ni por un relativismo cultural incondicional, sin referentes éticos mínimos que se consideren universales. Lo medular, entonces, será consensuar los mínimos universales que harán las veces de referentes y que marcarán el umbral entre lo tolerable y lo intolerable. Se trata de los mínimos que conciernen a la dignidad humana¹⁶⁴.

Con este horizonte, PORTILLA CONTRERAS propone una perspectiva hermenéutica intercultural, basada en criterios de adecuación o contextualización cultural, que resignifiquen los mínimo universales conforme los patrones valorativos de cada comunidad. Este punto de vista –en nuestra opinión, poco claro respecto de cómo se podría concretar– sería irreconciliable el mínimo común de política criminal absolutamente indisponible frente a pretensiones de relativismo cultural, del que habla SILVA SÁNCHEZ y al que se ha hecho referencia más arriba¹⁶⁵.

Ambas opiniones parecen pasar por alto un dato medular. Cuando se habla de buscar las bases comunes que permitan construir o descubrir cimientos sólidos elementales para sostener los pilares de la pretendida estructura universal, a través del baremo de los derechos fundamentales, se olvida que el discurso de tales derechos, internacionalmente denominados derechos humanos, está elaborado a partir de ideas de neto cuño occidental¹⁶⁶. En efecto, son la derivación histórica y filosófica, que echa raíces en Grecia y Roma antiguas y que han llegado hasta nuestros días, previo pasar por el tamiz de la Historia. Pero, dicho sin eufemismos, las teorías de los derechos humanos y toda la idea de los derechos fundamentales, fueron gestadas, nacidas, desarrolladas, violadas de mil formas y vueltas a ensalzar, hasta finalmente plasmarse (no concretarse) en instrumentos internacionales y en el discurso de organismos supranacionales que resultan hoy tan familiares, por el exclusivo peso de la cultura occidental y, sobre todo, de sus países potencia. Por más que estas ideas hayan evolucionado y e incluso buscado soluciones a dramas humanitarios y conflictos violentos de países me-

¹⁶³ PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; pp. 235-236.

¹⁶⁴ PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; p. 247.

¹⁶⁵ El mismo PORTILLA CONTRERAS marca ese contrapunto en *Derecho penal intercultural*; p. 250; nota 81.

¹⁶⁶ También llama la atención sobre este punto CARNEVALI RODRÍGUEZ; *El multiculturalismo*; pp. 20-21.

nos favorecidos¹⁶⁷ y de culturas completamente diversas a las de este hemisferio, su concepción es occidental. No alcanza para contrarrestar esta afirmación leer la lista de Estados miembros de Naciones Unidas; aunque países como Angola, Senegal, Argelia, Gambia, Ghana, Irak, Irán, Pakistán y tantos otros de culturas diversas integren la nómina, prevalece el predominio de la cultura occidental en la forma de plasmar los derechos en los instrumentos, directivas y programas de implementación.

En resumidas cuentas, compartimos con SILVA SÁNCHEZ y con PORTILLA CONTRERAS la idea de que las bases del consenso intercultural y tolerante en términos también de derecho penal intercultural necesariamente debe partir de un denominador común que no puede ser otro que el de los derechos fundamentales. Sin embargo, lo que ponemos en duda es que ese elemento *realmente sea universal*; creemos que a los fines prácticos lo es en Occidente. Mejor dicho, en lo personal, estimamos que los derechos fundamentales efectivamente son universales, por ser derivación de la dignidad humana. Pero también creemos que es imposible que se pueda reclamar que ello sea reconocido y mucho menos implementado en países donde no haya bases culturales comunes con las nuestras. En esto sí vengo a coincidir con SILVA: solo es posible el entendimiento jurídico, en general, y penal, en particular, en países que compartan un horizonte valorativo común¹⁶⁸.

Así las cosas, ha sido la necesidad de lograr consenso internacional, en el marco de la presión de la cultura occidental más fuerte en el seno de la ONU, la que ha permitido diseñar el esqueleto de un lenguaje jurídico-penal común, materializado en el hecho de que exista, como se dijo al comienzo de este apartado, una Corte Penal Internacional, con un derecho sustantivo y adjetivo común para todos los países sometidos a su jurisdicción, muchos de los cuales tienen una cultura diversa a la occidental¹⁶⁹.

Sin embargo, el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional no son más que una aproximación al hallazgo de un común denominador jurídico para el diálogo intercultural, que además –hay que decirlo– todavía tiene magros registros de jurisprudencia como para evaluar resultados. Pero lejos está de poder asegurar la vigencia universal de los derechos fundamentales, porque los Estados siguen siendo soberanos y está a merced de cada uno de los países determinar qué estándares aplicar en térmi-

¹⁶⁷ Muchos de esos dramas y conflictos fueron resultado de la indiferencia o del abandono de las mismas potencias que hoy enarbolan el discurso políticamente correcto de los derechos humanos, pero sin ofrecer soluciones internacionalmente aptas para poner fin a ciertas tragedias de hambruna, guerra, carencias sanitarias, entre tantas otras. Sin embargo, no es este el lugar para ocuparse, por ejemplo, de la situación de carestía y abandono en la que quedaron ciertos países de Asia y de África tras la descolonización.

¹⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ; *Retos científicos*; p. 86.

¹⁶⁹ La lista de Estados parte del Estatuto de Roma se puede consultar en [https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx].

nos de respeto y tutela de aquellos. Además, aquel derecho, por definición, no se ocupa de los conflictos de derechos individuales que se suscitan entre particulares o entre un particular aisladamente considerado y el Estado, que son los que ocuparán la atención de estas líneas.

Algo similar se puede decir de la opinión de HÖFFE¹⁷⁰, en cuya propuesta de un derecho penal intercultural están constantemente presentes las notas de las teorías de los derechos humanos, conforme criterios occidentales. Incluso cuando con razón sostiene que casi no hay culturas que no protejan y defiendan la vida y la integridad física; sin embargo, parece no advertir que el conflicto aparece cuando los estándares de protección en las distintas culturas no son los mismos, en especial cuando esos derechos resultan subordinados a la supremacía de valores culturales, cuya defensa puede justificar hasta el daño corporal de un niño o de un familiar. En consecuencia, no es tan claro como sostiene HÖFFE que haya bases comunes que resulten absolutamente indiscutibles en cualquier marco cultural.

A su juicio, gran parte de los delitos penales, en particular los que protegen los ya referidos bienes jurídicos, no reconocen prejuicios culturales, porque se trata de derechos humanos que “están reconocidos por doquier: no existe ninguna cultura jurídica que no prevé delitos de homicidio o contra la propiedad”¹⁷¹. Sin embargo, ese “por doquier” no es otro que el escenario occidental y así lo confirman sus propias palabras, cuando afirma que, gracias a la ilustración y a la emancipación, domina en la Modernidad, que él mismo califica de “occidental”¹⁷², un derecho penal liberal prácticamente depurado de culturas regionales. Justamente esta fundamentación viene a avalar lo que se ha dicho párrafos más arriba en punto a que las teorías de los derechos humanos o fundamentales son un producto cultural de Occidente, tanto como lo son los conceptos de ilustración, emancipación, liberalismo y depuración cultural, que el propio HÖFFE emplea para abonar la posibilidad de que existan bases comunes para un derecho penal que trascienda las culturas particulares.

Incluso, no parece acertada su afirmación de que las culturas jurídicas no europeas prevean delitos, sobre todo en la esfera sexual y matrimonial, que Occidente ya no conoce. A ello puede objetarse que también esas culturas *no* prevén como delitos hechos que en nuestra perspectiva cultural son aberraciones merecedoras del máximo rigor penal, entre los que se cuentan casos de padres que han llegado a asesinar a sus hijas por no lucir apropiadamente el velo islámico o por no elegir un novio profesante de su mismo credo, que se tendrá oportunidad de tratar más adelante. Además, hay gru-

¹⁷⁰ Ver especialmente HÖFFE; *Derecho intercultural*; pp. 149-151.

¹⁷¹ HÖFFE; *Derecho intercultural*; p. 151.

¹⁷² HÖFFE; *Derecho intercultural*; p. 151.

pos que imponen castigos excesivos a los niños y penas corporales a sus miembros que serían intolerables a la luz del derecho de nuestra región cultural. Por eso es que resulta algo ligera su apreciación de que en el núcleo del derecho penal exista una considerable compatibilidad entre culturas y de las diversas culturas se puedan poner perfectamente de acuerdo sobre aquellos que sea merecedor de la *ultima ratio* del poder público¹⁷³.

Otro tanto puede decirse de su opinión en punto a que ninguna cultura podría objetar los tipos penales occidentales que tutelan la libertad sexual de menores de edad. En rigor, son muchos los países y las culturas en los que la iniciación sexual se da a edad muy temprana y de modo coactivo, de modo que lo que se entiende por libertad sexual de menores en Europa no parece que sea algo valorado con el mismo calibre en todas las latitudes. Por eso, resulta un exceso de optimismo la apreciación de HÖFFE de que nadie podría, con invocación de su cultura, oponerse a que se castiguen los ataques a la libertad sexual de menores por parte de quien pertenece a un universo cultural diverso, sobre la base de que “[s]e trata de no entorpecer el desarrollo normal de la sexualidad de niños y jóvenes, tan importante para la formación de una personalidad adulta independiente y responsable de sí misma. Este tipo de protección tienen evidentemente la dignidad de derecho humano”¹⁷⁴. Lo transcripto está cargado de conceptos y valoraciones que evidencian una mirada netamente occidental. De igual modo, la posible colisión de derechos humanos en caso de conflicto normativo cultural o su ejemplo de que la igualdad entre sexos no puede ser meramente formal, por lo que los grupos inmigrantes tienen que ver mermadas sus posibilidades de mantener sometidas a sus mujeres y sus niñas, puesto que lo contrario sería irreconciliable con la democracia¹⁷⁵, son resueltos en términos de teorías y criterios propios de la concepción liberal occidental. Eso se explica su postura en punto a que los conflictos de normas que puedan padecer los inmigrantes en la sociedades multiculturales deban ser resueltos mediante la exigencia a estos últimos de que se abran más a la nueva cultura jurídica del país que los acoge¹⁷⁶.

Pretende ponerse de relieve aquí lo mismo que se dijo antes respecto de las opiniones de SILVA SÁNCHEZ y de PORTILLA CONTRERAS: el consenso mínimo internacional que se ha logrado construir abrevia en la noción de derechos fundamentales, a partir de la que se procuran resolver los conflictos normativo-culturales, en clave de tutela de bienes básicos; sin embargo, ello no significa que necesariamente tales bases sean compartidas o igualmente valoradas por todas las culturas. Solo es sabido

¹⁷³ HÖFFE; *Derecho intercultural*; p. 157.

¹⁷⁴ HÖFFE; *Derecho intercultural*; p. 153.

¹⁷⁵ HÖFFE; *Derecho intercultural*; p. 154.

¹⁷⁶ HÖFFE; *Derecho intercultural*; pp. 154-155.

que el encuentro en ese denominador común parece ser el mejor camino para que, en nuestros países, donde sí se cree mayoritariamente que los derechos fundamentales son universales, se vele por su aplicación.

Es que para buscar respuestas interculturales y multiculturales es imposible que prescindir del sesgo cultural desde el que se esté haciendo al propuesta de solución. Por más que se trate de ser lo más neutral posible en procura de asegurar el máximo respeto a la diversidad, siempre habrá que escoger un límite y ese límite tendrá una carga cultural determinada, de las que no se puede prescindir. Porque el Estado no es neutro, porque la Constitución no lo es¹⁷⁷. Además, el derecho penal es normativización y la normativización es valoración.

Así se explica el título de este apartado: *de qué no nos vamos a ocupar en este trabajo*. Pues no nos vamos a ocupar de si es posible o no crear e implementar un derecho penal intercultural, capaz de trascender a un grupo o a un Estado dado para juzgar a todos según parámetros únicos. La intención de estos párrafos ha sido poner de manifiesto que la propuesta de un derecho intercultural está planteada y que, incluso, se ha llegado a postular la posibilidad de diseñar una competencia penal que trascienda a las culturas múltiples y hasta una república mundial¹⁷⁸. Por el momento, creemos que el único atisbo de propuesta viable en tal sentido son el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional, con la reserva de que solo justifica su existencia la absolutamente peculiar y acotada nómina de delitos sobre la que ese derecho tiene competencia, cuya gravedad justifica su impronta universal y por eso del resorte del derecho internacional público¹⁷⁹. Por cierto, todavía es temprano para evaluar su utilidad en términos de resultados y de vías para incidir en cambios de paradigmas al interior de los Estado miembros y de la comunidad internacional toda.

Dentro de los confines de los países occidentales donde puedan suscitarse y de hecho se suscitan conflictos normativo-culturales, la solución que se propondrá aquí será la aplicación del derecho penal nacional, adecuando normativamente sus instituciones para informarlas de los principios de pluralismo y tolerancia, de modo que sean capaces de dar respuesta a las tensiones concretas a las que la coexistencia de culturas múltiples da lugar. En definitiva, en sintonía con la el modelo de gestión de la diversidad de tipo multicultural de cuño liberal, se tratará de hacer una aplicación multi-

¹⁷⁷ Sobre Estado neutral, neutro o neutralizador, ver OLLERO; *Un Estado laico*; pp. 53-61.

¹⁷⁸ Sobre la viabilidad de una república mundial, HÖFFE; *Derecho intercultural*; capítulo III.

¹⁷⁹ Incluso el mismo HÖFFE –que escribe cuando el Estatuto de Roma era todavía un proyecto– acaba por afirmar que en definitiva es este derecho internacional público, que va más allá de los intereses de un Estado en particular, el ámbito en el que reina consenso universal y vocación de criminalización, como expresión de un valor de la globalización. Sin embargo, postula la idea de un Código Penal mundial, que parece excesiva con relación a las pretensiones de aquello que una corte internacional puede juzgar y que, en definitiva, fue lo que quedó plasmado en el tratado suscripto en Roma (pp. 158-159).

cultural del *ius puniendi*, que no claudique de los principios constitucionales elementales, fijando el límite a lo intolerable donde los exijan los derechos fundamentales.

I. B) Los conflictos culturales que nacen de la convivencia multicultural.

En el las sociedades occidentales de hoy, conforme han sido descritas en el apartado anterior, el *conflicto* resulta un ingrediente inherente a su propia fisonomía. Es inevitable que se produzcan contrapuntos entre el multiculturalismo que les es propio y el derecho (a secas, es decir sin distinción de ramas), desde el prisma constitucional. En efecto, la presencia de minorías culturales en el contexto del sistema ideológico y de valores que mana de la Constitución, importa la coexistencia de comportamientos, justificaciones de esas conductas y pretensiones de soluciones, todos ellos fundados en motivaciones culturales muchas veces en pugna con el orden jurídico supremo del Estado¹⁸⁰.

Los espacios de conflicto pueden abarcar desde la esfera de las prácticas religiosas y de culto; la organización y obediencia intrafamiliar; los límites al derecho a la corrección de los menores; la objeción de conciencia; el respeto a los días festivos por motivos religiosos; el cambio de roles masculino/femenino; la pretensión de regirse según normas jurídicas y consuetudinarias comunitarias ajenas a las estatales; causación de lesiones por motivos pretendidamente culturales o como penas ante infracciones a las leyes comunitarias; la interpretación y vivencia de la integridad sexual; el acceso a y el aseguramiento de la educación de los niños según la cultura del grupo obviando la escolarización obligatoria; el derecho a preservar las costumbres tradicionales en materia de indumentaria como forma de exteriorización de la organización social, familiar, religiosa y de roles entre hombres y mujeres; prácticas en materia de cuidado y restauración de la salud de acuerdo a las tradiciones y creencias minoritarias basadas en prácticas supersticiosas; el infanticidio ritual; la poligamia; el trabajo infantil; los matrimonios infantiles y forzados; la prohibición de que las mujeres practiquen deportes y asistan a espectáculos deportivos; el derecho a habitar las tierras que los colectivos originarios entienden ancestralmente propias; hasta el extremísimo caso del rechazo absoluto a la cultura mayoritaria con miras a su destrucción, es decir, el terrorismo cultural¹⁸¹.

¹⁸⁰ En sentido concordante, pero respecto exclusivamente del derecho penal, CARDUCCI; *El multiculturalismo*; p. 83.

¹⁸¹ Enumeran algunos de estos conflictos, entre muchos otros autores, CORNACCHIA; SÁNCHEZ-OSTIZ (coordinadores); en la presentación de *Multiculturalismo y derecho penal*; pp. 12/13. FERREIRA MONTE; *Multiculturalismo y Derecho penal*; pp. 118/119.

A partir de ese abanico que ilustra, sin agotar, los posibles terrenos sembrados de tensiones sociales, se colige que los espacios de convivencia y eventual conflicto pueden verificarse a nivel de los individuos en su faceta personal –como ocurre, por ejemplo, en el caso de un matrimonio musulmán asentado en occidente que mutila a su hija por razones religiosas¹⁸²–, como a nivel de la identidad grupal¹⁸³ –como sucede, v.gr., en caso de reclamos reivindicatorios de tierras por parte de comunidades aborígenes, que en muchos casos son naciones dentro del Estado–.

En un momento posterior de este trabajo, profundizaremos en cuanto a que, en el fondo, todo este catálogo de conflictos y tantos otros que no habrán sido mencionados, revelan tensiones *ad intra* de los derechos fundamentales, en términos de jerarquía entre ellos –para quienes aceptan que la haya– o de conflictos de prevalencia entre las distintas clases de derechos fundamentales. En efecto, hoy se habla de categorías dentro de los derechos humanos y se trata de encontrar soluciones a la hora del choque entre ellos, con respuestas diversas según se ponga el acento en los derechos individuales o en los colectivos¹⁸⁴.

Además, concretamente sobre la identidad cultural –como forma general del conjunto de derechos culturales– se ha dicho que se trata de un derecho humano de tercera generación que, si bien surgió con los de segunda –es decir con los derechos económicos y sociales– acabó mutando a otra categoría, en razón del concepto restringido de “cultura” que se tenía cuando aparecieron los derechos culturales como de segunda generación. Ello obedecería a que los derechos humanos no serían la resultante de un proceso meramente cronológico y lineal, sino que irían apareciendo en respuesta a necesidades históricas o como forma de redimensionar los derechos anteriores para adaptarlos a nuevos contextos¹⁸⁵.

Entonces, si el derecho a la identidad cultural es considerado hoy en día un derecho fundamental –y tal parece ser el alcance que le otorga el derecho internacional que se ocupa de la materia, como así también los ordenamientos domésticos de los Estados parte de esas convenciones¹⁸⁶– los conflictos que se estudian al hablar de

¹⁸² Aunque este ejemplo también podría ser enfocado desde el prisma del derecho a la identidad grupal o la defensa de valores comunitarios, según se diera en el caso concreto.

¹⁸³ CARDUCCI; *El multiculturalismo*; p. 83.

¹⁸⁴ COMANDUCCI; *Derechos humanos y minorías*; pp. 21-42.

¹⁸⁵ CARPIO RODRÍGUEZ; *Pluralismo jurídico*; pp. 47-48 y PÉREZ LUÑO; *Las generaciones*; p. 188: “las generaciones de derechos humanos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal. En el curso de su trayectoria se producen constantes avances, retrocesos y contradicciones que configuran ese despliegue como un proceso dialéctico. No debe escapar tampoco a la consideración de esta problemática que las generaciones de derechos humanos no implican la sustitución global de un catálogo de derechos por otro; en ocasiones, se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que, otras veces, suponen la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados”.

¹⁸⁶ Para un análisis pormenorizado de la evolución del derecho humano a la identidad cultural en los instrumentos de derecho internacional posteriores a la finalización de la Segunda Guerra Mundial y,

delitos cometidos desde una motivación cultural diversa interpelan acerca de qué lugar asignarle a los derechos culturales, cuando entran en colisión con el núcleo duro de los derechos fundamentales (vida, libertad, integridad física y sexual). Además, una característica propia de toda la problemática multicultural es la de la relación del grupo minoritario con sus propios miembros, cuando se afectan los derechos individuales de estos, en pos de la salvaguarda cultural. Así, la mutilación genital femenina, un celo extremo en las medidas de corrección de los hijos, la obligatoriedad de contraer matrimonio con alguien del grupo, la iniciación sexual en plena infancia presentan encrucijadas entre la defensa de los derechos culturales de la minoría y bienes jurídicos primordiales y vitales de sus miembros. Proteger los primeros permitiendo o tolerando ciertos actos implicaría aceptar o tolerar la destrucción de los segundos, desmoronando la estructura del Estado liberal. Privilegiar siempre y en todos los casos los derechos de los grupos, importará tanto como renunciar a la tutela de los derechos individuales; al contrario, la exaltación del individuo, puede tornar ilusorio el desarrollo del multiculturalismo que asegure las diferencias y las identidad de los grupos y que también es una exigencia constitucional. En definitiva, este tipo de tensión no es sino la manifestación de uno de los problemas más serios que enfrentan las teorías de los derechos fundamentales: el de determinar si estos son o no universales¹⁸⁷.

El multiculturalismo puede operar reforzando procesos de institucionalización social de crecimiento en la tolerancia e integración de lo diferente, pero también como agente de procesos descivilizatorios¹⁸⁸. De ahí que el Estado no pueda perder de vista los baremos constitucionales, a la hora de determinar los límites a aquello que pueda consentir dentro de su seno, por motivos culturales minoritarios. Y esa fijación de límites deberá estar anclada, inexorablemente, en el coto de los derechos fundamentales.

La cuestión se complica todavía un poco más ni bien se repara en que el derecho a la identidad cultural, que contiene en sí mismo el derecho a ser diferente culturalmente, integra hoy en día el elenco de derechos fundamentales, tal como surge de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que son citados a lo largo de este trabajo. Entre esos documentos es especialmente elocuente la Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales de la UNESCO (2007), cuyo valor principal radica en haber compilado en un único texto todo el catálogo de derechos culturales

muy especialmente, desde la pionera Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (carta de Banjul), de 1981, hasta nuestros días, ver CARPIO RODRÍGUEZ, *Pluralismo jurídico*; pp. 49-50 y 61-89.

¹⁸⁷ Estas preocupaciones también son compartidas por VÁZQUEZ GONZÁLEZ, quien a propósito de la mutilación genital femenina, se pregunta qué derechos de la mujer han de ser universalmente exigibles, por manar de su inalienable dignidad humana, y cuáles han de ser negociables o tolerables para dar respuestas a una determinada construcción cultural (*Inmigración, diversidad*; p. 112).

¹⁸⁸ CORNACCHIA; SÁNCHEZ-OSTIZ; *Multiculturalismo*; p. 11.

dispersos en muchos otros instrumentos internacionales¹⁸⁹. Según este documento, la identidad cultural "...debe entenderse como el conjunto de referencias culturales por el cual una persona, individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entendiéndose ser reconocida en su dignidad"¹⁹⁰; mientras que la comunidad cultural es "...un grupo de personas que comparten las referencias constitutivas de una identidad cultural común, que desean preservar y desarrollar"¹⁹¹. A su vez, la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural (2001) establece que

[...] la defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance¹⁹².

Cae de su propio peso, entonces, que la dimensión de los conflictos que aquí interesan debe ser leída en clave de *cultura*, entendida como universo de significados manifestados a través del comportamiento y el juicio o, tal como la define la Declaración de Friburgo de la UNESCO sobre Derechos Culturales, como "... los valores, las creencias, las convicciones, los idiomas, los saberes y las artes, las tradiciones, instituciones y modos de vida por medio de los cuales una persona o un grupo expresa

¹⁸⁹ En los considerando de la propia declaración, se afirma lo que se sostiene en el texto:

"(1) Recordando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los dos Pactos internacionales de las Naciones Unidas, la Declaración universal de la Unesco sobre la diversidad cultural y los otros instrumentos universales y regionales pertinentes;

(2) Reafirmando que los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes, y que los derechos culturales son, al igual que los otros derechos humanos, expresión y exigencia de la dignidad humana;

(3) Convencidos de que las violaciones de los derechos culturales provocan tensiones y conflictos de identidad que son unas de las causas principales de la violencia, de las guerras y del terrorismo...

... (5) Considerando la necesidad de tener en cuenta la dimensión cultural del conjunto de los derechos humanos actualmente reconocidos...

...(7) Constatando que los derechos culturales han sido reivindicados principalmente en el contexto de los derechos de las minorías y de los pueblos indígenas, y que es esencial garantizarlos de manera universal y, en particular, para las personas desaventajadas...

(8) Considerando que una clarificación del lugar que ocupan los derechos culturales en el seno del sistema de los derechos humanos, junto con una mejor comprensión de su naturaleza y de las consecuencias de sus violaciones, son el mejor medio de evitar que sean utilizados en favor del relativismo cultural, o como pretexto para enfrentar comunidades o pueblos;

(9) Estimando que los derechos culturales enunciados en la presente Declaración están actualmente reconocidos de manera dispersa en un gran número de instrumentos de derechos humanos, y que es importante reunirlos para garantizar su visibilidad y coherencia, y para favorecer su eficacia..."

Hay que decir que este prólogo pone el dedo en varias llagas de la teoría de los derechos humanos en general y de la diversidad cultural en particular. En efecto, asume y da por aceptado de manera implacable que los derechos humanos son universales (2) y que el relativismo cultural no es admisible (8). Esta proclamación que asume el estandarte del liberalismo, como todos los instrumentos de derechos humanos, no significa que esté claro cómo hacer realidad los buenos propósitos acerca de la vigencia y respeto de los derechos culturales, en sintonía con otros derechos fundamentales de igual o de mayor jerarquía.

¹⁹⁰ Art. 2.b de la Declaración de Friburgo de la UNESCO sobre Derechos Culturales.

¹⁹¹ Art. 2.c de la Declaración de Friburgo de la UNESCO sobre Derechos Culturales.

¹⁹² Art. 4 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural (2001).

su humanidad y los significados que da a su existencia y a su desarrollo”¹⁹³. Quiere decir que entendemos aquí por cultura el conjunto de tradiciones (religiosas, de vestimenta, de gastronomía), ritos, costumbres, creencias, folklore, arte, lenguaje, instituciones, sistemas normativos y jurídicos que identifican y definen a un pueblo como grupo social¹⁹⁴.

Esta apreciación toma en cuenta el sentido más bien relativista de la palabra cultura, sin que ello implique tomar partido por un relativismo cultural a ultranza que implique a nivel jurídico general y de derechos fundamentales, en particular, justificar todo acto motivado por la pertenencia cultural¹⁹⁵. Para que se comprenda mejor esta idea, baste con hacer un poco de historia. Para el ideal de la Ilustración, la cultura era el cúmulo de conocimientos transmitidos por la humanidad durante el decurso de toda la Historia. Como lógica consecuencia de ese contenido, la cultura era calificada de universal y distintiva de toda la especie humana, como forma de realización del espíritu del hombre. Así entendida, la cultura diferenciaba al ser racional de las especies animales: cultura era lo opuesto a naturaleza; civilizados, lo opuesto a salvajes, porque cultura y civilización eran ideas complementarias. En contraposición a esa noción de cultura, que fue base del Estado-nación, Alemania dio a luz otra idea conforme a la cual cultura era la totalidad de las manifestaciones artísticas, intelectuales y morales que componían el patrimonio de un pueblo, del cual era su fundamento. Así, contra el universalismo, se pasó a reivindicar el reconocimiento y respeto de las diferencias nacionales¹⁹⁶.

Como señala VÁZQUEZ GONZÁLEZ a partir de esa síntesis histórica, la discusión en torno a la noción de cultura se da en dos direcciones. El primer punto de vista pone el acento sobre la diversidad cultural, sin oponer ésta a la unidad esencial de la humanidad; se basa en la concepción de que cada cultura merece ser respetada y preservada porque expresa la manera única de ser de un pueblo. El segundo, privilegia la unidad u homogeneización cultural, restándole importancia a la diversidad en beneficio del mantenimiento de la cohesión social¹⁹⁷.

Desde el siglo XIX, con el advenimiento de ciencias descriptivas como la antropología y la etnología, la noción normativa de cultura que indicaba lo que esta debía ser, fue reemplazada por una definición fenoménica de lo que la cultura era. Así, la cultura pasó a ser un hecho colectivo –no individual–, manifestación de la vida social¹⁹⁸.

¹⁹³ Art. 2.a de la Declaración de Friburgo de la UNESCO sobre Derechos Culturales.

¹⁹⁴ En el mismo sentido, PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; p. 236.

¹⁹⁵ Aunque no estamos hablando todavía de relativismo o universalismo de los derechos humanos, cuestión que se tratará más adelante. Se trata esta de una mirada más bien antropológica de la cultura y el sentido relativista al que se alude es el que marca un contrapunto con las pretensiones absolutas de la cultura.

¹⁹⁶ HURTADO POZO; DU PUIT; *Derecho Penal y diferencias culturales*; pp. 231-232.

¹⁹⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 33.

¹⁹⁸ HURTADO POZO; DU PUIT; *Derecho Penal y*; p. 232.

En palabras de Edward B. TAYLOR, quien utiliza los términos cultura y civilización como sinónimos, éstos conforman un cuerpo complejo integrado por los conocimientos, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y las demás capacidades o hábitos adquiridos por el hombre, como miembro de la sociedad¹⁹⁹. Esta definición acuñada en 1871 mantiene una excepcional vigencia y redobla su sentido de cara a los conflictos culturales de hoy en día, como se observa al estudiar posiciones actuales. KYMLICKA, en efecto, tras abordar un panóptico de todas aquellas ideas y situaciones que se han englobado bajo el paraguas del término cultura, adopta una definición personal y operativa de los términos “cultura” y “multicultural”:

utilizo “cultura” como sinónimo de “nación” o “pueblo”; es decir, como una comunidad intergeneracional, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una patria determinada y comparte un lenguaje y una historia específicas²⁰⁰.

De ahí deriva su concepto de estado multicultural:

un estado es multicultural bien si sus miembros pertenecen a naciones diferentes (un Estado multinacional), bien si éstos han emigrado de diversas naciones (un Estado poliétnico), siempre y cuando ello suponga un aspecto importante de la identidad personal y la vida política²⁰¹.

En definitiva, la cultura en sentido colectivo es aquel acervo de tradiciones que determina la identidad de un grupo diferenciándolo de otro, cuando el grupo tiene una efectiva experiencia de esta diferenciación identitaria. Quiero decir con esto que no es algo descrito desde afuera, sino vivido y sentido por sus protagonistas. Esto permite comprender que las ideas de cultura y de identidad cultural, si bien no idénticas, son inescindibles. Al respecto, se ha dicho que la identidad cultural, entendida como el conjunto de rasgos específicos de un grupo, surge de la relación entre el individuo y la sociedad y se construye a través de la pertenencia a una cultura. Esa pertenencia se da a través de formas de identificación propias de cada cultura y mediante formas de confrontación a otros grupos, lo que permite afirmar que es el otro el que determina nuestra identidad por exclusión. Esta identidad cultural está en constante formación, evolución y mutación, lo que complica mucho lograr una definición acabada y concluyente²⁰².

Más allá de la referencia territorial contenida en la definición de KYMLICKA, se impone destacar, dado el espíritu migrante del hombre, por opción o por necesidad,

¹⁹⁹ “*Culture or Civilization, taken in its wide ethnographic sense, is that complex whole which includes knowledge, belief, art, morals, law, custom, and any other (capabilities and habits acquired by man as a member of society)*” (TAYLOR, Edward B.; *Primitive Culture: researches into the development of mythology, philosophy, religion language, art, and custom*; London; John Murray; Albemarle Street, W.; 1920; Vol. I; p. 1). Esta definición es el precedente de la que da HARRIS, para quien “[c]ultura es el conjunto aprendido de tradiciones y estilos de vida, socialmente adquiridos, de los miembros de una sociedad, incluyendo sus modos pautados y repetitivos de pensar, sentir y actuar (es decir, su conducta)” (HARRIS; *Antropología*; p. 28).

²⁰⁰ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 36.

²⁰¹ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 36.

²⁰² VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; pp. 34-37.

que esa visión relativista de la palabra cultura no implica necesariamente localismo ni confinamiento geográfico, en el sentido de *exclusividad* de un solo grupo en un solo territorio²⁰³. En efecto, casi todos los países del mundo están conformados por diferentes grupos culturales; esto significa que, cuando se suscitan, los comportamientos culturalmente en tensión coexisten en un mismo tiempo y espacio expresivos de universos de significados disímiles y eso, en rigor, es lo que da lugar al conflicto de manera actual o potencial²⁰⁴. Como se ha señalado en el apartado anterior, es precisamente la simultaneidad el caldo de cultivo del surgimiento de los problemas jurídicos y constitucionales en materia de multiculturalismo, puesto que cada parte reivindicará derecho y poder sobre la propia diferencia y reclamará el reconocimiento de los demás de dicho rasgo distintivo.

La idea de simultaneidad en el espacio también es recogida por PÉREZ DEL VALLE²⁰⁵, al expresar que la multiculturalidad importa la coexistencia y la yuxtaposición de poblaciones de diferentes ámbitos culturales y con tradiciones totalmente distintas. Asimismo, el autor pone de realce un extremo interesante de las sociedades occidentales actuales. En ellas no se configura una “multicultura”, sino que ellas mismas son “multiculturales”. Y respecto del conflicto al que da lugar la coincidencia espacial, destaca como primera dificultad la vigencia territorial de la norma. A su criterio, la prioridad de una determinada organización territorial del derecho legitima su preferencia respecto a los que llegan a ese territorio con posterioridad, ante lo cual el orden jurídico ha de ser contundente y estrictamente intolerante cuando el principio fundamental de libertad se ponga en cuestión y sostiene²⁰⁶ que el Estado de derecho se afirma en el ámbito de su soberanía frente a concepciones del derecho culturalmente extrañas, que desconocen la autodeterminación como derecho de la persona²⁰⁷.

De cara a cómo hacer comulgar las diferencias culturales en pugna y las pretensiones de reivindicación a las que dan lugar, CARDUCCI destaca que “...cualquier política del multiculturalismo no puede evitar consistir en la regulación de poderes y reconocimientos, que los sujetos en conflicto reivindican con base en su ‘cul-

²⁰³ Al respecto, es esclarecedora la diferenciación entre Estados multinacionales y Estados poliétnicos que efectúa el propio KYMLICKA en *Ciudadanía*; pp. 26 y ss.

²⁰⁴ CARDUCCI; El multiculturalismo; p. 84.

²⁰⁵ PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la autonomía personal*; p. 96.

²⁰⁶ PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la autonomía personal*; p. 96; con cita de KÖHLER, M.; *Strafrecht-Allgemeiner Teil*; Berlín-Nueva York; 1997; p. 435.

²⁰⁷ Téngase en cuenta que PÉREZ DEL VALLE está escribiendo desde la perspectiva de la autonomía personal y del consentimiento de la víctima; de ahí el énfasis particular que coloca en la autodeterminación. De hecho, el punto de partida de su reflexión es un fallo de la jurisprudencia española sobre un caso de mutilación genital de una niña de origen gambia, por parte de sus padres (SAP Teruel, Secc. 1ª, 26/2011, de 15 de noviembre).

tura”²⁰⁸. En sentido concordante, PÉREZ DEL VALLE sostiene que hechos de tensión axiológica del tenor de los aquí se están examinando “... podrían ser interpretados desde una colisión de diferentes pretensiones de validez que deriva del potencial de conflicto de diferencias culturales en el marco de una sociedad”²⁰⁹.

Habrá que ver entonces cómo tendrá que responder el Estado, si es que puede dar una respuesta a nivel institucional y jurídico, ante las diferentes pretensiones de validez. Como en este espacio no se podrá analizar cada uno de los conflictos enunciados más arriba –que además no son sino un botón de muestra de los que se pueden presentar– optaremos por abordar solo algunos considerados emblemáticos. Se verá que las respuestas que se esbocen para ellos compartirán un eje rector que permitirá atisbar por dónde debería buscarse la respuesta estatal.

Como hemos dicho, a continuación intentaré hacer un muestreo de algunos de los conflictos más significativos, bosquejando una clasificación provisoria, con miras sobre todo a determinar si siempre que haya una diferente valoración cultural habrá realmente un conflicto y si, de haberlo, el sistema institucional y jurídico contendrá soluciones que le den respuesta.

I. B) 1. Un ensayo de clasificación de los conflictos multiculturales.

I. B) 1. i) Conflictos reales y conflictos aparentes.

A continuación se contemplarán algunas situaciones de presunta tensión cultural, para tratar de elucidar si, en verdad, se está ante conflictos propios del multiculturalismo o si, en rigor, los casos no merecen ser calificados de ese modo. Ya sea porque no hay tal contrapunto de valores; ya sea porque, de haberlo, el orden jurídico occidental ofrece una solución que los neutraliza como tales.

a) Nacionales y extranjeros. La cuestión de la ciudadanía.

Ya se ha dicho que los grandes flujos migratorios propios de nuestros tiempos son una de las dos fuentes primordiales de los conflictos multiculturales²¹⁰ que motivan este estudio. En ese contexto, una consideración apresurada podría llevar a mal pensar que las tensiones motivadas en valoraciones culturales disímiles de realidades

²⁰⁸ CARDUCCI; El multiculturalismo; p. 84; con cita de DE GIORGI, R.; *Multiculturalismo, identità, diritto*; en LAMBERTI, F./DE LISO, N./STICCHI DAMIANI, E./VALLONE, G. (eds.); Serta Iuridica. Scritti dedicati dalla Facoltà di Giurisprudenza a Francesco Grelle; Nápoles; I; 2011.

²⁰⁹ PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la autonomía personal*; p. 96; con cita de KÖHLER.

²¹⁰ El otro fenómeno lo constituye la presencia de minorías indígenas asentadas previamente a la conformación del Estado, especialmente en los territorios de los países de América Latina.

sociales, políticas y jurídicas podría obedecer al binomio nacionales/extranjeros conviviendo en un mismo tiempo y espacio.

Sin embargo, es evidente lo errado de entender las cosas de ese modo. Por un lado, un gran número de extranjeros no tiene diferencias valorativas en su concepción del mundo y de la cotidianeidad respecto de la mayoría que le da acogida, por provenir de países culturalmente afines; en tal caso, entre nacionales y extranjeros no se dan situaciones de conflicto o, al menos, no diferentes a las que se dan entre nacionales²¹¹. Por otra parte, muchos extranjeros logran la calidad de ciudadanos²¹², adquiriendo así pertenencia a la comunidad política organizada²¹³ y con ella diversos niveles de derechos y deberes, según cuál sea el estatus que se obtenga, aunque la obtención de la ciudadanía no lleva implícita en absoluto la integración cultural con la mayoría ni la pérdida del rótulo de extranjero, a nivel social²¹⁴. Es perfectamente posible tanto que se sea ya ciudadano del país de acogida y, así y todo, se conserven las costumbres, tradiciones y valores de la cultura originaria, como que, en la perspectiva de la sociedad mayoritaria, la ciudadanía política no signifique ciudadanía cultural y social.

La referida confusión en el empleo de los términos es comprensible si se atiende a que, a pesar de que la categoría de “inmigrante” es del orden de lo sociológico, mientras que la de “extranjero” lo es del legal, el propio ordenamiento jurídico suele confundir el alcance de ambos conceptos²¹⁵. Extranjero refiere a la soberanía del Estado, porque es este el que, en virtud de dicha soberanía, tiene la potestad de atribuir la condición de nacional a algunas personas, con exclusión de todo el resto, que son precisamente los extranjeros²¹⁶. Definir “inmigrante” resulta más dificultoso y se ha destacado la poca nitidez conceptual del término²¹⁷. Si bien la sociología asume que la mi-

²¹¹ Ello sin perjuicio de que la inmigración, incluso cuando el país de procedencia sea culturalmente afín al de acogida, suele implicar tensiones sociales y personales, producto del desarraigo, la llegada a lo desconocido, el temor y los prejuicios que el inmigrante despierta en los locales; la asociación que el grupo mayoritario hace entre inmigrante y delito; la vulnerabilidad en la que viven y trabajan los inmigrantes de menores recursos económicos, etc. Pero esas tensiones no tienen necesariamente que ver con la procedencia de una cultura exótica ni acarrear conflictos de tipo cultural de los que hacen al eje de este estudio.

²¹² En Argentina, por ejemplo, la ley N° 346 –ley de ciudadanía– prevé la ciudadanía por naturalización, de modo tal que quien solicita su carta de ciudadanía se convierte en nacional del Estado. Ello sin perjuicio de la existencia de tratados con otros países que admiten la posibilidad de doble ciudadanía.

²¹³ GAMBINO; *Inmigración, ciudadanía y estatus*; p. 153.

²¹⁴ Dice MONCLÚS MASÓ –al hablar del caso español– que hay personas inmigrantes desde el punto de vista sociológico, a pesar de tener la nacionalidad española, como ocurre con latinoamericanos cuyos padres o abuelos emigraron de España hacia América. Al mismo tiempo, hay personas extranjeras desde el punto de vista legal quienes, sin embargo, nacieron en España; ello obedece al criterio del *ius sanguinis* (*La gestión penal*; p. 30).

²¹⁵ La Ley de Migraciones de Argentina N° 25.871 es un ejemplo de ello, en tanto regula la situación de los extranjeros en términos legales y políticos, pero haciendo alusión constante –comenzando por su título– a “migraciones”, “situación migratoria”, etc.

²¹⁶ MONCLÚS MASÓ; *Las gestiones*; pp. 27 y 28.

²¹⁷ Así lo indica MONCLÚS MASÓ, con cita del Diccionario de Sociología coordinado por GINER, LAMO ESPINOS y TORRES (*La gestión*; p. 29).

gración es un movimiento relativamente permanente de personas a una distancias significativa, que suele implicar cruce de fronteras políticas o administrativas, no resulta sencillo diferenciar ese proceso de otros movimientos espaciales²¹⁸.

Durante el período de las migraciones desde Europa hacia América, ocurridas en los siglos XIX y XX²¹⁹, la referida confusión en el uso de los conceptos no estaba presente, tal como surge de la precisión terminológica de los textos legales. En efecto, se aprobaban leyes de inmigración –no de extranjería–, de las que se desprendía la intención de fomentar la llegada de inmigrantes a América y no la de restringir derechos²²⁰. En efecto, el reconocimiento del otro como un *inmigrante*, en ese contexto histórico, daba idea de “llamada” o acogida; en cambio, la de *extranjero* implicaba una diferencia y restricción de derechos. Es por eso que se ha llamado la atención acerca de los problemas que plantea la pretensión de regular los procesos migratorios a través de leyes basadas en el binomio nacional/extranjero, pasando por alto la falta de correspondencia entre una categoría sociológica y otra legal²²¹.

²¹⁸ MONCLÚS MASÓ; *Las gestión*; p. 29.

²¹⁹ Ver capítulo I. a).

²²⁰ MONCLÚS MASÓ; *Las gestión*; p. 30. En el capítulo I.A) se ha hecho alusión al caso argentino, donde se registró un fenómeno migratorio casi sin precedentes en el mundo, movido por la intención de fomentar la llegada de inmigración extranjera, lo que dio lugar a la sanción de la ley de inmigración y colonización, sancionada en 1876, por la que se ofreció beneficios a los inmigrantes que decidieran asentarse en el país.

²²¹ MONCLÚS MASÓ; *La gestión*; p. 30. La autora advierte sobre el “fracaso absoluto” (p. 30) de la LO 4/2000 *Ley orgánica de derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, que a su juicio es una ley de extranjería que pretende regular la inmigración por la vía represiva y que, además, ha fracasado en su voluntad declarada de promover la integración social de los extranjeros-inmigrantes (p. 30). Según su parecer, esta ley se aplica a todo extranjero, con independencia de su situación migratoria, pero “... no se aplica a los inmigrantes que posean la nacionalidad española, precisamente porque las únicas regulaciones del proceso migratorio que contiene son de carácter restrictivo y represivo, y el Estado no puede limitar la libertad de circulación y residencia de los españoles” (pp. 30-31).

Observaciones parcialmente coincidente en cuanto a la aplicación legal, podrían hacerse sobre la Ley de Migraciones argentina N° 25.871 (texto recientemente modificado por el decreto de necesidad y urgencia PEN 70/2017), en cuanto a que, en definitiva, el eje de la preocupación del texto –aunque también se ocupe de otros aspectos– pasa por impedir el ingreso y permanencia o lograr la expulsión de extranjeros en situación migratoria irregular o que hayan cometido de delitos (arts. 29 y 62). Ya el uso de la expresión “situación migratoria irregular” revela la identificación entre inmigrante y extranjero, sin diferenciación de los aspectos sociológico y legal que entraña cada uno de esos términos. De hecho, en Argentina, la autoridad de aplicación en materia de extranjería es la Dirección Nacional de Migraciones.

No obstante, cierto es que los arts. 3, 7 y 8 de la ley 25.871 (sobre los dos últimos, ver nota siguiente) –que no han sido modificados por la última reforma del Poder Ejecutivo Nacional (DNU 70/2017)– muestran una vocación integradora de los extranjeros-inmigrantes, a quienes hasta se les tutelan derechos elementales, como son la salud y la educación, incluso en caso de irregularidad migratoria. El art. 3, en que se plasman los objetivos de la ley, incluye una serie de propósitos claramente integradores, entre los que se cuentan: contribuir al enriquecimiento y fortalecimiento del tejido cultural y social del país; promover la integración en la sociedad argentina de las personas que hayan sido admitidas como residentes permanentes; asegurar a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional; promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias; promover la inserción e integración laboral de los inmigrantes que residan en forma legal para el mejor aprovechamiento de sus capacidades personales y laborales a fin de contribuir al desarrollo económico y social de país.

Continuando con la idea de que esas dos nociones poco aportan a los conflictos culturales que hacen a la esencia de esta investigación, hay que agregar que, en ordenamientos jurídicos desarrollados en materia de garantía y respeto de derechos humanos, se reconocen derechos y libertades también a los no ciudadanos e incluso a quienes puedan ser considerados migrantes en situación irregular²²²²²³. Tampoco ello implica integración cultural. A la inversa, sujetos que están en una situación de residencia irregular en el país de acogida pueden compartir la identidad cultural mayoritaria del Estado, sin ningún tipo de conflicto valorativo, al margen de su situación legal como extranjero.

De todo lo anterior se colige que, en definitiva, no son los problemas de extranjería ni de falta de regularización migratoria los que dan lugar a conflictos del tipo de los que interesan a este estudio, pues estos no tienen que ver con cuestiones de nacionalidad, sino de pertenencia cultural. Podría decirse, entonces, que sí se puede ser extranjero, no en términos legales, sino culturales –es decir, al margen de toda pertenencia a la comunidad política–, en cuyo caso efectivamente es posible que nazcan tensiones con implicancias de conflicto cultural y jurídico. Posiblemente este sea un uso más bien *metafórico* de la palabra “extranjero”; así como previamente se ha hablado de exotismo cultural, podría apelarse ahora al giro “extranjería cultural”, porque –como se ha dicho– las fronteras culturales pueden no coincidir con las políticas²²⁴. En suma, el binomio nacional/extranjero, en términos legales y políticos, resulta un conflicto cultural tan solo aparente a los fines de este estudio.

No obstante, es cierto que determinados valores culturales mayoritarios están receptados en la legislación migratoria. Un ejemplo: en la Unión Europea, se ha decidido que, junto con el trabajador migrante, tienen derecho a establecerse su cónyuge

²²² Apelando nuevamente al caso de Argentina, la ley N° 25.871 –ley de migraciones– en su art. 20 (texto reformado por decreto de necesidad y urgencia PEN 70/2017) reconoce los estatus de “residentes permanentes”, “residentes temporarios” o “residentes transitorios” y hasta prevé la concesión de una autorización de “residencia precaria”, a quienes estén tramitando alguna de las otras calidades. Pero, además, la misma ley procura evitar que se dejen de reconocer o respetar derechos fundamentales de ciudadanos extranjeros, en razón de cualquier clase de irregularidad migratoria. Ilustrativo de esto último es el art. 7, que reza: “[e]n ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Las autoridades de los establecimientos educativos deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria. En la misma sintonía, el art. 8 establece: “[n]o podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria. Las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria”.

²²³ Sin embargo –como comenta MONCLÚS MASÓ–, el Estado, merced a su soberanía, es quien delimita los estatutos jurídicos de ciudadanos y extranjeros. Desde las revoluciones liberales, se reconoce la igualdad de derechos entre todos los ciudadanos, a quienes el Estado se obliga a tratar por igual. En cambio, los extranjeros pueden ser sometidos a un tratamiento diverso, sin que se les reconozcan los mismos derechos que a aquellos (*La gestión*; pp. 27-28).

²²⁴ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 126.

ge, los menores de 21 años o a cargo y su ascendiente a cargo. Es evidente que esa norma, que tutela relaciones de parentesco, reposa en la concepción tradicional de familia occidental, cuyo pilar es el matrimonio monogámico, sin perjuicio de asegurar también la protección de los hijos nacidos fuera del matrimonio²²⁵. De igual modo ocurre en muchos otros ordenamientos jurídicos europeos como el italiano, el español, el francés, el danés, el austríaco, el alemán y el británico²²⁶, como así también en el ámbito americano, como en el caso del derecho argentino²²⁷, que contemplan la cuestión de la reunificación familiar de los inmigrantes, como expresión de los valores familiares mayoritarios.

En ese contexto, es evidente que la llegada de inmigrantes con otras tradiciones familiares –tal el caso de quienes profesan la religión islámica, cuyo derecho de familia contempla la poligamia– puede provocar situaciones conflictivas. Las familias extranjeras bien pueden reclamar el reconocimiento de esas uniones de múltiples cónyuges y rechazar las peticiones presentadas al efecto, como señala GAMBINO²²⁸, podría ser interpretado como una violación al principio constitucional de no discriminación por parte de los ordenamientos occidentales que solo contemplan el matrimonio bímembre.

No obstante, al margen del polémico ejemplo que toma el autor, es discutible la focalización del análisis a partir de la noción de ciudadanía. Por el contrario, el conflicto al que pueden dar lugar los diferentes modelos familiares es, nuevamente, de tipo cultural y no de pertenencia a la comunidad política, ya sea como naturalizado o residente. Se reitera lo señalado antes: aun obteniendo carta de ciudadanía, una persona musulmana podría reivindicar su derecho a que se reconociera el matrimonio polígamo celebrado en su país de origen; incluso, complicando todavía más el caso, podría exigir, con apoyo en los mismos principios a los que alude GAMBINO, que se le permitiera contraer matrimonio con más de una persona en el país de destino. A este respecto, da la impresión de que poco y nada es lo que aporta el concepto de ciudadanía.

Estamos nuevamente ante un auténtico conflicto de valores culturales disímiles, que no pasa por el binomio nacional/extranjero. El ordenamiento jurídico del Estado, ante casos como el planteado, deberá dar lógicamente una respuesta desde el derecho civil y ahí residirá el conflicto de exotismo cultural, sin que importe la calidad de

²²⁵ GAMBINO; *Inmigración, ciudadanía*; p. 156.

²²⁶ Sin perjuicio de las críticas que se le formulan a todos esos ordenamientos por considerarlos sumamente restrictivos en punto a requisitos formales, familiares comprendidos y alcance de los derechos a que los que da lugar la reunificación. Sobre la cuestión en España, en particular, y su comparación con otros ordenamientos europeos, ver PÉREZ-NIEVAS MONTIEL; VINTILA; *La reagrupación familiar en España y en Europa*.

²²⁷ En Argentina, la reunificación familiar está contemplada en el art. 3, inc. d, de la ley de migraciones N° 25.871.

²²⁸ GAMBINO; *Inmigración, ciudadanía*; p. 156.

ciudadano o de extranjero del reclamante. Es decir, no intento afirmar que la pretensión de reconocimiento de la poligamia no entrañe un conflicto –claro que sí puede acarrear uno y muy serio–, sino que para resolverlo no hace falta emplear los anteojos de la noción de ciudadanía. De ahí que aquí se afirme que la dupla nacional/extranjero se trata de un conflicto aparente, a los fines de esta investigación.

b) Población inmigrante y delito.

Otro tema candente al que se ha dedicado la criminología es el de la vinculación entre inmigración e incremento de la comisión de delitos. Sobre todo, los expertos en el tema se abocan al análisis de si esa conexión existe o si, en verdad se trata de un prejuicio adicional a los muchos que pesan sobre la población inmigrante y que hacen a su condición de vulnerables y de sujetos pasivos de discriminación, que resulta acentuado por políticas migratorias cuanto menos cuestionables, que serían responsables de una criminalización exagerada de extranjeros²²⁹.

Sin embargo, sin ánimo de simplificar una problemática tan compleja, me ceñiré a afirmar que, en lo que hace al interés de este trabajo, la cuestión está muy vinculada a lo dicho en el apartado anterior: se trata nuevamente de un conflicto aparente. Pues el incremento de delitos previstos en la legislación penal del Estado, del que hablan las estadísticas y sobre cuyo sentido disvalioso reina consenso –o al menos comprensión– tanto en nacionales como en extranjeros, no representa conflicto cultural alguno. En otros términos: en la inmensa mayoría de ese elenco de delitos, tanto el nacional como el extranjero comprende el sentido y alcance de la legislación local. Si algún inmigrante infringe las normas, en el común de los casos, no será porque la entidad reñida con sus valores de pertenencia. En tales supuestos, la infringirá de igual modo que puede hacerlo un nacional. Ya se ha dicho que la extranjería política nada dice acerca de la diferente pertenencia cultural. De haber, entonces, alguna infracción ordinaria al derecho penal del Estado por parte de extranjeros, las respuestas a esa problemática habrá que buscarlas, en términos criminológicos, en razones de exclusión o de vulnerabilidad, es decir en situaciones extremas que compartirán con ciudadanos nativos. En definitiva, no habrá diferencia entre la exclusión social de unos y otros como factor que favorezca la incursión en el delito; se tratará siempre de exclusión social.

²²⁹ En esta perspectiva, MONCLÚS MASÓ; *La gestión*, p. 14 y ss. La autora construye toda su tesis sobre gestión penal de la inmigración a partir de la hipótesis general de que el fenómeno migratorio en España se está gestionando a través de instrumentos punitivos, que en lugar de contribuir a la integración social, provocan un incremento de la criminalización y de la exclusión social de los inmigrantes extracomunitarios.

En el otro extremo, suele asociarse a algunos grupos de extranjeros con el crimen organizado y la delincuencia transnacional, como en materia de narcotráfico, contrabando, lavado de activos y corrupción transnacional. Nuevamente, ninguna diferencia cultural habrá con los nacionales que participen en hechos de esa naturaleza. En resumidas cuentas, el binomio población inmigrante/delito tampoco entraña necesariamente los conflictos culturales que aquí interesan²³⁰. Es decir, no habla por sí solo de *delito motivado culturalmente*. Por eso también se afirma que este es un conflicto cultural aparente.

I. B) 1. ii) Conflictos de difícil solución jurídica.

a) Diferentes concepciones de familia: Matrimonios polígamos e incestuosos.

Más arriba hemos sostenido que, efectivamente, el reclamo de reconocimiento de la poligamia en Occidente podría traer aparejados conflictos en materia de derecho de familia y también de derecho constitucional. Corresponde analizar si tales conflictos tienen una solución jurídica prevista o si, al menos, los principios medulares del ordenamiento permiten encontrar una posible.

Una primera aproximación a la cuestión haría pensar en una incompatibilidad absoluta entre la tradición occidental de matriz judeo-cristiana, que ha llevado desde siempre a reconocer y, más tarde a legislar y tutelar, el matrimonio celebrado exclusivamente entre dos personas. Sin embargo, lo cierto es que el Corán admite la poligamia y, en el contexto de flujos migratorios que caracteriza a nuestros tiempos, en el que tantos islámicos se asientan en Occidente, bien podría suceder que alguna familia reclamara el reconocimiento de una unión múltiple celebrada en su país de origen²³¹.

No en vano, al margen de que se la castigue penalmente²³², la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* prevé la imposibilidad de reagrupar a más de un cónyuge, aún cuando el matrimonio múltiple fuera admitido en el país de origen del migrante²³³. En la

²³⁰ Sobre el análisis criminológico de la relación entre extranjero, inmigrante, minorías y delito ver, entre mucho otros, MONCLÚS MASÓ; *La gestión*.

²³¹ El matrimonio musulmán no solo difiere del occidental en cuanto a la posibilidad de uniones múltiples; también es disoluble por un acto unilateral del marido; es decir, por repudio; a lo que se suma que no rige a su respecto el principio de igualdad entre hombre y mujer, sino el de equivalencia o demarcación de las responsabilidades. Según este, las mujeres tienen derechos equivalentes a sus obligaciones de acuerdo al uso, pero los hombres están emplazados un grado por encima de ellas; en definitiva, las mujeres están en situación de inferioridad con respecto al hombre (OLMOS ORTEGA; *El matrimonio*; p. 212).

²³² Sobre la sanción penal de la bigamia, PÉREZ DEL VALLE; *¿Es posible la protección de la familia a través del derecho penal?*; pp. 311-336.

²³³ "Artículo 17. Familiares reagrupables.

1. El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

misma línea se inscribe la Directiva 2003/86/CE del Consejo Europeo, sobre reagrupación familiar²³⁴, lo que se explica a la luz del considerando 11 de ese documento, en el que se afirma que

[e]l derecho a la reagrupación familiar debe ejercerse en el debido respeto de los valores y principios reconocidos por los Estados miembros, especialmente en lo que refiere a los derechos de las mujeres y los niños, respeto que justifica que se opongan medidas restrictivas a las solicitudes de reagrupación familiar de familias poligámicas.

El análisis de este considerando ha llevado a VÁZQUEZ GONZÁLEZ a afirmar que la reagrupación familiar deja afuera a las uniones poligámicas, porque un país no está obligado a aceptar situaciones jurídicas de terceros Estados que atenten contra sus leyes²³⁵. También se ha dicho que reconocer el reagrupamiento familiar solo para la primera mujer y sus hijos significa una discriminación para las demás cónyuges y sus respectivos hijos, cuando la unión marital había sido celebrada lícitamente en el país de origen²³⁶ y que normas de este tenor, lejos de buscar la integración de los inmigrantes, pretenden imponerle el código cultural español.

Como se ha dicho, este problema es real y plantea problemas de índole práctica. En Estados Unidos se ha registrado un caso relativamente reciente de una familia de mormones fundamentalistas del estado de Utah, en el que un juez federal les ha dado la razón al sentenciar que la ley del Estado que prohíbe la cohabitación múltiple es inconstitucional, por ir contra la protección de las libertades individuales contenida en la Primera Enmienda de la Constitución²³⁷. Según el juez, los miembros del grupo pueden convivir, mientras no haya matrimonio legal, toda vez que respecto de este sí está prohibida la poligamia. El fallo importa tanto como el reconocimiento *de facto* de la

a) El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial...”.

²³⁴ “Artículo 4

1. Los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV y en el artículo 16, de los siguientes miembros de la familia:

a) el cónyuge del reagrupante...

4. En caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge...”.

²³⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 73; con nota de GOIG MARTÍNEZ.

²³⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 73; con cita de ACALE SÁNCHEZ, M.; Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima: modelo español”; en “EGUZKILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología”; 2007; diciembre; Nº 21; pp. 203-233. En igual sentido, FACCHI; *Mujeres inmigrantes*; pp. 117-127.

²³⁷ Desde la aparición misma de la secta de los mormones, en 1830, la práctica de la poligamia suscitó un hondo rechazo en el mundo occidental, al que pertenecían. Sin embargo, a mediados del siglo XIX, MILL, quien daba cuenta de la intolerancia que había despertado esa costumbre desde un comienzo, asumía que se trataba de una práctica voluntaria aceptada por las mujeres que tomaban parte en la misma comunidad, tal como ocurría en el marco de cualquier otra institución matrimonial. Ver MILL; *Sobre la libertad*; pp. 167-169.

poligamia, mientras no haya matrimonio formal²³⁸. Al margen de la decisión final que recaiga sobre este caso, en el que el fiscal manifestó que apelaría, lo interesante de la cuestión es remarcar que la pretensión de reconocimiento sobre poligamia lejos están de ser una quimera, sino que pueden constituir un conflicto cierto y acarrear pretensiones de reconocimiento jurídico. En cierto modo, el conflicto debe considerar nuestra tradición jurídica occidental –tanto en los países de tradición románica como sajona– en materia de matrimonio, que ha acuñado la regla general según la cual esta institución se rige por la ley del lugar de celebración. Si el matrimonio es válido en ese sitio, deberá serlo en todas partes; si allí es inválido, igualmente será valorado en cualquier otro lugar²³⁹. Históricamente, ha sido esta la forma de entender la cuestión.

Sin embargo, existen unas pocas excepciones a esa regla. En tal sentido, en la célebre obra de STORY en materia de conflictos de leyes, editada por primera vez en la primera mitad del siglo XIX, se enumeraban entre aquellas la poligamia y el incesto. No obstante, el mismo autor reconocía dificultades no menores a la hora de establecer los límites de aquellos impedimentos, según la concepción de cada cultura. Véanse sus textuales palabras:

se entiende que el Cristianismo prohíbe la poligamia y el incesto, y que por consiguiente ningún país cristiano reconocería los matrimonios polígamos ó incestuosos. Pero cuando hablamos de matrimonios incestuosos, debe tenerse cuidado de limitar la doctrina á [sic] los casos que por el consentimiento jeneral [sic] de toda la Cristiandad son considerados incestuosos. Es difícil verificar exactamente el punto en que la ley de la naturaleza ó la autoridad del Cristianismo deja de prohibir los matrimonios entre parientes, y las naciones cristianas no están en manera alguna conformes sobre este asunto²⁴⁰.

A pesar de las diferencias sobre el punto, STORY destacaba algunos consensos indiscutibles entre los países europeos:

[l]os matrimonios entre parientes por sangre en línea ascendente o descendente, son considerados universalmente por la ley común, la ley canónica y la ley civil, como anti-naturales é ilícitos. Del mismo modo lo son los matrimonios entre hermanos por línea colateral, ya sean de toda o de media sangre; y a la verdad, tales matrimonios son repugnantes á los primeros principios de orden [sic] y moralidad social²⁴¹.

En cambio, en materia de consanguinidad en línea no recta o en primer grado de colateralidad y de afinidad, STORY remarcaba la existencia de diversidad de opiniones y de juicio entre los juristas y las distintas prácticas entre las naciones²⁴².

Ampliando la cuestión, en nota al pie de página, STORY citó textualmente a Lord BROUGHAM, en “WARRENDER V. WARRENDER”, en referencia a aquello que

²³⁸ XIMÉNEZ DE SANDOVAL; *Un juez legaliza parcialmente la poligamia en el Estado de Utha*.

²³⁹ STORY; *Comentario*; p. 224.

²⁴⁰ STORY; *Comentario*; pp. 225-226.

²⁴¹ STORY; *Comentario*; pp. 227-228.

²⁴² STORY; *Comentario*; pp. 229-230 y 232 y ss.

las cortes de un país estaban llamadas a reconocer como matrimonio, cuando el acto hubiera sido celebrado en el extranjero:

[s]i, en efecto, hay dos cosas bajo un mismo nombre en los diferentes países, si lo que se llama matrimonio es en cada uno de diferente naturaleza, puede haber lugar para sostener que debemos considerar la cosa á que las partes se han obligado, según su acepción legal en el país donde se contrajo la obligación. Pero el matrimonio es una misma cosa sustancialmente en todo el mundo cristiano. Toda nuestra ley de matrimonio así lo supone; y es importante observar que nosotros lo miramos como una cosa totalmente diferente, un status diferente, de los matrimonios turcos ú otros entre naciones infieles, porque nosotros seguramente jamás reconoceríamos la pluralidad de esposas, y la consiguiente validez [sic] de los segundos matrimonios, existiendo el primero, cuyos segundos matrimonios las leyes de esos países autorizan y hacen válidos. Esto no puede sostenerse en ningún sentido racional, excepto [sic] que sostengamos que el matrimonio infiel es algo diferente del cristiano, y que también sostengamos que el matrimonio cristiano es el mismo en todas partes. De consiguiente, todo lo que las cortes de un país tienen que determinar, es sí ó nó [sic] la cosa llamada matrimonio, esa relación conocida de personas, esa relación que las cortes conocen, y saben cómo se trata, se ha contraído válidamente en el otro país donde las partes declararon obligarse. Si la cuestión se resuelve por la afirmativa, ha habido matrimonio; se ha constituido la relación; y esas cortes deben tratar los derechos que nacen de ella, según los principios de la ley municipal que administran²⁴³.

A partir de la cita anterior, no cabe duda de que Lord BROUGHAM consideraba que el matrimonio polígamo válidamente celebrado en el país donde se hubieran contraído las nupcias debería aceptarse como válido en Occidente, a pesar de que en el mundo judeo-cristiano el matrimonio tuviera una naturaleza diversa y un distinto alcance, incompatible con la multiplicidad simultánea de uniones. Es decir, que si la unión o las uniones eran conformes a las leyes del país de celebración, así debía reconocerse en otros países, aun cuando en estos el matrimonio no hubiera podido celebrarse conforme aquellos parámetros. De la cita se desprende que –ya en el siglo XIX– tal conflicto era ya una preocupación que exigía una solución jurídica compleja, en razón de los tan diversos valores culturales en juego, máxime cuando, sin ir más lejos, la India en ese entonces era todavía una colonia británica con costumbres en materia de familia muy distintas a las de la corona²⁴⁴.

²⁴³ STORY; *Comentario*; nota al pie de página 2; p. 227.

²⁴⁴ A tal punto que, en 1869, se dictó una ley de divorcio en India, para regular los divorcios de cristianos residentes en ese país, siguiendo las reglas y principios jurídicos que regían la cuestión en el derecho inglés. Sobre esta ley, ver MACRAE; *The law of divorce in India being the Indian divorce Act*; Calcuta; 1871. En la nota al pie de página N° 3 de esa obra, el autor, también con cita de “Warrender v. Warrender”, entre otros precedentes, sostiene lo siguiente: “[t]he term “marriage” here used only refers to marriages recognize as such by Christians, and not to marriages contracted under creeds allowing polygamy. The Courts have therefore no jurisdiction under this Act to dissolve the Mahomedan marriage of parties who have become converts since their marriage as Mahomedan – *Zaburdust Hkan v. his Wife*, 2 N. W. P. H. C. Rep., 370. So the English Court of Divorce has held that it has no power to deal with a Mormon marriage – *Hyde v. Hyde & Woodmansee*, 35 L. J. P. & M., 57. Marriage is substantially one and the same thing all the Christian world over, but the English law regards an infidel marriage as a wholly different thing to, and creating a different status from, a Christian marriage – *Warrender v. Warrender*, 9 Bligh., 89-112; 2 Cl. & Fin., 529. But full power is given under

Por su parte, a tenor de un precedente que citaba STORY en materia de incesto y sus límites en cuanto a grados de parentesco, según fuera entendido el punto conforme a los valores de cada país o cultura, parece que su opinión hubiera sido la de rechazar los matrimonios polígamos e incestuosos, en tanto fueran repugnantes a los valores de Occidente. En efecto, STORY relevaba los conflictos que se verificaban ante algunas relaciones prohibidas en ciertos Estados, pero no en otros, según el lazo familiar entre los cónyuges que impidiera su unión proviniera de la ley de la naturaleza o de la ley civil. Y sobre la cuestión, citaba un fallo de una corte norteamericana, en los siguientes términos:

[e]sta distinción entre los matrimonios incestuosos por la ley de la naturaleza, y los que son incestuosos por el código positivo ó ley consuetudinaria de un estado, ha sido plenamente reconocida por una de nuestras mas sábias [sic] cortes americanas. 'Si un estado extranjero [sic], dice la corte, permite matrimonios incestuosos por la ley de la naturaleza, como entre padre é hija, no ha de permitirse que tales matrimonios tengan validez alguna aquí. Pero los matrimonios que no son naturalmente ilícitos, sinó [sic] prohibidos por la ley de una estado y no por la de otro, si se han celebrado donde no son prohibidos, deben tenerse por válidos en un estado donde no son permitidos...'. Sería lo mas inconveniente tener por nulos todos los matrimonios celebrados en otra parte, que no estuviesen de escrupulosa conformidad con las instituciones locales de un país determinado²⁴⁵.

La cita parece sugerir que los matrimonios polígamos o en grados de parentescos tan cercanos como entre padre e hija, que la cristiandad entendía contrarios a valores irrenunciables, resultaban imposibles de ser aceptados en Occidente; sin embargo, sí parece que hubieran sido reconocibles como válidos aquellos que no atentaran contra valores esenciales, aún prohibidos, de Occidente²⁴⁶. Es probable que STORY haya estado pensando, por ejemplo, en grados de parentesco menos estrechos.

La complejidad de los eventuales conflictos entre matrimonios procedentes de diversas culturas y el posible reclamo de reconocimiento era algo que ya se avizoraba en la opinión de Lord STOWELL, en "RUDIN V. SMITH", citada también por STORY.

this Act to deal with any Christian marriage, whatever the creed, or nationality, of the parties; and provided that the grounds of jurisdiction required by this Act are present, it is no objection that the country of domicile of the parties, or that in which the marriage was celebrated, would not grant a divorce for similar grounds...".

²⁴⁵ STORY; *Comentario*; pp. 234-235.

²⁴⁶ Desde la antropología, HARRIS expresa que los matrimonios entre miembros del mismo grupo están ampliamente prohibidos y, además, ciertas modalidades de endogamia están prohibidas universalmente. Ninguna cultura tolera los matrimonios entre padre e hija o entra madre e hijo, rechazo casi universalmente extendido también a los matrimonios entre hermanos, con algunas excepciones registradas en al Antigüedad, en el Imperio Inca y en Egipto (*Antropología...*; pp. 226-227). En cuanto a las razones que se han brindado para tratar de desentrañar la interdicción del incesto en prácticamente todas las culturas, HARRIS señala que hay dos grandes grupos de explicaciones posibles: las de tipo instintivo y las que ponen énfasis en las ventajas sociales y culturales de la exogamia. Para el desarrollo de cada uno de estos grupos de causa, ver HARRIS; *Antropología*; pp. 227-233).

A pesar de su extensión, la calidad argumentativa y su pertinencia a los fines de esta investigación justifican la transcripción:

ni aun los habitantes nativos y residentes están todos comprendidos en el círculo de la ley jeneral (sic) ...aun en Inglaterra existe un cuerpo numeroso y respetable (se refiere a los judíos) distinguido por una gran singularidad de usos, que, aunque súbditos nativos bajo la protección de la ley jeneral (sic), se rijen (sic), en muchos respectos, por sus propias instituciones, y particularmente en sus matrimonios. Porque siendo la práctica de los hombres consagrar sus matrimonios por medio de ceremonias religiosas (sic), las diferencias de relijion (sic) en todos los países que admiten residentes que profesan relijines (sic) esencialmente diferentes, inevitablemente introducen escepciones (sic) en esa materia á la universalidad de la regla que hace del mero domicilio el constituyente de una sujecion (sic) ilimitada á la ley ordinaria del país... ¿Cuál es la ley del matrimonio en todos los establecimientos estrajeros (sic) situados en países que profesan una relijion (sic) esencialmente diferente?... los matrimonios se reglan por la ley del país orijinal (sic) á que aun se considera que pertenecen... Hay un jus gentium en esta materia, una cortesía que trata con ternura, ó por lo menos con tolerancia, la opinión y los usos de un pueblo distinto en esta transacción del matrimonio. Es difícil decir, á priori, hasta dónde debe la ley jeneral (sic) circunscribir su autoridad en esta materia²⁴⁷.

Si bien el precedente del que forma parte la cita y todos los ejemplos en esta contenidos (que han sido omitidos en la transcripción por razones de brevedad) se refieren al reconocimiento de matrimonios ingleses (o cristianos, en general) celebrados en sitios donde la religión oficial no era cristiana, nótese que la parte final del texto da pie a sostener que, tranquilamente, podría darse el caso inverso que aquí interesa: el reclamo de reconocimiento de un matrimonio celebrado según costumbres y prácticas religiosas exóticas a las occidentales. Y, más aun, permitiría sugerir la posibilidad de su admisión como válido, fundado en razones de tolerancia²⁴⁸.

VÉLEZ SASFIELD, por su parte, al redactar el Código Civil argentino, sancionado en 1869, siguió fielmente a STORY, y, de tal suerte, impidió el reconocimiento del matrimonio polígamo celebrado en otro país. En efecto, en el art. 159, texto original, establecía: “[l]a validez del matrimonio, **no habiendo poligamia o incesto**, es regida por la ley del lugar en que se ha celebrado, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio por no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen” (el destacado es del presente)²⁴⁹. En esa dirección, el texto actual del Código Civil argentino, a pesar de las

²⁴⁷ STORY; *Comentario*; pp. 238/239.

²⁴⁸ Concretamente, en la parte que dice: “[h]ay un jus gentium en esta materia, una cortesía que trata con ternura, ó por lo menos con **tolerancia**, la opinión y los usos de un pueblo distinto en esta transacción del matrimonio” (el destacado es del presente).

²⁴⁹ En la nota al art. 159, acudiendo a la autoridad de STORY y de SAVIGNY, entre otros, VÉLEZ SANSFIELD profundiza en los argumentos que fundamentan el rechazo a la poligamia y el incesto (*Código Civil de la República Argentina redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield y sancionado como ley por el Honorable Congreso de la República. Completo en un tomo con las notas*; Buenos Aires; Pablo E. Coni editor; 1874; pp. 28-29).

múltiples reformas que ha sufrido la institución matrimonial desde su sanción²⁵⁰, continúa rechazando la posibilidad de reconocer los matrimonios polígamos. En efecto, el art. 160 establece que “[n]o se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si mediaren algunos de los impedimentos de los incisos 1°, 2°, 3°, 4°, 6° o 7° del artículo 166”. Por su parte, el inciso 6 del art. 166 establece como impedimento para contraer nupcias al matrimonio anterior, mientras subsista. Además, los incisos 1, 2, 3 y 4 establecen los impedimentos en razón del parentesco, es decir, los casos de incesto que, en consecuencia, tampoco pueden ser admitidos como matrimonios válidos, a pesar de estar permitidos en el lugar de celebración.

Similar es la cuestión en España, donde el Código Civil establece como impedimento matrimonial el estar ligado por un vínculo conyugal anterior (art. 46). Asimismo, establece los grados de parentesco para determinar el incesto (art. 47), que, desde luego, es otro impedimento matrimonial. Todo matrimonio celebrado en violación de tales impedimentos es nulo, salvo los casos expresamente previstos de ciertos vínculos familiares que admiten dispensa (art. 73).

Pues bien, esbozados estos principios rectores en Occidente sobre poligamia e incesto, hay que decir que los actuales paradigmas en materia de principios constitucionales, pueden poner en jaque, o al menos cuestionar en alguna medida, el tradicional rechazo a los matrimonios viciados por tales extremos, cuando los contrayentes provengan de una cultura en la que el asunto se gobierne por otros principios y valores culturales, religiosos y/o jurídicos. E, incluso – como se verá más adelante acerca del incesto–, tales impedimentos actualmente pueden llegar a ser cuestionados dentro de la misma cultura mayoritaria o predominante.

En primer lugar, el principio de no discriminación, acogido en los tratados de derechos humanos de mayor relevancia, impide tratar a las personas de manera diferente con base en motivos de raza, religión o nacionalidad, entre otros²⁵¹. A su vez,

²⁵⁰ La ley 17.711, de 1968, fue la primera en introducir fuertes reformas. Más tarde, en 1985, la ley 23.515 introdujo el divorcio vincular. En 2009, la ley 26.579 introdujo modificaciones al matrimonio entre menores de edad. Por último, la ley 26.618, de 2010, legisló el llamado matrimonio igualitario; es decir, el matrimonio entre personas del mismo sexo.

²⁵¹ La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 7, reza: “[t]odos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece en su art. 1 que los Estados parte “...se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas ó de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contiene una norma análoga en su art. 2, en tanto prescribe que los Estados parte “...se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. En igual sentido, el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –profundizado en el Protocolo XII– prohíbe la discriminación al esta-

los instrumentos internacionales consagran ampliamente el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia y, en lo que hace específicamente a la protección de los mismos, también garantizan el principio de no discriminación²⁵².

Como indiqué antes, el derecho a fundar una familia implica la posibilidad de procrear y de que sus miembros vivan juntos²⁵³. Ahora bien, de la jurisprudencia de los órganos internacionales que aplican los instrumentos en análisis, parece desprenderse que no existiría un concepto de familia uniforme o cerrado y que el mismo debería abarcar lazos que implicaran vida en común por fuera del matrimonio²⁵⁴. Esta idea, aunada a la amplitud del principio de no discriminación, daría pie a interpretaciones como las que critica GAMBINO²⁵⁵, según las cuales de darse el caso de una petición, el matrimonio polígamo debería ser reconocido en Occidente, por respeto al principio que prohíbe disparidades de tratamiento irrazonables.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el derecho internacional de los derechos humanos en materia de requisitos específicos para contraer matrimonio siempre remite al derecho doméstico de los Estados parte. Es cierto que lo hace siempre y cuando no se viole el principio de no discriminación, pero también lo es que exige la observancia sistemática de todos los derechos relacionados comprometidos. En esa perspectiva, el matrimonio polígamo colisiona con los valores fundamentales de la so-

blecer que “[e]l goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

²⁵² El art. 17.2 de la CADH establece que “[s]e reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, **en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención**” (los destacados son del presente). Con similar alcance, el art. 16 de la DUDH establece que “[l]os hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, **sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión**, a casarse y fundar una familia...” (los destacados son del presente).

Marcando un cambio de redacción respecto de la CADH, el art. 23 del PIDESC, establece que “[s]e reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello”. A su vez, el art. 10.1 asegura que “[s]e debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles”. Como se ve, en este caso no se alude al principio de no discriminación en materia específica de matrimonio y familia —he ahí el cambio de redacción en cuestión, en comparación con la CADH—, sin embargo es aquel una directriz de interpretación y aplicación de todo el pacto, de modo tal que también debería abarcar a estas instituciones.

En igual tónica que el PIDESC, el art. 12 de CEDH, establece que “[a] partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. Nuevamente, a diferencia de la CADH, el convenio no dice que estas leyes no deban ser contrarias al principio de no discriminación. No obstante, por ser aquel un pilar hermenéutico y de aplicación de todo el instrumento, también parecería que debería iluminar al matrimonio y a la familia.

²⁵³ BELOFF; comentario al art. 17 de la CADH en Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario; p. 395.

²⁵⁴ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 142. Otro tanto surge del fallo del TEDH, Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido, (No. 21830/93), Sentencia de 22 de abril de 1997, párr. 36.

²⁵⁵ GAMBINO; *Inmigración, ciudadanía*; p. 156/157.

ciudad occidental, y esto no va en desmedro de nacionalidad o religión alguna. De hecho, una unión de esas características no sería aceptable sin que importara que proviniera de un Estado o de otro; o de la religión de una nación, de una tribu o de un Estado. En efecto, lo que resulta reñido con los valores esenciales y con la forma de organización social básica de esta parte del mundo es la multiplicidad de lazos, incluso aunque no se tratara de matrimonios celebrados según rito o formalidad alguna²⁵⁶. En efecto, tampoco serían admisibles uniones civiles o concubinatos múltiples, en el sentido que se entienden por estas latitudes, si se solicitara un reconocimiento.

Piénsese incluso en el caso de las leyes de matrimonio entre personas del mismo sexo de Argentina o de España. A pesar del cambio fundamental de la concepción de familia que han entrañado y de los acalorados debates y posiciones ideológicas y políticas diversas a que han dado lugar –con heridas aún abiertas en algunos sectores–, en ningún momento han puesto en tela de juicio la subsistencia de las uniones conyugales previas, como impedimento matrimonial. Este resulta un argumento realmente contundente, puesto que ni las organizaciones que congregan a militantes de los derechos de los homosexuales ni los legisladores e intelectuales que han dado batalla en pos de esta legislación han reclamado la posibilidad de uniones múltiples simultáneas.

En efecto, la exclusividad del vínculo va de la mano de la noción de dignidad humana, estandarte y pilar de todos los derechos humanos y cada uno es derivación de aquella. A eso se suma que la poligamia –en su forma más común verificada durante la historia y aún remanente: la poliginia²⁵⁷– está reñida también con los reclamos de derechos humanos propios de la ideología de género, en tanto importa un trato absolutamente desigual entre hombres y mujeres. Los primeros pueden tener múltiples esposas; mientras que las segundas, un solo marido que no les debe fidelidad como sí ellas a él. Se trata, en definitiva de una forma de sometimiento de la mujer al varón, al margen de toda protección patrimonial que se quiera aducir en su favor.

Prueba de su difícil compatibilidad con los derechos humanos fundamentales es que, incluso en el mundo islámico²⁵⁸ e hindú, que es donde todavía se registra la

²⁵⁶ PÉREZ DEL VALLE recuerda que, si bien por fundamentos diversos, ya KANT y HEGEL sostenían la monogamia. El primero, en *Metafísica de las costumbres*, lo hacía con base en la igualdad; el segundo, en *Elementos de la filosofía del derecho*, lo hacía en relación con la individualidad de la persona (*¿Es posible la protección?*; p. 316, nota 345).

²⁵⁷ La poliandria, si bien ha existido, ha sido un fenómeno muchísimo menos frecuente que el de la poliginia.

²⁵⁸ Todavía se la practica en las culturas árabes, como en Arabia Saudita y los Emiratos Árabes Unidos.

poliginia en mayor medida, no todos los Estados ni grupos la admiten. Antes bien, en muchos sitios es o bien condenada y prohibida²⁵⁹ o, como mínimo, no fomentada²⁶⁰.

La Recomendación N° 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer²⁶¹, sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, que pone precisamente de resalto la desigualdad entre los sexos que importa aquella práctica. Ese documento, en el apartado específico sobre poligamia, expresa:

[e]n los informes de los Estados Partes también se pone de manifiesto que la poligamia se practica en varios países. La poligamia infringe el derecho de la mujer a la igualdad con el hombre y puede tener consecuencias emocionales y económicas, tan graves para ella, al igual que para sus familiares a cargo, que debe desalentarse y prohibirse. El Comité observa con preocupación que algunos Estados Partes, en cuyas constituciones se garantiza la igualdad de derechos, permiten la poligamia de conformidad con el derecho de la persona o el derecho consuetudinario, lo que infringe los derechos constitucionales de la mujer y viola las disposiciones del apartado a) del artículo 5 de la Convención.

A mayor abundamiento, en la misma recomendación, el Comité expresamente indica que los Estados Partes deben exigir la inscripción de todos los matrimonios, tanto los civiles **como los contraídos de conformidad con costumbres o leyes religiosas**. De esa forma, el Estado podrá asegurar la observancia de la Convención e instituir la igualdad entre los cónyuges y la prohibición de la bigamia o la poligamia, entre otros extremos a asegurar²⁶².

Esta última prescripción resulta contundente para avalar que el categórico rechazo a las uniones maritales múltiples de las legislaciones occidentales y, en particular, de la argentina y la española, en nada afectan al principio de no discriminación. En primer término, el rechazo de la poligamia no está orientado a diferenciar el trato en razón de la nacionalidad o la religión, sino que cualquiera sea el país de origen de los cónyuges o de celebración de las uniones y sea cual sea la religión de ellos, en todos los casos se descarta la poligamia. Es decir que, lejos de darse una eventual discriminación, habría igualdad de trato; dicho en otros términos: no se discriminaría a las personas por sus cualidades individuales, sino a determinados comportamientos, incompatibles con el ordenamiento jurídico y social.

En segundo lugar, en caso de apreciarse una colisión de derechos, como podría ser el de formar una familia según las propias costumbres o valores y el derecho

²⁵⁹ Como ocurre en los países árabes seculares, tales como Líbano y Túnez y en los países musulmanes no árabes, como Turquía y Malasia.

²⁶⁰ En rigor, el hinduismo no prohíbe la poligamia, pero tampoco la fomenta. Sin embargo, en la actualidad está prohibida por las leyes de la India, en especial en el marco del matrimonio hindú. Solo a los musulmanes del país les está permitido tener varias esposas.

²⁶¹ Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Recomendación General Nro. 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (1994), párr. 16.

²⁶² Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Recomendación General Nro. 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (1994), párr. 39.

al trato igualitario entre hombres y mujeres, este último parece tener prevalencia por especificidad respecto de aquel. De hecho, existen instrumentos internacionales que ahondan sobre este último, mientras que aquel es más genérico.

Similares consideraciones en términos de derechos fundamentales merecen los casos de incesto, en aquellos grados de consanguinidad cuya proximidad no permita hacer excepciones que habiliten el matrimonio. Su incompatibilidad con los valores de Occidente es tal, que sería muy difícil reconocer como válido un matrimonio celebrado en una cultura diversa entre, por ejemplo, un padre y una hija. La misma recomendación del Comité de aplicación de la CEDAW ya citada dice: “[a] reserva de ciertas restricciones razonables basadas, por ejemplo, en la corta edad de la mujer o en la **consanguinidad con su cónyuge**, se debe proteger y hacer cumplir conforme a la ley su derecho a decidir si se casa, cuándo y con quién” (el destacado es de la presente).

Sin embargo, a la par de lo anterior y teniendo en cuenta que en cuestiones matrimoniales el derecho internacional siempre remite a los ordenamientos internos de los países, hay que decir que la cuestión del incesto, sobre todo en determinados grados, es un tema sobre el que los Estados occidentales no tienen una posición común y que, además, desde otras disciplinas que no pueden dejar de informar la cuestión –la psicología, la biología y la antropología– se pone en serias dudas la conveniencia de su prohibición legal. Por lo menos veinte países europeos admiten esa práctica, en tanto consentida, entre hermanos mayores de edad²⁶³ e, inclusive, en algunos de los sitios donde hay previsiones legales su contra, el asunto no parece cerrado a cuestionamientos, porque las previsiones legales no han evitado su ejercicio, lo que mueve la reflexión hacia la posibilidad de admitirlo, entre adultos libres y responsables. Tan así es que Portugal y Serbia lo despenalizaron, en 1983 y 2006, respectivamente; mientras que en Suiza se presentó un proyecto de ley en igual sentido, en 2010²⁶⁴, que provocó un enardecido debate acerca de la conveniencia quitarlo del catálogo penal²⁶⁵. Las posi-

²⁶³ Conforme datos extraídos de la sentencia recaída en “STÜBING V. GERMANY”, citada por ZHOU; *The Incest Horrible*; p. 201; nota 72: “Out of thirty-one Council of Europe Member States, sixteen States (Albania, Austria, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Finland, Greece, Iceland, Ireland, Liechtenstein, Macedonia, Moldova, San Marino and Slovakia) the performance of consensual sexual acts between adult siblings is considered a criminal offence, while in fifteen of them (Armenia, Azerbaijan, Belgium, Estonia, Georgia, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Monaco, Montenegro, Portugal, Serbia, Slovenia and Ukraine) it is not punishable under criminal law... and were not subject to criminal liability in five further countries (France, the Netherlands, the Russian Federation, Spain and Turkey)”.

²⁶⁴ ZHOU; *The Incest Horrible*; p. 201.

²⁶⁵ ZHOU da cuenta de que, en el contexto de discusión del proyecto desincriminatorio suizo, quedaron en evidencia profundas diferencias entre quienes lo apoyaban y quienes se oponían. Uno de los argumentos para despenalizar la conducta era su baja incidencia en la población suiza (solo tres casos desde 1984 hasta 2010). Al discutirlo, mientras un parlamentario afirmó no encontrar nada malo en el incesto consentido, al que calificó de una cuestión moral compleja, que no debía ser resuelta por el derecho penal; otro le respondió que el homicidio también era muy poco frecuente en Suiza, a pesar

ciones en torno a esta problemática se caldearon todavía más a partir de un caso registrado en Alemania en 2008, que conmocionó a la opinión pública. Se trataba de una pareja de hermanos que tenían cuatro hijos en común; al hombre se le imputó el delito de acceso carnal entre parientes, contemplado en el StGB²⁶⁶. Si bien el Tribunal Constitucional se pronunció por la constitucionalidad de la ley²⁶⁷, postura que luego fue ratificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁶⁸ al resolver que Alemania no había violado el art. 8 del Convenio Europeo que tutela el derecho a la vida privada y familiar²⁶⁹, lo cierto es que el caso despertó un encendido debate en sectores sociales y académicos²⁷⁰, que incluyó la consulta al *German Ethics Council*, organismo que expresó su opinión no prohibitiva, dictaminando que el intercambio sexual consentido entre hermanos adultos, a futuro, no debería ser resuelto por el derecho penal²⁷¹.

Al respecto se ha observado que hay una diferencia entre el hecho del parentesco y el hecho de la crianza endogámica. Es decir, no todos los niños que se crían juntos son parientes de sangre y, a su vez, niños unidos por parentesco sanguíneo bien pueden no crecer juntos. Esta diferencia cobra relevancia para el análisis de las razones que llevan al derecho penal a sancionar el incesto, en tanto el tabú que la sociedad experimenta de cara a esa práctica parece estar más vinculado a motivos derivados de la crianza que la biología²⁷². También con espíritu crítico frente a la sanción del incesto, GRECO considera que, por más que históricamente se lo haya considerado inmoral, es una conducta que pertenece al ámbito de la autonomía individual, en el que no cabe

de lo cual nada sugeriría quitarlo de los catálogos legales (*The Incest Horrible*; p. 201; HALL; *Switzerland considers repealing incest laws*).

²⁶⁶ § 173. Acceso Carnal entre parientes

(1) Quien realice acceso carnal con un descendiente consanguíneo, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) Quien practique el acceso carnal con un pariente consanguíneo en línea ascendiente, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa; esto rige también cuando la relación de parentesco haya terminado. De la misma manera serán castigados hermanos consanguíneos que practiquen el acceso carnal entre sí.

(3) Descendientes y hermanos no serán castigados de acuerdo con este precepto, cuando ellos al tiempo del hecho no tuvieran 18 años de edad.

²⁶⁷ BVerfG, 2 BvR 392/07; 26/02/2008; [http://www.bverfg.de/e/rs20080226_2bvr039207.html]. Para consultar la repercusión en la prensa de este caso, *Alemania mantiene la ley que criminaliza el incesto*; El País; 13/03/2008; *El Constitucional alemán mantiene la penalización del incesto*; abc.es; 13/03/2008; *Incesto: ¿ilegal e inmoral?*; DW.com; 12/04/2012.

²⁶⁸ TEDH; “STUBING V. GERMANY”; No. 43547/08 (2012).

²⁶⁹ ARTÍCULO 8 Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

²⁷⁰ Ver al respecto SOKOL; *What's so wrong with incest? The case of Stübing v Germany*.

²⁷¹ ZHOU; *The Incest*; p. 202.

²⁷² ZHOU; *The Incest*; p. 202.

intromisión de los poderes públicos y, por eso mismo, tampoco sanción penal²⁷³. A su criterio, es insostenible la proporcionalidad de la intervención con base en la afectación de la familia, de la sociedad o de los hijos, porque eso reduciría el núcleo inviolable de conformación de la vida privada a la nada.

En síntesis, de peticionarse el reconocimiento de un matrimonio polígamo²⁷⁴ o incestuoso²⁷⁵, se estaría ante un verdadero conflicto cultural que pondría en serios aprietos al derecho doméstico acerca de la pertinencia de considerarlo válido, sobre todo en términos de protección a los derechos fundamentales de los contrayentes y también de sus hijos²⁷⁶. Las particularidades de cada unión y de cada familia que se haya formado a raíz del vínculo conyugal, seguramente impidan dar una respuesta concluyente en abstracto, acerca de si habrá que tener por válidas o no las uniones múltiples o entre parientes, en todos los casos²⁷⁷. Lo que sí parece probable es que sean necesarias respuestas ante cada supuesto particular, que atiendan a cuestiones patrimoniales, de sucesión o de filiación, apelando a las reglas del derecho común. Se trataría de respuestas por vía de equidad, es decir de buscar la justicia en el caso concreto.

²⁷³ Citado por PÉREZ DEL VALLE en *Límites a la tolerancia*; p. 906.

²⁷⁴ Supuesto que podría tener particular importancia en materia de pedidos de reunificación familiar por parte de inmigrantes que tuvieran más de una unión conyugal, celebradas de acuerdo a las leyes de su país de procedencia. Al margen de que los ordenamientos jurídicos nacionales puedan prever la imposibilidad de pedir la reunificación de más de una esposa (como ocurren en la ley española LO 4/2000), eso no significa que algún particular no pueda reclamar tal derecho, incluso en instancias supranacionales.

²⁷⁵ En aquellos países donde no se encuentra permitido.

²⁷⁶ ARRESE IRIONDO estima que es probable que, a futuro y en razón del fenómeno de la inmigración, pueda llegar a ser necesario abordar la protección de la familia desde el punto de vista de la multiculturalidad, en razón de la irrupción en Europa de modelos familiares desconocidos en la cultura local y aceptados por las legislaciones de los países de origen, como serían los constituidos a partir de matrimonios poligámicos o poliándricos (*Multiculturalidad*; pp. 197-214).

²⁷⁷ OLMOS ORTEGA da cuenta de que la Dirección General de los Registros y del Notariado de España ha dictado varias resoluciones en las que ha expresado que el matrimonio polígamo se opone frontalmente a la dignidad constitucional de la persona y a la concepción española de matrimonio, por lo que la excepción del orden público internacional no puede permitir la inscripción de un matrimonio múltiple (*El matrimonio*; p. 213). La autora comparte los fundamentos de esas resoluciones, en el sentido de que el matrimonio polígamo no resulta admisible a la luz del texto de la C.E. y de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (p. 213 y ss). No obstante, para que ese rechazo, basado en el principio de dignidad humana, no se transforme en una forma de cuestionamiento a la legitimidad de una costumbre cultural ajena, que niegue el valor de la diversidad, sugiere la posibilidad de establecer diversos modelos de contrato matrimonial, en los que se privilegie la autonomía de la voluntad de los contrayentes, pero solo si tales pactos no son violatorios de la libertad, la igualdad y la dignidad de los esposales, todos ellos, valores básicos e irrenunciables. Así, se respetarían los derechos humanos básicos y, a la vez, los valores fundamentales de las minorías (pp. 216-218).

b) Derecho a la preservación de la propia cultura a través de la educación.

En 1972, en “WISCONSIN VS. YODER”²⁷⁸, la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo que conocer acerca del conflicto suscitada a raíz de la negativa de la comunidad religiosa de los *amish* a cumplir una norma estadual que imponía la escolaridad obligatoria hasta más allá de la escuela elemental, en establecimientos públicos, incumplimiento que había desembocado en una condena y en el pago de una multa. Es decir, se trataba de un conflicto entre los intereses del Estado en materia educativa y el derecho subjetivo constitucional a preservar la religión y la cultura.

La Corte tuvo por probado que la vida alejada del mundo moderno y de los valores que este encarnaba constituía, precisamente, el centro de la fe religiosa de los *amish*. También reconoció que la escuela secundaria promovía valores tales como la competencia en el aula y en los deportes, el éxito y el individualismo y era impartida por docentes que hasta podían ser hostiles con las convicciones religiosas de aquel grupo. Los peritos convocados por el tribunal efectivamente concluyeron que obligar a los jóvenes *amish* a asistir a establecimientos donde se transmitieran valores ajenos a los del grupo podría acarrearles trastornos psicológicos y provocar la extinción del estilo de vida de la comunidad. Aunque se aceptaba el derecho de los *amish* a la preservación de sus valores y el de los padres a decidir la educación de sus hijos, reconoció el poder del Estado para imponer reglas razonables sobre el control y la duración de la escolaridad obligatoria, en razón de su responsabilidad en materia de educación de los ciudadanos. Ese elevado interés sustantivo –siempre según la Corte– debía equilibrarse con el derecho de los padres a decidir y orientar la educación religiosa de sus hijos y el de comunidad *amish* a la autoconservación. De esta forma, el tribunal sostuvo que el interés estatal en la educación no debía ejercerse de manera absoluta ni excluir o subordinar el resto de los intereses comprometidos en el asunto. Respecto del conflicto a resolver, el tribunal interpretó que en la posición del estado de Wisconsin subyacía la presunción equivocada de que la formación *amish* no preparaba para la vida.

En definitiva el caso fue resuelto por mayoría, en el entendimiento de que la libertad de culto de los *amish* resultaba conculcada por la exigencia adicional de dos años de escuela secundaria al ciclo elemental y el mínimo de educación formal exigible por el Estado se satisfacía plenamente con los ocho años de educación elemental, que los niños en cuestión ya habían cumplido.

Resulta de interés destacar que la Corte sostuvo que el concepto de libertad dentro de un orden impide que cualquier persona establezca sus propios paráme-

²⁷⁸ Para el estudio pormenorizado del caso, ver GELLI; *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*; p. 346 y ss. También lo aborda GOWLAND MITRE; *Los menonitas y la obligación escolar*.

tros de vida y de conducta en los que la sociedad en su conjunto tenga involucrado un interés sustantivo. Pero, tras analizar la forma de vida de los *amish* y el hecho de que no rechazaban la educación para sus hijos como tal, para sumirlos en la ignorancia, sino que les proporcionaban una diferente a la formal y convencional, manifestó que “...una forma de vida que es original y aun errática, si no interfiere con derechos o intereses de terceros, no puede ser condenada sólo porque es diferente”²⁷⁹. La nota de interés que pretendo destacar es el baremo de la no interferencia con los derechos o intereses de terceros –que el tribunal tuvo por acreditada respecto del modelo de educación de la comunidad *amish*– como límite para que una persona pueda fijar sus propios parámetros de conducta.

La solución dada a este caso evidencia una vez más que hay conflictos culturales –como el vinculado con el derecho a elegir la educación de los hijos según los valores y tradiciones de pertenencia– que plantea serios conflictos para nuestros estados occidentales, si se pretende dar una respuesta respetuosa del pluralismo. No obstante, en “WISCONSIN VS. YODER”, evidentemente, se halló una solución jurídica, en la que, una vez más, el límite al ejercicio de los derechos pasó por la afectación a terceros y a los valores estructurales del Estado. Un aspecto delicado, sin embargo, es que entre los terceros afectados por la decisión de no recibir educación formal pueden encontrarse los propios menores a quienes se los priva del acceso a la misma educación que se asegura al resto de sus connacionales y que les permite al acceso al conocimiento y valoración de una cultura, sin dudas distinta a la de sus padres, pero que ellos eventualmente tendrían derecho a adoptar en libertad. Este aspecto también tendría que ser sopesado en cada caso análogo al de los *amish*.

Posiblemente, la solución hubiera sido otra si el grupo reclamante hubiera propuesto educar a sus jóvenes en la violencia armada o en el desprecio a las mujeres o en cualquier otra manifestación culturalmente repugnante al sentir nacional plasmado en los valores constitucionales. En tal hipótesis, ya no podría haberse hablado de la no interferencia con derechos e intereses de terceros, fueran individuales o supraindividuales, puesto que se habría cruzado la frontera de lo intolerable para el derecho oficial.

Sin embargo, no todos los conflictos tienen tal nitidez como estos ejemplos extremos que acaban de proponerse. Los *amish* o los hutteristas o cualquier grupo religioso afín se caracteriza por coartar la autonomía de la voluntad de sus miembros en una serie de aspectos, que podrían resumirse en el esfuerzo por lograr que aquellos no abandonen el grupo, para lo cual es imprescindible que no cuestionen sus principios y sus fines. Es decir, no rige la libertad para decidir permanecer o no en el grupo. Eso es justamente lo que explica que se trate de evitar al máximo que los niños, en la escuela,

²⁷⁹ Cita tomada de GELLI; *Constitución de la*; p. 347.

tomen contacto con otros modelos y estilos de vida, que podrían llevarlos a interpelarse sobre los de su grupo de pertenencia.

Argentina registra un caso emblemático al respecto, ocurrido en la década de 1990, resuelto a través de un acuerdo entre un gobierno provincial y una comunidad religiosa. Se trata del famoso caso de los menonitas²⁸⁰, una antigua comunidad religiosa cristiana, quienes adoptan la sencillez y la austeridad como modo cardinal de vida. Afincados pacíficamente en la provincia argentina de La Pampa, movidos por el celo de sus valores y costumbres, que procuraban cuidar y conservar, aspiraban a que sus niños y jóvenes fueran educados en escuelas propias del grupo, para evitar el contacto con una cultura que estimaban incompatible con su fe; como se ve, regían al interior del grupo restricciones para que sus miembros ejercieran autónomamente facultades críticas de su forma de vida. Al incumplir la norma estatal que obligaba a mandar a sus hijos a escuelas públicas, estatales o privadas, el caso era todavía más extremo que el de los *amish*, quienes al menos habían enviado a sus niños al ciclo elemental obligatorio de educación pública.

El conflicto se suscitó, entonces, entre las autoridades de la colonia menonita y las autoridades del gobierno provincial de La Pampa, quienes pretendían imponer la escolarización obligatoria de los niños. El argumento del Estado provincial era su obligación de proteger los intereses de los menores, dando cumplimiento a las normas legales. Una de las manifestaciones más trascendentes de esa obligación –según las autoridades públicas– era la enseñanza del idioma español, ya que los menonitas empleaban y enseñaban a sus hijos el alemán arcaico.

Tras una negociación entre el Ministerio de Educación de la provincia y las autoridades comunitarias, se acordó precisamente una solución alternativa de base dialogal. Según el régimen especial consensuado, se acordó que la comunidad recibiría a maestros públicos que garantizarían ciertos contenidos mínimos, entre los que se destacaba el aprendizaje del idioma castellano.

GELLI destaca que, aunque se encontraban en juego principios constitucionales inherentes a derechos de las personas y fuertes intereses estatales, los art. 19²⁸¹ y 28²⁸² de la C.N. permitieron encontrar un camino satisfactorio para resolver el conflicto. Para ello –interpreta– fue fundamental ponderar si los menonitas, al mantener

²⁸⁰ El caso es tratado por GELLI en *Constitución de la*; p. 348 y en *El caso de los Menonitas: Entre el derecho a la libertad y los deberes del Estado en materia educativa*. También se ocupan de él GOWLAND MITRE; *Los menonitas* y NAVARRO FLORIA; *Objeción de conciencia en la Argentina*.

²⁸¹ Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

²⁸² Artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

a los menores alejados del modo de vida de la sociedad moderna, causaban a los niños y jóvenes algún tipo de perjuicio. Si no lo hacían, el Estado no podía imponerles educación compulsiva. Al efectuar esa ponderación, recurría

a un equilibrio razonable entre los intereses constitucionales en juego, la libertad de vivir conforme a las propias convicciones y la atribución estatal de garantizar la educación a los ciudadanos. Solución, por otro lado, compatible con una interpretación situada del derecho a la identidad y pluralidad cultural, reconocida en el art. 75, inc. 19²⁸³, de la Constitución argentina²⁸⁴.

Una visión diferente sobre este tipo de conflictos es la que plantea KYMLICKA, quien –marcando un contrapunto con los pensadores comunitaristas²⁸⁵– sostiene que debe privilegiarse siempre la autonomía de la voluntad individual, antes que la posibilidad del grupo de garantizar sus valores por sobre los individuos. En efecto, con referencia también al caso “WISCONSIN VS YODER” –relativo a los *amish*– y a los casos de los hutteritas y menonitas, destaca que estas comunidades intentan a toda costa que a sus miembros les resulte muy difícil abandonar el grupo, para lo cual es indispensable limitar el contacto de los niños con el mundo exterior. Contestes con su punto de vista, entienden que la libertad de religión protege la libertad del grupo de vivir de acuerdo con su doctrina y no la de los individuos de elegir su propia religión. Según KYMLICKA, en “WISCONSIN VS. YODER”, la Corte Suprema de Estados Unidos aceptó la posición de los *amish*, pero esa argumentación solo es sustentable si se renuncia a la autonomía individual en el ámbito público; es decir, si se descarta la capacidad individual de formar y revisar los fines personales²⁸⁶.

Como se ve, si bien hay mecanismos constitucionales y dialogales para solventar conflictos de la naturaleza de los tratados en este sub-apartado, los puntos de vista en los que se apoyen las soluciones dependerán de posicionamientos filosófico-políticos, que se traducirán en la imposibilidad de satisfacer la opinión de todos los sectores sociales y, en ocasiones, siquiera de todos los actores²⁸⁷.

²⁸³ Artículo 75.- Corresponde al Congreso:... 19... Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

²⁸⁴ GELLI; *Constitución de la*; p. 349.

²⁸⁵ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 225. Los comunitaristas sostienen que los grupos religiosos y culturales deberían poder proteger siempre sus fines constitutivos, aun a costa de la autonomía de sus miembros (p. 225). Se profundizará sobre esto al abordar la cuestión de la tolerancia, en el capítulo II.B.

²⁸⁶ KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 222-223. Destaca que este tipo de comunidades religiosas no están interesadas en preparar a sus niños para la vida política, sino exclusivamente en sus propias comunidades. Solo les interesa la “necesidad de obediencia” (p. 223, nota 8).

²⁸⁷ Ante soluciones que privilegiaran la defensa de la autonomía individual de los miembros de los grupos, estos no estarían satisfechos y sentirían afectado su derecho a vivir conforme sus propios fines. Ver especialmente el análisis de las posiciones de RAWLS y de KYMLICKA en materia de tolerancia, abordadas en el capítulo II.B.

c) El caso de los símbolos religiosos en lugares públicos.

Un aspecto complejo de la libertad religiosa entendida como la facultad de exteriorizar de manera múltiples el culto al que se adhiere –entre ellas, la exhibición de símbolos y signos religiosos y litúrgicos en los ámbitos públicos como privados–, como así también la abstención de toda manifestación al respecto, es el que tiene lugar en las sociedades democráticas, pluralistas y multiculturales respecto los límites a esas manifestaciones con relación a los grupos que no profesan la misma fe. Incluso, la tensión también se verifica con relación a la profesión de fe o religión mayoritaria, respecto de las minoritarias. Dicho en otras palabras, ¿la libertad religiosa ampara a la mayoría social que abrace una fe determinada para exhibir en sitios públicos los símbolos de su credo? ¿O, en virtud del pluralismo, debe en este caso privilegiarse a las minorías que también concurren o utilizan esos lugares, en los que además se ejerce la autoridad estatal, sin poder sustraerse a tales exhibiciones que expresan, en definitiva, adhesión o complacencia a una religión? Reflexiones análogas pueden hacerse en punto a la libertad ideológica.

1. Alemania debió enfrentar esta cuestión problemática de la que da cuenta un célebre precedente del Tribunal Constitucional Federal Alemán²⁸⁸, conocido como el “caso de los crucifijos en las escuelas públicas” o “sentencia del crucifijo”²⁸⁹, suscitado en virtud de que la Ordenanza para las escuelas primarias del Estado de Baviera, del 21 de junio de 1983, exigía la instalación de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas. El Tribunal declaró la inconstitucionalidad del precepto en cuestión, por entender que “la presencia de una cruz o de un crucifijo, en las aulas de una escuela pública, lesiona el derecho fundamental a la libertad religiosa reconocido en el artículo 4.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949”²⁹⁰. La Corte hizo la salvedad no obstante de que tal inconstitucionalidad existía siempre que no se tratara de una escuela confesional cristiana.

Para sustentar la violación a la libertad de creencia y de conciencia, el Tribunal afirmó que la cruz tenía carácter apelativo y mostraba los contenidos de fe que simbolizaba como ejemplares. Agregó que era exhibida a jóvenes que, en razón de su corta edad, todavía no habían consolidado sus convicciones, que estaban en proceso de desarrollar capacidad crítica y que eran influenciables. Agregó que la influencia a ejercer sobre los jóvenes no podía reducirse a un signo general de la tradición cultural occidental y que la fe cristiano no era compartida por todos los miembros de la socie-

²⁸⁸ BVerGE 93, 11 (16/5/1995).

²⁸⁹ El caso es tratado por GELLI; *Constitución de la*; pp. 177-178 y 352-354 y por GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ; *La polémica “sentencia del crucifijo”*; pp. 347-356.

²⁹⁰ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ; *La polémica*; p. 347.

dad, en ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de creencia y de conciencia, que debía ser tutelada.

Sobre el alcance de tal derecho, el Tribunal sostuvo que el artículo 4.1 garantizaba la “libertad de vivir y comportarse según creencias propias y al margen de otras”²⁹¹. Una de sus manifestaciones era la posibilidad individual de decidir qué símbolos religiosos se reconoce o venera y cuáles se rechaza. De la libertad de creencias se derivaba –continuó– el principio de neutralidad del Estado en lo que a religión y confesiones se refiere, en virtud del cual el Estado no podía privilegiar ninguna creencia religiosa por sobre las demás. Entonces, en atención a que la cruz era el símbolo por antonomasia de la fe cristiana, el principio de tolerancia, que expresamente invocó, impedía que la escuela reclamara o pretendiera una especial vinculación con la fe cristiana.

Y, en orden a las preguntas retóricas que formulábamos más arriba, la Corte trazó un criterio muy relevante en términos de tutela constitucional a la libertad de creencias en general. En efecto, sentenció que el conflicto que surgía entre la libertad negativa de creencias de uno y la positiva de otros no podía resolverse según el principio de la mayoría. Ello por cuanto, precisamente, en su esencia el derecho a la libertad de conciencia procura respetar, de manera especial, a las minorías. Esta fue la forma en la que se procuró una solución jurídica de equilibrio a los derechos fundamentales en juego; en rigor el mismo derecho, con distintos titulares²⁹².

2. En Argentina, donde la tradición católica es muy fuerte a la vez que también lo es la convivencia respetuosa entre quienes profesan credos diferentes, se originó una controversia judicial a raíz de la entronización de una imagen de la Virgen de San Nicolás, debajo de la estatua de la Justicia que se encuentra en el hall de entrada del Palacio de Tribunales²⁹³, donde, entre muchas otras dependencias, se encuentra la sede de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los peticionantes (dos abogados y una asociación civil), mediante una acción de amparo, incoaron la inconstitucionalidad de la autorización dada por la Corte Suprema para emplazar la imagen, fundando su planteo en que la presencia del ícono era violatoria de la Constitución Nacional, de la Convención Americana de Derechos y Humanos y del Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos, por hacer mella en el derecho a la no discriminación religiosa y a la existencia de una justicia independiente.

En primera instancia se resolvió que la presencia de la imagen en la sede de uno de los poderes del Estado implicaba un compromiso institucional peligrosamente

²⁹¹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ; *La polémica*; p. 350.

²⁹² Debe destacarse que en Alemania, de todos modos, las mayorías cristianas en las escuelas públicas tienen acceso a clases de religión y a oraciones de manera voluntaria. Estas, desde luego, no estaban en discusión en el fallo jurisprudencial.

²⁹³ Desarrolla el caso GELLI en *Constitución de la*; pp. 178-183 y PAPAYANNIS; *La Virgen de Tribunales: un ensayo sobre la tolerancia de las minorías*.

cercano a la adopción de una religión de Estado, por lo que dispuso la “regularización” de la situación del ícono. La decisión fue acatada por la Corte Suprema, por lo que procedió a la guarda de la imagen. Sin embargo, un grupo de particulares y la Corporación de Abogados Católicos apelaron el fallo.

La Cámara de Apelaciones²⁹⁴ revocó la sentencia de primera instancia y rechazó el amparo. La jueza que votó en primer término²⁹⁵ se preguntó si la simple manifestación pública de una creencia religiosa, aunque emane de órganos del Estado, podía implicar un trato discriminatorio arbitrario o la ausencia de imparcialidad respecto de quienes no profesaban ese credo. Con apoyatura legal en los art. 14 y 20 de la C.N.; 12 de la CADH y 18.3 del PIDCP, los cuales garantizan la libertad de culto y a manifestar la religión y las creencias propias, respondió negativamente al interrogante.

Lo interesante es que también invocó el art. 93 de la C.N., conforme al cual las autoridades públicas pueden jurar sus cargos de acuerdo a sus creencias, sin que este precepto hubiera sido hasta entonces pasible de cuestionamientos en términos de posibles decisiones discriminatorias o restrictivas de las creencias ajenas, del agnosticismo o del ateísmo de los ciudadanos. En efecto, como bien destaca GELLI, la diversidad de fórmulas según las cuales juran los funcionarios públicos evidencia el pluralismo de la sociedad argentina en materia religiosa²⁹⁶.

En punto a si resultaba manifiestamente ilegítima la colocación de un símbolo religioso en el edificio sede de uno de los poderes del Estado, con base al derecho al trato igualitario sobre todo de quienes no pertenecían a la religión católica, la jueza también se pronunció en sentido negativo. No obstante, hizo la salvedad de que su voto no implicaba un juicio sobre la conveniencia del modo y lugar de la entronización de la imagen²⁹⁷.

Finalmente, el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando la Virgen ya había sido removida en virtud de la sentencia primera instancia. Así, si bien el Tribunal consideró que la pretensión del amparista estaba satisfecha, en lugar de declarar abstracta la cuestión, revocó la sentencia de la Cámara que se había pronunciado por la constitucionalidad. Sin embargo, manifestó que su decisión no implicaba pronunciarse sobre la justicia o el acierto del fallo recurrido. En consecuencia, si bien el Máximo Tribunal puso empeño en no pronunciarse sobre si resultaba acorde con la Constitución Nacional la entronización de una imagen religiosa en un edificio público, finalmente dejó sin efecto la sentencia que así lo declaraba. A los fines prácti-

²⁹⁴ Cam.Nac.ApCont.Ad.Fed; Sala II; “Asociación por los Derechos Civiles –ADC– y otros c/EN-PJNs/amparo”, rta. 20/4/2004.

²⁹⁵ María Jeanneret de Pérez Cortés.

²⁹⁶ GELLI; *Constitución de la*; p. 181.

²⁹⁷ La Virgen estaba en el hall del entrada del Palacio de Justicia y era frecuente que los fieles que concurrían al edificio se detuvieran a rezar, dejaran estampitas o se congregaran a rezar el Rosario.

cos, dejó firme la sentencia que se había pronunciado por la inconstitucionalidad, por ser una expresión emparentada con la adopción de una religión de Estado.

d) La prohibición del uso de símbolos religiosos en las escuelas públicas; el problema del velo.

La jurisprudencia europea está cada vez más sembrada de casos relativos a los problemas a los que da lugar la simbología religiosa. En rigor, el tema no es nuevo en un Continente que fue escenario de las guerras de religión de los siglos XVII y XVIII. Pero incluso dentro de lo que podrían considerarse casos modernos, el primero ya tiene casi cuarenta años, cuando el tribunal de Estrasburgo registró el primer antecedente de un ciudadano *sij* de nacionalidad india, pero residente en el Reino Unido, quien, cansado de que se le hubieran realizado veinte multas de tránsito por circular en motocicleta sin usar casco, sino el turbante característico de ese grupo, acudió al TEDH²⁹⁸. Para los *sij* el turbante es un símbolo fundamental para el culto y parte esencial de sus creencias, de modo que el peticionante se agravió de que la normativa británica atentara contra su libertad religiosa y manifestó que si se lo ponía a elegir entre la ley divina y la humana, él optaba por observar la primera. El Tribunal, sin embargo, no dio le acogida favorable, al considerar que la ley británica establecía una medida de seguridad para todos los motociclistas y que esa injerencia estatal estaba justificada en aras de la protección de la salud. De todas maneras, antes de que esa sentencia viera la luz, el Reino Unido, obligado por las reiteradas reclamaciones de la comunidad *sij*, ya había introducido una excepción religiosa en su legislación de tránsito –la *Motor-Cycle Crash Helmets (Religious Exemption) Act*, de 15 de noviembre de 1976–, en cuya sección 32 estableció que las regulaciones en materia de casco no serían aplicables a quienes profesaran la religión *sij*, mientras estuvieran luciendo turbante.

La importancia de este caso –el primero, pero no el último de un ciudadano *sij* en llegar a Estrasburgo²⁹⁹– reside en que la postura de la Comisión Europea de Derechos Humanos sentada en ese precedente fue la que delinearía la posición posterior del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en otros casos sobre uso o exhibición de simbología religiosa en conflicto con las normas oficiales. Nos referimos al criterio conforme el cual están justificadas las injerencias estatales en el derecho a la libertad religiosa, amparadas en el margen de discrecionalidad del Estado al aplicar los límites

²⁹⁸ Caso “X C. EL REINO UNIDO”, de 12 de julio de 1978.

²⁹⁹ Años más tarde, el TEDH tuvo que resolver demandas de ciudadanos *sij* con relación al turbante, vinculadas con trámites administrativos relativos a medidas de seguridad en aeropuertos y con la toma de la fotografía en los documentos de identidad: casos “PHULL c. FRANCIA”, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 35753/03, 11 enero 2005 y “MANN SINGH c. FRANCIA”, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 24479/07, 13 noviembre 2008.

indicados en el art. 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁰⁰. En una opinión que MARTÍNEZ-TORRÓN califica de lacónica³⁰¹, la hoy inexistente Comisión manifestó, sin mayor desarrollo, que la demanda era inadmisibile por falta de fundamentación, con una genérica alusión al margen de discrecionalidad del Estado británico para imponer restricciones legítimas en pos de la salud pública.

Sin dudas, la pluralidad cultural que caracteriza a la Europa de nuestros días es caldo de cultivo para despertar susceptibilidades en torno a todo aquello que evidencie pertenencia y adhesión a una cultura diversa y, mucho más, cuando los prejuicios hacia algunos credos resultan tristemente alimentados por los temores que infunde el terrorismo fundamentalista que, si bien minoritario, azuza el temor y los prejuicios a gran escala³⁰². En definitiva, el pluralismo religioso de la Europa de hoy obliga a repensar el papel de la expresión del sentimiento religioso en los espacios públicos y reflota un tema antiguo como es el de si corresponde conceder exenciones, por razones de conciencia, al cumplimiento de leyes neutrales, entendidas como aquellas que tienen por objeto un fin secular legítimo³⁰³.

En ese contexto, unos de los símbolos que más ha dado lugar a debates y posiciones a favor y en contra es el uso del velo islámico. Ello no solo por motivos religiosos, sino también porque, desde ciertas posiciones basadas en las teorías de los derechos humanos o sectores feministas, hay quienes lo ven, a partir de una mirada netamente occidental, como un elemento discriminatorio de la mujer musulmana. Se peca de no advertir que no siempre la mujer islámica lleva el velo obligadamente, sino que muchas veces elige hacerlo libremente, como observante de su fe.

En definitiva, los conflictos que el uso de esa prenda ha generado se plantean en aquellos países cuya legislación se opone a la decisión de vestir atuendos muy distintivos y visibles, como son aquellos que ocultan la cabeza, el rostro o incluso el cuerpo de las mujeres (*hijab, chador, nikab, burka*, etc.) de las mujeres, a los que la

³⁰⁰ Art. 9.2: "La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás". Sobre el art. 9 de la Convención Europea, ver GARCÍA URETA; *Neutralidad*; pp. 255-282.

³⁰¹ MARTÍNEZ-TORRÓN; *La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo*; p. 88.

³⁰² De hecho, la doctrina destaca que la recepción en el seno de la sociedad de acogida de religiones diversas genera de por sí situaciones de conflicto, incluso cuando ello no esté vinculado con el terrorismo ni con situación extrema alguna. Así, JORDÁN VILLACAMPA destaca que, cuando las inmigraciones son de cierta entidad, producen inestabilidad en los países de acogida que deben adaptarse y acoplarse a la nueva realidad, contexto que se agudiza si la religión de los recién llegados es distinta a la de la mayoría del país receptor. "La ruptura del equilibrio interno en una población, aunque sea subjetivo, puede generar reacciones poco deseables al considerarse, por parte de la población del país de acogida, invadido su territorio vital por la fuerza de lo foráneo, aunque no exista amenaza objetiva" (*Grupos religiosos*; p. 36).

³⁰³ Al respecto, MARTÍNEZ-TORRÓN distingue esas leyes neutrales, es decir las que persiguen un fin secular legítimo, de las que buscan restringir determinadas creencias (ver *La cuestión del velo*; pp. 90-91; en especial nota 13).

cultura islámica considera de uso moralmente obligatorio para una mujer practicante de su fe³⁰⁴.

El debate cobró especial vigor a raíz de la expulsión de una escuela pública francesa de tres jóvenes tunecinas de religión islámicas, en 1989. A partir del argumento de la escuela de que esa práctica violaba el principio de laicidad del Estado, se originó un intenso debate en ese país acerca de la neutralidad del Estado en materia religiosa. Si bien en un primer momento, ante el revuelo que el caso suscitó y de las reivindicaciones de la comunidad islámica, el Ministerio de Educación francés autorizó el uso del velo, unos, uno años más tarde, en 2004, la Asamblea Nacional aprobó una ley, conocida como “ley del velo”, que prohibía el uso, en escuelas primarias y secundarias, de atuendos o de cualquier otro elemento que importara la exteriorización evidente de filiación religiosa³⁰⁵³⁰⁶.

³⁰⁴ MARTÍNEZ-TORRÓN; *La cuestión del velo*; p. 87. Hay que decir también que el tema del velo no es el único emergente de los conflictos de integración cultural en Francia. El informe Stasi, encargado por el Presidente de Francia en 2003, a la “Comisión de Reflexión sobre la aplicación del principio de laicidad en la República”, cuyo presidente fue Bernard STASI, de forma previa a tomar una decisión definitiva acerca de cómo tratar la problemática de los símbolos y prácticas religiosas en las escuelas, relevó una serie de tensiones entre los servicios públicos franceses y las manifestaciones religiosas. Así, en el ámbito escolar se relevaron: la alteración de la normalidad del curso escolar por la petición sistemática de faltar a clases una vez a la semana y de interrumpir las clases o los exámenes por el ayuno y la oración; la objeción a la enseñanza de ciertos programas de estudio completos, en historia o en ciencias; los pedidos de exención de las niñas de clases de educación física o de deporte; la negativa de las alumnas a ser examinadas por profesores varones; el no reconocimiento de la autoridad, por parte de los padres de los alumnos, de las responsables mujeres de los centros de estudio. En el ámbito sanitario, se relevaron los siguientes conflictos: la negativa de aceptar transfusiones de sangre por parte de testigos de Jehová; maridos y padres que se negaban a que sus esposas e hijas fueran examinadas o asistidas en los partos por profesionales varones; la negativa a la epidural; la calificación de incompetente de personal sanitario bajo el pretexto de su confesionalidad; el hecho de que los pasillos de los hospitales se hubieran transformado en lugares de oración y de que se hubieran instalado comedores paralelos a los habilitados en los nosocomios donde se servía la comida autorizada por ciertos cultos, en contravención a las normas sanitarias y bromatológicas. También se relevaron conflictos en las áreas penitenciaria y de justicia, como así también los casos de jóvenes que se negaron a participar en cursos de socorrismo mixto o a socorrer a varones. Finalmente, en el ámbito empresarial, también se advirtió que algunos empleados habían comenzado a hacer peticiones excepcionales en razón de su pertenencia religiosa (Ver Informe STASI; punto 3.2 y LABAYLE; *El informe*; pp. 21-22).

El Informe STASI –en el que primero se hizo un análisis histórico y jurídico de la relevancia de los principios de neutralidad y laicidad en Francia y luego se evaluó la situación del país en la materia, a la luz de los resultados de trabajos de campo realizados por medio de entrevistas– concluyó en el sostenimiento de ambos postulados y, en especial, en el de neutralidad en los servicios públicos. Para conseguir “la integración” y luchar “contra las instrumentalizaciones político religiosas”, se propuso la adopción de una ley sobre laicidad. También se remarcó que la diversidad debería fomentarse en el ámbito cultural a través de asociaciones privadas, pero que había que dejar de brindar apoyo a todo aquello que tuviera relación con algún culto o confesión religiosa. En cuanto a la neutralidad del servicio público, se distinguió la neutralidad en la escuela del resto y para cada uno de los conflictos enumerados en el párrafo anterior se proporcionó una solución, todas con una fuerte impronta de neutralidad (ver LABAYLE; *El informe*; p. 27).

³⁰⁵ LOI n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

“Article 1

Il est inséré, dans le code de l'éducation, après l'article L. 141-5, un article L. 141-5-1 ainsi rédigé :
« Art. L. 141-5-1. - Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit.

La cuestión era si entonces se vulneraba tratados internacionales de los que Francia era parte, comenzando por la Declaración Universal de Derechos Humanos. Nótese que en este caso, a diferencia del crucifijo, no se trataba de imponer un límite al Estado o a las autoridades escolares en tanto funcionarios públicos en defensa de las minorías, sino que afectaba a la libertad individual de profesar y manifestar libremente la fe de cada quien, en especial perjuicio de los grupos minoritarios. En palabras de GELLI, se trataba de opacar la propia identidad³⁰⁷. El asunto llegó al Consejo de Estado francés, que declaró ilegal prohibir el uso de atuendo islámico, salvo que se lo luciera para hacer proselitismo religioso.

Este caso tan conflictivo y que tantos debates y tinta ha merecido en todos los ámbitos sociales, incluyendo por supuesto su amplia difusión en la prensa mundial, pone sobre el tapete –como pocos– los desafíos y las resistencias a los que da lugar la diversidad cultural y religiosa para todo Occidente. Las reticencias a ciertas aperturas han resultado profundizadas –con o sin razón, eso es harina de otro costal– con posterioridad a los atentados del 11-S, seguidos por los de Atocha y Londres, y han recrudecido por los luctuosos hechos ocurridos en París³⁰⁸, en 2015, y en Bélgica, en 2016.

Incluso un país de fuerte mayoría islámica como Turquía no se ha mantenido ajeno a este debate. El nudo del conflicto se suscitó en atención a que, a pesar de

Le règlement intérieur rappelle que la mise en oeuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève. »

Sobre la sucesión de hechos y decisiones oficiales que se sucedieron desde 1989 hasta la sanción de esa ley, ver LABAYLE; *El informe*; p. 23 y ss y SALGUERO; *El laicismo*; pp. 45-50.

Recuérdese que, desde la Revolución de 1789, en Francia, la relación entre Estado y religión ha sido sumamente conflictiva. Del movimiento revolucionario surgió el culto a la razón, que pasó a ocupar el lugar que previamente había ocupado la divinidad. Como consecuencia de ello, se asumió el principio de *neutralidad* como uno de los pilares fundamentales del Estado laico, que se tradujo – desde luego– en un laicismo del derecho. Sin embargo, la suma consolidación de la neutralidad y de la laicidad tuvo lugar en 1905, cuando se sancionó la ley de separación entre Estado e Iglesia, por la que se garantizó la libertad de conciencia y la libertad de cultos; ningún culto podría tener el monopolio dentro del Estado. Esto desencadenó tensiones intensas entre el servicio público del Estado, que sería laico, y las religiones, especialmente con la católica, que era la dominante. El laicismo del Estado hoy está plasmado en la Constitución francesa. Para la evolución de la relación entre Estado y religión en Francia; la consolidación de los principios de laicidad y neutralidad y los desafíos que instala el multiculturalismo de la sociedad para el modelo laico, LABAYLE; *El informe Stasi*; pp. 18-20 y SALGUERO; *El laicismo*; pp. 31-50.

Con relación a la situación actual en Francia, en el que el laicismo ha sido sometido a las pruebas propias de la diversidad social, LABAYLE destaca el fracaso de la sociedad francesa en haber integrado a los inmigrantes –reflejo de la incapacidad para aceptar a los demás y para que el modelo dominante no sea el modelo dominador– y el desafío que significa que haya una tendencia al retorno del *integrismo religioso*; o sea, la vuelta a la utilización de la religión por parte de movimientos militantes (p. 20 y ss).

³⁰⁶ Esta ley fue avalada, sin decirlo expresamente, por el TEDH al declarar inadmisibles por falta de fundamentación una serie de demandas relativas a expulsiones de alumnos de establecimientos educativos de distintos puntos de Francia, por lucir determinadas prendas por motivos religiosos, con base en dicha ley (casos “AKTAS c. FRANCIA”, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 43563/08; “BAYRAK c. FRANCIA”, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 14308/08; “GAMALEDDYN c. FRANCIA”, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 18527/08; “GHAZAL c. FRANCIA”, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 29134/08; todas del 30 de junio 2009).

³⁰⁷ GELLI; *Constitución de la*; p. 184.

³⁰⁸ CASTIGLIONE; *El fenómeno*; p. 120.

que la parte más numerosa de su población es islámica, la Constitución de 1924 consagra el principio de laicidad, como consecuencia del cual, en ese mismo año, se sancionó una ley que dispuso el cierre de las escuelas religiosas. También forma parte del ideal republicano turco la eliminación de la desigualdad entre los sexos, para lo cual se propende a la participación activa de la mujer en la vida pública y se le aseguran los derechos civiles, políticos y familiares³⁰⁹.

Sin embargo, desde los años ochenta del siglo XX, se ha ido produciendo un fenómeno de incremento de la presencia de símbolos religiosos islámicos en lugares públicos. Como parte de ese proceso, comenzó a ser más frecuente la asistencia de alumnas a los centros de educación superior luciendo el velo islámico, lo que abrió un intenso debate a nivel nacional. Las aguas se dividieron entre quienes se pronunciaban a favor del uso del atuendo, en tanto se consideraba un deber y una forma de expresión de identidad religiosa, y quienes alegaban a rajatabla el principio de laicidad, estimando que lucir esa prenda era una manifestación política del Islam. En ese contexto, se dictaron una serie de normas prohibiendo el uso del velo en lugares públicos³¹⁰.

Con el telón de fondo de esa realidad legal, se resolvieron una serie de casos jurisprudenciales vinculados con la prohibición de asistencia a clases universitarias usando esa prenda; con la negativa a dejarse tomar fotografías necesarias para la expedición del título de grado con la cabeza descubierta y con la asistencia de docentes a sus lugares de trabajo luciendo velo, en los que el Tribunal Constitucional turco avaló la normativa restrictiva, por no considerarla una restricción a la libertad religiosa o por considerarla una restricción legítima, conforme al CEDH. En líneas generales, la argumentación de esos fallos pasó reiteradamente por una serie de consideraciones, cuya médula espinal siempre fue el principio de neutralidad. En ese sentido, el Tribunal siempre se refirió a la laicidad de la educación, la necesidad de evitar la discriminación entre los sexos, la violación de las libertades de las mujeres y la imposición de hábitos a los miembros de una determinada religión; a la prevención de conflictos (paz religiosa) entre ciudadanos profesantes de religiones distintas y aún entre musulmanes practican-

³⁰⁹ BOUAZZA ARIÑO; *Notas de jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*; pp. 233-234.

No obstante, en el año 2014 la prensa mundial reflejó la polémica desatada por declaraciones del entonces viceprimer ministro Bülent ARINÇ, quien declaró que “[l]a mujer debe ser decorosa, saber qué es lo decente. No debería reírse en voz alta delante de todo el mundo, ni hacer movimientos seductores”. Estas manifestaciones desataron una campaña de repudio en las redes sociales, que consistió en que mujeres turcas subieron fotos de ellas mismas riendo o sonriendo. Ver al respecto, entre muchos otros artículos de prensa disponibles on-line, HURTADO, LLuís Miquel; *Carcajadas de mujeres contra el gobierno turco*; en *El Mundo*; 29/07/2014; *La sonrisa rebelde de las mujeres turcas*; en *Telecinco.es*; 02/08/2014.

³¹⁰ BOUAZZA ARIÑO; *Notas de jurisprudencia*; p. 234.

tes y no practicantes³¹¹. Sobre este último aspecto, en las decisiones de Estrasburgo se ha considerado que el uso del velo puede importar una suerte de presión sobre los estudiantes que no compartan las mismas creencias que sus portadoras, lo que sería justificativo suficiente para las medidas restrictivas de los centros de estudio, como medio para impedir que corrientes religiosas fundamentalistas perturben en orden público en el ámbito académico. Como se ve, hay en esa concepción –que ha pervivido en todos los casos sobre el tema– una sorprendente asociación directa entre fundamentalismo y velo islámico, como si el islam en sí mismo fuera sinónimo de fanatismo. Además, se desprende de ellas una tendencia del tribunal a considerar que el responsable de producir tensiones sea quien ve restringido su derecho a la libertad religiosa y no quien interfiere en un derecho fundamental ajeno. A ello se agrega que casi todos los casos fueron resueltos recurriendo a afirmaciones dogmáticas difícilmente constatables en los supuestos de hecho, posiblemente como forma de dar una fundamentación aparente a posiciones políticas sobre el islam.

Además, incluso en tiempos de la ya extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, los casos jurisprudenciales en cuestión fueron ocasión de dejar en claro que el art. 9 del CEDH no protegía siempre ni ilimitadamente el derecho de comportarse en el ámbito público según las propias convicciones y que por práctica religiosa no debía entenderse cualquier tipo de acto motivado o inspirado por las propias creencias. Sobre este aspecto, MARTÍNEZ-TORRÓN afirma que, aún siendo cierto, la jurisprudencia en cometerio abrió excesivamente las compuertas de la discrecionalidad, desconociendo los requisitos para las restricciones legítimas que establece el art. 9.2³¹².

El más emblemático de todos estos casos, debido a su repercusión en los medios y en toda la opinión pública, fue “LEYLA SAHIN v. TURQUÍA”, originado en la prohibición de usar velo en las instalaciones de la Universidad de Estambul, que llegó a conocimiento del Tribunal de Estrasburgo para que este pronunciara la última palabra³¹³. La demandante era una estudiante de quinto año de medicina de aquella universidad, miembro de una familia tradicional musulmana. Estaba convencida de que tenía

³¹¹ BOUAZZA ARIÑO; *Notas de jurisprudencia*; pp. 234-235. Para un análisis de los casos “KARADUMAN v. TURQUÍA”, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 16278/90, 3 de mayo de 1993; “BULUT v. TURQUÍA”, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 18783/91, 3 de mayo de 1993; “DAHLAB v. SUIZA”, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 42393/98, 15 de febrero de 2001; “KURTULMUS c. TURQUÍA”, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 65500/01, 24 de enero 2006; del especialmente interesante precedente “KÖSE Y OTROS 93 DEMANDANTES c. TURQUÍA”, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 26625/02, 24 de enero de 2006, en el que la prohibición del velo se había dispuesto para la asistencia a escuelas públicas creadas para la formación en el islam; como así también de los casos “DOGRU c. FRANCIA”; “KERVANCI c. FRANCIA”, ambas de 4 de diciembre de 2008, ver MARTÍNEZ-TORRÓN; *La cuestión del velo*; p. 91 y ss. También se encuentra un análisis sobre la jurisprudencia europea en materia de velo islámico en LASAGABASTER HERRARTE; *Jurisprudencia*; pp. 91-120.

³¹² MARTÍNEZ-TORRÓN; *La cuestión del velo*; p. 92.

³¹³ STEDH de 29 de junio de 2004, revisada por la Gran Sala en STEDH de 10 de noviembre de 2005, caso “LEYLA SAHIN v. TURQUÍA”; App. N° 44774/98.

el deber de lucir el velo islámico. La institución aprobó una circular que estipulaba que los estudiantes que llevaran barba o velo islámico no serían admitidos en clase, lo que dejó a la estudiante fuera de gran parte de la actividad académica, incluyendo exámenes. Como ella persistió en el incumplimiento de la disposición, fue amonestada y expulsada durante un semestre, por participar en una manifestación contra la normativa, medidas estas que a la postre fueron revocadas por una ley de amnistía.

Al fracasar en las instancias domésticas tanto administrativas como judiciales³¹⁴, la demandante recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que tampoco le dio la razón³¹⁵, en la inteligencia de que la prohibición del velo no importaba una violación a la libertad religiosa, tutelada en el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La agraviada solicitó a la Gran Sala la revisión del fallo, alegando que la prohibición impuesta por la universidad atentaba contra su derecho a la libertad religiosa y significaba una interferencia injustificada en su derecho a la educación. Además, la consideró una expresión de discriminación por motivos religiosos, al poner a las alumnas practicantes en una situación dilemática entre religión y educación.

El TEDH estableció que, efectivamente, la prohibición de lucir el velo islámico significaba una interferencia en el ejercicio de la libertad religiosa de la demandante. Sin embargo, estimó que la prohibición estaba prevista por la ley, perseguía un fin legítimo y resultaba proporcionada a este, por lo que aparecía necesaria en una sociedad democrática, al salvaguardar el principio constitucional de laicidad como nexo entre libertad e igualdad y al proteger a las mujeres que decidieran no lucir esa prenda.

En cuanto al derecho a la educación, la Gran Sala sostuvo que si la demandante hubiese respetado la normativa universitaria, habría tenido pleno acceso a las actividades académicas, lo que también derivó en la conclusión de que no había sido afectado el núcleo duro de aquel derecho. La realidad es que, en este fallo, el TEDH no hizo más que replicar su tradicional doctrina sobre la prohibición del uso del velo islámico como una restricción legítima, a la que agregó que la finalidad de la norma de injerencia era fomentar un clima de tolerancia. El punto es que la sentencia no alcanza a demostrar de qué modo la demandante en particular o el uso de la prenda en cuestión en general fomentaban la intolerancia en el ámbito académico o significaba una presión sobre las estudiantes no musulmanas. Este déficit ha llevado a MARTÍNEZ-TORRÓN a considerar que el TEDH renunció a su función de supervisión acerca de la *necesidad social imperiosa* de la restricción de la libertad religiosa. Además, cuestiona el hecho de que el tribunal solo se haya ocupado del impacto que el uso del velo pudiera causar en los no musulmanes, omitiendo toda consideración sobre el efecto de la

³¹⁴ La joven finalmente debió culminar sus estudios universitarios en Viena.

³¹⁵ Sentencia del 29 de junio de 2004; App. N° 44774/98.

restricción sobre los creyentes de esa religión³¹⁶. Por otro lado, sobre las decisiones del TEDH relativas al velo tanto en Turquía como en Francia, que son los dos países en los que la cuestión se ha manifestado en la forma de una prohibición *quasi* extrema, el mismo autor observa que el Tribunal pasa por alto que la normativa de estos Estados está lejos de ser neutral; por el contrario, se trata de regulaciones abiertamente anti-islámicas³¹⁷.

En su voto disidente, la jueza TULKENS expresó que

[...] la actitud de llevar el velo islámico no se puede asociar per se al fundamentalismo. Es vital distinguir entre aquellas mujeres que llevan el velo y los “extremistas” que quieren imponerlo, así como otros símbolos religiosos. No todas las mujeres que llevan el velo son fundamentalistas y no hay nada que muestre que la demandante mantuviese posturas fundamentalistas. La demandante es adulta y universitaria por lo que se presume que tiene suficiente capacidad para resistir presiones.... El interés personal de la demandante de ejercer su libertad religiosa y manifestar su religión con un símbolo externo no puede ser absorbido por completo por el interés público de luchar contra el extremismo.

No obstante, a pesar de la decisión del TEDH favorable a la posición de la universidad, el 8 de febrero de 2008 el parlamento turco decidió que las mujeres podían asistir a las universidades luciendo el velo: la realidad social se impuso.

También España registra antecedentes sobre la problemática del velo. Así, en 2007, en Madrid, a una niña de origen marroquí se le prohibió asistir a la escuela pública luciéndolo. Sin embargo, la autoridad educativa local –la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid– consideró que al no existir marco legal que impidiera el uso de tal vestimenta, correspondía revocar la decisión. También se registró un caso análogo en Girona, en 2008, en el que la escuela argumentó que el uso del velo podía importar discriminación. También en este caso la Generalitat privilegió el derecho a la educación sobre las normas de cada centro educativo.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ³¹⁸ también da cuenta de un caso de amplia resonancia mediática, vinculado a una niña española de origen marroquí que asistía a un instituto de educación pública de Madrid con el *hiyab* cubriéndole la cabeza. El Consejo Escolar avaló al establecimiento educativo, haciendo primar su reglamento interno conforme al cual en el interior del edificio no se podían lucir gorros ni elemento alguno que cubriera la cabeza, por lo que solo podrían admitir a la niña si se quitaba el velo. La difusión que cobró este caso obedeció –según relata el autor citado– al amplio apoyo que la alumna recibió de parte de la comunidad musulmana y al fuerte rechazo, por el contrario, de parte de la sociedad española, a tal punto que el centro de enseñanza al

³¹⁶ MARTÍNEZ-TORRÓN; *La cuestión del velo*; pp. 96-97.

³¹⁷ MARTÍNEZ-TORRÓN; *La cuestión del velo*; p. 108.

³¹⁸ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 76.

que se pensaba trasladar a la niña para solucionar el conflicto, a último momento cambió su reglamento interno, para prohibir también el uso del velo.

De este breve relevo se concluye que, en Europa, la cuestión del velo islámico no ha alcanzado todavía una solución pacífica, siquiera habiendo llegado el asunto a conocimiento del Tribunal de Estrasburgo. Creemos que incide en ello la circunstancia innegable de que la sociedad europea está dividida al respecto, a lo que se suma que mientras países como Francia y Turquía se muestran absolutamente refractarios a la admisión de ese atuendo en cualquiera de sus variables –*niqab, burka, chador y hijab*–; otros como el Reino Unido y España dejan librada la cuestión a los reglamentos internos de cada institución educativa.

El problema no es menor porque no es uno, sino varios los derechos comprometidos y en este, como en varios otros casos, Occidente puede fácilmente pecar de tratar de imponer su visión en materia de igualdad de género y ejercicio de la libertad religiosa, sin atender a las verdaderas demandas de las mujeres islámicas, en tanto puedan ejercer sus derechos de manera libre, es decir ejerciendo su autonomía individual. Desde el punto de vista de nuestras constituciones, no es la libertad religiosa el único derecho que está en juego, sino también la libertad de conciencia, el derecho a la educación, el derecho a la propia imagen, la libertad de expresión y el derecho a la identidad cultural. Todo ello convierte a la cuestión del velo en un terreno fértil para demostrar qué tipo de modelo de gestión de la diversidad elige un Estado y si realmente procura la integración de los extranjeros³¹⁹.

Además, este asunto sirve también para reflexionar acerca de que cuando el Estado marque límites a lo tolerable –aspecto sobre el que se volverá más adelante con mayor detenimiento, pero sobre el que anticipamos que hacerlo es imprescindible aún en un modelo de sociedad y de gestión multicultural– debe apelar a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, como así también, si va a imponer una restricción, al de mínima intervención. Decimos esto porque en Bélgica y en Francia se han elaborado proyectos de ley para prohibir el uso en lugares públicos del *burka* y el *niqab*, que son los dos tipos de velos que más cubren el cuerpo femenino, con fundamento en la libertad y la dignidad de la mujer. Sin embargo, medidas tan radicales dan por sentado algo que, desde el punto de vista que aquí se sostiene, es cuanto menos dudoso. Nos referimos a suponer que siempre –esto es: en todos los casos y sin excepción– la mujer que luce velo lo hace obligada, sin posibilidad de elegir otra cosa y cumpliendo una imposición del hombre que la trata como un objeto. Dicho de otro modo, Occidente se permite no dudar siquiera de que esas mujeres, en no pocas ocasiones, eligen libremente –valga la redundancia– practicar su fe y cumplir con las tradiciones de su grupo

³¹⁹ Coincidente con este punto de vista, VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 76.

de pertenencia, como una decisión personal propia, asumida y digna. Prueba de ello es que muchas mujeres musulmanas que han alcanzado grados académicos universitarios o que luchan por los derechos de la mujer islámica eligen lucir los atuendos de su grupo de pertenencia, como señal de su fe y de respeto a sus tradiciones. Vayan por caso los de la estudiante universitaria Turca, hoy médica, Sra. SAHIN, o el de la joven activista por los derechos civiles de las mujeres Malala YOUSAFZAI, galardona en Occidente como símbolo de la paz, a quien siempre vemos envuelta en su *hijab*.

Desde luego que, para que pueda hablarse de tal posibilidad de elegir libremente, el miembro del grupo minoritario tendrá que poder hacer una elección auténtica, es decir con pleno ejercicio del consentimiento, que le asegure poder tomar una opción u otra. Para ello, hará falta que cuente con información disponible para ejercer su facultad discernimiento al margen de presiones externas y con garantías de que si opta por una decisión contraria a las tradiciones del grupo no verá menguados sus derechos ni en peligro su seguridad personal. En Occidente, esto debe ser asegurado por el Estado, el que debe tutelar el derecho a preservar la identidad cultural, pero también el de mudarla o transformarla a partir del intercambio con otras culturas. El individuo que decida diferenciarse del grupo deberá gozar de la protección de la sociedad mayoritaria, a través de las instituciones y los poderes públicos, para los que el ejercicio de la libertad individual deberá ser uno de los bienes sublimes a respetar y asegurar, en su doble dinámica de derecho y de garantía.

Se concuerda con VÁZQUEZ GONZÁLEZ en que decisiones como los proyectos de ley que se comentan o las normas anti-velo en general solapan el verdadero propósito de restringir, no tanto los derechos individuales de las mujeres a quienes afectan de manera directa, sino los de los todos los musulmanes³²⁰. Sin embargo, no podemos compartir la idea de que quepan las mismas críticas respecto de la regulación española que dispone que las musulmanas no podrán hacerse la fotografía para el Documento Nacional de Identidad portando el velo³²¹. Como hemos dicho, creemos que con las ya invocadas limitaciones propias de los principios de razonabilidad, proporcio-

³²⁰ De una opinión similar sobre la jurisprudencia de Estrasburgo es MARTÍNEZ-TORRÓN, quien comentando el caso "LEYLA SAHIN v. TURQUÍA", afirma que la decisión fue tomada por criterios más políticos que jurídicos, en los que "parece estar presente la sombra de las incógnitas –comprensibles– que suscita la integración del Islam en la Europa democrática" (MARTÍNEZ-TORRÓN; *La cuestión del velo*; p. 97).

³²¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 77.

Real Decreto 1586/2000.

Artículo único. Modificación del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del Documento Nacional de Identidad y sus certificados de firma electrónica.

Los párrafos a) y b) del artículo 5.1 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del Documento Nacional de Identidad y sus certificados de firma electrónica, quedan redactados del siguiente modo

b) Una fotografía reciente en color del rostro del solicitante, tamaño 32 por 26 milímetros, con fondo uniforme blanco y liso, tomada de frente con la cabeza totalmente descubierta y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona...".

nalidad y mínima intervención, que alguien tenga que quitarse el velo por escasos minutos para la simple toma de una fotografía no puede ser entendida como una violación a la libertad religiosa, siquiera cuando la imagen del retrato se perpetúe en el carnet de identidad. Además, dado que también se suele exigir que se quiten las gafas quienes tienen visión disminuida o que se despejen la frente de flequillo quienes tienen el pelo sobre el rostro o que todos se deban quitar los sombreros para ese tipo de trámites, es evidente que no puede aducirse que la norma haga una discriminación por razones de religión; en todo caso, serán razones de seguridad las que la inspiren, pero a las que nadie es ajeno, como lo demuestra la remoción de gafas, sombreros y toda otra prenda o tocado que dificulte la identificación de la persona, tal como dice el mismo Real Decreto que VÁZQUEZ GONZÁLEZ critica. Muy distinto es cercenar el uso del velo durante toda la jornada escolar o en cualquier espacio público, ya que eso equivale a limitar la libertad religiosa y prohibir el ejercicio del culto en la vida cotidiana de un individuo.

En las antípodas de las decisiones francesa y turca en el sentido de prohibir el uso del velo, en Estado Unidos el departamento de Justicia intervino en defensa del derecho de una niña que pretendía asistir a la escuela con velo, en una clara muestra de ejercicio del modelo multiculturalista. Entre el derecho a la educación y los demás intereses y derechos en conflicto, el Estado privilegió la educación de las niñas a la que, a diferencia de la polémica sobre si lucir o no el velo, la entendió como el mejor camino para favorecer el futuro de aquellas³²².

Fenómenos tales como estos enardecidos debates sobre el velo islámico, en el que se discute no solo la libertad religiosa, sino también el derecho de autodeterminación de las mujeres expresado en la elección de manifestar exteriormente la práctica de su religión vs. la supuesta imposición de una costumbre discriminatoria de aquella como parte de la tradición patriarcal, están produciendo una fuerte inclinación al laicismo, en su versión de neutralidad religiosa. La pregunta es si esa neutralidad, llevada al extremo, no puede ser entendida como una conculcación de derechos y garantías individuales y, frente a los reclamos plasmados ya en los ordenamientos jurídicos del derecho al reconocimiento de la identidad cultural, no ser un camino que tienda a desdibujar las manifestaciones de esa pertenencia. En síntesis, que no sea una forma de occidentalización. Es que, en definitiva, parecería tan irrazonable una legislación que pretendiera imponer una única religión, como una que impidiera la expresión de las propias creencias, cualesquiera que fueran³²³.

³²² VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 75.

³²³ En rigor, el Estado nunca es neutral. El solo hecho de asumir la supuesta neutralidad religiosa ya importa en sí mismo una forma de valorar y tratar el componente religioso de la sociedad.

El llamado “caso del velo” sirve como auténtico disparador para pensar en lo difícil que es encontrar un equilibrio en la búsqueda de soluciones a algunos conflictos. Máxime cuando, el temor infundido por el terrorismo transnacional, lleva a la población a asimilar –equivocadamente– determinadas manifestaciones culturales o religiosas con factores de peligro público, exacerbando las reticencias al diferente y bajando los estándares de tolerancia social.

I. B) 2. Algunas conclusiones sobre la aparición del conflicto.

En los párrafos que anteceden, se ha considerado que no todas las diferencias culturales dan lugar a un conflicto, sino que las tensiones a veces son tan solo aparentes, como ocurre con el binomio nacional/extranjero. No obstante, las que efectivamente son reales y en ocasiones muy ásperas, en algunos casos tienen una respuesta posible en los sistemas jurídicos de nuestras latitudes; mientras que en otras directamente no hay solución en derecho o bien la única solución es el desconocimiento o el rechazo de la pretensión reivindicatoria, al margen de la forma jurídica que adopte la negativa.

También ha quedado claro que toda respuesta al elenco de conflictos reales relevado a modo de ejemplo en este apartado y a todo otro que haya quedado afuera del catálogo de costumbres y tradiciones foráneas mencionado al comienzo, debe buscarse en clave de derechos fundamentales. Y, como se atisba a partir de lo reflexionado respecto de los fenómenos del matrimonio infantil, la poligamia, el incesto, la escisión de clítoris, entre otros, entendemos junto con COMANDUCCI³²⁴, que existen categorías de derechos humanos, supeditadas jerárquicamente unas a otras³²⁵.

En efecto, a partir de las soluciones –o no soluciones– propuestas para los ejemplos de conflictos abordados más arriba, ha quedado en claro que, a nuestro criterio, si los reclamos reivindicatorios de costumbres y tradiciones resultan reñidos con los derechos fundamentales básicos, es decir, con el núcleo irrenunciable, son estos los que deben prevalecer por sobre los derechos culturales o colectivos en los que se trate de justificar la pretensión de reconocimiento.

Los derechos fundamentales a los que nos referimos son los que se podría llamar tradicionales, en tanto fueron los primeros en estar plasmados en las cartas de

³²⁴ COMANDUCCI; *Derechos humanos y minorías*.

³²⁵ Sería esta una posición “incompatibilista relativa”, según la cual las distintas categorías de derechos humanos –liberales, sociales, culturales y ecológicos– son muchas veces incompatibles entre sí. No obstante, las antinomias pueden ser resueltas entre los derechos sin que sea necesario rechazar por completo el reconocimiento de algunos de ellos. “Estas posiciones proponen de costumbre algún tipo de jerarquía entre los diferentes tipos de derechos (...) Las podríamos agrupar en dos grandes tendencias: la que construye una jerarquía de orden descendente que va de los derechos liberales a los sociales, a los culturales, y a los ecológicos, y la tendencia contraria que construye dicha jerarquía en orden ascendente” (COMANDUCCI; *Derechos humanos y minorías*; p. 29).

derechos del siglo XVIII y en los principales instrumentos que regulan la materia. Pero, sobre todo, porque desde siempre son los que más han preocupado al hombre como expresión de singularidad, mucho antes del desarrollo de los ideales del liberalismo y de las teorías de los derechos humanos. Esta categoría haría las veces de “meta-derecho” al igual goce de los derechos fundamentales a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la igualdad ante la ley, a las garantías del proceso penal, la privacidad, a la libertad de movimiento y circulación, al asilo, a la nacionalidad, a formar una familia, a la propiedad privada, a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, a la manifestación de las opiniones, a la libre asociación, a participar activamente en la vida política, todo ello sin discriminación alguna con base en la raza, el sexo, la lengua, el país de procedencia, etc.³²⁶.

Por su parte, los derechos humanos “culturales” son los derechos a la propia identidad cultural y, en consecuencia, a que la propia diferencia cultural sea respetada. Ahora, es muy interesante lo que destaca COMANDUCCI en punto a que la identidad, en general, está constituida o definida por las mismas características que deben ser consideradas irrelevantes para el aseguramiento de los derechos humanos liberales: la raza, el sexo, la lengua, el país de procedencia, etc. Y –nos permitimos agregar–, más que irrelevantes, son considerados elementos fuertemente discriminatorios, en caso de que se repare en ellos a la hora de tutelar el goce y ejercicio de los derechos humanos nucleares. No obstante, lo cierto es que en materia de derechos fundamentales “colectivos” esas mismas características distintivas son valoradas con sentido positivo por los sujetos que las portan, integrantes por los general de colectivos minoritarios, que reclaman su derecho a la diversidad³²⁷. En definitiva, rechazan la homologación, la asimilación y la inclusión forzosa en los modelos culturales de la mayoría o de quien detente el poder.

Aclarado el marco de derechos en juego, retomamos la apuntada conclusión respecto a que, en caso de que la práctica, costumbre o tradición cuyo reconocimiento o reivindicación del Estado reclamara la minoría cultural fuera contraria a los derechos humanos liberales, deberían primar estos por sobre los culturales. La razón de ser de esta afirmación reside en que, como ya se ha visto en los ejemplos reseñados, en las modernas sociedades democráticas y multiculturales es frecuente que se den situaciones de conflicto entre los derechos humanos y la tutela de las minorías. En algunos casos, se podrán resolver mediante la compatibilización de ambas clases de derechos, es decir de los liberales y de los culturales –como se ha visto respecto de los reclamos de tierras por parte de los indígenas–; mientras que en otros casos habrá una

³²⁶ COMANDUCCI; *Derechos humanos y minorías*; p. 27.

³²⁷ COMANDUCCI; *Derechos humanos y minorías*; p. 27.

incompatibilidad absoluta entre ambas categorías. Esto último ocurre en los casos de escisión de clítoris, por ejemplo, cuya compatibilidad con los derechos humanos nucleares, en especial, la vida, la integridad física y la libertad, sustentados en la autonomía personal, resulta imposible.

En este punto vale destacar que la titularidad de los derechos humanos liberales es atribuida de modo exclusivo a individuos; en tanto que la de los culturales o comunitarios lo es a grupos, culturas o colectivos. Con esa lógica, la igualdad propia de los derechos humanos liberales es igualdad entre individuos; mientras que la igualdad de los derechos humanos comunitarios es igualdad entre grupos. Desde esta óptica, la cuestión debe ser leída y resuelta al amparo del principio de dignidad personal, pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, de modo que –tomando palabras de TORRES FERNÁNDEZ–

el respeto a los derechos humanos [entiéndase, liberales o nucleares] deber ser el ‘mínimo común denominador’ en el tratamiento de la diferencia entre personas y culturas, mínimo respaldado por el consenso internacional que lo hace irrenunciable en cualquier circunstancia... no es lícita la asimilación impuesta a los extranjeros, pues ello iría contra el derecho del ser humano a su propia identidad étnica y cultural. Aunque esa identidad –ha de subrayarse también– no ha de construirse con elementos que lesionen la convivencia, basada en el respeto a la ley democrática y a los legítimos derechos del resto de los ciudadanos, sean de la nacionalidad que sean, pues todo ello forma, como advierte nuestra Constitución, parte fundamental ‘del orden político y de la paz social’³²⁸.

Para cerrar este punto, baste por ahora con señalar que, de darse un conflicto entre culturas, hará falta tratar de buscar algún marco referencial o meta-criterio moral o jurídico para resolverlo. Este es el rol que le asignamos a los derechos fundamentales básicos por sobre los culturales. Y agregamos que la dignidad de los individuos es lo que otorga el valor a los grupos a los que pertenecen o, mejor dicho, los grupos gozan de protección por el valor intrínseco de los individuos que los componen. Pero, en sí mismas consideradas, las culturas o algunas de sus tradiciones deben ser modificadas y dejadas de lado si atentan contra o perjudican a los individuos que integran las minorías. En palabras de KYMLICKA, no son admisibles las restricciones internas.

Ya tendremos oportunidad de profundizar en la compatibilización de los derechos humanos, en el capítulo sobre tolerancia. Por el momento, cerramos este apartado con palabras de COMANDUCCI:

Los derechos culturales... son adscriptos a grupos y a veces directamente a la cultura de la minoría como objeto que se considera holísticamente dotado de un valor intrínseco. Estos derechos deben ceder si entran en contradicción con los derechos liberales, que son una expresión prag-

³²⁸ TORRES FERNÁNDEZ; *La mutilación genital*; p. 13.

mática de la autonomía de los individuos y del valor que hay que atribuir a cada uno de ellos en cuanto ser único e irrepetible³²⁹.

I. C) Conflictos con pueblos indígenas.

El apartado I. B) ha estado dedicado a la consideración de algunos de los conflictos a los que la convivencia multicultural puede dar lugar, especialmente en el intercambio social entre la cultura de acogida e inmigrantes procedentes de países o contextos culturales completamente ajenos a los del país de llegada. En efecto, salvedad hecha de los conflictos relativo a la educación –que puede suscitarse tanto respecto de inmigrantes como de pueblos nativos– y a la exhibición de símbolos religiosos – que puede afectar también a nacionales que quieran manifestar su fe³³⁰ o que puede tener una analogía con pretensiones de exhibición de algunos símbolos indigenistas³³¹–, el resto de los abordados (poligamia, matrimonios infantiles, tensiones en torno al uso del velo islámico) son supuestos que marcan puntos de tensión con inmigrantes.

Este apartado, en cambio, estará dedicado a ciertas situaciones emblemáticas en punto al reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas que, aun tras las reformas constitucionales que han tenido lugar en las últimas tres décadas en América Latina, todavía plantean desafíos de cara a cómo armonizar los intereses de las comunidades con los del Estado. Aquellas –cuya vida es esencialmente comunitaria, en tanto no se perciben a sí mismos como individuos, sino como grupos y de ese modo han sido reconocidos sus derechos en las Constituciones que se han ocupado del asunto³³²– pretenden salvaguardar su estilo de vida conforme a su especial cosmovisión, en la mayor parte de los aspectos de su existencia, incluyendo los planos no solo de organización social y religiosa, sino institucional, educativo, sanitario³³³ y jurídico. El Estado,

³²⁹ COMANDUCCI; *Derechos humanos y minorías*; p. 41.

³³⁰ Tal como ocurrió en el caso de la exhibición de una imagen de la Virgen en el hall de entrada del edificio donde tiene su sede la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, comentado en I.B).

³³¹ La exhibición de la bandera cuadrada y multicolor llamada *whipala*, de origen *aimará* (comunidad indígena de Bolivia), pero asumida como símbolo de los pueblos indígenas de América Latina, ha sido receptada como obligatoria u optativa por algunos distritos provinciales y municipales de Argentina, para flamear en actos públicos, junto a las banderas oficiales. Llegar a ello no ha estado exento de conflictos, que obedecen a que la *whipala* siempre ha sido un símbolo de resistencia de los pueblos indígenas. Abunda en internet material periodístico al respecto. Por su parte, en Bolivia, en 2002, se llegó incluso a presentar un proyecto de ley para que la *whipala* reemplazara a la bandera del Estado y en Perú existe un conflicto acerca de si la *wifala* (tal el nombre que se le da en ese país) es la auténtica bandera que debería suplantarse a la oficial; al respecto, ver CHURAMPI RAMÍREZ; *¿Es la bandera del Perú?*.

³³² Ver al respecto CARPIO RODRÍGUEZ; *Pluralismo jurídico*; pp. 92-93.

³³³ En Chile y en la provincia argentina de Neuquén, en cumplimiento del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, se han comenzado a admitir ciertas prácticas de la medicina tradicional mapuche en centros de salud oficiales. Incluso, en el departamento de Aluminé, Neuquén, provincia en la que hay un 8% de población mapuche, se proyecta la construcción de un hospital intercultural. La dimensión social y cultural

garante del respeto al pluralismo democrático, pero a su vez comprometido con la defensa de derechos fundamentales desde una concepción primariamente liberal –porque ese es el espíritu de las Constituciones de la región– enfrenta el desafío de tratar de armonizar intereses que parten de puntos de vista antagónicos: derechos comunitarios y derechos individuales.

Sería un error, sin embargo, pensar ambas categorías como criterios antagónicos que pujaran por desplazarse mutuamente. Una concepción de ese estilo tendría casi asegurado el fracaso de un sector: o se impondría un punto de vista o el otro, sin posibilidad alguna de armonización. La clave pasará por tratar de conciliar perspectivas en tanto y en cuanto sea posible, con el límite puesto en la tutela del núcleo básico de derechos fundamentales.

En este sentido puede ser de gran utilidad la teoría de KYMLICKA sobre restricciones internas y externas³³⁴, conforme a la cual debería tutelarse al máximo el ejercicio de los derechos comunitarios que sean expresión del derecho a la identidad cultural del grupo y representen a su vez un mecanismo de defensa y de preservación de este frente a las pretensiones mayoritarias u oficiales de imponerle un modelo de vida diferente y ajeno. A este tipo de defensas se las ha llamado restricciones externas, porque pretenden una inmunidad respecto de lo que viene *de afuera*. Pero no deberán permitirse las denominadas restricciones internas que sean limitaciones que el propio grupo busque imponer, forzando o desconociendo su voluntad, a cada uno de sus miembros individualmente considerado, de modo tal de obligarlo a permanecer en el seno comunitario, aunque el sujeto quisiera tomar distancia, total o parcialmente, de una práctica concreta o del mismo hecho de pertenecer; es decir, si quisiera dejar de ser parte de la comunidad.

El punto de vista anterior podría ser una buena propuesta de conciliación entre los intereses de las minorías originarias que, –bueno es enfatizarlo porque representan un paradigma completamente distinto al oficial y al de la sociedad mayoritaria– son *comunitarios*, y el interés y deber del Estado de proteger al individuo, protagonista supremo del sistema. Este es el que avala la sociedad mayoritaria que, a través del derecho al sufragio del que deriva el ordenamiento jurídico plasmado tanto en las leyes

de conflicto que entrañan cuestiones de este tenor surge clara de la nota periodística publicada por la agencia oficial de noticias de Argentina, titulada *Se inaugurará el primer hospital intercultural en Neuquén*; www.telam.com.ar; edición del 29/09/2016. En efecto, el artículo periodístico reproduce las declaraciones del director del área de Salud Integral del Ministerio de Salud de Neuquén, quien, en referencia a la complementariedad entre las diferentes visiones acerca de cómo cuidar la salud, expresó: “Este encuentro convive desde hace mucho tiempo, y con los conflictos que esto implica, lo transitamos (...) quienes fuimos formados en una medicina occidental, académica y científicista, cuesta comprender que hay otras posibilidades de sanidad”. Sobre la situación en Chile, ver también *Servicio de Salud de O’Higgins incorpora medicina tradicional mapuche a usuarios de CESFAM*; en *El Ciudadano*; edición del 28/10/2014.

³³⁴ Ver I. A).

en sentido formal, principalmente, como también en sentido material, es decir en las emanadas de cualquiera de los poderes del Estado, expresa su aval primario al sistema de protección de derechos individuales, que también reconoce los derechos de las minorías. Sobre todo, en aquellos países –como Argentina– cuya constitución de cuño liberal asume y reconoce también los derechos de los pueblos indígenas.

Además, una propuesta de este tenor también permitiría conjugar la circunstancia obvia de que los indígenas son ciudadanos en paridad de condiciones con todo el resto de los nacionales del Estado en el que viven. En esa calidad, merecen el reconocimiento de sus derechos comunitarios, pero también deben respetar los límites mínimos de convivencia y, sobre todo, el respeto a los derechos fundamentales el que rige la sociedad mayoritaria, con la que ellos también interactúan al ejercer su derecho al voto³³⁵.

Tanto como ocurrió en el apartado anterior, se relevarán solo algunos de los conflictos posibles, sobre todo aquellos que mayor importancia puedan tener a nivel jurídico. Quedarán al margen de la consideración muchas otras tensiones –algunas muy interesantes desde los puntos de vista antropológico, social y cultural³³⁶– a los que la convivencia entre pueblos originarios y la sociedad hija de la inmigración pueda dar lugar. Ese universo, además, sería inabarcable. En primer lugar, porque mientras en algunos países de Latinoamérica la presencia en términos absolutos de población indígena es muy significativa (por ejemplo en Bolivia o en Perú); en otros solo han sobrevivido pocas comunidades no tan populosas, que se presentan geográficamente de manera más bien aislada; en ocasiones, en puntos muy distantes dentro de un mismo país (como en Argentina). Pero lo que hace verdaderamente imposible toda idea de efectuar un catálogo exhaustivo de eventuales conflictos es el hecho de que cada comunidad indígena es *única* en su estructura social y política, lo que significa que cada una de ellas presente una identidad propia. No es posible hablar de *la* cultura indígena como si se tratara de una sola; cada comunidad es un universo cultural propio cuya identidad dará lugar a reclamaciones específicas de reconocimiento de derechos. Sin ir más le-

³³⁵ Es esta una consideración de tipo general, que desde luego nada tiene que ver ni con la particularidad de ciertas comunidades indígenas completamente aisladas de los grupos mayoritarios –los indígenas selváticos de Perú, por ejemplo– ni con el tratamiento penal de ciertos hechos cometidos por autores que actúen en la perspectiva de una cultura originaria y que puedan chocar con el ordenamiento jurídico oficial, el que no podrá dejar de regirse por las exigencias del principio de culpabilidad, tal como se verá más adelante.

³³⁶ En Argentina, por ejemplo, los casos que más frecuentemente han llegado a conocimiento de la justicia federal y provincial han estado relacionados con la defensa del medio ambiente, la personería jurídica y los derechos posesorios, que sí serán tratados en este apartado. Además, los especialistas en la cuestión plantean también el conflicto o inconveniencia de aplicación de penas privativas de libertad a indígenas, quienes se dice que son proclives a sufrir excesivamente ese tipo sanciones, en razón de su especial cosmovisión. Para profundizar en todas estas cuestiones, *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas*; editado la Defensoría General de la Nación, Programa de Diversidad Cultural; Buenos Aires; 2010.

jos, solamente Colombia alberga en su seno más de cien comunidades, cada una expresiva de una especial cosmovisión.

Al efectuar la referida selección, también se han escogido solamente algunos países de referencia. Abarcar la relación entre los indígenas y las sociedades de cultura occidental de todos los países que tienen pueblos nativos sería una empresa imposible de abordar, al menos a los fines de este trabajo. Los elegidos han sido Estados de tradición jurídica continental, porque las soluciones a delitos cometidos desde una perspectiva cultural diversa, hacia las que en definitiva se dirigen estas reflexiones, se buscarán principalmente en clave de esa matriz jurídica.

Nos ocuparemos entonces de la justicia indígena y de las reclamaciones de propiedad de las tierras comunales, siendo conscientes de que la discrecionalidad de esta, como de toda selección, pecará de omitir el tratamiento de otros conflictos también interesantes social y jurídicamente.

I. C) 1. Reclamaciones de restitución de tierras comunitarias por parte de comunidades aborígenes.

En la particular cosmovisión de las comunidades indígenas, los territorios que han ocupado ancestralmente tienen una importancia capital, ya que el grupo es considerado un todo con su hábitat y lo que en Occidente hoy se llama “medio ambiente” ha sido para pueblos originarios, desde siempre, parte central de sus culturas y algo sagrado a preservar. La fuerza de la ligazón entre los hombres y su lugar es de tal magnitud que las legislaciones internas de Latinoamérica e importantes instrumentos internacionales de derechos humanos se han ocupado de *reconocer* que dichas tierras *son y han sido desde siempre* de propiedad comunitaria. Ese carácter las hace inalienables e inembargables y, de estar en posesión de terceros en virtud títulos de propiedad conformes al derecho oficial, deben ser restituidas a sus dueños ancestrales; es decir, a la comunidad indígena que las reclame y logre acreditar la historia del grupo en ese suelo.

Tomando como referencia el caso de Argentina, si bien entre 1984 y 1993 se promulgaron varias leyes dirigidas a reconocer derechos indígenas³³⁷, actualmente la piedra angular de los derechos comunitarios de los pueblos originarios es la Constitución Nacional que, en lo específico, vino a reformar el original art. 67, inc. 15, que

³³⁷ Para un relevamiento de la normativa sobre pueblos indígenas anterior a la reforma constitucional de 1994 y, en particular, sobre el sistema de adjudicación de tierras, ver *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas*; editado la Defensoría General de la Nación, Programa de Diversidad Cultural; Buenos Aires; 2010; p. 23 y ss. También releva los antecedentes legislativos de dicha reforma, tanto a nivel nacional como provincial, BASÍLICO en *La comprensión*; p. 578 y ss.

establecía que correspondía al Congreso "... [c]onservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo"³³⁸.

Actualmente, en sintonía con las cartas constitucionales latinoamericanas, la Constitución Argentina reformada en 1994, en su art. 75, inc. 17³³⁹, reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente han ocupado y, asimismo, establece la obligación del Estado de regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de dichas tierras será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. La Constitución también asegura la participación de esos grupos en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.

Con posterioridad a la reforma constitucional, varias provincias –las que tienen mayor incidencia de población indígenas en sus territorios– modificaron sus constituciones en la misma líneas de reconocimiento de derechos comunitarios.

A nivel internacional, Argentina aprobó el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes³⁴⁰ que es, sin duda alguna, el instrumento más significativo en materia de reconocimiento de derechos indígenas en el ámbito del derecho internacional de los dere-

³³⁸ BASÍLICO recuerda que ya el derecho indiano reconocía la preexistencia étnica de los pueblos indígenas y su identidad cultural, conforme surgía de diversos tratados celebrados entre la Corona española y los indígenas, durante la época de la colonia (*Sistema penal...*; pp. 179-180, con cita de ALTABE, Ricardo; BRAUSTEIN, José y GONZÁLEZ, Jorge; *Derechos indígenas en la Argentina (Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional)*; en Cuadernos de Endepa, n° 3; noviembre de 1997; Chaco; Argentina). Incluso, agrega que el antiguo art. 67, inc. 15, de la C.N. era un reconocimiento expreso de los tratados de paz celebrados con los indígenas. Sin embargo, durante la época colonial el modelo era segregacionista, en tanto consideraba a los indígenas como individuos de segunda categoría; en efecto, ocupaban el nivel más bajo del estrato social. Luego de la independencia patria y bajo la influencia de la Revolución Francesa, se pasó al paradigma asimilacionista, según el cual todos eran iguales ante la ley, lo que se traducía en un trato desigual, ya que se ignoraban las diferencias y se ejercía una igualdad solo formal. Recién a partir de la segunda mitad del siglo XX, se comienzan a consolidar los movimientos indigenistas, lo que permitió el paso al modelo integracionista. Eso permitió el incipiente reconocimiento de derechos, pero todavía muy limitado, motivado sobre todo en la necesidad de discutir quiénes eran los propietarios de las tierras (BASÍLICO; *Sistema penal...*; p. 181).

³³⁹ Artículo 75.- Corresponde al Congreso:... 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones...".

³⁴⁰ Lo aprobó a través de la ley N° 24.071, de 1992, pero lo ratificó en el año 2000 y entró en vigencia el 3 de julio de 2001. Además, en 1995, se aprobó, mediante la Ley N° 24.544, la Constitución del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (ONU).

chos humanos³⁴¹. Respecto de la tierras ancestrales, en lo sustancial³⁴², el Convenio reconoce e indica que los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos originarios reviste su relación con las tierras o territorios³⁴³ que ocupan o utilizan de alguna otra manera y, en particular, los aspectos colectivos de esa relación. Reconoce también a las comunidades interesadas el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado y se establece, en los casos de tierras apropiadas, que deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho sobre las que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Los gobiernos, por su parte, se obligan a tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados han ocupado tradicionalmente y a garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. También se estipula que deberán instituirse procedimientos adecuados, en los ordenamientos jurídicos internos, para solucionar las reivindicaciones de tierras que se formulen. También se establece el deber de proteger especialmente los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras, los que son comprensivos del derecho a participar en su utilización, administración y conservación. Los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten las actividades estatales de explotación de recursos naturales en sus propias tierras y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las mismas. Además, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan y, cuando excepcionalmente su reubicación sea necesaria, hará falta su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa³⁴⁴ y deberá preservarse su derecho a regresar al territorio, cuando se

³⁴¹ En primer término, por aportar conceptos normativos definitorios de indígena, pueblo y tribal: "1. El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todos sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. 3. La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional" (art. 1).

³⁴² El convenio dedica un capítulo completo a la cuestión de las tierras ancestrales; se trata de la Parte II, que comprende los arts. 13 a 19.

³⁴³ En el art. 13.2 se diferencia a las tierras de los territorios: "La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera".

³⁴⁴ Art. 16.2: "Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas

hayan cesado las causas del traslado. Si el retorno no fuera posible, deberán recibir tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. La comunidad podrá optar por recibir una indemnización. En cuanto a la transmisión de derechos sobre las tierras, el Convenio establece que deberán respetarse las modalidades establecidas al efecto por cada comunidad. Los gobiernos deberán impedir que personas extrañas puedan aprovecharse de costumbres de los indígenas o de su desconocimiento de las leyes para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos. Finalmente, se prevé la asignación de tierras, en caso de que las que tuvieran fueran insuficientes, para llevar a cabo programas agrarios que garanticen la subsistencia comunitaria³⁴⁵.

Finalmente, en año 2006, por ley N° 26.160, se declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente han ocupado las comunidades indígenas del país, por el plazo de cuatro años³⁴⁶. Durante el período de emergencia, se suspendió la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto fuera el desalojo o desocupación de las tierras en cuestión³⁴⁷. Para poder gozar de los beneficios de la suspensión, la posesión debía ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada³⁴⁸.

Huelga señalar que el devenir de la legislación en materia indígena, desde la redacción del texto de la Constitución original de 1853 hasta el dictado de la ley 26.160, da la pauta de que, a pesar de las ventajas que ha supuesto el reconocimiento normativo de derechos, el mismo no ha bastado para zanjar todos los inconvenientes y reclamaciones a las que las tierras ancestralmente indígenas dan lugar. Es amplio el abanico de aristas jurídicas y de conflictos que ese reconocimiento de derechos puede ocasionar, comenzando por los reclamos de restitución de extensiones de tierras ocupadas desde hace décadas por particulares, sean personas físicas o empresas, que las

encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”.

³⁴⁵ A pesar de todas estas previsiones normativas, que representan significativos avances en materia de reconocimiento de derechos originarios, se ha considerado que, en razón de que el marco jurídico anterior al Convenio 169 de la OIT aún no ha sido reformado, se siguen produciendo controversias que obstaculizan el reconocimiento y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas (*Acceso a la justicia*; p. 25).

³⁴⁶ Que estuviera debidamente inscrita en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes (art. 1), disposición de por sí problemática ya que muchas comunidades no habían podido acceder a los registros por falta de información y de conocimientos sobre el tema o habían sido mal asesorados. Al respecto se ha dicho: “por falta de conocimiento, asesoramiento y apoyo, muchas comunidades terminan inscribiéndose en registros provinciales, los cuales son controlados por las direcciones provinciales de personas jurídicas y en muchos casos carecen de criterios adecuados a los estándares internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas” (*Acceso a la justicia...*; p. 25).

³⁴⁷ Art. 2.

³⁴⁸ Art. 2, *in fine*.

comunidades originarias han articulado. Los anales de jurisprudencia argentina registran unos cuantos casos en los que se han ventilado cuestiones de este tenor, con suerte diversa para los actores. Se comenzará por relevar los precedentes emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para luego hacer referencia a algunos casos provinciales.

Un precedente que ha sido calificado de histórico³⁴⁹ es el caso “LOF CASIANO”³⁵⁰, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación,—con remisión al dictamen del Procurador General de la Nación— falló a favor del *lof*³⁵¹ mapuche Casiano-Epugmer, ordenando a la justicia de la provincia de Río Negro que tratara la demanda indígena planteada contra el gobierno local, por la entrega y reconocimiento definitivos de su territorio tradicional. En primer lugar, la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Bariloche, provincia de Río Negro, y después el Superior Tribunal de Justicia provincial, habían considerado que no estaba habilitada la vía judicial para efectuar la reclamación sobre la tierra, en razón de que todavía no se había agotado la vía administrativa; ello, en atención a que se estaban ocupando del asunto la Dirección de Tierras y la Fiscalía de Estado de la provincia. El Procurador General asumió un punto de vista opuesto al de la justicia local, al interpretar que si un organismo administrativo de Río Negro ya había reconocido los derechos del *lof* a permanecer en calidad de propietarios de las tierras que tradicionalmente habían ocupado³⁵² y a repeler las acciones de terceros que no le reconocieran esa titularidad y que si además ya se habían interpuesto los recursos administrativos de habilitaba la ley, tendientes a precisar y corregir la ubicación del territorio tradicional del grupo, el último de los cuales había sido desestimado, resultaba incontratable que la actora había cumplido el requisito para habilitar la instancia judicial —agotamiento de la vía administrativa—.

La comunidad indígena *Lhaka Honhat* presentó una acción de amparo cuestionando la inconstitucionalidad de una resolución de la provincia de Salta por la cual se habían adjudicado fracciones de tierra a terceros, afectando su derecho a la propiedad comunitaria³⁵³, planteo que fue rechazado por el máximo tribunal provincial. Llegado el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se resolvió —con remisión al dictamen del Procurador General de la Nación— que se había omitido considerar el argumento de la actora se había dado curso a peticiones de fracciones de tierra que se encontraban en áreas que aquella había reclamado antes y que se las había adjudicado

³⁴⁹ *Acceso a la justicia*; p. 119.

³⁵⁰ CSJN; Fallos: 331:1660; Expte N° 1317/06; “LOF CASIANO C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”; rta. 15/07/2008.

³⁵¹ El *lof* es forma básica de organización social del pueblo mapuche, consistente en un clan familiar o linaje que reconoce la autoridad de un cacique llamado *lonco*.

³⁵² Así lo había reconocido el Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas de Río Negro (CODECI).

³⁵³ CSJN; Fallos 327:2309.

antes de que la tramitación de su pedido hubiera estado agotada. Asimismo, el fallo consideró que el tribunal provincial no había valorado el hecho de que la provincia de Salta, por decreto, se había comprometido a respetar que las superficies fueran adjudicadas sin divisiones, mediante un título único de propiedad.

Otro fallo emblemático de la Corte Suprema de Justicia de Argentina fue el caso “DINO SALAS”³⁵⁴, en el que un grupo de personas, comunidades indígenas y asociaciones criollas interpusieron un amparo contra la provincia de Salta y contra el Estado Nacional para lograr el cese inmediato y definitivo de los desmontes y las talas indiscriminadas de bosques nativos; la declaración de inconstitucionalidad de las autorizaciones otorgadas al efecto y la prohibición de autorizaciones futuras y la imposición a los demandados de la obligación de recomponer los daños provocados y restablecer al ambiente natural al estado anterior o, de no ser posible, el pago de una indemnización. Finalmente, también pidieron la concesión de una medida cautelar para detener preventivamente la tala y el desmonte, mientras se sustanciara el juicio. La Corte Suprema hizo lugar a la medida cautelar; convocó a una audiencia oral y pública para que las partes se expidieran sobre la situación denunciada y ordenó de manera provisional el cese de los desmontes y las talas, con el fundamento de que los hechos que se denuncian exigían de ese tribunal el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y la adopción de las medidas conducentes que, no como una intromisión en las atribuciones de aquellos, sino para asegurar la observancia de la Constitución Nacional. En el fallo se sostuvo que era función fundamental de la actividad del Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitieran garantizar la eficacia de los derechos y evitarse su vulneración, sobre todo cuando estaban en juego garantías constitucionales.

También el Máximo Tribunal de Argentina tuvo ocasión de conocer en una caso procedente de la justicia de la provincia de Salta, en el que la comunidad Indígena *Eben Ezer* interpuso una acción de amparo en la que planteó la inconstitucionalidad de una ley provincial³⁵⁵, por la cual se había dispuesto desafectar como reserva natural a unos lotes fiscales y se había habilitado su venta a través de un procedimiento de licitación³⁵⁶. La comunidad agraviada sostuvo que los recursos naturales de una de esas parcelas y el corredor ecológico que era la otra constituían la fuente de la subsistencia de la comunidad. Invocó la afectación de los derechos a la vida y a la propiedad comunitaria de las tierras, ambos de raigambre constitucional, planteo que fue rechazado en la justicia local. La Corte federal, en lo que aquí interesa, tuvo especialmente en

³⁵⁴ CSJN; Fallos: 334:1754.

³⁵⁵ N° 7274.

³⁵⁶ “Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción”, sentencia del 30 de septiembre de 2008, LL 2008-F.

cuenta lo valioso que los bienes jurídicos en juego eran para los accionantes, con respaldo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya posición en materia de tierras será abordada un poco más adelante. En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia decidió hacer lugar al recurso extraordinario contra las sentencias provinciales que no había lugar a su pretensión³⁵⁷.

Se ha observado que el concepto de derecho de propiedad contenido en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia ha mutado a lo largo del tiempo. Mientras en los albores del siglo XX sostuvo una concepción liberal, comprensivo de todos los intereses valiosos que el hombre podía tener fuera de sí mismo y de su libertad, que era coherente con el espíritu de la Constitución original de 1853. Más tarde, entre la década del '30 y 1990, el derecho de propiedad pasó a ser un derecho constitucional más, con relación al cual se aceptaron nuevas restricciones³⁵⁸. Con el reconocimiento de los derechos indígenas, se da el salto a una nueva noción de derecho de propiedad, inescindible del derecho a la identidad; no se puede dañar uno sin afectar el otro. Este último movimiento se ha dado en toda América Latina y se refleja también en la jurisprudencia del sistema interamericano.

Antes de pasar al análisis de los precedentes internacionales, corresponde hacer breve referencia a casos fallados por las justicias provinciales de Argentina. Uno de los antecedentes más resonantes fue el conocido como "CASO LOF PEDRAZA"³⁵⁹, que se inició por la interposición de una acción de amparo contra una orden de desalojo emitida por la Dirección de Tierras provincial contra el *lof*, medida precautoria a la que la Cámara de Apelaciones en lo Civil hizo lugar, con el resultado de que no solo se suspendió el desalojo, sino también la prohibición de ingresar a las tierras de los indígenas requirientes a terceros, a quienes la dirección demandada venía otorgando derechos de posesión (no de propiedad) en detrimento del *lof*. Los terceros afectados³⁶⁰ por ese fallo recurrieron al Superior Tribunal de Justicia, tribunal este que revocó el fallo de Cámara, sin hacer consideraciones sobre el fondo de la cuestión ventilada. A esa altura, el desalojo ya se había ejecutado y los desalojados no regresaron a las tierras reclamadas. En atención a que se estaba violando el derecho de ocupación territorial por parte del Superior Tribunal de Justicia de la provincia, en diciembre de 2006, se interpuso la defen-

³⁵⁷ Un análisis más detallada de este fallo, que aquí no parece necesario en atención a que se referiría sobre todo a cuestiones de derecho interno que no son relevantes en este momento, puede verse en CIANCIARDO; *Universalidad*; pp. 224-225.

³⁵⁸ Sobre la evolución de la noción del concepto de derecho de propiedad en la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, ver CIANCIARDO; *Universalidad*; pp. 227-232.

³⁵⁹ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro; Expte. N° 21617; "LOF MAPUCHE 'PEDRAZA-MELIVILO' C/PROVINCIA DE RÍO NEGRO S/AMPARO S/APELACIÓN"; sentencia N° 159; rta. el 21/11/2006.

³⁶⁰ Los terceros afectados por la medida también eran de origen mapuche, pero gozaban de la posesión a título individual; no comunitario.

sa de la ley 26.160 sobre emergencia de la tierras indígenas, en lo que fue la primera aplicación de esa normativa³⁶¹.

Con relación a este tipo de conflictos, se ha destacado que si bien es factible obtener resultados favorables en las medidas cautelares; es dificultoso el éxito en los planteos de fondo, lo que explica que se haya tenido que llegar al Superior Tribunal Provincial, para lograr la nulidad de un contrato de leasing, contra una minera sobre territorio indígena³⁶².

Se registra también otro precedente destacado por haber dado adecuada protección judicial al derecho a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupaba un grupo indígena, en el que el juez sostuvo que, para la obtención de la titularidad de las tierras, era irrelevante que la comunidad no hubiera concluido aún el trámite administrativo para obtener la personería jurídica, ya que esta no era una condición necesaria para ejercer un derecho que estaba reconocido y que era, a la vez, un derecho y una obligación³⁶³.

Un juzgado penal de la localidad de Sarmiento, provincia de Chubut, imputó por el delito de usurpación a dos personas indígenas, pertenecientes a una comunidad mapuche de la zona, en perjuicio de otros pobladores indígenas mapuches³⁶⁴. El conflicto se había originado a raíz de que los imputados habrían modificado el alambrado que delimitaba sus tierras con las de los damnificados, moviéndolo de su posición original hacia la parte interna de las tierras vecinas. La defensa solicitó, por aplicación del Convenio 169 de la OIT y de la Ley 26.160 de emergencia de la tierras comunitarias, la suspensión de todo acto procesal que implicara una afectación a los territorios indígenas y la citación de los representantes de la Dirección Provincial de Asuntos Indígenas, del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y del Consejo de Participación indígena de la Provincia del Chubut, a efectos de dirimir, con la participación de las autoridades indígenas y del consejo de ancianos, la situación de las tierras ocupadas por los inculpados. Luego de hacer una reseña de la normativa vigente en materia de pueblos indígenas, el juez rechazó la petición de los imputados. Para ello, se sostuvo que no era la vía de los hechos la indicada para solucionar el conflicto, si era que los imputados consideraban que las tierras ocupadas por los damnificados pertenecían tradicionalmente a su comunidad.

³⁶¹ *Acceso a la justicia*; p. 117.

³⁶² *Acceso a la justicia...*; p. 118.

³⁶³ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería No. 5 de la ciudad de Bariloche, provincia de Río Negro, Argentina; Expte N° 14012-238-99; "SEDE ALFREDO Y OTROS C/VILLA HERMINIA Y OTRO S/DESALOJO", rto. 12/8/2004.

³⁶⁴ Juzgado Penal de la localidad de Sarmiento (Chubut), Expte. N° 355; "L. A. T. y S. T. s/ Usurpación"; rto del 23/10/08; citado por *Acceso a la justicia...*; pp. 49-50.

Destacando el contrapunto con ese antecedente, se ha remarcado que la Corte Constitucional de Colombia, tribunal que posee una vasta experiencia en derecho indígena, en un caso similar, en el que se discutía la procedencia de la jurisdicción indígena, señaló que la existencia de sistemas jurídicos tradicionales, debía ser examinada a la luz del nuevo paradigma constitucional, del respeto y de la protección a la diversidad. En ese nuevo contexto, era violatorio del principio de diversidad étnica y cultural y de la garantía constitucional de la jurisdicción indígena, la pretensión de que la procedencia de ésta quedara sujeta al reconocimiento externo en torno a la existencia y validez del orden jurídico tradicional. Este nuevo paradigma de respecto a la diversidad manaba de una tradición que había estado orientada hacia la integración y se caracterizaba por los procesos de aculturación de las comunidades indígenas, como consecuencia de los cuales los grupos originarios habían ido perdiendo su identidad y su cohesión interna y habían permitido que sus sistemas jurídicos tradicionales cayesen en desuso y fuesen sustituidos por el de la cultura nacional. Por eso, el nuevo contexto cultural exigía el reconocimiento de que las comunidades indígenas podían buscar la reafirmación de su propia identidad como tales. En ese marco, para establecer las condiciones de procedencia de la jurisdicción indígena, resultaba determinante evaluar, en cada caso, “la vocación de reafirmación de la comunidad, de asumir el manejo de su destino a partir de una identidad determinable y del rastreo de usos y prácticas ancestrales”³⁶⁵.

Un particular denunció que en el campo de su propiedad se había efectuado un corrimiento de alambrados y la construcción dentro de ese predio de un rancho de adobe, ocupado por una persona a la que identificó. Tras realizarse una inspección ocular durante la cual se constató que el denunciado efectivamente había construido un puesto dentro del mismo porque el lugar se encontraba adentro de una reserva aborigen que había pertenecido a su abuelo, el juez de instrucción dispuso el archivo de la causa, por considerar que el hecho no constituía delito. En fallo se dijo que, más allá del menoscabo al derecho de propiedad invocado por la denunciante, se debía tener en cuenta lo dispuesto por la Constitución Nacional en relación con las comunidades indígenas, es decir que son propietarias y poseedoras de las tierras que tradicionalmente han ocupado³⁶⁶.

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Neuquén, también tuvo ocasión de expedirse sobre el derecho de consulta y participación de los pueblos indígenas, en un caso en que una comunidad había solicitado la declaración de inexisten-

³⁶⁵ *Acceso a la justicia*; pp. 50-51.

³⁶⁶ Juzgado Nacional de Instrucción N° 4 de Puerto Madryn; Expte N° 9289-117-2000; “NARES, LEYLA MARCELA S/DCIA. USURPACIÓN”; rta 03/04/2002, citado en *Acceso a la justicia...*; p. 76.

cia y, subsidiariamente, de nulidad, del contrato de exploración con opción a compra de una mina en territorio comunitario, celebrado entre la provincia demandada y una empresa³⁶⁷. Los abogados del pueblo indígena alegaron que se había omitido la consulta previa con la comunidad, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6.1.a, 6.2, 15.2 del Convenio 169 de la OIT y el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional. La comunidad planteó también una medida cautelar de no innovar para impedir el avance en la ejecución del contrato impugnado, que podría provocar daños irreparables en el territorio del grupo. El Superior Tribunal hizo lugar a la medida cautelar, sobre la base de que se reclamaba

un reconocimiento efectivo de derechos que no forman parte de un catálogo de buenas intenciones sino que actualmente cuentan con instrumentos normativos que obligan a su respeto y protección. Este respeto y protección exige de parte del Poder Judicial, el uso de los instrumentos jurídicos existentes para evitar que sean vulnerados cuando se presenta un caso concreto (...) las decisiones judiciales acordes con los instrumentos internacionales, posiblemente contribuyan a reducir la distancia entre la dimensión normativa y la dimensión fáctica que ha quedado patentizada en estos autos³⁶⁸.

A partir del sucinto relevo de los precedentes comentado, se deriva que, si bien los conflictos por las tierras ancestrales son reales y complejos, hoy en día encuentran una solución jurídica en el derecho constitucional, que lleva a buscar soluciones propias del derecho civil para zanjarlos. En efecto, de acreditarse la pertenencia comunitaria, las tierras pueden ser perfectamente expropiadas y restituidas a sus dueños originales, indemnizando a los afectados de acuerdo a las reglas del derecho constitucional y legal. Es que el art. 17 de la misma Constitución Nacional argentina establece que “[l]a propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”. Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la C.N.), en su art. 21.2 expresa que “[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. De ese modo, la comunidad que pretenda recuperar tierras deberá peticionar a un juez, único que podrá decidir acerca de la expropiación. Incluso más: el derecho general también permite apelar a mecanismos que, de haber consenso entre las partes, pueda llegar a evitar la vía extrema de la expropiación. Esto parece confirmado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de 2015, que, en sintonía con la Constitución

³⁶⁷ Superior Tribunal de Justicia de Neuquén; Expte N° 2642/9; “COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES C/CORPORACIÓN MINERA DEL NEUQUÉN S.E S/ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. n° 2642/9, del 28/09/09.

³⁶⁸ Superior Tribunal de Justicia de Neuquén; Expte N° 2642/9.

Nacional, prevé que las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca una ley, que aún no ha sido sancionada³⁶⁹. Sin embargo, es de esperar que dicha ley contemple expresamente la solución de los conflictos derivados de aquel derecho ancestral con la propiedad privada de terceros que actualmente ocupen los territorios comunitarios. Más sencillos de resolver serán los casos en que la propiedad actual de las tierras sea pública, es decir cuando sea el propio Estado el que deba restituirlas.

Un ejemplo, destacado por la prensa nacional³⁷⁰, ha sido un caso ocurrido en la provincia de Neuquén, donde miembros de la comunidad mapuche *kaxipayi* ha reclamado la propiedad de las tierras donde funciona desde hace casi cuarenta años el *Yacht Club Neuquén*. El grupo invoca que esas extensiones le pertenecen, porque ancestralmente residían ahí. Si bien el caso no está resuelto y la prensa indica que ya hay un fiscal interviniendo, es decir que los engranajes de la justicia se han puesto en marcha, el grupo ha comenzado negociaciones con el gobierno provincial para tratar de lograr un “*cambio de tierras*”. En efecto, el gobierno fue quien vendió las tierras al club, que actualmente están escrituradas a nombre de la institución y por las que ésta paga tributos. Las negociaciones de las que habla la prensa dan cuenta de que podría llegarse a una solución de derecho civil, sin apelar a la expropiación; no obstante, a juzgar por la tendencia jurisprudencial que se viene registrando, derivada del texto constitucional actual, si el grupo no accediera a aceptar otras tierras, sino exclusivamente las de asiento del club, en razón de la pertenencia cultural y ancestral debidamente acreditada, sería muy difícil pensar en otra solución jurídica que no fuera expropiarlas.

Además, es esta también la tendencia que se observa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del citado art. 21 de la CADH. Si bien ni la Convención ni ninguno de los instrumentos internacionales que conforman el sistema interamericano recogen específicamente el tema del derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios tradicionales, el Tribunal ha entendido que se encuentra comprendido y garantizado en la regulación sobre la propiedad

³⁶⁹ En lo pertinente, el Código Civil y Comercial de la Nación, de Argentina, prevé:

ARTICULO 18.- Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

ARTICULO 9° — Dispónense como normas transitorias de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes:

Primera. “Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial.” (Corresponde al artículo 18 del Código Civil y Comercial de la Nación).

³⁷⁰ *Un grupo mapuche dice que es dueño de un Yacht Club* en La Nación; 16/11/2014.

que tutela aquel precepto³⁷¹. Como relevan RUIZ y DONOSO, en una primera aproximación a la cuestión³⁷², la CorteIDH efectuó lo que llamó una “interpretación evolutiva” de la Convención, tomando en consideración las normas hermenéuticas aplicables y lo hizo a la luz del art. 29.b de aquella –que impide limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes–. En esa dirección, el Tribunal entendió que el art. 21 del pacto protegía “el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”³⁷³.

Posteriormente, la Corte consagró su criterio de que el derecho a la propiedad comunal está garantizado por la Convención, al afirmar que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”³⁷⁴. En sintonía con lo anterior, la Comisión Interamericana ha entendido que el derecho a la propiedad, conforme al artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁷⁵

debe ser interpretado y aplicado en el contexto de las comunidades indígenas con la debida consideración por los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos³⁷⁶.

Como ya se ha indicado, hoy en día es muy difícil que, en caso de reclamación, las tierras no sean restituidas a las comunidades. Esto es así por la importancia en términos de identidad cultural que tienen para los pueblos indígenas, sin duda profundamente diferente a la naturaleza del vínculo que en nuestra cultura existe entre el

³⁷¹ El texto completo del art. 21 de la CADH reza: “**Derecho a la Propiedad Privada.**

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

³⁷² RUIZ, Osvaldo; DONOSO, Gina; *Sección especial: Pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo y reparaciones*; en “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario”; STEINER, Christian; URIBE, Patricia (editores); KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.; 2014; pp. 947/1026.

³⁷³ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148.

³⁷⁴ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 143.

³⁷⁵ El texto completo del artículo es el siguiente: “**Artículo XXIII.** - Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

³⁷⁶ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belize), 12 de octubre de 2004, párr. 115.

propietario y sus bienes que, en la mentalidad mayoritaria, es individual, salvedad hecha de los bienes públicos del Estado.

Sin embargo, la CorteIDH tiene dicho que

[e]ntre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras³⁷⁷.

En igual sentido y con invocación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que también es derecho interno en Argentina³⁷⁸, la Corte ha expresado:

[l]a cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación³⁷⁹.

Como consecuencia de ese estrecho vínculo entre los pueblos indígenas y sus tierras ancestrales y los recursos naturales que allí se encuentran, ligados también a su tradición cultural, el Tribunal ha reiterado que los territorios deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana³⁸⁰.

Y en punto a las diferencias entre las concepciones occidental e indígena sobre la propiedad, la CorteIDH ha entendido que la significación colectiva del dominio y posesión de sus territorios, propia de las culturas indígenas,

no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pue-

³⁷⁷ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párr. 149.

³⁷⁸ En efecto, ha sido aprobado por la ley 24.071 y ratificado por el país en el año 2000.

³⁷⁹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 135 y 136.

³⁸⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay; párr. 137.

blo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas³⁸¹.

Al posicionamiento jurisprudencia que antecede, se ha de agregar la doctrina reiterada del sistema interamericano de derechos humanos de que la propiedad indígena sobre sus territorios tradicionales no se fundamenta en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos. En otros términos, se entiende que los pueblos indígenas y tribales tienen derechos de propiedad, posesión y dominio respecto de las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente³⁸².

Por esto último es que, precisamente, en el estado actual de la cuestión, no represente ningún obstáculo para la restitución o reconocimiento estatal del derecho de dominio la carencia de título de propiedad legal y formal sobre las tierras, ni de manera individual ni colectiva³⁸³.

Al efectuar un exhaustivo análisis de la interpretación y respuesta que se ha dado a esta problemática en el sistema interamericano, RUIZ Y DONOSO destacan que, en virtud del tenor del derecho de propiedad indígena, el título de propiedad tiene solo una función de reconocimiento y protección oficiales, pero no es constitutivo de derechos³⁸⁴. Por más que la comunidad carezca de título de propiedad, el sistema interamericano –es decir la CorteIDH y la CIDH– entiende que el reconocimiento del dominio indígena y tribal sobre las tierras no es un acto discrecional del Estado, sino que constituye una obligación que exige medidas positivas³⁸⁵. La primera de esas diligencias es plasmar el reconocimiento oficial en un título jurídico formal, debidamente registrado³⁸⁶, pues dado el carácter colectivo de la propiedad indígena, la titulación y el registro oficial deben también ser del mismo carácter, para reflejar el hecho de que la

³⁸¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120.

³⁸² CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas, párr. 115.

³⁸³ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua; párr. 151. Igual criterio sostuvo el tribunal en Caso de la Comunidad Moiwana s. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 130 y 133; en Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párr. 128. En la misma línea se ha expedido la Comisión Interamericana en CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Doc. OEA/ Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 diciembre 2009, párr. 69; CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, Capítulo X, párr. 19.

³⁸⁴ RUIZ Y DONOSO; Sección especial: Pueblos indígenas; p. 974: “[l]a disociación entre el derecho consuetudinario de propiedad indígena y la existencia o no de un título formal de propiedad implica que el acto de titulación por parte del Estado es un acto de reconocimiento y protección oficiales, pero no constitutivo de derechos. La posesión y uso consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser el criterio rector en la identificación y garantía de estos derechos a través de la titulación”.

³⁸⁵ CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, párr. 19.

³⁸⁶ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 194; Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua, párr. 153-1.

propiedad de la tierra es comunitaria³⁸⁷. Al respecto, el Tribunal ha destacado que el reconocimiento del derecho no puede ser reemplazado por el otorgamiento de un privilegio sobre las tierras, que pueda ser dejado sin efecto en el futuro u opacado por derechos de terceros, sino que se les debe asegurar el uso y goce permanente de aquellas³⁸⁸.

A partir de lo anterior, es claro que la falta de título no es óbice para el reconocimiento del derecho, pero su otorgamiento se ha tornado una obligación para los Estados partes. De ese modo, el hecho de que los actuales tenedores de las tierras posean un título de propiedad legal y formal a su nombre –tal el caso que, a modo de ejemplo entre tantos, se citó al comienzo de este apartado, sobre el Club Náutico Neuquén– sin lugar a dudas pondrá sobre el tapete el innegable conflicto en materia de derechos reales. No obstante, en el derecho argentino habrá una solución jurídica dada tanto por la Constitución Nacional y los pactos internacionales de derechos humanos que la integran (art. 75, inc. 22, de la C.N.) y por la legislación civil derivada, como por el sistema interamericano y su jurisprudencia, puesto que de lo contrario existiría responsabilidad internacional del Estado. Otra tanto puede decirse de la situación actual en los países latinoamericanos cuyas constituciones actualmente están en sintonía con el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas que se ha destacada respecto de Argentina, como Bolivia (art. 30.6), Colombia (art. 63), Perú (art. 89.2), Brasil (art. 231), Nicaragua (art. 89.3), Paraguay (art. 64) o Ecuador (art. 57).

En efecto, la CorteIDH ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en una serie de casos en los que el Estado se negaba a restituir las tierras alegando su imposibilidad de hacerlo, en virtud de que las extensiones territoriales reclamadas se encontraban en manos privadas³⁸⁹. El conflicto es innegable, toda vez que el art. 21 de la CADH protege tanto la propiedad privada de los particulares como, según entiende el sistema interamericano, la comunal indígena. Ahora bien, el derecho a la propiedad, cualquiera sea su titular, particular o colectivo, no es absoluto, por lo que admite límites y restricciones³⁹⁰. En ese sentido, es doctrina de la CorteIDH que en una sociedad democrática, que propende al bien común y tutela derechos colectivos, se puede limitar el derecho a la propiedad privada, pues no se trata de un derecho absoluto, sino que ad-

³⁸⁷ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 194.

³⁸⁸ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam; párr. 115.

³⁸⁹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

³⁹⁰ Con especial referencia a los límites y restricciones de la propiedad indígena, Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 127.

mite restricciones fundadas en razones de utilidad pública o interés social, en tanto se indemnice al afectado³⁹¹.

Ahora bien, para tratar de dar solución a los conflictos, atendiendo a las particularidades de cada caso, la Corte ha analizado tres aspectos de la colisión entre la propiedad indígena y la de los particulares, sean estos titulares individuales o empresas: a) si los indígenas tienen realmente derecho a reclamar la devolución del territorio perdido; b) si de existir ese derecho, hay un límite temporal para accionar en su reclamo y c) en qué condiciones sería procedente despojar a los dueños actuales de las tierras para entregárselas a los indígenas o, viceversa, negar a los indígenas su reclamo territorial reconociendo la prevalencia del derecho a la propiedad privada de los actuales dueños³⁹².

Respecto de la primera cuestión, es doctrina del Tribunal que si una comunidad ha perdido la posesión de sus tierras tradicionales por causas ajenas a su voluntad, conserva el derecho de propiedad sobre las mismas, “aun a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe”³⁹³. Es decir que si las tierras han sido trasladadas legítimamente a terceros poseedores de buena fe, se entenderá que los indígenas perdieron la propiedad de las tierras, pero “tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad”, y “la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”³⁹⁴.

Además, la Corte se ha ocupado del límite temporal para ejercer el derecho de recuperación. Con sustento en que la “la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales”, ha concluido que “[m]ientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá”³⁹⁵, extremo este que deberá acreditarse según las costumbres y la idiosincrasia de la comunidad de la que se trate.

³⁹¹ “El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional.

El derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el artículo 21.2 de la Convención se establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, practicarse según los casos y las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención” (Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 60 y 61).

³⁹² Para un análisis pormenorizado de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre cada uno de estos aspectos, ver RUIZ y DONOSO; *Sección especial: Pueblos indígenas*; pp. 976 y ss.

³⁹³ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 128.

³⁹⁴ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 128.

³⁹⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 131.

Ahora bien, de darse el conflicto entre propietarios o legítimos tenedores de buena fe y una comunidad que todavía conserve su derecho al reclamo y recuperación de las tierras, debe recordarse que ambos derechos de propiedad están tutelados por la Convención, con el mismo nivel de protección. A esta complejidad se adiciona la circunstancia de que, en ocasiones, el derecho de propiedad está acompañado de otros derechos, como puede ocurrir cuando en las tierras reclamadas se encuentra también el cementerio de los antepasados o los lugares de culto. Como se ve, se tratará de una auténtica colisión de derechos, con exacta paridad de rango, que no puede recibir una respuesta universal, sino que deberá hacerse una ponderación, en cada caso concreto.

Esto último es lo que la Corte IDH ha llamado “juicio de proporcionalidad”, para el que se toman en cuenta: la legalidad de la restricción, es decir si existe en el orden doméstico un procedimiento establecido por ley que permita solicitar la expropiación de tierras de manos de los particulares con el fin de entregarlas a los indígenas; el fin que se persigue con la restricción y la idoneidad de las medidas tendentes a cumplir con ese propósito; la necesidad de la restricción³⁹⁶ y finalmente la estricta proporcionalidad de la medida, o sea si se garantiza en forma amplia un derecho, sin tornar ilusorio el otro; dicho en textuales palabras de la Corte, “si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”³⁹⁷.

Lo que es indudable es que, como se ha dicho párrafos más arriba de este apartado, el sistema interamericano tiende, como propósito fundamental, a la restitución de las tierras a los pueblos indígenas. No hacerlo, dando lugar a un reemplazo, será una alternativa de mínima, en tanto se entiende que es la propia identidad cultural y la subsistencia del pueblo y de sus miembros la que está en juego³⁹⁸.

De otro lado, el Tribunal también ha indicado que, cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de devolver el territorio tradicional a las poblaciones indígenas, deberá compensarlas, con la entrega de tierras alternativas o con una indemnización en dinero o especie³⁹⁹. En otro precedente ha entendido que la razón justificada sería que las tierras se encontraran explotadas y en

³⁹⁶ Son los indígenas quienes deben demostrar que salvo la expropiación no existe otra alternativa para satisfacer su derecho a la propiedad comunal o bien que, aun cuando existan otras, la expropiación es la única que satisface la propiedad comunal; mientras que el Estado demandado debe demostrar que además de la expropiación existen otras medidas menos gravosas sobre el derecho a la propiedad privada con las cuales se podría obtener el mismo fin (por ejemplo, demostrando que una expropiación parcial de los territorios en los cuales se encuentran los cementerios tradicionales más la entrega de tierras alternativas cumple el mismo fin que la expropiación total). En otros términos, deberá demostrarse que no existe ninguna medida alternativa que, de manera clara y contundente, alcance el mismo resultado a un menor costo.

³⁹⁷ Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 83.

³⁹⁸ Corte IDH. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, 128.

³⁹⁹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 149.

plena productividad⁴⁰⁰. Sin embargo, no ha dudado en sostener también que cualquier argumento según el cual los indígenas no pudieran reclamar sus tierras tradicionales por el hecho de estar explotadas y en plena productividad, importaría mirar "...la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos"⁴⁰¹.

En suma, cuando el derecho a la devolución de las tierras perdidas se enfrenta al derecho a la propiedad privada de terceros de buena fe, deberá realizarse un test de estricta proporcionalidad, según los lineamientos esbozados más arriba; cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los derechos, tanto mayor deberá ser el grado de satisfacción del otro⁴⁰². Si primase la propiedad comunal sobre la propiedad privada, debe otorgarse una justa indemnización a los particulares⁴⁰³. En cambio, si prevalece la propiedad de los terceros de buena fe, los indígenas deberán recibir tierras alternativas o una indemnización en dinero o en especie, de acuerdo a una elección consensuada con los indígenas interesados "conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario"⁴⁰⁴.

Para concluir este comentario, es innegable que los reclamos de tierras por parte de las comunidades aborígenes dan lugar a conflictos jurídicos en términos de multiculturalismo. Sin embargo, también es cierto que hay soluciones jurídicas para el caso, tal como lo reconoce el derecho doméstico argentino y el sistema interamericano. Otro tanto puede decirse de los derechos de países de la región que receptan la cuestión en iguales términos, bajo riesgo de responsabilidad internacional.

I. C) 2. El planteamiento de la cuestión de la justicia indígena y la justicia ordinaria.

Otro conflicto que, a esta altura de los tiempos, ya podría decirse que ha encontrado algunas vías de solución jurídica—si bien con dificultades de implementación—, es la histórica pretensión de las comunidades indígenas de América Latina de que sean reconocidos su derecho (en general consuetudinario o de transmisión oral), sus instituciones encargadas de impartir justicia y las consecuencias jurídicas que emanen de sus decisiones. A estas instituciones se las conoce como justicia indígena. Incluso en aquellos países donde aún esta justicia no goza de equiparación con la ordinaria —es decir que no es reconocida como tal por el Estado—, los estándares de derechos humanos internacionalmente reconocidos a los pueblos indígenas y tribales, receptados

⁴⁰⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párr. 139.

⁴⁰¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 146.

⁴⁰² RUIZ y DONOSO; Sección especial: Pueblos indígenas; pág. 980.

⁴⁰³ Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador; párr. 96.

⁴⁰⁴ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay; párr. 151.

por el reciente movimiento constitucional ocurrido en la región, abre las puertas a que puedan hallarse respuestas jurídicas concretas a los reclamos de estos colectivos para que se respete su sistema jurídico. En esa línea, mediante el reconocimiento del derecho y de la jurisdicción indígena, en definitiva, se propende al aseguramiento de la garantía de acceso a la justicia –reconocida por el ordenamiento internacional como de carácter fundamental–, ante determinados conflictos, respetando la multiculturalidad de la ciudadanía.

En tal sentido, de cara a los pueblos indígenas, la justicia abarcaría dos dimensiones. Por un lado, la justicia indígena –también llamada derecho consuetudinario, derecho indígena, sistema jurídico indígena o derecho propio–; por el otro, la justicia ordinaria o estatal. Ambas conforman sistemas jurídicos paralelos, así reconocidos por la comunidad internacional, como expresión de pluralismo legal, entendido como la coexistencia e interacción de diferentes ordenamientos normativos sobre las mismas situaciones sociales y en un espacio geopolítico determinado⁴⁰⁵. Lógicamente, los indígenas, en su calidad de ciudadanos del Estado, podrán reclamar sus pretensiones jurídicas ante la justicia ordinaria. Sin embargo, su particular cosmovisión, expresada también en su sistema de derecho, los ha llevado a conservar y, en general, a preferir sus propias costumbres e instituciones de justicia a la hora de dirimir sus conflictos. El abismo cultural que los separa de las instituciones y de la visión jurídica del sistema occidental los hace preferir el propio, como expresión también de su autodeterminación y autonomía cultural.

Como se ha adelantado, la justicia indígena es el conjunto de normas basadas en valores y principios culturales, expresados a través de usos y costumbres, con procedimientos y prácticas propias que regulan la vida social en la comunidad y su territorio⁴⁰⁶. Es la herramienta por la cual los grupos nativos regulan sus asuntos internos, como sistema de control social. Desde luego, tiene actividad jurisdiccional a cargo de autoridades comunitarias, encargadas de aplicar ese derecho en caso de conflictos suscitados entre miembros del grupo, en los confines de sus territorios o resguardos. Tanto el procedimiento como las soluciones jurídicas y sanciones que se aplican son acordes a la cosmovisión del mundo según la cual estos grupos entienden la vida; para ellos la pertenencia comunitaria tiene un valor superlativo. De ahí que sea frecuente que las decisiones sean tomadas por una asamblea comunal y que primen las soluciones de tipo conciliatorio y reparatorio. Pero como se trata de derechos procedentes de tradiciones jurídicas ancestrales, preexistentes a los ordenamientos jurídicos estatales,

⁴⁰⁵ Para mayor profundización sobre el pluralismo jurídico al que da lugar el reconocimiento del derecho indígena, ver BRANDT; VALDIVIA (compiladores); *El tratamiento de conflictos*; p. 3 y ss.

⁴⁰⁶ En sentido similar, PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; p. 239.

expresan la cultura de cada una de las comunidades; y no hay dos pueblos que tengan un mismo sistema jurídico, ni en lo normativo ni en lo procesal, porque no existe *una* cultura indígena homogénea, sino tantas como grupos comunitarios existen. Este no es un tema menor, ya que contribuye a la resistencia de las autoridades ordinarias a reconocer estos derechos, por la dificultad material y cultural de conocer y entender a todos y cada uno de ellos. Para que se comprenda la cuestión, baste con señalar que solamente en Colombia se registra la existencia de ciento dos pueblos indígenas⁴⁰⁷, cada uno con su propio sistema de valores y comprensión de la vida y de la justicia.

Como pone de realce CUÉLLAR⁴⁰⁸, el sistema de justicia indígena no se limita a la regulación y solución de los asuntos contenciosos (solución de conflictos y aplicación de penas), sino que comprende también regulaciones atinentes a la cuestión territorial (uso de y acceso a tierras) y espiritual, como así también asuntos civiles y de regulación de las autoridades (centralizadas, segmentarias o mágico-religiosas), todos aspectos difíciles de escindir del conjunto de prácticas culturales cotidianas de cada comunidad.

Respecto de lo que en la cultura occidental se considera materia penal, se procura que el individuo que ha cometido un delito pueda reconocer su falta, enmendar su error y no volver a repetirlo en el futuro. Esto último es acorde con su cosmovisión que –si bien cada pueblo tiene una propia– en general se caracteriza por interpretar la naturaleza como un equilibrio que es roto por la infracción y cuya armonía se pretende que sea recuperada o sanada mediante la sanción. Esta, en aras de la recuperación de la paz social, tiene una función correctiva o educativa para el transgresor, cuya resocialización y reinserción en la comunidad es lo que se procura mediante su imposición⁴⁰⁹.

La reivindicación de la justicia indígena no es sino una pretensión de reconocimiento de su calidad de pueblos preexistentes al Estado mismo, con autonomía cultural, de modo tal que las comunidades no aspiran a la “creación” de instituciones, sino solo a su reconocimiento de carácter declarativo, aunque para ese propósito, es imperioso que el Estado tenga por tales a sus autoridades, procesos y decisiones jurisdiccionales. Por tanto, las consecuencias de este reconocimiento también comportan consecuencias operativas, desde el momento que se traducirá en la aceptación de una jurisdicción especial dentro del Estado, a la par de la ordinaria, con consecuencias a ser reconocidas por las autoridades públicas y privadas y también por todos los ciudadanos.

⁴⁰⁷ Según otras fuentes, son ochenta y cuatro. ARBELÁEZ DE TOBÓN; *La jurisdicción especial indígena en Colombia*; p. 11.

⁴⁰⁸ CUÉLLAR; en la Presentación de ARIZA SANTAMARÍA; *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*; p. 8.

⁴⁰⁹ BRANDT; VALDIVIA (comp.); *El tratamiento de conflictos*; p. 148-150; GARCÍA VITOR; *Culturas diversas*; pp. 139-140.

Al ser una expresión del derecho fundamental a la autodeterminación, los pueblos indígenas pueden controlar sus instituciones propias. Los contornos externos de la jurisdicción indígena dependen del interés de cada pueblo en ejercer control sobre ciertas materias o conflictos de la vida pública, pero también de la capacidad institucional de cada comunidad para ejercer jurisdicción sobre ciertos asuntos. En este sentido, en orden a la competencia material –es decir a qué tipos de conflictos pueden conocer y resolver las autoridades indígenas–, se observan tres tendencias: “universalismo”, “autorregulación” y “restricción”. El “universalismo” postula que las autoridades comunitarias son competentes respecto de toda suerte de conflictos, siempre y cuando se identifiquen como problemas internos. La posición “autorreguladora”, por su parte, entiende que la justicia indígena se aplica exclusivamente en aquellas materias en las que los propios indígenas se consideren competentes, por tener aptitud institucional de cara al conflicto; en su defecto, ejercerán su derecho a remitir el caso a la jurisdicción ordinaria. De cara a esta postura, se observa que en muchas comunidades, ciertos casos graves como homicidios o violaciones son remitidos a la jurisdicción ordinaria. Por último, la concepción “restrictiva o limitadora” considera que la justicia indígena solo debe resolver causas de poca envergadura. Esta es la posición dominante en Bolivia, por ejemplo, cuya ley de deslinde jurisdiccional establece el ámbito de vigencia material de la jurisdicción especial (art. 10)⁴¹⁰.

I. C) 2. i) El orden estatal versus el orden indígena.

La aspiración al ejercicio y reconocimiento de la justicia indígena en materia penal ha sido un anhelo conflictivo a los ojos de los Estados, en razón del tenor de las sanciones que se aplican y también por la distinta valoración del conflicto/delito, según la lectura de la cosmovisión comunitaria o de los valores mayoritarios que encarna el derecho penal del Estado. No obstante, hoy, en virtud del recordado movimiento de reformas constitucionales que ha tenido lugar en la región en las últimas dos o tres décadas, a lo que se añade el peso creciente del derecho internacional de los derechos humanos, parece que la tensión entre los dos sistemas jurídicos puede encontrar formas de ser zanjada. Algunos países van exhibiendo, paulatinamente, el acomodamiento de ambos sistemas, no sin tensiones y conflictos, pero mostrando que es posible la coordinación y cooperación entre las justicias ordinaria e indígena. Para ello, es imperioso apelar al diálogo intercultural⁴¹¹.

⁴¹⁰ VINTIMILLA SALDAÑA; *Ley orgánica de cooperación y coordinación entre la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria ecuatoriana*; pp. 69-70.

⁴¹¹ Dice ARIZA SANTAMARÍA, que “[i]ntercultural es el término que da cuenta del conjunto de relaciones sociales entre las culturas o de las derivadas de un multiculturalismo. De lo intercultural se derivan

Aplicado lo anterior al tema de las soluciones en materia de justicia indígena, el reconocimiento mutuo del Estado y las comunidades, en términos interculturales, es fundamental porque quiere decir que se tiene principios de acción comunes y principios de identidad en el funcionamiento del sistema de justicia⁴¹². “La justicia intercultural es un acto performativo, crea realidad judicial, mantiene la identidad de todos los intervinientes en un proceso, sus lugares en el proceso, y sus competencias”⁴¹³. En punto a esta cuestión y, haciendo foco en la justicia indígena, VINTIMILLA SALDAÑA ha sugerido que la interpretación intercultural debe ser equilibrada, para evitar caer en un relativismo cultural o en el etnocentrismo, ya que a su criterio lo que urge es un universalismo multicultural, que tienda al respeto y tolerancia entre las culturas, así como a la aceptación de las diferencias⁴¹⁴.

Respecto de la jurisdicción indígena, ocurre algo análogo a lo que sucede con relación a los reclamos territoriales, tratados más arriba. La circunstancia de contar con normas de la máxima jerarquía como son las constituciones y tratados internacionales, hace que las autoridades nacionales y locales y las comunidades comprometidas puedan encontrar caminos viables para respetar el derecho a la identidad cultural, sin mella a los principios fundamentales del Estado de derecho, siempre haciendo una lectura en clave de derechos fundamentales. En particular, de los derechos humanos nucleares o medulares, que no pueden ser desconocidos por ninguna sociedad ni comunidad. Estos no serían valores particularmente “occidentales”, sino principios inherentes a todo orden jurídico, respeto de los que reinaría consenso intercultural y universal⁴¹⁵. Según VINTIMILLA SALDAÑA, el diálogo, en efecto, da sus frutos, ya que se ha advertido que el concepto de derechos humanos es paulatinamente asimilado por los pueblos

acciones y valores que corresponden a situaciones de contacto. Intercultural es el cúmulo de relaciones sociales que ponen en relación a los hombres a partir del reconocimiento recíproco de las diferencias culturales” (ARIZA SANTAMARÍA; *Coordinación entre sistemas jurídicos*; p. 91).

⁴¹² En el capítulo I se comentó que el término *intercultural* no parecía un concepto completamente adecuado para expresar un deber estatal o social de forzar relaciones de ese tenor a nivel de la ciudadanía. En un Estado multicultural con políticas multiculturales, la *interculturalidad* como intercambio social puede suceder o no a nivel fenoménico, entre grupos e individuos; pero, de no producirse, ello no tiene por qué ser consecuencia de una menor multiculturalidad de las políticas de gestión pública de la diversidad, en razón de que son muchos y de muy distinto tenor las razones para las interrelaciones sociales. El Estado tiene que hacer lo máximo posible en pos de la multiculturalidad y, en ese camino, es posible que la interculturalidad suceda, con mayor o menor fuerza. Ahora bien, en este momento del texto, cuando se alude a que es necesario un diálogo intercultural, el término sí parece apropiado, porque está haciendo alusión al necesario intercambio –llevado a cabo entre el Estado y las comunidades indígenas– en el que, desde la cosmovisión de cada uno, se pueda establecer un sistema de administración de justicia conciliador o compatible con la Constitución. El Estado sí debe obligarse a sí mismo a este encuentro intercultural.

⁴¹³ ARIZA SANTAMARÍA; *Coordinación entre sistemas jurídicos*; p. 91.

⁴¹⁴ VINTIMILLA SALDAÑA; Ley orgánica de cooperación; p. 51.

⁴¹⁵ KUPPE; en el Prefacio de VINTIMILLA SALDAÑA; *Ley orgánica de cooperación*; p. 29.

y comunidades indígenas en el sentido de que buscan reservar las sanciones corporales exclusivamente para casos excepcionales⁴¹⁶.

Justamente, la tensión entre justicia indígena y derechos fundamentales ha encontrado su punto más álgido en la cuestión de la vigencia y tutela de los derechos fundamentales nucleares. La supuesta mengua de derechos y garantías que desde Occidente se atribuye a las prácticas de la justicia comunitaria –de fondo y de forma⁴¹⁷– ha sido siempre el talón de Aquiles al cual han dirigido sus argumentos los detractores de la posibilidad de que rijan los dos sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado.

La doctrina ha destacado que el problema fundamental que plantea la articulación de los dos sistemas pasa por la necesidad de conciliar la universalidad de los derechos con el respeto a la identidad cultural de los pueblos indígenas. De ello, a su vez, se deprenden el interrogante acerca de cómo compatibilizar los usos y costumbres originarios con el sistema jurídico estatal. Llevado a la órbita penal, la inquietud principal pasa por determinar si los usos y las costumbres indígenas son más o menos gravosos para el imputado que el sistema occidental⁴¹⁸.

A las ya referidas reformas medulares que se han producido en las constituciones latinoamericanas en materia de derechos indígena, se añade que los países de la región han ratificado el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes, que expresamente reconoce la jurisdicción comunitaria⁴¹⁹.

⁴¹⁶ VINTIMILLA SALDAÑA; *Ley orgánica de cooperación*; pp. 46-47.

⁴¹⁷ Desde el derecho sustantivo, la justicia indígena prevé delitos que en Occidente no son tales – como la infidelidad, el actividad ociosa y la brujería–; carece de un catálogo en donde estén tipificadas las conductas punibles como exige el principio de legalidad; el principio de culpabilidad no rige o no lo hace con el mismo alcance que en nuestro medio cultural y, además, contempla penas corporales que han recibido la crítica de ser tratos crueles, inhumanos y degradantes. Desde el derecho procesal, el debido proceso, según nuestros estándares, también aparece mucho más menguado en lo relativo a garantías individuales, lo cual se comprende ni bien se piensa que la comunidad tiene más trascendencia que sus miembros aisladamente considerados.

⁴¹⁸ CIANCIARDO; *Universalidad*; p. 233. Este autor también señala entre los puntos conflictivos de la articulación entre los dos sistemas de justicia la pregunta acerca de cómo compatibilizar la necesidad del reconocimiento de la identidad cultural en lo referente a los derechos de primera generación con la de universalizar los de la segunda generación (sociedades bivalentes).

⁴¹⁹ El art. 8 de dicho convenio establece que “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”.

Por su parte, el art. 9.1 dispone que “[e]n la medida en 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 ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”, a lo que el numeral 2 agrega que “[l]as autoridades y los tribunales llamados

RAMÍREZ observa que, al abarcar a la materia penal, el Convenio 169 no establece un límite material al derecho consuetudinario. No obstante, queda la duda de si establece un coto a la competencia personal, en tanto el art. 9.1 dispone que los métodos comunitarios deberán respetarse, en el caso de delitos cometidos *por* miembros de los pueblos indígenas. Quedaría siempre el interrogante respecto de qué derecho aplicar a los hechos cometidos por no indígenas dentro de los territorios comunitarios y cuando la víctima es indígena⁴²⁰.

Sin lugar a duda, este instrumento constituye la directriz a observar para solucionar los conflictos entre ambas jurisdicciones: indígena y ordinaria. Una vez más, como en los otros conflictos multiculturales tratados en este apartado, surge del propio texto que las soluciones deben buscarse a la luz de los derechos humanos, reconociendo la jerarquía entre ellos. Nuevamente, la identidad cultural es, sin duda, un derecho humano, pero debe supeditarse inexorablemente al respeto a la vida y a la libertad y, en materia jurisdiccional, al debido proceso que la justicia indígena no puede desconocer (por ejemplo, no se puede transgredir la prohibición de doble juzgamiento, en caso de que el hecho ya haya sido resuelto bien por la justicia indígena; bien por la ordinaria ni tampoco pueden desconocerse los principios sustantivos de legalidad y culpabilidad). En la misma lógica, tampoco son admisibles la enorme desigualdad de derechos entre hombres y mujeres, la falta de tutela contra la violencia familiar ni la imposición de penas corporales, tal como se registra en algunas comunidades, por ejemplo, de Ecuador. Ello resulta incompatible con el sistema de derechos de los Estados y con el orden internacional, que entraña responsabilidad en caso de no evitar transgresiones constitucionales de ese tenor.

Otro instrumento de quilates sobre la cuestión es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴²¹, que en su art. 4 expresa que

[l]os pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas;

mientras que en su art. 5 afirma que

[l]os pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

A esos preceptos se agrega el 34:

a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

⁴²⁰ RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; p. 58.

⁴²¹ Votada por la Asamblea General en la sesión del 13 de septiembre de 2007.

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Evidentemente, es este también un instrumento crucial en pos del reconocimiento de la justicia indígena.

A pesar de las apuntadas reformas a las Constituciones regionales y de la vigencia de relevantes instrumentos internacionales, lo cierto es que el reconocimiento de la jurisdicción indígena –como todo lo relativo al reconocimiento de los derechos de esos pueblos en particular, con relación a los del resto de los ciudadanos– no está exento de recelos por parte de algunos sectores, que temen que se termine reconociendo la existencia de estados paralelos del propio Estado, con riesgo incluso de enfrentar secesiones.

A esto ha respondido RAMÍREZ que el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas es una exigencia del respeto a la dignidad humana y a las características distintivas de aquellos, a su cosmovisión diferenciada y a una lógica que trasciende la lógica occidental. Si se pretende alcanzar una sociedad democrática –agregando donde la minorías sean efectivamente reconocidas, puedan participar de las decisiones colectivas y adquieran materialmente la doble calidad de indígenas y ciudadanos, es imprescindible aceptar la existencia del pluralismo jurídico, que legitima los mecanismos de administración de justicia y que no atenta contra la unidad estatal ni hace correr riesgos de secesiones⁴²². En su opinión, el dualismo entre los sistemas jurídicos comunitarios y el oficial se puede resolver procurando un punto de encuentro entre ambos. A su modo de ver, al sistema estatal nunca ha gozado de una instancia de legitimidad que impacte en la vida social de los pueblos y comunidades indígenas y tampoco se podrá lograr por vía coactiva. En un Estado democrático la legitimidad se alcanza si todos los ciudadanos están convencidos de que el sistema del que se trate sea el que más convenga a su desarrollo y hace falta lograr una administración de justicia que respete las identidades culturales de los pueblos originarios y de su derecho consuetudinario y que logre satisfacer con eficacia las demandas para resolver conflictos reales. El derecho oficial, por el contrario, es percibido como ajeno por las comunidades indígenas, ya que no entiende la cultura de los individuos a juzgar ni sus valores y costumbres; los jueces carecen de legitimidad social para resolver conflictos del grupo; la lengua en la que se dicta es foránea; el lenguaje jurídico y los razonamientos discursivos también son extraños, a lo que suman costos y trámites que resultan ininteligibles y por ende provocan desconfianza. Por todo ello, RAMÍREZ propone la necesidad de lograr leyes de compatibili-

⁴²² RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; p. 61.

zación para coordinar ambos órdenes jurídicos⁴²³, “...partiendo de la base de que ambos gozan de la misma jerarquía y por lo tanto ambos tienen como único y común límite los mandatos constitucionales”⁴²⁴.

No obstante, hay jurisprudencia que muestra que, en todo caso, habrá que ver ante cada hecho a juzgar cuál es la justicia a aplicar, sin que valgan aplicaciones automáticas de uno u otro orden. En esa línea, PORTILLA CONTRERAS trae a colación una sentencia del Tribunal Constitucional colombiano en la que se dijo de forma clara que la remisión al sistema de justicia indígena se condiciona a la desvinculación del sujeto del orden jurídico estatal⁴²⁵.

El reconocimiento de dos órdenes jurídicos –continúa RAMÍREZ– implica también una quiebra en la concepción tradicional del Poder Legislativo. En efecto, ya no solo habría dentro del Estado más de una instancia administradora de justicia, sino que también se consideraría legítima la producción normativa de las comunidades indígenas, “...lo que sin lugar a dudas produce un cambio radical en la conformación de los Estados modernos”⁴²⁶. La cláusula constitucional en comentario importa, a su juicio, reconocer oficialmente que la sociedad no es homogénea, sino que conviven en el seno del mismo Estado más de una nación (abandono de la concepción monista del Estado) y que, en consecuencia, no se puede legislar para todos los ciudadanos de la misma forma⁴²⁷.

I. C) 2. ii) Algunos modelos.

Veamos a continuación algunos modelos de convivencia entre ambas justicias –indígena y ordinaria– a través de algunos brevísimos comentarios sobre casos registrados tan solo en algunos países de la región. Como se comprenderá y como lo muestra la abundante doctrina disponible en la materia, en este estudio no puede más que brindarse un mero pantallazo sobre la cuestión, que podría dar lugar en sí misma a una tesis independiente.

⁴²³ RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; pp. 60-61.

⁴²⁴ RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; p. 61.

⁴²⁵ Las palabras del tribunal fueron las siguientes: “no es dable reconocerle a (...) el derecho al fuero indígena (...) pues al ser un sujeto aculturado, capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional. Además, no debe olvidarse que el demandado se alejó de su comunidad, no accidentalmente, sino por deseo propio, debiendo asumir los “riesgos” que se derivan de su acción, es decir, que, como miembro del territorio colombiano, goza de las mismas prerrogativas de todo ciudadano, pero también está expuesto al cumplimiento de deberes y sanciones que imponen las autoridades de la república” (Tribunal Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela, 496/1996, citada en PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; p. 242).

⁴²⁶ RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; p. 62.

⁴²⁷ RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; p. 62.

1) Bolivia es un país en el que la justicia indígena goza de una jerarquía equivalente a la justicia ordinaria. En efecto, la Constitución Nacional reconoce la Justicia Indígena Campesina⁴²⁸, a cargo de autoridades jurisdiccionales propias, que aplican sus principios, valores, costumbres, normas y procedimientos. Dada su entidad, sus decisiones tienen fuerza de sentencias y, como tales, deben ser reconocidas y acatadas por todas las autoridades estatales y por todos los habitantes. Ello, claro está, en tanto se respeten el derecho a la vida y los demás derechos y garantías tutelados por la Constitución del país. Esta justicia se ejerce en los ámbitos personal, territorial y material⁴²⁹ y se aplica a todas las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción indígena; es decir que excede los límites del plano penal, para regir las relaciones jurídicas de la comunidad en diversas materias⁴³⁰.

⁴²⁸ Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

Artículo 191. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandados, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.

Esta jurisdicción conoce los asuntos indígenas originarios campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

Artículo 192. I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.

III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

⁴²⁹ PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; p. 240 y ss.

⁴³⁰ No obstante, según la ley de deslinde jurisdiccional, en cuanto a la vigencia material, la justicia indígena no atiende una serie de cuestiones específicamente previstas en el art. 10.II: "El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias:

a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;

b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;

c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;

La Constitución prevé también que, para el cumplimiento de sus decisiones, la justicia indígena campesina podrá solicitar la colaboración de las autoridades competentes del Estado. De hecho, establece la obligación de sancionar una Ley de Deslinde Jurisdiccional para regular los mecanismos de coordinación y cooperación entre ambas jurisdicciones. En este sentido, Bolivia es pionera, ya que es el único país de la región que ha sancionado dicha legislación⁴³¹⁴³². El resto de los países, aún con cláusulas constitucionales equivalentes, por ahora ha llevado a cabo una coordinación por vías de hecho, a través del diálogo institucional, pero prescindiendo de una ley específica; puesto que se entiende que hacerlo a través de una norma formal acabaría limitando o interpretando la justicia indígena según los parámetros valorativos del Estado, que es precisamente lo que se procura evitar con su reconocimiento⁴³³.

De cara al respeto a los derechos fundamentales, la ley en cuestión es categórica en cuanto a que en la justicia indígena está prohibido el linchamiento y que quienes lo cometan o consientan serán castigados por el delito de asesinato (art. 6). Como se ve, nuevamente se está ante un ejemplo de inviolabilidad del núcleo duro de derechos fundamentales, frente al cual no hay justificativo cultural alguno que avale su desconocimiento. El derecho a la vida es universalmente inviolable. Sin embargo, la ley va todavía un poco más allá al establecer que la jurisdicción indígena no solo respeta, promueve y garantiza el derecho a la vida y los demás derechos constitucionales, sino que menciona expresamente, entre otros, la prohibición de violencia contra niños, adolescentes y mujeres.

De todos modos, no puede dejar de señalarse que, a tenor del contenido del art. 10⁴³⁴ de dicha ley, la realidad es que solo quedan reservadas a la justicia indí-

d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

⁴³¹ Ley de Deslinde Jurisdiccional (LDJ) N° 073, promulgada el 20 de diciembre de 2010. Sobre su alcance, ver LARUTA BUSTILLOS, Carlos Hugo; Ley de deslinde jurisdiccional N° 073. Definición de justicia indígena y límites de su vigencia en "Fichas Constitucionales" N° 45; Instituto Prisma; www.institutoprisma.org; 15/08/2011; consultado el 01/02/2015.

⁴³² Según el art. 4 de la Ley de deslinde jurisdiccional boliviana, los principios que la inspiran, con miras al llamado diálogo intercultural, son, entre otros, la unidad e integridad del Estado Plurinacional; el respeto del sistema jurídico plural a la diversidad cultural; la interpretación intercultural que deben realizar las distintas jurisdicciones –ordinaria e indígena– al administrar justicia; el pluralismo jurídico con igualdad jerárquica que garantiza la coexistencia e independencia de diferentes sistemas jurídicos dentro del Estado, la igualdad de género y la igualdad de oportunidades que debe garantizarse a los discapacitados para el acceso a la justicia, en ambas jurisdicciones. Ver al respecto LARUTA BUSTILLOS; *Ley de deslinde...*; p. 3.

⁴³³ Este es incluso el criterio de la Corte Constitucional de Colombia, tal como señala ARIZA SANTAMARÍA; *Coordinación entre sistemas jurídicos*; p. 88.

⁴³⁴ Artículo 10. (ÁMBITO DE VIGENCIA MATERIAL).

I. La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.

II. El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias:

gena cuestiones de poca monta. En efecto, el segundo párrafo de aquel precepto enumera extensa y minuciosamente todas las materias en las que la justicia indígena no puede conocer. LARUTA BUSTILLOS entiende que la Ley de Deslinde quiere referirse tal vez a cuasi-sistemas jurídicos indígenas con gran experiencia sobre todo en la resolución de conflictos menores al interior de sus comunidades, porque no existieran entre los pueblos indígenas sistemas jurídicos complejos con estructuras, funciones especializadas y protocolos muy elaborados para la administración de justicia⁴³⁵.

2. También Colombia se cuenta entre los países que reconocen la Jurisdicción Especial Indígena (JEI) en su Constitución desde 1991⁴³⁶, dentro del marco de reconocimiento de la autonomía de los pueblos y comunidades originarios y del respeto a la diversidad étnica y cultural, aunque con el límite infranqueable de los derechos reconocidos a nivel constitucional y legal. De hecho, la jurisprudencia colombiana, sobre todo la emanada de la Corte Constitucional, es realmente pionera en algunas facetas de esta materia, lo que posiciona al país como un referente regional⁴³⁷.

Ese tribunal, en efecto, indica cuatro elementos centrales para que se pueda entender configurada la JEI⁴³⁸: 1) autoridades indígenas, es decir autoridades judiciales propias encargadas de administrar justicia al interior de sus comunidades y territorios, de acuerdo a su estructura social y su cosmovisión. 2) La competencia de cada pueblo para transmitir y establecer normas y procedimientos propios, que configuran su derecho consuetudinario –elemento fundamental de su tradición cultural y ancestral–

a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;

b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;

c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;

d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

III. Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina, no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas.

⁴³⁵ LARUTA BUSTILLOS; Ley de deslinde jurisdiccional; p. 7.

⁴³⁶ Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

⁴³⁷ VINTIMILLA SALDAÑA; *Ley orgánica de cooperación*; p. 53 y 95.

⁴³⁸ Sentencia C-139 de 1996 y SU-510 de 1998, citadas por ARIZA SANTAMARÍA; *Coordinación entre sistemas jurídicos*; p. 44.

como colectividad diferenciada⁴³⁹. 3) La sujeción de la jurisdicción y de las normas y procedimientos indígenas a la Constitución y a la ley (límites de la jurisdicción). 4) El reconocimiento de competencia del legislador para establecer la coordinación entre jurisdicción especial indígena y jurisdicción estatal, aunque en ocasiones –como actualmente en Colombia– la coordinación se alcance por vías de diálogo interinstitucional e intercultural⁴⁴⁰, no sin resistencia de las autoridades formales⁴⁴¹.

Además, la competencia que se le reconoce a la justicia indígena es amplísima, habida cuenta de que puede resolver en punto a todos los conflictos que ocurran bajo sus resguardos y, a nivel penal, no está acotada a delitos leves. Precisamente esta última circunstancia hace que sea bastante resistida por varios sectores sociales, toda vez que determinados hechos, como por ejemplo las relaciones sexuales con menores, valoradas a luz de los principios y tradiciones comunitarias, pueden tener respuestas muy distintas a las que se darían a nivel estatal. Además, en ocasiones las penas a las que recurre la justicia indígena también sean rechazadas por muchos, en especial cuando importan castigos corporales, como el cepo y los latigazos (fuetazos), que muchos consideran tratos crueles inhumanos o degradantes⁴⁴².

En efecto, es criterio de la Corte Constitucional que la jurisdicción indígena tiene un primer límite infranqueable en lo que ha llamado “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad, como garantía del debido proceso, y un segundo, en los derechos fundamentales:

el ‘núcleo duro’ es un límite absoluto que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas. Cualquier decisión que desconozca el derecho a la vida, lesione la integridad de una persona o transgreda las prohibiciones de tortura y servidumbre está constitucionalmente prohibida, aunque la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos. Los (demás) derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que un conflicto entre la auto-

⁴³⁹ Ese conjunto normativo –conservado por lo general por transmisión oral y de generación en generación– no pretende regular solo aspectos jurídicos, sino también la vida social, familiar, económica, educativa, permitiendo orientar y dar continuidad a su cultura y a sus rasgos característicos (ARIZA SANTAMARÍA; *Coordinación entre sistema jurídicos*; p. 44).

⁴⁴⁰ La doctrina especializada señala que, en líneas generales, los jueces y funcionarios estatales desconocen la legislación y la jurisprudencia indígena, sus sanciones y sus procedimientos. Tampoco saben con exactitud cuáles son las tareas de las autoridades comunitarias ni su competencia funcional frente a conflictos particulares. Por otro lado, los jueces ordinarios normalmente consideran que las autoridades indígenas no tienen capacidad para resolver casos graves o complejos, sino que deben limitarse a los de menor cuantía. Además, dada la ausencia de medios coercitivos para hacer cumplir sus sentencias, se teme que la evasión y la impunidad sean riesgos propios de la JEI. En ese contexto, todavía existe una tendencia a juzgar los casos aplicando el sistema tradicional nacional. Ver al respecto ARIZA SANTAMARÍA; *Coordinación entre sistemas jurídicos*; p. 60-61 y *Acceso a la justicia*; pp. 95-98.

⁴⁴¹ ARIZA SANTAMARÍA releva varias interesantes experiencias de coordinación en Colombia. Al respecto, ver *Coordinación entre sistemas jurídicos*; p. 45 y ss.

⁴⁴² Sobre el tema en Perú y Ecuador, ver BRANDT; VALDIVIA (comp.); *El tratamiento de conflictos*; pp. xxiv y 146-147.

mía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía. En estos conflictos, sin embargo, los derechos de la comunidad gozan de un peso mayor, prima facie, en virtud al principio de 'maximización de la autonomía'⁴⁴³.

La misma tónica ha sido puesta de manifiesto en otro precedente en el que el Máximo Tribunal colombiano ha dicho que

[...] la plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y cultural es acogida en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos⁴⁴⁴.

En definitiva, como recuerda ARIZA SANTAMARÍA⁴⁴⁵, es criterio de la Corte que como la autonomía y la diversidad étnica y cultural tienen raigambre constitucional, para que una restricción a esos principios esté constitucionalmente justificada deben cumplirse dos condiciones. Por un lado, que la medida sea necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; por otro, que se opte la restricción menos gravosa para la autonomía de las comunidades (regla de maximización de la autonomía y su correlativa de minimización de las restricciones a dicha autonomía)⁴⁴⁶.

Sin embargo, PORTILLA CONTRERAS cita un precedente del mismo Tribunal Constitucional colombiano, que parecería convalidar la idea de que habrá que decidir en cada caso qué jurisdicción deberá entender, aun ante ciertos ataques a derechos elementales⁴⁴⁷. En esa oportunidad, respecto de un caso de abuso sexual sobre una niña de catorce años, se dijo que

aunque los bienes en conflicto son de la mayor importancia para el régimen constitucional y la afectación de los mismos debe considerarse grave en caso de producirse, la ausencia de certeza sobre la amenaza de los derechos de la menor lleva a dar prevalencia a la protección de la autonomía de la comunidad⁴⁴⁸.

De todos modos, de acuerdo a los criterios regulares de ese tribunal, es posible que este se haya tratado de un caso con ribetes particulares que ameritaran efectuar un distingo.

Con relación a los límites que los derechos fundamentales imponen a la jurisdicción indígena, tal como lo marcan los propios instrumentos de derecho internacional que se han ocupado de la cuestión indígena, PORTILLA CONTRERAS considera que aquellos no pueden ser entendidos conforme los parámetros occidentales, puesto

⁴⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-903/09. En el mismo sentido, Sentencia No. 349/96, magistrado ponente GAVIRIA DÍAZ, y sentencia No.-510/98.

⁴⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-254-94.

⁴⁴⁵ ARIZA SANTAMARÍA; *Coordinación entre sistemas jurídicos*; p. 74.

⁴⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-139/96 y T-349/96.

⁴⁴⁷ Tribunal Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela, 002/2012, citada en PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; p. 243.

⁴⁴⁸ Tribunal Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela, 002/2012, citada en PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; p. 243.

que ello significaría tanto como imponer el modo occidental de hacer justicia⁴⁴⁹. A juicio de ese autor, a la luz de la idea rectora de respeto a la diversidad cultural y a la igualdad de las culturas, corresponde efectuar una adecuación del significado y contenido de los derechos y garantías fundamentales a la especificidad de cada comunidad cultural. De esa forma, se introduce el diálogo intercultural como criterio hermenéutico. Desde su punto de vista, la *adecuación cultural* es una reformulación del referente universal de los derechos fundamentales, que exige apreciar la *igualdad* de culturas, para “evitar caer en la supremacía axiológica de una sobre otra”⁴⁵⁰.

En ese marco, para PORTILLA CONTRERAS es necesario lograr un derecho penal intercultural que no se incline ni por universalismo puro, que borraría la diversidad, ni por un relativismo incondicional, que desconociera los éticos mínimos universales ligados a la idea de dignidad humana, ya que estos marcan el límite entre lo tolerable y lo intolerable. Esos mínimos serían el derecho a la vida, el respeto de las garantías del debido proceso, la prohibición de la esclavitud, la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la pena de destierro, la prisión perpetua y la confiscación. El diálogo intercultural que tenga en claro esos límites debe procurar el contenido, significado y alcance de esos mínimos universales, sin violentar el sentido de la justicia indígena. Según el autor, los principios de interculturalidad y maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, exigen que esos mínimos universales se guíen por pautas de interpretación específicas, ya que no pueden contener los mismos elementos configurativos que en el modelo occidental⁴⁵¹. Al respecto subraya que

[a]ntender al derecho a la diversidad cultural requiere introducir criterios de adecuación o contextualización cultural a la hora de concretar el contenido de los mínimos irrenunciables, sin afectar, por ello, a lo que es sustancial al derecho fundamental de que se trate⁴⁵².

Un caso de 2014 es ilustrativo: se trataba del enjuiciamiento por parte de una comunidad aborigen a un grupo de guerrilleros, en el que el modo de realización del juicio y las penas impuestas recibieron el beneplácito de enormes sectores sociales. Una comunidad entera, mediante el sistema de aclamación y mano alzada, dictó sentencia contra un grupo de guerrilleros de las FARC involucrados en las muertes de dos guardias indígenas ocurridas cerca de Toribio, Cauca. A los acusados se les impusieron penas de 60 y 40 años de cárcel por matar, en un caso, y disparar indiscriminadamente, en los otros, contra dos comuneros de la comunidad *nasa*. La pena sería cumplida en

⁴⁴⁹ PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; pp. 244-245.

⁴⁵⁰ PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; pp. 245-246.

⁴⁵¹ PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; pp. 247-248.

⁴⁵² PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; p. 248. Concretando su propuesta, PORTILLA CONTRERAS se ocupa de explicar qué alcance considera que hay que darle, conforme el principio de adecuación, a las garantías propias del debido proceso, en el marco de los valores y prácticas de la justicia indígena y cómo interpretar penas como el fuste o la flagelación, que serían degradantes para los parámetros occidentales (pp. 248 y ss).

“patio prestado”, es decir en cárceles estatales, pero bajo custodia de la Guardia Indígena de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca. Otros dos de los imputados, por ser menores de edad, solo fueron condenados a recibir 20 “fuetazos” (latigazos) lejos del lente de las cámaras, pero fueron enviados a un centro de resocialización, con la advertencia de que su sentencia se revisaría al alcanzar la mayoría de edad. Además, las armas y los uniformes de los milicianos fueron destruidos en el acto, a la vista de toda la comunidad y de las cámaras de prensa. Esta sentencia fue alabada por amplios sectores del arco político, incluso por los más conservadores, siempre reticentes a la justicia indígena, y también por el ciudadano común⁴⁵³; es decir que la sociedad en su conjunto valoró de manera similar un mismo hecho que llegó a una condena por una mecanismo diverso al previsto en la justicia estatal.

Las resistencias pasan muchas veces por el hecho de que las penas a aplicar, en razón de los principios subyacentes a ellas, no son comprendidas a la luz de los principios del derecho penal ordinario. Como la visión de justicia indígena está basada en el restablecimiento del equilibrio roto por los actos criminales, es frecuente que, en lugar de penas privativas de libertad, se opte por castigos corporales –latigazos, cepo– que se combinan con bebedizos para tratar de “enderezar” a los torcidos o escarmientos públicos, como exhibir a los ladrones a la vista pública para que sean reconocidos por todos. En otras ocasiones, la reparación se busca a través del trabajo comunitario y, en el peor de los casos, se recurre a la expulsión del territorio común, que para muchos indígenas es el peor de los castigos imaginables. Por otro lado, ciertos hechos son castigados con penas que la cultura occidental estima excesivamente leves para algunos delitos: aconsejar verbalmente, regañar. Ello siempre según lo que la autoridad indígena considere más propicio para recuperar la armonía rota por la falta del infractor⁴⁵⁴.

3. La Constitución de Ecuador prevé la justicia indígena a través de un precepto que dispone expresamente que las resoluciones de las autoridades comunales estarán sujetas al control de constitucionalidad⁴⁵⁵ y que señala que las decisiones jurisdiccionales deberán respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos,

⁴⁵³ *La justicia indígena que unió a los colombianos*; en *Semana*; edición impresa de 12/11/2014.

⁴⁵⁴ Para profundizar sobre las normas y procedimientos aplicables, las autoridades jurisdiccionales y las sanciones a imponer en distintas comunidades de Colombia, ver los trabajos de campo comentados en ARIZA SANTAMARÍA; *Coordinación entre sistemas jurídicos*; p. 112/130.

⁴⁵⁵ Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

previando la sanción de una ley de cooperación y coordinación entre las jurisdicciones indígena y ordinaria⁴⁵⁶. También en este caso los fallos tendrán fuerza de sentencia y deberán ser reconocidos por las instituciones y autoridades públicas, de modo que, si superan el test de constitucionalidad, los casos no pueden ser vueltos a tratar en sede ordinaria.

Este precepto abre las puertas expresamente a poder ejercer un control sobre el tipo de castigos impuestos, dado que en Ecuador y en varios de los países en los que se reconoce la justicia indígena, se ha presentado el problema de los castigos corporales, aceptados por los grupos como formas de purificación. Estas conductas que pueden considerarse lesiones y suponer la imposición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, de ningún modo puede pasar el tamiz de los estándares de la Constitución y de los tratados de derechos humanos. No obstante, ya se ha visto que el control de constitucionalidad también se ejerce en Colombia, a través de su Corte Constitucional, puesto que así lo exige el respeto a los derechos constitucionales que la justicia indígena no puede desconocer (art. 246 de la Constitución).

También merece la pena destacar que Ecuador presenta otro estándar superior en materia de conciliación de justicia e instituciones indígenas en general y derechos humanos. Se trata de la prohibición constitucional (establecida en el art. 57. 10 de la Carta Magna) de que el derecho consuetudinario no puede vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres y de los niños⁴⁵⁷. Ello está en sintonía con la tendencia internacional de tratar de evitar que culturas minoritarias perpetúen prácticas y tradiciones de desigualdad entre hombres y mujeres, que resulten reñidas con los estándares de derechos humanos, que los indígenas, como cualquier otro grupo, deben respetar.

En punto a esta cláusula constitucional, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que quien estuviere disconforme con la decisión de la autoridad indígena, por haber violado los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación. Resulta de sumo interés resaltar el hecho de que dicho tribunal debe respetar, entre otros, ciertos principios: en primer lugar, la interculturalidad, entendida como que el procedimiento garantizará la comprensión intercultural de los hechos y la interpretación intercultural de las normas aplicables; en segundo,

⁴⁵⁶ Además, el Código orgánico de la Función Judicial ecuatoriano también recepta la justicia intercultural y la declinación de competencia a favor de la justicia indígena (VINTIMILLA SALDAÑA; *Ley orgánica de cooperación*; pp. 37-38).

⁴⁵⁷ Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:...10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”.

el pluralismo jurídico, ya que el Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas jurídicos consuetudinarios y ancestrales de los pueblos indígenas; en tercer término, la autonomía comunitaria, sin perjuicio de los límites establecidos por la Constitución y los instrumentos internacionales y la ley⁴⁵⁸.

Otro elemento de interés es que, desde el año 2007, la Fiscalía de Ecuador asumió la responsabilidad de implementar dentro de su propia estructura la Unidad de Justicia Indígena, con la consiguiente creación y puesta en funciones de Agentes Fiscales Indígenas. El objetivo principal de esta unidad especial es velar por el respeto y la vigencia de los derechos del pueblo indígenas durante el proceso –entre ellos, la vigencia y fortalecimiento de la lengua materna, los símbolos indígenas, sus sistemas jurídicos, el análisis de las infracciones y delitos desde la cosmovisión indígena– e incluso en ocasiones se inhibirá de conocer y proseguir con la investigación de un hecho denunciado y remitirá el caso a las autoridades indígenas, en resguardo de su jurisdicción y competencia. No obstante las buenas intenciones, estos fiscales han sido objeto de críticas por parte de quienes ven en ellos una imposición a los indígenas de un sistema jurídico que les es ajeno culturalmente. Desde la vereda de enfrente, han despertado también opiniones positivas en quienes entienden que la justicia indígena requiere de instituciones bisagra entre los dos sistemas y atribuyen a los fiscales la potencialidad de cumplir ese rol, aclarando a la justicia ordinaria la realidad de los sistemas jurídicos indígenas⁴⁵⁹⁴⁶⁰.

4. Argentina lentamente se va poniendo a tono con estos tiempos⁴⁶¹. Si bien a nivel nacional, no se reconoce la jurisdicción indígena ni se ha montado aparato institucional alguno dirigido a su instauración, en el orden provincial, se cuenta con un ejemplo paradigmático, por haber sido el primer, y por el momento el único, caso de reconocimiento formal de justicia indígena en el país⁴⁶². Se trata de la Declaración de

⁴⁵⁸ Asimismo, deberá asegurarse el debido proceso (prohibición de doble juzgamiento, cosa juzgada, derecho a ser oído, derecho a la asistencia letrada, etc.). Ver VINTIMILLA SALDAÑA; *Ley orgánica de cooperación*; pp. 59 y ss.

⁴⁵⁹ VINTIMILLA SALDAÑA; *Ley orgánica de cooperación*; pp. 80-81.

⁴⁶⁰ En Perú, la Constitución también reconoce la jurisdicción de las comunidades nativas, con el límite infranqueable del reconocimiento de los derechos humanos fundamentales. En efecto, el art. 149 establece: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

⁴⁶¹ Para un análisis sobre la evolución histórica del reconocimiento de derechos de los indígenas en el país, ver CIANCIARDO; *Universalidad*; pp. 209-219.

⁴⁶² En Argentina, por la distribución de competencias entre el orden federal y el provincial, los delitos o tipos de conflictos que podrían ser resueltos por la justicia indígena, corresponderían –en la inmensa mayoría de los casos– al orden local, por no comprometer los intereses de la Nación ni el orden público democrático ni involucrar casos de corrupción contra la administración pública nacional o narcotráfico, por citar solo algunas de las competencias federales más significativas.

Pulmarí, firmada en agosto de 2014, en la provincia del Neuquén, en virtud de la cual el Ministerio Público Fiscal provincial comenzó a reconocer la justicia indígena para resolver conflictos penales⁴⁶³. Ello, en tanto no esté comprometido el interés general –de modo tal que delitos graves, como homicidio o abusos sexuales, quedan excluidos– y las costumbres comunitarias mapuches en materia de justicia sean compatibles con el ordenamiento jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos⁴⁶⁴.

Para la mejor comprensión del ejemplo de Pulmarí, es preciso tomar en cuenta la normativa que da sustento a la posibilidad del reconocimiento de la justicia indígena, en el país. En primer lugar, el art. 75, inc. 17, de la C.N. (ya citado al hablar sobre las reclamaciones de tierras ancestrales) establece que corresponde al Congreso de la Nación

[r]econocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

A su vez, en sintonía con la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia del Neuquén, en su art. 53, establece que

[l]a Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial. Garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural. La Provincia reconocerá la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurará su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten, y promoverá acciones positivas a su favor.

A nivel procedimental, el art. 19 del Código Procesal Penal del Neuquén dispone que en el proceso penal se tendrá en cuenta la diversidad étnica y cultural; mientras que el art. 109 del mismo digesto establece que cuando el hecho haya sido cometido por un miembro de un pueblo indígena se aplicará en forma directa el artículo

⁴⁶³ Sitio web del Ministerio Público Fiscal de Neuquén; *Histórico: acuerdan el reconocimiento de la justicia indígena*; 29/08/2014; [<http://www.mpfneuquen.gov.ar/index.php/78-mpf-general/610-historico-acuerdan-el-reconocimiento-de-la-justicia-indigena>]; consultado el 25/01/2015.

⁴⁶⁴ Textualmente, la resolución establece el compromiso de “[r]econocer y respetar la identidad cultural de los pueblos indígenas neuquinos en la forma de resolver sus conflictos, dentro del marco de los Derechos Humanos y del ordenamiento jurídico vigente; fomentar, a través de actividades conjuntas, el intercambio cultural; rescatar y poner en valor las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas; promover los métodos de resolución de conflictos basados en el diálogo y en el respeto mutuo; coordinar acciones en conjunto para articular el abordaje de los conflictos”.

9.2. del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, transcripto más arriba. Dicho instrumento internacional sobre “Pueblos indígenas y tribales en países independientes” es precisamente el elemento que debe hacer las veces de eje rector en esta materia. En efecto, su carácter vinculante para los Estados parte obliga a encontrar soluciones a diversos tipos de conflictos interculturales y, en lo que aquí interesa específicamente, al reconocimiento de la justicia indígena.

Volviendo al caso de la Declaración de Pulmarí, es lógico que el primer antecedente sobre esta materia haya tenido lugar en la provincial del Neuquén, donde la presencia de pueblos originarios, en especial de etnias mapuches, es sumamente significativa, si no en términos de población absoluta, sí en términos de la actitud de resistencia y conservación de su cultura, que siempre ha caracterizado a esas comunidades originarias⁴⁶⁵.

Para arribar a esta solución pionera en materia de justicia comunitaria, se acudió al diálogo intercultural, puesto que en las negociaciones que fueron forjando el acuerdo intervinieron representantes de las comunidades mapuches cuya justicia acabó reconociéndose, autoridades nacionales y provinciales y el ministerio público fiscal de la provincia. De tal suerte, de manera consensuada, se fue encontrando la manera de compatibilizar la pretensión de identidad con el interés del Estado.

Respecto de los requisitos de actuación de la justicia indígena, se establecieron pautas interesantes de analizar, porque ponen en evidencia el diálogo intercultural imprescindible para arribar a soluciones de este tenor y la circunstancia de que, en este momento histórico, es imposible dar respuestas adecuadas a los conflictos interculturales sin que ambas culturas cedan algo de sus posiciones. De ahí la instancia dialogal ineludible. Tales requisitos versan sobre tres aspectos: el personal, el territorial y la gravedad limitada del hecho.

En materia personal, para que pueda actuar la justicia indígena, el conflicto penal tiene que involucrar sólo a miembros de comunidades indígenas reconocidas como tales por el Estado. Es decir que, allí donde una de las partes en tensión no pertenezca a la minoría indígena, será inexorablemente el Estado provincial el que deba actuar, lo cual expresa su deber de tutela de los derechos y garantías de todos sus

⁴⁶⁵ Según los resultados del último censo nacional de población realizado en Argentina en 2010 y publicados en el sitio web del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) [http://www.indec.gov.ar/ftp/censos/2010/CuadrosDefinitivos/P1-P_Neuquen.pdf], el total de la población de la provincia de Neuquén, contando incluso a quienes vivían en situación de calle ascendía, a 551.266 habitantes; mientras que el total de indígenas o descendientes de indígenas residiendo en viviendas particulares, ascendía a 43.357 habitantes, cifra esta que representaba el 7,86 % sobre el total de población provincial (conf. Cuadros P1-P. Provincia del Neuquén. Población total y variación intercensal absoluta y relativa por departamento. Años 2001-2010 y P44-P. Provincia del Neuquén. Población indígena o descendiente de pueblos indígenas u originarios en viviendas particulares por sexo, según edad en años simples y grupos quinquenales de edad. Año 2010, ambos publicados en el referido portal de internet).

habitantes, sin distinción de pertenencias culturales. Haría las veces de garante común de los derechos de todos quienes habitan su suelo.

Con relación al aspecto territorial, el conflicto tiene que haber ocurrido únicamente en territorio reconocido de las comunidades que integran la región del Pulmarí; o sea que rige el principio territorial y no el de pertenencia comunitaria de los sujetos en conflicto⁴⁶⁶.

Finalmente, el hecho sometido a enjuiciamiento no debe afectar gravemente el interés público, es decir que la justicia indígena se aboca a delitos no graves (hurtos, robos, lesiones, amenazas, etc.), y la sanción que se imponga deberá respetar los derechos humanos. Además, por tratarse de jurisdicción provincial, quedan excluidos todos los delitos que involucren los intereses del Estado nacional, que, en Argentina, son de competencia de la justicia federal (arts. 5, 75, inc. 12 y 116 del C.N.).

Si se verifican todos estos requisitos, la consecuencia será que, cada vez que se produzca un hecho que pueda interesar al derecho penal dentro de una comunidad mapuche, el fiscal podrá prescindir de impulsar la acción penal, en tanto los involucrados arriben a una solución consensuada entre ellos y avalada por las autoridades legitimadas por la comunidad, que serán el órgano judicial o decisorio competente.

I. C) 2. iii) Análisis crítico.

En suma, puede afirmar que existen resortes legales e institucionales que permiten ir buscando soluciones consensuadas o dialogales a la tradicional tensión entre justicia indígena y ordinaria, sin desconocer que el reconocimiento y la coordinación de ambos sistemas aún en los países cuyas constituciones reconocen la igualdad de jerarquía entre ambos padece serias dificultades. En efecto, tanto las autoridades formales como la ciudadanía mayoritaria, en general, no son ajenas a las dificultades de compatibilizar dos mundos culturales.

Por eso es que se alzan voces críticas en punto a que, aun los países latinoamericanos que han reconocido a la justicia indígena en sus constituciones, debería primar el pluralismo unitario, en el que el Estado se reserva la facultad de determinar la legitimidad y el ámbito de los demás derechos reconocidos, sobre el pluralismo igualitario, que reconoce la validez de las normas de los sistemas de derecho de las minorías, que al ser una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera, tendría dere-

⁴⁶⁶ Algo distinto sostiene PORTILLA CONTRERAS, quien, inmediatamente después de sostener la vigencia del criterio territorial, al tratar el personal sostiene que “la potestad jurisdiccional comunitaria puede extenderse también respecto de delitos realizados en el ámbito cultural de la comunidad, que no tiene por qué [sic] corresponderse con sus límites geográficos o territoriales: puede juzgarse en la comunidad hechos cometidos fuera de ella pero contra los miembros de la misma” (PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; p. 241).

cho a que su ordenamiento fuera reconocido como parte integral del orden legal nacional, por el resto⁴⁶⁷.

Sin embargo, no es sencillo buscar un equilibrio entre los dos tipos de ordenamiento. Como señala KYMLICKA al hablar de restricciones internas y externas⁴⁶⁸, es menester conciliar los derechos individuales de los miembros de los grupos indígenas, con las pretensiones de reivindicación colectiva⁴⁶⁹. A su vez, es preciso preservar a las comunidades nativas de los embates externos. Como ya se ha visto, las limitaciones internas –esto es, la vocación de controlar la fidelidad cultural, cercenando la libertad de los integrantes del grupo– pueden estar reñidas con las cartas de derechos de los Estados liberales. En Estados Unidos y en Canadá, por ejemplo, los miembros de grupos indígenas, en especial las mujeres, en caso de ver violados sus derechos individuales por un tribunal tribal, carecen de recurso a los jueces oficiales del Estado. Este tipo de situaciones crean tensiones entre las comunidades indígenas que reclaman su derecho de autogobierno como defensa frente a los ataques a su cultura de pertenencia por parte de la sociedad mayoritaria. KYMLICKA remarca que algunos dirigentes indígenas temen que los jueces blancos puedan interpretar determinados derechos de manera sesgada. Así, las formas indias de toma de decisiones políticas por consenso podrían ser vistas como reñidas con los derechos democráticos, ya que no respetan el mecanismo constitucional para asegurar el consentimiento de los gobernados, es decir, la elección periódica de los representantes. Según KYMLICKA, los jueces blancos podrían no reparar en que estas prácticas indias responden a tradiciones igualmente válidas de los principios democráticos.

En esa línea, muchos dirigentes de comunidades indígenas de América del Norte reclaman que a sus comunidades directamente se las exima de las cartas y declaraciones de derechos, a la vez que afirman su compromiso con los derechos y libertades individuales básicas contemplados en las constituciones. En opinión de KYMLICKA, esos dirigentes aprueban los principios, pero se oponen a las instituciones y procedimientos concretos que la sociedad mayoritaria ha establecido para la protección de aquellos. Por eso, procuran crear o mantener sus propios procedimientos para proteger los derechos humanos, especificados en las constituciones tribales y muchos de ellos en sintonía con instrumentos internacionales de derechos humanos. Muy interesante es el hecho de que algunos gobiernos tribales hayan aceptado someterse a tribunales internacionales de derecho humanos, pero no así a los del Estado federal, en tanto

⁴⁶⁷ Para un estudio en profundidad de esta postura crítica, ver ARIZA SANTAMARÍA; *Coordinación entre sistemas jurídicos*; p. 32 y ss.

⁴⁶⁸ Ver capítulo I. A).

⁴⁶⁹ KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 62 y ss.

rechazan las históricas políticas oficiales que han avalado la colonización y desposesión de tierras comunitarias⁴⁷⁰.

Ahora bien, KYMLICKA llama la atención acerca de que, si en lugar de defenderse de la comunidad mayor, las comunidades indígenas esgrimen reivindicaciones internas en el objeto de limitar derechos individuales de sus miembros, el Estado liberal no debe tolerar semejante afrenta constitucional. Pone el ejemplo de la tribu estadounidense *pueblo* y la libertad religiosa. Como en Estados Unidos los grupos indígenas no están sometidos a la Declaración de Derechos no se les exige que respeten la separación entre Iglesia y Estado y los *pueblo* tienen un gobierno teocrático que discrimina a sus propios miembros si no comparten la religión tribal, quienes por ejemplo no pueden acceder a subsidios a la vivienda. Según KYMLICKA, prácticas reñidas a tal punto con los derechos individuales no pueden estar justificadas por la reivindicación del derecho diferenciado al autogobierno, por lo que se impone que sean revisadas⁴⁷¹.

Más allá de todas las dificultades señaladas, a los fines de esta investigación, lo que ha interesado destacar en este sub-apartado es que existen instancias interculturales de diálogo entre los dos sistemas de justicia, de modo tal que, en algunos casos, se han concretado, y, en otros, se avizoran posibilidades de dar una solución jurídica para la cuestión del reconocimiento de la justicia indígena, que en cada país tendrá un alcance diverso, conforme la idiosincrasia de cada comunidad nativa y los alcances de cada ordenamiento constitucional. Siempre, claro está, con el consabido respeto de los derechos fundamentales básicos, tal como los entiende y tutela el sistema internacional.

I. D) Conflictos con relevancia penal.

I. D) 1. La víctima en la perspectiva del autor.

I. D) 1. i) Introducción.

Al concluir el apartado I. A), se ha hecho referencia a la justicia transicional, expresión habitualmente empleada para aludir a los procesos penales internacionales por los llamados crímenes contra la humanidad (*crimes against humanity*). Es que, en general, se entiende que tal justicia concierne a los procesos jurisdiccionales, sociales y culturales que tienen lugar cuando una situación de guerra civil va dando paso al estado

⁴⁷⁰ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 64.

⁴⁷¹ KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 64-65.

de paz o cuando la consolidación de un régimen democrático se va abriendo camino para abandonar el autoritarismo⁴⁷².

Sin embargo, opiniones recientes ponen de relieve que no hay por qué reservar aquella denominación exclusivamente para el derecho internacional penal, sino que también puede aplicarse a otras situaciones que compartan con esa rama del derecho la característica esencial de que los delitos cometidos, en ocasiones gravísimos, no sean percibidos como tales por sus autores debido a razones culturales⁴⁷³. Se trata de supuestos en los que la pertenencia a un grupo con tradiciones, costumbres y valores propios legitima –y hasta puede llegar a promover– dichas conductas por más atroces que resulten a los ojos de la mayoría.

Tales situaciones son propias de las sociedades multiculturales, configuradas por los fenómenos migratorios típicos de la era de la globalización y/o por la presencia de grupos autóctonos en regiones posteriormente colonizadas, en general, por europeos. Precisamente, ese tipo de conflictos son los que plantean los desafíos al derecho penal que han motivado esta investigación.

En todo caso, la discrepancia cultural con relevancia penal puede manifestarse de dos modos: bien como un enfrentamiento directo a la cultura de la que se discrepa, incluso con la finalidad de erradicarla; bien como manifestación de conflictos en la convivencia de diversas culturas en un mismo territorio. La conocida explicación de JAKOBS⁴⁷⁴ sobre el derecho penal del enemigo nos permite aquí acudir a esta expresión, en una forma descriptiva. No entraré en el debate sobre las consecuencias, sino exclusivamente en la descripción, para oponer dos visiones de la víctima en la perspectiva del autor con motivación en la discrepancia cultural: la víctima contemplada como enemigo o como amigo.

⁴⁷² Ver al respecto, POSNER; VERMEULE; *Transitional Justice as Ordinary Justice*; ROHT-ARRIAZA; *The new landscape of transitional justice*; TEITEL; *Global Transitional Justice*.

⁴⁷³ CORNACCHIA; *Justicia transicional*; p. 76.

⁴⁷⁴ Sabido es que, según esta construcción de JAKOBS, el Estado puede ver a quienes cometen delitos como personas que han cometido un error, cuya conducta es contradicha con la pena –ciudadanos– o bien como individuos a los que hay impedir coactivamente que destruyan el ordenamiento jurídico, frente a quienes la pena cumple la función de eliminación de un peligro –enemigos– (JAKOBS; CANCIO MELIÁ; *Derecho penal del enemigo*; pp. 47-56). Valiéndonos, entonces, de esa terminología y no estrictamente de su teoría, se puede decir que quien comete un delito por motivaciones culturales puede considerar a su víctima como un miembro (ciudadano) de su grupo cultural, cuya pretensión de emancipación o de discrepancia de los valores comunitarios hay que contradecir mediante una restricción interna, o bien como un enemigo a destruir porque representa un peligro para la cultura del autor en sí misma, como ocurre en los hechos de terrorismo cultural. En estas líneas solo nos ocuparemos del primer supuesto.

I. D) 1. ii) La víctima como enemigo como elemento característico del terrorismo.

El *terrorismo cultural* constituye la máxima expresión de enfrentamiento o conflicto en el que se pretende exterminar o erradicar a aquel que es considerado enemigo cultural en razón, precisamente, de su diferencia. El disidente radical procura eliminar una etnia, una confesión religiosa o directamente un modelo de Estado y de sociedad que considera reñido con sus propios valores y concepción del mundo. Este es el caso del terrorismo islámico que ansía acabar con el modelo de Estado constitucional de derecho y de sociedad plural propios de Occidente, de raíz judeo-cristiana. Es perpetrado –al margen de las justificaciones que pretenda darse por parte de quienes reivindicaban ese tipo de actos– no por defensa y respeto de lo propio, sino por odio a lo ajeno; por extrema hostilidad hacia lo que se engloba en el concepto de “cultura occidental”. Los medios gráficos reflejan con frecuencia los llamados y declamaciones de grupos terroristas en los que manifiestan su deseo de destruir la cultura occidental y reemplazarla por la cultura islámica, en su versión radical o fundamentalista, en la que religión, Estado y sociedad son conceptos inescindibles y para la cual todo lo que no sea islámico es justamente un enemigo a erradicar o una expresión de rechazo a Dios. Sus autores denostan no solo a los Estados y a sus gobiernos, sino también a los ciudadanos de a pie, por sus costumbres, vestimentas, estilos de vida, etc.

Como consecuencia de las motivaciones explicadas, una especificidad de estos delitos es que sus autores perciben al hecho como un *mal* ejercido sobre las víctimas en pos del respeto a sus valores y tradiciones o como forma de honrar a Dios. En ese sentido, actúan con espíritu mesiánico. Pero el hecho en sí mismo considerado es reputado por los propios agentes como un mal infligido al enemigo cultural.

Al contrario de lo que ocurre con relación a los delitos que aquí interesan y que serán descriptos a continuación, los actos de terrorismo de este tenor son una forma de ataque destructivo a la existencia misma del Estado como expresión de una cultura que se rechaza y de sus valores supremos consagrados en el ordenamiento jurídico. Ante el tenor de la afrenta, el *ius puniendi* no solo está legitimado, sino que lo está de una manera muy particular, para avanzar en castigo de estos hechos de un modo más intenso que de cara a otros delitos. De hecho –sin polemizar aquí al respecto–, hasta se han propuesto distintos estatutos o estándares de juzgamiento en las investigaciones por esta clase de hechos, como así también se ha desarrollado la tan famosa como controversial tesis del derecho penal del enemigo ideada por JAKOBS⁴⁷⁵, de la que aquí solo hemos tomado el nombre para destacar la distinta mirada del autor sobre

⁴⁷⁵ JAKOBS; CANCIO MELIÁ; *Derecho penal del enemigo*.

su víctima en los casos de terrorismo y en los de los delitos cometidos desde una perspectiva cultural diversa o delitos culturalmente motivados.

Desde este punto de vista, no habría mayor conflicto en cuanto a la pertinencia de aplicar rigurosamente el derecho penal del Estado o de los Estados víctimas. Es que, al margen de los mecanismos de investigación y de las medidas específicas de seguridad a las que este flagelo dé lugar (traducidas en una importantísima mengua de derechos y garantías concernientes a la privacidad del ciudadano medio, que no queda más que tolerar en pos del resguardo de la seguridad colectiva), tanto el agresor como el agredido convergen en saber y en asumir que las atrocidades que lleva a cabo el terrorismo transnacional y transcultural –de darse con sus autores– serán sometidas a la jurisdicción penal.

En otros términos, en estos casos los Estados occidentales no dudan en punto a la procedencia de aplicar el derecho penal tradicional. Antes bien, en virtud del tenor de los bienes jurídicos comprometidos, se recurre a aquella herramienta extremando su rigor y creando medidas específicas de prevención y de seguridad; incrementando las penas a aplicar; asumiendo compromisos internacionales de prevención, persecución y castigo. Es la propia subsistencia del Estado lo que está en juego y, con ella, la vida y la seguridad de toda su población. Por eso se apela incluso a la cooperación internacional en el esclarecimiento de los hechos y en la aprehensión de sus responsables, puesto que Occidente percibe los ataques como perpetrados contra toda su cultura y no solo como un atentado limitado al país donde se comente el hecho⁴⁷⁶. La reacción es siempre observada como exigencia de la máxima severidad posible en materia de derecho criminal tradicional; frente a quien nos trata como enemigo cultural se apela a la intensificación del *ius puniendi*.

I. D) 1. iii) La víctima como amigo.

En contraposición a los conflictos de enfrentamiento entre culturas, se ubican los casos en los que la agresión no se da entre grupos diversos, sino *dentro* de un mismo colectivo cultural, que no comparte los valores de la mayoría. En estos supuestos, el paisaje cambia por completo, puesto que el grupo mayoritario ya no percibe una agresión contra su propia subsistencia o seguridad común, sino que aprecia –conforme a su valoración cultural plasmada en el ordenamiento jurídico– que el hecho significa una violación a los derechos fundamentales de la víctima individual, aun cuando esta forme parte del colectivo minoritario e incluso cuando no se considere a sí misma agre-

⁴⁷⁶ El terrorismo está tipificado en el art. 7 del Estatuto de Roma como delito del derecho penal internacional.

da, al compartir la misma concepción del mundo que su matriz de pertenencia originaria. No obstante, ese tipo de afrentas daña de forma mediata a toda la sociedad, en tanto configura ataques a valores medulares que hoy Occidente no pone en tela de juicio.

Es decir que los delitos que interesan a los fines de este estudio son aquellos en los que el autor obra motivado –al margen de que no tenga esa motivación actualizada como fenómeno psíquico en el momento de su acción– en las tradiciones y costumbres de su grupo cultural de pertenencia, que es su referente valorativo o bien en resguardo de la propia pertenencia cultural. En otras palabras, actúa en función de su pertenencia y en defensa de esta, pero no con animosidad o enemistad específica hacia el ordenamiento jurídico del Estado o por desprecio hacia la cultura mayoritaria. En ese sentido, no es que el autor se rebele contra el derecho del país en el que vive como motivación primera ni que proponga eliminarlo o sustituirlo. Se trata más bien de que no puede internalizarlo como propio, por una diversa valoración de su sentido y alcance o por considerar que la vigencia de aquel no condiciona ni elimina el deber superior de cumplir con las tradiciones y normas de la cultura de origen. Por eso, por lo general, se trata de conflictos entre particulares pertenecientes, tanto víctima como victimario, al mismo universo cultural; por ello, los casos suelen quedar confinados al seno del grupo⁴⁷⁷.

Desde el punto de vista del derecho del Estado, también este conglomerado de supuestos representa *conflictos*, solo que estos lo son respecto de valores abstractamente considerados como propios del Estado, pero ya no siempre respecto de la apreciación de la víctima quien –ya hemos dicho– en ocasiones siquiera se considera tal.

Para expresarlo en otros términos, el conflicto aquí está dado por la circunstancia de que el agresor procura –según su escala de valores– hacer un *bien* a favor de quien considera su “amigo” o su par cultural, ya sea en beneficio de este exclusivamente y/o de este y del conjunto; o bien en resguardo y respeto de las tradiciones colectivas, colaborando así en la configuración del mundo según el prisma de sus valores. El respeto a la tradición puede alcanzar incluso la forma de sometimiento o de dominación, imponiendo a la voluntad de la víctima el deber de permanecer cohesionada al grupo; se la obliga a ser *miembro* (restricciones internas).

⁴⁷⁷ Esto, no obstante, puede reconocer excepciones, como son los casos de las tomas de tierras por parte de grupos indígenas, que reclaman su titularidad en tanto la constitución del país (Argentina, por caso) reconoce que ancestralmente les correspondió su dominio y que este es inextinguible. Justamente, los expertos en justicia indígena y su relación con las constituciones latinoamericanas destacan que uno de problemas más complejos a resolver en materia de jurisdicción indígena es qué derecho se aplica cuando no todos los individuos involucrados en el conflicto pertenecen a la etnia indígena de la que se trate.

Conforme estos parámetros y a diferencia de lo que ocurre en el caso del terrorismo, en los delitos de los aquí nos vamos a ocupar, el agente, lejos de considerar a su acto como lesivo, lo estima saludable para quien lo padece y para el grupo. Por eso es que, aun sabiendo que el derecho penal del Estado lo prevé como delito, no detiene su actuación, ya que el motor espiritual que lo impulsa tiene para él mayor entidad y merece mayor respeto que las normas estatales, que le son culturalmente ajenas. Por decirlo metafóricamente: el agente no puede compartir (o entender culturalmente) por qué ese bien practicado sobre el *amigo* en tanto miembro del grupo es reputado pernicioso por el Estado. Es más: este elenco de conflictos presenta la peculiaridad de que ni agresor ni víctima se sienten tales; al contrario, el primero estima que hace un bien y la víctima –por lo general– considera que se le hace un bien, aunque en algunos supuestos hay coacciones que los propios miembros de los grupos rechazan, como se observa en los casos de matrimonios infantiles o matrimonios obligados.

El conflicto lo experimenta el Estado como expresión del sentir mayoritario, al estimar que ciertos hechos cometidos por razones culturales configuran, en verdad, violaciones a los derechos fundamentales de quienes padecen esas conductas, especialmente cuando estas afectan bienes tutelados de manera suprema por el derecho. En particular, cuando se trata de la vida, la integridad física, la integridad sexual, la libertad ambulatoria de alguien que vive bajo su jurisdicción, a quien debería asegurarse le la tutela de esos derechos y garantías básicos, integrantes de un núcleo, en principio, indisponible o respecto de cuya protección el Estado no debería claudicar.

Pero también puede ser un conflicto para el autor del delito integrado al país de acogida y conocedor de su sistema de valores. En efecto, para él, el conflicto pasará por la imposibilidad de ser simultáneamente observante de las normas culturales y de las del Estado, cuando actuar conforme a las primeras sea violar las segundas o viceversa. Se trata evidentemente de un conflicto normativo, ya que dos sistemas de valores entran en tensión. Esto se complica aún más si se atiende a que los derechos culturales, tal como hoy se entienden, integran el catálogo de derechos fundamentales, a los que se ha definido como demandas legítimas de individuos o de grupos a ciertas acciones u omisiones por parte del Estado, precisamente en razón de su cultura⁴⁷⁸.

Como explica CORNACCHIA⁴⁷⁹, se trata de un problema de protección desde el interior; es decir, de cómo proteger los derechos fundamentales de los inmigrantes, en especial de los más vulnerables, y –agregamos– de los pueblos originarios frente a sus propias culturas de procedencia. Todo esto sucede a la luz de la peculiar configuración que le aporta a la cuestión –según el mismo autor y en sintonía con lo

⁴⁷⁸ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 25; con cita de LOEWE.

⁴⁷⁹ CORNACCHIA; *Justicia transicional*; p. 77.

que hemos dicho más arriba— el hecho de que en estos casos “la aplicación del Derecho penal nacional podría ser rechazada por parte de las mismas víctimas de la violencia, que pueden entender esta actuación no como una protección de sus derechos, sino como una imposición de modelos ‘coloniales’”⁴⁸⁰.

Actos tales como la mutilación genital de las mujeres y niñas; la iniciación sexual de los menores por parte de parientes; la corrección de los niños mediante procedimientos violentos o crueles; hechos de violencia de género; la esclavitud sexual o laboral; las prácticas de los chamanes y curanderos; la aplicación de penas corporales a quienes cometan hechos reprobados dentro de ciertos grupos religiosos y tribus, llevan a la sociedad de acogida o grupo mayoritario y en definitiva al Estado a interpelarse acerca de cómo tratar esos casos, a la luz del derecho penal. Sin duda, tales conductas están tipificadas como delitos a tenor de una valoración normativa que las entiende reñidas con la tutela que exigen ciertos bienes jurídicos, en el actual estadio de desarrollo de la civilización occidental y, en particular, de la teoría de los derechos humanos.

Sin embargo, no puede obviarse el dato medular de la motivación que ha orientado tales comportamientos, que bajo ningún punto de vista puede compararse con la intención de hacer el mal que caracteriza al terrorismo: el autor de delitos motivados culturalmente cree que hace un bien, al tal punto que no está dispuesto a abandonar determinadas prácticas, aunque ello le valga el máximo rigor estatal. En otros términos, no considera su acto como delictivo ni contrario a derecho; es más, en ocasiones puede entenderlo obligatorio moral, social y hasta jurídicamente según los parámetros de su grupo de pertenencia, a lo que se suma no en pocas ocasiones el aval de la víctima a la conducta supuestamente violatoria de sus propios derechos fundamentales.

A partir de estos datos de la realidad, el Estado no puede menos que tratar de buscar respuestas que, sin menguar la tutela de los derechos fundamentales de sus habitantes, procuren también comprender e integrar las divergencias culturales que, a la postre, configuran la propia sociedad. Con ese norte deberá buscar, precisamente, aplacar el conflicto mediante el diálogo intercultural, en vez de azuzarlo a través de la imposición de soluciones percibidas como extrañas o exóticas. Vale la pena volver a traer a colación la noción de justicia transicional que CORNACCHIA aplica a los conflictos multiculturales con relevancia penal suscitados al interior de las comunidades minoritarias:

lo que parece característico e idóneo para señalar un problema de justicia transicional, es que en las... situaciones mencionadas la violación de los valores reconocidos por nuestra sociedad (por ejemplo, la intangibilidad de los derechos humanos o su interpretación objetiva) pueda ser acep-

⁴⁸⁰ CORNACCHIA; *Justicia transicional*; p. 77.

tada por la comunidad de referencia como conforme a sus valores intrínsecos (en este sentido, contexto de excepción [propio de la justicia transicional])⁴⁸¹.

Como consecuencia de esta afirmación y en sintonía con lo que hemos afirmado en el párrafo anterior, el mismo autor destaca que “la aplicación coactiva del derecho penal significa una afirmación de valores ajenos a la comunidad de referencia”, que no contribuye a confirmar la identidad normativa, sino que impone una identidad donde no la hay o planifica la represión de sujetos estimados peligrosos (derecho penal del enemigo)⁴⁸².

En este contexto de multiculturalismo, el sentido comunicativo que deben tener las normas, en el caso, con miras a lograr la integración cultural, invita a pensar en interpretaciones alternativas de institutos del derecho penal clásico, tanto a nivel de la dogmática del delito como de su consecuencia jurídica, la pena. Esas vías hermenéuticas no convencionales podrán ser desarrolladas y aceptadas en la medida en que se perciba a la coexistencia cultural como un elemento socio-político positivo y enriquecedor de nuestras sociedades, que exige caminos de reconocimiento mutuo. Por eso es que las soluciones que se propondrán más adelante solo son admisibles en el marco de los conflictos “*ad intra*” o al interior de las minorías, en los que la supuesta víctima es un amigo cultural. El terrorismo, por el contrario, al poner en juego la existencia misma del Estado y de la sociedad, exige el máximo rigor e intensificación de las vías represivas, puesto que en absoluto puede ser reputado un factor positivo social o políticamente, sino como una enfermedad a combatir.

I. D) 1. iv) Delimitación del objeto de estudio.

A partir de lo señalado en los puntos anteriores, es evidente que el multiculturalismo da lugar, a grandes rasgos, a dos tipos de conflictos con relevancia penal, de los cuales solo uno constituye el objeto medular de este estudio. Se trata de los casos que aquí denominamos supuestos *ad intra* o suscitados al interior de las comunidades minoritarias que habitan en los Estados occidentales, cuya característica principal es que el autor percibe a la víctima del hecho como un amigo en términos culturales, es decir como un miembro de su mismo grupo de pertenencia.

En cambio, no nos ocuparemos de los casos *ad extra*; es decir, de aquellos en los que el conflicto emerge entre el autor y toda la sociedad mayoritaria, percibida en sí misma como un enemigo a erradicar. Estos son los casos de terrorismo cultural que

⁴⁸¹ CORNACCHIA; *Justicia transicional*; pp. 77/78.

⁴⁸² CORNACCHIA; *Justicia transicional*; pp. 77/78.

exigirían una investigación sobre sus causas y consecuencias y una propuesta de soluciones en sí mismos.

I. D) 2. Descripción de algunos casos emblemáticos.

A continuación, se abordarán una reducida selección de la clase de conflictos que interesan a esta investigación, que se ha estimado representativa a los efectos de ilustrar el tipo de tensión y de desafíos que los conflictos multiculturales *ad intra* de los grupos minoritarios plantea a los Estados occidentales.

Para escoger este catálogo, se ha apelado a una división en términos de bienes jurídicos emblemáticos para el modelo social y jurídico de nuestro medio cultural, de modo tal de poner sobre el tapete que lo que está en juego es, nada más y nada menos, que el núcleo básico de derechos fundamentales del individuo. No obstante, no se puede dejar de advertir que no sería adecuado, en términos de justicia material, descartar del análisis el elemento cultural, tal como exige el pluralismo democrático. En esta aproximación al enfoque penal del análisis, es oportuno señalar que ver estos conflictos solo a través de los anteojos de la dogmática tradicional, sin incorporar aquel elemento, no sería respetuoso de la diversidad constitucionalmente reconocida y, además, nada novedoso aportaría a la reflexión académica.

Va de suyo que, para evitar que estas páginas tengan una extensión excesiva, se ha obviado el tratamiento de una enorme cantidad de supuestos⁴⁸³, en razón de ello, lo que sigue es solo un botón de muestra de algunos casos emblemáticos, que servirán a los fines de acabar de delimitar el objeto análisis de esta tesis.

I. D) 2. i). Libertad.

a) Matrimonios infantiles⁴⁸⁴.

Un fenómeno habitual en las sociedades orientales es el matrimonio de niñas. Ya sea que estas sean entregadas por sus familias a cambio de dinero o de una dote, motivadas por necesidades económicas extremas, o que la práctica obedezca a una cuestión cultural, como ocurre en Afganistán y en Yemen⁴⁸⁵. Se registran casos de niñas realmente muy jóvenes –diez años de edad, por ejemplo– ya casadas, circuns-

⁴⁸³ Muchos de ellos han sido enumerado en I. D) 1. iii).

⁴⁸⁴ Para mayor información y estado actual de esta dramática cuestión, consultar el sitio web del Fondo de Población de Naciones Unidas: [<http://www.unfpa.org/search/node/marriage>].

⁴⁸⁵ Según datos de UNICEF, el matrimonio de niñas es más frecuente en África subsahariana y en Asia meridional. En el Níger, el 77% de las mujeres entre 20 y 24 años se casaron antes de cumplir los 18. En Bangladesh, la tasa es del 65%. Fuente: UNICEF; *Matrimonio infantil; Hojas informativas sobre la protección de la infancia*; [http://www.unicef.org/spanish/protection/files/FactSheet_childmarriage_sp.pdf].

tancia que las obliga, desde luego, a tener una primera experiencia sexual no deseada o no discernida debidamente, en razón de la inmadurez psíquica propia de la etapa de crecimiento en la que se encuentran.

A decir de UNICEF, el matrimonio infantil –que en derecho humanitario se entiende que es todo aquel celebrado antes de los 18 años– viola los derechos humanos, independientemente de si la persona involucrada es un niño o una niña –aunque en la inmensa mayoría de los casos, afecta a niñas–, puesto que se trata de la forma más generalizada de abuso sexual y explotación de menores. Según la organización, entre las consecuencias negativas de esta práctica, se cuentan la separación de la familia y de los amigos; la falta de libertad para relacionarse con las personas de la misma edad y para participar en las actividades comunitarias y la disminución de las oportunidades de recibir una educación adecuada, dado que es causa de abandono de la escolarización. Asimismo, el matrimonio infantil con frecuencia acarrea trabajos forzados, esclavitud, prostitución y violencia contra las víctimas. Puesto que no pueden evitar las relaciones sexuales ni exigir el uso del preservativo, las novias menores de edad se exponen a graves riesgos para su salud, como son los embarazos prematuros y las enfermedades transmitidas sexualmente, en especial el VIH/SIDA⁴⁸⁶.

En resumidas cuentas, el matrimonio infantil deja súbitamente sin infancia a los niños y niñas que son forzados a casarse, sin estar preparados ni física ni psíquicamente para todo lo que la vida conyugal implica, incluyendo engendrar, concebir y educar hijos⁴⁸⁷.

Aberraciones de este tenor son frecuentes en Nepal, India, Etiopía, Tanzania, Yemen y también en Occidente, como por ejemplo en algunas comunidades de Guatemala.

Se cae de maduro que, al igual que lo que ya se ha dicho sobre poligamia e incesto en ciertos grados, es impensable que pueda admitirse un eventual reclamo de reconocimiento en Occidente y, en particular, en España o en Argentina, de un matrimonio viciado de nulidad absoluta como es aquel en que uno de los contrayentes no hubiera tenido la edad legal y, en consecuencia, el consentimiento necesarios para la celebración de la unión.

A nivel legal, tanto el Código Civil argentino como el español, impiden la celebración del matrimonio de menores de edad. El primero de ellos, no autoriza el matrimonio de menores de 18 años (art. 166), salvo dispensa judicial de carácter excepcio-

⁴⁸⁶ UNICEF; *Matrimonio infantil*.

⁴⁸⁷ Según Fondo de Población de las Naciones Unidas; *El estado de la población en el mundo 2005: La promesa de igualdad: Equidad de género, salud reproductiva y los Objetivos de Desarrollo del Milenio*; FNUAP; Nueva York; 2005; pág. 50, se calcula que 14 millones de adolescentes de entre 15 a 19 años dan a luz cada año.

nal y solo si el interés de los menores lo exige (art. 167). Por su parte, el código español veda el matrimonio entre menores de edad no emancipados (art. 46), extremo que puede ser dispensado por el juez de primera instancia, a partir de los catorce años de edad (art. 48). La última disposición citada parece de mejor factura que la argentina, en términos de derechos fundamentales de la niñez, toda vez que, amén del carácter excepcional de la dispensa, establece que la excepción nunca pueda ser hecha en casos de menores de catorce. También puede prestarse a vacilaciones el hecho de que el código argentino, al enumerar qué matrimonios celebrados en el extranjero no podrán obtener reconocimiento local, no incluye los celebrados por un menor de edad (art. 160).

Sin embargo, una armónica lectura del plexo de derechos humanos, hoy de rango constitucional, no permitiría que ni en Argentina ni en ningún otro Estado Parte de la Convención sobre los Derechos del Niño pudiera autorizarse ni convalidarse un matrimonio entre menores de tan corta edad que estuvieran impedidos biológica y psíquicamente para prestar un consentimiento válido. En efecto, a nivel convencional, se exige edad legal mínima para contraer matrimonio y el pleno y libre consentimiento de los contrayentes (art. 16 de la DUDH, art. 17 de la CADH, art. 23 del PIDESC) que, lógicamente, está ausente en menores de muy corta edad⁴⁸⁸.

Como se ve, el bloque de derechos humanos asegurados por el ordenamiento internacional preserva a los niños del matrimonio fundado en razones culturales, por considerarlo contrario a la dignidad humana; tanto más, al celebrado por motivaciones económicas. A ello se suma el trabajo del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), que en aplicación de los tratados pertinentes, no cejan en sus esfuerzos por acabar con el matrimonio infantil.

En definitiva, esta clase de enlaces no pueden ser entendidos sino como una violación a derechos fundamentales⁴⁸⁹, que bajo ningún punto de vista puede resultar morigerada o edulcorada merced a una injustificada visión que pretenda ampararse en el prisma cultural del pueblo de origen⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ El plexo normativo internacional también se compone de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, que en su art. 16 establece que “1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:...b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento...”. A este contundente aseguramiento de garantías, el numeral 2 del mismo artículo agrega: “[n]o tendrán ningún efecto jurídico... el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio...”. Por su parte, el CEDH, en su art. 12, también hace referencia a la edad núbil.

⁴⁸⁹ Sobre la universalidad de los derechos fundamentales habrá ocasión de explayarse más adelante en esta obra.

⁴⁹⁰ Tan así es que en un artículo de prensa a propósito de la tarea de Stephanie SINCLAIR, fotógrafa y periodista a cargo de la organización “Too young to wed” (Demasiado jóvenes para casarse)⁴⁹⁰, aque-

De ello se deriva que parece poco probable que en nuestros países se pudiera reconocer como válido un matrimonio infantil, celebrado en el seno de alguna de las comunidades que lo admiten⁴⁹¹. En principio las motivaciones culturales no alcanzarían para habilitar semejante violación a los derechos humanos de la niñez. No obstante, de haber hijos fruto de la unión o cuestiones patrimoniales, habrá que buscar soluciones de equidad en los principios del derecho general, que, en vez de agravarlo, alivien el conflicto humano subyacente.

I. D) 2. ii). Integridad corporal y sexual.

a) Mutilación genital femenina.

Un conflicto cultural que ya se está haciendo presente con fuerza creciente en Occidente es el de las mutilaciones genitales de mujeres y en especial de niñas, fundadas en tradiciones ancestrales y en creencias religiosas propias de África y Asia sudoccidental (sobre todo de Yemen)⁴⁹². El asunto es preocupante, dado que se advierte un incremento notable de la práctica en Europa, Australia, Canadá y los Estados Unidos, principalmente entre los inmigrantes procedentes de las mencionadas regiones de origen⁴⁹³. Sin embargo, el rito no es excluyente de África y de Yemen, sino que también se lo ejecuta en algunas comunidades originarias de América Latina, con una curiosa coincidencia entre parte de los motivos a los que obedece, a pesar de la aparente ajenez cultural de unos grupos con otros. Así ocurre, por ejemplo, en el seno de la etnia Emberá Chamí, de Colombia.

Internacionalmente, la práctica es considerada una violación a los derechos humanos de mujeres y niñas: UNICEF desarrolla proyectos para su eliminación al me-

lla comenta haber tenido oportunidad de preguntarles a muchos hombres de estas comunidades qué edad tenían sus esposas, ante lo cual la mayoría mentía. Como dice la propia SINCLAIR: "[s]aben que lo que hacen está mal", al margen de todo argumento de corte cultural. A ello se suma la trágica decisión de muchas de esas niñas de quitarse la vida, para verse liberadas de tamaña afrenta. En el mismo artículo de prensa que se comenta, SINCLAIR afirma que "[l]as ganas de liberarse de esta condena son tan fuertes que muchas niñas se inmolan. Prefieren la muerte al casamiento, que además las conduce a tener su primera experiencia sexual en contra de su propia voluntad". De igual modo, la prensa da constante testimonio de niñas que, sin llegar a tal extremo, hacen un llamado suplicante al mundo para evitar caer en la red del matrimonio obligado que les destruye la infancia. Basta una simple búsqueda en la web para dar con múltiples testimonios de niñas que claman para que el mundo sepa de lo que son o están por ser víctimas.

⁴⁹¹ Cabe aclarar que, en rigor, no hay casi país en el mundo que recepte este tipo de matrimonio. Subsiste, sobre todo, a nivel consuetudinario, con base en la tradición.

⁴⁹² Se calcula que, en África y en Yemen, unos 70 millones de mujeres y niñas han sido sometidas a esta práctica. Fuente: UNICEF; *Mutilación/ablación genital femenina*; [http://www.unicef.org/spanish/protection/index_genitalmutilation.html]. Recientemente, la facción Estado Islámico ha hecho un llamamiento a la ablación genital femenina de todas las mujeres entre 11 y 46 años, de Mosul, la segunda ciudad de Irak, un país en el que la práctica es casi inexistente, como modo de alejar a las mujeres del libertinaje y la inmoralidad. Ver al respecto [<http://www.elmundo.es/internacional/2014/07/24/53d0fc2ae2704eb3108b457e.html>].

⁴⁹³ UNICEF; *Mutilación/ablación*.

nos en veintidós países; y Naciones Unidas exhorta constantemente a los Estados a legislar para su eliminación. En este contexto, se entiende por mutilación genital femenina a cualquier procedimiento consistente en la resección parcial o total de los genitales externos de mujeres o niñas y cualquier lesión de los órganos genitales femeninos sin indicación terapéutica⁴⁹⁴. El rito, en todos sus grados, generalmente es practicado por otras mujeres de la comunidad, sean abuelas, ancianas o curanderas, y se lleva a cabo con instrumentos rudimentarios y en precarias o nulas condiciones de higiene.

a) α. El contexto cultural: su importancia para el abordaje penal del conflicto.

Creemos importante poner de manifiesto algunos extremos de índole estrictamente cultural que permitirán coadyuvar a tratar de comprender, en sentido de intentar de aprehender poniéndonos *en el lugar de*, una práctica que, casi por instinto de pertenencia occidental, normalmente produce en nuestro medio un rechazo inmediato.

El puntapié inicial de esta reflexión, serán unas palabras que nos han resultado especialmente conmovedoras. No solo por ser un testimonio directo de que es posible que, paulatinamente y gracias al diálogo intercultural auténtico, se vaya produciendo la transformación de aquellos hábitos que resultan inadmisibles en nuestro contexto social, sino por ser el testimonio vivo y directo de que quien ha experimentado en carne propia ese camino transformador, de manera gradual y seguramente dolorosa. Se trata de los dichos de una inmigrante somalí, radicada en los Países Bajos, que reproduce un informe de UNICEF sobre la práctica de la mutilación genital en el mundo, en ocasión de poner de realce lo afianzada que está esta práctica en las comunidades migrantes que llegan a países donde tradicionalmente no se ha llevado a cabo el rito⁴⁹⁵:

Como consecuencia de nuestra emigración y del paso del tiempo, hemos llegado a pensar de forma diferente, y ahora vemos los daños que causan nuestras tradiciones. Sin embargo, nuestros padres no podían actuar de otra manera y está fuera de orden sugerir cualquier tipo de abuso por su parte. Querían lo mejor para nosotros, sus hijos. Después de todo, todas deseábamos que llegase el día en el que pudiésemos anunciar en el patio del colegio que también habíamos sido circuncidadas. Ahora somos capaces de expresar la tristeza y el dolor de nuestra historia y que la mutilación genital de las niñas no tiene sentido en estos días, en esta era. Queremos darles a nuestras hijas un futuro feliz, un futuro en el que puedan desarrollarse plenamente en el plano emocional, y un futuro en el que puedan jugar y sentirse protegidas⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ En su forma más extrema llega a estar acompañada de la infibulación, que consiste en el cosido y cerramiento casi total de los labios mayores y menores de la vulva con diversos materiales, tales como fibras vegetales, alambre o hilo de pescar de modo tal de impedir o dificultar al extremo el coito. Ver al respecto, AGATÓN SANTANDER; *Mutilación genital femenina en Colombia*; p. 8.

⁴⁹⁵ UNICEF; *Cambiar una convención social perjudicial: la ablación o mutilación genital femenina*; en "Innocenti DIGEST"; 2005; p. 37.

⁴⁹⁶ Ese informe de UNICEF da cuenta, a renglón seguido, de que la Federación de Asociaciones Somalíes de los Países Bajos, destaca la importancia de adoptar un enfoque respetuoso y sensible des-

El testimonio que antecede es elocuente en cuanto a lo delicado del conflicto de derechos que esta práctica suscita en Occidente y al drama humano que hay detrás de él. Sin dudas, en el camino de búsqueda de soluciones, que el Estado deberá abordar desde enfoques interdisciplinarios, se deberá tratar de mitigar el dolor de las víctimas y, a la vez, de preservar las relaciones familiares. El derecho penal, que a nuestro juicio no podrá permanecer impasible ante esta práctica, en virtud del compromiso de derechos fundamentales de la víctima que representa, en su carácter de *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, deberá dar respuestas que tomen en cuenta el contexto cultural y las consecuencias jurídicas que mejor propendan a preservar los derechos de las víctimas y salvaguardar, cuando sea conveniente, la unidad del grupo o de la familia.

El contexto cultural también se conforma, desde luego, por el paraguas de muy diversas razones bajo el cual las comunidades no occidentales que ejecutan el rito lo reivindican. Por un lado, se sostiene que la mutilación obedece a razones: sexuales, como forma de controlar y mitigar la sexualidad femenina, puesto que la falta de goce evitaría el sexo prematrimonial y el adulterio; incluso hay quienes creen que el clítoris puede crecer y ser dañino para el varón con el que se mantiene contacto sexual; también se señalan algunas razones sociales, bien como rito de purificación, bien de iniciación de las niñas en la edad adulta y como forma de integración y cohesión sociales, dado que las mujeres no mutiladas no serían aptas para el matrimonio y quedarían fuera de la pertenencia comunitaria⁴⁹⁷. No faltan razones de higiene y estéticas –se considera que los genitales femeninos son sucios y feos y representan una parte masculina del cuerpo de la mujer que, como tal, debe ser eliminado para reintegrar la plena femineidad–; o de salud reproductiva –se cree que aumenta la fertilidad y seguridad de los futuros partos y erradica el peligro de que si el clítoris roza la cabeza del hijo al nacer este muera– que respaldan la práctica. Por último, se citan razones religiosas, en tanto

de el punto de vista cultural, de trabajar más con grupos que con individuos, de facilitar debates y aumentar la concientización, e invertir el tiempo necesario en las comunidades para que tomen sus propias decisiones en lo referente a la práctica de la mutilación, en lugar de imponer soluciones. El mismo reporte afirma que, en los Países Bajos, la mutilación se ha convertido en un problema, desde la década del noventa, en la que arribaron numerosos migrantes somalíes que mantuvieron la práctica del rito, a pesar de estar sancionado penalmente.

En pos del diálogo intercultural, el informe refiere que, en el año 2000, en los Países Bajos, Pharos y la Federación de Asociaciones Somalíes, financiados por el Ministerio de Salud, Bienestar y Deporte, establecieron un proyecto conjunto, para facilitar que la comunidad somalí pudiera debatir sobre la mutilación genital femenina y de promover conocimientos sobre sus connotaciones sanitarias. Los socios del proyecto asumieron que el diálogo debía ser liderado por la propia comunidad, por lo que se establecieron sesiones educativas adaptadas, lideradas por “educadores” preparados y por “figuras clave” de las comunidades somalíes. Estas personas, por gozar de la confianza y el respeto de sus propias comunidades y por estar familiarizadas con las instituciones neerlandesas, se encontraban habilitadas para facilitar el debate. Uno de los logros más significativos del proyecto fue lograr que hombres y mujeres se sentaran juntos en sesiones en las que pudieran debatir sobre el rito (UNICEF; *Cambiar una*; pp. 37-38).

⁴⁹⁷ TORRES FERNÁNDEZ; *La mutilación genital femenina*; p. 12.

se entiende erróneamente que el Corán ordena esta práctica; sin embargo, el texto no contiene ninguna referencia al rito y son pocos los teólogos islámicos que lo apoyan⁴⁹⁸, a lo que se añade el hecho de que las investigaciones históricas dan cuenta de su existencia con mucha mayor antigüedad que el Corán, remitiendo al antiguo Egipto.

Por su parte, conforme explica AGATÓN SANTANDER⁴⁹⁹, las culturas indígenas americanas que la practican justifican la costumbre por considerarla un instrumento necesario para garantizar la pureza, la fidelidad, la dominación, la sujeción y el sometimiento de las mujeres. En definitiva, por razones no demasiado alejadas de aquellas que se registran en África y en Asia. Por eso, a decir de la autora, esta problemática "...pone en el escenario el debate, no superado, entre multiculturalismo y derechos humanos". En suma, las mutilaciones obedecen a razones de control y dominio del varón sobre la mujer, en comunidades esencialmente patriarcales.

Coincide en esto último VÁZQUEZ GONZÁLEZ, cuando señala que la vulnerabilidad de las mujeres se acrecienta si pertenecen a culturas o tradiciones minoritarias que reivindican sus derechos para su reconocimiento como culturas. En ese marco, las mujeres se encuentran en una encrucijada paradójica: la reivindicación de sus derechos y libertades individuales puede estar en pugna con su propia pretensión de reconocimiento de su identidad cultural. Como los derechos culturales del grupo pueden incluir tradiciones irreconciliables con los derechos individuales de las mujeres –sobre todo en la relación entre los sexos (como ocurre ante la poligamia, los matrimonios forzados y la mutilación genital)–, las mujeres pueden verse en el dilema de tener que renunciar a su cultura para ejercer sus derechos y libertades individuales o bien de tener que renunciar a estos para seguir perteneciendo a aquella. Es por ello que VÁZQUEZ GONZÁLEZ califica a este conflicto como uno de los mayores retos a los que se enfrenta no solo el feminismo, sino la sociedad del siglo XXI⁵⁰⁰. En su opinión –anclada en la idea de que la clave del multiculturalismo es tratar de integrar el pluralismo cultural en un modelo de igualdad liberal⁵⁰¹– las mujeres son las grandes perdedoras del relativismo cultural, ya que si se privilegia la absoluta equivalencia entre las culturas en vez de la igualdad de derechos de los ciudadanos, se relativiza la relativización de la igualdad entre varón y mujer: “[d]efender el estatus tradicionalmente desigual de la mujer musulmana (...) en nombre de la tolerancia cultural, equivale entonces a admitir

⁴⁹⁸ RABINOVICH-BERKMAN afirma que la práctica es directamente contraria a los principios coránicos y que, además, también es practicada entre cristianos de África (*¿Cómo se hicieron*; p. 139).

⁴⁹⁹ AGATÓN SANTANDER; *Mutilación*; p. 7.

⁵⁰⁰ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 96.

⁵⁰¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 98.

que ésta se vea privada de los derechos de los cuales se beneficia la mujer occidental⁵⁰².

En efecto, si bien debe destacarse que las familias que ejecutan el ritual lo hacen sin una intención primaria de violencia, la práctica tiene una innegable naturaleza violenta. Las comunidades la cumplen en la creencia de que garantiza el matrimonio apropiado de la niña, su castidad, su belleza y el honor de la familia. La fuerza social de la norma es tan intensa que las familias no dudan en someter a las niñas, incluso cuando son conscientes del padecimiento y de las secuelas físicas que puede causarles. En definitiva, los padres creen hacer un bien a sus hijas⁵⁰³; al contrario, no mutilarlas sería dejarlas fuera de la comunidad y hacerlas, en alguna medida, repudiables, al reducir las perspectivas de matrimonio de las chicas, amén de que mellaría la situación social de las familias⁵⁰⁴. Dicho en otras palabras, la intención que mueve a someter a las niñas a esta práctica tiene, a los ojos de los padres y de la comunidad de pertenencia, una finalidad en sí misma buena; no practicar el rito sería infligir un daño a sus mujeres. De ahí el conflicto multicultural con los derechos humanos y la seria dificultad que plantea el tratamiento penal de la cuestión desde el punto de vista de la motivación del sujeto, lo que requiere un tratamiento cuidadoso para aportar soluciones que contribuyan a la erradicación de la práctica en nuestro medio, sin por eso diezmar familias o enemistar a padres con hijos, lo que sería, en nuestra opinión, una consecuencia no solo indeseable, sino gravísima, incluyendo al peligro de que la sanción penal pueda ser entendida como la descalificación de toda la cultura del grupo.

Además, la práctica de la mutilación tiene una característica adicional que no hace más que complicar su análisis desde una mirada occidental, de la que nos es difícil prescindir. Me refiero al hecho de que, habitualmente, cuando se habla en términos de derechos fundamentales de desigualdad entre hombre y mujer y de patriarcado, se concibe que es el hombre –desde la concepción impuesta por el varón– quien sostiene prácticas y hábitos de sometimiento de la mujer, como así también exclusiones sociales, familiares o laborales a las mujeres, que denotarían una supuesta superioridad masculina. En el caso de la mutilación genital, en cambio, el rito es practicado a mujeres por otras mujeres, generalmente, abuelas o ancianas o curanderas de la comunidad. Este rasgo puede nublar un tanto la visión de este como un caso de discriminación entre los sexos o, incluso para quienes sostienen la perspectiva de género, se les puede complicar la inclusión de este supuesto entre las prácticas atentatorias de la igualdad. Sin embargo, pensamos que una tradición puede ser transmitida de genera-

⁵⁰² VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 97.

⁵⁰³ En el mismo sentido, RABINOVICH-BERKMAN; *¿Cómo se hicieron*; pp. 139-140.

⁵⁰⁴ Ver [http://www.unicef.org/spanish/protection/57929_58002.html].

ción en generación y por eso mismo ir horadando en el sistema de valores de los miembros de un grupo hasta hacerla aparecer como algo completamente natural y aceptado, incluso por sus víctimas directas. De tal modo, las mujeres que hacen la escisión, quienes a su vez seguramente están mutiladas, es lógico que vean el rito como parte de las costumbres de su grupo y como una forma de purificación, que también desean transmitir a las nuevas generaciones. Ello no empece a que se trate de una aceptada forma de discriminación y sojuzgamiento sexual y social de la mujer en el seno de ciertas comunidades, como consecuencia de una fuerte tradición patriarcal que aún pervive, en el que la mujer es un objeto del dominio masculino. Es por eso que, en términos de derechos fundamentales no resulta aceptable desde la perspectiva de los derechos fundamentales liberales y, si ocurre en los confines de nuestros países, el derecho penal debe romper la inercia de la quietud.

Sin embargo, las particularidades del caso referidas en los últimos dos casos exigen que la inevitable intervención del derecho penal sea efectuada con adaptación a la equidad que requiera cada caso, en aras de procurar soluciones satisfactorias en términos de equidad. Esta idea es compartida por VÁZQUEZ GONZÁLEZ, quien postula que estas conductas deben ser sancionadas atendiendo a sus especiales características, que las distinguen de otros casos de violencia física, incluso de género. A su criterio, se debe evitar que las rígidas reglas del *ius puniendi* sean herramientas para sancionar a toda una sociedad patriarcal, sino que el derecho sancionador debe estar dirigido concretamente contra los autores y partícipes materiales. A esto que parece obvio, añade que habría que excluir de la responsabilidad penal a las madres, quienes en la mayoría de las ocasiones no habrán obrado libremente, sino condicionadas por el entorno social y la presión del grupo y a quienes corresponde más bien considera víctimas del contexto. Seguramente esas madres estén también mutiladas. Reclama así una intervención penal que sea justa y consecuente con las pautas culturales que han condicionado el actuar de los padres⁵⁰⁵.

Pensamos que no es posible efectuar consideraciones en abstracto acerca de quienes deberían ser o no excluidos de la responsabilidad penal. A lo sumo, entendemos que solo puede decirse, con alcance general, que habrá que atender al hecho de que el delito a juzgar –sea mutilación, sea cualquier otro– fue cometido desde una motivación cultural, elemento que será medular para el análisis y solución de cada supuesto. Solo la casuística podrá indicar quién y en qué casos deberá ser eximido de responsabilidad, en atención a su concreta intervención en el hecho y a criterios normativos a evaluar en cada proceso. Este aspecto será profundizado a tratar la cuestión del error de prohibición.

⁵⁰⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; pp. 124-125.

a) β. Un debate al interior de los derechos humanos.

Asiste razón a VÁZQUEZ GONZÁLEZ cuando recalca que una de las situaciones más difíciles de afrontar desde la perspectiva de los principios liberales es la que se suscita cuando son las propias mujeres no occidentales las que defienden y reivindican la mutilación, la poligamia, el uso del *chador* o cualquier otra norma, institución o práctica que a la luz de la mirada occidental resulte opresiva para la mujer⁵⁰⁶. Sin embargo, muchas de las mismas mujeres implicadas entienden que esos elementos culturales son constitutivos de su identidad y verlos como pretende imponer Occidente no es más que otra muestra de imperialismo cultural. Ellas llegan a considerar que esas prácticas son derechos que les asisten y tener pretensiones reivindicatorias, como musulmanas y feministas, llegando incluso a defender la mutilación genital como expresión cultural⁵⁰⁷.

No obstante, en nuestra opinión esas pretensiones reivindicatorias, cuando pasan el umbral de lo tolerable para los valores del Estado, que son los de la sociedad de acogida, no pueden ser admitidas sin más. Una cosa es el derecho a lucir el velo en cualquiera de sus estilos en lugares públicos, como expresión de pertenencia cultural y de culto religioso –y aún así con posibles limitaciones momentáneas de tipo administrativo, como al pasar los controles migratorios o al tramitar el D.N.I.–; otra, muy distinta, admitir lo que no es sino una lesión gravísima para el cuerpo y la psiquis. Si en otras culturas esa práctica es admisible, el Estado puede y debe reservarse el derecho de fijar un límite, aquí y ahora. Ello, porque no es cierto que el Estado sea neutral absolutamente, sino que expresa los valores de una sociedad, en un tiempo dado. Y no hay otra

⁵⁰⁶ RABINOVICH-BERKMAN comenta el interesante caso de la institución de la *kumari Devi*, típica de Nepal. Se trata una tradición religiosa, vinculada al hinduismo y al budismo locales, que consiste en someter a unas niñas pequeñas a una serie de pruebas físicas y psíquicas, algunas bastante severas. En caso de sortearlas, las pequeñas son declaradas *kumari Devi*, lo que significa que serán consideradas, hasta su primera menstruación, como diosas vivientes, encarnaciones de la divinidad femenina *Durga* o *Taleju*. Una de ellas será proclamada *kumari real*, por lo que residirá en un rico palacio de Katmandú, atendida por sirvientes y lucirá joyas y atuendos principescos, a expensas del Estado. Durante el período de “divinidad”, las niñas son veneradas por miles de personas y hasta se las saca en procesión. Al llegar a la pubertad –o incluso antes, en caso de que enfermen–, pierden la condición divina y deben regresar a la vida de una mujer normal, lo que, desde luego, resulta casi imposible, tras la experiencia *kumari Devi*. A eso se suma que casarse con quien ha revestido esa condición se supone es de mal agüero, por lo que les será muy difícil unirse en matrimonio, en una sociedad tradicionalista y religiosa. En lo que aquí interesa, RABINOVICH-BERKMAN destaca que a comienzos del siglo XXI, jóvenes juristas nepaleses formados en la tradición europea han comenzado a atacar la institución y han llegado a solicitar su prohibición, por considerarla lesiva de los derechos fundamentales de las niñas elegidas. Esta postura se ha granjeado el rechazo, tanto del clero budista de Nepal, como de los educadores e intelectuales del país, quienes han denunciado que los derechos humanos son un desarrollo teórico derivado de una civilización ajena a la de ellos, cimentada en una cosmovisión diversa y una distinta manera de ver al ser humano, a la sociedad y a la comunidad. Su imposición significa –desde este punto de vista– una intromisión cultural, propia de un autoritarismo occidental. Incluso comenta el referido autor que una *ex kumari real* ha escrito su autobiografía, en la que ha relativizado varias de las acusaciones de excesos en el trato a las niñas diosas (*¿Cómo se hicieron*; pp. 137-138).

⁵⁰⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; pp. 107-108.

forma de mensurar esos valores que en términos de mayorías democráticas, que es el sistema que rige en nuestros países.

En conexión con lo anterior, es muy interesante observar el desafío y las tensiones que la problemática de la mutilación genital femenina genera en el seno de las teorías de los derechos humanos y, muy especialmente, del feminismo occidental, normalmente embanderado en reclamos reivindicatorios de la ideología de género. Estas corrientes vienen denunciando que determinadas culturas oprimen a algunos de sus miembros, en especial a las mujeres, por ser más vulnerables, lo que –hay que decirlo– lleva una alta cuota de verdad. Desde este punto de vista, bajo el ropaje de la conservación de costumbres y tradiciones milenarias que, en principio, también serían defendibles y reivindicables en términos de derechos fundamentales culturales, se busca sostener el modelo de vida patriarcal en el que el varón ejerce dominio sobre la mujer, quien debe permanecer sumisa. Planteado desde esta perspectiva, el feminismo occidental reclama en el ámbito internacional que prácticas tales como el uso del velo, la mutilación o la poligamia sean combatidas hasta su erradicación, por constituir violaciones sistemáticas a los derechos humanos y ser formas de violencia y discriminación de la mujer en las culturas en la que se practican. Con ese norte, reclaman, si es preciso, la intervención del derecho penal.

Sin embargo, la cuestión de la mutilación genital ha puesto sobre el tapete el hecho de que también hay posturas críticas a esa visión feminista tradicional e, incluso, una corriente feminista no occidental o feminismo del Tercer Mundo⁵⁰⁸, en cuyas filas se encuentran mujeres a las que no podría considerarse sin más “dominadas” por los varones, en tanto normalmente tienen formación académica y han logrado alzar sus voces en términos de reclamos de sus propios derechos. Estas posiciones denuncian que el feminismo occidental, al que acusan de etnocentrismo, se empeña en ver a la mujer inmigrada como una víctima y representa una ideología que expresa vocación de imponer una cosmovisión y una forma de concebir a la mujer, que olvida que la *mujer árabe* también tiene una forma de ser, de sentir y de pertenecer a su grupo que reclama

⁵⁰⁸ En efecto, hay movimientos feministas africanos y islámicos que reivindican la singularidad de las mujeres de sus colectivos y consideran que el islam las trata con dignidad y respeto y garantiza sus derechos. Además, se quejan de que el feminismo occidental solo destaque lo brutal y salvaje de sus prácticas contra la mujer, como forma de menospreciar y atacar a toda su cultura de pertenencia.

Además, también se ha señalado que, en Francia, hay mujeres que eligen lucir el velo como forma de rechazo o resistencia al mundo moderno, caracterizado por la visibilidad, la superficialidad y los valores meramente estéticos. También, muchas mujeres de movimientos anticolonialistas que nunca habían llevado *hijab* han comenzado a lucirlo, como señal de rechazo a los valores occidentales y al colonialismo francés. Se ha dicho que este tipo de situaciones no representan subordinaciones de la mujer, aunque, en el ámbito escolar, las razones por las que lo lucen sí pueden dar lugar a provocaciones políticas y ser entendidas como una forma de ejercer presión sobre las niñas musulmanas que no lo llevan (SALGUERO; *El laicismo*; pp. 42-43).

ser respetada, en tanto sea ejercida de manera libre y autónoma. Así, reivindican su identidad en tanto mujeres y musulmanas.

En cambio, el feminismo occidental suele menospreciar de manera preocupante ese punto de vista, por entenderlo un resabio o una forma de dominación del hombre sobre la mujer, sublimación al varón de la que esta no se daría cuenta, como si estuviera adormilada por el peso de la tradición. Desde esa perspectiva, el feminismo occidental subestimaría la posición de la mujer musulmana e incluso a esta misma, así fuera activista y formada en sus derechos y libertades⁵⁰⁹. Incluso, la mirada occidental tiende a dar por supuesto que esas decisiones de la mujer árabe, aún cuando sean ejercidas sin aparente coerción, son tomadas en condiciones de opresión social, por lo que se da por sentado que no pueden ser consideradas libres. De hecho, el feminismo

⁵⁰⁹ Sobre el interesantísimo tema del feminismo occidental y no occidental, ver VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 97 y ss.

Resulta sumamente ilustrativo leer el discurso sobre el velo islámico dado por Asma LAMBRABET, una médica marroquí, plasmado en *El velo, Occidente y la escuela: unas perspectivas de diálogo*; en www.asma-lamrabet.com; [<http://www.asma-lamrabet.com/articles/el-velo-occidente-y-la-escuela-unas-perspectivas-de-dialogo/>]; fecha última consulta: 12/02/2017. La autora, quien opta por lucir el velo, se ocupa de remarcar que lucir el velo no es una imposición para la mujer islámica. Tras efectuar un análisis de los versículos del Corán en los que se hace referencia a la vestimenta femenina y de remarcar que ya con anterioridad el judaísmo y el cristianismo proponían el velo como un atuendo que exaltaba la dignidad de la mujer, sostiene que el texto sagrado del islam también hace una sugerencia en términos de dignidad. De tal modo, es una distorsión interpretativa entender que llevar velo es una obligación, lo que muchas veces es olvidado por su misma religión. Lo dice en los siguientes términos:

“Desgraciadamente esta primera intención del mensaje espiritual del Islam es a menudo omitida incluso ignorada en detrimento de una lectura littéralista que va deducir de toda la enseñanza coránica un sólo emblema: ¡**la obligación para las mujeres de llevar el velo**! Primero hay que precisar que nunca fue cuestión de obligación sino más bien de “recomendación”, esto es un punto muy importante porque la confusión mantenida con esos conceptos es al origen de numerosos amalgamas y prejuicios asociados a la imagen de la mujer musulmana.

Una convicción religiosa relacionada con la fe sólo tiene sentido cuando está profundamente consentida y aceptada. Y pues hablar de obligación islámica de llevar el velo no puede ser tolerable espiritualmente hablando porque el Corán está claro con eso: “Ninguna imposición en cuestiones de religión”. Es unos de los principios fundamentales del Islam pero también de todas las religiones y que muchos musulmanes olvidan.

En segundo lugar, reducir todo el mensaje de emancipación del Corán, relativo a las mujeres, al único aspecto del velo, es ir en contra de este mismo mensaje. Y eso lo que pasó exactamente en el curso de la historia del islam ya que a fuerza de ‘obsesionarse’ con el cuerpo de la mujer, sobre la obligación de la mujer de “disimular” y ‘tapar’ su cuerpo, hemos llegado en el mundo musulmán a dar a este símbolo espiritual una connotación de opresión y de deprecio hacia las mujeres que es difícil reparar”.

Y puntualmente sobre la posición de la mujer islámica comprometidas con la lucha contra la opresión y por sus derechos, es decir sobre aquellos aspectos en los que la subestima el feminismo occidental, dice:

“Yo quería aquí y antes de terminar destacar un elemento muy importante: los debates superficiales sobre, el velo sí o velo no, no deben esconder los verdaderos desafíos que nos esperan a todos. Yo como mujer musulmana no quiero justificarme siempre por lo que soy, por lo que llevo, por lo que pienso...la mujer musulmana no debe ser este icono cultural siempre vinculado a la sumisión y a una eterna victimización...Son muchas las mujeres musulmanas que están comprometidas por la lucha contra todas las opresiones desde el patriarcado hasta el despotismo político... Somos muchas a intentar promover una nueva lectura femenina y reformista del islam, a intentar iniciar una nueva dinámica de liberación de la mujer desde el interior del mundo islámico...a trabajar por un mundo mejor donde nuestros hijos pueden vivir en paz... ¿Pero quién nos escucha? Dentro de nuestro mundo islámico somos vistas como rebeldes y muy occidentalizadas y en occidente bajo el espejo de los estereotipos”.

las denomina *preferencias adaptativas*, es decir elecciones individuales expresivas de una libertad solo aparente, que no expresan el interés real de los sujetos y, por eso mismo, no pueden constituir un límite ni una justificación para la defensa pública de sus derechos fundamentales⁵¹⁰.

Además, se denuncia que el feminismo occidental presenta a las mujeres inmigrantes como víctimas, atrapadas en las restricciones de una cultura tradicional gobernada por hombres, cuando la realidad demuestra que las mujeres árabes inmigrantes suelen asimilar mejor que los hombres de sus culturas los cambios derivados del contacto con la sociedad occidental de llegada y la cultura no árabe. Es más, en el proceso de asentamiento, suelen ser las mujeres las transmisoras del cambio o adecuación cultural a sus familias, en el forjamiento de la nueva identidad que van adquiriendo producto del intercambio cultural⁵¹¹. Especialmente relevante es su rol en la tarea de insertar a los niños en las nuevas culturas, de modo de asegurarles una vida en igualdad de condiciones de desarrollo.

Este contrapunto entre corrientes que se autodenominan feministas pero que en verdad parecen antagónicas en muchos aspectos (de hecho, el feminismo occidental considera incompatibles al feminismo y al islam, como proponen las feministas musulmanas), deja en carne viva uno de los aspectos más complejos de los derechos fundamentales, que es el de establecer jerarquías entre ellos y, a su vez, si todos los que sostienen el discurso de los derechos humanos están hablando de lo mismo. En efecto, para el liberalismo clásico, la idea de *neutralidad* del Estado es fundamental; sin embargo, como pone de manifiesto VÁZQUEZ GONZÁLEZ, el feminismo (occidental) critica al multiculturalismo por sus políticas públicas de neutralidad, que en nombre de derechos colectivos y culturales, importan una no injerencia en ámbitos privados regidos por normas tradicionales y religiosas, que se suelen regir por normas de discriminación, opresión y segregación femenina⁵¹². Así, se transforma en un discurso hegemónico y universalista sobre la mujer y el feminismo, que ha sido tildado por el llamado feminismo del Tercer Mundo de imperialismo cultural, de imposición occidental y expresión de intolerancia y prepotencia⁵¹³.

A nuestro juicio, esta es la paradoja de las teorías de los derechos humanos, en las que bajo el mismo paraguas, se reclaman pretensiones antagónicas en las que muchos de los que dicen defender aquellos derechos fundamentales se trenzan en disputas insalvables. Con los mismos términos, se reivindicán pretensiones que se excluyen recíprocamente, dando lugar a conflictos insolubles. Además, se sostienen faná-

⁵¹⁰ FACCHI; *Mujeres inmigrantes*; pp. 119-120.

⁵¹¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; pp. 101-102.

⁵¹² VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 98.

⁵¹³ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; pp. 102-103 y 105.

ticamente postulados que luego la práctica muestra como incontrastables, al menos en estado puro. Tal, por ejemplo, lo que ocurre con el famoso principio de neutralidad del Estado liberal, que se contrapone al hecho cierto de que el Estado *nunca* es neutral, porque siempre encarna valores. Incluso países como Francia que hacen de la neutralidad religiosa y del laicismo una de sus banderas, olvidan a menudo que, en verdad, esa misma defensa extrema implica una falta de neutralidad, al importar tomar posición sobre la forma de encarar y tratar la religión y las creencias de los ciudadanos. La decisión de ser neutral (en el sentido de no tomar injerencia en las creencias individuales y procurar mantener la laicidad de todo lo público) es una manifestación de valoración y todo lo valorativo es expresión de un punto de vista que, por definición, no puede ser neutral.

a) y. La mutilación genital femenina en el ámbito del derecho occidental.

Existe consenso internacional en que esta práctica, que casi siempre es practicada a niñas de entre 4 y 14 años⁵¹⁴, comporta una forma extrema de discriminación de la mujer, violatorio de los derechos humanos a la vida y a la integridad física y a no ser sometido a torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes. Además, afecta la libertad e importa una discriminación en términos de igualdad entre los sexos, al no dar a las mujeres chances de decidir acerca de su sexualidad y de ser un modo de control del hombre sobre la mujer a partir del dominio de la sexualidad.

Lo anterior no es una mera enumeración de principios jurídicos, sino la radiografía de lo que padecen las niñas y mujeres sometidas a este tormento. En efecto, durante el rito, corren riesgos de infecciones agudas y de septicemia; peligro de entrar en estado de colapso a raíz del intenso dolor y de adquirir un trauma psicológico indeleble a causa de ese mismo dolor, de la hemorragia y de los gritos. Y, por supuesto, como peligro máximo y tristemente verificado con frecuencia, el rito puede desencadenar la muerte por colapso hemorrágico o neurogénico.

Además, con posterioridad a la práctica, las niñas mutiladas padecerán durante toda su vida problemas de salud física, y frecuentemente psíquica, irreversibles. Entre los daños físicos irreparables suelen producirse una mala cicatrización de la zona; la formación de abscesos y quistes; un crecimiento excesivo del tejido cicatrizante; infecciones del tracto urinario; coitos dolorosos; el aumento de la susceptibilidad al contagio de VIH/SIDA, hepatitis y otras enfermedades de la sangre; infecciones del aparato reproductor; enfermedades inflamatorias de la región pélvica; infertilidad; menstruacio-

⁵¹⁴ Aunque en países como Eritrea y Malí se practica a niñas menores de un año. Fuente: [http://www.unicef.org/spanish/protection/index_genitalmutilation.html].

nes dolorosas; obstrucción crónica del tracto urinario o piedras en la vejiga; incontinen-
cia urinaria; partos difíciles y un incremento del riesgo de sufrir hemorragias e infeccio-
nes durante el parto. Entre los psíquicos, el trauma por la crueldad y, desde luego, la
práctica de una sexualidad no placentera, por la falta real de los órganos y por la aso-
ciación del sexo con el dolor y la muerte.

Tal como se ha adelantado, en el derecho internacional de los derechos
humanos existe consenso en que la ablación genital femenina constituye una violación
fundamental de los derechos de las niñas y de las mujeres. Se la considera una prácti-
ca discriminatoria que vulnera los derechos a la libertad y a la igualdad de oportuni-
dades entre hombres y mujeres; a la vida y a la salud; a la lucha contra la violencia, el
daño, el maltrato, la tortura y el trato cruel, inhumano y degradante, todos ellos protegi-
dos por el ordenamiento internacional.

Al igual que respecto de la poligamia, el incesto y los matrimonios infantiles,
los documentos internacionales de protección de los derechos humanos, en especial
aquellos que previenen la discriminación y la violencia contra la mujer, impiden tolerar
prácticas de la naturaleza de la que se comenta.

En el caso de Argentina, interesa especialmente la CEDAW⁵¹⁵, porque inte-
gra el texto de la Constitución Nacional. Pero también es derecho interno la Convención
Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer (Con-
vención de Belem do Pará)⁵¹⁶, a la que se agrega la Declaración de Naciones Unidas
sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de 1993⁵¹⁷.

⁵¹⁵ En su art. 1 establece: "la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, ex-
clusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el
reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de
la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las
esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera" y en su art. 2: "[l]os Esta-
dos partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por
todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación
contra la mujer". A eso se agrega que según el art. 5.2 de la misma convención, los Estados partes
tomarán todas las medidas para "[m]odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y
mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de
cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de
los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres". Por su parte, el Comité para la Elimi-
nación de la Discriminación contra la Mujer, creado en virtud del art. 17 de la convención, ha instado a
los Estados Parte a tomar las medidas pertinentes para la erradicación de la mutilación genital feme-
nina (por ej., Res. 14/90).

⁵¹⁶ Aprobada por ley 24.632, en su art. 1 establece que "debe entenderse por violencia contra la mujer
cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, se-
xual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

⁵¹⁷ Esa declaración se ocupa de destacar que la violencia contra la mujer suele tener lugar en el marco
de la vida privada, permaneciendo oculta a los ojos de los poderes públicos. A su vez, la declaración
elimina toda posible duda en torno a si la libertad de culto o el respecto a los derechos culturales an-
cestrales –también de carácter fundamental– pueden ser justificativo para prácticas violentas contra la
mujer; desde ya, la respuesta es negativa. En efecto, el art. 4 señala que los Estados parte se com-
prometen "a condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o conside-
ración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla".

Para abonar aún más el rechazo internacional al tipo de violencia respecto de las niñas que entraña la mutilación, cabe traer a colación la declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, de 1982. Ese instrumento, en su art. 5.5 establece que “[l]a práctica de la religión o convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral teniendo en cuenta el párrafo 3 del artículo 1 de la presente Declaración”. De modo que el derecho de los padres a educar a sus hijos también encuentra un límite infranqueable allí donde derechos humanos de mayor jerarquía, como son la vida, la integridad física y libertad, están en juego. Como síntesis del repudio de la comunidad internacional a esta práctica milenaria y de su incompatibilidad con la dignidad humana al margen de toda interpretación o valoración cultural, vale traer a colación la resolución de Naciones Unidas A/RES/67/146, de 2012, por la cual se estableció el 6 de febrero como Día Internacional de Tolerancia Cero con la Mutilación Genital Femenina⁵¹⁸.

En el mismo sentido, AGATÓN SANTANDER, tras destacar que este rito pone sobre el tapete el conflicto entre multiculturalismo y derechos humanos, es contundente al afirmar que

[e]star frente a un sólo caso de amputación genital femenina es estar frente a un **acto de barbarie** que no puede ser justificado, amparado, reiterado bajo el manto de la tradición cultural indígena. **Las tradiciones, por el hecho de haber hecho tránsito en la historia, no pueden reproducirse en tanto menoscaben la dignidad de mujeres** y hombres, en tanto su sistemática y acrítica ocurrencia constituya, como en este caso, actos de barbarie comparados a los delitos de lesa humanidad, definidos por el Estatuto de Roma⁵¹⁹.

Según la posición aquí sostenida de total intolerancia al rito⁵²⁰, ni el derecho a la autodeterminación, en el improbable caso de que la práctica fuera reclamada por una mujer adulta celosa del respeto a las tradiciones ni el pretendido derecho de los

⁵¹⁸ De ese documento, entre otras consideraciones sobre el tema, interesa destacar el numeral 8, por el que se “[i]nsta a los Estados a adoptar, **en el marco general de las políticas de integración y en consulta con las comunidades afectadas, medidas eficaces y dirigidas específicamente a las refugiadas y las migrantes y sus comunidades**, con el fin de proteger a las niñas contra la mutilación genital femenina, incluso cuando esta práctica tenga lugar fuera del país de residencia” (los destacados son del presente) y el numeral 10, por el que se “[i]nsta a los Estados a adoptar un enfoque amplio y sistemático, que **tenga en cuenta las diferencias culturales** y la perspectiva social y se base en los derechos humanos y los principios de igualdad entre los géneros, **al impartir educación y capacitación a las familias, los dirigentes de las comunidades locales** y los miembros de todas las profesiones que guarden relación con la protección y el empoderamiento de las mujeres y las niñas con el fin de aumentar la conciencia sobre la mutilación genital femenina y el compromiso con su eliminación” (los destacados son del presente). Como se ve, en especial a partir de las frases en negrita, la comunidad internacional no admite pretensiones de tipo cultural para justificar esta práctica, reñida con la dignidad humana.

⁵¹⁹ AGATÓN SANTANDER; *Mutilación*; p. 8.

⁵²⁰ Sin perjuicio de que deban procurarse las soluciones más adecuadas para la solución del conflicto cultural y social que hay detrás de la mutilación, incluso si eso implica que el derecho penal, que inexorablemente deberá actuar, entienda conveniente renunciar a la pena o buscar una solución alternativa, en algún caso extremo. La renuncia a la pena y las búsquedas de soluciones alternativas es también una expresión del *ius puniendi*.

padres a decidir sobre la educación de los hijos ni el derecho a la libertad de culto ni el derecho a la diversidad cultural⁵²¹, todos ellos también de raigambre constitucional y con tutela internacional, podrían justificar el rito, en la hipótesis de que fuera practicado en Occidente.

Es decir, no sería admisible para el Estado que se reclamara su práctica en un establecimiento público o privado de salud ni estaría justificada su práctica clandestina, en el seno de la familia o de la comunidad. En todos esos casos, habría un conflicto insalvable que daría lugar a un delito, ya fuera por parte de los padres, familiares, miembros de la comunidad o profesionales de la salud que los ejecutaran, sin perjuicio de la concurrencia de ellos en el ilícito. Desde luego, quedarían al margen de toda consideración jurídica y, sobre todo, desde la óptica penal, lo concerniente a la autolesión de la víctima.

Al igual que en los casos ya tratados de poligamia, incesto y matrimonios infantiles, podría generar inquietud el innegable contrapunto entre diversos derechos constitucionales en juego, muchos de ellos tutelados simultáneamente por el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, como bien señala GAMBINO al denunciar ciertos conflictos y aparentes limitaciones a la tutela de derechos por parte del Estado a los que da lugar el derecho internacional, “donde opere un juicio de disvalor, también ante actos no perjudiciales para otros, el ordenamiento puede disponer normas de protección”; en tal caso, está legitimado para hacerlo en nombre del interés de la sociedad y/o de quien, en razón de su vulnerabilidad, podría actuar contra sí mismo⁵²². En nuestra opinión, si ello le está permitido al Estado ante actos no perjudiciales para otros, cuanto más lo estará ante actos que al sentir de la mayoría de la comunidad política, expresada en la Constitución, se consideran reñidos con los valores sociales más elementales, por mucho que la minoría de pertenencia los aprecie como valiosos.

⁵²¹ AGATÓN SANTANDER releva que “[e]n Colombia, los voceros de la tribu [Emberá Chamí] señalaron que se trata de una tradición que “se realiza desde hace tiempo”, que “remite a casos análogos anteriores que tienen que ver con sus prácticas ancestrales y su autonomía”, que se trata de “una práctica cultural ancestral del pueblo Embera Chamí dentro de su cosmovisión propia”. Sostienen, además, que **la ablación** se practica ya en muy pocos resguardos. Los indígenas la siguen defendiendo y piden el respeto a esa tradición”; *Mutilación*; p. 8.

⁵²² Es muy interesante el siguiente párrafo del autor: “[l]os coasociados conviven en territorios en los que el *ius positum* está ampliamente producido por actos (como los reglamentos y directivas europeas) que no provienen del órgano que tradicionalmente definía los contenidos de nuestro ordenamiento civil, es decir, el Parlamento. La desviación de la endiádisis Parlamento-Legislador hacia la de Unión Europea-Legislador, ha disminuido de forma trágica el umbral de adhesión a estos datos prelegislativos, como la centralidad de la persona, sobre los que vigilaban las Cartas constitucionales y sus garantes. Con la consecuencia de que precisamente la artificialidad congénita del Derecho (también el de rango superior a la ley ordinaria), ha provocado la aparición –como presunta ancla de salvación– de la tesis que sostiene que antes las decisiones que afectan a la esfera más profunda del individuo (como los casos ejemplares, del matrimonio y la salud) el Derecho deba hacerse ‘dúctil’, esto es, no pueda ‘obstaculizar’ decisiones que competirán con la denominada autodeterminación de los individuos o grupos intermedios, y esto prescindiendo de las valoraciones éticas y morales que prevalecen en las comunidades políticas de referencia territorial”, en GAMBINO; *Inmigración, ciudadanía*; p. 159.

Este es el caso, por ejemplo, de la mutilación genital femenina, aun cuando los padres de las niñas obren en la convicción de estar actuando por el bien de sus hijas⁵²³.

La conclusión no podría ser diferente si se apelase al principio de no discriminación o a la libertad de culto, que también podrían invocar quienes reclamasen el ejercicio de la mutilación en tierras occidentales. Al respecto, vale algo similar a lo que ya se dijo en punto a la poligamia y al incesto: la práctica no resulta reprochable por su (dudosa) pertenencia al islam o por la religión o comunidad de procedencia de quienes la reconocen, sino por su naturaleza en sí misma violenta, tormentosa, dañina para la salud y contraria a la libertad y a la dignidad humana, al margen de toda relación con una determinada religión, nacionalidad, comunidad asiática o amerindia. En definitiva, se repudia el acto en sí mismo, pero no a las personas por creer en su pertinencia ni por profesar una determinada convicción religiosa.

Pero también la tensión se manifiesta en la exigencia de respeto y del derecho a la identidad y a la diversidad cultural. Creemos que la diversidad debe ser respetada, garantizada y hasta fomentada por el Estado, pero bajo ningún punto de vista la diferencia a reconocer puede resultar repugnante a los derechos individuales nucleares, desde que importan el derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad de quienes viven en el mismo territorio político y que son presupuesto del goce y ejercicio de los demás derechos. En consecuencia, los derechos culturales, que también integran el elenco de derechos humanos, en caso de conflicto insuperable, no pueden sino ceder

⁵²³ La cuestión controvertida podría situarse en un punto máximo de tensión ante la petición de una mujer adulta para que se le permitiera su mutilación, en condiciones de salubridad adecuadas, como sería en un hospital público o privado. Recurriendo nuevamente a GAMBINO, “[e]l ordenamiento tampoco admite que la acción ‘injusta’ del individuo, aunque no sea dañosa para otros, sea compartida o facilitada por otros coasociados; se circunscribe a un ámbito personal y se ejerce a través de actos personalísimos y no delegables. Es el caso del uso de estupefacientes: drogarse hace daño, pero el consumo dentro de determinados límites está tolerado por el ordenamiento, no en cambio el tráfico de estupefacientes. Es el caso del suicidio: privarse de la propia vida no está aceptado por los coasociados, pero el intento de suicidio carece de sanción, no en cambio la asistencia al suicidio, que es un delito” (*Inmigración, ciudadanía*; p. 160). Con la misma lógica, creemos que ni el Estado ni ninguno de sus agentes o profesionales privados podría prestar asistencia ni tomar parte en una ablación genital femenina, siquiera si la hipotética requirente fuera una mujer adulta, que pretendiera reivindicar su pertenencia cultural a través del rito. Al respecto dice GAMBINO: “es posible rechazar un tratamiento, aunque esté en peligro la propia salud, pero no existe un correlativo derecho a implicar al médico para que realice un acto perjudicial para la propia salud y la propia esencia (mutilación genital). Sobre el plano jurídico significa que cuando la elección del individuo se mueve en desarmonía con el valor intrínseco de la persona, sujeto relacional que postula la plena reciprocidad para la realización de sus rasgos más íntimos y afectivos (como, de otra parte, la unión matrimonial), ésta seguirá siendo libre, pero no podrá transformarse en una pretensión jurídica, como si las normas pudieran hacer las veces de centinelas de actos autolesivos” (p. 160).

FERRAJOLI también contempla el ejemplo propuesto como posible, por muy estigmatizante moral y políticamente que resulte y por más que sea una afrenta a la dignidad personal, situación para la que propone no solo no castigar a quien decida autolesionarse –lo que es compartible–, sino desarrollar políticas que eviten transformar a la práctica en clandestina, con los riesgos que ello entraña para la vida y la salud. Como se ve, es esta una mirada que exalta en extremo los derechos individuales, llegando a una fundamentación similar a la que se de cómo uno de los justificativos para avalar el aborto. Ver FERRAJOLI; *Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo*; pp. 1141-1142.

frente a los derechos humanos, porque resulta imposible ontológicamente desarraigar del Derecho su función de marcar lo que se percibe como justo de lo que se considera injusto, no a nivel individual, sino como comunidad jurídica organizada⁵²⁴.

Menos aún podría ser invocado el derecho de los padres a educar a sus hijos y de decidir acerca de los valores a transmitirles. Son aquellos los primeros obligados por las leyes civiles del Estado a brindarles cuidado y protección física y espiritual y, por eso mismo, muchas veces el legislador penal los constituye en garantes de sus hijos, creando delitos que los tienen como autores especiales o agravantes de figuras bases, cuando aquellos cometen el injusto⁵²⁵. De ese modo, sería impensable que el Estado pudiera tolerar, bajo el ropaje de algún tipo de justificación moral o axiológica, un daño que, en todo caso, supondría unas lesiones graves⁵²⁶.

⁵²⁴ En ese sentido, GAMBINO; *Inmigración, ciudadanía*; p. 164.

⁵²⁵ RESTON; *Los delitos*; p. 112-114.

⁵²⁶ En términos de derecho criminal argentino, no constituye sino el delito de lesiones gravísimas agravada por el vínculo (art. 91 y 92 del C.P.), en tanto que en España se ha erigido en una figura de lesiones gravísimas prevista de manera específica, en el apartado 2 del art. 149, que reza: “2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz” (reforma introducida al art. 149 por LO 11/2003, de 29 de septiembre). Esta previsión del legislador español releva de mayores comentarios acerca de la imposibilidad absoluta del Estado de justificar bajo alguna clase de argumentos un hecho de la naturaleza en cuestión, máxime cuando en la exposición de motivos de la norma se expresó la voluntad de combatir esa práctica con la máxima firmeza, sin que quepan justificaciones por razones pretendidamente religiosas o culturales. Sin embargo, TAMARIT SUMALLA considera que el efecto de la incorporación de este tipo penal es relativo, pues era indudable que la ablación de clítoris resultaba abarcada por la redacción anterior, porque debía ser considerada *un supuesto de pérdida de un órgano o miembro* y, en alguna de sus modalidades más cruentas como la infibulación, era subsumible en un supuesto de *impotencia* (Art. 149; en “Comentarios a la Para Especial del Derecho Penal”; pp. 123-124).

Nos parece destacable que el precepto se ocupe de prever que el juez pueda *ponderar* la procedencia de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, la que debería quedar reservada para casos de maltrato extremo y muy excepcionales, siempre con vistas al interés superior de la víctima cuyo vínculo con sus padres deberá tratar de preservarse, máxime cuando, en la mayor parte de este tipo de casos, los padres creen estar haciendo un bien para sus niñas. Con espíritu crítico de esa inhabilitación, por cuya supresión aboga, VÁZQUEZ GONZÁLEZ se ha preguntado: “**¿Son malos padres los que mutilan genitualmente a sus hijas?**” (destacado en el original), para responder: “se estará privando de la patria potestad a unos padres que, según su forma de entender la vida y de acuerdo a los valores y tradiciones propios de su cultura, se están comportando con sus hijas de una forma correcta. O ellos, al menos, así lo creen” (*Inmigración, diversidad*; pp. 181 y 182). En sentido adverso, TAMARIT SUMALLA considera oportuna la imposición de esta pena facultativa y celebra los términos cautelosos en los que está prevista; ello así porque la mutilación normalmente es cometida por los padres, sea como autores o como inductores. Lo que le llama la atención es que la duración de la inhabilitación sea inferior a la de la pena privativa de libertad a la que se acumula, lo que invierte la lógica político-criminal de la combinación de las penas privativas de libertad y de las penas privativas de derechos (Art. 149; p. 124). En nuestra opinión, como ya hemos dicho, se debe evitar diezmar familias y enemistar a los padres con las hijas, lo cual lejos de una solución al conflicto implicaría que el Estado fermentara la creación de focos de tensión. Por eso, podría decirse que, a pesar de la bondad de tipificar la mutilación, el monto de pena previsto en abstracto resulta demasiado elevado en términos de privación de libertad y de posibles consecuencias familiares.

Para la persecución del delito previsto en el art. 149.2, rige el principio de extraterritorialidad o de justicia universal (por imperio de la ley 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/985), según el cual puede conocer la jurisdicción española en hechos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio español, en tanto los responsables se encuentren en España.

Por su parte, el art. 19 de la Convención sobre los derechos del niño con-
signa que

[]los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

A ello se agrega que el art. 24.3 establece que los Estados tendrán que adoptar todas las medidas pertinentes para abolir “las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños”. Es evidente, entonces, que dentro de este marco legal resulta absolutamente inadmisibles una práctica como la que se comenta, incluso por parte de quienes tienen el derecho y el deber de educar niñas, so pretexto de la tutela y transmisión de valores culturales o principios religiosos⁵²⁷.

Además, adecuándose a las exigencias de las directrices del Parlamento Europeo contenidas en la Resolución 2001/2035⁵²⁸, gradualmente las legislaciones

Llama la atención que la norma española haya omitido hacer referencia a que la mutilación que castiga sea *femenina*, lo que ha abierto la polémica doctrinaria en torno a si solo se protege a mujeres y niñas, en sintonía con la dinámica internacional, o si también se protege al varón de este tipo de prácticas (sobre esta discusión, VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 171-172).

También Italia, en art. 583 bis del *Codice Penale* ha tipificado, dentro del contexto de los delitos de lesiones, la mutilación genital femenina con una redacción que ha sido calificada de más exhaustiva que la española (GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN; *La mutilación*; p. 531). Diseñado en cuatro párrafos, el precepto sanciona al que, en ausencia de prescripción terapéutica, ocasione la mutilación genital femenina con la pena de reclusión de cuatro a doce años. Incluye dentro de las prácticas mutilantes a la clitoridectomía, la escisión, la infibulación y cualquier otra que ocasione efectos de igual tenor. También pena con reclusión de tres a siete años a quien, en ausencia de exigencias terapéuticas, provoque lesiones en órganos genitales femeninos distintos de los vulvares, con el fin de menoscabar las funciones sexuales, de los cuales se derive una enfermedad en el cuerpo o en la mente. La pena disminuye hasta los dos tercios si la lesión es de entidad leve. La pena será aumentada en un tercio, cuando las prácticas anteriormente mencionadas sean cometidas con daño a un menor o con fin de lucro. El precepto en comentario también establece el principio de extraterritorialidad, para los casos en los que el hecho se cometa fuera del país, pero por un ciudadano italiano o extranjero residente en Italia o cuando su resultado haya sido un daño a un ciudadano italiano o a un extranjero residente en Italia. Finalmente, se prevé la accesoria de interdicción profesional de tres a diez años cuando la pena recaiga sobre un profesional de la salud. Es interesante destacar que los trabajos preparatorios de la sanción del tipo penal italiano contemplaban el consentimiento de la mujer mutilada como una exclusión de responsabilidad penal. Sin embargo, finalmente ese elemento quedó fuera del texto sancionado por el parlamento (GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN; *La mutilación*; pp. 534-535).

⁵²⁷ A mayor abundamiento, recuerda TORRES FERNÁNDEZ que “[e]n el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento aprobó sendas resoluciones con fecha de diez de julio de 1997, la primera de ellas sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la Unión Europea (COM (96) 0650-C4-008/97) en la que se insta a trasladar las iniciativas para alcanzar la igualdad de sexos a todas las políticas y programas europeos que se desarrollen, y la segunda, sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres (A4-0250/97) en la que se insta al Consejo de Justicia y de Asuntos de Interior a que apruebe disposiciones reglamentarias en materia de inmigración y solicitud de asilo con el fin de garantizar que las mujeres, que se vean perseguidas por razón de sexo, sean acogidas en la Unión Europea, siguiendo las recomendaciones del ACNUR” (*La mutilación*; nota 12; p. 5).

⁵²⁸ Parlamento Europeo; Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades; “Proyecto de informe sobre las mutilaciones genitales femeninas” (2001/2035 (INI)); de 31 de mayo de 2001.

penal del Viejo Continente van incorporando tipos penales específicos que sancionan y persiguen la mutilación genital femenina⁵²⁹. Sin embargo, todavía la mayoría de los Estados de la Unión ha preferido no tipificar expresamente la mutilación genital, en la convicción de que tales sucesos encuadran normalmente en algunos de los tipos que tutelan la integridad física, criterio del que se ha observado que tiene el inconveniente de dejar en manos de los jueces la interpretación de si un caso determinado es o no mutilación genital, además de que la práctica no siempre tiene como resultado la pérdida definitiva de un órgano ni de sus funciones. A ello se agrega que, al calificarse el supuesto de hecho como una lesión de las más graves que prevén ciertos ordenamientos, los padres de niñas mutiladas pueden llegar hasta recibir la pena de prisión perpetua –como ocurriría en Francia– lo cual también resulta una respuesta penal desproporcionada y poco aconsejable en términos de solución de un conflicto cultural que, además, es familiar⁵³⁰.

Por eso se ha dicho que la mejor solución es la creación de un dispositivo legal que incrimine la mutilación como medida disuasoria y prevea una sanción proporcional en la que se tenga en cuenta el condicionamiento cultural⁵³¹. Esta propuesta puede resultar plausible y en sintonía con la posición que aquí se ha mantenido, pero en tanto el tipo penal que se cree tenga ambos propósitos y no uno meramente simbólico que, por un lado desnaturalizaría los fines del derecho penal, y por otro puede acabar no aplicándose. El Estado tiene que ser contundente en mostrar su interés y convicción en orden a que hay límites cuyo traspaso es intolerable, en razón de los derechos fundamentales comprometidos. Solo con ese norte en claro será razonable buscar una pena o una consecuencia al delito efectivamente cometido, que admita solventar el conflicto humano y social que hay detrás⁵³².

En resumidas cuentas, al igual que ocurre respecto del matrimonio infantil, es en definitiva el principio supremo de libertad el que está en juego ante esta problemática, cuando se pretende decidir acerca de una menor o de una mujer en situación

⁵²⁹ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN; *La mutilación genital*; p. 531.

⁵³⁰ Sobre las distintas formas de tipificar la mutilación genital en Europa, VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 166 y ss.

⁵³¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 168. El autor también recoge las críticas de buena parte de la doctrina especializada en orden a que incriminar conductas culturales de ciertos grupos es una forma de aculturación y de política de control social (p. 177 y ss).

⁵³² En ese sentido, las elevadas penas previstas no solo en el comentado art. 149 del C.P. español, sino también en el art. 409 del Código Penal belga para la mutilación genital femenina, que pueden superar los quince años de reclusión; en *The Female Genital Mutilation Act 2003*, del Reino Unido, que pueden alcanzar los catorce años de prisión; en la *Swedish Act Prohibiting Female Genital Mutilation*, que pueden ascender a diez años de prisión y en del Código Penal italiano, que pueden llegar hasta los dieciséis años de prisión, no parecen soluciones plausibles de cara a la atención del conflicto social y familiar que subyace a este tipo de delitos. Incluso, por su falta de atención a ese respecto, pueden llegar a ser violatorias de los principios de culpabilidad, proporcionalidad de las penas y de mínima intervención, en atención a que no han previsto ningún tipo de *cultural defense*, por lo que podrían agravar el conflicto que deberían tratar de solventar.

de vulnerabilidad en el seno del grupo minoritario. Sin lugar a dudas, el Estado debe ser todo lo contundente que haga falta en rechazar aquellas pretensiones que aspiren a anular, por la razón que fuera, el ejercicio de la libertad. De haber una colisión de valores en el ámbito de coincidencia territorial entre culturas múltiples, entra en juego la vigencia territorial de las normas, que va mucho más allá de la ley penal. Retomando el criterio de PÉREZ DEL VALLE⁵³³ a propósito de la cuestión de la mutilación genital, consideramos que la organización territorial del Estado legitima su preferencia respecto de las minorías culturales, lo que significa que el orden jurídico ha de ser contundente y estrictamente intolerante cuando lo que esté en juego sea el mismo principio fundamental de libertad.

Volvemos en todo caso a una hipótesis de conflicto: la solicitud de una mujer mayor de edad para que se le permitiera ser mutilada; ello obligaría a la reflexión acerca de si existen bienes jurídicos indisponibles⁵³⁴. Incluso la decisión de los padres – que previamente ha sido enmarcada en el derecho a educar a los hijos según sus creencias– podría suponer que también estuviera en juego la cuestión de la autodeterminación, puesto que en la cultura de procedencia normalmente el asunto importa una decisión propia de la esfera de incumbencia de los progenitores.

Pues bien, en materia de mutilación, ni los padres ni la mujer adulta podrían reclamar al Estado su derecho a disponer del cuerpo, puesto que la integridad de este constituye una determinación esencial de la personalidad⁵³⁵, como tal indisponible. Dañar al cuerpo con un alcance que pusiera en peligro el derecho a la vida, por sí mismo o por terceros, importaría un acto inmoral de disposición, que supondría una claudicación del propio ser⁵³⁶. PÉREZ DEL VALLE, a propósito de aquello cuya disposición no puede tolerarse, recuerda el debate en torno a la sumisión voluntaria a la esclavitud, de por sí indisponible, puesto que la libertad pertenece de forma esencial a la naturaleza moral y, recordando a BERNER, destaca que solo los derechos privados no esenciales para la naturaleza moral, como son los patrimoniales, entran en la esfera de lo disponible y renunciable jurídicamente⁵³⁷. En su opinión, el mismo lugar que la esclavitud ocupaba para los pensadores del siglo XIX podría atribuirse hoy al núcleo de derechos humanos que las constituciones protegen como derechos fundamentales⁵³⁸; entre ellos – agregamos– los que se ven comprometidos en la ablación.

⁵³³ PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la autonomía personal*; p. 96.

⁵³⁴ La cuestión no es fruto del multiculturalismo, sino que pertenece al ámbito jurídico intracultural (PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la autonomía personal*; pp. 97-99).

⁵³⁵ En términos de los penalistas hegelianos.

⁵³⁶ Sobre la noción de “determinaciones esenciales de la personalidad” y de todo el debate doctrinario histórico en materia de disponibilidad de bienes jurídicos, ver PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la autonomía*.

⁵³⁷ PÉREZ DEL VALLE; *Los límites a la autonomía personal*; p. 103.

⁵³⁸ PÉREZ DEL VALLE; *Los límites a la autonomía personal*; p. 108.

Lo anterior es directamente trasladable al eventual reclamo de reconocimiento y práctica de la mutilación. El Estado no puede consentir ni tolerar la ablación total o parcial de un órgano que interesa a la determinación de la identidad y de la libertad sexuales, y que por tanto resulta a todas luces indisponible⁵³⁹. Amén de los demás derechos en juego, comenzando por la misma libertad, cuando los que deciden son los padres de una menor, carente de capacidad jurídica de prestar consentimiento válido.

Siguiendo a PÉREZ DEL VALLE⁵⁴⁰, existen esferas propias de la persona cuya renunciabilidad implicaría la propia cesión de la personalidad como tal; esta cesión resultaría inadmisibles, aunque ciertos comportamientos de riesgo puedan ser aceptados, siempre que no importen una renuncia a la protección del derecho, como sucede respecto de los riesgos propios de los tratamientos médicos⁵⁴¹. En consecuencia, se está en el plano de lo indisponible jurídicamente, puesto que lo contrario importaría admitir una cesión de la personalidad. Quizás, como insinúa el propio PÉREZ DEL VALLE, la clave pase por que no es el sujeto quien renuncia al derecho en ciertos casos, sino el derecho el que renuncia a responder, sea en el plano civil o en el penal, ante cierto tipo de comportamiento, en función de su relevancia para el individuo⁵⁴².

⁵³⁹ Sobre la interesantísima diferencia entre acciones inmorales de autolesión, ajenas al orden de lo jurídico (es decir, no autorizadas, pero tampoco prohibidas), y las manifestaciones de disponibilidad contrarias a derecho, que es una de las expresiones de la diferenciación entre moral y derecho, ver PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la autonomía personal*; pp. 103 y ss.

⁵⁴⁰ PÉREZ DEL VALLE; *Los límites a la autonomía personal*; p. 113.

⁵⁴¹ Sin embargo, no es el caso de la mutilación femenina, que produce una lesión irreparable en la salud y compromete la vida misma, llevando en muchos casos a un sufrimiento extremo y hasta a la muerte a quien la padece (LUCAS; *Aproximación antropológica*; pp. 10-11).

⁵⁴² Ciertamente es que, como contrapunto de esta posición, se podría argüir que el Estado no solo tolera, sino que autoriza –e incluso regula consecuencias jurídicas y condiciones de práctica– las intervenciones quirúrgicas con fines estéticos que, en rigor, no son médicamente necesarias. Sin embargo, a nuestro juicio, la clave de esta permisión debe buscarse en que, más allá de los riesgos propios de toda cirugía (hoy minimizados al extremo por los avances científicos), las prácticas de carácter plástico no causan perjuicio a la salud. Incluso, bien entendidas, pueden hasta beneficiarla desde el punto de vista psicológico y aún físico, si son de tipo reparador. Es decir, no se trata de mutilaciones en el sentido de corte o cercenamiento de una parte del cuerpo (según la 22ª edición del Diccionario de la RAE) –que, para más señas, es una parte definitoria de la identidad sexual–, llevadas a cabo sin que medie una necesidad de preservación o tratamiento de la salud. Hoy en día, por lo demás, las cirugías plásticas se hacen en condiciones de máxima seguridad y los escasos peligros remanentes han pasado a formar parte de los riesgos jurídicamente permitidos en nuestras sociedades.

Por reducción al absurdo, a todos resultaría descabellado que una mujer occidental católica se presentara ante un cirujano mastólogo para solicitarle la ablación de ambas mamas, con el fundamento de haber hecho una promesa a la Virgen de Montserrat. Del mismo modo, tampoco podría un hombre solicitar la amputación de una pierna, por haber hecho una promesa a San Cayetano. Sin lugar a dudas, un médico escrupuloso se negaría rotundamente a practicar semejantes cirugías y ni la mujer ni el hombre en cuestión tendrían derecho a solicitar al Estado, a través de resortes procesales, que las intervenciones se llevaran a cabo en contra de la opinión médica. Es decir, no se podría obligar a ningún profesional a efectuar una mutilación sobre órganos tan significativos, de no mediar una razón terapéutica. Es que las partes del cuerpo están fuera del comercio y de la disponibilidad de su titular. ¿Por qué, entonces, debería garantizarse o haber derecho a pedir la mutilación genital, con fundamento en las tradiciones de una minoría cultural?

Distinto es el caso de los ordenamientos jurídicos que receptan las operaciones de cambio de sexo, en sí mismas tampoco necesarias desde el punto de vista de la salud física. En estos casos, se cuenta con una cláusula o dispositivo legal que autoriza prácticas que, de no ser por ese resorte legal, estarían reprobadas por el derecho, en general, y sancionadas por el derecho penal, en particular. Al

No obstante, debemos señalar también que se oyen algunas voces que parecen concebir como posible que la mujer solicitara la escisión de clítoris, por respeto a sus tradiciones culturales, en cuyo caso el Estado, a través de profesionales habilitados, debería hacer lugar a la práctica. Esa posición parece desprenderse, por ejemplo, de las siguientes palabras de COMANDUCCI que privilegian la autonomía del individuo frente al grupo:

Debiendo escoger entre el interés de la niña africana a no sufrir una operación mutilante como la escisión del clítoris, y tener así la opción de vivir una vida de mujer “occidental emancipada”, o sí sufrir voluntariamente esa operación para vivir así como una mujer perteneciente a la propia tradición cultural; y el interés del grupo a mantener la propia identidad cultural mediante la preservación de sus costumbres ancestrales; entre estos dos intereses, entre estos dos valores, yo no tengo dudas: debe prevalecer el primero⁵⁴³.

A pesar de mis coincidencias de fondo con el autor sobre la jerarquía de las distintas categorías de derechos humanos –a lo que me referiré más adelante–, como ya hemos dicho, discrepo en punto a la posibilidad de que la mujer tenga derecho a reclamar del Estado una práctica atentatoria de su integridad física y de su dignidad.

a) ð. Toma de posición respecto de la respuesta penal a la mutilación genital femenina.

En nuestra opinión, la voz de la mujer no occidental, que libremente decide pertenecer a su comunidad preservando el respeto a sus tradiciones, también es expresión del ejercicio de derechos fundamentales que exige respeto y reconocimiento. La imposición de otra forma de ver el mundo por considerarla universalmente válida, dando carta blanca para menospreciar lo ajeno, no puede ser admitida. La mujer islámica tiene

margen de las distintas concepciones éticas, filosóficas y jurídicas sobre esta polémica cuestión, lo cierto es que, mediando una habilitación legal al efecto, tales cirugías resultan lícitas en aquellos países que así lo han dispuesto por vía legal y, en consecuencia, muy diferentes de las mutilaciones sexuales, rechazadas por el ordenamiento jurídico internacional y por casi todos los nacionales de Occidente, bien sea específicamente o a través de la sanción general de las lesiones gravísimas.

En resumidas cuentas, toda eventual petición para que se lleve a cabo una ablación genital o para que no se responda –al nivel jurídico que sea: reparación civil y/o castigo penal– ante una mutilación ya perpetrada, entrañará un conflicto real ante el cual el derecho deberá reaccionar en pos de salvaguardar o reparar los derechos de máxima jerarquía que estarán comprometidos. La inacción estatal sería impensable e intolerable.

⁵⁴³ COMANDUCCI; *Derechos humanos y minorías*; p. 41. En efecto, el autor se enrola en la que denomina solución neo-liberal o de supremacía de los derechos humanos. Según esa posición, cuando haya un conflicto entre garantía de los derechos humanos y tutela de las minorías culturales: habrá una incompatibilidad relativa, con supremacía de los derechos liberales, en tanto la tensión verse sobre derechos culturales negativos o sobre derechos sociales; en cambio la incompatibilidad será absoluta, con relación a los derechos culturales positivos, que deberán ser rechazados (p. 34). Esa lógica está engarzada en su posición acerca de que los individuos valen más que los grupos a los que pertenecen; los grupos valen por los individuos que los componen y sin estos las culturas no tienen ningún valor intrínseco, de modo que pueden y deben ser modificadas o abandonadas si dejan de valer para los individuos (p. 41). Así, los derechos culturales positivos deben ceder “si entran en contradicción con los derechos liberales, que son una expresión pragmática de la autonomía de los individuos y del valor que hay que atribuir a cada uno de ellos en cuanto ser único e irrepetible”. De ahí que, respecto de la mutilación, privilegie la elección de la mujer.

derecho a ejercer su identidad y sus tradiciones culturales y religiosas, en el marco del respeto a sus ancestros y a su grupo, incluso si decide aceptar vivir en el seno de una familia patriarcal.

Ahora bien, ¿este punto de vista justificaría la admisión de la mutilación genital femenina en nuestras latitudes, por ejemplo? Ya hemos dicho que no. Conviene no olvidar que en este trabajo se está en búsqueda de respuesta a conflictos que merecen reproche penal, ante tensiones normativo-culturales que resulten absolutamente reñidas con los principios básicos del Estado y de los valores sociales que este encarna a través de sus instituciones, lo que no significa que en otras esferas jurídicas como así también políticas, sociológicas y antropológicas el debate no tenga otro eje de discusión en el que la voz de la mujer musulmana pueda ser acogida en los términos antes señalados. En efecto, es deseable que se dé ese debate, como estrategia dialogal con el objetivo de tratar de modificar conductas, no por la sola fuerza represiva del *ius puniendi*, que si no va acompañado de otras políticas, solo contribuirá a separar más las aguas que dividen las destinas culturas y a generar enemistades, con el contraproducente efecto de fomentar aquello que se pretende disuadir⁵⁴⁴. En efecto, si no se produce un cambio cultural en el propio

sector inmigrante que realiza estas prácticas difícilmente podrá tener un carácter intimidatorio la pena establecida para estas tipologías y difícilmente podrán erradicarse estas prácticas. De ahí que también adquiera gran importancia la política criminal y más concretamente las políticas de prevención⁵⁴⁵.

Pero, de todas maneras, el Estado se reserva el derecho a marcar el límite de lo intolerable en sus confines y, en casos tan extremos para los valores constitucionales como la mutilación, el *ius puniendi* debe entrar en escena, en su condición de *ultima ratio*, para resolver lo que no pueda ser zanjado de otro modo menos invasivo. Por otra parte, el derecho penal es dinámico, como lo es la sociedad que regula. Que algo sea hoy delito no quiere decir que siempre vaya serlo o que haya necesitado serlo antes; si cambian las soluciones y la situación social a través de las ya referidas estrategias políticas y sociológicas de cara a ciertas prácticas, también podrán modificarse las respuestas punitivas conforme los reclamos del los tiempos.

Por lo demás, que la mutilación genital sea delito no significa que la solución penal que se busque para cada caso concreto no deba atender al factor cultural. La valoración del contexto, podrá traducirse en: la imposición de una pena proporcional o ajustada a la realidad cultural e, incluso –si eso fuera lo mejor para zanjar el conflicto humano y familiar– en no la no imposición de pena alguna, de acuerdo a lo que exija el principio de culpabilidad; la búsqueda de una salida alternativa al proceso de tinte edu-

⁵⁴⁴ En igual sentido, FOLETS; *Los Delitos culturales*; p. 195 y ss.

⁵⁴⁵ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN; *La mutilación genital*; p. 536.

cativo en los valores de la sociedad y el Estado de acogida; en la implementación al infractor de alguna de las políticas públicas de formación y educación sobre los valores que imperan en el país sobre ciertos derechos y libertades, que previamente deberían diseñarse; en que se propenda a salvaguardar el respeto y la unidad de la familia y del grupo de origen, mediante la selección de respuestas penales que eviten incrementar la tensión entre las partes en conflicto; y, en todo caso, en que se trate de proponer un modelo de vida que se pueda considerar adecuado a los valores de la sociedad de acogida, sin imponer abandonar la cultura de origen ni menospreciándola, sino conciliando culturas a partir de los elementos sobre los que haya consenso en ambas cosmovisiones. Creemos que esta es la forma de encarnar el ejercicio dialogal entre culturas, que permita el mutuo enriquecimiento, médula vertebral del auténtico multiculturalismo, sin dejar de marcar los límites a través de una “tolerancia demarcada”: si usted vive en los confines de este Estado, debe saber que aquí no todo es posible. El multiculturalismo entendido desde una perspectiva liberal, pero receptiva de los valores de la comunidad particular de pertenencia –como la que aquí se sostiene–, no acepta todo, pero procura la transformación cultural desde un espacio de intercambio mutuo, en el que la tolerancia asume un rol protagónico como vehículo a las posibilidades reales, no ilusorias ni infantiles. La comunión intercultural es una faena difícil, muy alejada del bonito eco de palabras tales como paz, armonía, intercambio, enriquecimiento y un largo etcétera. Todo eso se anhela y es muy necesario, pero hay que prestar atención a no caer en el vacío total de las palabras huecas.

b) De la circuncisión masculina.

Como se acaba de ver, en las últimas décadas, Occidente ha incrementado sus reclamos en contra de la práctica de la mutilación genital femenina, no solo en los territorios de sus Estados, sino bregando por su erradicación a nivel global –al menos en el discurso de las instituciones supranacionales y de la puesta en marcha de programas de concientización–. Tan intenso es el rechazo a esa costumbre, respecto de la cual no se admite ningún argumento cultural de justificación, que la problemática ha pasado a ser una cuestión integrante del catálogo de derechos humanos.

Ahora bien, es posible que mientras los reclamos occidentales en contra de la ablación de clítoris iban *in crescendo*, no todos hayan advertido que esa posición pudiera volverse en contra, a modo de *boomerang*, de otra práctica tradicionalmente llevada a cabo en el corazón de nuestra cultura, sin que a nadie pareciera inquietarle su conservación y réplica de generación en generación. Me refiero a que es posible que los relativamente recientes cuestionamientos a la circuncisión masculina, hoy puesta

contra las cuerdas por algunos sectores que blanden en su desmedro los mismos argumentos empleados contra la mutilación femenina, de origen culturalmente extraño, haya tomado por sorpresa incluso a muchos de quienes se alarmaban por la mutilación femenina.

Quienes también cuestionan la circuncisión, pretenden interpelar respecto de una institución que hace al acervo de la tradición de ciertas culturas no solo presentes, sino arraigadas y algunas de cuyas ramas integran la columna vertebral de Occidente, por más que sus raíces provengan de Oriente⁵⁴⁶. En efecto, en el marco de la tradición de la religión judía la circuncisión de los varones recién nacidos es vista por la sociedad toda, a nivel laico o civil y entre judíos y no judíos, con la misma naturalidad con que se puede apreciar el bautismo de un niño cristiano que, en términos materiales, es decir dejando de lado su sentido sobrenatural, es un gesto absolutamente inocuo para la salud. A decir de RABINOVICH-BERMAN, la circuncisión ritual pone en evidencia la subjetividad con que nuestra cultura aborda las prácticas que implican agresiones físicas sobre niños: mientras cuestiona las mutilaciones de niñas, es “miope, cuando no ciega, a las violaciones a los principios que aduce defender, si esos ataques se verifican dentro de su propio ámbito tradicional”⁵⁴⁷.

Fue recién hace pocos años que se comenzó a poner el ojo con una mirada objetora sobre el *brit milah*⁵⁴⁸, rito que debe practicarse al varón judío a los ocho días de nacido, como señal del pacto entre Dios y Abraham⁵⁴⁹. Consiste, como es sabido, en la escisión de la piel del prepucio del pene, llevada a cabo por un *mohel* o circuncidador, quien –esto que parece menor y que históricamente no mereció reparo alguno hoy es visto con recelo– no necesita ser médico; siquiera rabino.

La fuerza de la circuncisión como señal de pertenencia al pueblo judío es tan intensa, que ha llegado a nuestros días no solo como signo de profesión de un credo religioso, sino como expresión de que se forma parte de un pueblo, de su cultura y de su tradición. Eso explica que actualmente la circuncisión sea ampliamente practicada no solamente en el seno de las familias judías religiosas, sino también de las seculares, agnósticas o no practicantes.

⁵⁴⁶ La circuncisión tiene más de quince mil años de existencia. Son múltiples los reportes que dan cuenta de ella en los pueblos y culturas más disímiles, al extremo de que se desconoce si fue una práctica que se transmitió entre culturas o si surgió espontáneamente en diversos grupos, en distintas regiones del planeta. Por citar solo algunos ejemplos, se tiene noticia de ella en el antiguo Egipto, como así también en pueblos indígenas de Australia y de América. Al margen de los motivos religiosos o terapéuticos, en sus orígenes se cree que sirvió para dejar una marca indeleble en los enemigos derrotados.

⁵⁴⁷ RABINOVICH-BERKMAN; *¿Cómo se hicieron*; p. 140.

⁵⁴⁸ La expresión significa “pacto de la palabra”.

⁵⁴⁹ Gn 17, 1-27.

Por otra parte, a pesar de que ello es menos conocido para la opinión pública, la circuncisión también es practicada entre los musulmanes –en efecto, son la colectividad numéricamente más significativa que la lleva a cabo– y, como se verá seguidamente, fue ante una complicación en un niño circunciso de este credo que el debate estalló en la sociedad europea, en las instituciones de la Unión y en la prensa internacional. En el caso de la religión islámica, el Corán no la menciona, por la que es un rito que ha sido transmitido por la tradición, sin que haya consenso en cuanto a su obligatoriedad. Por eso mismo, tampoco está clara cuándo debe practicarse, pero en general se lo hace entre el nacimiento y la pubertad⁵⁵⁰.

Lo cierto es que esta práctica tan usual en nuestro entorno cultural ampliamente entendido y cuya vigencia está tan viva hoy como en tiempos de Abraham, para asombro de muchos, ha llegado a los tribunales de justicia de Occidente para ser sentada en el banquillo de los acusados.

Los sectores que han levantado la voz en contra de la circuncisión, han pretendido llamar la atención sobre el hecho de que, desde su punto de vista, ese rito también afectaría la integridad física de un menor de edad, comprometiendo una serie de derechos personalísimos. El primero y más obvio, por menor que la intervención sea, es el derecho a la integridad física, al que se suma la preocupación por varios casos, si bien muy pocos, de niños que han sufrido hemorragias severas y hasta perdido la vida por las precarias condiciones de higiene en que se llevó a cabo la intervención. También entienden en juego el derecho a la libertad religiosa, derivado del principio de dignidad humana, en tanto la circuncisión produce un signo material, físico, de pertenencia a un credo que, por más que los padres tengan el derecho de criar a sus hijos en su fe, resulta irreversible para el caso de que ese niño llegado a adulto no quiera profesar la religión de la familia. En definitiva, si bien los padres gozan del derecho a educar a sus hijos en su fe, el titular del derecho a la libertad religiosa es el niño, solo que el adulto puede guiarlo mientras sus capacidades físicas e intelectuales se van desarrollando, tal como lo reconoce la Convención de los Derechos del Niño⁵⁵¹. También se ve comprometido –dicen– el derecho a la imagen personal y a la libertad y a la

⁵⁵⁰ RABINOVICH-BERKMAN señala que, si bien no es mencionada en el Corán, la circuncisión sí aparece recomendada en numerosas tradiciones acerca de conductas y dichos del profeta Mahoma, de quien se dice que nació sin prepucio. Agrega el autor que, si bien está muy difundida en el mundo islámico, solo es obligatoria –y no sin disensos– entre los shiítas.

⁵⁵¹ Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

plenitud de la vida sexual, desde el momento que el pene cumple una función decisiva en ese plano.

En definitiva, nuevamente ha sido –al igual que con relación a la problemática de la mutilación genital– el vigor de la defensa de los derechos humanos, que breva en el ideario liberal en el que la autonomía de la voluntad se encuentra en el zenit del resguardo de la dignidad personal, el que ha llevado a cuestionar una tradición que, hasta no hace mucho, no era puesta en absoluto en tela de juicio. En ese marco contextual es que también se va cuestionando cada vez con mayor intensidad el alcance del ejercicio de la patria potestad, ya que está cobrando fuerza una interpretación cada vez más restrictiva de las facultades de los padres en el ejercicio de sus derechos con relación a sus hijos menores de edad. En efecto, se tiende a procurar un supuesto equilibrio entre la patria potestad y la autonomía de la voluntad de los menores de edad, para lo que se efectúa una lectura en clave de condicionar lo menos posible el camino para forjar la propia identidad y el libre desarrollo de la personalidad. En el afán de situar de manera contundente este rito en el elenco de problemas de derechos humanos a resolver se procura establecer un parangón terminológico con la mutilación femenina, llamando a ambos *circuncisión*.

Como hace notar TORRES FERNÁNDEZ⁵⁵², los primeros cuestionamientos provinieron del ámbito médico, para luego trasladarse a la sociedad civil y al ámbito jurídico, debate que llegó a su punto más álgido a partir de la famosa sentencia dictada por el Tribunal de Colonia, Alemania, el 7 de mayo de 2012, en el que se consideró que la circuncisión encuadraba en el tipo penal de lesiones, salvo que estuviera indicada por razones terapéuticas.

Lo decidido impactó directo en un aspecto sumamente sensible, tanto de musulmanes como de judíos, quienes se sintieron agraviados por igual en su derecho a la libertad religiosa⁵⁵³. En efecto, tal como da cuenta la prensa de los días posteriores al fallo, los representantes de ambos credos no tardaron en reunirse para trabajar de manera conjunta para evitar que un rito sagrado esencial de esos cultos pudiera ser criminalizado⁵⁵⁴. Es más, la notas periodísticas enfatizan que, a pesar de que el fallo no ha-

⁵⁵² TORRES FERNÁNDEZ; *Viejos ritos, nuevos conflictos*; pp. 154 y ss.

⁵⁵³ La sentencia dio lugar a una reunión de la Conferencia de Rabinos Europeos, cuyo presidente Pinchas GOLDSCHMIDT expresó: “La decisión del tribunal de Colonia es, tal vez, uno de los ataques más duros contra los judíos después del Holocausto... No veo ningún futuro para los judíos en Alemania”. Fuente FRAU, J.M.; *Un veto judicial a la circuncisión indigna a los judíos en Alemania*. Por su parte, el Consejo Central de Musulmanes de Alemania calificó a la sentencia de “descarada e inadmisibles interferencias” en los derechos de los padres y expresó que “la libertad de religión está altamente valorada en nuestra constitución, y no puede ser el juguete de una visión jurídica unidimensional que, además, consolida prejuicios y estereotipos existentes” (RABINOVICH-BERKMAN; *¿Cómo se hicieron*; p. 144).

⁵⁵⁴ Ver solo a título de ejemplo, entre una copiosísima cantidad de material de prensa POCH, Rafael; *Movilización judía por una sentencia contra la circuncisión en Alemania*; en *La Vanguardia*;

bía tenido que ver con un creyente judío, fue este grupo el que pareció sentirse más ofendido en tanto impulsó de inmediato fuertes medidas y negociaciones para evitar que la del fallo llegara a ser la posición oficial de Alemania y de Europa. El parlamento germano no tardó en manifestar que la circuncisión religiosa estaba permitida en el país.

Los hechos llevados a conocimiento del tribunal de Colonia versaban sobre la circuncisión por motivos religiosos de un niño musulmán de cuatro años de edad, que había sido practicada, a pedido de sus padres, por un médico también musulmán⁵⁵⁵. Es importante destacar que el propio fallo reconoce que la intervención había sido realizada conforme la *lex artis*, lo que no logró evitar que unos pocos días después el pequeño sufriera una hemorragia, por la que debió ser trasladado de urgencia a un hospital. Fue en ese contexto que se cursó la denuncia que dio inicio a las actuaciones judiciales que terminaron con el polémico fallo.

El tribunal estimó que el hecho encuadraba en el tipo penal de lesiones previsto en el § 223, apartado primero⁵⁵⁶, del StGB. Para arribar a tal conclusión descartó la posibilidad de decidir la irresponsabilidad penal con base al criterio de la adecuación social, que no puede excluir la relevancia penal de un hecho típico. También quita toda relevancia al consentimiento brindado por los padres de la criatura como justificación, en la inteligencia de que se no había tratado de una medida educativa orientada al interés superior del niño.

En definitiva, la sentencia planteó el caso como un supuesto de conflicto de derechos, entre la libertad religiosa y de educar a los hijos según las propias creencias y la integridad corporal del menor, a la que dio primacía. Desde ese prisma, consideró que la circuncisión resultaba una práctica desmedida si se la sopesaba con el fin educativo procurado por los padres. Para apreciar las cosas de ese modo, el tribunal tuvo en cuenta que los efectos del rito dejaba en el cuerpo eran permanentes e irreversibles, modificando de manera definitiva la anatomía del niño. Además, interpretó que el derecho de los padres a educar a sus hijos según su fe no se veía limitado excesivamente si se posponía la intervención para un momento en que el niño hubiera alcanzado la mayoría de edad y pudiera decidir por sí mismo si tenía intención de que se le practicara el rito como signo de pertenencia al islam.

14/07/2012; *Un tribunal Alemán condena la circuncisión si se efectúa por motivos religiosos y no médicos*; en ABC.es; 27 de junio de 2012.

⁵⁵⁵ Los datos relativos al contenido de la sentencia son tomados de TORRES FERNÁNDEZ; *Viejos ritos*; pp. 154 y ss.

⁵⁵⁶ § 223. Lesión corporal

(1) Quien inflija a otro malos tratos corporales o dañe su salud, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa.

Nos interesa hacer un alto aquí para resaltar cómo la sentencia, si bien de resorte penal, resuelve el caso como si se hubiese tratado de un conflicto de derechos humanos. Desde luego que es de lo más frecuente que los derechos humanos y los criterios hermenéuticos derivados de ellos se presenten como baremos interpretativos a la hora de resolver conflictos penales en concreto. Sin embargo, lo que nos llama la atención de este caso es que toda la cuestión fue reconducida directamente a un supuesto de conflicto de derechos fundamentales entre dos partes en contienda –los padres y el niño–, al punto de que la argumentación guarda similitudes con las que desarrollan los tribunales internacionales de derechos humanos, cuando efectúan el llamado control de convencionalidad. Esto que señalamos evidencia que las sociedades multiculturales imponen el desafío de abordar los casos penales también desde una perspectiva renovada, en términos de los argumentos que deberán sustentar las soluciones dogmáticas, obligando a tener en cuenta elementos de otras ramas del derecho y también el enfoque interdisciplinario, a través del recurso a la antropología, la sociología, la religión y toda otra ciencia o ámbito del saber que pueda coadyuvar a interpretar la complejidad de los fenómenos que se presentan.

Una vez que tomó posición sobre la tipicidad de la conducta desplegada por el médico, el tribunal acabó por resolver la eximición de responsabilidad por estimar que había concurrido en un *error de prohibición invencible*, al que basó en la buena fe con la que había procedido el médico, de quien también valoró su propia condición de musulmán devoto, que lo llevó a suponer la licitud de su actuación. En aval de la invencibilidad, toman en especial consideración la circunstancia de que la circuncisión masculina fuera un tema sobre el que reinaba una diversidad de pareceres tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de suerte tal que no habría sido posible superar el yerro mediante asesoramiento jurídico, ya que no se habría podido arribar a una solución inequívoca.

Como se verá en la sección dogmático-penal de este trabajo, la solución que se propiciará para la solución de los delitos culturalmente motivados será precisamente la del error de prohibición invencible. Así y todo, lo decidido en la sentencia de Colonia no nos parece una solución plausible. Decimos esto porque, por definición, el error debe ser un situación de excepción, generalmente invocada por quien la ha padecido. En cambio, lo resuelto por el tribunal podría conducir al absurdo de que lo excepcional fuera el conocimiento ajustado a derecho –conforme lo que por tal se entiende en la sentencia– y que, a la inversa de la lógica, la regla fuera el estado de error casi general reinante, no solo en los ambientes judío y musulmán, sino en la sociedad en su conjunto.

En efecto, si bien como se ha dicho hacía un tiempo que algunas voces efectuaban reclamos o llamados de atención acerca de si la circuncisión era aceptable en términos de derechos humanos, lo cierto es que de esos debates participaban ciertos sectores de la doctrina, sin que fuera algo completamente instalado. Siquiera en el ambiente médico puede decirse que todo el mundo haya estado al corriente de esos cuestionamientos ni de que –que hubiera sido en verdad lo relevante– que los mismos pudieran derivar en criminalizar un ritual religiosa ampliamente instalado. Decimos esto porque, incluso de haberse sabido los cuestionamientos médicos de los que la circuncisión no terapéutica pudiera ser objeto, ello no necesariamente debía traducirse en la comisión de un delito. Como en toda disciplina, en la medicina, entre sus profesionales, se discute la preferencia, conveniencia o pertinencia de unos procedimientos respecto de otros, sea respecto de cuestiones terapéuticas como estéticas, sin que la adopción de unos o de otros deba traducirse en comisión de un delito. Siendo así, aún de haber sabido que la circuncisión hubiera sido una intervención cuestionada o no recomendada por algunos sectores, su práctica no tenía por qué haberse traducido en la comisión de un delito.

Dicho en pocas palabras, gozando de la difusión, instalación y no cuestionamiento general de un rito milenario, radicado en el seno del territorio del propio Estado donde se dictó la sentencia, esta significó tanto como afirmar que la mayoría de la población, religiosos y no religiosos de cualquier credo, profesionales de la salud y legos, estaban en error invencible de prohibición. Evidentemente, ese no es el espíritu del instituto del error e interpretarlo de ese modo constituyó un total desatino. Lisa y llanamente porque creemos que nadie podía afirmar sensatamente que una práctica de la difusión y aceptación de la circuncisión, practicada a ojos vista de toda la sociedad y de las instituciones del Estado, hubiera estado prohibida o no permitida. Y aquel tipo de error no es sino el desconocimiento inevitable de que una determinada conducta es contraria a derecho.

En nuestra opinión, en un supuesto de una práctica tan extendida y considerada buena por la mayoría de la sociedad occidental, incluso por quienes no son ni judíos ni musulmanes, la conducta del médico no podía más que ser reputada atípica. Mucho más cuando fue llevada a cabo conforme la *lex artis* y se trataba de una intervención con una bajísima incidencia de complicaciones para los pacientes. La actuación del profesional no superó el umbral del riesgo permitido por el derecho, puesto que no puede entenderse más que la circuncisión siempre fue algo permitido por el ordenamiento jurídico alemán. En caso contrario, debería haberse considerado que habitaba el país una legión de individuos que habían cometido el delito de lesiones –médicos, rabinos, padres, madres, etc.– que habían quedado impunes por un defecto del sistema

penal que habría obviado su pertinente criminalización. Dado entonces que no se superó el riesgo permitido, mal podía imputarse el resultado a un riesgo que no había ocurrido.

Pero aun de haberse dado por verificado el tipo objetivo de lesiones, el caso también debería haber resultado atípico desde la faz subjetiva. En efecto, las lesiones del § 223, apartado primero, del StGB en las que se encuadró el caso son *dolosas* y el dolo debe abarcar la intencionalidad de provocar *malos tratos corporales* o *daño en la salud*, conforme los términos del dispositivo legal. Claramente, ninguno de esos propósitos habían sido perseguidos por el médico enjuiciado, quien no había hecho más que, en su doble condición de profesional de la salud y musulmán practicante, procurar lo que consideraba un bien absolutamente ordinario –por lo difundido y aceptado– de un niño perteneciente a su comunidad religiosa. En ese sentido, la referencia a la buena fe que efectúa la sentencia no es indicador necesario de que el asunto deba ser tratado en el plano del error de prohibición, puesto que también puede obrar *in bona fidei* quien lo hace sin dolo.

Tampoco hubiera sido viable encuadra el caso en la lesión culposa del § 229 del StGB, ya que se estableció en la misma sentencia que no había habido negligencia alguna, sino que el procedimiento se había practicado en condiciones técnicas adecuadas.

En resumidas cuentas, creemos que la solución atinada era la atipicidad objetiva de la conducta y, en el peor de los escenarios, la subjetiva. Lejos de eso, a nuestro entender, el tribunal de Colonia *legisló*, creando un tipo penal no contemplado en el espíritu de la sistema penal alemán. Lo máximo que podría haber hecho, dada su posición respecto de la circuncisión, era declararla atípica y sugerir al Parlamento el análisis y debate profundo de una cuestión tan sensible, para que decidiera sesudamente la pertinencia de tipificar tal conducta. Lo delicado del tema no debería haber sido tratado y resuelto aisladamente por un tribunal local, sin el respaldo de un debate social sobre la cuestión.

Ante semejante decisión no podía esperarse una reacción distinta de la que ocurrió: musulmanes y judíos (en especial estos últimos) se organizaron de inmediato para repudiar la medida y exigir al Estado alemán el respeto de su libertad religiosa. El Parlamento no pudo obviar el tratamiento del asunto. Además, el caso cruzó las fronteras teutonas, para instalar el debate y la discusión doctrinaria en toda Europa, donde el asentamiento de ambos colectivos es sumamente significativo en términos absolutos y relativos. Se podría decir que el caso dio lugar a manifestaciones multiculturales, desde el momento de que judíos y musulmanes mancomunaron esfuerzos para que se respetaran las tradiciones y el culto de ambas religiones.

Como resultado de todo este revuelo, el Parlamento alemán acabó sancionando la ley titulada “Ley sobre el alcance del deber de cuidado de los padres sobre los hijos en la circuncisión del niño varón”, publicada el 28 de diciembre de 2012, que introdujo un párrafo al § 1631 del Código Civil Alemán (BGB), que reza:

Circuncisión de un hijo varón.

1. La patria potestad comprende también el derecho de consentir una circuncisión no necesaria en términos médicos de un hijo varón sin capacidad de comprensión y juicio, siempre que ésta se lleve a cabo conforme a las reglas del arte médico. Lo anterior no será aplicable, atendiendo también a su fin, pone en peligro el bien del niño.

2. Durante los primeros seis meses tras el nacimiento del hijo también pueden llevarse a cabo circuncisiones conforme al inciso 1 por parte de personas previstas a tal efecto por una entidad religiosa, si ya éstas se hallan especialmente formadas para ello y, sin ser médicos, están capacitados de modo comparable para llevar a cabo la circuncisión⁵⁵⁷.

Como se advierte del texto transcrito, para eludir la responsabilidad penal se recurre al instituto del consentimiento como causa de justificación. Es que no solo se admite la circuncisión religiosa, sino la que los padres soliciten se practique a su hijo menor por cualquier otro motivo no terapéutico, siempre que se respete la *lex artis* de la medicina y que no se ponga en riesgo la salud del niño. Por ejemplo, si, reunidos todos los requisitos, los padres solicitaran la circuncisión por razones estéticas o higiénicas, estarían autorizados por este parágrafo del BGB.

Si bien Alemania ha zanjado de este modo la cuestión de la eventual responsabilidad penal de padres, médicos y circuncidores religiosos, hay que decir que la polémica no ha menguado en la arena doctrinaria y posiblemente no lo haga mientras sigan vigentes los reclamos en contra de la mutilación genital femenina.

A lo anterior mirada jurídica, se suma el debate en el terreno de la medicina. Máxime, cuando la circuncisión, al margen de por razones religiosas, también suele ser practicada por motivaciones estéticas, higiénicas y de prevención de enfermedades. De hecho, la OMS ha llegado a recomendar su práctica para disminuir los riesgos de transmisión heterosexual del HIV, en conjunto con otras medidas profilácticas⁵⁵⁸. También en el ámbito de la pediatría, a la par de las voces en contra de la intervención, se alzan otras que señalan que las bondades que acarrea son mayores que los mínimos riesgos que puede traer aparejados. En efecto, se señala su incidencia en la disminución de infecciones urinarias en los niños y, ya en la edad adulta, disminución de la

⁵⁵⁷ Traducción tomada de TORRES FERNÁNDEZ; *Viejos ritos*; pp. 156-157.

⁵⁵⁸ Ver al respecto *Male circumcision for HIV prevention*; [<http://www.who.int/hiv/topics/malecircumcision/en/>]; fecha última consulta: 14/01/2017; *La OMS y el ONUSIDA anuncian las recomendaciones de una reunión consultiva sobre la circuncisión masculina como forma de prevenir la infección por VIH*; [<http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2007/pr10/es/>]; fecha última consulta: 14/01/2017; *Circuncisión masculina para la prevención de la adquisición del VIH en hombres heterosexuales*; [<https://extranet.who.int/rhl/es/topics/hiv-aids-0/>]; fecha última consulta: 14/01/2017.

incidencia de enfermedades de transmisión sexual y cáncer de pene. Por esas razones, la Academia Norteamericana de Pediatría no solo la recomienda, sino que la considera un derecho de elección de los padres⁵⁵⁹.

Desde la vereda de los detractores de la práctica, existe incluso una organización médica llamada “Médicos en contra de la circuncisión” (*Doctors opposing circumcision*), que viene hace décadas bregando por la erradicación de la práctica de esa intervención. Dicho muy sucintamente, arguyen que la piel del prepucio es perfectamente normal, saludable e higiénica y juega un importante papel en el despliegue de la sexualidad, en tanto reporta mayor nivel de goce. Advierten que la intervención no tiene beneficios justificables y que es dolorosa, en tanto acarea dolor y sufrimiento, entraña riesgos quirúrgicos y mengua el vínculo materno-filial. Como directamente consideran que la intervención no solo es innecesaria, sino también anti-ética por afectar los derechos humanos del menor sometido a ella, abogan por la posibilidad de plantear la objeción de conciencia, cada vez que se les requiera una intervención de ese tenor por razones no terapéuticas⁵⁶⁰.

En definitiva, como señala TORRES FERNÁNDEZ⁵⁶¹, la circuncisión, más allá de lo religioso, está extendida a una serie de motivaciones de los más diversas, todas ellas de índole cultural, a lo que se añade el hecho de que la medicina oficial y el concepto de salud están condicionados por el marco valorativo y de creencias de la sociedad, lo que determinará qué consideración merezca su práctica a nivel colectivo.

El panorama jurídico es más que confuso, desde el momento que la medicina no ayuda a discernir si efectivamente hay una solución más aconsejable por sobre otra. En efecto, el hecho de que los médicos no se pongan de acuerdo en punto a si la intervención de escisión del prepucio realizada conforme los protocolos médicos pertinentes es realmente nociva, aunado a que, por más que sea cierto que sus efectos son indelebles, el órgano sobre el que se practica no sufre afectaciones significativas a su funcionamiento a la hora de las relaciones sexuales ni de la micción, hace que la circuncisión presente una diferencia sustancial con la mutilación genital femenina. Mientas

⁵⁵⁹ Todo el catálogo de recomendaciones favorables a la circuncisión de esa entidad puede consultarse en AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS; *Circumcision Policy Statement*; en PEDIATRICS; Volume 130; Number 3; September 2012; [<http://pediatrics.aappublications.org/content/pediatrics/early/2012/08/22/peds.2012-1989.full.pdf>]; fecha última consulta: 14/01/2017.

⁵⁶⁰ Para ver en mayor profundidad los argumentos de este sector médico, consultar el sitio web de *Doctors opposing circumcision*; [<http://www.doctorsopposingcircumcision.org>]; fecha última consulta: 14/01/2017. También RABINOVICH-BERKMAN da cuenta de la “Petición Ashley Montagu para terminar con la mutilación genital de niños en todo el mundo”, surgida del IV Simposio Internacional sobre Mutilaciones Sexuales, celebrado en Lausana, Suiza, en 1996, presentada ese año ante la Corte de La Haya (*¿Cómo se hicieron*; p. 140). RABINOVICH releva, además, una serie de efectos adversos atribuibles a la práctica (pp. 142-143).

⁵⁶¹ TORRES FERNÁNDEZ; *Viejos ritos*; p. 158.

respecto de esta no caben dudas ni justificativos culturales para su repudio jurídico, no es fácil ser igual de categórico de cara a aquella.

De una lado, la cuestión puede ser vista desde el postulado liberal de la autonomía de la voluntad, conforme al cual, tratándose de una intervención quirúrgica no necesaria, debería dejarse librado a titular del cuerpo sobre el que se practica decidir, una vez llegado a la edad adulta, si desea ser circuncidado. En palabras de TORRES FERNÁNDEZ,

la circuncisión se erige esencialmente como una cuestión de libertad para decidir sobre una parte de la integridad corporal conforme al apropiada forma de ver y entender la vida y que va a condicionar la propia imagen personal y su identidad como individuo, el sentimiento de la propia masculinidad y la vivencia más íntima de la sexualidad,

por lo que la opción libre de los varones a favor de la circuncisión una vez que el menor haya llegado a adulto⁵⁶² no puede considerarse una diferencia que no pueda integrarse dentro del marco de convivencia de las democracias contemporáneas⁵⁶³.

Sin embargo, la cuestión plantea una serie de aristas difíciles de limar, en tanto se discute si efectivamente hay que aguardar a la mayoría de edad para que el menor adquiera la capacidad de discernir y consentir la circuncisión o si, antes de ese momento, ya puede estar en condiciones de decidir por sí mismo si solicita el rito. Esto es sobre todo trascendente en el marco de circuncisiones por motivos religiosos, en las que es posible que los niños antes de llegar a la adultez, por ejemplo, en la pubertad o tal vez antes, ya puedan desear y solicitar dar ese paso que los haga miembros plenos de la religión de sus padres. Además, esté en juego también el delicadísimo tema del derecho de los padres a educar a sus hijos en su credo, como manifestación del derecho de libertad religiosa y el derecho a la diversidad cultural, que hace al corazón del pluralismo democrático.

En cuanto al encuadre penal de la cuestión, TORRES FERNÁNDEZ releva un caso de la Audiencia Provincial de Castellón –la n. 355/2006, del 21 de septiembre– en el cual se llegó a la conclusión de que una circuncisión sin indicación terapéutica y a demanda del interesado, quien había emitido consentimiento informado, dada su inocuidad, fue reputada atípica. En el caso ventilado, un padre había solicitado la intervención para su hijo menor de edad y se consideró que lo solicitado por lo consentido por el progenitor formaba parte del ejercicio de la patria potestad (si bien se falló que hubo exceso porque no se había pedido el consentimiento de la madre). Esa sentencia

⁵⁶² Huelga señalar que la circuncisión no terapéutica solicitada libremente por los adultos varones no aparece ningún problema jurídico, desde el momento que la situación no difiere de la del consentimiento brindado por cualquier mayor de edad para que se le practique, por ejemplo, una cirugía estética.

⁵⁶³ TORRES FERNÁNDEZ; *Viejos ritos*; p. 161.

va en sintonía con la interpretación tradicional según la cual la circuncisión ritual forma parte del derecho de los padres a educar a los hijos en su religión y, dada los mínimos invasión y riesgos que entraña, se la considera parte del ejercicio de la patria potestad o de las decisiones que los padres pueden tomar según lo que consideren el superior interés del niño.

Por nuestra parte –tal como ya hemos manifestado al comentar la sentencia de Colonia–, estimamos que la circuncisión no terapéutica, incluso a pedido de los padres de un niño y en la realidad de nuestro contexto cultural en el que en general hay una valoración positiva o por lo menos neutral de la práctica, a no ser que el legislador pase a decidir lo contrario de manera expresa, debe ser considerada una intervención atípica. A los motivos que brindamos más arriba, agregamos que el hecho de que no haya acuerdo médico en punto a su eventual dañosidad indica que no se está en condiciones de predicar la existencia de una significativa afectación al bien jurídico, que alcance para ser penalmente relevante. Si a esa ausencia de lesividad o lesividad mínima se le añade que, en nuestro medio, el derecho de los padres a educar a sus hijos en su religión continúa teniendo un peso muy significativo, nos afianzamos en la convicción de que lo más saludable en términos de multiculturalidad y pluralismo, a la luz del estado actual de la legislación española o argentina, por ejemplo –países que no tienen una norma como la acuñada en Alemania luego de la polémica sentencia de Colonia–, es que la circuncisión llevada a cabo en condiciones de asepsia y profilaxis adecuadas, por alguien capacitado al efecto, no sea criminalizada. Si no hay afectación al bien jurídico; no se perpetra un daño en la salud ni se tiene la subjetividad propia del tipo de lesiones y mientras se respeten las medidas de higiene y las técnicas necesarias y sea practicada por alguien con conocimientos específicos, mal podría ser estimada un delito en Occidente. Al menos, al día de hoy. En consecuencia, en el estado actual de la ley penal, creemos que su práctica no constituye la comisión de un ilícito ni cabe hablar a su respecto de error de prohibición, ya que nada prohibido hay para conocer.

Entendemos que lo que afirmamos va en sintonía con sendas sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza⁵⁶⁴ y de Lleida⁵⁶⁵, en las que los hechos versaban sobre padres musulmanes que habían requerido la circuncisión de sus hijos de manera privada y cabría decir que clandestina, en tanto habían solicitado la práctica del rito a domicilio, sin las condiciones de higienes mínimamente necesarias y a personas carentes de los conocimientos necesarios al efecto. Tristemente, uno de los eventos culminó en la muerte del menor; mientras que en el otro el niño sufrió lesiones.

⁵⁶⁴ SAP Z 1513/2010; rta el 15/02/2010.

⁵⁶⁵ SAP L 800/2014; rta el 01/10/2014.

En el caso fallado en Zaragoza, los hechos probados fueron que los progenitores de un pequeño de pocos meses de vida, nacidos el padre en Nigeria y la madre en Sierra Leona, residentes en Zaragoza, decidieron que se llevase a cabo la circuncisión del bebe, sin previa consulta con un médico pediatra y descartando la posibilidad de que la practica se realizara en un centro de salud, con las condiciones de higiene y asepsia técnicamente indispensables. Convocaron para que efectuara la circuncisión a un matrimonio nacido en Nigeria y también residente en España, a quien abonaron ciento cincuenta euros por la intervención, en la que el marido ofició de “cirujano” y su esposa, de ayudante. La práctica fue llevada a cabo en el baño de la casa del menor, con una hoja de afeitar. Según la sentencia, debido a la “impericia del procesado [la incisión] no fue continua, [sino] que abarcaba toda la circunferencia de pene, presentando un borde liso con algunas muescas, afectando, no sólo a la piel, sino que penetró con mayor profundidad, produciéndole una hemorragia”. Dado que la hemorragia no paraba y que los “circuncidados” ya habían abandonado el hogar de la familiar, a pesar del cuadro de sangrado intenso que habían presentado, los padres acabaron llevando al niño a un centro de salud, al que llegó inconsciente y en el que finalmente murió.

El tribunal tuvo por cierto que el hombre que había estado a cargo de la práctica carecía completamente de conocimientos médicos y que todos los intervinientes en el hecho habían sabido del riesgo para la vida del niño que implicaba llevar a cabo la circuncisión del modo en el que se la había realizado.

En esta decisión común existió una división de papeles entre los procesados que no suponía subordinación de unos respecto de otro o de otros, exteriorizándose el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se realizó y que desembocó en el fatal desenlace, contribuyendo todos los procesales al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse⁵⁶⁶.

La Audiencia Provincial de Zaragoza calificó los hechos como homicidio por imprudencia grave, en los términos del art. 142 del C.P. español, entendida aquella como la infracción del deber de cuidado exigible de las personas menos cuidadosas. Se consideró que el rito se había practicado en unas condiciones que calificó de lamentables, sin apelar a la asistencia médica que habría disminuido los riesgos quirúrgicos y procurado la superación de cualquier complicación que pudiera suscitarse. “Resulta pues clamorosa la infracción del deber de cuidado por parte de los cuatro acusados, tanto antes como durante y después de la circuncisión...”, lo que llevó a la imposición de una condena de dieciocho meses de prisión, mas la accesoria especial de inhabilitación para ejercer el derecho al sufragio pasivo.

⁵⁶⁶ SAP Z 1513/2010; rta el 15/02/2010.

Respecto del caso ventilado en Lleida, los hechos que el tribunal tuvo por probados fueron que los padres de un menor recién nacido solicitaron a una persona que habían contactado previamente que se constituyera en su domicilio para circuncidar al menor, por motivos exclusivamente culturales, es decir sin indicación médica. La práctica fue realizada con un objeto cortante y afilado y con la ayuda del padre del niño; la madre, por su parte, se fue del domicilio con sus otros hijos durante el rato que duró la práctica. A las pocas horas de efectuada la escisión, el niño comenzó con una hemorragia por la que ambos padres decidieron llevarlo a un centro de salud, donde debió ser hospitalizado, transfundido y operado, con riesgo para su vida, si bien a la postre, la única secuela remanente fue una cicatriz en el pene.

Los padres alegaron que previamente a entablar contacto con el “circuncidador” habían intentado sin éxito que la sanidad pública llevara a cabo la práctica, lo que no había sido posible porque se les dijo que no había indicación terapéutica al respecto, sino tan solo motivaciones culturales. Adujeron también que, tras ese rechazo, los profesionales médicos privados que buscaron al efecto, tarifaron honorarios excesivos para sus posibilidades económicas, lo que los había llevado a procurar el consejo de otros miembros de su comunidad cultural, quienes les recomendaron a la persona más idónea para la realización del rito. En su defensa, dijeron que el hecho de que, ni bien comenzó la hemorragia, hubieran llevado al pequeño a un hospital público era indicativo de que no había habido criminalidad alguna en su conducta.

La Audiencia de Lleida ratificó el fallo de primera instancia, calificando a la conducta de los padres como constitutiva de lesiones por imprudencia grave, en razón de

la ausencia de cualquier referencia concreta a las condiciones higiénico sanitarias en las que se llevó a cabo, pues simplemente consta que se practicó en el aseo del domicilio, sobre una bañera-cambiador de bebés y con una cuchilla de afeitar, evidencian una infracción de los deberes de cuidado que les correspondían en su condición de progenitores del menor, máxime cuando habían recabado información sanitaria previa a través de la sanidad pública, donde descartaron aquella operación al no obedecer a criterios médicos, o de la privada, que ellos descartaron por su coste económico, optando entonces por aquella tercera persona de la que tampoco aportan ninguna referencia como tampoco de aquellas otras que se la aconsejaron supuestamente por su experiencia en aquel tipo de intervenciones⁵⁶⁷.

La conducta de los padres, calificada de “temeraria” por la audiencia fue pasible de una condena a cuatro meses de prisión, con la accesoria especial de inhabilitación para el derecho al sufragio pasivo por igual término.

Nos ha parecido interesante relevar estos antecedentes porque creemos que de su contenido se puede concluir que los tribunales intervinientes, tanto en la ins-

⁵⁶⁷ SAP L 800/2014; rta el 01/10/2014.

trucción como en los recurso de apelación, pusieron en tela de juicio la licitud de la circuncisión, si la práctica se hubiese realizado en las condiciones de asepsia, profilaxis y a manos de alguien con experiencia en esa técnica. Lo que determinó la tipicidad de ambas conductas fue precisamente la negligencia en el obrar. A *contario sensu*, todo indica que si se hubieran respetado las condiciones de higiene y, en especial, si se hubiera acudido a la asistencia médica, posiblemente se habría fallado en el sentido de la atipicidad de la circuncisión. Fue por ello que no fue preciso que los jueces se adentraran en valoraciones propias del delito culturalmente motivado ni mucho menos en la problemática del error. Ello por cuanto la circuncisión no parece ser vista en las sentencias como un ilícito en sí misma, sino solo si no es practicada con la debida asepsia y por quien tenga los conocimientos necesario al efecto. Dicho de otro modo, es tratada como cualquier otra intervención quirúrgica.

Sin embargo, que la circuncisión ritual, tal como la cultura occidental misma la interpreta y acepta hoy en día, no sea relevante penalmente o, mejor dicho, que lo mejor y más fructífero, en términos políticos y de entendimiento intercultural, sea no llevarla al plano penal, no significa que esa valoración no pueda sufrir en adelante alguna modificación. En efecto no son descabellados los planteo que, a la luz de una renovada hermenéutica efectuada desde los derechos fundamentales, denuncian un aspecto que como realidad material objetiva es indiscutible: la circuncisión significa una modificación irreversible de la anatomía del pene, practicada en personas incapaces de decidir por sí mismas sobre ese aspecto de su integridad personal e, incluso, religiosa. Si bien la funcionalidad orgánica no se ve alterada, el carácter indeleble de la huella que marca lo comparte con la mutilación genital femenina⁵⁶⁸. Pero, para cambiar el estado de cosas y sancionar su comisión en niños, el cambio de una valoración cultural tan arraigada merecería una reforma legislativa. No parece adecuado, y menos con las consecuencias políticas que ello podría acarrear, que la modificación del paradigma sea introducida por vía jurisprudencial.

Como señala TORRES FERNÁNDEZ, es cierto que la salud y la enfermedad son conceptos que entrañan una importante carga valorativa, que puede mutar con el tiempo, por los avances de la medicina y por lo que la sociedad entiende por sano, natural y normal y, en ese abanico, puede haber muchas percepciones de lo que se

⁵⁶⁸ Dice al respecto RABINOVICH-BERKMAN: “en pleno siglo XXI, la persistencia de la aceptación jurídica y social de la circuncisión ritual infantil masculina en los países que se dicen modernos, democráticos y liberales (en el sentido político) y defensores de los derechos humanos, se ha tornado una magnífica evidencia de dos aspectos. Por un lado, de lo poco racionales que son nuestras respuestas, aun cuando nos jactemos de nuestra lógica. Una demostración de cuánto más somos hijos de la historia y del imaginario antropológico que de Descartes. Por otro lado, se ve hasta qué punto la teoría de los derechos fundamentales es una construcción cultural generada por la línea judeocristiana europeo-americana, y no un iluminado descubrimiento de verdades universales objetivas” (*¿Cómo se hicieron*; p. 144).

considera aceptado, permitido, meramente tolerado y rechazado socialmente, a lo que se adunan las valoraciones del ordenamiento jurídico⁵⁶⁹.

A la luz de la idea de valoración de cada época, para describir el estado de la cuestión hoy en día, TORRES FERNÁNDEZ hace un repaso por distintos instrumentos internacionales que velan por el más alto nivel de disfrute de salud de los niños. Empero, si bien es cierto que el art. 24.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños” ya hemos dicho que no es posible afirmar con rotundez que la circuncisión sea una práctica perjudicial. Tampoco es categórico el pronunciamiento del Consejo Europea en la Resolución 1952/13, puesto que si bien enumera a la circuncisión por motivos religiosos, junto con la mutilación genital femenina, entre las violaciones a la integridad física de los niños que hay que tratar de erradicar, por mucho que sus sostenedores las proclamen beneficiosas⁵⁷⁰, arriba a una conclusión ambigua que siempre deja abierta la idea de que la práctica puede ser lícita. En efecto, al momento de las propuestas finales, en el numeral 7.5.2, el Consejo llama a sus miembros a *definir claramente* las condiciones médicas, sanitarias y demás bajo las que deban realizarse procedimientos que hoy son ampliamente practicados en el seno de ciertas comunidades religiosas, como las de la circuncisión de los niños varones por razones no terapéuticas⁵⁷¹. De la redacción de la resolución parece desprenderse que, de pautarse y establecerse esa condiciones mínimas, la circuncisión ritual podría continuar practicándose lícitamente, por mucho que el texto la tilde de violación a la integridad física de los niños. No obstante, hay que decir también que el numeral 7.7 de la misma resolución, indica a los Estados parte la necesidad de llamar la atención sobre la necesidad de que los niños puedan tomar decisiones, en la medida de lo posible, sobre lo atinente a su integridad física y los llama a adoptar disposiciones legales que aseguren que algunas operaciones y prácticas no sean ejecutadas antes de que el niño sea lo suficientemente grande como para ser consultado⁵⁷². Sin embargo, esto no es más que una advertencia

⁵⁶⁹ TORRES FERNÁNDEZ; *Viejos ritos*; p. 164.

⁵⁷⁰ Resolution 1952 (2013); *Children's right to physical integrity*; 01/10/2013; numeral 2: “The Parliamentary Assembly is particularly worried about a category of violation of the physical integrity of children, which supporters of the procedures tend to present as beneficial to the children themselves despite clear evidence to the contrary. This includes, among others, female genital mutilation, the circumcision of young boys for religious reasons, early childhood medical interventions in the case of intersex children, and the submission to, or coercion of, children into piercings, tattoos or plastic surgery”.

⁵⁷¹ “7. The Assembly therefore calls on member States to: (...) 7.5. take the following measures with regard to specific categories of violation of children's physical integrity: (...) 7.5.2 clearly define the medical, sanitary and other conditions to be ensured for practices which are today widely carried out in certain religious communities, such as the non-medically justified circumcision of young boys”.

⁵⁷² “7.7 raise awareness about the need to ensure the participation of children in decisions concerning their physical integrity wherever appropriate and possible, and to adopt specific legal provisions to

o sugerencia dirigida a los Estado parte, que hasta ahora no han mostrado su intención de cuestionar la licitud de la circuncisión religiosa practicada en condiciones sanitarias adecuadas. Es más, el hecho de que la miras resolución recomendando la prohibición total de la ablación femenina (7.5.1), postulando incluso su persecución penal extraterritorial, da la pauta de que efectivamente los estándares respecto de esta figura y de la circuncisión son diferentes.

En síntesis, si bien tiene razón TORRES FERNÁNDEZ cuando destaca que el principio de interés superior del niño viene ganando terreno en la discusión internacional sobre derechos humanos y la forma de entender la patria potestad y el derecho a la educación de los padres, creemos que se está todavía lejos de considerar que la circuncisión religiosa sea una violación a los derechos fundamentales o un delito. Máxime por las imprevisibles consecuencias políticas y sociales que podría acarrear en términos de dificultar el pluralismo, la integración y el multiculturalismo en la vida cotidiana e institucional de todo Occidente.

Incluso, en esto coincide la propia TORRES FERNÁNDEZ al destacar que como la propia noción de interés superior del niño también está impregnada de elementos valorativos, es decir culturales,

la respuesta a la situación creada por quienes practican la circuncisión masculina no puede venir dada sin más por la prohibición, pues sus efectos pueden aparecer sumamente contraproducente para el logro de la finalidad perseguida, que no es otra que la de reducir las actuaciones no justificadas terapéuticamente y con efectos permanentes sobre el cuerpo de menores incapaces de consentir⁵⁷³.

Tras cartón, entrando de lleno en la problemática de los delitos culteramente motivados, destaca la poca capacidad de rendimiento del modelo de tipificación penal diferenciada según la noción de delito cultural o de la persecución penal de quienes cometen acciones contrarias a la norma para cumplir con obligaciones de su propia comunidad de pertenencia. Tras considerar que esas políticas son inútiles y disfuncionales, sostiene que, cuando los ilícitos responden a la creencia de que se está cumpliendo un mandato religioso o a una socialización diferente, la sanción penal carece de efectos preventivos generales y, contrariamente a lo pretendido, los destinatarios de la norma van a continuar actuando según los cánones de su propia valoración cultural, sea por desconocimiento o por adhesión a valores exóticos⁵⁷⁴. La prohibición se traducirá en que la práctica se mantenga en la clandestinidad y en condiciones de mayor riesgo, amén de que se traduciría en un difícil conflicto

ensure that certain operations and practices will not be carried out before a child is old enough to be consulted".

⁵⁷³ TORRES FERNÁNDEZ; *Viejos ritos*; p. 165.

⁵⁷⁴ TORRES FERNÁNDEZ; *Viejos ritos*; pp. 165-166.

con amplias comunidades de población, que conviven plenamente integradas en la generalidad de Estado del mundo, con un considerable riesgo de estigmatización de sus miembros y del propio colectivo y también, con el potencial efecto perverso de favorecer una radicalización de los signos identitarios de los colectivos afectados en una huida hacia la formación e identidades de resistencia⁵⁷⁵.

Por lo demás, lo acaecido en Alemania que culminó con la revalidación del instituto, sobre todo por el peso religioso del mismo, no hace más que confirmar –a nuestro juicio– que no está dado el estado de situación para pasar a considerarlo, sin más, un hecho ilícito. De ocurrir algún día, creemos que falta que corra mucho agua bajo el puente. Sobre todo, por la envidiable, por digna e inteligente, tenacidad con que las instituciones judías y las personas judías de a pie tienen, en todo el mundo, a la hora de batallar y defender su religión y su culto, defensa de lo propio que los cristianos haríamos bien en imitar, ante tanto embate mediático y doctrinario al que no atinamos a hacer frente como merecerían los valores y tradiciones que nos atacan continuamente.

Sin embargo, TORRES FERNÁNDEZ advierte sobre la fuerza creciente que van tomando las posiciones en pos de limitar el derecho a la educación religiosa que los padres tienen sobre sus hijos, dando privilegio a la autonomía de la voluntad de estos, cuando lleguen a la edad adulta. Esas voces afirman que la limitación que sufre el derecho de los padres en caso de que la circuncisión se postergue no es excesiva⁵⁷⁶. Es decir que hay una tendencia a restringir los límites del derecho de los padres en materia de educación religiosa, al considerar que sus facultades de guiar a sus hijos en la religión que profesan no justifica que se cometa sobre ellos una lesión corporal, que en todo caso deberán decidir los niños cuando dejen de serlo. Según aquella autora, en esa línea se ubica el llamado a los Estados miembro que la citada Resolución 1952/13 realiza a un diálogo intercultural e interreligioso, en el marco de un debate público, con el propósito de llegar a algún consenso sobre el derecho de los niños a la protección de toda violación a su integridad física, conforme los estándares de derechos humanos⁵⁷⁷. En nuestra opinión, quizás más escéptica sobre los instrumentos de derechos humanos, ese tipo de declaraciones genéricas y políticamente correctas, difícilmente –o a larguísimo plazo– se concretan en medidas concretas que se traduzcan en cambios de prácticas, si no hay previamente un cambio de valoración social que, si está dado, es solo incipiente.

⁵⁷⁵ TORRES FERNÁNDEZ; *Viejos ritos*; p. 166. Sobre el fenómeno de la resistencia social como respuesta a la discriminación cultural, ver FACTOR; MAHALEL; RAFAELI; WILLIAMS; *Una perspectiva de resistencia social*; pp. 125-150.

⁵⁷⁶ TORRES FERNÁNDEZ; *Viejos ritos*; p. 169.

⁵⁷⁷ “7.4. initiate a public debate, including intercultural and interreligious dialogue, aimed at reaching a large consensus on the rights of children to protection against violations of their physical integrity according to human rights standards”.

Mucho más color le vemos a que cualquier cambio en torno a la circuncisión religiosa pueda provenir del seno de las mismas comunidades que los practican, en las que hay debates internos sobre la posibilidad de su reemplazo por otro rito o su postergación hasta la mayoría de edad⁵⁷⁸. Sin duda, esas voces están mucho más legitimadas para, al escuchar el reclamo desde las teorías de los derechos fundamentales, interpelarse a sí misma y lanzar posibles cambios. Esa sí que es una manifestación de forma de diálogo pluralista, en el que podría engarzarse el llamado del Consejo de Europa.

En cuanto a la circuncisión ejecutada por motivos no religiosos, sino por razones higiénicas o sanitarias, dada la ausencia de certeza científica sobre sus bondades, creemos que sí debería primar el derecho a la autonomía de la voluntad del niño, para que fuera él quien, a futuro, decidiera sobre la mejor forma de cuidar su salud o prevenir enfermedades. Además, se debería admitir también la objeción de conciencia del médico que se negara a realizar una circuncisión no terapéutica.

Desde luego, si la práctica fuera aconsejada como parte de un tratamiento médica, desde luego que podría practicarse tanto en niños como en adultos, del mismo modo que cualquier otra intervención quirúrgica por razones de salud, en el que es el derecho al cuidado de esta el prima.

Lo que parece indudable es que, de cara al debate que ciertamente se ha planteado y mucho más intensamente después de la sentencia de Colonia, lo ideal es que la circuncisión ritual y no ritual esté regulada, para evitar criminalizaciones innecesarias. Máxime cuando en un país como España, que tiene previsto la mutilación genital “en cualquiera de sus manifestaciones”, es decir sin distinción de procedimiento ni de si es practicada a hombres o a mujeres, con lo que se corre el riesgo de que la práctica sea encuadrable en esa figura, como ya ha sucedido⁵⁷⁹.

Dice al respecto TORRES FERNÁNDEZ que la regulación expresa podrá dotar a la práctica de seguridad jurídica y rigor sanitario, a la luz de la actual sensibilidad social sobre cualquier intervención no necesaria médicamente, cuando recae sobre menores de edad. Según la autora, esa sería una vía de asegurar la libertad religiosa de las comunidades que llevan a cabo la circuncisión de sus niños varones, fijando estándares legales mínimos. Entre los aspectos a reglar, enumera el lugar para llevar a cabo la intervención y los requerimientos técnicos que deberá reunir; los recaudos profilácticos y de asepsia; la calificación de la persona que la llevará a cabo; quiénes podrán dar el consentimiento por el menor; si los menores, a partir de cierta edad, podrán dar el consentimiento por sí mismos; qué temperamento adoptar si el niño discrepa con los

⁵⁷⁸ TORRES FERNÁNDEZ; *Viejos ritos*; pp. 171-172.

⁵⁷⁹ ES:APB:2006:7591, rta. 18/09/2006.

adultos en ejercicio de la patria potestad; si la cirugía debe estar cubierta por los servicios de cobertura médica.

Para concluir, queremos remarcar a una vez que no nos caben dudas de que hoy en día la circuncisión religiosa es una práctica lícita que, por más que debido a la rigidez de los tipos penales pueda encuadrar en la figura de lesiones, debe ser reputada atípica. No ataca bien jurídico alguno; no produce un riesgo jurídicamente desaprobado ni se lleva a cabo con intencionalidad lesiva. Se trata de un rito que parte de la valoración de que es bueno incorporar a los niños a la fe de sus mayores, practicado por comunidades como la judía –y esto no fundamental– integradas medularmente a la cultura occidental; hace a su esencia. Desde ese punto de vista, a diferencia de lo que ocurre de cara a la mutilación genital femenina (injustificable desde cualquier perspectiva), entendemos que no puede hablarse de que la circuncisión sea culturalmente exótica. Ni siquiera puede decirse que sea un rito *tolerado*; se trata de algo propio de nuestra cultura occidental, compuesta por grupos integrados hace siglos.

I. D) 2. iii. De los crímenes por honor.

Son tales aquellos asesinatos, principalmente de mujeres, perpetrados por parientes, contra hijas, hermanas o madre, por considerar que estas han herido el honor de la familia. Si bien las mayores afrentas que las hacen “merecedoras” de la muerte suelen estar vinculadas con su conducta sexual o con la elección de un compañero no aprobado por la familia, también son considerados agravios justificantes el haber padecido un ataque sexual (como una violación); no aceptar contraer un matrimonio convenido, vestir atuendos occidentales, ser considerada desobediente y hasta reír o sonreír en público.

En algunas ocasiones, también los hombres, a instancia de la familia de la mujer, pueden ser víctimas de esta clase de homicidios, por ejemplo, por haber mantenido una relación inapropiada con aquella. En la India, se ha registrado el caso de una pareja asesinada porque planeaban casarse a pesar de ser miembros de la misma casta: ella fue golpeada hasta la muerte y él, desmembrado vivo⁵⁸⁰. Asimismo, en Pakistán, una pareja de recién casados fue decapitada a manos del padre y los tíos de la esposa, por haber contraído nupcias en contra de la voluntad de la familia. Resulta un dato interesante la circunstancia de que, a pesar de que no hubo testigos del hecho, la prensa informó que miembros de la familia se entregaron a las autoridades estatales y fueron

⁵⁸⁰ La Nación; *El drama de las familias que matan a sus hijas*; Buenos Aires; edición impresa del 02/06/2014.

encarcelados⁵⁸¹, lo cual evidencia que, en el fondo, quienes lo llevaron a cabo fueron conscientes de su absoluta falta de justificación.

De todos modos, las víctimas más frecuentes son mujeres y niñas, que mueren fusiladas, apedreadas, quemadas, enterradas vivas, estranguladas, envenenadas, asfixiadas, degolladas, rociadas con ácido o apuñaladas hasta morir. Como se ve, el supuesto deshonor que provocan da lugar al máximo ensañamiento, clara evidencia de que la deshonra aniquila todo lazo afectivo. Incluso, esos hechos no siempre son espontáneos, producto de arrebatos pasionales, sino que en ocasiones son planeados al detalle. Se organizan reuniones familiares, a las que no son ajenas otras mujeres del grupo, para decidir si procede la muerte y, en su caso, por qué medio.

El autor o autores de este tipo de hechos procura justificarlos en defensa de la honra, la reputación y los valores familiares desacreditados por la conducta de la mujer. Es que en las sociedades fuertemente patriarcales, existe la creencia de que las acciones de la mujer hacen una especie de reflejo en el hombre cercano a ella. En efecto, las mujeres son consideradas guardianas del honor familiar; por eso su deslealtad es merecedora, ni más ni menos, que de la muerte: una vida sin honor no vale la pena ser vivida.

Se estima que este tipo de costumbres es de origen tribal, aunque también se la ha pretendido justificar al amparo de motivos religiosos. Sin embargo, ninguna de las principales religiones del mundo permite crímenes por honor; antes bien, como todo asesinato, es visto como uno de los pecados más graves.

Inclusive, por increíble que parezca para nuestra mentalidad occidental, en algunos países la ley podría dar lugar a entender que tales crímenes tendrían respaldo jurídico. Así ocurre en las áreas tribales bajo administración federal de Pakistán, donde los usos y costumbres se encuentran codificados sin ser definidos, circunstancia que podría llevar a pensar que habría base legal para justificar esta clase de delitos.

Según datos del Fondo de Población de Naciones Unidas, alrededor de 5000 mujeres son asesinadas por miembros de su familia en los llamados “crímenes de honor” todos los años. En Pakistán, 869 mujeres fueron víctimas mortales, solamente en 2013, de acuerdo con la comisión de derechos humanos del país⁵⁸². Sin embargo, como este crimen tiende a no denunciarse, los especialistas estiman que el número real de muertos por año sería en realidad mucho mayor, elevándose a decenas de miles. Esta cifra negra es comprensible, puesto que, como los autores valoran positivamente

⁵⁸¹ CNN; 28/06/2014; [<http://cnnespanol.cnn.com/2014/06/28/decapitan-a-unos-recien-casados-en-pakistan-en-un-crimen-de-honor/>]; consultado el 22/01/2015.

⁵⁸² La Nación; El drama de las familias.

los hechos de este calibre o al menos los entienden justificados, lógicamente tienden a encubrir su comisión, simulando suicidios o accidentes, para evitar la acción estatal.

Sin embargo, se han registrado algunos casos en los que los autores se han entregado a las autoridades estatales, lo cual evidencia su capacidad de advertir que estos hechos no tienen justificación posible, ya sea con base en principios sociales como religiosos. Es decir, aun miembros de la tribu o de comunidades en las que esta práctica está enquistada están en condiciones de advertir que actos de esta naturaleza son contrarios a la dignidad humana, con carácter universal, al margen de toda pertenencia cultural. Esto evidencia, una vez más, la universalidad de algunos derechos fundamentales, frente a los cuales los culturales no pueden más que ceder.

Los países en los que este fenómeno es más frecuente son Pakistán, India, Irak y Yemen, pero también se registran numerosos casos por año en Turquía, Líbano, Siria, Jordania, Irán, Sudán, Kuwait, Qatar, Emiratos Árabes, Arabia Saudita, Egipto, si bien hay que decir que, en todos los casos, ello ocurre solo en ciertas regiones de dichos países. De hecho, en la mayoría de esos Estados estos hechos se castigan como delitos; sin embargo, sus códigos penales contemplan atenuantes o exenciones de la pena, para quienes maten por honor, cuando el hecho haya sido provocado por emoción violenta⁵⁸³.

Ahora bien, hasta aquí, parecería que este fenómeno fuera un drama exclusivamente intestino, registrado en algunas sociedades orientales. Empero, ello no es así y en eso finca su interés para esta investigación. Las cifras de esta problemática en Occidente, realmente causan pasmo y espanto.

En el Reino Unido solamente, se calcula que ocurren quince de estos asesinatos por año. Por citar un ejemplo emblemático, puede traerse a colación el caso de Shafiea Ahmed, sofocada con una bolsa plástica por su padres, por haber vestido ropa occidental, lo que ocasionaba vergüenza a la familia. A pesar del móvil de honor que los habría llevado a la atrocidad de matar a su hija, sus padres están condenados a prisión perpetua desde 2012⁵⁸⁴. Resulta también muy interesante la circunstancia de que el primer caso de crimen por honor que se registró en el Reino Unido tuvo por víctima a una joven inglesa, no musulmana, quien murió a manos de su novio que sí era de origen oriental.

El 10 de diciembre de 2007, [Aqsa Parvez](#), una joven de 16 años de Mississauga, Canadá, se convirtió en la víctima número doce en dicho país en morir para pro-

⁵⁸³ United Explanations; *Crímenes de honor: peligro de muerte a mujeres que se rebelan contra el mandato familiar*; [<http://www.unitedexplanations.org/2014/07/21/peligro-muerte-mujeres-que-se-rebelan-contra-el-honor-familiar/>]; consultado el 22/01/2015.

⁵⁸⁴ BBC England; 03/08/2012; [<http://www.bbc.com/news/uk-england-19068490>]; consultado el 22/01/2015.

teger el honor de su familia. Su padre y su hermano la estrangularon hasta la muerte por no usar correctamente el velo islámico, lo cual acarreaba deshonra para la familia, de origen musulmán paquistaní.

En Europa, la preocupación por este tema de creciente registro es tal que la Asamblea Parlamentaria ha dictado las resoluciones 1327/2003⁵⁸⁵ y 1681/2009⁵⁸⁶. En esta última, titulada “Urgente necesidad de combatir los así llamados ‘crímenes por honor’”, destaca que el elenco de estos sucesos no solo está integrado por el asesinato, sino que incluye la violación, el rapto, el forzamiento al matrimonio, la prohibición de asociación, entre otros. La asamblea expresa que esos delitos, frecuentes en sociedades patriarcales y fundamentalistas, importan una seria violación a los derechos humanos fundamentales. Y, en tal sentido, es enfática en punto a que no hay tradición ni cultura que pueda invocar ninguna clase de honor para violar los derechos fundamentales de las mujeres (numeral 3).

Muy interesante resulta el numeral 4 de la resolución comentada, a la hora de sugerir acciones y políticas concretas para combatir este flagelo. Relevaremos algunos puntos, por su importancia para este análisis. La asamblea propone, entre otras medidas, el diálogo con las autoridades religiosas, para aclarar el hecho de que su religión requiere respeto por la vida y la libertad de cada persona; que los así llamados “crímenes de honor” no tienen base religiosa alguna y para invitarlos a condenar esos hechos y a cooperar en su prevención (4.4)⁵⁸⁷.

Otra medida sugerida es organizar campañas de concientización para cambiar mentalidades y conductas, dirigidas a varios sectores, entre los cuales se cuentan las comunidades implicadas, especialmente la minorías étnicas y las comunidades de origen inmigrante, para promocionar los derechos de las niñas y mujeres y para mostrar el valor intrínseco de las mujeres, igual al de los hombres (4.5.3).

Nos ha interesado relevar esos dos puntos respecto de las acciones propuestas, porque creemos que ponen de manifiesto, una vez más, tal como ya se ha visto en otros de los conflictos aquí tratados, que los derechos humanos de tipo cultural se encuentran sin dudas subordinados jerárquicamente o, en otros términos, deben

⁵⁸⁵ Asamblea Parlamentaria Europea; Resolución 1327/2003; [<http://www.assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta03/ERES1327.htm>]; consultada el 23/01/2015.

⁵⁸⁶ Asamblea Parlamentaria Europea; Resolución 1681/2009; [<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta09/ERES1681.htm#1>]; consultada el 23/01/2015.

⁵⁸⁷ En el numeral 4 de la Resolución 1327/2003, la asamblea había señalado que advertía que si bien los así llamados “crímenes por honor” no emanaban de raíces religiosas, sino culturales, y eran cometidos en todo el mundo (especialmente en sociedades o comunidades patriarcales), la mayoría de los casos reportados en Europa se había dado entre musulmanes o comunidades de migrantes musulmanes (a pesar de que el islam en sí mismo no autorizaba la pena de muerte por inconductas relacionadas con el honor).

ceder, frente a los supremos derechos a la vida, a la libertad y a la integridad física. Esto surge sin sombra alguna de las propuestas de la Asamblea Parlamentaria respecto de la pretensión de cambiar hábitos y mentalidades de las minorías culturales asentadas en el continente europeo. Incluso, el derecho a la libertad de culto, uno de los derechos nucleares liberales asentados en las primeras cartas de derechos del siglo XVIII, también debe ceder frente a aquellos, en caso de que importe no respetar la vida.

Incluso en la Resolución 1327/2003, la asamblea ya había tenido oportunidad de afirmar que los crímenes por honor y las mutilaciones genitales acentuaban la importancia y la urgencia de hacer una distinción entre la necesidad de proteger a las minorías culturales y hacer oídos sordos a costumbres inaceptables que equivalían a tortura y a violación de derechos humanos (numeral 3).

Por su parte, en octubre de 2004, la Asamblea General de Naciones Unidas dictó una importante resolución, titulada “Hacia la erradicación de los delitos de honor cometidos contra la mujer y la niña”⁵⁸⁸, en cuyos considerandos recordó la obligación de los Estados miembros de castigar como delitos penales los “crímenes de honor” y recordó que estos son incompatibles con todos los valores religiosos y culturales.

Por lo demás, y con el sano afán de evitar reiteraciones sobreabundantes, huelga señalar que los tratados internacionales mencionados en otros títulos –la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención de Belém do Pará, la Convención sobre los derechos del niño y demás instrumentos internacionales generales y específicos respecto de mujeres y niñas– impiden cualquier respuesta estatal que no sea de castigo respecto de hechos de la naturaleza de los que se comentan. No hay argumento cultural ni religioso que, disfrazado de pretensión de reconocimiento de derechos humanos de minorías, valga para tolerar este tipo de atrocidades.

En consecuencia, países como España y Argentina deberían, llegado el caso, dar las respuesta jurídicas que correspondan en materia civil y penal e, incluso, dar refugio a las mujeres que así lo solicitaran por haber sido víctimas de esta clase de delitos en sus países de origen⁵⁸⁹.

I. D) 3. Derecho indígena y derecho penal.

Aunque en el apartado correspondiente a la justicia indígena se han efectuado algunas consideraciones a la compleja relación entre el derecho penal comunita-

⁵⁸⁸ Asamblea General de Naciones Unidas; Resolución A/C.3/59/L.25: 15; octubre de 2004.

⁵⁸⁹ Asamblea Parlamentaria Europea, Resolución 1327/2003. En Argentina, ley N° 26.165, de Reconocimiento y protección al refugiado.

rio y el ordenamiento penal estatal⁵⁹⁰, en este –dedicado específicamente a las tensiones entre los dos sistemas sancionatorios– corresponde hacer foco en algunos aspectos discutidos sobre el derecho indígena sancionador.

Lo primero que se debate es, precisamente, si existe auténticamente un ordenamiento equiparable a lo que en Occidente es el derecho penal; o sea, si existe un derecho penal indígena. Como es imposible aquí hacer una semblanza de todos los mecanismos conocidos de respuesta a hechos considerados disvaliosos de competencia indígena de los que se tiene conocimiento⁵⁹¹, se apelará a resumir las ideas fundamentales que ha ido recogiendo la doctrina especializada en la cuestión.

Antes de avanzar, hay que aclarar que por razones de limitación del lenguaje, nos referiremos a “delitos” para designar aquellas faltas que despierten la reacción del sistema sancionatorio comunitario, sin que ello signifique que se le asigne al término el sentido estricto que tiene en la dogmática penal, es decir con independencia de si la acción reúne los requisitos sistemáticos desarrollados por la teoría del delito. Lo mismo puede decirse del recurso a otros términos de nuestro léxico técnico al que se apelará en lo que sigue por razones de practicidad.

Desde luego, las sociedades indígenas reaccionan ante la comisión de hechos que consideran delitos y responden a ellos con sanciones. Lo que se discute entonces –en cuanto aquí interesa– se circunscribe a tres aspectos fundamentales: los hechos delictivos en sí mismos; las penas aplicables y las garantías procesales. Respecto de los hechos los problemas que se han advertido son dos: la posibilidad de que una acción típica del orden oficial no sea considerada una infracción delictiva en el orden comunitario y, a la inversa, que se dirija un reproche penal a un miembro de la comunidad por una conducta no prevista en la ley penal. Las penas también presentan dos nudos conflictivos: que el tipo de sanción represente lo que en el derecho occidental de los derechos humanos constituiría trato cruel, inhumano y degradante, sobre todo si implica aflicción corporal, o, en sentido contrario, que en la perspectiva estatal la sanción indígena resulte excesivamente leve como respuesta a un delito de grave. Finalmente, desde el punto de vista procesal, se teme que, en el sistema comunitario, el imputado sufra mella en las garantías del debido proceso. A todo esto se añada que también pueden verse menguadas los principios penales sustantivos, en razón de la tradición oral que caracteriza el derecho indígena; la falta de codificación no parece reconciliable con el principio de legalidad tal como se entiende en la cultura jurídica

⁵⁹⁰ Ver I. C) 2. i) y ii).

⁵⁹¹ Ya se ha explicado que cada comunidad tiene una cultura propia, de modo que es imposible hablar de la cultura indígena como si fuera una sola; por las mismas razones, tampoco se puede describir un único derecho sancionador, ya que cada sociedad o tribu tiene su propio sistema de reacción ante la comisión de hechos reprobados por el grupo.

continental. Además, las formas de entender el acontecer causal de los sucesos, muy vinculado a fuerzas naturales y a poderes mágicos, y por el cual no solo debe responder el individuo acusado, sino también su clan familiar, por no haberlo sabido educar o encauzar, también puede poner en jaque los principios de culpabilidad y de intrascendencia de la pena.

En suma –como ya se ha señalado– el problema fundamental que plantea la articulación de los dos sistemas pasa por cómo lograr compatibilizar los usos y costumbres originarios con el sistema jurídico estatal, en el marco del respeto a la diversidad cultural. La inquietud principal pasa por definir si los usos y las costumbres indígenas son más o menos gravosos para el imputado que el sistema occidental⁵⁹² y, de ser así, si lo son en una medida que sea tolerable por el ordenamiento jurídico oficial.

Se ha visto ya que las constituciones latinoamericanas han reconocido los derechos indígenas y, entre ellos, la justicia comunitaria que es parte de su acervo cultural. Además, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes expresamente reconoce la jurisdicción comunitaria⁵⁹³, incluyendo la materia penal⁵⁹⁴.

Como indica el referido instrumento internacional –directriz en materia de interpretación de los derechos indígenas– las soluciones a los conflictos con el orden estatal deben buscarse en clave de los derechos fundamentales, reconociendo la jerarquía entre ellos. Conforme ya se ha dicho, la identidad cultural es, sin duda, un derecho humano, pero debe supeditarse inexorablemente al respeto a la vida y a la libertad y, en materia jurisdiccional, al debido proceso que la justicia indígena no puede desconocer.

En cuanto a los hechos considerados delitos en ambos ordenamientos, si bien hay una coincidencia en los ejes fundamentales de aquellos bienes jurídicos que se tutelan, hay ciertas zonas en las que las valoraciones occidentales no coinciden con las indígenas sobre temas preocupantes, como la iniciación sexual de los menores, tanto respecto de la edad para que ello ocurra como de si puede haber relaciones sexuales en el ámbito intrafamiliar que comprometan a personas demasiado jóvenes para decidir de manera autónoma⁵⁹⁵. De igual modo, hechos que en el contexto occidental no escapan a la vida privada de los individuos y, en consecuencia, no tienen ni pueden

⁵⁹² CIANCIARDO; *Universalidad*; p. 233. Este autor también señala, entre los puntos conflictivos de la articulación entre los dos sistemas de justicia, la pregunta acerca de cómo compatibilizar la necesidad del reconocimiento de la identidad cultural en lo referente a los derechos de primera generación con la de universalizar los de segunda generación (sociedades bivalentes).

⁵⁹³ Arts. 8 y 9.

⁵⁹⁴ RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; p. 58. La autora destaca que, no obstante, el Convenio deja dudas acerca de cuáles serían los límites al derecho penal. Ver I.C) i.

⁵⁹⁵ En el capítulo estrictamente dogmático-penal (III) tendremos oportunidad de comentar un caso registrado en la jurisprudencia de la provincia argentina de Salta relacionado con esta cuestión (Expte. CSJ 28.526/06, rto 28/09/2006).

tener desde el punto de vista constitucional, relevancia penal, para muchas comunidades indígenas son faltas graves por las que sus autores van a juicio y reciben condena. Tal es el caso del adulterio, la ociosidad y la brujería, las tres conductas de fuerte significación para las comunidades indígenas⁵⁹⁶.

Sin duda el debate alcanza uno de los puntos más candentes en lo relativo a las penas comunitarias. Inclusive desde perspectivas absolutamente favorables al reconocimiento y ejercicio de la justicia indígena, se ha señalado la necesidad de articular un punto de encuentro con el sistema oficial de penas, pues no se puede dejar de demarcar un límite a la administración de justicia comunitaria que evite el riesgo de vulneraciones a derechos esenciales⁵⁹⁷. Al respecto se ha propuesto comparar la lesividad de las sanciones impuestas por ambas jurisdicciones para el mismo delito y rechazar en todos los casos la posibilidad de pena de muerte⁵⁹⁸. En cambio, otras penas que podrían resultar tratos crueles, inhumanos o degradantes según los parámetros occidentales, de acuerdo a la pauta hermenéutica que proporciona el principio de adecuación cultural, han sido admitidas por la jurisprudencia, en atención a la valoración cultural del grupo en cuyo seno se aplican. Así ha ocurrido, respecto del fuate y del cepo⁵⁹⁹. En efecto, se argumenta que el sufrimiento físico que esta clase de sanciones podría causar al sujeto condenado, no reviste los niveles de gravedad requeridos para se las pueda considerar tortura, pues el daño corporal que producen es mínimo y el sufrimiento, muy leve. En la misma dirección, se ha dicho que tampoco podrían ser consideradas como penas degradantes que humillaran al individuo groseramente ante sí mismo y ante el resto de la comunidad, ya que su fin no es exponerlo al escarmiento público, sino buscar un camino para que recupere su lugar como miembro del grupo⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ La explicación de cada una de sus conductas y su sentido para las comunidades indígenas, en BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe el derecho penal indígena?*; p. 41-46.

⁵⁹⁷ Sobre los derechos humanos como límites a la autonomía de la justicia comunitaria, ver PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; p. 243 y ss.

⁵⁹⁸ RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; pp. 63-64.

⁵⁹⁹ Estas penas son de origen hispánico, pero han sido incorporadas a las culturas indígenas, que las han integrado a su acervo cultural (BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe?*; p. 47).

⁶⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-523/97 y Sentencia T-349/96. En la primera, con relación al fuate, el Tribunal dijo: “El fuate consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces [miembros del pueblo *nasa* o *paez*]. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad”.

En la segunda sentencia citada, esta vez con relación al cepo –elemento que se utiliza para inmovilizar una parte del cuerpo–, el Tribunal expresó: “se trata de una forma de pena corporal que

La doctrina especializada también ha hecho notar que penas que, conforme la mirada occidental pueden ser consideradas bárbaras o crueles, en la perspectiva comunitaria tienen una función pedagógica y de integración a la sociedad que las muestra adecuadas para el bienestar del grupo. Para ilustrar, se ha comentado que, en la aplicación de la pena de latigazos, cada golpe suele ir acompañado de un consejo al infractor, para que se entienda que la sanción no es para castigo, sino para mejorar a la persona que ha delinquido⁶⁰¹. También se ha destacado que, entre los indígenas de Ecuador,

existe un convencimiento generalizado de que la cárcel de los “blancos” sólo consigue aislar al sujeto de su medio social tradicional, contagiarlo de los vicios propios de la “ciudad” e interiorizar un fuerte sentimiento de “rabia” y “rebeldía” que causa, tras el cumplimiento de la condena, enfrentamientos, venganzas personales, conflictos, guerras entre familias y, en definitiva, pérdida del equilibrio y de la paz social, valores fundamentales en el sistema social de los pueblos originarios⁶⁰².

Por eso se ha indicado que si bien ciertas penas podrían ser inadmisibles en nuestros países occidentales, eso no significa que así lo sean en el marco cultural de las comunidades indígenas, según cuyo paradigma de sanción la pena de prisión no cumple ninguno de los fines del derecho penal comunitario, en tanto otras, con mayor carga ritual y menos contenido aflictivo del que representan en apariencia, resultan idóneas para alcanzar los principios de prevención especial, de reciprocidad, equilibrio y salvaguarda de la paz social, que son los objetivos primordiales del derecho comunitario⁶⁰³. En consecuencia, el principio de humanidad de las penas –se dice– tendría distinto alcance de una cultura a otra y ciertas penas que, en la mirada occidental, resultan inhumanas, en realidad, no lo serían menos que la privación de libertad⁶⁰⁴.

A pesar del peso de estos argumentos, no es sencillo encontrar una respuesta categórica a los conflictos de compatibilidad entre las penas indígenas y los sistemas constitucionales. En efecto, así como es cierto que algunas penas comunitarias pueden importar un castigo físico leve, mientras que la pena de prisión siempre comporta un castigo corporal –al margen de otras dimensiones también comprometidas– severo, también lo es que no en todos los casos las penas indígenas son tan le-

hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración. Además, a pesar de los rigores físicos que implica, la pena se aplica de manera que no se produce ningún daño en la integridad del condenado. Estas características de la sanción desvirtúan el que sea calificada de cruel o inhumana, ya que ni se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad”.

⁶⁰¹ BORJA JIMÉNEZ; *Derecho indígena*; pp. 19-20.

⁶⁰² BORJA JIMÉNEZ; *Derecho indígena*.

⁶⁰³ BORJA JIMÉNEZ; *Derecho indígena*; p. 28 y 35.

⁶⁰⁴ BORJA JIMÉNEZ; *Derecho indígena*; p. 35: “Nos preguntamos entonces qué ocurre con el principio de humanidad de las penas, pero también sobre ese concepto de humanidad podríamos encontrar distintas valoraciones en una y otra cultura. Si fuéramos capaces de entender el mundo de civilizaciones como la amerindia desde su concepción cultural, aceptaríamos ciertas sanciones que aparentemente parecen inhumanas, pero que en realidad no lo son menos que las penas privativas de libertad. Aquí dejo la duda que debe encontrar respuesta en sucesivos trabajos”.

ves como plantean las posiciones reseñadas más arriba. Algunas comunidades, incluso, llegan a aceptar la pena de muerte para ciertas infracciones⁶⁰⁵. El Estado debería estar habilitado para evitar la imposición de determinados castigos que resulten intolerables, a la luz de los derechos fundamentales. Tan solo para ilustrar con algunos ejemplos, baste con decir que las penas indígenas muchas veces son impuestas previo desnudar a la persona condenada, para luego aplicarle el fuste o el cepo o la pena que se haya decidido, en un lugar público, a la vista de toda la comunidad; existe incluso la pena de exposición pública para exhibir al infractor a toda la comunidad mientras se pregona el hecho que cometió⁶⁰⁶. Difícilmente, esto pueda ser compatible con el principio de dignidad humana, que no debe ceder siquiera al momento de imposición de la sanción. Por otro lado, abundan casos en los que delitos graves de violencia contra la mujer, por ejemplo, son castigados con un escaso número de latigazos que –al margen de su naturaleza cuestionable por atacar la integridad física– se propinan durante pocos minutos, acompañados de un consejo o admonición brindado bien por otros hombres, bien por otras mujeres de la comunidad. Para los parámetros oficiales, podría ser dudoso que ante infracciones penales tan graves, que además se suelen reproducir y perdurar en el seno doméstico, baste, en términos de prevención especial, una respuesta tan leve como la referida. En Ecuador, se ha llegado a imponer la pena de cargar el ataúd desnudos y cavar la fosa para su depósito al marido y a su amante, quienes habían matado a la mujer de aquel, como forma de reintegrarlos a la sociedad, de que experimentaran vergüenza y de que recapacitaran sobre su delito. Ahora bien, el caso suscitó una serie de controversias toda vez que, no solo la pena era dudosamente compatible con la dignidad de los condenados, sino que se pretendió reemplazar la sanción estatal para el homicidio con el simple traslado del féretro y la excavación de la fosa, luciendo la desnudez en público, con fines preventivos. Además, como en Ecuador rige la prohibición de doble juzgamiento entre los ordenamientos estatal y comunitario, dicha pena significaba dejar a los imputados a resguardo de la ley penal oficial⁶⁰⁷.

El catálogo de penas cuestionables no se agota en las referidas. El derecho indígena también conoce la pena de corte de pelo para las mujeres adúlteras, el enterramiento del cuerpo, los garroteamientos, el corte de la parte superior de las orejas⁶⁰⁸

⁶⁰⁵ No obstante, se ha indicado que así como algunas comunidades de la Sierra del Ecuador experimentan un amplio rechazo a la pena capital, en la comunidad amazónica de los záparos se trata de la pena más común para los delitos considerados graves (homicidios, agresiones sexuales y torturas). Ver al respecto BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe*; p. 50.

⁶⁰⁶ BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe*; p. 57.

⁶⁰⁷ Este caso puede verse en [<https://www.youtube.com/watch?v=vPzMAbgwKn8>]. El portal www.youtube.com ofrece abundante material fílmico sobre imposición de penas indígenas.

⁶⁰⁸ BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe*; p. 51.

y, con mayor frecuencia, el baño de agua fría; el ortigamiento⁶⁰⁹ y los trabajos comunitarios que, si no son aceptados por el reo en casos de delitos graves, se transforman en trabajos forzados⁶¹⁰. Todo este elenco de sanciones⁶¹¹ –por más que se puedan explicar desde el valor que lo ritual tiene para las comunidades indígenas y en el hecho de que según su cosmovisión es más importante la comunidad que el individuo, motivo por el cual las sanciones procuran principalmente restablecer la paz comunitaria–, sin duda ponen al sistema oficial en un foco de tensión, toda vez que importan una mengua significativa de derechos individuales y de principios rectores de legitimación del *ius puniendi*.

Incluso penas equivalentes a sistemas composicionales, también existentes en Occidente, no están libres de inconvenientes. Así, la sanción de indemnización pecuniaria a favor de la víctima, que está bastante extendida, puede ser un problema cuando se la impone para delitos graves, como asesinato, homicidios imprudentes, violaciones o lesiones⁶¹². Como ya se ha dicho, la pena suele recaer no solo en el infractor, sino también en su familia o en su clan, siempre en razón de la concepción comunitaria de la cultura indígena⁶¹³. Es por ello que en ocasiones se fija una compensación y pago por parte del grupo de procedencia del autor del hecho a favor de la víctima. Dejando de lado la violación al principio de intrascendencia de la pena que ello supone, hay noticia de que la compensación puede llegar a consistir en la “entrega de

⁶⁰⁹ La pena, de fuerte peso ritual, consiste en desnudar al reo y bañarlo con agua fría en un sitio próximo al lugar de enjuiciamiento, para limpiar el cuerpo de los malos espíritus que lo hicieron delinquir. Una vez bañado, sobre el cuerpo desnudo se aplica ortiga, que es una hierba urticante que produce irritaciones, eczemas, picazón; es decir, un cuadro de inflamación general (BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe?*; pp. 36-38). Desde la doctrina occidental, se ha tratado de justificar esta práctica en el significado que lo ritual tiene para los indígenas, como proceso de curación y purificación, como así también como medio de reinserción social tras comprender la falta cometida, la compatibilidad constitucional de aquella pena podría ser seriamente cuestionada. BORJA JIMÉNEZ se cuenta entre los autores que avalan y prefieren que las comunidades indígenas se rijan por su propio derecho penal y apliquen sus penas, mientras respeten el límite mínimo de los derechos humanos. Lo debatible –desde luego– es la demarcación de ese límite, porque para quienes como BORJA JIMÉNEZ prefieren las sanciones nativas, el ortigamiento, el cepo y fuate no violarían derechos fundamentales (BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe?*; en especial, pp. 80-81). Incluso la Corte Constitucional de Colombia ha coincidido con esos puntos de vista.

⁶¹⁰ Si el delito por el que se ha impuesto la pena es leve, se consulta al reo y, tras una mediación con la víctima y con los familiares, se conviene el trabajo a realizar. En cambio, si la falta fue grave, la opinión del condenado ya no interesa y el trabajo se convierte en forzado (BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe?*; p. 55). Nuevamente, una posibilidad de tensión con la mirada occidental que privilegia los derechos individuales por sobre el bien comunitario.

⁶¹¹ Sobre el catálogo de penas en Perú y Ecuador, ver BRANDT; VALDIVIA (comp.); *El tratamiento de conflictos*; pp. xxiv y 146-147. De acuerdo a esa obra, entre los castigos corporales relevados en estudios de campo realizados en Perú y Ecuador, se registran los siguientes: fuetazos, baños fríos, ortigazos, cargar piedras pesadas en una tela sobre la espalda mientras que se camina descalzo sobre piedras agudas, timonada (ajustar fuertemente a la persona con amarras), ejercicios físicos de tipo militar, arrodillarse sobre piedras agudas.

⁶¹² BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe?*; pp. 55-56 y nota 54.

⁶¹³ BORJA JIMÉNEZ da cuenta de un caso del derecho *aymará* en que se habría obligado a la madre de una persona condenada a pena de muerte a suministrar el veneno para matar a su hijo, por no haber sabido educarlo adecuadamente.

una novia”⁶¹⁴, lo cual sería algo absolutamente irreconciliable con los principios que inspiran el ordenamiento jurídico mayoritario.

Además, si bien es cierto que los indígenas tratan de evitar al máximo las penas de encierro que, desde su punto de vista, no son beneficiosas ni para el reo ni para la comunidad por no propender al fin fundamental del sistema: restaurar el equilibrio roto por la falta y reintegrar al infractor a su grupo de pertenencia⁶¹⁵, sí hacen aplicación de una pena sumamente aflictiva y que también podría ser cuestionada desde la visión del derecho oficial. Nos referimos a la expulsión de la comunidad, figura que ha sido comparada con el destierro o a la muerte social del sujeto condenado,

quien queda en el olvido, hasta tal punto que en algunas culturas está prohibido pronunciar su nombre. Desde esta cosmovisión, borrar de la memoria la existencia de un miembro del grupo es más grave que sufrir un menoscabo de la integridad corporal o la pérdida de la vida. Por eso en muchos ordenamientos indígenas la pena de expulsión es concebida como la más severa de las consecuencias jurídicas que se pueden aplicar a un sujeto por la perpetración de un acto prohibido⁶¹⁶.

Lo drástico del contenido y del significado⁶¹⁷ de esta pena –ciertamente reservada para supuestos excepcionales– pueden significar un contrapunto con el fin preventivo especial del sistema oficial, pero especialmente con el principio constitucional de dignidad humana, toda vez que prácticamente equivale a una muerte civil. Tan incompatible resulta con la tutela de los derechos individuales que la Corte Constitucional de Colombia ha llegado a declarar la inconstitucionalidad de la expulsión del territorio indígena de un miembro que había cometido el delito de hurto en reiteradas oportunidades⁶¹⁸. Aunque tras valorar la importancia de vivir en comunidad para los indígenas y lo aflictivo que es para ellos ser expulsados del territorio, la Corte concluyó que la sanción en concreto no había importado un destierro en el sentido que la Constitución y

⁶¹⁴ BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe?*; p. 49 y nota 42.

⁶¹⁵ BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe?*; pp. 52-53.

⁶¹⁶ BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe?*; p. 58.

⁶¹⁷ “Desde el punto de vista de la mentalidad amerindia (...) los aspectos individuales ceden ante los intereses generales de la comunidad, la cohesión del grupo, el arraigo familiar, la pervivencia de la tradición ancestral y en general el mantenimiento del equilibrio y de la paz en el entorno social y natural del colectivo fuera de su clan y de su grupo étnico el individuo no es nada, se considera como un ser vacío y sin alma” (BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe?*; p. 58). Una pena que signifique estas características podría considerarse reñida con los derechos fundamentales del individuo.

⁶¹⁸ Corte Constitucional de Colombia; T 254/94; rta. 30/05/94. En este fallo, la Corte se refiere a las bases mínimas para que se pueda ejercer la justicia indígena reconocida por la Constitución: “La atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que éstos y aquellas no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación: 1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. 3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas”.

los tratados internacionales asignan a esa pena vedada⁶¹⁹, estimó que la imposición en el caso particular había sido inconstitucional, por violatoria del principio de proporcionalidad. En ese sentido, si bien reconoció las amplias facultades de la jurisdicción indígena para imponer sanciones, recordó que aquellas no son limitadas, sino que exigen un ejercicio razonable que deje incólumes un núcleo elemental de principios jurídicos que no puede sufrir menoscabo alguno. En el caso, la pena había abarcado también a los hijos del infractor, quienes debían abandonar el resguardo junto con su padre y fue esto lo que llevó a la Corte a marcar un límite constitucional en la referida violación al principio de proporcionalidad⁶²⁰.

En cuanto a las dificultades que plantea el derecho penal indígena en punto al respeto al principio de legalidad, se propone reinterpretar los baremos occidentales a la luz de la tradición indígena, para lo cual es indispensable tomar en cuenta que su primera fuente jurídica y cultural en general es la costumbre. La trasmisión oral de los conocimientos y de la cultura vale también para el aprendizaje de aquello que es delito y de las penas que podría merecer una conducta reprobada. La costumbre –se afirma– “sustituye a los procedimientos escritos de información social propios de los sistemas occidentales”⁶²¹, lo que vendría a salvar la ausencia de un principio de legalidad en sentido estricto. Por lo mismo, se afirma que en los ordenamientos indígenas rige el principio de seguridad jurídica, ya que se conoce perfectamente el ámbito de lo reprobado y

⁶¹⁹ “Un límite constitucional explícito al ejercicio de la potestad punitiva por parte de las autoridades de los pueblos indígenas, lo constituye la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. El actor acusa la decisión de la comunidad de violar esta prohibición. Bajo una perspectiva antropológica, la pena de destierro comprende la sanción de extrañamiento de un miembro de la colectividad que conlleva la pérdida de su identidad cultural y la separación física del resto de la comunidad. Esta práctica de condenar al ostracismo al infractor de las normas internas de la comunidad es frecuente en las organizaciones sociales en las que la defensa de la colectividad prevalece sobre los derechos individuales. La inclusión en las cartas de derechos internacionales de la prohibición de la pena del destierro es coetánea al surgimiento del Estado-Nación, por lo que política y jurídicamente el destierro viene a identificarse con la privación de la nacionalidad o de la patria, sanción que repugna a la concepción de los derechos humanos de estirpe individual. En consecuencia, a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, la pena de destierro sólo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio pero que no exhiben el carácter de Naciones. La expulsión del petente, en consecuencia, no vulneró la prohibición del destierro” (T 254/94).

⁶²⁰ Esta Corporación ha sostenido reiteradamente que las sanciones impuestas al infractor deben guardar proporcionalidad con la conducta sancionada. Las autoridades jurisdiccionales gozan de un amplio margen de discrecionalidad en el uso del poder sancionador atribuido por la Constitución o la ley. No obstante, este poder no es ilimitado, debe ser razonable y dejar intactos otros valores jurídicos protegidos por el ordenamiento. Las sanciones o penas colectivas son contrarias al principio de que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”. Adicionalmente, la ley penal se erige sobre el principio de responsabilidad individual, que supone el juzgamiento del acusado y el respeto del principio de presunción de inocencia, presupuestos esenciales del poder sancionatorio del Estado o de los particulares que excepcionalmente ejercen funciones jurisdiccionales. En consecuencia, la pena impuesta al peticionario se revela desproporcionada y materialmente injusta por abarcar a los integrantes de su familia, circunstancia que genera la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la integridad física de sus hijos (T 254/94).

⁶²¹ BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe?*; p. 25. En la misma dirección; PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; p. 245 y ss.

las consecuencias que podría implicar infringir la norma comunitaria⁶²². Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado que

reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte⁶²³.

En materia de culpabilidad, se admite que la responsabilidad por el acto cede frente a la responsabilidad por la conducción de vida, porque la integración social no admite conductas individuales, sino acontecimientos históricos. Además, en la visión indígena lo principal no son los derechos y garantías individuales, sino la comunidad en su conjunto afectada por el delito. Eso explica también que se responsabilice al colectivo –familia o clan– por la falta de unos de sus miembros. El relajamiento de la culpabilidad o responde a que la comunidad está más interesada en restaurar la paz y el orden⁶²⁴.

Respecto de las garantías del debido proceso, nuevamente sin ilustrativas las palabras de la Corte Constitucional de Colombia:

[e]l derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas que la realizan según ‘sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley’. Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en [la Constitución]⁶²⁵.

Entre las propuestas para solventar estos dilemas, se ha considerado que, para establecer los límites que los derechos fundamentales pueden imponer al derecho y a la justicia indígena, es necesario adecuar el significado y contenido de los derechos y garantías fundamentales a la especificidad de cada comunidad cultural, como forma de introducir el diálogo intercultural como criterio hermenéutico. La *adecuación cultural* –se dice– es una reformulación del referente universal de los derechos fundamentales, que exige apreciar la *igualdad* de culturas, para “evitar caer en la supremacía axiológica de una sobre otra”⁶²⁶. En ese marco, se ha afirmado la necesidad de lograr un derecho penal intercultural que no se incline ni por universalismo puro, que borraría la diversidad, ni por un relativismo incondicional, que desconociera los éticos mínimos universales ligados a la idea de dignidad humana, ya que estos marcan el límite entre lo tolera-

⁶²² BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe?*; p. 26.

⁶²³ Corte Constitucional de Colombia; T 349/96, rta 08/08/96.

⁶²⁴ BORJA JIMÉNEZ; *¿Existe?*; p. 27 y ss.

⁶²⁵ Tribunal Constitucional de Colombia; T 254/94.

⁶²⁶ PORTILLA CONTRERAS; *Derecho penal intercultural*; pp. 245-246.

ble y lo intolerable. Esos mínimos serían el derecho a la vida, el respeto de la garantías del debido proceso, la prohibición de la esclavitud, la tortura y los trato o penal crueles, inhumanos o degradantes, la pena de destierro, la prisión perpetua y la confiscación. Los principios de interculturalidad y maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, exigen que esos mínimos universales se guíen por pautas de interpretación específicas, ya que no pueden contener los mismos elementos configurativos que en el modelo occidental⁶²⁷.

Como se ve, las aristas conflictivas son muchas y la forma de resolver los contrapuntos entre el binomio derechos fundamentales/justicia indígena no es tarea sencilla, puesto que importa conciliar concepciones completamente diferentes del mundo y de la sociedad, entre sistemas que conviven dentro de las mismas fronteras territoriales y de la soberanía del mismo Estado.

I. D) 4. Delimitación del objeto de estudio.

El propósito de este apartado ha sido circunscribir aquellos conflictos que serán el foco de atención de esta investigación, presentados de manera contextualizada, es decir como parte del fenómeno del multiculturalismo que caracteriza a las sociedades multiculturales actuales.

La necesidad de exponerlos como elementos engarzados en la realidad de nuestros días ha justificado detenerse previamente en consideraciones de tipo histórico y sociológico y en perspectivas políticas de gestión de la diversidad (I.A). Planteado el escenario en el que tienen lugar, fue posible pasar a relevar una serie de conflictos jurídicos –algunos aparentes y otros reales– que podrían ser resueltos sin recurrir a la herramienta última de la que dispone el Estado: el derecho penal (I.B). Especial consideración mereció la justicia indígenas, cuyo desarrollo se ha expandido notablemente en los últimos años, en los países de Latinoamérica, lo que dio lugar a un apartado independiente (I.C).

Todo ese derrotero nos permitió, finalmente, llegar a la delimitación de los tipos de conflictos para los cuales se procurará aportar una respuesta desde la dogmática penal. Nos pareció conveniente graficarlos a través de algunos ejemplos concretos que están teniendo gran significación e impacto, tanto a nivel social como jurídico, con plena conciencia de que no son más que un botón de muestra de muchos otros que seguramente también surgirán.

Llegados a este punto podemos decir, entonces, que el centro de interés es de estas páginas son aquellos conflictos penalmente relevantes, por constituir conduc-

⁶²⁷ PORTILLA CONTRERAS; Derecho penal intercultural; pp. 247-248.

tas tipificadas en el ordenamiento punitivo del Estado –en el Código Penal–, en los que el autor obra desde una perspectiva cultural diversa y en razón de valores propios de su identidad cultural. En suma, son los casos en los que el sujeto actúa estando en un conflicto normativo-cultural entre su sistema de valores y el oficial. La característica emblemática de estos supuestos es que el autor considera a la víctima de su hecho como *amigo*; es decir, como un miembro de su grupo de pertenencia, de lo que se deriva que la conducta reprobada por el Estado habrá sido cometida –desde su mirada– o por el bien de la víctima o por el bien de toda la comunidad cultural de la que ambos formen parte. El autor obra en el convencimiento de que hace lo correcto.

II. Tolerancia y estado de derecho.

Hasta aquí, se ha focalizado la atención en lo que podría considerarse el contenido fenomenológico del tipo de conflicto sobre cuya respuesta penal se quiere indagar. Es decir, se ha indicado, en forma más bien empírica⁶²⁸, ciertos conflictos emblemáticos a los que el multiculturalismo, conforme su actual fisonomía en Occidente, da lugar.

En el capítulo que comienza, se procurará hacer una aproximación a los principios medulares del Estado social y democrático de derecho y a los derechos fundamentales a la luz de los cuales corresponde dar a tales conflictos un marco jurídico general, desde el prisma del derecho constitucional. Recién luego, se podrá intentar una solución penal, respetuosa de la más alta jerarquía normativa. No obstante, también se dejará esbozada la forma en la que el derecho constitucional impacta en el derecho penal, como un modo ir abriendo canales hacia la respuesta penal propiamente dicha. Como pretensión última de este capítulo –conforme lo anticipa su título– se procurará analizar si la noción de tolerancia, tan desarrollada en filosofía política y en derecho constitucional, puede tener alguna capacidad de rendimiento específica en el terreno del derecho penal. Pero, antes de llegar a ese punto, consideramos que hay que hacer un paso obligado por el derecho de libertad conciencia⁶²⁹, en virtud de la relevancia que tradicionalmente ha ocupado en el estudio de la dogmática penal.

II. A) Libertad de conciencia como derecho fundamental en la Constitución.

II. A) 1. El conflicto entre deber de conciencia y deber jurídico.

Tomando un punto de anclaje histórico relativamente reciente, desde la sanción de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, se ha ido gestando, hasta alcanzar un vasto desarrollo, el derecho que hoy conocemos como de libertad de conciencia⁶³⁰.

⁶²⁸ Sin descuidar el cariz jurídico de la cuestión, tal como lo muestra la invocación de cartas constitucionales, tratados e instrumentos de derechos humanos, como así también de jurisprudencia internacional formulada en el capítulo I. B) y C). No obstante, ese abordaje ha sido al solo efecto de esbozar que los conflictos multiculturales son una preocupación concreta y en plena efervescencia para el mundo de hoy, provocando una interpelación al sistema jurídico en términos del derechos fundamentales y, en lo que aquí interesa, de respuesta dogmático-penal. Empero, lo dicho hasta este punto de modo alguno ha implicado una toma de posición filosófica ni dogmática sobre las tensiones a las que da lugar la convivencia multicultural.

⁶²⁹ Si bien no exhaustivo, puesto que de ello se han ocupado de manera enjundiosa PÉREZ DEL VALLE en *Conciencia*; BAUCCELLS I LLADÓS en *La delincuencia por convicción*; JERICÓ OJER en *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*; LLAMAZARES FERNÁNDEZ en *Derecho a la Libertad de conciencia*; OLLERO en *Un Estado laico*; entre muchos otros.

⁶³⁰ Sobre el planteamiento ético y la conceptualización filosófica jurídica de la cuestión de la conciencia a lo largo de la historia, que conecta con la compleja problemática de la distinción entre derecho y moral, entendidos como dos órdenes normativos diversos, pero vinculados –ya sea internamente,

Su evolución fue gradual, ya que, en un primer momento, aparecía limitado a la esfera de la libertad religiosa, de creencias y de pensamiento. Sin embargo, pronto esa forma de concebir el ámbito de autodeterminación de los individuos se presentó excesivamente restringida y fue objeto de un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que derivó en el mucho más amplio derecho a la libertad de conciencia, tal como hoy se entiende. Es preciso remontarse históricamente, entonces, a dicha evolución, puesto que comprender los alcances actuales de esa libertad tendrá una incidencia fundamental a la hora de hacer una valoración normativa –tanto a nivel ético como jurídico– de los conflictos multiculturales, siempre de cara a procurar la respuesta penal más adecuada.

La relevancia de la conciencia está dada porque la facultad inherente al ser humano de efectuar un juicio moral de los comportamientos propios y ajenos conlleva también la posibilidad de enjuiciar moralmente a las normas jurídicas ordenadoras de comportamientos y de la convivencia social pacífica en general. Esa capacidad de juicio y su ejercicio inexorable implican que, en *determinadas circunstancias*, el sujeto se halle en una encrucijada entre los valores éticos que gobiernan su vida y la ley del Estado que rige su convivencia con los demás, conforme valores ético-sociales aceptados mayoritariamente; es decir, que se halle en tensión con la ley de la comunidad jurídica. Cuando tenga lugar el conflicto, la solución vendrá dada no solo por la extensión que se le asigne al derecho penal, sino también por cómo se entiendan la conciencia y su autonomía. Esto último en general se ha afirmado respecto de los tradicionales conflictos de conciencia de los que se ha ocupado históricamente la ciencia jurídica (que podrían englobarse en la expresión “objeción de conciencia”⁶³¹), en los que la pertenencia cultural del objetor es coincidente con la de la mayoría de los ciudadanos. Habrá que ver si conciencia y autonomía ofrecen también una posibilidad de reflexión para dar respuesta al conflicto que obedezca a una divergencia cultural entre los valores de la cultura de procedencia del sujeto y los valores mayoritarios consagrados en el ordenamiento jurídico. Por lo pronto, no hay duda de que la conciencia como capacidad de juicio, incluso

porque uno recepte valores y principios del otro, según algunas concepciones; ya sea externamente, porque uno pueda emitir juicio sobre el otro, tal como opina KELSEN (*Teoría pura*; pp. 79-80), por ejemplo, al señalar que es posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado globalmente o sobre cualquiera de las normas que lo integran–, ver PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; capítulo preliminar. Sí nos interesa tomar posición –porque creemos que será importante a la hora de pronunciarnos sobre cómo debe valorar el Estado los conflictos culturales y proponer soluciones jurídico-penales–, en punto a que no es acertado afirmar que la moral se refiera al ámbito interno de la persona, mientras que el derecho lo haga al externo. En palabras de WELZEL, “la acción humana es el presupuesto de posibilidad para valoraciones, las cuales, si han de tener sentido, solo pueden ser valoraciones de una acción” (WELZEL; *Introducción*; p. 330); en consecuencia, tanto las valoraciones de la moral como las del derecho tienen por objeto a la conducta humana. Incluso posiciones positivistas como la de HART comparten la noción de que la moral no hace a lo estrictamente individual, sino que existe una moral social (HART; *El concepto de Derecho*; p. 239 y ss).

⁶³¹ JERICÓ OJER entiende que corresponde efectuar una distinción entre “objeción de conciencia” y “conflicto de conciencia” (JERICÓ OJER; *El conflicto de conciencia*).

de las normas jurídicas, es consubstancial al ser humano, a tal punto que hoy ya no se cuestiona su reconocimiento y ejercicio como derecho fundamental⁶³².

Sin encorsetarme en concepción ética alguna, sino más bien trascendiendo toda línea filosófica, en aras de buscar una definición que pueda resultar válida en el mundo del derecho en general, la conciencia podría ser entendida como la facultad de dictaminar o de emitir juicios de valor sobre comportamientos regulados en las normas y, en consecuencia, sobre las normas en sí mismas. De ella nacen las decisiones de actuar o de omitir según la valoración moral de los comportamientos que efectúe el sujeto, en lo cual vienen a coincidir casi todos los sistemas ético-filosóficos. Va de suyo que los juicios de la conciencia trascienden en mucho lo concerniente a las normas jurídicas, para pronunciarse sobre el gobierno de la vida en general.

Esta noción de la conciencia como dictamen o juicio de valor sobre los órdenes normativos jurídico⁶³³ y moral⁶³⁴ es fundamental en el campo del derecho, puesto que implica diferenciar al agente del juicio –el sujeto consciente– del objeto a juzgar – las normas coercitivas–. De otro modo, se aceptaría la idea de una conciencia legisladora que, ante la menor disidencia con el orden estatal, haría perder a este su carácter coactivo y su supremacía⁶³⁵.

⁶³² Sobre la libertad de conciencia como derecho fundamental, ver por todos PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 33 y ss.

⁶³³ Desde luego que también puede dictaminar sobre cualquier otro orden normativo y esfera del desarrollo humano, solo que aquí interesa el orden jurídico.

⁶³⁴ Todo conflicto de conciencia con relevancia jurídica implica una tensión entre una norma moral –entendida por el sujeto como de carácter superior en la autodeterminación de su vida– y una norma jurídica –que a criterio del individuo colisiona con aquella con tal intensidad que para él es obligatorio no cumplirla–. El hecho de que una de las dos normas sea jurídica y que esté en juego la misma dignidad humana por la que se reconoce al hombre como un ser libre de determinarse según sus valores y creencias, hace que el conflicto tenga relevancia para el derecho y este deba ocuparse de darle respuesta.

⁶³⁵ Como bien destaca PÉREZ DEL VALLE (*Conciencia*; p. 20), incluso KANT, a pesar de su teoría sobre la autonomía de la voluntad, que haría pensar en una conciencia legisladora, mantuvo la idea de esta como un tribunal.

Antes de entrar de lleno en el tema del derecho a la libertad de conciencia tal como hoy se lo entiende, hacemos la aclaración preliminar de que asumimos que existe una obligación moral –de cuño tomista– de obediencia al derecho, que solo puede dejarse de lado ante leyes extremadamente injustas, al punto de que no se las pueda considerar *derecho*. Sin embargo, también en este caso y al margen de la referencia tomista, dejamos al margen todo desarrollo ético-filosófico en aval de esta cuestión, toda vez que ello excedería en mucho las pretensiones de este trabajo e implicaría un estudio de la evolución de la filosofía jurídica desde Antígona hasta nuestros días. Amén de ello, como de lo que se trata aquí es de buscar una solución jurídica a un conflicto jurídico –la respuesta a la infracción a la norma penal cometida desde una motivación culturalmente exótica–, las conclusiones a las que se llegue podrían compartirse o rechazarse con prescindencia de si se compartiera la idea de obligatoriedad moral de obedecer al derecho o no. Dicho de otro modo, el meollo de la cuestión objeto de estudio se posiciona un paso más adelante: ante una infracción penal ya dada, cuál sería la respuesta estatal más conveniente a la luz de los fines del derecho penal. Esa circunstancia bien puede eximir, entonces, del enfoque ético-filosófico, por más que cualquier respuesta que se ensaye dejará entrever el propio.

Sobre la obediencia al derecho en HART, ver *El concepto*; p. 229 y ss, en especial, 250-261. En su opinión, no existe un deber moral de obedecer el derecho y, además, es posible que haya gente coaccionada jurídicamente por normas que no considera jurídicamente obligatorias. No obstante, reconoce que el derecho de todo Estado moderno está profundamente imbuido de principios tanto de

En estas palabras introductorias a la cuestión del derecho a la libertad de conciencia, no podemos omitir la mención de que el conflicto cultural en muchas ocasiones asume la forma de un conflicto de conciencia. Cuando los padres africanos radicados en España –por sugerir un ejemplo– deciden la ablación del clítoris de su hija menor por entender que ello es un deber religioso ineludible, que, en virtud de su sentido trascendente, tiene para ellos mayor importancia y fuerza de obligatoriedad que el deber de no incurrir en el tipo penal específico del art. 149 del Código Penal español, bien pueden encontrarse ante un dilema de conciencia que podría llevarlos a escoger cumplir con el precepto obligatorio moralmente. Supuestos del tenor del planteado evidencian que, al menos en ciertas ocasiones, el conflicto cultural puede dar lugar a y ser vivido como un conflicto de conciencia⁶³⁶. Y aún de no darse este dilema, de todos modos el derecho a la libertad de conciencia supone la posibilidad de organizar la propia vida de acuerdo al sistema de valores y creencias que el individuo elija para regirla, entre los que se cuentan los principios religiosos y las exteriorizaciones del culto, de modo que el estudio de la cuestión resulta ineludible. No en vano se ha dicho que si bien el conflicto de conciencia puede versar sobre cualquier aspecto de la vida, lo más frecuente será que se verifique en el orden de los valores religiosos⁶³⁷.

En tal sentido, como indica PÉREZ DEL VALLE⁶³⁸, cuando la norma jurídica castiga un comportamiento que desde el punto de vista del sujeto es moralmente exigido, este antagonismo se produce en una perspectiva ética, respecto de unas normas objetivas más o menos estrictas. Sin embargo, para que el conflicto tenga lugar –continúa– es preciso que exista un deber como ley ética, que se manifieste como una necesidad de carácter absoluto –es decir, independiente de deseos e intereses–, solo condicionada por la libertad del sujeto, que podría incumplirlo si lo quisiera. Por ello es que los conflictos de conciencia entre las leyes y las normas morales reposan sobre la idea de deber y de conflicto de deberes⁶³⁹. En consecuencia, dice el autor que debe hablarse de juicios de conciencia,

moral social como ideal. Así lo muestran la legislación, las sentencias, los contratos, la responsabilidad por delitos civiles y penales. Desde ese punto de vista, no encuentra óbice a que se hable de conexión necesaria entre derecho y moral. Esto no quiere decir tan solo que es deseable que un buen sistema jurídico adecue ciertos puntos a los postulados de la moral y de la justicia. Sin embargo, a su juicio, las normas moralmente inicuas no dejan de ser derecho, sino que en todo caso no deberán ser obedecidas. En un sentido diferente sobre la obediencia al derecho, ver FINNIS; *Natural law*; pp. 297 y ss y FINNIS; *Natural law theories*.

⁶³⁶ Desde luego que habrá que ver la casuística en cada oportunidad. Sin dudas también podrían verificarse situaciones diferentes a la propuesta, cuyo abanico podría ir desde desconocer la norma jurídica hasta conocerla pero no por ello experimentar un conflicto de conciencia, sino simplemente ser hostil frente al derecho.

⁶³⁷ JERICÓ OJER; *El conflicto de*; pp. 260-261.

⁶³⁸ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 29-30.

⁶³⁹ Esto no debe confundirse con el conflicto de deberes morales y jurídicos en el plano dogmático de la antijuridicidad. En efecto, PÉREZ DEL VALLE al tratar la faceta penal de la colisión de un deber ético-individual con uno jurídico, sostiene que, para que la conducta realizada conforme el deber moral

en tanto que las decisiones de los sujetos en este aspecto implican silogismos en los que se aplica al caso real una norma moral (...) Tan solo puede haber conflicto cuando el juicio de conciencia apunta a la necesidad moral de un comportamiento –activo u omisivo– que vulnera las normas de derecho positivo⁶⁴⁰.

A lo señalado por PÉREZ DEL VALLE hay que agregar que aquel silogismo puede tener lugar cuando, al caso real, se aplican las normas culturales propias de la minoría de pertenencia. De ahí el parangón que cabe hacer entre el conflicto que se suscita entre normas ético-individuales y leyes positivas y aquel en el que la tensión tiene lugar entre normas culturales y leyes positivas. Así, es posible que lo ético y lo cultural resulten equiparables en estas estructuras binarias, cuando normas y valores culturales minoritarios puedan conformar un sistema ético.

Por su parte, JERICÓ OJER estima que habrá auténtico conflicto de conciencia siempre que se verifiquen tres elementos. A saber: a) una decisión de conciencia de la que nace un deber moral inexcusable; b) un deber jurídico procedente de una norma de esa de naturaleza y c) un conflicto irresoluble entre los dos primeros. Solo de reunirse estos extremos, se podrá pensar en un tratamiento jurídico diferenciado a dispensar a quien obra movido por un genuino conflicto de conciencia. Esta forma de entender el conflicto parte de un presupuesto que no es otro que el deber de obediencia al derecho, basado en la necesidad de protección de unas condiciones mínimas que posibiliten la vida en sociedad, a las que se suele denominar “bienes jurídicos”. La tensión nace cuando un deber moralmente vinculante para el individuo lo obliga a obrar –por acción o por omisión– en contra de esos bienes valiosos para el colectivo social. Así,

se hace necesario asegurar, por un lado, la convivencia y la integración, pero sin sacrificar, por otro, en la medida de lo posible, las convicciones minoritarias de los individuos. En definitiva, la cuestión radica en determinar en qué medida el Estado, que exige hacer realidad el principio de obediencia a las normas, puede permitir una serie de actuaciones que, motivadas por deber moral absoluto o imperativo de conciencia, colisionan con los establecidos por las normas jurídicas, cuya función es la de proteger bienes jurídicos⁶⁴¹.

pueda estar justificada, el sujeto activo deberá haber actuado en tutela del deber de mayor jerarquía que no es sino el que resguarda el interés preponderante, a favor del cual el Derecho ya había tomado una postura. En otras palabras, el conflicto de un deber ético y de un deber jurídico operará como una colisión de intereses, en tanto uno de estos sea más valioso que el otro. En ese caso, el hecho podrá estar justificado. En cambio, si los intereses en juego no son desiguales o no son mesurables, se estará ante un verdadero conflicto de deberes a resolverse fuera de la órbita de la antijuridicidad (*Conciencia*; p. 167-184).

⁶⁴⁰ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 30.

⁶⁴¹ JERICÓ OJER; *El conflicto*; p. 243.

II. A) 2. La libertad de conciencia, una garantía fundamental que hoy irradia sus efectos en el derecho penal.

Entrar de lleno en el análisis del alcance de este derecho fundamental resulta insoslayable, toda vez que hoy goza de raigambre constitucional en nuestros países⁶⁴². Se analizará seguidamente, entonces, el alcance de ese derecho en Argentina, España y Alemania.

II. A) 2. i) La libertad de conciencia en Argentina.

En efecto, desde la sanción de la Constitución argentina, en 1853, el art. 14 asegura a todos los habitantes de la nación el derecho a profesar libremente su culto⁶⁴³. Como explica GELLI, ese derecho comprende el de realizar todos los actos externos de participación litúrgica y de veneración religiosa, como así también el aspecto negativo de no ser obligado a compartir ceremonias de cualquier credo y a que la no pertenencia religiosa no provoque efectos jurídicos discriminatorios⁶⁴⁴. A su vez, el art. 20 asegura expresamente aquel derecho a los extranjeros, sobreabundancia que se justifica con lo que ya se ha explicado en páginas precedentes en punto a la vocación de fomento a la inmigración, especialmente europea, que informó la actitud del constituyente. Esa intención de atraer inmigración diversa, respetando las distintas opciones religiosas, se explica también en la convicción de Juan Bautista ALBERDI, padre de la Constitución de 1853⁶⁴⁵, de la conveniencia social del teísmo y de la utilidad de la tolerancia religiosa⁶⁴⁶.

La libertad religiosa se complementa con la libertad de conciencia tutelada por el art. 19, en cuanto consagra el principio de reserva, expresión máxima de respeto a la autonomía y a la libertad personal y coto a las atribuciones estatales para restringir derechos y tener injerencia en la privacidad. El precepto establece que las acciones privadas de los hombres que en nada ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistra-

⁶⁴² ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR destacan que la problemática del autor de conciencia y del autor de convicción, que en Alemania transitó por el andarivel del art. 4 de la Ley Fundamental de Bonn, se presenta en Argentina de manera análoga, en base a la consagración constitucional de la libertad de cultos (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 704).

⁶⁴³ Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

⁶⁴⁴ GELLI; *Constitución de la*; p. 174.

⁶⁴⁵ La Constitución Argentina de 1853 fue sancionada en base al texto de *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, de Juan Bautista ALBERDI.

⁶⁴⁶ GELLI, *Constitución de la*; p. 175.

dos⁶⁴⁷. Como se ha dicho, esa norma impide la injerencia estatal en la esfera de reserva de la libertad personal, amén de que de ella se desprende el principio de intimidad, en virtud del cual ni el Estado ni otros individuos pueden tomar conocimiento de las creencias filosóficas y religiosas que el titular del derecho prefiera no hacer públicas⁶⁴⁸.

Por su parte, NINO ha destacado que por debajo de ese precepto constitucional que veda la interferencia estatal con conductas que no perjudiquen a terceros debe necesariamente yacer algún valor o bien fundamental que justifique tan extrema abstención estatal, incluso cuando podría haber razones de interés público para impedir conductas nocivas. Ese principio liberal que da razón a la cláusula constitucional es el de *autonomía de la persona*, conforme el cual

siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución⁶⁴⁹.

En razón de este principio, el Estado no debe interferir en conductas que no perturben a terceros, puesto que lo contrario importaría tanto como el abandono de la neutralidad respecto de los planes de vida de los ciudadanos⁶⁵⁰.

El eventual temor de que tanto la libertad de culto como la libertad de conciencia del art. 19 pudieran entenderse limitados al plano estrictamente religioso se disipa cuando la reforma de la Constitución de 1994, ha otorgado jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22). De entre esos instrumentos interesa destacar, en primer término, la Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que protege la “libertad de conciencia y de religión”, a través de un precepto que expresamente señala⁶⁵¹ que

⁶⁴⁷ Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

⁶⁴⁸ Comenta GELLI que, incluso, varias constituciones provinciales reformadas después de 1986, han consagrado expresamente el derecho a no declarar la religión a la que se pertenece. Así lo han hecho la Constitución de La Rioja (art. 32), la de Córdoba (art. 5) y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 12) (GELLI; *Constitución de la*; p. 175; nota 453).

⁶⁴⁹ NINO; *Ética y*; pp. 204-205.

⁶⁵⁰ NINO; *Ética y*; pp. 201-205.

⁶⁵¹ Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

tal garantía implica la libertad de confesar, profesar y divulgar la propia religión y las propias creencias, individual o colectivamente, en público o en privado (art. 12, inc. 1)⁶⁵². Sin embargo, ese derecho no es ilimitado, ya que –según el inciso 3 del mismo precepto– puede estar limitado por vía de la ley, siempre que ello sea necesario en pos de proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros. También se asegura el derecho de padres y tutores a que los menores reciban la educación religiosa y moral conforme con sus propias convicciones. Por otro lado, debe considerarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 18 tiene un alcance muy similar al que acaba de comentarse, tanto en términos de reconocimiento como de restricciones legales admisibles⁶⁵³ y que, a las expresiones libertad de religión y de conciencia, añade explícitamente el libertad de pensamiento. También la Declaración Universal de Derechos Humanos, por su parte, consagra el derecho de libertad de conciencia, de pensamiento y de religión⁶⁵⁴ y, por último, el preámbulo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre comienza señalando que “[t]odos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”.

Como se ve, entonces, en Argentina, el derecho fundamental a la libertad de conciencia goza de raigambre constitucional y no es sino el derecho de autodeterminación para gobernar la propia vida según el sistema de valores y principios morales

⁶⁵² Sobre el modo que tiene la CADH de tutelar el derecho fundamental en cuestión, en sintonía con los restantes instrumentos de protección de los derechos humanos, se ha dicho: “se sugiere la existencia de tres libertades autónomas a pesar de ser planteadas como si formasen una sola: la libertad de religión, la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento. En dichos instrumentos y tratados se sugiere que la libertad de pensamiento tiene como ámbito las “creencias” (entendidas como creencias de tipo secular), la libertad de conciencia las “convicciones” (aquellas de carácter ético no religioso) y la libertad religiosa contendría entonces a “la religión” la cual abarcaría creencias religiosas y convicciones ético-religiosas. A nuestro juicio, aunque en apariencia artificiosa por distinguir manifestaciones del espíritu difícilmente separables, esta posición sería la que ayudaría mejor para orientarnos y mantener la coherencia conceptual de las definiciones jurídicas internacionales” (HUACO PALOMINO; *Artículo 12. Libertad de conciencia y religión*; pp. 296-297).

⁶⁵³ ARTICULO 18

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

⁶⁵⁴ Artículo 18. - Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente. Tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

escogido. Desde siempre, el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del art. 19 de la C.N., ha ampliado los horizontes del propio texto constitucional. En palabras de GELLI, citando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se trata de la “libertad de elegir... el propio plan de vida, no sólo frente al Estado sino también ante las preferencias y pese a la reacciones de terceros”⁶⁵⁵. A ello se suma que, desde la misma reforma constitucional ya invocada, a ese derecho a la libertad de conciencia se agrega el derecho también fundamental a la identidad étnica y cultural que, si bien es diverso del anterior, en determinadas circunstancias, bien pueden solaparse, al punto de confundirse. Aquí solo planteo la cuestión, cuyo tratamiento dejo reservado para más adelante.

Incluso, hace más de treinta años que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las creencias religiosas –a lo que entendemos hoy deben hacerse extensivas todo tipo de creencias y convicciones– no pueden incidir para restringir otros derechos, en tanto no se manifiesten en actos prohibidos o perjudiciales a terceros; es decir, cuando hagan a la esfera de reserva⁶⁵⁶. Si bien se trata de un fallo viejo, respecto de una legislación ya no vigente, que prohibía la actividad de los Testigos de Jehová, es de interés relevar esa postura, toda vez que importa un germen de coincidencia con los límites que se plantearán en este trabajo a la tolerancia a las concepciones culturales discrepantes: el respeto y resguardo de los derechos fundamentales de terceros, para lo cual será fundamental llevar a cabo prácticas de ponderación de intereses tutelados.

II. A) 2. ii) La libertad de conciencia en España.

En España, este derecho está asegurado en el art. 16.1 de la Constitución⁶⁵⁷, a través de una fórmula muy breve que no alude a la conciencia como tal. En efecto, el precepto se refiere a la libertad ideológica, religiosa y de culto. Marcando un contrapunto con los textos del sistema interamericano que gozan de jerarquía constitucional en Argentina, se observa que el español nada dice acerca de la manifestación externa y pública de aquella libertad, sino que queda más bien limitada al fuero interno de las personas. Como ha observado PÉREZ DEL VALLE, de aceptarse lo anterior, al

⁶⁵⁵ GELLI; *Constitución de la*; p. 329.

⁶⁵⁶ Fallos: 302:604: “Si el único motivo por el cual se denegó la radicación definitiva en el país al actor, declaró ilegal su permanencia y se lo conminó a hacer abandono del territorio nacional, consiste en haber contestado, en el formulario de la Dirección Nacional de Migraciones, rubro Religión, ser Testigo de Jehová; declaración que sólo implica haber manifestado el credo religioso que profesa, ello ubica su actitud entre las “acciones privadas” insusceptibles de ser alcanzadas por el ordenamiento jurídico positivo, y de ser sancionadas por la autoridad pública”.

⁶⁵⁷ Artículo 16

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

derecho penal, que solo se ocupa de comportamientos externos, le sería indiferente todo eventual conflicto de conciencia⁶⁵⁸, de modo que nada impediría su aplicación según las reglas y criterios válidos ante cualquier violación a ley penal.

No obstante, hay que decir que el Convenio Europeo de Derechos Humanos sí consagra la tutela de este derecho, con lo cual la objeción anteriormente mencionada, quedaría medianamente zanjada en tanto es posible apelar a una hermenéutica amplia del sistema de fuentes del derecho español y europeo en general⁶⁵⁹. En efecto, dicho instrumento garantiza⁶⁶⁰ la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, dentro de la que incluye de manera expresa la libertad de manifestar en público o en privado, de forma individual o en grupo, la religión y las creencias.

Para una mejor comprensión del asunto, será de suma utilidad examinar cómo se ha desarrollado la cuestión en Alemania, en torno al art. 4 de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, por ser ese un país en el que, por elementales razones históricas, la vinculación entre conciencia y derecho penal ha merecido un destacado lugar en los ámbitos doctrinario y jurisprudencial.

II. A) 2. iii) La libertad de conciencia en Alemania.

Si bien la libertad de conciencia vio la luz en la dicha Ley Fundamental, el desarrollo y el debate al que dio lugar, en verdad, ocurrió durante las últimas décadas del siglo XX⁶⁶¹, toda vez que, en una primera etapa, se le negaron consecuencias pena-

⁶⁵⁸ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 33.

⁶⁵⁹ Sobre la ubicación en el sistema de fuentes del derecho de cada Estado y de España en particular, que corresponde atribuir a la legislación y jurisprudencia comunitarias, ver GARCÍA GUERRERO; *Implicaciones constitucionales*; p. 175-190.

⁶⁶⁰ Artículo 9 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

⁶⁶¹ No obstante, hay que decir que las discusiones posteriores sobre conciencia y derecho penal a la luz del derecho fundamental, seguramente hayan abrevado en la nutrida y profusa discusión previa que tuvo lugar en el ambiente jurídico penal alemán, relativa al delincuente por convicción. En efecto, desde que RADBRUCH presentó su proyecto de Código Penal Alemán, en 1922, posteriormente publicado en 1925 como Proyecto Oficial de Código Penal, el texto previsto para el § 71 que contemplaba un privilegio para el delincuente político suscitó una emblemática polémica entre los doctrinarios de la época, que sin duda hizo las veces de cimiento para el posterior desarrollo de la vinculación entre la infracción penal y el derecho contenido en el art. 4 de la Ley Fundamental. Dicho debate tuvo lugar durante el Congreso de juristas alemanes celebrado en Colonia en 1926.

El privilegio del proyecto de RADBRUCH consistía en la imposición de una pena de encierro, es decir no infamante (suprimiendo la tradicional imposición del arresto en fortaleza, que implicaba atribuir a la acción del sujeto la procedencia de una actitud deshonrosa), siempre que el autor se hubiera sentido obligado por convicciones morales, religiosas o políticas. En el desarrollo de su propuesta, RADBRUCH explicó qué quería decir, a su criterio, la palabra "convicción" en el contexto del delito.

les a la actuación en conciencia en función de ese precepto. Quizás ello obedeció al influjo ejercido por la incorporación a la Ley Fundamental (merced a su art. 140⁶⁶²) del art. 136.1 de su antecesora, la Constitución de Weimar de 1919, de acuerdo al cual “los derechos y deberes civiles y políticos no serán restringidos ni limitados por el ejercicio de la libertad religiosa”.

Lo cierto es que los penalistas de la primera mitad del siglo pasado, quienes debatieron fuertemente la cuestión de delincuente por convicción y la obligatoriedad de las leyes injustas, prescindieron de toda conexión con la libertad de actuar conforme a la propia conciencia, en el sentido de ejercicio de un derecho fundamental de corte constitucional, tal como hoy se encara el punto⁶⁶³. Incidió, sin duda, la circunstancia de que, en la interpretación constitucional de la época, la libertad de conciencia no iba más allá de la libertad de expresión y de la de culto. Nótese que RADBRUCH, pionero en advertir la necesidad de brindar un trato diferente al autor de convicción y quien hizo

Para él, se trataba de una reflexión, es decir, de un trabajo serio, que nada tenía que ver con la arbitrariedad o con una mera opinión formada o una decisión tomada a la ligera. En la nota al § 71 del Proyecto Oficial de Código Penal de 1925 explicó que “[e]l delincuente por convicción se pone en contradicción consigo mismo, y el Estado que impone la pena se le sobrepone como su “yo” más inteligente y superior. El delincuente por convicción, sin embargo, no es rebatible por su propio “yo”; frente a él, la autoridad pública representa una convicción totalmente distinta, y el Estado no quiere combatirlo con todo su rigor como su adversario, ya que él no se va a dejar corregir como un ‘sujeto moralmente inconsistente’”. En otras palabras, para RADBRUCH, el delincuente por convicción consideraba su actuar imperativo en función de una norma de mayor rango de obligatoriedad que la infringida, por lo que, en términos generales, creía estar excusado.

Vale la pena agregar que la razón decisiva por la cual consideraba que era pertinente tratar de manera diferenciada a esta clase de autores debía buscarse en el sinsentido de los fines tradicionales de la pena para estos casos. En efecto, desde el punto de vista político-criminal, el autor no reconocía la superioridad moral del Estado, motivo por el cual carecían de toda eficacia los fines retributivos, como así también los de rehabilitación o corrección. Consecuentemente, concluía, si ninguno de aquellos fines estaba presente o revestía alguna utilidad, la privación de libertad solo podía basarse en cuestiones de seguridad, transformado a la pena en una auténtica medida de seguridad, como defensa del Estado frente a sus adversarios.

A pesar de que, a través del desarrollo argumental que acaba de sintetizarse, RADBRUCH estaba haciendo referencia al sujeto que actuaba por motivaciones políticas o religiosas, nótese que las ideas rectoras de su fundamentación bien pueden servir de cabecera de playa para comenzar a pensar en la posible conexión entre el delincuente por convicción tradicionalmente entendido y el que podríamos llamar *autor culturalmente motivado*, entendido como quien actúa por las convicciones de su pertenencia cultural, por lo general, propias de un colectivo minoritario.

Sobre la polémica nacida a partir del proyecto de RADBRUCH, ver por todos PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 53 y ss; JERICÓ OJER; *El conflicto de conciencia*; LUZÓN PEÑA; *Actuación en conciencia*. Años más tarde, la cuestión de la conciencia frente al derecho fue nuevamente fogueada por WELZEL y su idea de la conciencia errada, formulada a partir de las discusiones a las que dio lugar el proyecto de Código Penal de 1958. En el mismo contexto, se hicieron oír también las opiniones de MEZGER sobre la ceguera frente al derecho y la de RADBRUCH sobre ley injusta e injusto legal, entre otros. El tema fue ampliamente debatido en la Comisión de Derecho Penal de 1958.

⁶⁶² Artículo 140 [Derecho de las sociedades religiosas].

Las disposiciones de los artículos 136, 137, 138, 139 y 141 de la Constitución Alemana del 11 de agosto de 1919 son parte integrante de la presente Ley Fundamental.

⁶⁶³ Sin embargo, la cuestión no es nueva. BAYLE ya había sostenido que desobedecer a Dios era un pecado y desobedecer el juicio firme y determinado de la propia conciencia era lo mismo que querer transgredir la ley divina. Según esa lógica, los actos externos debían resultar acordes con la conciencia, en lo que basaba su opinión acerca de la inutilidad de la coacción en cuestiones de fe. Obligar a la gente a actuar de un modo incompatible con sus creencias solo podía conducir a la hipocresía. Ver comentario de PRIETO y BETEGÓN en LOCKE; *Escritos sobre la tolerancia*; p. XXVIII y XXIX.

gala de la idea de tolerancia, al plantearse si era legítimo tratar de modificar las convicciones más íntimas del sujeto, a pesar de haber sabido ver la vinculación y eventual tensión entre conciencia individual y derecho positivo, tampoco abordó la cuestión desde el prisma del ejercicio de un derecho fundamental⁶⁶⁴.

Casi todos los penalistas de la época encararon la posible discrepancia entre conciencia individual y normas penales desde el plano ius-filosófico y en procura de encuadrar las soluciones necesarias para resolver tal conflicto en el andamiaje de alguno de los estamentos de la teoría del delito, mayormente en la antijuridicidad o en la culpabilidad. Como bien apunta PÉREZ DEL VALLE⁶⁶⁵, tampoco WELZEL, quien marcó la distinción entre autor de conciencia y autor de convicción, trató el conflicto con el derecho positivo en la perspectiva del ejercicio de un derecho constitucional.

Con posterioridad, tal como se ha adelantado, la colisión de la conciencia con el derecho positivo, pasó a ser encarada desde el óptica del derecho fundamental a la libertad de conciencia. En punto a su alcance en Alemania, el ya invocado art. 4 de la Ley Fundamental de Bonn⁶⁶⁶, haciendo gala de una enumeración *quasi* exhaustiva – aunque quizás por eso mismo también algo confusa–, declara inviolables a la “libertad

⁶⁶⁴ Para conocer la fundamental opinión de RADBRUCH en la materia, es de suma utilidad consultar el primer artículo que publicó sobre el tema, en el que sintetiza de manera magistral su punto de vista y su perspectiva acerca de los fines de la pena en este tipo de situaciones. RADBRUCH, Gustav; *El delincuente por convicción*; traducción y notas de GUZMÁN DALBORA; en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

MEZGER, por su parte, abordó el problema del autor de convicción desde la perspectiva de la ceguera jurídica, incursionando en el terreno de los valores ético-sociales, al destacar que aquel actuaba en discrepancia con estos, y aproximándose enormemente a aspectos clave de los conflictos que suscita el multiculturalismo de cara al derecho penal. Pues bien, tampoco él entendió el ejercicio de esos valores como manifestación de un derecho fundamental. Una síntesis de su punto de vista puede verse en PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; pp. 82-86 y 97.

Otro autor que se ocupó de la cuestión del delincuente por convicción pero exclusivamente en una perspectiva dogmático-penal fue WOLF, férreo oponente a RADBRUCH en cuanto a su propuesta de privilegiar a aquel. A su criterio, darle a la convicción el papel de hacer ceder a la culpabilidad, significaría que, ante la colisión de deberes, el ético-individual sería obligatorio frente al ético-social que, por tanto, sería inexigible, posición esta que rechaza. Nuevamente, la explicación se limitó al plano penal, con trasfondo filosófico, pero no se desplegó en el plano de una colisión entre un derecho fundamental y el ordenamiento penal. Su planteo está resumido en PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; pp. 73-77.

En cuanto al alcance de la libertad de conciencia, HERZOG la ha entendido como una particular forma de libertad de actuar “fundamentada éticamente y privilegiada constitucionalmente” (Cita tomada de PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 34). A criterio de HERZOG, además, el hecho de que a más de las libertades del numeral 1 del art. 4 –de creencia, conciencia, confesión religiosa e ideológica–, se reconozca también y de manera independiente el ejercicio libre del culto, debe ser entendido en el sentido de que la libertad de conciencia no se reduce al fuero interno, sino que comprende asimismo la libertad de actuar de acuerdo con las íntimas convicciones. En la misma sintonía, STEIN entiende como una exigencia democrática que, más allá de libertad de formación de las ideas, se garantice también el derecho a actuar de conformidad con aquellas (PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 34).

⁶⁶⁵ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 97.

⁶⁶⁶ Artículo 4 [Libertad de creencia, de conciencia y de confesión]

(1) La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables.

(2) Se garantiza el libre ejercicio del culto.

(3) Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a realizar el servicio militar con armas. La regulación se hará por una ley federal.

de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica” para, a renglón seguido, garantizar el libre ejercicio del culto.

El hecho de que en el texto estén entrelazadas tantas libertades de manera expresa, ha provocado dudas y debates en torno cuáles son los límites entre todas ellas o si, en rigor, se trata siempre de la misma garantía con diversas manifestaciones. VALERO HEREDIA, recuerda la discusión entre los autores alemanes sobre la delimitación conceptual y terminológica de esta garantía, en la que un sector considera que la libertad de conciencia integra los derechos de libertad ideológica y religiosa; en tanto que otro lo trata como un derecho constitucional autónomo, comprensivo de las libertades ideológica y religiosa, de las que es fundamento jurídico⁶⁶⁷.

Al margen de lo intrincado de la enumeración del texto germano, el tenor de la redacción de la norma explica que la doctrina estuviese en su momento de acuerdo en que la libertad de conciencia tuviera una eficacia concreta en el ámbito externo⁶⁶⁸.

A nivel jurisprudencial, en Alemania también está fuera de discusión la dimensión externa que entraña la libertad de conciencia. En efecto, el Tribunal Constitucional –en su célebre sentencia de 20 de diciembre de 1960⁶⁶⁹, imprescindible para estudiar las nociones de conciencia y de decisión de conciencia– definió a la libertad de conciencia como “la libertad de comportarse de acuerdo, no con cualesquiera ideas o creencias del individuo, sino solo con aquellas que son percibidas por el sujeto como mandatos incondicionales”⁶⁷⁰. En la misma dirección, ha afirmado que es decisión en conciencia toda aquella que es “éticamente seria, orientada por las categorías del bien y del mal, que la persona considera tan vinculante e incondicionalmente obligatoria (...) que no puede actuar en contra de ella sin entrar en abierta contradicción con la propia conciencia”⁶⁷¹. Como se ve, está presente la idea de que los juicios de conciencia re-

⁶⁶⁷ VALERO HEREDIA; *Libertad de conciencia*; p. 60; con cita de LLAMAZARES FERNÁNDEZ.

⁶⁶⁸ Así lo hacen PODLECH, HAMEL, HERZOG y STEIN, citados por PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; pp. 33/34.

⁶⁶⁹ Para un profuso estudio de esta relevante sentencia y de las posteriores del mismo Tribunal, como así también para la cita de todos los autores que se han ocupado de su estudio y análisis, ver JERICÓ OJER; *El conflicto*; p. 57-63 y 160-162.

⁶⁷⁰ Cita tomada de VALERO HEREDIA; *Libertad de conciencia*; p. 60.

⁶⁷¹ BverfGE 12, 45, 55. Como recuerda JERICÓ OJER (*El conflicto de*; pp. 57/58), esta sentencia no gozó de aceptación general, en atención a que consideró que la conciencia en sentido jurídico debía ser entendida a partir de su utilización en el lenguaje común, como “aquel fenómeno moral real experimentable, cuyas exigencias, advertencias y avisos son directamente para el hombre mandatos evidentes de un deber incondicional” (BverfGE 12, 45, 54), lo que ha llevado a muchos a calificar a esta concepción como de claro corte subjetivista. Aquella autora destaca que la sentencia del Tribunal Constitucional entendió que el derecho constitucional partía de que los fundamentos de la vida política colectiva debían interpretarse de manera unívoca para todos los ciudadanos y de ahí que los conceptos constitucionales se debían interpretar de igual manera para todos los cultos y opiniones. Entre las críticas más fuertes a esta sentencia de 20 de diciembre de 1960, se destacan el hecho de que la remisión al lenguaje común pasara por alto toda apoyatura filosófica o teológica y la caracterización de la conciencia como deber inexcusable. Sin embargo, también hay opiniones a favor, que aprueban el reenvío al lenguaje común para definir a la conciencia, con base en la necesidad de elaborar un concepto neutral (JERICÓ OJER; *El conflicto de*; pp. 57 y 58 y ss).

presentan un imperativo moral más fuerte y determinante que el deber de obedecer al derecho. Según el Tribunal, será necesario examinar si lo que se muestra al exterior como una decisión de conciencia “posee realmente la seriedad de un mandato moral que afecta a la personalidad en su totalidad, el carácter de una advertencia interna inevitable ante lo malo y una llamada inmediata a lo bueno”⁶⁷². El Tribunal también se pronunció, a la hora de determinar si se estaba ante una auténtica decisión de conciencia, sobre el papel de los jueces: estos no podrían valorarla como equivocada, falsa o correcta, sino limitarse a constatar su existencia⁶⁷³.

La consecuencia es clara: en Alemania se puede pensar en un cierto consenso en orden a que la libertad de conciencia va mucho más allá del aseguramiento del ejercicio de una libertad interior, de una facultad del espíritu (que por otro lado, en tanto careciera de trascendencia a terceros, estaría resguardada por el principio de reserva). Se trata del derecho a desarrollar el comportamiento, la vida misma, de acuerdo a la propias convicciones y al sistema ético escogido para gobernar la existencia, o sea de conformidad con los juicios de conciencia. No sería exagerado decir, consecuentemente, que la carta constitucional protege la visión del mundo del ciudadano y le garantiza el derecho a vivir en consonancia con ese punto de vista.

Incluso, en conexión con el objetivo de este trabajo, resulta interesante relevar la opinión de HIRSCH –citada por JERICÓ OJER⁶⁷⁴–: el concepto de conciencia recogido por el art. 4 de la Ley Fundamental no debe limitarse a lo relativo a los valores culturales de Occidente, toda vez que la conciencia de sectas no cristianas (sic) queda protegida del mismo modo en el mencionado precepto, “ya que de lo contrario se renunciaría a la referencia a la conciencia de estas personas, se ignoraría la protección de las minorías característica de este artículo”⁶⁷⁵.

II. A) 3. Alcances de la libertad de conciencia.

En nuestros días, el multiculturalismo presenta, sin dudas, multiplicidad de puntos de vista absolutamente distantes de los tradicionales en los que estaba pensan-

⁶⁷² BverfGE 12, 45, 55.

⁶⁷³ JERICÓ OJER; *El conflicto de*; p. 161.

Este aspecto de raíz filosófica ya había sido manifestado por RADBRUCH en su argumentación sobre el autor por convicción recordada en la nota 659, al destacar que las convicciones políticas y religiosas del § 71 del Proyecto Oficial del Código Penal Alemán de 1925 eran supuestos específicos de convicción de un deber ético y moral. Es decir, la convicción (en la terminología del art. 4 de la Ley Fundamental, la conciencia) planteaba un conflicto entre un deber ético y un deber legal, o sea entre moral y derecho positivo. Este aspecto también fue objeto del debate ya mencionado que tuvo lugar durante el congreso de juristas de Colonia, de 1926.

Conviene recordar el texto del precepto en cuestión: § 71. En lugar de prisión rigurosa o prisión se impondrá la pena de arresto de igual duración si el motivo decisivo del autor es que éste se sienta obligado por causa de sus convicciones éticas, políticas o religiosas.

⁶⁷⁴ JERICÓ OJER en *El conflicto de*; pp. 60-61 y nota 85.

⁶⁷⁵ JERICÓ OJER; *El conflicto de*; p. 61, nota 85.

do el constituyente alemán, los que plantearán serios desafíos a la cuestión de, hasta qué punto, una determinada visión –personal o grupal– del mundo está protegida por el derecho⁶⁷⁶. Dicho en otras palabras, habrá que responder en términos de qué y hasta dónde el Estado debe tolerar las costumbres de una cultura ajena, por respeto al ejercicio de la libertad de conciencia. Además, deberá sopesarse lo que sea bueno, tanto para la minoría tolerada como para los terceros a quienes también favorece la tolerancia social⁶⁷⁷. Se tratará, en definitiva, de replantearse los límites al ejercicio de ese derecho fundamental.

Son justamente los desafíos de la hora los que obligan a volver a examinar los alcances del derecho fundamental de libertad religiosa, cuyo trascendencia no tiene solamente valor histórico, sino que –entendido hoy con la amplitud de la denominada libertad de conciencia– continúa siendo el elemento aglutinante de la paz social, lo que explica también lo que aquí se sostiene en punto a la vigencia que conserva el principio de tolerancia, como la tuvo en la época de las guerras de religión. En esa dirección, sobre nuestras sociedades en constante transformación y en las que cada vez conviven más religiones, se ha dicho que la libertad religiosa es “la piedra de toque fundamental que contribuye a la conservación de la paz y estabilidad aún en medio del dinamismo naturalmente desestabilizador y problemático de las transformaciones sociales”⁶⁷⁸.

Mostrando la evolución histórica que ha experimentado la tolerancia, desde las guerra de religión –que derivaron en que católicos y protestantes asumieran que la

⁶⁷⁶ Incluso en el Congreso de juristas alemanes celebrado en 1926 en Colonia, en el cual se desarrolló la polémica en respuesta al proyecto de RADBRUCH sobre el privilegio para el delincuente por convicción, se alzaron algunas voces que representaban un atisbo de lo que sería hoy el conflicto multicultural frente al derecho penal, al margen de las distintas soluciones propuestas. Así, por ejemplo, ASCHAFFENBURG señaló que el desarrollo del derecho no podía ignorar el ordenamiento jurídico de otros países ni los cambios históricos. GUCKENHEIMER dejó planteada la posibilidad de que existiera un criterio que permitiera valorar las convicciones éticas del autor de un delito y la época cultural. WEGNER, acérrimo oponente a la posición de RADBRUCH, la rechazó por implicar la visión de que el delincuente por convicción pertenecería a otro mundo, razón por la cual el juez no podría emitir un juicio sobre la moralidad o inmoralidad de su hecho. De tal suerte, entendió que la propuesta de RADBRUCH, clara expresión de los ideales liberales, significaba tanto como afirmar la superioridad moral de los individuos respecto del Estado. WOLF, quien también rechazó la posición de RADBRUCH, se apoyó en lo que llamó poderes ético-sociales diferentes del Estado. El valor ético-social transpersonal del § 71 (rechazó la idea de convicción individual), estaba reñida con la concepción de un ordenamiento constitutivo y prevalente, inadmisibles en un sistema democrático. A su criterio, en un Estado de derecho, legislador exclusivo, su superioridad moral estaría puesta en tela de juicio si se reconocieran otros poderes equivalentes, ya fuera la ética individual, el grupo, el partido o la comunidad de cultura, lo cual era inconcebible. BUDZINSKI ubicó la médula del problema del delincuente por convicción en determinar si el individuo era consciente de su culpabilidad, dado que este se representaba su acción como correcta y tenía la conciencia del cumplimiento de un deber. Las posiciones de estos autores han sido tomadas a modo de ejemplo, pero en las ponencias del debate desarrollado durante todo el congreso se apreciaron consideraciones que anticipaban, por decirlo de algún modo, reflexiones que podrían servir de cara al análisis del delito motivado culturalmente. Una síntesis de las ponencias puede encontrarse en PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; pp. 53 y ss.

⁶⁷⁷ Desde los aportes de MILL, un sector de la doctrina sostiene que la relación entre autodeterminación y tolerancia puede ser entendida o con prevalencia de la autodeterminación de los sujetos a ser tolerados o de la de los terceros que también se beneficiarán de vivir en una sociedad tolerante. Al respecto, ver BEITZ; *La idea*; p. 178.

⁶⁷⁸ HUACO PALOMINO; *Artículo 12*; p. 291.

estabilidad del orden constitucional no podía depender de una confesionalidad religiosa compartida—, hasta nuestros días, KYMLICKA señala que, en Occidente, la tolerancia religiosa ha devenido en la noción de libertad de conciencia individual⁶⁷⁹. Esta consiste en el derecho humano básico a la libertad de culto, a propagar la propia fe, a cambiar de religión o a renunciar por completo a tener una⁶⁸⁰.

Evidentemente, por tratarse de un derecho constitucional, la libertad de conciencia tendrá efectos irradiantes en otras ramas del derecho, entre ellas el derecho penal. De este modo, la conducción de la vida conforme a las convicciones que emanen de una determinada pertenencia cultural y religiosa podría tener incidencia penal, en tanto se traduzcan en la comisión —por acción o por omisión, lo mismo da⁶⁸¹— de hechos ilícitos.

España no ha sido ajena a la discusión en torno a si el art. 16 de la Constitución habilita la posibilidad de concebir a la libertad de conciencia de manera activa, esto es como libertad de actuar en conciencia, ordenando externamente la propia vida de manera coherente a los dictámenes morales que emanen de aquella. A ese debate se le ha presentado, como un escollo adicional, la redacción del art. 16, en el cual —a diferencia del caso del art. 4 de la Ley Fundamental de Bonn— la conciencia no se encuentra expresamente contemplada. Este mismo obstáculo podría haberse predicado de la Constitución argentina con anterioridad a la reforma de 1994, la que, al haber otorgado a los tratados de derechos humanos ya examinados jerarquía constitucional, ha incorporado también de manera explícita la libertad de conciencia. Lo cierto es que, a partir de esa carencia del texto del art. 16, los constitucionalistas españoles han debido definir el contorno de la libertad de pensamiento y de creencias y concluir si la libertad de conciencia está incluida en las fronteras de aquella.

SERRANO ALBERCA considera que la libertad básica ideológica y de creencias no es otra que la libertad de pensamiento, de la cual la libertad de conciencia es una manifestación. Es decir que la libertad de conciencia es un aspecto de la libertad de creencias relativa a las convicciones de cada individuo sobre la conducta moralmente debida, que protege dichas convicciones de las consecuencias que podría sufrirse por comportarse de acuerdo a la creencias personales⁶⁸². A partir de esto último, concluye que la libertad de conciencia es comprensiva de los comportamientos de los suje-

⁶⁷⁹ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 215.

⁶⁸⁰ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 215.

⁶⁸¹ Si bien será más frecuente que se verifique una colisión de conciencia con el ordenamiento jurídico cuando la norma jurídica exija un deber de actuación. Es que, en general, es mucho más oneroso el comportamiento activo que el omisivo. Además, frente a un deber de acción, la única conducta permitida es la debida; en cambio, frente a un deber de abstención —el *neminem laedere*, propio de los delitos comisivos— están permitidas todas las conductas que no sean aquella de la que haya que abstenerse.

⁶⁸² SERRANO ALBERCA; *Comentarios a la Constitución*; p. 193.

tos que trasciendan del fuero interno. Sin embargo, esta solución pasaría por alto las diferencias de redacción entre los textos de la Constitución española y de Ley Fundamental de Bonn, toda vez que la segunda contempla expresamente la libertad de conciencia.

BENEYTO entiende que la expresión “creencias”, contenida en el segundo párrafo del art. 16, es la que integra al precepto la libertad de conciencia, entendida como “la libertad de búsqueda del bien, de poseer su propio juicio moral como acto personal de la conciencia, y de adecuar sus comportamiento y realizar su vida según el personal juicio de moralidad”⁶⁸³.

También se han alzado opiniones de base religiosa, que han afirmado que el derecho de libertad religiosa es el derecho radicalmente individual en virtud del cual todo sujeto puede decidir en libertad acerca de cuál es el fin de su presencia en la historia y actuar en coherencia con esa decisión⁶⁸⁴. Como se ve, esta posición también comprende el fuero externo del individuo, es decir la organización de su vida, según los personales juicios de conciencia formados, en este caso, según el sistema ético derivado de los valores y principios religiosos.

Sin embargo, otras voces también han hecho notar que, a pesar de su parentesco, libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia no son conceptos sinónimos. En sintonía con el criterio de HERVADA⁶⁸⁵ en su estudio del reconocimiento de derechos fundamentales a partir de las declaraciones internacionales de derechos humanos, mientras la libertad de pensamiento atañe al contenido del conocimiento; la libertad religiosa lo hace al acto de adhesión a un credo religioso y al ideario de este derivado; en tanto que la libertad de conciencia ampara las decisiones adoptadas de acuerdo a los juicios de conciencia. De ello se desprendería que las decisiones morales sólo podrían estar amparadas por la libertad de conciencia no reconocida de manera expresa en el art. 16. No obstante, como la Constitución española sí alude a la conciencia al prever la objeción al servicio militar (art. 30.2) y al tratar la cláusula de conciencia de los periodistas (art. 20), HERVADA considera que esas menciones aisladas implican que efectivamente el derecho a la libertad de conciencia también está incluido en la carta constitucional.

Al destacar lo loable de la interpretación de HERVADA en aval del reconocimiento de la consagración de la libertad de conciencia en el texto español a partir de las referidas menciones marginales, PÉREZ DEL VALLE agrega que esa forma de ver la cuestión se compeadece con la necesaria hermenéutica de los derechos humanos, a

⁶⁸³ BANEYTO; *Comentarios a las leyes políticas*; comentario al art. 16; pp. 333 y ss.

⁶⁸⁴ IBAN, Iván; *La libertad religiosa como derecho fundamental*, en A.D.H. 3-1985; pp. 163 y ss.

⁶⁸⁵ HERVADA; *Libertad de conciencia*; pp. 13 y ss.

la luz del art. 10.2 de la Constitución⁶⁸⁶, según el cual las normas relativas a derechos fundamentales y libertades constitucionales serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales en la materia ratificados por España. Desde esa perspectiva, dado que todos los tratados internacionales de los que España es parte⁶⁸⁷ -incluido el Convenio Europeo de Derechos Humanos- incluyen la expresión “libertad de conciencia”, a la cual asocian las libertades de pensamiento y de opinión, como así también la libertad religiosa y de creencias, resultaría imposible una interpretación del art. 16 que no incluyera la libertad de conciencia. “La omisión de la expresión libertad de conciencia (...) no evita que el derecho esté reconocido como tal, y que, consecuentemente, la actividad conforme a la conciencia requiera esté integrada en las garantías de ese precepto constitucional”⁶⁸⁸.

Para HUACO PALOMINO, el bien protegido por la libertad de conciencia y de religión no es la religión en sí misma, sino la libertad humana ejercida en sentido religioso, que merece protección y promoción para sus goce y ejercicio plenos⁶⁸⁹.

Desde el derecho penal, no es discutido que la libertad de conciencia comprende el derecho a organizar la conducta externa según sus patrones. Así, LUZÓN PEÑA coincide en que la libertad de conciencia abarca la dimensión de la actuación externa y señala que esa garantía tiene tres niveles: la libertad de formar ideas, creencias y convicciones; la libertad de manifestarlas y la libertad para comportarse conforme a aquellas y para no ser obligado a contradecirlas⁶⁹⁰. Pero dicha garantía no es un criterio limitador, sino que la libertad de conciencia es una extensión de la tolerancia a comportamientos externos diferentes de las expresiones tradicionales de libertad política⁶⁹¹. Se atribuye a la conciencia una función regulativa de seguridad de la identidad de la personalidad individual, que es protegida por el derecho, porque “la libertad de conciencia no puede significar otra cosa que la garantía jurídico-constitucional del derecho a la actuación en conciencia”⁶⁹².

Por su parte, BAUCELLS I LLADÓS, previo a sentar su postura sobre la delincuencia por convicción, también aborda como lógica necesidad previa la perspectiva

⁶⁸⁶ El art. 10 de la Constitución española reza: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁶⁸⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

⁶⁸⁸ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 40.

⁶⁸⁹ HUACO PALOMINO; *Artículo 12*; p. 295.

⁶⁹⁰ LUZÓN PEÑA; *Actuación en conciencia*; p. 5.

⁶⁹¹ Esta posición la sostiene en PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 33 y ss y la retoma en PÉREZ DEL VALLE; *La discusión actual*; p. 379.

⁶⁹² PÉREZ DEL VALLE; *La discusión actual*; p. 379. La expresión la toma de STEIN.

constitucional del contenido y alcance de la libertad de conciencia. Entiende que el art. 16 de la Constitución Española consagra una sola libertad: la de convicciones o de creencias a la que se refieren los textos internacionales de los que España es parte. El término “convicciones”, como sinónimo de “creencias”, resulta comprensivo de las concepciones personales de españoles y de extranjeros, atinentes a la relación del hombre con Dios –libertad religiosa– y a las relativas al hombre y a la sociedad –libertad ideológica. A ambas las entiende plasmadas en el art. 16.1, que debe ser leído a la luz del numeral 2 del mismo artículo, inciso que a su criterio engloba en el término “creencias” a las otras dos⁶⁹³. Da todavía un paso más en la interpretación de la libertad en cuestión, al sostener que lo anterior es la razón por la cual los textos internacionales utilizan siempre la expresión “religión o creencias” y “religión o convicciones”, hermenéutica que permite conciliar las “libertades ideológica y religiosa” de la Constitución española con la configuración de la libertad de “creencias” y “convicciones” del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Convenio Europeo⁶⁹⁴. Trasladado el asunto al terreno penal, esta interpretación, que permite a BAUCELLS relacionar el art. 16 de la Constitución con el vocablo “convicción”, le aporta un sólido argumento para fundamentar constitucionalmente el concepto de “actuación por convicción”⁶⁹⁵, que es el meollo de su trabajo.

Como se indicó antes, en su caso parecería haber una relación de género a especie entre libertad de convicciones y libertad de conciencia: así parece desprenderse de su afirmación en cuanto a que la libertad de convicciones se refiere a las convicciones ideológicas y religiosas en general, mientras que la libertad de conciencia, “como especificación de aquellas”, estaría referida a las convicciones morales⁶⁹⁶.

Cabe señalar que, como contenido de esa libertad, entiende a la conciencia como el “conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar”. De tal suerte, considera que aquella libertad es “el dictamen de lo que moralmente puede hacerse u omitirse en una situación concreta en la que se encuentre el hombre” o como “el conjunto de imperativos personales de conducta –de raíz religiosa o no– que poseen para el individuo un rango superior a cualquier otra instancia normati-

⁶⁹³ BAUCELLS I LLADÓS; *La delincuencia por convicción*; pp. 92-95.

⁶⁹⁴ BAUCELLS I LLADÓS; *La delincuencia*; p. 94.

⁶⁹⁵ BAUCELLS I LLADÓS; *La delincuencia*; p. 95.

⁶⁹⁶ BAUCELLS I LLADÓS; *La delincuencia*; p. 102. PÉREZ DEL VALLE discrepa con ese punto de vista, toda vez que observa que ambos derechos fundamentales –la libertad ideológica y la libertad de conciencia– tienen programas normativos diferentes en la constitución. A su juicio, la libertad ideológica ofrece un programa normativo constitucional apoyado en las libertades de expresión, reunión, manifestación o culto. En cambio, la libertad de conciencia, contiene un programa precisado en torno a aspectos regulados en la misma constitución (como la objeción de conciencia al servicio militar) o en torno a un desarrollo de las normas que intentan mantener un equilibrio entre libertad y responsabilidad (como la objeción del médico a practicar un aborto, tratada por el TC). En materia de libertad de conciencia, entiende que lo que está en juego es “la protección de la personalidad frente a las intromisiones del ordenamiento en la conducta del sujeto” (*La discusión actual*; p. 380).

va”⁶⁹⁷. Y, en punto a la cuestión de la conducta exterior, estima que esta libertad importa la garantía de poder actuar de acuerdo con la propia conciencia o convicción moral, religiosa o no. De este modo, vuelve a ligar la Constitución española con la interpretación de los textos internacionales exigida por el art. 10.2: concilia la libertad de convicciones constitucional con la libertad de conciencia de los instrumentos internacionales, que sería la extensión de la protección de las convicciones ideológicas y religiosas a las convicciones morales⁶⁹⁸.

Sintetiza el punto afirmando que el art. 16 CE y los textos internacionales consagran la libertad de creencias o convicciones, tanto religiosas como ideológicas. Esta libertad tiene una doble dimensión: “la interna, definida como el derecho a adoptar las propias convicciones tanto religiosas como ideológicas; y la externa, erigida como el derecho a poder actuar externamente de acuerdo con estas convicciones o creencias”⁶⁹⁹. Es en la segunda dimensión donde tiene su campo de acción, junto a las libertades de opinión y de culto y a la objeción de conciencia, la libertad de conciencia propiamente dicha. Esta es la garantía de que el reconocimiento constitucional se extiende también a las convicciones morales; se trata de un libertad de conciencia agnóstica; y esto permite mantener la distinción entre convicción y conciencia como términos de vigencia constitucional⁷⁰⁰.

BAUCELLS no duda, junto con la mayoría de la doctrina europea, conteste con la posición del Tribunal Constitucional español que se verá seguidamente, que las libertades de convicción y de conciencia comprenden la dimensión externa de actuar de acuerdo a su contenido. Así, entiende que la expresión constitucional “cuando sean manifestadas” del art. 16.1 implica el reconocimiento de que la libertad ideológica y religiosa tienen una dimensión de libre actuación garantizada en la misma Constitución con la única limitación del mantenimiento del orden público⁷⁰¹. Lógicamente, debe entenderse que esa opinión es extensiva a la libertad de conciencia, que ya se ha visto que es para BAUCELLS una dimensión de la libertad de convicciones referida al contenido moral de aquellas.

Orientando el aporte de este autor de cara a los delitos por convicción y por conciencia, y –en cuanto aquí interesa, a los delitos culturalmente motivados– resulta muy interesante resaltar que –a su juicio– las libertades del art. 16.1 son derecho-instituciones indisolublemente unidas al pluralismo político, valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1. CE), por lo que jugarán un papel relevante en la legitimación

⁶⁹⁷ BAUCELLS I LLADÓS; *La delincuencia*; p. 102; con cita de HERVADA y de MARTÍNEZ TORRÓN.

⁶⁹⁸ BAUCELLS I LLADÓS; *La delincuencia*; p. 102.

⁶⁹⁹ BAUCELLS I LLADÓS; *La delincuencia*; p. 106.

⁷⁰⁰ BAUCELLS I LLADÓS; *La delincuencia*; p. 107.

⁷⁰¹ BAUCELLS I LLADÓS; *La delincuencia*; p. 118.

del Estado, la orientación de la política criminal y la resolución de conflictos jurídicos⁷⁰². En sus textuales palabras, “el contenido de esa libertad supondría una garantía del sujeto a actuar de acuerdo con las propias convicciones tanto ideológicas y religiosas como morales, sin ser inquietado por el Estado”, lo cual lo lleva a reconocer “la incidencia de las propias convicciones en el Derecho penal. Nos conduce directamente al conflicto histórico de la “actuación por convicción” –si se trata del ejercicio de convicciones ideológicas o religiosas– y de la “actuación por conciencia” –si se trata de convicciones morales–⁷⁰³. Que –agregamos– conecta con la cuestión de la actuación culturalmente motivada.

JERICÓ OJER también entiende que la libertad de conciencia no se limita a la facultad de conformarla, sino también a la de adecuar los comportamientos a los propios juicios de conciencia, en el sentido de hacer o de omitir comportamientos según el dictado de los imperativos de conciencia⁷⁰⁴.

También el Tribunal Constitucional español, en sintonía con el desarrollo que el derecho fundamental a la libertad de conciencia ha ido experimentando, ha sido contundente en orden a que esa garantía “supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma”⁷⁰⁵, a la que considera una concreción de la libertad ideológica, garantizada en el art. 16 de la Constitución.

En idéntica sintonía ha afirmado también que

la libertad ideológica (...) no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de agere licere, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos⁷⁰⁶.

El caso argentino da lugar a una interpretación similar, que muestra la indiscutible naturaleza constitucional de la libertad de conciencia y su inclusión en la ley suprema. Como ya ha sido referido, si bien el cuerpo del texto constitucional no considera a la libertad de conciencia de manera expresa, desde el año 1994, los tratados internacionales de Derechos Humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, “tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”⁷⁰⁷. Quiere decir, entonces, que el art. 14 de la Constitución consagra desde siem-

⁷⁰² BAUCELLS I LLADÓS; *La delincuencia*; p. 121.

⁷⁰³ BAUCELLS I LLADÓS; *La delincuencia*; p. 122/123.

⁷⁰⁴ JERICÓ OJER; *El conflicto de*; p. 229 y 259.

⁷⁰⁵ Tribunal Constitucional, sentencia 15/1982.

⁷⁰⁶ Tribunal Constitucional, sentencias 120/1990 y 137/1990.

⁷⁰⁷ El art. 75 de la Constitución argentina prevé las atribuciones del Congreso de la Nación y, en lo que aquí interesa establece: “22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con

pre el derecho de cada habitante de la Nación a profesar libremente su culto (libertad religiosa), que ha venido a ser complementado por la libertad de conciencia explícitamente reconocida en los tratados de derechos humanos. Estos instrumentos no solo aluden a dicha libertad, sino que la emparentan directamente con la libertad religiosa, de creencias y de pensamiento, abarcadoras del derecho a adoptar un sistema ético determinado, tal como se desprende de la garantía para padres y tutores de que los menores a su cargo reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones⁷⁰⁸.

Como ya se ha dicho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de que las creencias religiosas de las personas no deben ser excusa para restringirles otros derechos, mientras no se manifiesten en actos prohibidos o perjudiciales para terceros, ya que la pertenencia a un culto constituye una acción privada⁷⁰⁹. En materia de objeción de conciencia sobre la prestación del servicio militar, la doctrina tradicional de la CSJN es que deben prevalecer los deberes constitucionales de proveer a la defensa de la Nación por sobre la libertad religiosa, con el límite puesto en las exigencias del justo orden público⁷¹⁰; no obstante, esa doctrina que fue atemperada por la regla según la cual el servicio militar podía prestarse sin emplear armas, derecho este que debería meritarse según las circunstancias del caso, con atención a que se estuviera en tiempo de guerra o de paz⁷¹¹.

las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

⁷⁰⁸ Art. 12, CADH; art. 18, PIDCP; art. 18, DUDH.

⁷⁰⁹ CSJN; Fallos 302:604.

⁷¹⁰ CSJN; Fallos 304:1524. GELLI señala que este fallo dio pie a la presentación de un proyecto de ley sobre objeción de conciencia, que contemplaba alternativas para sustituir la prestación del servicio militar, que no fue aprobado (*Constitución de la*; p. 177). La discusión en torno a la objeción de conciencia en casos de este tenor hoy está completamente zanjada, toda vez que, en Argentina, el servicio militar ha dejado de ser obligatorio.

⁷¹¹ CSJN; Fallos 312:496; “PORTILLO, ALFREDO S/INFRACCIÓN ART. 44 LEY 17.532”, rto 18/04/89. Para un relevo de todos aquellos casos en los que la CSJN ha debido tratar la cuestión de la objeción de conciencia, ver GELLI; *Constitución de la*; en el análisis del art. 14 de la C.N., puntos 15.1., 15.2, 15.3, 15.3.3 y 16.5. GELLI señala que, si bien la objeción de conciencia es una forma de respetar a las minorías en sociedades cada vez más plurales, “exacerbada, puede desarrollar individualismos extremos que entorpezcan la solidaridad y la convivencia social” (p. 346).

En cuando a la profesión pública de un credo religioso, en Argentina siempre ha habido un estrecho lazo entre la Iglesia Católica y el Estado –no siempre libre de controversias ni de tensiones– y la religiosidad católica mantiene hasta hoy un fuerte influjo social y cultural. Esa circunstancia no ha implicado menoscabo alguno a la libertad de conciencia y de culto del resto de los habitantes, lo que ha llevado a afirmar que la sociedad argentina se ha caracterizado por no ser hostil a las diferentes religiones ni a quienes no tienen una⁷¹². En ese marco es habitual que en los despachos de las autoridades públicas se exhiban símbolos religiosos lo que, en general, no ha merecido reparos, con la excepción del caso de la “Virgen en Tribunales”⁷¹³, sobre la que ya hemos dicho que la Corte pareció inclinarse por considerar inconstitucional su exhibición en el hall de entrada del edificio donde funcionaba el órgano máximo de uno de los tres poderes del Estado: la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷¹⁴.

En síntesis de lo hasta aquí dicho, el derecho a la libertad de conciencia garantizado por las constituciones analizadas importa la potestad de conformar, mantener y manifestar las ideas y creencias derivadas del sistema ético-valorativo según el cual se elija gobernar la propia vida. Aquel conjunto de ideas y creencias, de acuerdo a la intensidad del arraigo en el individuo, conformarán las “convicciones” –*lato sensu*– que serán el objeto material de protección del derecho en cuestión.

Este último –insisto– es comprensivo de las manifestaciones externas de la conducta, es decir del desarrollo del comportamiento individual, conforme a los juicios de conciencia. O sea, de la libertad de organizar y desenvolver la propia vida de acuerdo a los principios y valores que dicta la moral. Justamente, es esta exteriorización la que puede dar origen a los conflictos de conciencia con trascendencia jurídica y, más precisamente, jurídico-penal. Si la cuestión quedara reservada al plano interno del individuo, no habría posibilidad de tensión alguna con el sistema ético-social consagrado por el derecho.

Para concluir este apartado, entonces, es indiscutible que el derecho protege la conciencia personal de los individuos, en tanto esta consiste en la facultad de emisión de juicios morales y de obrar en consecuencia. Sin embargo, no toda actuación en conciencia será objeto de protección ni gozará de la garantía del ejercicio absoluto, sino que ciertas manifestaciones de ese mismo ejercicio podrán eventualmente requerir

⁷¹² GELLI; *Constitución de la*; p. 177.

⁷¹³ Comentado en el capítulo I. B) 1. ii), apartado c.

⁷¹⁴ En el ámbito interamericano, la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido un desarrollo modesto, cuyas sentencias fundamentales se vinculan a la libertad de conciencia y religión de manera indirecta, a través del derecho indígena a la identidad cultural (Corte IDH, *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; Corte IDH, *Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C N°. 124 y Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C N°. 105).

la intervención del derecho penal. Ello así, en función de tres sintéticos argumentos que da PÉREZ DEL VALLE: a) los juicios de conciencia inciden en los comportamientos externos y, en consecuencia, en conductas que en ocasiones estarán reguladas por el derecho penal; b) en nuestro marco constitucional, la libertad de conciencia es entendida como el derecho de adecuar el comportamiento externo a las exigencias de los propios juicios de conciencia; c) por tanto, dichos juicios de conciencia, al ser traducidos en conductas externas, bien pueden infringir normas penales⁷¹⁵. Todo ello enmarcado en el límite, también de raigambre constitucional, trazado por los intereses y los derechos de terceros y del bien común.

En este sentido, dejando de lado en este trabajo la discusión acerca de si el Estado está legitimado para emitir juicios de valor acerca de la corrección o incorrección –de lo bueno o lo malo, en el sentido del Tribunal Constitucional Alemán– y de los juicios de conciencia de los ciudadanos y enfatizando que el derecho de libertad de conciencia asegura que cada individuo pueda actuar según lo exigido por su conciencia, lo que sin duda el Estado podrá juzgar es si una determinada actuación es o no es una auténtica decisión en conciencia. Si lo es, podrá evaluar si la misma ha traspasado los límites establecidos. Es decir, los límites de lo tolerable. A la luz de esta idea, parece indiscutible que el derecho penal tendrá un papel protagónico en el establecimientos de esas fronteras.

II. A) 4. Los juicios de conciencia y las decisiones de orden cultural en el derecho penal.

Para comprender acabadamente lo anterior, hay que destacar que no todo aquello que sea pasible de ser calificado como juicio de conciencia debe ser originario y propio de la cultura occidental. Puede haber perfectamente motivaciones y deberes de tal tenor procedentes de culturas foráneas culturalmente⁷¹⁶. Ahora bien, el reconocimiento de que una conducta determinada tuvo basamento en una decisión de conciencia o en el origen cultural no significa que, sin más, merezca un tratamiento privilegiado. Así como el principio de tolerancia exige admitir juicios de conciencia ajenos a nuestra cultura, los límites de la tolerancia exigen que no todo pueda recibir un tratamiento privilegiado en general y en el derecho penal, en particular⁷¹⁷.

⁷¹⁵ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 41.

⁷¹⁶ Se justifica la expresión “foráneas culturalmente”, para evitar decir “extranjeras”, lo que dejaría fuera de consideración a los pueblos indígenas.

⁷¹⁷ Este discernimiento entre lo tolerable y lo que no lo es; o entre lo admisible y lo inadmisible; o entre lo bueno y lo malo que, a primera vista, podría ser entendido como el ejercicio de categorizaciones discrecionales y hasta arbitrarias del derecho y del jurista o bien de la moral y del moralista y que incluso podría ser considerado signo de etnocentrismo, no es ajeno a la ciencia que por antonomasia se encarga del estudio de las culturas: la antropología cultural. En efecto, con relación al relativismo

Como corolario de la evolución que ha experimentado la interpretación de la garantía de la libertad de conciencia, su mismo nombre justifica que en el ámbito penal, se hable más bien de autor de conciencia –apelando a la terminología introducida por WELZEL– para aludir a los supuestos en los que juicios interiores morales, configuradores de verdaderos deberes de conciencia, entran en colisión con el ordenamiento penal, al extremo de que se opte por infringir este. Son casos, en definitiva, en los que la norma ética tiene mayor poder vinculante para el sujeto que la estatal. Esa denominación expresa de manera diáfana la conexión con el derecho fundamental constitucional y la influencia de éste en el ámbito penal, puesto que aquella garantía protege las convicciones morales del hombre que consagran deberes éticos.

Sin embargo, conviene reservar la expresión “autor de convicción” para los supuestos en los que, aunque haya conflicto de valores, el individuo no decida en términos de cumplimiento de un deber moral de mayor peso normativo que el jurídico, sino por alguna otra inclinación no determinada estrictamente por influjo de valores éticos, aun cuando pueda estar emparentada con valores de aquel tenor que lo lleven a objetar la norma⁷¹⁸, como ocurre ante el terrorismo. En suma, diría que el autor de convicción sería aquel cuya conducta, incluso frente a ciertas referencias de tinte moral, sea movida en realidad por otra clase de tendencia espiritual; en otros términos, los valores éti-

cultural, la autorizada voz de HARRIS afirma: “[t]odos los antropólogos culturales son tolerantes y sienten curiosidad por las diferencias culturales. Algunos, no obstante, han ido más lejos y adoptado el punto de vista conocido como *relativismo cultural*, con arreglo al cual toda pauta cultural es, intrínsecamente, tan digna de respeto como las demás. Aunque el relativismo cultural es una manera científicamente aceptable de referirse a las diferencias culturales, no constituye la única actitud científicamente admisible. Como todo el mundo, los antropólogos también se forman juicios éticos sobre el valor de las diferentes clases de pautas culturales. No hay por qué considerar el canibalismo, la guerra, el sacrificio humano y la pobreza como logros culturales valiosos para llevar a cabo un estudio objetivo de estos fenómenos. Nada hay de malo en tratar de estudiar ciertas pautas culturales porque se desee cambiarlas” (*Antropología*; pp. 30-31).

Las palabras de HARRIS pueden ser aplicadas al caso de las mutilaciones de clítoris y a la relación con nuestra disciplina: el derecho penal. Por mucho que pueda haber casos que obedezcan a razones de conciencia y no a meras convicciones, el derecho penal de nuestros Estados no puede tolerar prácticas semejantes, que hacen zozobrar los pilares de los derechos fundamentales, natural y constitucionalmente reconocidos. Un caso como el propuesto evidencia, en términos de jerarquía de los derechos fundamentales, que incluso uno de tan elevada importancia como la libertad de conciencia tiene un menor rango constitucional que los derechos a la vida y a la integridad física de terceros comprometidos, por lo que no puede prevalecer sobre ellos⁷¹⁷. Esto no significa, desde luego, que no pueda morigerarse el tratamiento penal de casos en concreto, cuestión que queda reservada para un momento posterior de este estudio.

De todos modos, la cuestión no es fácil de resolver, como lo muestran algunas situaciones que siempre han sido complejas para la doctrina y para jurisprudencia, a la hora de trazar la línea divisoria entre derechos fundamentales. Por ejemplo, una situación dilemática se presentaría ante un padre testigo de Jehová que se opusiera a que su hijo menor de edad recibiera una transfusión sanguínea necesaria, a criterio médico, para salvarle la vida. A la hora de privilegiar derechos, cabe preguntarse si el Estado no debería actuar coactivamente, para preservar la integridad física de alguien que no puede decidir por sí mismo. El problema, por cierto, es de muy difícil respuesta y el debate permanece abierto.

⁷¹⁸ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR remarcan que algunos autores llaman autor por convicción al que solo es un objetor de la norma y autor por conciencia (o por conciencia disidente) al que la incumple por sentir que así debe hacerlo por un deber de conciencia (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; pp. 704).

cos o religiosos que pretenda defender o reivindicar no “exigirían” el delito cometido como única forma de resguardo o respeto. La conducta delictiva, entonces, no sería necesaria en términos ético-filosóficos, sino que habría opción de actuar distinto. Asimismo, entonces, esas dos expresiones para hacer referencia a casos de distinta significación⁷¹⁹.

⁷¹⁹ Esta diferencia entre autores de conciencia y de convicción introducida por WELZEL es asumida, entre otros, por PÉREZ DEL VALLE (en *Conciencia y derecho penal* y *La discusión actual*) y LUZÓN PEÑA (*Actuación en conciencia*). En su intento de encontrar una diferencia material entre ambos conceptos, PÉREZ DEL VALLE, partiendo de los casos de oposición a la ley injusta y de oposición de la conciencia errada a la ley justa en la convicción de que es injusta, entiende que en ambos supuestos el autor maneja un concepto de justicia que considera imprescindible. Aun en caso de conciencia invenciblemente errónea (sin responsabilidad por el error), considera que la carga de responsabilidad no puede caer sobre el autor cuando éste no se ha manifestado como infiel al derecho. Encuentra que la clave para hallar la diferencia sustancial entre distintos grados de formación de la conciencia pasa por la disposición frente al derecho como orden justo, que se manifiesta en la conciencia del autor, y no por los grados de formación de la conciencia como ocurre en el error de prohibición (*La discusión actual*; p. 387). En cambio, la convicción basada en la enemistad sustancial con la comunidad política no merece que el autor quede descargado de su responsabilidad, sino que, al contrario, merece soportar las consecuencias adversas de su hecho, como ocurre en el caso de los terroristas, que no pueden gozar de exclusión o atenuación de pena alguna, so pretexto de que actúan movidos por su ideología. Solo quien padece un conflicto de conciencia incompatible con el comportamiento exigido por el ordenamiento jurídico puede resultar descargado de responsabilidad (p. 389). Recuérdese que para PÉREZ DEL VALLE, según sea el caso concreto, la cuestión de la actuación en conciencia puede ser leída: 1) en clave de conflicto de intereses, en caso de que colisionen un deber ético-individual y uno jurídico, respecto de intereses de distinta jerarquía reconocidos por el derecho como tales. Esta perspectiva lleva la cuestión al plano de la justificación en términos de estado de necesidad por conflicto de intereses, de forma tal que el hecho de que para el sujeto haya un conflicto de deberes de por medio –entre uno ético, referido al ejercicio de la libertad de conciencia, y otro jurídico– pierde toda relevancia jurídica (pp. 167-185 y 305-306); o bien 2) en clave de inexigibilidad, en virtud de la relevancia que puedan tener las convicciones emanadas de deberes morales, a partir de la libertad de conciencia como derecho fundamental, en cuyo caso la cuestión se anclaría en la categoría dogmática intermedia de la responsabilidad por el hecho, con la consabida disminución de lo ilícito, que acarrea mengua o exclusión de la pena. En este caso, a diferencia del anterior, PÉREZ DEL VALLE estima que hay efectivamente un conflicto de deberes insoluble –entre uno moral y otro jurídico–, pero ya sin correlato con intereses protegidos por el derecho, que debe ser resuelto a partir de la idea de una exigibilidad disminuida (p. 306-307).

BAUCELLS I LLADÓS, quien sostiene un contrapunto con PÉREZ DEL VALLE, fundamenta la distinción de las dos clases de actuación en argumentos divergentes y coloca la cuestión en la categoría dogmática del error de prohibición. A su juicio, no hay razones plausibles para que en el terreno constitucional se establezcan límites o diferencias sustanciales de naturaleza entre conciencia y convicción, aún cuando en la órbita penal quepa diferenciar ambas categorías. A partir de este criterio unitario, BAUCELLS entiende que no hay diferencias sustanciales entre la actuación en conciencia y la actuación por convicción, sino más bien una distinción que podría calificarse de género a especie (*La delincuencia por convicción*). Según su interpretación, el art. 16 de la CE tutela una única libertad: la de creencias o convicciones. Desde el prisma del derecho penal, la convicción del art. 16 de la CE da un sólido argumento para fundamentar constitucionalmente la “actuación por convicción” (pp. 92-95). Por su parte, la libertad de conciencia, como especificación de las libertades ideológica y moral, se refiere a las convicciones esencialmente morales (p. 102). De ese modo, es posible mantener la distinción, en términos de vigencia constitucional, entre convicción y conciencia y fundar la actuación según una y otra a nivel penal (p. 107). Ahora bien, a la hora de definir constitucionalmente a la convicción y a la conciencia, BAUCELLS considera que debe rechazarse la acepción ordinaria del término para buscar una técnico-jurídica, de modo tal de evitar que el derecho y los jueces juzguen respecto de la corrección moral de la opinión del ciudadano. Se lanza a la búsqueda de tal concepto buceando en las aportaciones de KANT sobre los imperativos categóricos y los hipotéticos. A partir de ello, concluye que el deber moral como imperativo categórico, caracterizado por los requisitos de autonomía y humanidad, marcará la distinción entre una decisión en conciencia y otra realizada por inclinaciones de simple convicción ideológica o religiosa. Así entendida, la conciencia se presentará como un concepto en sintonía con el texto constitucional, por ser respetuoso del concepto de persona propio de un Estado democrático de derecho y del supremo principio de pluralismo político del art. 1.1 CE, a dife-

En suma, las decisiones de hacer o de omitir –incluso contra el derecho positivo–, protegidas por la libertad de conciencia se relacionan con la libertad de pensamiento y con la religiosa, con el común denominador de que comprometen decisiones tomadas conforme el sistema de normas morales asumido como propio; el derecho penal solo tomará en cuenta esas decisiones en tanto se traduzcan en infracciones a normas cuya consecuencia jurídica sea una pena. Para que sean relevantes penalmente, es preciso que las convicciones hayan tenido tal fuerza a la hora de sopesar la contradicción entre ambos órdenes normativos, que la decisión de violar el ordenamiento estatal se le haya presentado al sujeto como una auténtica necesidad, es decir, como un imperativo moral.

II. A) 4. i) Algunas manifestaciones concretas del ejercicio de la libertad de conciencia en el plano del derecho penal.

α. Perspectiva doctrinal.

En primer término debe considerarse que, si bien originariamente se estimaba que las manifestaciones en conciencia tenían mayor incidencia en los casos de los delitos de omisión, en tanto era más habitual que el ordenamiento positivo impusiera mandatos que contradijeran los principios morales de su destinatario al obligar a llevar a cabo acciones contrarias a aquellos, lo cierto es que también se producen conflictos morales frente a prohibiciones; es decir, a tipos activos que sancionan la organización defectuosa por la cual se lesionan bienes jurídicos de terceros⁷²⁰. El sujeto se puede sentir compelido a actuar movido por juicios de conciencia, aún si su conducta entra en contradicción con figuras penales legisladas por el Estado.

Esto último reviste muchísima importancia a la hora de ir perfilando estas reflexiones en materia de multiculturalismo. Piénsese, por ejemplo, en las mutilaciones genitales de niñas y mujeres, que encuadrarían en figuras de lesiones; se trata de un

rencia de la idea de deber orientada a las categorías del bien y del mal, propuestas por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y por la doctrina clásica (pp. 134-136). Concretamente respecto de las actuaciones por convicción y por conciencia, siempre desde la perspectiva kantiana, afirma que “[m]ientras la convicción estará motivada realmente por inclinaciones religiosas o políticas (un imperativo hipotético), la auténtica decisión de conciencia es un deber moral puro (un auténtico imperativo categórico)” (p. 139). El imperativo categórico, como decisión moral con pretensión de universalidad, resulta –continúa– respetuoso de la idea kantiana del hombre como fin en sí mismo, presente en el Estado democrático de derecho, desde el momento que existe la aspiración constitucional de que la dignidad humana sea el fundamento del orden y de la paz social (art. 10.1 CE) y de que todos los ciudadanos se sometan a la Constitución y a la ley (art. 9.1 CE). Empero, a los efectos dogmático-penales y de política criminal, opta por mantener la distinción entre convicción y conciencia, puesto que puede ser de utilidad a los efectos de determinar si la circunstancia de que la decisión de actuar no se hubiera tomado por inclinaciones políticas, sociales o religiosas (imperativos hipotéticos), sino por puro “deber moral” (imperativo categórico), podría ser merecedora de algún tratamiento especial (pp. 140-142).

⁷²⁰ Ver al respecto JERICÓ OJER; *El conflicto*; p. 218-224 y 229-231.

claro ejemplo de delito doloso de comisión que se lleva a cabo por motivaciones de conciencia, ya sea de contenido religioso o cultural, como muestra de pertenencia comunitaria y de respeto a las tradiciones del grupo e, incluso, como un bien destinado a quienes las padecen, en aras de asegurarles una “buena” vida adulta en la comunidad. Lo mismo puede decirse de los crímenes por honor, que también han sido reseñados en el capítulo anterior. Se cometen homicidios –en muchos casos, agravados por el vínculo– de menores de edad respecto de quienes sus padres consideran que no respetan debidamente las costumbres de su comunidad. También las penas de azotes o de ceпо infligidas en ciertas comunidades indígenas a infractores al derecho comunitario podrían llegar a ser calificadas como delitos de lesiones o de privación ilegítima de libertad o de torturas, separadamente o en concurso, todos ellos, tipos activos de comisión.

Vayan esos ejemplos, entonces, como muestra de que, en orden a los conflictos de conciencia de matriz cultural, los delitos de comisión, contruidos sobre el *neminem laedere*, cobran suma relevancia, por oposición a las opiniones tradicionales. Estas últimas –sin dudas, con justa razón en atención a cuál era el tipo de supuestos que daban lugar a los conflictos de conciencia con mayor frecuencia: objetores al servicio militar, a transfusiones sanguíneas y a prácticas abortivas– generalmente interpretaban a la libertad de conciencia como un derecho de omisión⁷²¹, asegurado a quienes omitiendo actuar preservaban su espíritu de sufrir daño o violencia. LUHMANN⁷²², por su parte, entiende que, en el terreno de los juicios de conciencia, el orden social puede adaptarse mejor a omisiones antijurídicas que a acciones agresivas antijurídicas. En nuestra opinión, esta última afirmación resulta acertada, ni bien se repare en los ejemplos de delitos motivados culturalmente citados, sin ir más lejos, en el párrafo anterior. En términos mayoritarios, causa gran conmoción social que se *cometan*, que se lleven a cabo acciones como las descritas, mucho más cuando los autores tienen lazos de parentesco con las víctimas. Ello no se debe solamente a su completa ajenidad a los valores socialmente aceptados en Occidente –extremo sin duda de gran peso en la provocación de repudio–, sino a la supuesta mayor gravedad que revisten las acciones positivas en sí mismas respecto del no cumplimiento de imperativos, porque aquellas dañan bienes jurídicos que no estaban en peligro antes de la acción del agresor; es decir, el factor perjudicial para el interés tutelado es introducido por el autor. Esa es la razón por la que la doctrina tradicional, esgrimiendo una expresión muy gráfica, ha se-

⁷²¹ ARNDT, Adolf; *Das Gewissen in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung*; en N.J.W. 1966; pp. 2204 y ss; citado por PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 118.

⁷²² LUHMANN, Niklas; *Die Gewissensfreiheit und das Gewissen*; en A.Ö.R. 90-1965; pp. 257 y ss; citado por PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 118.

ñalado que las acciones contrarias a conciencia son más onerosas (y frecuentes) que las omisiones⁷²³.

En esa línea, LUZÓN PEÑA estima que el tratamiento diferenciado, en materia de conflictos de conciencia con relevancia penal, se encuentra justificado. En su opinión, la diferencia entre el incumplimiento de mandatos y el quebrantamiento de prohibiciones será una línea divisoria a tener en cuenta para distinguir la causa de justificación de la de exculpación o morigeración de la culpabilidad. Sostiene que –al margen de los casos admitidos legalmente– cuando en la ponderación de intereses tenga mayor peso aquel dirigido a la realización de la actuación exigida por el derecho que la salvaguarda de la libertad de conciencia, no estarán justificadas las actuaciones en conciencia, ni en delitos comisivos ni en delitos omisivos⁷²⁴. En ambos casos, la conducta continuará siendo antijurídica, pero, si el conflicto de conciencia es extremo y se dan determinadas circunstancias que lo hagan normativamente comprensible⁷²⁵, estima que se podrá disculpar por inexigibilidad penal subjetiva, como causa de exculpación supralegal. En otro caso –por tanto, si no hay conflicto extremo o la conducta no resulta normativamente comprensible– habrá una exigibilidad penal individual disminuida y una exculpación parcial.

No obstante, a nuestro juicio, dado el desarrollo y extensión que ha alcanzado la garantía de la libertad de conciencia como derecho fundamental y los desafíos de las nuevas configuraciones que presentan las sociedades multiculturales, hoy en día no hay razones plausibles para tener una mirada diferenciada entre acciones y omisiones en conciencia en punto a su posibilidad de dar lugar a delitos motivados culturalmente⁷²⁶. Ello al margen de que las decisiones que se tomen motivadas en juicios inte-

⁷²³ Sobre esta cuestión, enfatizando la mayor gravedad de las conductas activas y, en su caso, de las omisiones impropias llevadas a cabo por motivos de conciencia respecto del no cumplimiento de un mandato por idénticas razones, LUZÓN PEÑA; *Actuación en conciencia*; p. 7. Por su parte, JERICÓ OJER se encarga de remarcar que, si bien tanto las acciones como las omisiones pueden dar lugar a conflictos de conciencia, “la mayoría de los supuestos van a aparecer cuando el sujeto se enfrente ante un deber jurídico que le ordene la realización de una determinada conducta, es decir, cuando se trate de un deber de acción y el deber interno exija al individuo abstenerse de la realización de una conducta debida” y, seguidamente, se encarga de desarrollar los fundamentos de esa afirmación. Dicho de modo sucinto, para la autora, el meollo de la cuestión finca en el diferente modo de protección que reclaman los bienes jurídicos primordiales, respecto de cuya tutela reina consenso social (vida, salud, libertad), generalmente amparados por deberes de abstención (no mates, no dañes la salud, no prives de libertad), de los bienes jurídicos amparados mediante deberes de acción (paga impuestos, sé solidario, sé autoridad electoral). Estos últimos, por no tener el mismo reconocimiento colectivo que los primeros, pueden dar lugar con mucha mayor frecuencia a situaciones de colisión de deberes (*El conflicto*; p. 229-231).

⁷²⁴ LUZÓN PEÑA; *Actuación en conciencia*; p. 11.

⁷²⁵ Traducidas en la casi total anulación de la accesibilidad normativa por la presión del mandato moral; son circunstancias que coartan la posibilidad de motivarse en la norma jurídica por la superioridad de la norma de conciencia.

⁷²⁶ Incluso PÉREZ DEL VALLE, quien en *Conciencia* (p. 302) había defendido la existencia de una diferente medida de inexigibilidad entre comportamientos activos y omisivos determinados por la decisión de conciencia del autor, más tarde cambió su opinión, en el sentido de que la exclusión de la pena sobre la base de la disminución de lo ilícito era compatible con una concepción en la que resul-

riores, pero en infracción al derecho penal, sean consideradas o no constitutivas de injusto o de delito, con todos los posibles matices dogmáticos que tales calidades permitan suponer.

Sin perjuicio de esa opinión personal, es pertinente repasar los casos más habituales en los que se han registrado conflictos de conciencia con incidencia penal, pero no será este el lugar para tratar las distintas soluciones que se han ofrecido sobre cada uno, más allá de relevar algún aporte dogmático que pueda iluminar las soluciones que luego se persigan en este trabajo. Es que los juristas han debido ocuparse de algunas situaciones muy complejas, que han sido merecedoras de muy diversas respuestas –profunda y extensamente elaboradas–, que no hacen al objetivo de este estudio. De otro modo, este trabajo se tornaría excesivamente extenso.

En ese catálogo se cuenta el homicidio en omisión impropia, de los que el historial de la jurisprudencia registra bastantes casos vinculados con testigos de Jehová⁷²⁷. Sabido es que estos, en virtud de una peculiar interpretación de la Sagrada Escritura, no aceptan que se les realicen transfusiones de sangre, para evitar resultar impuros. Pues bien, en tanto la persona mayor de edad rechace el tratamiento médico para sí misma, bien puede interpretarse que el art. 4 de la Ley Fundamental de Bonn, releva a los familiares de toda posición de garante. En efecto, quien conscientemente decide que no se le realice la práctica indicada por los médicos no puede ser obligada en contra de su voluntad ejercida con respaldo constitucional; tampoco se puede castigar al familiar que no obligue al paciente a tomar otra decisión. Sería contradictorio que el derecho castigara el respeto al ejercicio del derecho de un tercero –relativo a su autodeterminación sin injerencia perjudicial para otros–, al que a su vez otorga jerarquía constitucional. Si la libertad de conciencia está asegurada para su titular, no sería aceptable que se castigara a terceros que respetaran y aceptaran su ejercicio.

taba irrelevante la distinción entre acción y omisión, en razón de que el contenido de ilicitud no era diverso según la forma activa u omisiva de conducta (*La discusión actual*; p. 374). En este punto, venimos a coincidir con esta segunda postura de PÉREZ DEL VALLE en cuanto a que no hay razón para tratar a ambas formas de manifestación de la conducta de manera diversa, si bien por diversos fundamentos. En efecto, en otro lado, ya hemos tenido oportunidad de expresar los fundamentos por los que no compartimos la idea de instituciones positivas y negativas como fundamentación del ilícito, en el sentido de JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, entre otros. Al respecto, ver RESTON; *Los delitos de infracción de deber*. No obstante, compartimos que la clave no pasa por la distinción entre acciones y omisiones, puesto que no estamos convencidos de que las acciones positivas siempre importen un mayor contenido de injusto que las omisiones. Quien se encuentra en posición de garante, ante una omisión, quizás comete un injusto de igual o mayor gravedad que quien lleva a cabo una conducta activa, sin ser guardián del bien jurídico tutelado. Creemos que, al margen de lo que se verifique con más frecuencia, no puede establecerse una regla general en punto a si las acciones o las omisiones, en todos los casos, importan un mayor o menor contenido de injusto.

⁷²⁷ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 119 y ss.

β. Algunos apuntes sobre la doctrina alemana.

Muy distinto es el panorama en el caso de menores de edad, para quienes los padres rechazan el tratamiento, supuesto del que también se ha ocupado la doctrina especializada⁷²⁸. Y, para agregar dificultades, se encuentra también comprometida la responsabilidad de los profesionales médicos, sea que decidan actuar o que decidan omitir, con diferentes consecuencias según los pacientes sean adultos –en estado de lucidez o de inconsciencia– o niños. Al elenco se suma también la omisión del deber de socorro respecto de la cual la doctrina alemana tradicionalmente ha interpretado que la exigibilidad es un elemento de la tipicidad, es decir del ilícito. Constatado entonces un auténtico conflicto de conciencia que le impida al sujeto adecuar su comportamiento a la ley, en el sentido del art. 4 de la Ley Fundamental, podría desaparecer la exigibilidad de auxilio, en cuyo caso la conducta sería atípica⁷²⁹.

Este planteamiento de la doctrina española, sin duda, es deudor del debate en Alemania en los años sesenta del siglo XX, a partir de decisiones jurisprudenciales –generalmente relativas a la prestación del servicio militar, al rechazo del servicio sustitutorio o al rechazo a las transfusiones de sangre–; la doctrina alemana ha creído ver los efectos irradiantes del art. 4.1 de la Ley Fundamental de Bonn también en el ámbito de la justificación. Dicho en pocas palabras, ese numeral implicaría la autorización de los comportamientos infractores al derecho penal motivados en juicios de conciencia, circunstancia que los justificaría con exclusión del injusto. En este contexto, el asunto está planteado en términos de colisión de deberes: el deber moral entra en choque con el jurídico y habrá que ver cuál corresponde, constitucionalmente hablando, que prevalezca, en función de cuál sea el interés preponderante entre los protegidos por ambos.

⁷²⁸ Así, LUZÓN PEÑA interpreta que los padres que impiden la práctica de la transfusión al hijo menor incurren en tentativa de lesiones y hasta de homicidio en comisión por omisión, no solo por su posición de garantes, sino por tratar de impedir un curso causal salvador con el cual la vida y la integridad física del menor estará garantizada o en menor peligro. Apelando a la ponderación de intereses que este autor estima que se impone efectuar a la hora de evaluar los conflictos de conciencia con consecuencias penales (a la que se ha hecho referencia en el texto), considera que en tanto se trate de la mentada comisión por omisión o de una omisión de auxilio, habrá que inclinarse por que la preservación de la vida y de la salud ajena siempre deba prevalecer a la libertad de conciencia. No obstante lo cual no descarta la posibilidad de exculpación, de no haber peligro de repetición de la conducta (*Actuación en conciencia*; pp. 8 y 13). También PÉREZ DEL VALLE trata este caso, pero con un enfoque distinto, en el que incluye el factor de los mecanismos sociales de sustitución (*Conciencia*; pp. 135-136).

⁷²⁹ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; pp. 136-137, quien discrepa con ese punto de vista. A su criterio, lo único que pertenece al tipo de omisión del deber de socorro es la situación generadora del deber, es decir el desamparo y el peligro de la persona que necesita auxilio, contenidos en los arts. 195 del C.P. español, del 108 del argentino y del 323c del alemán. El hecho de que esos tipos penales contemplen la circunstancia de que la prestación de ayuda no comporte riesgo para el garante es la expresión de que la pena deberá ser excluida en caso de inexigibilidad, pero ello no supone que la exigibilidad sea un elemento típico. El tipo de omisión se configurará de todos modos, al margen del peligro hipotético para el omitente, ya que el riesgo que este corra será una limitación de la exigencia del cumplimiento del deber, el cual –a su criterio– no pertenece al tipo ni desaparecerá porque exista tal peligro. Ante este, el ordenamiento penal disminuye sustancialmente la exigencia de cumplimiento del deber de socorro, que igual subsiste (ver pp. 139-141).

Este enfoque, en el que un deber claramente configurado como jurídico se contrapone a un deber que no lo está, es un aspecto relevante en orden al objeto de este trabajo.

1. En esta perspectiva, PETERS considera que las decisiones en conciencia representan el seguimiento de un orden de valores objetivo, del cual se derivan las decisiones acerca de lo bueno y de lo malo⁷³⁰. La negación de ese orden conduciría directamente a la negación de la propia personalidad individual y, desde el punto de vista religioso, a la pérdida de la vida eterna. Las decisiones motivadas en juicios de conciencia se fundamentan en el entendimiento de que el hombre es un ser libre, relacionado con Dios y con otros hombres. El mérito personal consiste en que, sabiéndose sometido a un orden superior a él desde el cual actúa, el hombre busca comprenderlo y encontrar las soluciones adecuadas. Para evitar caer en el subjetivismo, en la formación del juicio de conciencia será vital tener en cuenta la voz de la autoridad y de otros miembros de la sociedad. Así, la decisión de conciencia genuina es aquella que es fruto de la reflexión auténtica y que no desaparece porque los otros lleguen a una decisión contraria o diferente. Eso explica que desobedecer ese juicio de carácter obligatorio se traduzca en la pérdida de sustancia personal, en relación con Dios o con uno mismo. Como la decisión de conciencia se fundamenta en criterios objetivos, tiene de la objetivación –a pesar de la subjetividad que le es inherente– en tanto el obligado por aquella desea que sea compartida por los demás⁷³¹. En ese contexto, la libertad de conciencia no es ilimitada, sino que reconoce un coto en la libertad de los demás. Concluye que quien actúa dentro de los límites marcados por su conciencia resulta amparado por el art. 4 y, en consecuencia, libre de toda coacción. Su punto de vista evidencia que asume, en materia de libertad de conciencia, una mayor relevancia de las omisiones que de las acciones, al margen de que estas también puedan estar motivadas en conciencia (recuérdese que las acciones son muy relevantes, a los fines de los delitos culturalmente motivados). Para este autor, merced al amparo constitucional del que goza el derecho, el juez se debe limitar a analizar si el autor ha obrado en conciencia o no, pero sin juzgar la corrección del juicio en sí mismo. En función de que la decisión de conciencia se orienta a lo bueno y a lo malo, es decir que pertenece al ámbito de lo ético, PETERS marca un contrapunto con la decisión motivada por convicción, que se dirige más bien a lo correcto o más conveniente. A su criterio, por ejemplo, las opiniones políticas se en-

⁷³⁰ PETERS, Karl; *Überzeugungstäter und Gewissenstäter*, en "Festschrift für Hermut Mayer"; Berlin; Duncker & Humblot; 1966; citado por PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; pp. 151-153. También JERICÓ OJER; *El conflicto*; pp. 164/166.

⁷³¹ JERICÓ OJER; *La decisión*; pp. 165-166.

rolan en esta categoría y solo en casos extremos pueden llegar a configurar una decisión de conciencia⁷³².

2. Para WELZEL, por su parte —a cuyo aporte sobre la diferencia entre autor de conciencia y autor de convicción, ya nos hemos referido—, “la decisión de conciencia es aquella decisión adoptada con la máxima seriedad en la lucha por el conocimiento de lo moralmente correcto”⁷³³. Tiene que tratarse, por tanto, de una decisión ética auténtica; es decir, orientada por las categorías de lo bueno y de lo malo y que el autor experimenta interiormente como vinculante y obligatoria; imperativa y, por ende, necesaria. Por tanto, a pesar de que conoce la norma prohibida, su conciencia no la considera obligatoria para sí, conformándose la conciencia disidente que lleva a la infracción. Debe presentarse no como un mero juicio de valor discrepante, sino como una norma de conducta obligatoria ineludible. Este conflicto deriva en una contradicción insoluble de pretensiones obligatorias⁷³⁴. Con respecto a su incidencia jurídica, destaca que su relevancia está dada porque no siempre es posible proclamar una identificación entre las exigencias subjetivas de la conciencia y las pretensiones de carácter objetivo del ordenamiento jurídico. Esa discrepancia puede dar lugar a tensiones trágicas en la existencia individual⁷³⁵. En efecto, la conciencia obliga al sujeto a realizar el acto que considera correcto y es ahí donde estriba la máxima tensión entre derecho y conciencia, toda vez que el hecho de que el hombre no pueda renunciar a lo exigido por su conciencia no lo dispensa de la obligación de respeto y protección al orden jurídico; en ese sentido, hace primar, como regla general, el deber de obediencia al derecho. La validez y la fuerza obligatoria del derecho no puede ser dependiente de su admisión por parte de la conciencia del individuo; de otro modo, sería imposible mantener la integridad del orden supraindividual y asegurar la protección de los bienes jurídicos⁷³⁶.

Sin embargo, la primacía de la ley frente a la conciencia podrá afirmarse, en tanto estén presentes tres condiciones, a saber: que la ley represente un intento de orden social que pueda lograr aceptación en conciencia por parte de sus destinatarios o ser una pretensión de justicia; que la ley se limite a las reglas generales de la vida en sociedad, es decir a un *mínimum ético*, de modo que cuanto más se intente establecer

⁷³² Si bien no es pretensión de este trabajo efectuar un estudio exhaustivo de la decisión de conciencia y de su relación con la decisión de convicción, no podemos dejar de señalar que la opinión de PETERS, una de las más escuchadas en esta materia, no ha dejado de ser controvertida. En efecto, se han alzado voces que rechazan ese segundo lugar o menor relevancia que parece darle a las decisiones de convicción, como si fueran algo menor en el universo de las decisiones humanas, amén de que se ha criticado que se desmerezca el lugar que las motivaciones políticas tienen en las decisiones de la conciencia. En este sentido, SILVA DIAS; *Decisões de Consciência*; 1986; 62, citado por JERICÓ OJER; *El conflicto*; nota (206); p. 164.

⁷³³ WELZEL; *Abhandlungen*; 1975; p. 309; cita tomada de JERICÓ OJER; *El conflicto*; p. 167.

⁷³⁴ WELZEL; *Derecho penal alemán*; p. 266.

⁷³⁵ JERICÓ OJER; *El conflicto*; p. 167.

⁷³⁶ WELZEL; *Derecho penal alemán*; p. 266.

un orden de valores mediante la imposición de un sistema de sanciones, mayor será el conflicto con la conciencia individual y, finalmente, que cuando la ley entre en conflicto con el deber de conciencia, no se deberá reconocer la corrección de tal decisión pero sí su honestidad y respetar su apego a la conciencia. En este sentido, propone una suerte de instancia dialogal entre el derecho y el autor de conciencia, al sostener que a este se le debe hacer ver lo erróneo de su decisión, mostrándole la validez objetiva y la fuerza obligatoria de las normas jurídicas, con el propósito de que el Derecho no se manifieste como mero poder de coacción⁷³⁷. Llevado esto último al derecho penal, WELZEL considera que la sanción para el autor no debe ser infamante ni discriminatoria, ya que la decisión en conciencia no puede ser reprochada como fracaso culpable en relación al derecho⁷³⁸.

Relevadas las opiniones anteriores, especialmente las de PETERS y WELZEL, dos grandes exponentes de este tema, corresponde señalar que la mayor parte de la doctrina ha coincidido en que toda decisión de conciencia entraña un grave conflicto interno, en caso de incumplimiento del deber inexcusable, que es un imperativo de carácter moral. Lo fundamental no es que la conciencia sea correcta desde un punto de vista objetivo, sino que lo determinante es que implique un deber vinculante de carácter subjetivo, para el individuo, bajo la amenaza de la sanción del reproche de conciencia⁷³⁹. La presión de su incumplimiento debe provocar un daño o destrucción de la personalidad del afectado. Eso ha llevado a JERICÓ OJER a afirmar que, a su juicio, el conflicto de conciencia debe generar un conflicto interno de tal magnitud que afecte de forma irrecuperable la conciencia y la dignidad⁷⁴⁰. En este sentido, vuelve a cobrar relevancia lo que ya se ha dicho: en la faena de tratar de analizar si a quien obra motivado por una decisión de conciencia, pero contraviniendo una norma penal, le corresponde un trato diferenciado, será menester verificar primero la real existencia de un conflicto interno serio y, luego, efectuar siempre una ponderación de bienes jurídicos o intereses tutelados en juego, como para poder decidir cuál de ellos debe primar y cuál es la dosis de tolerancia que el Estado debe aplicar frente a ese tipo de infracción pe-

⁷³⁷ WELZEL; *Derecho penal alemán*; p. 267.

⁷³⁸ WELZEL; *Derecho penal alemán*; p. 267. También BOPP destaca que es preciso diferenciar aquellas consideraciones de las que escrupulosamente se deriva una decisión de las que son producto de la ideología, de una doctrina o de la opinión. Estas últimas, al ser intercambiables y no obligatorias, no traen aparejado ningún significado constitutivo de la personalidad (JERICÓ OJER; *El delincuente*; p. 177). Específicamente sobre el caso de la delincuencia por motivos de conciencia, GREFFENIUS pone de relieve que no se puede considerar como decisiones de conciencia a los fanatismos, al resentimiento o a la ira; estos serían casos de delincuente de opinión o por posicionamiento (JERICÓ OJER; *El delincuente*; p. 177).

⁷³⁹ Un relevo de todas las opiniones en este sentido se encuentra en JERICÓ OJER; *El conflicto*; pp. 170-173.

⁷⁴⁰ JERICÓ OJER; *El conflicto*; p. 174: “[l]a obligación procedente de la conciencia debe ser de tal intensidad que origine en el sujeto un determinado deber de actuación o de abstención, cuya desatención ocasiona en él una grave afectación de su conciencia que puede llegar hasta el desprecio por su propia persona”.

nal. De todos modos, los casos de auténticos conflictos de conciencia serán muy limitados en la vida real, toda vez que son escasas y extremas las ocasiones en las que alguien se sienta inexcusablemente obligado por un deber moral, con auténtica amenaza de su conciencia de perder su dignidad o la vida eterna. No obstante, tampoco son tan infrecuentes, como lo demuestra el reiterado caso de los testigos de Jehová que rechazan tratamientos médicos para sus propios hijos pequeños. Pero hay que enfatizar que, como la clave del conflicto de conciencia pasa por lo inexcusable del deber en que reposa, siquiera cualquier motivación religiosa dará lugar a un conflicto de conciencia, puesto que no siempre el sujeto percibe y vive sus deberes religiosos con tal fuerza de obligatoriedad o como inexcusables.

Por su parte, en el terreno del derecho penal tampoco han faltado opiniones en el sentido de que no hay razones para limitar el contenido de la decisión de conciencia. En ese sentido se ha sostenido que lo que importa no es el contenido, sino la vinculación subjetiva de la decisión en cuanto resulte obligatoria y cause grave conflicto en caso de ser infringida⁷⁴¹.

Otro aspecto sumamente controvertido en el ámbito penal (y también extrapenal) es si las motivaciones políticas pueden dar lugar a delitos de conciencia. Ya hemos dicho que PETERS considera que ello puede darse solo excepcionalmente, puesto que, por regla, esas motivaciones forman parte del ámbito de la convicción, por no tener virtualidad para afectar el ámbito más íntimo de la personalidad ni de ser un pecado en caso de no respetarlos. Sin embargo, en el ámbito español, es mayoritaria la opinión en el sentido de que no hay inconveniente para que las motivaciones políticas puedan dar lugar a decisiones de conciencia, siempre que originen un deber de actuación de carácter inexcusable⁷⁴². No obstante, en nuestra opinión, la admisibilidad de conflictos de conciencia de naturaleza política debe ser evaluada con muchísimo cuidado y de forma absolutamente restringida, mucho más en los tiempos actuales. Es que toda la doctrina coincide en que, de admitirse los conflictos de conciencia por motivaciones políticas, estos normalmente estarán emparentados e incluso confundidos con motivaciones religiosas, como ocurre en el caso de los fundamentalismos⁷⁴³. Como

⁷⁴¹ En ese sentido, JERICÓ OJER; *El conflicto*; p. 178.

⁷⁴² PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; pp. 100 y 318; de todos modos para este autor, en su más reciente posición, el art. 16 de la CE se refiere solo al ámbito de la convicción moral y “no tienen este respaldo consideraciones políticas sometidas a cuestiones estratégicas o coyunturales, sino únicamente deberes morales en sentido estricto” (PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones de derecho penal*; p. 208). Ver también el relevo de opiniones en JERICÓ OJER; *El conflicto*; pp. 180-182. Es más, la propia autora se pronuncia en el sentido de que a su criterio “cualquier motivación, incluyendo por lo tanto las de carácter filosófico, ideológico, religioso, o político, puede dar lugar a una decisión de conciencia, siempre y cuando obligue al individuo de forma inexcusable y su desatención le origine un grave conflicto de conciencia” (p. 184 y ss).

⁷⁴³ JERICÓ OJER; *El conflicto*; p. 184-185.

hemos dicho oportunamente⁷⁴⁴, esta clase de conflictos se caracteriza porque el autor ve a su víctima como un enemigo; incluso más: en sus versiones de radicalización religiosa, considera que toda la cultura occidental es su enemiga cultural y, en consecuencia, procura si no eliminarla de manera definitiva con su acto –lo que sería imposible–, contribuir a su paulatina eliminación mediante la colaboración en la reiteración de hechos similares, con aptitud para producir miedo y conquistar espacios físicos y culturales. Entonces, el Estado –que es atacado en su población y en su territorio y que es visto por el autor del delito como la representación del enemigo a vencer– deberá ser estricto en sus políticas de tolerancia para no comprometer su seguridad interior, la vida de su gente y la cultura de la nación.

De lo que no caben dudas, al menos en la actualidad, es que la decisión de conciencia, incluso en el ámbito penal, excede el plano de lo religioso, abarcando otras motivaciones que importan compromiso de la personalidad y de la dignidad. Esto ocurre en virtud del principio de neutralidad del Estado, que no puede privilegiar los valores y principios de un credo determinado por sobre los demás ni las religiosas por sobre otro tipo de convicciones. Estamos hablando, claro está, de los Estados de Occidente.

3. Volviendo a enfocar la cuestión desde el ángulo de los derechos fundamentales, VON BURSKI ha creído posible derivar una causa de exclusión de la antijuridicidad del art. 4.1 de la Ley Fundamental⁷⁴⁵, en el sentido de que quien actúa en ejercicio de un derecho fundamental y dentro de los límites propios de este, lo hace conforme a derecho. La unidad del orden jurídico llevaría a la configuración de una causa de justificación. Si el derecho debe orientarse a la naturaleza humana y el hombre está dotado de conciencia, no es posible que el ordenamiento establezca la obligatoriedad de normas jurídicas en oposición de la conciencia del destinatario. VON BURSKI está planteando la cuestión en términos de desobediencia (respecto de la oposición a la prestación del servicio militar), pero su punto de vista permite la pregunta de si, en el marco de los delitos cometidos por razones culturales, podría predicarse lo mismo.

4. BOPP orienta en alguna medida la respuesta al sostener, pensando en las omisiones, que el cumplimiento de un deber individual de conciencia como tal no releva del deber jurídico cuyo incumplimiento se castiga con pena –en la misma lógica, pero en punto a las acciones, se podría agregar que tampoco relevaría de pena la infracción a una prohibición jurídica penalmente relevante–, salvo cuando se trate del

⁷⁴⁴ Capítulo I. D).

⁷⁴⁵ VON BURSKI, Ulrich; *Die Zeugen Jehovas, die Gewissensfreiheit und das Strafrecht* (tesis doctoral); Universidad Albert Ludwigs; Freiburg am Breisgau; 1970; citado por PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 153.

ejercicio de un derecho constitucional ejercido dentro de sus propios límites⁷⁴⁶. Y agrega que, no podrán ampararse en el art. 4 actuaciones en conciencia que afecten bienes jurídicos individuales de terceros, como la vida, la incolumidad corporal o la propiedad⁷⁴⁷.

5. En la misma línea se ubica la opinión de GREFFENIUS⁷⁴⁸, quien entiende que entre el mandato de conciencia y el mandato de derecho debe prevalecer el primero, por imperativo constitucional, justificando la conducta infractora del ordenamiento penal. Sin embargo, esta regla debe quedar de lado frente a las lesiones más graves de bienes jurídicos, que no podrán justificarse porque el hecho responda a una decisión en conciencia ni esta puede respetarse cuando estén en juego bienes jurídicos ajenos.

6. No puede dejar de mencionarse la opinión de BECKSTEIN⁷⁴⁹, en tanto los desafíos que impone el multiculturalismo implican el retorno de la reflexión al derecho penal nuclear, cuya estudio ha estado un tanto relegado en cuanto a intensidad, en las últimas décadas, en razón del avance del derecho penal accesorio. Este autor enriquece la perspectiva constitucional de la cuestión de la libertad de conciencia, al efectuar una hermenéutica que complementa el art. 4 de la Ley Fundamental con el 2⁷⁵⁰ del mismo ordenamiento. En atención que este último precepto se refiere al libre desarrollo de la personalidad, entiende que el derecho no es ordenamiento solo para quienes se comportan según los juicios de su conciencias, sino también para los afectados por su conducta. Para que haya efecto justificante, habrá que ponderar los bienes jurídicos afectados y no la intensidad del juicio de conciencia. Así,

niega eficacia justificante del derecho a la libertad de conciencia en el ámbito del Derecho penal nuclear o principal, que protege bienes jurídicos en una esfera ética fundamental y cuya lesión resultaría socialmente intolerable, incluso en caso de omisión. En el Derecho penal accesorio, que no responde a esas mínimas éticas, es posible, sin embargo, la justificación en función del art. 4 de la Ley Fundamental cuando de la ponderación resulte que la libertad de conciencia del autor tenga

⁷⁴⁶ BOPP, Ulrich; *Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit* (tesis doctoral); Universidad Albert Ludwig; freiburg am Breisgau; 1972; citado por PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 155.

⁷⁴⁷ Su posición lo conduce a dar diferentes soluciones para las omisiones propias y las impropias.

⁷⁴⁸ GREFFENIUS, Gunter; *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*; Kriminologische Schriftenreihe der D.Kr.G.; Hamburg; 1969; citado por PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; pp. 155-156.

⁷⁴⁹ BECKSTEIN, Günther; *Der Gewissenstäter im Strafrecht und Strafprozeßrecht* (tesis doctoral); Universidad Friedrich Alexander de Erlangen-Nürnberg; 1975; citado por PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; pp. 156-157.

⁷⁵⁰ Artículo 2

[Libertad de acción y de la persona]

(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

(2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.

primacía sobre el bien jurídico protegido por el tipo penal. De esta forma, tan sólo en casos excepcionales puede reconocerse la justificación de la conducta a parte de la libertad de conciencia⁷⁵¹.

Cabe destacar que la doctrina dominante ha sido reacia a aceptar las propuestas de solución a los conflictos entre juicios morales y normas jurídicas en términos de atipicidad y de antijuridicidad, sino que más bien ha llevado la cuestión al plano de la culpabilidad y de la exigibilidad. Dicho sucintamente, los detractores de tales posiciones objetan que soluciones de tal tenor importan erigir a la conciencia individual en instancia legislativa, por sobre el ordenamiento jurídico, que perdería así obligatoriedad y eficacia⁷⁵². Pero esto será objeto de un tratamiento específico en otro estadio del trabajo, para el que se lo deja reservado. Baste con señalar que, para fundar unas respuestas u otras, se ha apelado al art. 4 de la Ley Fundamental de Bonn que consagra la garantía de la libertad de conciencia, la que entonces pasa a ser penalmente relevante, poniendo en evidencia –por obvio que parezca– la unidad del ordenamiento jurídico y la primacía del derecho constitucional.

7. Empero, de entre quienes están en contra de la postura justificante, interesa destacar la opinión de BLEI⁷⁵³, siempre de cara a los problemas que plantea el multiculturalismo. Dice este autor que la Ley Fundamental no protege toda actuación religiosa, sino solo aquellas que correspondan a “los actuales pueblos civilizados como coincidentes en consideraciones éticas básicas en el curso del desarrollo histórico. Es decir, los límites de la libertad religiosa se encuentran en el orden ético general”⁷⁵⁴.

Como se ha anticipado, los mayores esfuerzos dogmáticos para explicar los hechos en conciencia en el marco de la teoría del delito, han emplazado las soluciones en el terreno de la culpabilidad y de la exigibilidad. Es sabido que algunas posiciones ubican a esta última por fuera de la culpabilidad⁷⁵⁵, de ahí que no sea ocioso marcar la distinción. En este plano, las diferentes propuestas se han abocado a determinar, como es lógico, si resulta pertinente y en qué casos excluir o morigerar la pena.

8. Incluso el Tribunal Constitucional alemán parece haberse inclinado por esa postura desde hace ya varias décadas o, al menos, eso ha interpretado mayoritariamente la doctrina especializada, a partir de la famosa sentencia dictada el 19 de octubre de 1971⁷⁵⁶, por la que se declaró la inconstitucionalidad de la imposición de una

⁷⁵¹ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 157.

⁷⁵² Las opiniones más relevantes en ese sentido pueden consultarse en PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; pp. 159-165.

⁷⁵³ BLEI, Hermann; *Gewissen, religion und rechtliche Handlungspflichten*; en *Juristische Arbeitsblätter*; 1972; citado por PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 161-162.

⁷⁵⁴ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 162.

⁷⁵⁵ Como ocurre con los partidarios de la categoría de la responsabilidad por el hecho. Ver por todos, BACIGALUPO; *Derecho Penal*; p 387 y ss.

⁷⁵⁶ BverfGE 32, 98, 106. Este célebre caso, que ha sido merecedor de estudio y comentarios por parte de toda la doctrina especializada en el papel de la libertad de conciencia en la órbita penal (JERICÓ OJER; *El conflicto*; pp. 311, 435), el Tribunal Constitucional alemán resolvió la absolución del marido

pena respecto de quien, por motivos religiosos, no había tratado de convencer a su esposa moribunda de recibir una transfusión de sangre a la que ella misma se había rehusado en razón de sus creencias. El art. 4 de la Ley Fundamental de Bonn fue el puntal de este fallo tan trascendente.

El Tribunal sostiene que el derecho a la libertad de creencias asegura a los individuos un ámbito jurídico libre de intervenciones estatales, en el que cada quien puede permitirse la vida que sea acorde a sus convicciones. Y agrega –en coincidencia con el desarrollo teórico y jurisprudencial invocado más arriba– que esa garantía no está limitada al fuero interno del sujeto, sino que comprende la libertad exterior de adecuar todo su comportamiento a la doctrina de sus creencias y de actuar conforme a su libertad interna.

Sin embargo –y esto resulta vital para ajustar la mirada con relación a los delitos motivados culturalmente–, a criterio del Tribunal, la libertad de creencias no se garantiza de manera ilimitada. Ahora bien, los confines de esa garantía no están dados –como podría creerse– por el coto impuesto al libre desarrollo de la personalidad por la propia Ley Fundamental en su art. 2.1⁷⁵⁷, que establece como valladar los derechos de otros, el orden constitucional y la ley moral. El límite tampoco está dado por el del art 5.2⁷⁵⁸, según el cual la libertad de expresión y de manifestar libremente la opinión personal, reconoce una barrera en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal. Estos dos dispositivos constitucionales son interpretados por el Tribunal como de carácter residual, resultando desplazados por el más específico concerniente a la libertad de conciencia del art. 4.1.

En ese contexto, el Tribunal sostuvo que al hombre entendido como personalidad individualmente responsable, que se desenvuelve en una sociedad libre, la

respecto del delito de omisión del deber de socorro. La plataforma fáctica era la siguiente: ambos cónyuges eran miembros de un grupo religioso llamado Hermandad Evangélica. En ocasión de alumbrar a su cuarto hijo, la mujer había sufrido severas hemorragias, cuyo tratamiento requería –según la opinión de los médicos– de transfusiones de sangre. La paciente, en pleno goce de sus facultades psíquicas, se había opuesto al tratamiento por razones religiosas y el marido había omitido tratar de convencerla de que aceptara la práctica. Según las convicciones de ambos, solo estaba permitido rezar por el restablecimiento de la salud del enfermo. Finalmente, la mujer murió.

⁷⁵⁷ Artículo 2

[Libertad de acción y de la persona]

(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

⁷⁵⁸ Artículo 5

[Libertad de opinión, de medios de comunicación, artística y científica]

(1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. La censura está prohibida.

(2) Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.

constitución le asegura el goce de los derechos fundamentales sin reserva, pero con algunas limitaciones exteriores. Así, los límites de la libertad de conciencia deben buscarse en la misma Ley Fundamental, ya que esta no ha previsto ninguna reserva para el legislador ordinario. Dado que el orden constitucional de valores se caracteriza por una unidad sistemática, ha de entenderse que la libertad de creencias debe armonizarse con el *mandato de tolerancia* –punto clave para el objeto de este estudio– y con especial referencia al principio de dignidad humana, consagrado en el art. 1.1⁷⁵⁹ del mismo cuerpo legal, como punto axial del sistema constitucional. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal consideró que las actuaciones cimentadas sobre criterios de fe debían quedar excluidas de las sanciones penales previstas por el legislador con independencia de las creencias. Es decir que el derecho fundamental contenido en el art. 4.1 irradiaba sus efectos a la forma y medida que debían adoptar las sanciones estatales. Ello así por cuanto es cierto que el individuo que decide acciones u omisiones basado en actos de fe bien puede entrar en colisión con los valores morales generalmente aceptados por la sociedad y con los deberes jurídicos en aquellos cimentados. Y, por supuesto, en algunos casos podrá incurrir en comportamientos tipificados en el catálogo delictivo. Cuando ello ocurra, habrá que ver si la pena estatal cumplirá con alguno de los fines para los que fue prevista.

La situación será compleja, porque no es que el individuo se rebele contra el ordenamiento jurídico estatal en sí mismo. Lo que ocurre es que se encuentra en una situación límite, en la que el ordenamiento jurídico se contrapone con un mandato de fe, que para el sujeto tiene mayor jerarquía normativa como pauta de conducta, por lo que lo considera obligatorio. A criterio del Tribunal, en escenarios de este tenor, la sanción penal no resulta en absoluto adecuada, puesto que no cumplirá finalidades ni preventivas ni retributivas ni resocializadoras. El derecho fundamental del art. 4.1 exige el más amplio reconocimiento de la libertad de convicción y de creencias, razón por la cual el derecho penal debe retroceder si el conflicto entre el deber jurídico aprobado por los valores ético-sociales y el mandato de fe del autor comporta una reacción social excesiva y, por tanto, lesiva de la dignidad humana.

Por último en cuanto aquí interesa, el Tribunal destacó que la imposición de una pena al recurrente importaba desconocer el mentado efecto irradiante del derecho fundamental en la interpretación y aplicación del tipo de omisión de auxilio. En efecto, no era posible reprochar al cónyuge la omisión de convencer a su esposa de efectuarse un tratamiento que ambos rechazaban por convicciones compartidas. No podía exigirse

⁷⁵⁹ Artículo 1

[Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales]
(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

jurídicamente que dos personas que compartieran las creencias influyeran recíprocamente para infringir esas posiciones de fe, poniendo en duda su certeza. Además, el marido tampoco habría tenido por qué sustituir la decisión de la mujer, tomada en pleno goce sus facultades intelectivas.

Esta paradigmática sentencia del Tribunal Constitucional alemán ha sido merecedora de una destacadísima atención por parte de la doctrina. Ya hemos dicho que, en su mayor parte, los juristas han creído ver en la solución ofrecida un asunto de culpabilidad o, más precisamente, de exigibilidad como uno de los elementos de aquella categoría dogmática⁷⁶⁰.

y. Algunos apuntes sobre la doctrina española.

También es España, la doctrina ha visto el efecto irradiante del art. 16 de la Constitución en la órbita del derecho penal. Así lo hace PÉREZ DEL VALLE⁷⁶¹, cuando desarrolla la solución que propone para las consecuencias de los juicios de conciencia, traducida en la exclusión de la sanción penal, fundada en la disminución del ilícito según la teoría de la responsabilidad por el hecho. La disminución de lo ilícito torna inexistente el comportamiento adecuado a la norma penal y, en consecuencia, aquel pasa a ser no punible.

En la misma línea, LUZÓN PEÑA, al tratar el derecho a la actuación en conciencia y la objeción de conciencia como causas de justificación y de exculpación, comienza por fundar la emanación de ambas de art. 16 de la Constitución española. En su opinión, del numeral 1 de ese precepto, que reconoce como garantía fundamental la libertad de ideológica, religiosa y de culto que, de acuerdo al numeral 2, comprende también las creencias, deriva inmediatamente la libertad de conciencia. El contenido de esa conciencia puede ser no solo religioso, sino también moral; es decir, “conciencia como plasmación de sus creencias profundas” sobre las cuestiones de orden ético y moral. En otras palabras, los juicios sobre las categorías de bien y mal, de lícito e ilícito, que impactan de lleno en el núcleo de la conciencia del ser humano. Y continúa diciendo que de la libertad de conciencia

deriva a su vez, dentro de ciertos límites –los del propio art. 16.1 CE y los de la colisión con otros derecho o intereses constitucionales– el derecho a la objeción de conciencia, es decir el derecho del ciudadano de objetar, negarse al cumplimiento de algunos deberes jurídicos, incluso jurídico-penales, cuando ello suponga un comportamiento totalmente inadmisibles para su conciencia

⁷⁶⁰ Sobre esta interpretación y sus distintos exponentes, ver PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; pp. 227 y ss.

⁷⁶¹ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; pp. 297, 306-307 y 309-310.

moral, que por tanto le impone un deber moral contrapuesto de negarse a cumplir el deber jurídico general⁷⁶².

Nuevamente debe agregarse que, desde el prisma de los delitos motivados culturalmente, habrá que ver si el incumplimiento del deber jurídico-penal al que alude LUZÓN, puede ser equiparable al quebrantamiento de una prohibición, en términos de una conducta activa castigada por el ordenamiento penal.

Continúa diciendo LUZÓN, en punto a la objeción de conciencia, que los conflictos de conciencia admisibles con relevancia penal deben ser muy excepcionales, puesto que de lo contrario el derecho dejaría de ser obligatorio. Dicho carácter extraordinario deberá quedar reservado para los pocos supuestos en los que una regulación legal imponga deberes que impliquen consecuencias inmorales desde una perspectiva ética o religiosa. En ese contexto, el derecho a la objeción de conciencia será una causa de justificación bien cuando así esté previsto expresamente por la constitución o por la ley; bien cuando ello sea

una emanación directa del derecho fundamental a la libertad de conciencia del art. 16 CE si la actuación en conciencia no infringe los límites legales (el orden público marcado como límite en el art. 16.1 CE) y si en la ponderación de intereses se considera prevalente el respeto a la libertad de conciencia, pero no si se consideran preponderantes otros intereses jurídicos que se verían afectados por el ejercicio de la objeción de conciencia⁷⁶³.

Cuando la libertad de conciencia no pueda prevalecer, en razón de la superioridad de los otros intereses en juego, ya no podrá hablarse de justificación; no obstante lo cual el conflicto moral podrá ser un atenuante y hasta un eximente de la culpabilidad. En definitiva, para que la objeción pueda tenerse en cuenta, hace falta efectuar una ponderación de los intereses en conflicto y que el ejercicio de aquella no vulnere intereses jurídicamente superiores. Quiere decir entonces que, para LUZÓN, con el alcance señalado, el derecho a la libertad de conciencia, emanación del art. 16.1 de la Constitución española, también irradia su haz de luz sobre el derecho penal.

De todo lo dicho hasta este punto, se desprende que, para los diferentes supuestos de hechos cometidos por autores de conciencia, con sus respectivos matices casuísticos, en las últimas décadas, el art. 4 de la Ley Fundamental de Bonn ha servido como faro para tratar de inspirar respuestas en la órbita penal. En definitiva, al margen de que se ha ofrecido el más variopinto abanico de respuestas dogmáticas posibles – desde la atipicidad, auto-puesta en peligro de la víctima, la actuación justificada, la adecuación social, la inexigibilidad, la atenuación de culpabilidad o su exclusión– lo que interesa poner de resalto en este apartado es lo siguiente: el derecho-garantía constitucional a la libertad de conciencia proyecta su luz en el otrora vedado campo del derecho

⁷⁶² LUZÓN PEÑA; *Actuación en conciencia*; p. 4.

⁷⁶³ LUZÓN PEÑA; *Actuación en conciencia*; pp. 4-5.

criminal, para inspirar respuestas a los conflictos enraizados con juicios de conciencia. En definitiva, la libertad de conciencia importa un reconocimiento normativo de un ámbito de libertad de actuación y es una manifestación del principio de dignidad humana, en función del cual corresponde respetar las decisiones auto-responsables y la capacidad moral de formar juicios libres. A ello obedece que la libertad de conciencia haya sido merecedora de reconocimiento en derecho, extendiendo el sentido y alcance de las libertades de religión y de pensamiento, incluso antes de que los respectivos países la incorporaran expresamente a sus ordenamientos positivos. Se trata de un elemento de derecho natural, como la misma dignidad de la persona, de la cual deriva.

La innegable irradiación de efectos de ese derecho fundamental constitucionalmente reconocido a la esfera penal ha dado lugar a distintas concepciones. Algunas pretenden que la incidencia se traduzca en una solución justificante. El razonamiento sería sencillo: el ejercicio de un derecho de máxima jerarquía, como sería el comportarse de acuerdo a los dictados de la propia conciencia, jamás podría ser antijurídico ni contrario al ordenamiento jurídico general; siempre estaría autorizado. Sin embargo, como ya se ha visto, la mentada irradiación también ha inspirado propuestas ajenas al ámbito del injusto, vinculadas con la exclusión o atenuación de la pena, ya sea en el terreno de la culpabilidad, de la exigibilidad o de aquella categoría intermedia llamada “responsabilidad por el hecho”⁷⁶⁴.

De cualquier modo, sea que se opte por soluciones vinculadas al conflicto de intereses –ámbito de la justificación– o por propuestas que conduzcan a una morigeración de la pena por otros fundamentos, lo cierto es que todas esas reflexiones serán fundamentales e impulsarán a tomar partido por alguna, de cara a la tensión “motivación cultural/derecho penal”.

II. A) 4. ii) Libertad de conciencia y tolerancia.

Ahora bien, en términos penales, tanto se trate de sopesar intereses de distinta jerarquía o conflictos de deberes relativos a intereses de igual rango o no comparables o cuestiones de error de prohibición o de exigibilidad, es fundamental posar la mirada sobre el concepto de tolerancia, como pilar fundamental de Estado. Es que, en definitiva, el art. 4 de la Ley Fundamental y sus equivalentes en la legislación española y argentina, encarnan el principio de tolerancia como uno de los bastiones del Estado constitucional de derecho. Las tensiones entre los valores de pertenencia comunitaria y el derecho penal deben ser leídos en clave de tolerancia, a la hora de buscar respuestas al delito culturalmente motivado, precisamente por tratarse de un principio constitu-

⁷⁶⁴ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 185 y 303 y ss. BACIGALUPO; *Derecho Penal*; pp. 387 y ss.

cional que debe iluminar todo el orden jurídico, a lo que el derecho penal no puede resultar ajeno. Cuestión distinta será determinar los límites al principio de tolerancia, en función de los intereses superiores por los que debe velar el Estado. Como se ve, en todo lo atinente al respeto a las diferencias culturales y al tratamiento de los delitos a los que pueden dar lugar, es imposible pasar por alto el eje rector de los intereses en conflicto.

En palabras de JERICÓ OJER, con cita de ROXIN, “[u]n ordenamiento jurídico liberal puede tolerar al discrepante, en la medida que este no atente contra los principios constitucionales supremos, contra la seguridad del Estado o contra los derechos fundamentales de otros”⁷⁶⁵. Es que si se cae en la tentación de afirmar que las leyes deben respetar siempre el imperativo de conciencia, se puede abrir las puertas a criterios morales fanáticos e intolerantes, que serían dañinos e insoportables para el Estado⁷⁶⁶.

Coincidimos con la doctrina mayoritaria en que, si bien como regla general no se pueden imponer por vía legal deberes contrarios a la conciencia individual, tampoco es posible garantizar la libertad de conciencia de manera ilimitada, porque eso conduciría sin más a la eliminación del Estado y del derecho, es decir se anularía el principio de vigencia del ordenamiento jurídico. La sociedad sería anómica y el Estado, anárquico. Es evidente que la obligatoriedad de un sistema jurídico común emerge de la voluntad colectiva, es decir del consenso social, que así lo plasma en sus constituciones y las normas derivadas, en las que se manifiestan cuáles son los valores mínimos a ser respetados, como forma de garantizar la convivencia y existencia misma del Estado. Así ocurre en países como España y Argentina⁷⁶⁷. Es incluso el camino –vaya paradoja– de incluir y tolerar los valores discrepantes de terceros, que también encuentran reconocimiento en esas cartas fundamentales. Claro está que con el límite que se ha dicho: en tanto su ejercicio no ponga en juego los pilares fundacionales del Estado y de la misma sociedad, entre los que se cuentan en primer lugar el núcleo básico de derechos fundamentales de los demás; es decir, la vida, la integridad física y la libertad de los terceros afectados por las consecuencias de quien obra en conciencia. Este deberá ser el límite infranqueable en términos de tolerancia de las disidencias. El carácter imperativo del derecho no puede ser dependiente de la valoración en conciencia de cada uno de sus destinatarios.

En ese sentido, PÉREZ DEL VALLE estima que si ante el comportamiento de un destinatario que rechaza la norma por motivos de conciencia, el orden jurídico no

⁷⁶⁵ JERICÓ OJER; *El conflicto*; p. 435.

⁷⁶⁶ JERICÓ OJER; *El conflicto*; p. 244.

⁷⁶⁷ Ello emerge de los arts. 10 de la CE y 31 de la CN de Argentina.

reaccionara, cedería la confianza generada en la eficacia del derecho y en la eficacia particular de las normas que lo compusieran⁷⁶⁸.

En sentido similar y con expresa referencia a los delitos cometidos desde una perspectiva cultural diversa, ROCA DE AGAPITO afirma que el ordenamiento jurídico no puede condicionar la vigencia de sus normas a la aprobación de cada individuo; de lo contrario se devaluaría a la calidad de mera recomendación no vinculante. El individuo no puede anteponer al derecho sus convicciones discrepantes, lo que lo lleva a sostener que el delincuente por convicción, al que equipara el delincuente por conciencia, no puede ser justificado ni exculpado. De tal modo, no se puede aplicar a su respecto la figura del error de prohibición, ante lo que entiende una mera desobediencia a una norma conocida⁷⁶⁹.

Sin embargo, la tensión que puede suscitarse entre obligatoriedad ética y jurídica es innegable, desde el momento que la libertad de conciencia también se encuentra en los valores supremos como manifestación del primordial principio de dignidad humana, para cuyo respeto es primordial resguardar el derecho a formar la propia conciencia y a obrar en consecuencia. Dice JERICÓ OJER que se trata del conflicto entre un deber jurídico y (el de cumplimiento de la norma de derecho) y de un derecho de naturaleza jurídica (puesto que el deber moral está protegido por el derecho a través de la libertad de conciencia)⁷⁷⁰. De ahí que los contrapuntos no puedan ser ignorados y, cuando se pueda, resueltos según criterios de reconocimiento de los valores éticos o culturales en los que se cimienta la conducta del infractor –que también son de corte constitucional–, que admitan incluso la exención de cumplimiento de la norma. En otras palabras, cuando sea posible, se debe tratar de apelar a mecanismos de compatibilización de los valores culturales y de conciencia con aquellos plasmados en las normas jurídicas. De lo contrario, se violaría el derecho constitucional que implica no solo formar la conciencia y la personalidad, sino adecuar las propias conductas a los valores éticos adoptados por cada uno.

No obstante, esto no querrá decir que siempre pueda eximirse de sanción a quien incumpla una ley y, mucho menos, cuando sea una de naturaleza penal. Habrá que buscar soluciones adecuadas a la justicia material, con precisión quirúrgica, que podrán ir desde la morigeración de la sanción hasta la compensación a la sociedad por la infracción cometida en resguardo de su individualidad, siempre con vistas a la mentada compatibilización. Ni la obligatoriedad del derecho ni el derecho a obrar en conciencia pueden ser entendidos de manera absoluta; la casuística tendrá que ser la alia-

⁷⁶⁸ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 278.

⁷⁶⁹ ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; p. 186.

⁷⁷⁰ JERICÓ OJER; *El conflicto*; p. 260.

da por antonomasia a la hora de resolver conflictos en concreto, oportunidad en la que la ponderación de los intereses en juego tendrá un rol protagónico. En ese contexto, cuando los intereses de terceros afectados, tanto individuales como supraindividuales, sean de menor rango, podrá prevalecer el ejercicio de la libertad de conciencia y los deberes emanados de la misma. El derecho penal, por su parte, tendrá que ver en qué categoría dogmática engarza la respuesta pertinente.

En tren de buscar ese equilibrio, se ha propuesto erradicar la disyuntiva entre ley o conciencia, a través de procurar ofrecer soluciones al conflicto inmanentes al Derecho, que traten de integrar la conciencia de los disidentes, en lugar de castigar y criminalizar las decisiones discrepantes⁷⁷¹. En sintonía con ello, también se ha postulado la posibilidad de introducir excepciones a la validez general de las normas, a través de fórmulas de excepción, como la objeción de conciencia al servicio militar⁷⁷². Sin embargo, en casos de conflictos extremos se ha ido todavía un paso más allá, para proponer supuestos de exculpación por inexigibilidad de una conducta adecuada a la norma⁷⁷³.

Otro grupo de autores sugiere buscar soluciones por el lado de la ponderación de los intereses en juego, siempre en aras de procurar salvaguardar el reconocimiento de la libertad de conciencia como derecho constitucional, sin desconocer el carácter obligatorio del orden jurídico⁷⁷⁴.

En el medio argentino, GELLI ha remarcado que en ocasiones los intereses legítimos de la sociedad pueden interferir con la libertad de conciencia. De ocurrir, dado el carácter de derecho humano de la libertad de conciencia y su trascendencia para la interioridad de las personas, la autora estima que la restricción estatal debe ser la excepción, que solo podrá habilitarse cuando no exista otro medio similar para satisfacer los intereses colectivos. Si existen vías sustitutorias, deberá procurarse el resguardo de la libertad de conciencia y de las convicciones morales y religiosas de las personas⁷⁷⁵. Y en sintonía con lo que se viene diciendo, en orden al límite que significan los derechos de terceros, agrega que

no siempre es sencillo efectuar ese balance entre intereses sociales y personales, aunque la regla del art. 19 de la Constitución [principio de reserva] proporciona el criterio del daño a terceros, que podría evaluarse cuando la abstención que se pretende perjudique al conjunto social, de modo concreto y grave⁷⁷⁶.

Claramente, GELLI no está pensando en conflictos de naturaleza penal, sino en tradicionales casos de objeción de conciencia, tal como lo ilustran los fallos de

⁷⁷¹ JERICÓ OJER; *El conflicto*; p. 252; con cita de GÖDAN.

⁷⁷² JERICÓ OJER; *El conflicto*; p. 252; con cita de TAMARIT SUMALLA.

⁷⁷³ JERICÓ OJER; *El conflicto*; p. 252; con cita de TAMARIT SUMALLA.

⁷⁷⁴ Entre ellos se cuentan BOPP, ROMEO CASABONA y FLORES MENDOZA, citados por JERICÓ OJER en *El conflicto*; pp. 253-254.

⁷⁷⁵ GELLI; *Constitución de la*; p. 176.

⁷⁷⁶ GELLI; *Constitución de la*; p. 176.

la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de Argentina, que cita a continuación sobre personas que se negaron a cumplir el servicio militar, por motivaciones religiosas y a las prestaciones sustitutorias a las que se hizo lugar, en uno de ellos⁷⁷⁷. Sin embargo, al abordar específicamente el problema de la objeción de conciencia en la Constitución argentina, a la que define como la actitud pasiva de quienes se niegan a aceptar determinadas normas legales, alegando que su cumplimiento violaría sus convicciones religiosas, filosóficas o morales, asume que el Estado puede admitirla como una excepción legal, librándolo incluso de sanciones penales, ya sea en cláusulas constitucionales, legales o en sentencias judiciales, caso por caso⁷⁷⁸. Sin embargo, también destaca que esa forma de consagrar el pluralismo no está exenta de dificultades para el todo social: "...la objeción de conciencia –el derecho a ella– constituye un modo de respetar a las minorías en sociedades cada vez más plurales. Pero exacerbada, puede desarrollar individualismos extremos que entorpezcan la solidaridad y la convivencia social"⁷⁷⁹.

Como se ve, se trata de un delicado equilibrio entre derechos constitucionales comprometidos, sin perder de vista que el pluralismo y la tolerancia son valores que informan y nutren las constituciones. Dice JERICÓ OJER:

hacer realidad el pluralismo del Estado implica que el Derecho trate con ecuanimidad las diversas opciones de comportamiento que puedan elegir sus ciudadanos, pero siempre a partir de una referencia al orden de valores sobre el que gira el ordenamiento conforme al que se articulan. Así, una actitud demasiado tolerante por parte del Estado puede tener como consecuencia la destrucción de la vida social si la objeción se convierte en una práctica libre... Por lo tanto, se debe buscar un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos y los deberes que son esenciales en un Estado y en una sociedad en la que vivimos⁷⁸⁰.

II. B) De la libertad de conciencia a la tolerancia en sociedades plurales.

Tras estas consideraciones sobre la libertad de conciencia, que pasaron por analizar su naturaleza de derecho fundamental constitucionalmente reconocido, para luego poner de relieve su incidencia en la órbita penal y su relación con el principio de tolerancia –que es, en definitiva, el protagonista de este capítulo– corresponde entrar de lleno en el estudio de este último, para finalmente tratar de mostrar su relevancia para el *ius puniendi*.

Hasta ahora se ha aludido en reiterados pasajes de este trabajo a la trascendencia de la tolerancia a la hora de pensar el delito cometido desde una perspectiva cultural diversa. Sin embargo, resta ingresar a fondo a la cuestión, para tratar de ver

⁷⁷⁷ Fallos: 304:1524 y Fallos: 312:496.

⁷⁷⁸ GELLI; *Constitución de la*; p. 345.

⁷⁷⁹ GELLI; *Constitución de la*; p. 346.

⁷⁸⁰ JERICÓ OJER; *El conflicto*; p. 245.

qué es y qué supone la tolerancia en la sociedad posmoderna. Creemos que lo que pueda decirse al respecto será clave para dar una respuesta dogmático-penal adecuada a la fisonomía de las sociedades occidentales multiculturales. En efecto, en el marco teórico del desarrollo doctrinario que están experimentando los llamados *mediating principles*, estimamos que la tolerancia puede ser una noción con alta capacidad de rendimiento en el derecho penal, con un alcance y significación específicos.

Concretamente, y como expresión embrionaria de la reflexión que vendrá seguidamente, quizás hoy más que nunca sea necesario que el derecho penal establezca ciertos límites sobre lo que se está dispuesto a tolerar, porque una sociedad también requiere de mecanismos oficiales que la protejan contra la eventual intolerancia social provocada por su propia diversidad. Es decir, antes de que el germen de la intolerancia se cuele en la convivencia social, a raíz de las diferencias culturales que interactúan a diario, elevando las tendencias discriminatorias y los prejuicios de unos contra otros que solo contribuyan al sectarismo y a la imposibilidad de concretar un modelo de vida auténticamente multicultural, es preferible y necesario que el Estado ponga el coto que delimite hasta dónde llega lo que se está dispuesto a tolerar en términos de expresión de identidad cultural, en aras de contribuir a la mayor integración social posible. Esto incluye la posibilidad de interferencia coactiva del Estado en las conductas de las culturas y comunidades religiosas minoritarias⁷⁸¹, en tanto estas se manifiesten en la forma de comisión de delitos concretos, cometidos por autores individualizados o individualizables.

Vista así, a lo mejor la tolerancia venga a ofrecer un aporte original respecto de su significación tradicional, al hacer foco en el plano penal. Podría hablarse de una dinámica de doble vertiente: una tradicional, en la que la tolerancia puede ser vista como un principio político de apertura y reconocimiento al otro que, por alguna razón, se presenta como diferente, o de aceptación de actitudes que en principio serían dignas de rechazo o desaprobación –se trataría de la cara receptiva de la tolerancia, de la que se han ocupado tradicionalmente la doctrina filosófico-política y el derecho constitucional y que hace a la médula del multiculturalismo como doctrina de gestión de la diversidad– y una actual, en la que la tolerancia puede ser un principio demarcador de los límites entre aquello que se está dispuesto a receptar en términos de diferencias culturales y aquello otro que será considerado intolerable, sin que quepa a su respecto justificación cultural alguna. En ese sentido, la expresión de lo intolerable estará delimitada por la sanción penal; mientras que lo tolerable será aquello que no la merezca o que la merezca en menor medida (se trataría de la cara limitadora o restrictiva de la tolerancia).

⁷⁸¹ BEITZ; *La idea*; p. 181.

Es decir, en la órbita del derecho penal, o sea cuando el Estado ya haya decidido que cierta conducta cometida desde una perspectiva cultural diversa es merecedora de ese tipo de reproche, el principio de tolerancia podría venir a morigerar la necesidad de castigo, siempre que el hecho no haya cruzado la línea de lo absolutamente intolerable. En ese sentido, la tolerancia es la vía para introducir la especificidad de la pertenencia e identidad cultural en el derecho derecho penal, para que este resuelva teniéndola en cuenta. En definitiva, receptar la tolerancia cultural en el sentido aquí propuesto es una forma de concretar el pluralismo en el ámbito del *ius puniedi*.

Desde este enfoque, el derecho penal vendría a ser el último valladar, para demarcar una frontera que no puede aceptarse que se traspase en ningún caso, en función de la existencia de en núcleo de derechos subjetivos fundamentales o, en lenguaje hegeliano, de manifestaciones fundamentales de la personalidad cuyo respecto y protección respecto de la injerencia de terceros no es negociable ni pueden socavados. Como señala SANTOS, la tolerancia no es ilimitada y el límite pasará por la definición de bien común que se sigue de aquellos valores y bienes jurídicos sin los cuales la convivencia no será humana, fundamentalmente, el respeto a la libertad de los demás⁷⁸².

Pero para completar la propuesta que aquí se formula, a esto último hay que agregar la contemplación del factor de la especificidad cultural. De otro modo, se podría pensar que la perspectiva de análisis del delito culturalmente motivado desde el prisma de la tolerancia nada nuevo aportaría al hecho de que, desde siempre, el derecho penal se ha ocupado precisamente de demarcar el límite de aquello considerado socialmente intolerable⁷⁸³. En el marco teórico de esta reflexión, lo que se sugiere es efectuar el análisis en términos de tolerancia una vez que ya se haya constatado que aquel primer límite se ha traspasado, desde el momento que se ha cometido una acción típica. La clave será analizar si esa acción típica, en principio rechazada por el ordena-

⁷⁸² SANTOS; *Tolerancia y relativismo*; pp. 183-185.

⁷⁸³ Si bien la relación entre tolerancia y derecho penal ocupará un lugar específico un poco más adelante, anticipamos desde ya que su conceptualización como *mediating principle* o principio limitador del derecho penal lejos está de tener una recepción pacífica por parte de la doctrina. Algunos autores niegan todo valor conceptual y aplicación práctica a la tolerancia en general en el mundo jurídico; mientras que otros no la consideran útil en el derecho penal porque es esta rama en sí misma lo que marca el límite de lo intolerable para el Estado. Todo lo tolerable puede resolverse por otras ramas jurídicas menos severas; la característica de *ultima ratio* indica precisamente –para quienes así piensan– que todo aquello que recepta el derecho penal ya es, por eso mismo, intolerable. De lo contrario, no habría sido alcanzado por la herramienta más severa con que cuenta el ordenamiento jurídico. En otras palabras, de jugar algún papel jurídico, la tolerancia estaría llamada a intervenir antes de que entrara en escena el derecho penal. También se ha dicho que la teoría del delito en sí misma ya cuenta con los mecanismos necesarios para dejar de lado el castigo en casos de inadecuación social, insignificancia o cuando la tipificación de conductas es excesiva en un caso determinado, con lo cual sería innecesario recurrir a un criterio ulterior –el principio de tolerancia– para resolver ciertas encrucijadas del sistema. Como una introducción a estas discusiones y puntos de vista, ver SILVA SÁNCHEZ; *Prólogo a la edición española* en VON HIRSCH; SEELMANN; WOHLERS; ROBLES PLANAS; *Límites al derecho penal*; p. 16. Asimismo, también en dicha obra, VON HIRSCH; SEELMANN; WOHLERS; *Introducción. ¿Qué son los 'mediating principles'?*; p. 57.

miento jurídico por su misma condición de tal, puede ser así y todo tolerada por el sistema, en atención a la especificidad cultural desde la que ha obrado el autor.

Esta perspectiva, más moderna y quizás superadora de la tolerancia en comparación con la visión clásica, ya no finca sus razones para no tolerar en diferencias ideológicas o religiosas, que en nuestros días serían inadmisibles —en virtud de haberse consagrado los derechos de libertad religiosa y de creencias—; al contrario, parte de la base de que es bueno y saludable reconocer las diferencias entre los seres humanos y lograr una convivencia enriquecedora en el intercambio mutuo y en la propia demarcación de las identidades que conforman el pluralismo democrático, pero ello debe lograrse sin menoscabo alguno de los derechos esenciales de terceros: vida, libertad, integridad física, libertad sexual. Estas expresiones de la dignidad humana, que el *iusnaturalismo* en todas sus manifestaciones ha reconocido desde sus orígenes, no pueden ser avasalladas siquiera bajo el ropaje de pretensiones de ejercer otros derechos fundamentales, tales como la libertad religiosa de quien los viola o la identidad cultural. Estos, frente a aquellos, deben ser percibidos como de menor jerarquía y, por ende, con un umbral de protección más bajo. En consecuencia, ante ningún delito que, con aspiraciones de ser expresión de pertenencia cultural, atente contra aquellos bienes sublimes, puede eludirse la respuesta penal. De ahí la función de límite a la tolerancia que puede significar el *ius puniendi*. Cuestión distinta será determinar cuál será la respuesta penal más adecuada ante cada conflicto.

En cambio, si el hecho penalmente previsto como merecedor de sanción penal afecta bienes jurídicos de menor entidad y la conducta típica es cometida como expresión cultural o por motivos culturales, quizás la tolerancia que impone el pluralismo podría llevar a aligerar la intervención del *ius puniendi*. Porque en términos de pluralismo democrático no parecen convincentes ninguna de las posiciones extremas: ni la que de un lado propone el aislamiento jurídico para extranjeros culturales a través de derechos penales *ad hoc* ni tampoco la integración totalmente homogénea que ignore las diferencias culturales⁷⁸⁴.

II. B) 1. Introducción doctrinal sobre la tolerancia.

En torno a esto CARNEVALI RODRÍGUEZ ha afirmado que, ante costumbres difíciles de admitir, como la mutilación genital, parece incuestionable el recurso al Derecho penal, por lo se que pregunta dónde se puede establecer la frontera, que autorice a hablar de delitos culturalmente orientados o motivados, para poder dar respuesta a casos particulares. En definitiva, se trata de preguntarse si resulta válido o no mante-

⁷⁸⁴ KALINSKY; *Diversidad sociocultural*; p. 89.

ner una especie de presunción de igualdad entre los valores de diversas culturas o si es pertinente que una sociedad realice un juicio de legitimidad respecto de los comportamientos de otras culturas minoritarias⁷⁸⁵. Su opinión es que

“una excesiva diversidad cultural dentro de una misma sociedad puede generar peligrosas repercusiones, como podría acontecer si se pretende establecer diversos sistemas sancionatorios —con sus propias instituciones—, circunscritos territorialmente, atendiendo la pertenencia a ciertos grupos culturales”⁷⁸⁶

y que resultan discutibles a la luz “de la igualdad en la participación democrática dentro del espacio en el que hallan insertos”⁷⁸⁷.

Para discernir los casos en los que la tolerancia sea la solución más adecuada de aquellos otros en los que haya que marcar el límite a lo que el Estado no pueda permitir, puede ser de interés la argumentación que proporciona NINO cuando explica que la autonomía para la elección de una concepción del bien y de planes de vida que defiende el liberalismo no entraña una concepción subjetivista del bien⁷⁸⁸. O, mejor dicho, que el enfoque subjetivo del bienestar del individuo que adopta *no* es subjetivo, en tanto tiene su germen en la autonomía personal, valor independiente de las preferencias de los individuos. A eso agrega —y esto es lo aquí interesa— que también es objetiva la valoración de los bienes que son instrumentales para preservar y expandir la autonomía para concretar el plan de vida escogido. Según NINO, es posible hacer una jerarquización objetiva de esos bienes⁷⁸⁹, conforme dos parámetros. El primero de ellos es la frecuencia con la que concurre cada bien para la concreción de planes de vida que la gente suele seguir y, para graficar este punto señala que mientras la vida es necesaria para la realización de todo plan de vida; el acceso a ciertos bienes culturales solo tiene relevancia en ciertos casos. El segundo parámetro es el nivel de necesidad o relevancia de cada bien para la materialización del plan de vida elegido. Ejemplifica esto supuesto diciendo que así como el acceso a algunos productos culturales es imprescindible para ciertos planes de vida; es difícil que eso pueda predicarse de los cigarrillos⁷⁹⁰.

⁷⁸⁵ CARNEVALI RODRÍGUEZ; *El multiculturalismo*; p. 20.

⁷⁸⁶ CARNEVALI RODRÍGUEZ; *El multiculturalismo*; p. 20.

⁷⁸⁷ CARNEVALI RODRÍGUEZ; *El multiculturalismo*; p. 20.

⁷⁸⁸ NINO; *Ética*; p. 211.

⁷⁸⁹ En la estructura jerárquica de bienes derivados de la inviolabilidad de la persona que propone NINO, amén de la genérica libertad de actuación sin perjudicar a otros, se enroscan, en el orden de prelación que sigue, la vida consciente, la integridad corporal y psíquica, el desarrollo de las facultades intelectuales a través de la educación, la libertad de expresión, la libertad en el desarrollo de la vida privada, la libertad de asociación, el control de ciertos recursos materiales y el derecho al trabajo y al ocio. En segundo nivel respecto de los bienes anteriores y para evitar que el individuo se pueda ver privado de ellos, coloca a la seguridad personal, en especial para resguardar la vida, la integridad física y mental y la libertad de movimientos (NINO; *Ética*; pp. 223-226).

⁷⁹⁰ NINO; *Ética*; pp. 214-214. Ahonda en ambos parámetros en pp. 219 y ss.

En ese marco, destaca que, aún cuando el principio de autonomía tenga una formulación algo vaga, permite inferir el contenido de algunos derechos individuales básicos determinados por el principio de inviolabilidad de la persona. De tal suerte el principio de autonomía

permite identificar dentro de ciertos márgenes de indeterminación, aquellos bienes sobre los que versan los derechos cuya función es “atrincherar” esos bienes contra medidas que persigan el beneficio de otros o del conjunto social o de entidades supraindividuales. Esos bienes son los indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos pudieran proponerse⁷⁹¹.

Con base en lo anterior, afirma que el bien más genérico que tutela la autonomía personal es la libertad de llevar a cabo cualquier conducta que no perjudique a terceros, consagrada en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y defendida por MILL⁷⁹², en términos que tendremos oportunidad de profundizar más adelante. También es la libertad consagrada en el art. 19 de la Constitución Nacional argentina, al que también nos hemos ya referido.

Agrega también NINO que, a la hora de resolver conflictos entre bienes de distintos individuos, se puede clasificar a estos entre primarios y secundarios, según sean o no imprescindibles para la realización de un plan de vida⁷⁹³. Esta prelación permite derivar la casi obvia conclusión de que, cuando se produzca un conflicto de derechos, deberá prevalecer el de mayor jerarquía; es decir que solo quedan sin resolver las colisiones entre derechos de igual rango⁷⁹⁴.

Ahora bien, como la moral liberal intersubjetiva está orientada a tutelar la autonomía personal, advierte que hay razones para que, ante actos de terceros que la menoscaben, el Estado y otros individuos hagan valer los principios morales, incluso frente a quienes no los adopten libremente. Admite que si bien ello viola el principio de autonomía, esa violación está indicada por la propia autonomía, ya que procura hacer posible otras acciones autónomas⁷⁹⁵.

A pesar de que la resolución de conflictos a través de la prelación jerárquica puede ser pasible de la objeción de ser irrespetuosa del principio de inviolabilidad de la persona humana, al sacrificar los derechos de unos como un medio para salvaguardar derechos más importantes de otros, NINO destaca que no todos los derechos protegen derechos tan fundamentales que su frustración signifique sacrificar a su titular. La razón de que esto sea así está dada porque hay a derechos relativos a bienes que no son indispensables para la elección y concreción de planes de vida, sea porque son

⁷⁹¹ NINO; *Ética*; pp. 222-223.

⁷⁹² NINO; *Ética*; p. 223.

⁷⁹³ NINO; *Ética*; p. 307.

⁷⁹⁴ NINO; *Ética*; pp. 305-306.

⁷⁹⁵ NINO; *Ética*; p. 234.

sustituibles, porque se poseen en cantidad que excede lo necesario o porque no hacen a las preferencias del individuo involucrado en el caso en concreto. De darse estos supuestos, no habrá infracción al principio de autonomía ni, por eso mismo, al de inviolabilidad de la persona⁷⁹⁶.

Creemos que esos dos parámetros que proporciona NINO –frecuencia y necesidad– que, a modo de estándares normativos, permiten jerarquizar los bienes derivados de la inviolabilidad personal podrían ser indicios útiles a la hora de perfilar lo tolerable de lo intolerable y de contribuir a la jerarquización de derechos. Aquella intervención de un sujeto que afecte los bienes que concurren con mayor frecuencia y, en particular, que sean imprescindibles para la concreción de un plan de vida podrían, por eso mismo, ser comportamientos que el Estado no pueda, de modo alguno, tolerar, renunciando a toda intervención o sanción.

A pesar de que ello se infiere de lo dicho en los párrafos precedentes, es evidente que la tolerancia que aquí interesa es la que en filosofía política y jurídica se denomina *doméstica*, por oposición a la tolerancia internacional, que es un principio regulatorio –y controvertido– de las relaciones entre los Estados miembros de la comunidad internacional⁷⁹⁷. La tolerancia doméstica es aquella para la cual los objetos primarios de aceptación son los individuos y sus sujetos activos o agentes son los actores políticos a cualquier nivel, en tanto tengan capacidad de proporcionar protección a la libertades individuales⁷⁹⁸. El fundamento de este tipo de tolerancia reposa en la autonomía de las personas⁷⁹⁹, es decir en la posibilidad del individuo de hacer que su vida le sea propia⁸⁰⁰. Por eso es que también tiene –como se verá oportunamente– una vertiente social, en razón de su capacidad de reglar además las relaciones de los individuos entre sí. No obstante, cierto es que –de cara a las pretensiones últimas de esta reflexión como aportación a pensar el derecho penal hoy– su aspecto más significativo posiblemente sea el que relaciona a los particulares con los agentes políticos.

⁷⁹⁶ NINO; *Ética*; p. 305.

⁷⁹⁷ Dicho muy sucintamente, la tolerancia internacional busca responder al interrogante de si deben ser admitidos y, en consecuencia, no ser pasibles de injerencias externas, los Estados que violan los derechos humanos de sus ciudadanos; es decir, si se debe tolerar a los Estados intolerantes. Esta cuestión remite, entre otros aspectos, al análisis de los conceptos de soberanía y de injerencia en esta. Para un análisis más pormenorizado de esta clase de tolerancia y de si es correcto considerarla una extensión de la tolerancia doméstica, BEITZ; *La idea de los derechos humanos*; pp. 176-191.

⁷⁹⁸ BEITZ; denomina a la tolerancia así entendida “concepción individualista”. Desde esa mirada, las sociedades y los Estados, de manera derivada, también podrían ser objeto de tolerancia, en tanto ello fuera la manera más eficaz de asegurar la protección de las libertades de sus miembros individuales; *La idea*; p. 177.

⁷⁹⁹ BEITZ; *La idea*; p. 178. Según el autor, la relación entre autonomía y tolerancia puede entenderse de dos formas, según quién sea el titular de la autonomía en la que se pose el interés. Así, la preocupación por a autonomía puede referirse a la autodeterminación de los agentes a ser tolerados (un interés propio) o de otros que se benefician de vivir en un régimen tolerante (un interés de terceros).

⁸⁰⁰ RAZ; *The morality of freedom*; p. 369.

Deberemos tratar de develar, entonces, si la tolerancia nos ofrece algún tipo de solución novedosa en términos de delitos culturalmente motivados que no son, en definitiva, una relativamente nueva y creciente categoría delictiva, a la cual es necesario aplicar soluciones de la tradicional dogmática-penal, sin desconocer las especificidades que presenta este elenco delictivo.

II. B) 2. Distintas manifestaciones de la tolerancia: como virtud y como principio jurídico-constitucional.

Para avanzar en estas líneas, comenzaremos por referirnos a la tolerancia como principio jurídico-constitucional, es decir, visto desde el prisma de los criterios de actuación de los poderes públicos hacia los ciudadanos, en el marco de un Estado liberal y democrático de derecho. Sin embargo, el término también puede ser concebido como virtud social, en cuyo caso el foco de atención estará puesto más bien en el modo de relacionarse de los particulares entre sí. Incluso, en el Estado democrático, también puede considerarse la existencia de un deber jurídico de tolerancia de los ciudadanos entre sí, engarzado en el marco del respeto a los derechos fundamentales de terceros, tal como se observa en las constituciones de los Estados federales de Alemania, sobre todo en materia de educación⁸⁰¹.

Desde la perspectiva social, se ha dicho que la tolerancia es la virtud social y el principio político que permite la coexistencia pacífica de individuos y grupos que mantienen diferentes punto de vista y cultivan diferentes formas de vida en el marco de una misma sociedad⁸⁰². Así, las estructuras sociales plasman una actitud hacia *otros* grupos, tomados en consideración como miembros plenos de la comunidad, a pesar de que muchos consideren que lo que hacen es totalmente equivocado⁸⁰³.

La tolerancia, entonces, en sentido estricto es una virtud⁸⁰⁴ que, como tal, se sitúa en los planos moral y político. Sin embargo, a pesar de no ser un concepto jurídico propiamente dicho en tanto no está definido en la ley ni ha sido creado en el ámbito del derecho, como ya veremos, aparece mencionado en instrumentos legales y tiene innegables consecuencias jurídicas, sobre todo a nivel constitucional, de lo que la jurisprudencia alemana es clara muestra⁸⁰⁵. Por ese motivo, se lo considera un concep-

⁸⁰¹ Sobre el contenido de cada una de ella, ver ROCA; *La tolerancia en el derecho*; pp. 152-154.

⁸⁰² PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 898; con cita de GALEOTTI, Anna Elisabetta; *Tolerance as Recognition*; Cambridge-New York; 2002; p. 20.

⁸⁰³ PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 898; con cita de GALEOTTI, Elisabetta; *Tolerance as recognition*; Cambridge; New York; 2002; p. 20.

⁸⁰⁴ No obstante, ya veremos más adelante la posición de MACINTYRE, quien no solo no la considera necesariamente una virtud, sino que hasta puede llegar a ser un vicio.

⁸⁰⁵ FRISCH; *¿La tolerancia como un principio limitador del derecho penal?*; p. 145.

to jurídico indeterminado que, en atención a sus implicancias en este plano, requiere conocer su sentido para que sea un principio plenamente aplicable.

Para desentrañar el sentido de los conceptos indeterminados, la hermenéutica jurídica apela al uso del término en el lenguaje común y también a la función que se le asigna en el mundo del derecho. En cuanto al primero de los sentidos, el uso corriente entiende a la tolerancia como la virtud moral en función de la cual se permite o no se impide –ya sea porque se soporta, se acepta o se asuma– una conducta que se considera equivocada o digna de rechazo, en atención a que la pacífica convivencia hace preferible esa actitud condescendiente. En sentido aristotélico, la tolerancia como modernamente se la entiende sería una manifestación de la equidad, es decir de la justicia en el caso concreto, a la que, en determinadas ocasiones, el autor de la ética a Nicómaco consideraba preferible a lo justo propiamente dicho⁸⁰⁶. Desde esa óptica, la tolerancia sería una manifestación de la virtud de la prudencia y, al igual que esta, una expresión inherente a la razón práctica⁸⁰⁷.

Lo último cobra relevancia, porque desde un punto de vista ligado a las posiciones clásicas sobre la tolerancia –cuya raíz ya hemos dicho que es la tolerancia religiosa– hay quienes todavía hoy creen que toda idea de tolerancia es irreconciliable con la posibilidad de defender valores y convicciones emparentados a la verdad⁸⁰⁸. Veremos seguidamente que las disputas religiosas de la época de la Reforma fincaban, en buena medida, en que todos los contendientes creían tener en sus manos y con derecho a defenderla, precisamente, la verdad. Incluso las medidas de tolerancia que se fueron tomando durante esa época giraban en torno a la verdad y al bien. Por su parte, los discrepantes a quienes se promovía tolerar eran vistos como personas que habían incurrido en un error (la idea de conciencia errada era de mucha relevancia).

En efecto, el hecho de que la tolerancia sea entendida como una manifestación de la razón, conecta con la apertura de esta a una verdad objetiva. Pero algunos autores consideran que si la razón tiene una apertura a la tolerancia, entonces excluye la posibilidad de aprehender la verdad objetiva. Como bien destaca ROCA, ver las co-

⁸⁰⁶ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*; capítulos V y X. Lo afirmado en el texto surge claro del siguiente pasaje: “Se ve pues claramente qué es lo equitativo y qué es lo justo y a qué clase de lo justo es preferible lo equitativo. Esto prueba con no menos evidencia quién es el hombre equitativo: es el que prefiere una libre elección de su razón y practica en su conducta actos del género que acabo de indicar, que no sostiene su derecho con extremado rigor, sino que por lo contrario cede de él, aun cuando tenga en su favor el apoyo de la ley. Éste es el hombre equitativo; y esta disposición moral, esta virtud, es la equidad, que es una especie de justicia y no una virtud diferente de la justicia misma” (Capítulo X; pp. 243-244).

⁸⁰⁷ Dice también Aristóteles: “la equidad personal, la práctica personal de la justicia, es un medio entre una injusticia cometida y una injusticia sufrida. De una parte, se tiene más de lo que se debe tener; de otra, se tiene menos (...) La justicia es la virtud que hace que se llame justo a un hombre que en su conducta practica lo justo por una libre preferencia de su razón” (*Ética Nicomaquea*; Capítulo V; p. 223).

⁸⁰⁸ ROCA; *La tolerancia*; p. 148.

sas de esa manera parecería asociar la idea de verdad a la intolerancia, cuando lo lógico es que la verdad en cuanto tal no pueda ser en sí misma intolerante⁸⁰⁹. Parafraseando a Arthur KAUFMANN, el relativismo subjetivo encierra una contradicción interna, a partir de la negación de la verdad objetiva (conocimiento de la verdad) arriba a la paradójica pretensión de verdad absoluta de conocimientos subjetivos⁸¹⁰.

En sintonía con lo anterior, SANTOS ha remarcado la necesidad de deslindar la tolerancia hija del pluralismo de los valores, del relativismo absoluto. Este último niega que haya valores buenos y malos. En cambio, el pluralismo admite la objetividad de los valores y su carácter múltiple. El relativismo conduce al plano del escepticismo, según el cual lo ético no tiene fundamento alguno y, por ende, no puede ser objeto de conocimiento racional, o al escepticismo como negación de la existencia de criterios firmes que nos permitan distinguir lo bueno de lo malo o lo verdadero de lo falso⁸¹¹. Otro posible terreno de aterrizaje es el indiferentismo, que considera que no se puede intervenir legítimamente en la vida de los demás. El neutral es aquel para el que no existe ni la verdad ni el error sino solo opiniones. El peligro de estas posiciones es que no permiten encontrar un fundamento ético objetivo para la existencia y respeto de los derechos fundamentales, cuyo alcance y contenido podría estar a merced de lo que decidieran mayorías coyunturales, incluso en sociedades democráticas como las nuestras. En cambio la tolerancia tiene que ser un valor relacional con respecto a la verdad, para lo cual es necesario partir de exigencias éticas objetivas, es decir de la existencia de una verdad objetiva –agregamos– asequible limitadamente por el hombre. En ese sentido, la tolerancia, lejos de ser un obstáculo para la verdad, puede ser una condición para su desarrollo⁸¹².

Conviene aclarar que el relativismo absoluto marca un contrapunto con el relativismo relativo o débil, que postula la concurrencia de determinados preceptos y valores, que ningún ser humano puede soslayar. Entre estos, se cuentan la dignidad humana, el no matar, hacer el bien y evitar el mal, el no permitir ni provocar la tortura, el

⁸⁰⁹ ROCA; *La tolerancia*; p. 53.

⁸¹⁰ KAUFMANN, Arthur; *Gedanken zur Überwindung des philosophischen Relativismus*; p. 65; citado por PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 899; nota 42.

⁸¹¹ Nótese que esta posición marca un contrapunto con la posición del KELSEN, quien justamente considera que la tolerancia es el principio específico de una filosofía relativista de la justicia y base de la democracia, lo que le ha valido la crítica de SANTOS y de PÁRAMO. Ver al respecto SANTOS; *Tolerancia*; pp. 181-182 y DE PÁRAMO ARGÜELLES; *Tolerancia y liberalismo*; p. 54. SANTOS remarca que también RADBRUCH es de una opinión similar a la de KELSEN, en tanto estima que solo se es consecuente en democracia cuando se reconocen todas las convicciones políticas y sociales como de igual valor, es decir, con fundamento en el relativismo (ver SANTOS; *Tolerancia*; pp. 182-183).

⁸¹² SANTOS; *Tolerancia*; p. 187.

genocidio, etc. Esa concepción supone la existencia de valores objetivos y de la aceptación de ciertos presupuestos metafísicos⁸¹³.

Coincidiendo con la posición de ROCA y de SANTOS, entendemos que el acto tolerante es un proceso racional que culmina en una decisión, es decir en un acto volitivo, en el que en un primer momento se toma conocimiento racional de una conducta (o, en el contexto de esta investigación, de una expresión cultural) que es vista como menos adecuada a la escala de valores propia o del colectivo mayoritario. No obstante, en un segundo estadio, se decide permitir aquella, en función de determinadas circunstancias que se entiende preferible priorizar. Por eso se ha dicho que la tolerancia no es una cualidad innata de la persona humana, es decir que el hombre no es tolerante por naturaleza⁸¹⁴.

Compartimos la idea de que el indiferente, el neutral o el resignado que duda de la existencia de la verdad o que considera que esta no existe difícilmente pueda ser tolerante. Como sostiene SANTOS, la indiferencia, al dudar de las opiniones de los demás o no involucrarse, de algún modo acaba por ser la actitud de refugiarse en un relativismo absoluto, para el que todas las opiniones son igualmente válidas y por eso indiferentes. Tolerancia supone, en cambio, que la verdad no es completamente subjetiva, relativa, procesal, sino antes bien que puede, al menos en parte, ser descubierta⁸¹⁵. En efecto, quien tolera tiene creencias y principios propios, a los que considera verdaderos, sin que ello le impida conceder que los otros tengan el derecho a cultivar incluso creencias equivocadas o acceder a alguna dimensión de la verdad, partiendo de la base que esta no puede ser completamente aprehendida por el hombre⁸¹⁶. La tolerancia, entonces, es necesaria a consecuencia de la falibilidad del conocimiento humano y, desde esa óptica, es condición propia del progreso del conocimiento y de la humanidad.

Incluso desde el prisma de la defensa del discurso moral en la perspectiva de los valores liberales, NINO se ha ocupado de señalar que el mismo liberalismo es compatible con la posibilidad de suscribir una cierta concepción de lo bueno, por sobre otras. Eso podría conducir a la trampa de pensar que asumir una tal posición fuera incompatible con el principio de autonomía⁸¹⁷, según el cual el hombre goza de libertad para elegir planes de vida que, es –como ya hemos visto– no solo un bastión, sino un pivote sobre el cual gira el liberalismo en sí mismo. En efecto, se podría caer en la tentación de imponer la concepción de lo bueno que se estimara mejor. A esto responde

⁸¹³ SANTOS; *Tolerancia*; p. 181.

⁸¹⁴ SANTOS; *Tolerancia*; p. 178.

⁸¹⁵ SANTOS; *Tolerancia*; p. 179.

⁸¹⁶ SANTOS; *Tolerancia*; p. 179, con cita de SARTORI; *La sociedad multiétnica*; p. 41.

⁸¹⁷ NINO; *Ética*; p. 181.

que el principio de autonomía, lejos de mostrar escepticismo en orden a la existencia de una concepción de lo bueno preferible por sobre las demás o de estar ligada a una concepción subjetivista del bien, lleva ínsita la libertad de dar razones en nuestro discurso moral a favor o contra de determinada idea de lo bueno, con el objeto brindar motivos a nuestro interlocutor para que, libremente, la elija, con exclusión de toda coerción o persuasión irracional. Es que el principio de autonomía, al que entiende personal (hacia uno) y también intersubjetivamente (hacia los demás), es un aspecto esencial de una auténtica concepción de lo bueno y es la razón para que diferentes concepciones de lo bueno, aun cuando puedan no ser verdaderas, sean toleradas⁸¹⁸. Por eso NINO concluye que, según su enfoque liberal, el principio de tolerancia no es sino el principio mismo de autonomía en sus dimensiones personal y de moral social⁸¹⁹.

Desde otra perspectiva, en la actualidad, el término tolerancia también es controvertido por algunas voces críticas, que denuncian que la noción lleva ínsita la subordinación o sujeción de algunos grupos a otro, en general mayoritario, que resulta dominante. Dicho de otro modo, se quejan de que aceptar sin más esa terminología y concebir a la tolerancia como una actitud de contenido positivo, en verdad, implica consentir y avalar la posición de inferioridad de los grupos tolerados, al menos en el plano cultural (aunque también en el político y en el económico). La pluralidad así (mal)entendida contribuiría a reforzar un sistema de clases injusto que siempre contendría el germen de la intolerancia. En efecto, con frecuencia los grupos culturales en su totalidad pasan a conformar directamente una clase social poco favorecida o vulnerable, que es mirada con recelo por quienes se ubican en la escala social en un nivel más alto y prefieren hacer de cuenta que ese grupo no existe (invisibilización). Según esta forma de ver la cuestión, la tolerancia es refractaria a la noción de igualdad.

Por su parte, el liberalismo asocia tolerancia y pluralismo, sobre todo de valores, lo que se ve muy claramente en las sociedades multiculturales. Estas, en razón de la multiplicidad de grupos sociales y culturales, alberga conflictos distintos a los tradicionales en punto a la tolerancia, los que estaban exclusivamente reservados al ámbito de lo religioso. Sin embargo, como señala RAWLS, fueron precisamente la Reforma Protestante y sus secuelas las que dieron origen al liberalismo, con las controversias sobre tolerancia religiosa que tuvieron lugar durante los siglos XVI y XVII. No obstante, como prevaleció la división religiosa, precisa que el liberalismo político supone el pluralismo razonable como un pluralismo de doctrinas comprensivas, que incluye a las religiosas y a las no religiosas. Si se considerara un desastre el pluralismo razonable, sería

⁸¹⁸ NINO; *Ética*; pp. 181-183.

⁸¹⁹ NINO; *Ética*; pp. 184 y 211 y ss.

lo mismo que considerar desastroso el ejercicio de la razón en condiciones de libertad⁸²⁰. De tal suerte, el éxito del constitucionalismo liberal fincó en

el descubrimiento de una nueva posibilidad social: la posibilidad de instaurar una sociedad pluralista, razonablemente armoniosa y estable. Antes de que tuviera éxito la práctica pacífica de la tolerancia en sociedades con instituciones liberales, no había manera de saber que existiera esta posibilidad⁸²¹.

Para las posiciones liberales, no se trata en la actualidad de lograr reconducir las diversas visiones del mundo a un punto de vista único, sino de una lucha por la inclusión, por la no discriminación, por el reconocimiento y trato igualitario de las minorías, lo cual está en sintonía con la visión histórica que marca RAWLS sobre los orígenes del liberalismo⁸²². Desde ese prisma, la tolerancia sería inadecuada para resolver las pretensiones en términos de derechos de grupos minoritarios, salvo que el principio de tolerancia fuera entendido como neutralidad respecto de valores y de prácticas relativas a la noción de bien⁸²³. Ello así por cuanto las pretensiones liberales están caracterizadas por la idea directriz de que el Estado tiene que ser neutral entre las distintas concepciones de lo bueno que surjan en la sociedad⁸²⁴.

Sin embargo, tolerancia y neutralidad no son conceptos sinónimos, siquiera hoy en día, cuando el Estado trata de mantener una posición lo más aséptica posible respecto de las decisiones individuales de vida y las manifestaciones culturales diversas y dado que, por esa misma actitud de aceptación, muchos de los conflictos que otrora se resolvían por vía de intolerancia hoy están zanjados por la noción de igualdad. Es que, como bien señala PÉREZ DEL VALLE, incluso en nuestro tiempo, se puede tolerar sin por eso ser neutral en la comparación entre lo que se tolera y la posición contraria⁸²⁵. La neutralidad supondría que no hubiera respuesta negativa posible entre dos o más opciones; mientras la tolerancia llevaría ínsita la abstención de una posible respuesta negativa. Eso puede predicarse tanto respecto de los particulares como del

⁸²⁰ RAWLS; *Liberalismo político*; p. 18.

⁸²¹ RAWLS; *Liberalismo*; pp. 18-19.

⁸²² Al respecto dice RAWLS: "el problema del liberalismo político se formula así: ¿cómo es posible que exista por tiempo prolongado una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, profundamente divididos por doctrinas razonables de índoles religiosas, filosóficas y morales? (...) Parte de este problema consiste en lo siguiente: ¿cuáles son los términos justos de la cooperación social entre ciudadanos que se caracterizan por ser libres e iguales, pero están divididos por un profundo conflicto doctrinal? ¿Cuáles son la estructura y el contenido de la concepción política necesaria si, verdaderamente, tal concepción es siquiera posible? (...) Fue el choque entre las religiones salvacionistas, de credo dogmático y expansionistas, lo que no conoció el mundo antiguo. Éste es un fenómeno nuevo para la experiencia histórica, una posibilidad que volvió real la Reforma" (*Liberalismo*; p. 19).

⁸²³ ROCA; *La tolerancia*; pp. 212-213.

⁸²⁴ DE PÁRAMO ARGÜELLES; *Tolerancia*; p. 83. Este autor destaca que el de neutralidad es un concepto ambiguo, del que se han derivado numerosas interpretaciones. Marca la diferencia entre ser neutral respecto de los resultados que respecto de las motivaciones; también destaca que no es lo mismo la neutralidad frente a las omisiones para no alterar el *status quo* que frente al hacer para nivelar situaciones de desigualdad.

⁸²⁵ PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; pp. 896 y 899.

Estado que puede, por ejemplo, tolerar un gran número de confesiones religiosas y no ser neutra entre ellas, al soportar a una determinada⁸²⁶. La tolerancia tampoco es indiferencia; si todo diera lo mismo, tampoco sería posible llegar a un consenso y eso supondría la negación misma de la tolerancia⁸²⁷.

Incluso, se ha remarcado que tampoco el Estado moderno es neutral, como algunos sectores pretenden. Ese modelo público asumió su concepto de libertad y de propiedad como el adecuado, ninguno de los cuales es neutro al valor y ello surge claramente de la obra de LOCKE, tal como se verá seguidamente⁸²⁸. Y es lógico que así sea porque los ni los principios ni sus conclusiones son neutrales⁸²⁹.

Según VÁZQUEZ GONZÁLEZ, el principal obstáculo al que se enfrentan las sociedades pluriculturales, entendidas como aquellas en las que coexisten culturas diversas de manera pacífica, pero sin mayores puntos de intercomunicación e intercambio, es el del etnocentrismo de la cultura mayoritaria, que busca imponer su estilo de vida y subestima lo distinto. Frente a este peligro, propone la sustitución del etnocentrismo por lo que denomina el *discurso de la tolerancia*, en el que se privilegia el respeto y la aceptación de las ideas, creencias y costumbres de los demás no solo cuando sean diferentes o contrarias a las propias, sino incluso cuando se las desapruebe por completo. Ello así, por cuanto afirma que los conflictos étnicos y culturales producto de la inmigración no se suscitan en orden a las diferencias de opiniones o de costumbres, sino en razón de la intolerancia frente a los que piensan, sienten y opinan distinto⁸³⁰.

Ahora bien, alejado de las posiciones que ven en la tolerancia un principio jurídico fundamental, a las que considera erradas por entender que los derechos no se toleran, sino que se reconocen⁸³¹, VÁZQUEZ GONZÁLES estima que aquella es, en rigor, un criterio general de interpretación, perteneciente al mundo de las ideas. Su rol es operar como punto de partida del diálogo intercultural, ya que, como los derechos de las minorías étnicas y culturales no están suficientemente reconocidos, es imposible prescindir de la tolerancia.

Queda claro entonces que “tolerancia” es un término capaz de suscitar reacciones de lo más diversas y no pocas urticantes, incluso en extremos opuestos del

⁸²⁶ Así lo señala COHEN, Jason Andrews; *What toleration is*; en *Ethics*-115 (2004); p. 76; citado por PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 896.

⁸²⁷ SANTOS; *Tolerancia*; p. 186.

⁸²⁸ PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 896.

⁸²⁹ CORNACCHIA; *Justicia transicional*; p. 77, quien al referirse a los delitos debidos a contextos axiológicamente pluralistas, es decir multiculturales, destaca que los principios nunca son neutrales, “porque la neutralidad es una ideología, originada por el occidentalismo y su tradición liberal”.

⁸³⁰ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; pp. 51-52.

⁸³¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 53.

ámbito de las ideas: o por ser vista como permisiva y enemiga de la verdad o por restrictiva y enemiga de la igualdad.

II. B) 2. i) Toma de posición.

En tren de buscar una respuesta equilibrada que permita asegurar la convivencia pacífica en las sociedades occidentales complejas de nuestros días, creemos que el principio de tolerancia tiene todavía capacidad de rendimiento. Diferenciándonos de quienes rechazan el término, creemos que es un hecho dado que, todavía hoy, continuamos hablando de tolerancia y de su necesidad como valor social y político para poder vivir en sociedades que, indiscutiblemente, son plurales. Cosa muy distinta es reconocer que cada vez queden espacios más reducidos para ejercerla, en atención a que elementos sociales que otrora fueron tolerados en aras de la paz colectiva –como las distintas religiones en la Europa reformista– hoy estén resguardados por las libertades fundamentales que exigen hablar, no ya de tolerancia, sino de libertad y de igualdad. En efecto, la libertad religiosa se ha consolidado como un derecho fundamental y su ejercicio, en tanto no colisione con derechos de terceros ni con el bien común, ya no es tolerado, sino tratado según el principio de igualdad. Hoy en día, la adhesión a y la práctica de una determinada religión es una cuestión atinente al ámbito de libre determinación individual, en el sentido moderno. Sin embargo, se ha dicho que la tolerancia también se tiene que dar donde a la persona de diferente parecer se le reconocen los mismos derechos, por la razón de que también contribuye a la formación de la voluntad democrática⁸³².

No obstante, ello es así en tanto de lo que se esté hablando sea de la pertenencia a un credo o de la adhesión a un catálogo de valores y del ejercicio de un culto determinado; incluso, como ya se ha visto, esto es extensivo al derecho a conducir la propia vida según esas convicciones religiosas o éticas. Pero cuando ese mismo ejercicio, al exteriorizarse, importa una tensión o contrapunto con el sistema de valores adoptados por el Estado, vuelve a hacer su entrada en escena la necesidad de apelar a la tolerancia o de poner un límite a esos desafíos, a través de una intolerancia también entendida como principio político, que como tal exija ser ejercida de modo restrictivo. Por lo demás, siempre que ha sido admitida, sobre todo tras la Reforma, la tolerancia siempre ha sido relativa; jamás una sociedad ha sido completamente tolerante o complaciente respecto de todas las conductas de sus miembros⁸³³.

⁸³² SANTOS; *Tolerancia*; p. 183.

⁸³³ Ver el comentario al respecto en BOBBIO; *Las razones de la tolerancia*; p. 251, donde se pone de realce que la tolerancia real en términos históricos es siempre relativa. Entre los conceptos extremos de *tolerancia* e *intolerancia*, de los cuales uno es el contrario del otro, existe –según BOBBIO– una

Ubicándonos en una posición valorativa bien distinta a la de quienes creen que la tolerancia en nuestros tiempos deber ser vista negativamente, por significar el sojuzgamiento de las minorías a la mayoría dominante o un apartamiento de la verdad como valor ético supremo, creemos que allí donde todavía es necesaria, continúa siendo un elemento positivo para la convivencia. En ese sentido, es no solo un principio jurídico, sino un mandato constitucional enderezado a que el Estado pueda buscar respuestas a situaciones conflictivas. Por su parte, la cara opuesta de la moneda, es decir, la intolerancia bien entendida, se bajará como una barrera cuando las libertades individuales y colectivas se vean comprometidas; delimitará la frontera de lo infranqueable. Y ello es así porque la tolerancia en sí misma importa un maridaje indisoluble entre un polo negativo y otro positivo. Es decir, ambas caras son consustanciales a la idea de tolerancia.

Dice BOBBIO en palabras que es oportuno transcribir:

es conveniente aclarar que el mismo término «tolerancia» tiene también dos significados, uno positivo y otro negativo, y, por tanto, tiene dos significados, respectivamente negativo y positivo, el término opuesto. En sentido positivo, tolerancia se opone a intolerancia en sentido negativo, y viceversa, al sentido negativo de tolerancia se contraponen el sentido positivo de intolerancia. Intolerancia en sentido positivo es sinónimo de severidad, rigor, firmeza, de todas las cualidades que entran en la categoría de la virtud; tolerancia en sentido negativo, en cambio, es sinónimo de indulgencia culpable, de condescendencia con el mal, con el error, por pérdida de principios, por amor al vivir tranquilo o por ceguera frente a los valores. Es evidente que cuando hacemos el elogio de la tolerancia, reconociendo en ella uno de los principios fundamentales de la vida libre y pacífica, hablamos de la tolerancia en sentido positivo... Tolerancia en sentido positivo se opone a intolerancia, religiosa, política, racial, es decir, a la indebida exclusión de lo diferente. Tolerancia en sentido negativo se opone a firmeza en los principios, es decir, a la justa o debida exclusión de todo aquello que puede acarrear daño al individuo o a la sociedad. Si las sociedades despóticas de todos los tiempos y del actual sufren de falta de tolerancia en sentido positivo, nuestras sociedades democráticas y permisivas sufren de exceso de tolerancia en sentido negativo, de tolerancia en el sentido de dejar correr, de dejar andar, de no escandalizarse ni indignarse nunca de nada⁸³⁴.

Lo que las voces críticas, que expresan un reduccionismo en términos cuantitativos de mayorías y minorías, denuncian como algo negativo, creemos que es la médula que le sigue dando sentido a la noción de tolerancia en sí misma, que de otro modo se vería vaciada de contenido. En efecto, coincidiendo con ROCA en la impecable introducción a su monografía *La tolerancia en el derecho*⁸³⁵ –de suma utilidad para echar luz sobre qué sentido tiene la tolerancia que aún hoy pervive en el universo jurídico y sobre si realmente es todavía necesaria y legítima para tomar decisiones–, la tole-

comunicación a la que llama “zona gris” o “ni ni”, cuya amplitud es variable, y es sobre esta variable sobre la que se puede valorar qué sociedad es más o menos tolerante o más o menos intolerante.

⁸³⁴ BOBBIO; *Las razones*; pp. 250-251.

⁸³⁵ ROCA; *La tolerancia*.

rancia es una actitud que lleva ínsitos dos elementos esenciales y paradójicamente complementarios: a) la valoración negativa o menos positiva de un comportamiento individual o social (elemento negativo) y b) la aceptación que merece ese mismo comportamiento *infra*-valorado por parte del ordenamiento jurídico (elemento positivo), ya sea por las rectas intenciones de quien rechaza cumplir un deber jurídico, por el escaso poder de lesividad social que conlleva o por alguna situación sumamente gravosa en que se pueda encontrar quien practica la conducta a ser tolerada⁸³⁶. Es decir que serán razones de oportunidad las aconsejen el tolerar, en vez del sancionar o reprobar.

Creemos que esa posición viene a comulgar en algún punto con la de GARZÓN VALDEZ⁸³⁷, cuando se refiere a la tolerancia como una propiedad disposicional que es sometida a prueba en diversas y reiteradas circunstancias, a las que da el nombre de “circunstancias de la tolerancia”, es decir, actos o situaciones que disparan los tres mecanismos de la tolerancia. Estos son: a) la competencia necesaria para determinar el estatus deóntico de la conducta que se tolera; b) una tendencia a prohibir el acto tolerado, o sea un rechazo inicial por parte de las personas tolerantes (el aspecto negativo, al que se refiere ROCA) y c) una ponderación de los argumentos a favor de la permisión o prohibición del acto en cuestión: los actos tolerados son permitidos tras un ejercicio de reflexión y en pos de un valor que se considera de jerarquía superior⁸³⁸.

Por su parte, PÁRAMO ARGÜELLES describe a los elementos que deben estar presentes para que pueda hablarse de tolerancia. El primero es la presencia de una pluralidad de creencias, actitudes o conductas; el segundo, es que esa diversidad de opciones tiene que provocar desaprobación, aversión o disgusto; finalmente, quien tolera tiene que estar en una posición de poder. Por la fuerza de esos caracteres es que subraya que ser tolerante está muy lejos de ser indiferente⁸³⁹.

De lo dicho en los párrafos anteriores se sigue entonces que, sin elemento negativo o de rechazo respecto de las normas vigentes no habrá objeto a tolerar. Asimismo, ese elemento tiene que estar en la órbita de competencia de los poderes públicos; o sea, no puede ser ejercida sobre un fuero respecto del que el Estado no pueda actuar sino ilegítimamente, como por ejemplo la esfera de privacidad individual. Esta se encuentra al abrigo del principio de libertad, en tanto no lesione el orden público ni derechos de terceros. En síntesis, es cierto que la tolerancia importa un aspecto negativo consustancial, pero, a diferencia de lo que sostienen quienes reniegan de la legitimidad actual de la tolerancia, esa faz del problema se transforma en algo favorable, al ser receptado por el sistema de valores del Estado. Además, también resulta favorable el

⁸³⁶ ROCA; *La tolerancia*; pp. 25-26.

⁸³⁷ Citado por DE PÁRAMO ARGÜELLES; *Tolerancia*; p. 17.

⁸³⁸ DE PÁRAMO ARGÜELLES; *Tolerancia*; p. 17.

⁸³⁹ DE PÁRAMO ARGÜELLES; *Tolerancia*; p. 18.

hecho de que la tolerancia sirva para flexibilizar el derecho, que de otro modo estaría encorsetado en límites legales rígidos, que dificultaría la búsqueda de un equilibrio cuando se produjera una fricción entre dos derechos fundamentales o entre el mismo derecho de dos sujetos diferentes. La tolerancia es una herramienta para la ponderación de bienes.

Claro está, para poder ver las cosas de este modo, hay que dar por cierto que el Estado no es indiferente a los valores, sino que por el contrario adopta un sistema valorativo que hace propio para objetivar las conductas que serán aceptadas, las que serán reprobadas y las que serán toleradas. Esa objetivación en el orden de los valores se llama normativización. Será este un concepto muy útil para examinar cuáles son los límites a la tolerancia que deberá delinear el derecho penal.

Entre esos valores, se cuenta el pluralismo. Sin embargo, este no puede ser entendido de manera ilimitada, como fuente de un derecho subjetivo absoluto. Reconocerá un límite inflexible en los derechos fundamentales inherentes al hombre, que el Estado ensalza y defiende a ultranza, como garantía máxima del respecto a la dignidad humana. En definitiva, para hablar de tolerancia será indispensable atender a qué concepción de derecho y de Estado se tenga.

En tal sentido, SANTOS destaca que la tolerancia es una forma de acción humana, consustancial a la democracia misma. Precisamente, este sistema de gobierno, el mejor de todos los conocidos, debe ser intolerante con quienes deseen poner fin a las reglas democráticas del derecho. Nótese como este autor, en definitiva, hace mención a lo que aquí se sostiene: que la tolerancia tiene límites y que hay una intolerancia justificada. Sin embargo, a renglón seguido, el mismo autor destaca que en una sociedad democrática todos los hombres, incluso los no entendidos por la mayoría o aquellos cuyas ideas y principios que no se lleven a cabo, “deben tener los derechos igualmente garantizados, siempre y cuando no se hagan desde ópticas criminales”⁸⁴⁰. He aquí la idea del derecho penal como límite a la tolerancia. Esto reposa en la idea de que la tolerancia en democracia supone una búsqueda de la verdad, con respeto de las minorías, dado que el mundo está sujeto a cambios cíclicos que se traducen en que lo que hoy es una opinión minoritaria mañana pueda ser mayoritaria, por más que la democracia reclame el principio de la mayoría. De tal suerte, la tolerancia gira en torno a verdad, la libertad y la igualdad, por lo que el error que permite la libertad tiene el mismo derecho que la verdad⁸⁴¹. Como destaca BOBBIO, el nervio de la idea de tolerancia

⁸⁴⁰ SANTOS; *Tolerancia*; p. 186.

⁸⁴¹ SANTOS; *Tolerancia*; p. 187. Esta pregunta ha estado presente en toda la historia de la tolerancia y, en particular, en todo el pensamiento liberal, llegando hasta nuestros días. A título de ejemplo, bien vale traer a colación las palabras de DWORKIN: “[i]t is an old problem for liberal theory how far people should have the right to do the wrong thing. Liberals insist that people have the legal right to say what

pasa por el reconocimiento al igual convivir de doctrinas opuestas y es la concesión, por parte de quien se cree con razón, al error de buena fe de los demás⁸⁴².

Lo que es claro es que la tolerancia, que —a nuestro juicio erróneamente— podría dar la impresión de ser una noción históricamente superada a partir del desarrollo del liberalismo en los últimos doscientos años y del fuerte pluralismo que —a se supone— caracteriza a nuestras sociedades, sigue siendo una actitud necesaria para el desarrollo social. Con ese espíritu, se ha considerado que las condiciones óptimas para el proceso de tolerancia se dan precisamente en una sociedad abierta y compleja, en donde se confrontan una pluralidad de opiniones intercambiándose libremente, como es la de nuestro tiempo, en la que convergen gentes de diversas religiones y que exige ponerse en el lugar del otro y “respetarle en cualquiera de sus actuaciones y opiniones, siempre y cuando el individuo al que se le tolera respete las reglas del Estado social y democrático de derecho. Es decir, que no sobrepase las fronteras de lo intolerable”⁸⁴³. Como se ve, entonces, la tolerancia lejos está de ser una actitud pasiva, sino que por el contrario reclama del tolerante una disposición y una conducta activa hacia la otredad; es dinámica acorde a las exigencias sociales de la época.

Solo el tolerante puede conducirse adecuadamente hacia la complejidad. Está abierto frente a situaciones nuevas, cuenta con que el otro quizá tiene mejor información que él. Sabe que las situaciones nuevas exigen interpretaciones nuevas. Pero también es consciente de que solo son interpretaciones de la complejidad y que estas nunca pueden ser concluyentes y absolutas⁸⁴⁴.

Esta breve introducción pretende poner sobre el tapete que la tolerancia no es una noción pacífica, que goce de aceptación y predicamento generalizado, como una rápida impresión edulcorada, propia de los discursos políticamente correctos, podría hacer pensar a partir de su tenor literal. Por eso será útil hacer un primer pantallazo histórico sobre la noción de tolerancia. En efecto, así como hace más de tres siglos la idea de tolerar las profesiones religiosas surgidas tras la Reforma Protestante daba

they wish on matters of political or social controversy. But should they be free to incite racial hatred, for example?” y, en expresa referencia a la pornografía, la que es merecedora de reparos de su parte, agrega: “[i]f we assume that the majority is correct, and that people who publish and consume pornography do the wrong thing, or at least display the wrong sort of character, should they nevertheless have the legal right to do so?” (*Do we have a right to pornography?*; p. 335). A este interrogante el autor responde con lo que llama estrategia basada en los derechos (*the right-based strategy*), que trata de responder al interrogante de si la gente es titular de derechos morales y políticos según los cuales sería equivocado prohibir ya sea la publicación como la lectura o consumo de libros e imágenes pornográficas, incluso si la sociedad estuviera mejor si no se lo hiciera (idem; pp. 353 y ss). A su criterio, lo que llama derecho a la independencia moral (*the right to moral independence*) exige una actitud legal permisiva hacia el consumo privado de pornografía; ello así porque un ámbito de libertad en la esfera íntima y otro de restricción en la esfera pública son exigencias de una concepción interesante de aquel importante derecho político (idem; pp. 358-359). A su criterio, los poderes públicos violan ese derecho a la independencia moral, que exige un trato igualitario entre los ciudadanos, cuando dan preferencia a formas de vida asentadas en las concepciones morales de algunos ciudadanos por sobre las de otros.

⁸⁴² BOBBIO; *Las razones*; pp. 252-253.

⁸⁴³ SANTOS; *Tolerancia*; pp. 179 y 184.

⁸⁴⁴ SANTOS; *Tolerancia*; p. 180.

lugar a toda clase de tensiones ideológicas, tampoco hoy el término está exento de evidenciar conflictos, en ocasiones graves y de delicada resolución. Si a eso se suman las más actuales discusiones dogmáticas sobre su aplicación o sobre su inocuidad a nivel penal, no se duda de que el tema está lleno de rispideces.

A pesar de que se estima que ya ha quedado en claro párrafos más arriba, también se enfatizará antes de empezar que, en lo sucesivo y tal como ya se he venido haciendo –sin decirlo– desde el capítulo inicial, la tolerancia que interesa en este trabajo es la de las minorías culturales étnicas o religiosas que reclaman un reconocimiento en términos de colectivo o cuyos integrantes reclaman una reconocimiento *por* pertenecer a ese colectivo. O sea que quedará fuera de consideración la tolerancia de formas de vida, sean optativas o no, individuales –por más que sean seguidas por un importante número de personas que tengan, por eso mismo, sentimientos de pertenencia por afinidad de aspiraciones–, como así también la tolerancia política propia de todo sistema democrático que, por definición importa la coexistencia de diversos modos de pensar, distintas ofertas políticas y alternancia. Esas innegables diferencias se dan por el solo y fundamental ejercicio de la libertad individual, pero en el seno de una misma cultura, y ya hemos dicho que en nuestros Estados constitucionales de derecho todas esas opciones ya no pueden ser tratadas como aspectos a tolerar, sino como expresiones del ejercicio de la auto-determinación individual, en términos de igualdad constitucional. En este tiempo histórico, son asuntos que hacen a la esfera de reserva individual, en la que el Estado no puede inmiscuirse; por tanto, no tiene nada que tolerar. Siempre, claro está, que no se vean afectados el orden público o derechos de terceros.

La limitación al abordaje que acabo de señalar se efectúa con miras al propósito de este trabajo: la respuesta que debe dar el Estado al delito motivado culturalmente. Este último, es el que se comete en razón de la pertenencia a una cultura minoritaria, exótica o disidente, respecto del colectivo que encarna los valores asumidos por el Estado, por lo general dominante o preponderante en términos culturales. Si alguien, en cambio, cometiera un delito motivado en su condición sexual, en la práctica del veganismo o en pos de la lucha por la defensa de los animales –aunque se sintiese fuertemente comprometido con esas causas y cohesionado a quienes abrazan su mismo modo de vida o ideales–, bajo ningún punto de vista podría valorarse el injusto en términos de diferencia cultural. Incluso, si en el caso concreto fuera pertinente algún tipo de reducción de la culpabilidad. Al no haber un quiebre o una brecha cultural entre el autor del delito y los valores que expresa el derecho penal, la cuestión quedaría inmediatamente fuera del espectro de este análisis. Es más, la valoración de tales casos como si fueran de raigambre cultural posiblemente la haría acreedora de la tilde de “discriminatoria”, precisamente porque la condición sexual o la forma de conducir la propia vida en

cualquier cuestión íntima solo puede ser analizada modernamente desde la igualdad en el ejercicio del derecho civil a la libertad individual, órbita en la que el Estado no se puede inmiscuir. De otro modo, se caería en el peligro del derecho penal de autor. Por eso, un delito cometido por quienes están en engarzados en el mismo medio cultural expresado en el ordenamiento jurídico del Estado, no tendría cabida en el horizonte de este trabajo.

Por lo demás, como bien destaca WALZER, los individuos excéntricos en su solitaria diferencia son relativamente fáciles de tolerar. A la par, el rechazo individual o aislado a ciertas excentricidades, aunque repudiable, en general hoy no es tremendamente peligroso. Este panorama cambia por completo de cara a los grupos excéntricos o disidentes, que ejercen o pretenden ejercer derechos en común o que reclaman derechos en nombre de sus miembros o cuyos miembros individualmente claman por los suyos en razón de su pertenencia colectiva⁸⁴⁵. Es de cara a estos conjuntos que todavía tiene sentido hablar contemporáneamente de tolerancia como actitud política y jurídica.

II. B) 3. La evolución histórica de tolerancia.

En virtud de la referida evolución que la tolerancia ha experimentado desde la Edad Moderna hasta nuestros días, es imposible eludir ocuparse de la transformación que la noción ha experimentado desde el siglo XVI, época en la que comienza a ocupar un lugar preponderante en la atención de los filósofos políticos, en razón del cisma que importó la Reforma protestante y sus consecuentes luchas internas y externas entre adeptos a una iglesia y a otra, hasta las aportaciones de los más modernos pensadores del Estado y del derecho. Finalmente, veremos qué contribución nos puede brindar ese análisis para pensar la tolerancia –o su contracara: la intolerancia– como una elemento determinante a la hora de resolver conflictos penales de raíz cultural.

A esos fines, procuraremos dividir la cuestión en tres apartados generales. Uno, orientado al pensamiento de los autores clásicos de la Europa reformista; el segundo, dedicado a algunas aportaciones modernas que consideramos fecundas e imprescindibles para el tema medular de esta investigación. Por último, en una tercera fase, trataré de ver si es posible vincular la tolerancia con el derecho penal y si este puede ser un instrumento para dar respuesta al delito culturalmente motivado.

⁸⁴⁵ WALZER; *The Politics*; p. 165.

II. B) 3. i) La tolerancia en los autores clásicos.

α. Los inicios, desde las guerras de religión post Reforma hasta la separación de Iglesia y Estado.

Como hemos dicho, resulta ineludible comenzar por prestar atención a las opiniones de los autores clásicos liberales, es decir aquellos que abordaron el tema durante los siglos XVI y XVII, a propósito de la tolerancia religiosa. Ellos examinaron la cuestión a la luz de los conflictos religiosos de la época, a los que no fueron ajenos. La cristiandad, había ocupado un papel central en la formación de la conciencia y de la identidad europeas. No solo era sinónimo de religión, sino un elemento definitorio, en términos políticos y culturales, que aglutinaba a todo el mundo europeo. Ese elemento definitorio del ser del viejo continente se veía seriamente amenazado por la fragmentación de la religión de Cristo⁸⁴⁶, a partir de la Reforma Protestante y también por el riesgo político y religioso que significaba el avance del mundo no cristiano, concretamente del Imperio Otomano.

Como recuerdan PRIETO y BETEGÓN⁸⁴⁷, en el surgimiento del Estado moderno, que nació bajo la influencia de los dos grandes poderes de la Edad Media –la Iglesia y el Imperio–, la religión no era todavía una realidad totalmente independiente de lo político ni formaba parte de lo que hoy consideramos ámbito de intimidad o reserva o de autodeterminación. De ahí el tremendo impacto que tuvo la ruptura de la unidad religiosa en la Europa del siglo XVI.

El desafío que presentaba la época era el quiebre mismo de la noción de cristiandad, que se traducía en el apabullante fenómeno de la división de toda la sociedad europea. Dicho cisma tenía lugar en un particular momento político, en el que se iban consolidando los estados nacionales, a través del reparto territorial merced al cual cada rey se consideraba a sí mismo emperador de su territorio, ungido por poder divino. Cada unidad política crecía y se fortalecía no solo *ad intra*, sino que también iba desarrollándose la competencia económica y territorial y, con ellos, las pujas con los demás estados nacientes.

En el referido contexto, la pertenencia religiosa era un rasgo de identidad nacional y una razón de discordia entre Estados; es decir, era una factor político. El temor por las consecuencias de la fragmentación y los posibles ataques de otros Estados y otras iglesias, contribuía a tratar de preservar la ligazón entre lo religioso y lo público, como una forma de ratificar la pertenencia nacional y lograr seguridad política. Así, la relación entre Estado e iglesias particulares se estrechará más todavía: estas se

⁸⁴⁶ RAWLS; *Liberalismo*; p. 18.

⁸⁴⁷ PRIETO SANCHÍS; BETEGÓN CARRILLO; *Estudio preliminar en LOCKE; Escritos sobre la tolerancia*; p. XIV.

integrarán a aquel, incorporando sus finalidades a las políticas. Ello fue evidente en los Estados protestantes y no menos evidente en los católicos. Además, los gobernantes temporales hicieron de la religión un instrumento político extraordinariamente apto para justificar sus acciones, sin importar que las contiendas a las que la ruptura religiosa daba lugar fueran en verdad descarnadas luchas fratricidas. Es que a mayor identificación nacional entre Estado y religión, mayores eran también las discordias con quienes profesaran una fe diferente y más fáciles las justificaciones de toda clase de tropelías.

En efecto, la fisura de la cristiandad se tradujo en sangrientas guerras civiles internas y externas. Así la religión cristiana reformada, es decir quebrantada, se puso al servicio de finalidades temporales. Los conflictos sociales y la intolerancia encontraron allí un caldo de cultivo inmejorable para justificar toda clase de violencias y – como bien destacan PRIETO y BETEGÓN⁸⁴⁸ – para que las sociedades religiosas perdieran su autonomía en poder del Estado.

Fue ese el telón de fondo que tuvieron los autores que hoy consideramos clásicos, quienes trazaron las líneas medulares acerca de la tolerancia y de cuyo aporte es imposible prescindir a la hora de abordar cualquier reflexión sobre el tema. Va de suyo que, por fuerza del mismo escenario descrito, para ellos decir “tolerancia” era decir “tolerancia religiosa”, ante la creciente animosidad hacia los disidentes. En consecuencia, la tolerancia de entonces fue fruto de la necesidad de lograr la convivencia pacífica de quienes profesaban diferentes confesiones cristianas; no es errado decir que la tolerancia como principio político, entonces, es hija de la Reforma⁸⁴⁹.

Ante el crudo escenario de violencia ascendente de la época, se fue haciendo patente la necesidad de tratar de hallar vías para la supervivencia, mediante la recomposición de la paz social. Por otra parte, en esos estados absolutos y confesionales cada vez más consolidados, fue surgiendo la necesidad de poder expandirse económicamente, lo que implicaba entrar en contacto con otros Estados de distinta pertenencia religiosa y respecto de cuyas sociedades estaba instalado el prejuicio de la diferencia cultural. Había que superar de algún modo la constante amenaza de la guerra por motivos de fe.

Fue así como el asunto de la tolerancia comenzó a ser centro de preocupación de los pensadores de la época, si bien con orientaciones y fundamentaciones muy variadas. Pero si hubiera que buscar un común denominador, ese sería, sin duda, el hecho de que aquella fuera entendida como una concesión hecha a quien tenía creencias religiosas distintas a las de quien toleraba. La parte que toleraba consideraba que

⁸⁴⁸ PRIETO SANCHÍS; BETEGÓN CARRILLO; *Estudio preliminar*, p. XV.

⁸⁴⁹ Si bien Santo Tomás de Aquino ya había empleado el verbo tolerar en la *Summa Theologiae* (II. II. q. 10), su empleo en el sentido de concesión o permiso religioso data recién del siglo XVI (conf. ROCA; *La tolerancia*; p. 54; nota 96).

tenía la autoridad para hacerlo, en razón de estar en posesión de la verdad; el tolerado, en cambio, estaba equivocado en sus creencias.

En honor a la verdad, el tema no era nuevo, sino que ya había sido materia de estudio y desarrollo en el marco del derecho canónico, cuyas fuentes normativas y doctrinarias habían abordado algunos fundamentos que luego serían retomados con ocasión de los conflictos europeos post Reforma⁸⁵⁰. En efecto, el derecho canónico, a través de la consagración expresa en varios cánones, contemplaba la institución de la tolerancia, a la que se entendía como una renuncia a la ejecución de un precepto jurídico, en un caso concreto, absteniéndose de aplicar el castigo que de otro modo habría correspondido, cuando el comportamiento reprochable fuera seguido por un grupo numeroso de personas⁸⁵¹. Es decir que la tolerancia⁸⁵² era un principio flexibilizador que el derecho canónico utilizaba para, en aras de evitar males mayores, satisfacer la necesidad de atenuar las sanciones contra la ilegalidad y la indisciplina (aspecto negativo), con la nota positiva de consentir determinadas conductas contrarias a las normas eclesíásticas (aspecto positivo)⁸⁵³. Mediante el instituto de la *lex tolerans*, se ejercía una actitud activa (*tolerari postest*), con la que se pretendía dar una regulación jurídico-material definitiva a una situación determinada, por la que se le reconocía al inferior tolerado un auténtico derecho subjetivo⁸⁵⁴. En esa lógica, tenía naturaleza normativa, de carácter público⁸⁵⁵. Sin embargo, no estaba fundamentada en la libertad de conciencia del destinatario de la norma, toda vez que consentir una determinada conducta no implicaba acoger el criterio subjetivo de las personas cuyas conductas se toleraban⁸⁵⁶. La tolerancia importaba una relación vertical entre autoridad tolerante y súbditos tolerados, muy distinta de una virtud social a ejercer en las relaciones entre particulares. De ahí su naturaleza pública.

⁸⁵⁰ Sobre el concepto de tolerancia en el derecho canónico, en particular sobre la argumentación a favor de aquella como un deber cristiano (hábito moral) y factor de construcción de la paz, ver ROCA; *La tolerancia*; Capítulo I; pp. 33-52.

⁸⁵¹ ROCA; *La tolerancia*; pp. 41-42.

⁸⁵² Al igual que su parienta, la institución de la disimulación, referida al comportamiento reprochable de una sola persona o de un grupo pequeño. Solo que la disimulación se refería a un comportamiento regulado por el ordenamiento canónico, mientras que la tolerancia era referida a una conducta normada por el ordenamiento secular, ante la cual el ordenamiento canónico no reaccionaba. Ambas podían ejercerse por decreto y, de faltar este, se daban casos de tolerancia y de disimulación tácitas (ROCA; *La tolerancia*; pp. 42 y 43).

⁸⁵³ ROCA; *La tolerancia*; p. 42, donde también se dice que “[p]or efecto de la *lex tolerans* los destinatarios adquieren el derecho de comportarse a tenor de la misma, asegurándose así su inmunidad en el fuero externo y en el interno”, idea también muy interesante para la reflexión acerca de qué hacer frente al delito culturalmente motivado. Ver también p. 45.

⁸⁵⁴ ROCA; *La tolerancia*; p. 44.

⁸⁵⁵ ROCA; *La tolerancia*; p. 45.

⁸⁵⁶ ROCA; *La tolerancia*; p. 51.

A pesar de que el ordenamiento canónico carecía de la característica de neutralidad que hoy se atribuye al Estado, ya que su función era salvar las almas⁸⁵⁷, aquella forma originaria de concebir la tolerancia parece todavía hoy muy acertada y en cierto modo aplicable a nuestras sociedades civiles. En efecto, creemos que puede ser una buena guía también para el análisis sobre qué actitud adoptar frente al delito motivado culturalmente, por lo que deberá ser retomada más adelante, cuando veamos qué es aquello que hoy en día el Estado debe tolerar y por qué motivos.

Lo importante es destacar entonces que, en su sentido primigenio a partir del cual el concepto irradia sus efectos hasta nuestros días, la tolerancia nació como la concesión de libertades a quienes disientían en materia religiosa. En ese marco, debe ser vista como parte del proceso histórico que ha conducido a un desarrollo progresivo del principio de libertad humana, hoy consagrado en varios derechos fundamentales: libertad de conciencia y de religión, derecho a la autodeterminación, derecho a libertad de expresión, derecho a educar a los hijos según las propias creencias, derecho a la identidad cultural, entre otros, todos emanados del principio de dignidad humana.

Hay que decir también que ese desarrollo progresivo de la tolerancia no fue fruto de un proceso lineal; antes bien, ha tenido avances y retrocesos que han llevado a KAMEN a sostener que no debería causar sorpresa que algunos países se encuentren actualmente más lejos de la libertad plena de lo que estaban hace cinco siglos⁸⁵⁸. Por eso no sería acertado creer que la tolerancia fuera un producto exclusivo de la modernidad; ésta por cierto ofrece cada vez renovados desafíos a la tendencia intolerante de la sociedad, ante nuevas manifestaciones culturales que vuelven a iniciar los procesos cíclicos, de manera más o menos solapada. El caso de la llegada de olas de inmigrantes y refugiados a la Europa del siglo XXI es un ejemplo cabal de ello. A eso pueden aplicarse las palabras del mismo autor cuando señala que “las actitudes están condicionadas por la circunstancias políticas y sociales y se desarrollan de modo desigual de acuerdo con su medio, no hay razón intrínseca alguna por la que una doctrina moderna deba ser más progresiva que otra antigua”⁸⁵⁹.

No obstante, lo cierto es que, gracias a las teorías de los siglos XVI a XVIII y al gran impulso del movimiento que se suscitó para comenzar a pensar cómo vivir junto a quien profesaba una fe distinta, la tolerancia sigue teniendo importancia, hasta hoy, como una práctica política frente al diferente. Ya sea para recibir de buen grado la

⁸⁵⁷ Al respecto, ROCA señala que la tolerancia era un principio para expresar que se debía evitar el *rigor iuris* y el alcanzar el fin de la *salus animarum*. Por eso dice que tenía una función flexibilizadora de las relaciones entre la autoridad y los destinatarios del ordenamiento jurídico canónico (*La tolerancia*; pp. 50 y 51).

⁸⁵⁸ KAMEN; *Nacimiento y desarrollo*; p. 9. Para el estudio de la tolerancia y de la intolerancia en fases históricas del cristianismo previas al siglo XVI, ver la obra citada; pp. 11-21.

⁸⁵⁹ KAMEN; *Nacimiento*; pp. 9-10.

noción y su ejercicio; ya sea para cuestionarla como un instrumento que daría un tratamiento peyorativo a las minorías. Sin dudas ha cambiado la pregunta fundante de cara a la tolerancia. Hoy ya no nos preguntamos, como se hacía en la Europa de la Reforma, si pueden ser toleradas o permitidas diferentes religiones en los confines de un reino cristiano; sino que la pregunta se formula en clave cultural. ¿Puede permitirse el ingreso irrestricto de toda manifestación cultural discrepante de aquella que el Estado adopta valorativamente como propia? ¿O se debe poner algún límite? En ese caso, ¿cuándo y por qué habría que ser intolerante frente a la cultura diferente?

En la Europa del siglo XVI, se creía que la unidad religiosa era la base de la unidad política y que los desórdenes eran hijos de la pluralidad de confesiones dentro del Estado. La Europa del siglo XXI y Occidente todo, se encuentran en la tensión entre acoger al inmigrante –en términos de nacionalidad y de cultura– y de que esa permeabilidad ponga en riesgo la cultura del Estado. En términos de macro análisis, Europa teme que las concesiones culturales, a la larga, minen la cultura propia. Los que hoy son una minoría inmigrante, mañana podrían ser mayoría y, con ello, sustituir la cultura del Viejo Continente por la propia. Esto, limitando la cuestión solo al plano cultural, es decir, dejando de lado lo concerniente a problemas de seguridad en términos de terrorismo, que no es el objeto de este estudio⁸⁶⁰. En definitiva, el mundo occidental y Europa en particular, se encuentra en un momento histórico crítico en el que sienten amenazada la supervivencia de su cultura. No en el corto plazo, pero quizás dentro de no muchas décadas. El derecho en todas sus ramas, como expresión de cultura, puede hacer las veces de dique de contención que permita conjugar la preservación de la propia cultura, con el respeto debido al extranjero cultural, para evitar que la crisis descrita conduzca a una aplicación exacerbada del *ius puniendi* allí donde no sea conveniente o necesario.

Lo que nos importa destacar es que el influjo de los autores clásicos llega hasta nuestros días con plena vigencia. Y no solo eso: de esta época es hija también la teoría de los derechos fundamentales (uno de ellos, la libertad religiosa) y del Estado constitucional⁸⁶¹. Como derivación de lo anterior, en el contexto del derecho internacional, en efecto, el término tolerancia también ocupa un sitio⁸⁶².

Prueba de que la noción que llega a nosotros es hija de la Reforma es el hecho de que el primero en emplear el término haya sido Martín Lutero, solo que lo hizo

⁸⁶⁰ El terrorismo cultural o religioso es una problemática ajena a esta investigación. En definitiva, no puede asociarse la idea de inmigración cultural con terrorismo, sin más. Aquí se pretende analizar el engarce cultural de personas y familias que viven en un marco general de respeto a las leyes del Estado y cuya pertenencia cultural se manifiesta en algunas expresiones de vida, que pueden chocar con el ordenamiento jurídico, sin que por eso rechacen al derecho como modelo de orientación de conductas, en general.

⁸⁶¹ PRIETO SANCHÍS; BETEGÓN CARRILLO; *Estudio preliminar*, p. XVI.

⁸⁶² ROCA; *La tolerancia*; pp. 111 y ss.

para rechazar el intento de la Dieta de Ratisbona de lograr la concordia entre católicos y protestantes. En una carta datada en 1541, el mismo año de la Dieta, se pronunció en contra de la tolerancia, a la que calificó como un error esencial⁸⁶³. También el Concilio de Trento significó el fracaso de los intentos de tolerancia del lado católico, en el terreno filosófico. Como señala ROCA, a partir de las fallidas negociaciones de la Dieta de Ratisbona, el concepto de concordia se dividió en *concordia fidei* y *concordia caritatis*. Esta última que era la que se refería al trato político entre las distintas confesiones pasó a ser la aspiración y la apertura hacia la tolerancia como hoy la entendemos⁸⁶⁴.

Sin embargo, incluso en esta primera época de la Reforma en la que, como es lógico, las posiciones fueron más extremas, los humanistas ya dirigían sus esfuerzos a convencer a los emperadores de la necesidad de ser tolerantes. Si las razones doctrinales de fe y los argumentos intelectuales de los autores de la época no resultaron suficientemente convincentes en punto a la necesidad de practicar la tolerancia, más éxito tuvieron las necesidades coyunturales, empujadas por razones prácticas. Los católicos y protestantes que convivían en los mismos sitios tenían, por fuerza, fluidas relaciones que incluían el tráfico comercial. La tolerancia se imponía para permitir la vida en común que ya era una realidad establecida.

Sin embargo, ROCA destaca que el sentimiento religioso y el deseo auténtico de mantener la pureza de la fe siempre estuvieron genuinamente presentes en todas las sangrientas contiendas de la época y también en los llamamientos a la tolerancia, a pesar del trasfondo político y económico⁸⁶⁵.

KAMEN pone de relieve que los tres teóricos protestantes más importantes de la Reforma –Lutero, Calvino y Knox– han sido juzgados por la Historia como intolerantes. En efecto, habían rechazaron el concepto de libertad religiosa y, además de ser anti-papales, llegaron a ser intolerantes entre ellos. No en vano HALLAM llegó a afirmar que la persecución había sido el pecado original y mortal de los iglesias reformadas; mientras que ACTON afirmó que el protestantismo había establecido la intolerancia como precepto imperativo y como parte de su doctrina. A pesar de esas críticas, KAMEN pone de resalto que la Reforma dio paso a mayor libertad religiosa y a que la tolerancia había sido el resultado natural del protestantismo, ya que había sido la consecuencia directa, lógica e inevitable de la utilización adecuada del juicio individual⁸⁶⁶. Asimismo, pone de resalto que, aunque no se repare en ello con tanta frecuencia como en el aporte protestante al desarrollo de la tolerancia, durante los siglos XVI y XVII los

⁸⁶³ ROCA; *La tolerancia*; pp. 59-60.

⁸⁶⁴ ROCA; *La tolerancia*; pp. 60-61. La división de la concordia no fue pacífica. LUTERO calificó a la *concordia caritatis* de insoportable para la conciencia y para la verdad de fe (*La tolerancia*; p. 61; nota 125).

⁸⁶⁵ ROCA; *La tolerancia*; p. 66.

⁸⁶⁶ KAMEN; *Nacimiento*; pp. 44-45.

humanista y los políticos católicos estuvieron a la vanguardia del movimiento a favor de aquella y de la libertad religiosa, tanto en Europa como en América⁸⁶⁷.

Ahora bien, dejando de lado estas posiciones originales de rechazo a la idea de tolerancia –como hemos anticipado– los conflictos nacidos de la Reforma fueron abriendo paso a la necesidad de lograr puntos de encuentro que hicieran posible la convivencia minada por las guerras civiles. Desde la perspectiva de lograr esa meta, la vocación a la tolerancia reposaba sobre distintas concepciones y propuestas hoy consideradas clásicas, entre las que pueden enunciarse tres líneas fundamentales, conforme las diferentes motivaciones que animaban a cada quien⁸⁶⁸. Para la primera, había que tolerar al disidente como un modo de recuperar la paz social perdida a raíz de las fricciones religiosas, porque se albergaba la esperanza de volver a lograr en algún momento la unificación religiosa. Desde esta perspectiva, el pluralismo –de un modo análogo a lo que cuestionan los actuales críticos de la tolerancia– era un mal a superar fraternalmente, evitando la guerra entre pueblos cristianos, en aras de aquella anhelada unidad perdida. Esta ha sido la motivación más antigua en pos de la tolerancia y tiene un contenido religioso.

Otro argumento es el de los pensadores políticos, padres del Estado moderno, que conciben al pluralismo como un hecho dado a partir de la fractura religiosa, seguramente inconveniente para la cohesión del Estado, pero siempre preferible al camino de la guerra de religión. Desde una mirada política, este tipo de guerras perjudicaba la autonomía estatal, al colocar a las iglesias en franca competencia con el Estado en el uso de la fuerza y en la fidelidad de sus fieles. Por eso, a partir de 1561, proponen la tolerancia al culto calvinista, en pos del interés nacional. En este sentido, los políticos y los teólogos de la Reforma coinciden al concebir a la tolerancia como un mal a padecer, para alcanzar un bien mayor; solo que para los primeros, ese bien será temporal; para los segundos, espiritual.

La última argumentación en pos de la tolerancia está sumamente emparentada con la teoría moderna de los derechos fundamentales y encarna un planteamiento de la cuestión al que estamos habituados, en virtud de nuestra cercanía con el derecho constitucional de nuestros países. Para esta fundamentación, la tolerancia es consecuencia de la libertad misma, en virtud de la cual las opciones religiosas integran el ámbito de intimidad y reserva individual, en los que no es admisible injerencia estatal o confesional alguna. El uso de la fuerza en esa órbita no solo es injusto, sino también ineficaz. Este argumento, que se apoya en la naturaleza racional del hombre y que por

⁸⁶⁷ KAMEN; *Nacimiento*; p. 45.

⁸⁶⁸ Seguimos respecto de esta catalogación de motivos el esquema que proponen PRIETO SANCHÍS; BETEGÓN CARRILLO; *Estudio preliminar*; p. XVI.

tanto pretenderá fundamentar racionalmente las cuestiones morales, terminará de desplegar sus alas con fuertes consecuencias para la teoría del Estado, en la segunda mitad del siglo XVII.

En cuanto al alcance de la tolerancia, también varía según los distintos postulados. En los siglos XVI y XVII, era propuesta respecto de un limitado elenco de iglesias, del que quedaban terminantemente excluidos los ateos, quienes eran vistos como expresiones vivas de un absoluto desvío moral. Además, como ya se ha dicho, esa tolerancia no debe ser confundida con la noción de libertad religiosa acuñada más tarde, que es un derecho subjetivo fundamental. En la época, tolerancia era simplemente la decisión de no perseguir por motivos de fe. A lo sumo, se podía respetar algún espacio de libertad individual, como por ejemplo la libertad de practicar el culto. Pero todo eso estaba muy lejos todavía de garantizar la libertad de conciencia, porque estaban lejos las nociones de neutralidad religiosa o de laicidad del Estado. El Estado seguía siendo confesional y, por eso mismo, se daba protección religiosa al credo mayoritario. Por eso, justamente, tuvo necesario pensar la tolerancia. Es que, como destacan PRIETO y BETEGÓN,

la especial protección de la confesión mayoritaria no solo es compatible con la tolerancia, sino que en realidad es consustancial a ella: cuando se garantiza la igualdad entre distintas opciones ideológicas y religiosas, cuando el credo deja de ser un factor de discriminación, en realidad ya no estamos ante un ejercicio de tolerancia, sino ante el derecho fundamental a la libertad de conciencia⁸⁶⁹.

En clave de tratar de hallar la unidad perdida y de preferir la paz a las guerras fratricidas, se expresaron la mayoría de los pensamientos sobresalientes de la época. Ya en los albores del siglo XVI, estrictamente antes de la Reforma, en su célebre *Utopía*, MORO promovía la libertad religiosa y la tolerancia de los diversos credos, a la vez que condenaba las conversiones compulsivas y toda violencia a causa de la fe. Ya flotaban en el viento de la época las ambiciones políticas de las distintas iglesias y las tensiones que se estaban anidando, tal como lo evidenciaron las guerras religiosas que siguieron durante todo el siglo XVI. Eso explica que, anticipándose a los posteriores y más profundos estudios sobre la tolerancia, para el gobierno de su isla ideal, MORO considerase que si, efectivamente, alguna religión era la única verdadera, finalmente brillaría sobre las demás por la fuerza de su propia verdad, sin que pudiera justificarse que los debates de fe se dirimieran con violencias y tumultos, sino que el hombre debía decidir en libertad. Dios podía inspirar al hombre por diferentes maneras y podía ser agradado por la diversidad de caminos para llegar a Él, en consecuencia era indecente y tonto que un hombre amenazase y amedrentase a otro para hacerle creer lo que a

⁸⁶⁹ PRIETO SANCHÍS; BETEGÓN CARRILLO; *Estudio preliminar*, p. XVII.

este no le parecía verdadero. Sin embargo, como era propio de la época, excluía de toda tolerancia posible a los ateos, quienes degeneraban la dignidad humana, al no creer en la inmortalidad del alma y en que el mundo estuviera gobernado por la Providencia divina, sino por la casualidad⁸⁷⁰. Los encontraba inadaptados para vivir en sociedad o para ser ciudadanos de una mancomunidad (*commonwealth*), ya que al no temer a nada más que a la ley y al no creer en nada después de la muerte, era gente que no tendría escrúpulos en quebrantar la leyes del país, según sus apetitos. No obstante, los ateos no debían ser atormentados, sino quedar excluidos de la magistratura y de los empleos públicos⁸⁷¹.

También ERASMO DE ROTTERDAM denunció la barbarie de las guerras entre cristianos, a las que consideraba completamente reñidas con la doctrina de Cristo. Incluso se preguntaba por qué la doctrina de algunos pensadores cristianos como San Agustín y San Bernardo, de cuyos textos pareciera no que no descartada completamente la justificación de la guerra para ciertos casos, había tenido más predicamento que la doctrina del mismo Cristo y de sus apóstoles, que la habían condenado por completo. En su obra sobre la educación del príncipe cristiano, al referirse a la guerra, primaba en él el espíritu ecuménico y el sueño de reconquistar la unidad cristiana. En un pasaje que deja en total evidencia el peso de lo que eran los nacionalismos y lo que serían las iglesias nacionales post reforma y la identificación entre iglesia y estado, denunciaba e interpellaba:

[a]hora el inglés odia al francés no por nada sino sencillamente porque es francés; el escocés al inglés, solo porque es escocés; el italiano al alemán, el bávaro al suizo y así sucesivamente; una región detesta a otra región, una ciudad a otra ciudad. ¿Por qué estos nombres vanos nos distancian más que nos une el nombre de Cristo común a todos?⁸⁷².

Y una líneas después, en un pasaje conmovedor hizo una pincelada de las guerras entre cristianos que merece ser transcrita:

⁸⁷⁰ "This law was made by Utopus, not only for preserving the public peace, which he saw suffered much by daily contentions and irreconcilable heats, but because he thought the interest of religion itself required it. He judged it not fit to determine anything rashly; and seemed to doubt whether those different forms of religion might not all come from God, who might inspire man in a different manner, and be pleased with this variety; he therefore thought it indecent and foolish for any man to threaten and terrify another to make him believe what did not appear to him to be true. And supposing that only one religion was really true, and the rest false, he imagined that the native force of truth would at last break forth and shine bright, if supported only by the strength of argument, and attended to with a gentle and unprejudiced mind; while, on the other hand, if such debates were carried on with violence and tumults, as the most wicked are always the most obstinate, so the best and most holy religion might be choked with superstition, as corn is with briars and thorns; he therefore left men wholly to their liberty, that they might be free to believe as they should see cause; only he made a solemn and severe law against such as should so far degenerate from the dignity of human nature, as to think that our souls died with our bodies, or that the world was governed by chance, without a wise overruling Providence" (MORE; *Utopia*; pp. 169-170).

⁸⁷¹ MORE; *Utopia*; pp. 170-171.

⁸⁷² ERASMO DE ROTTERDAM; *Formación del príncipe cristiano*; p. 213.

[a] los obispos no les avergüenza desenvolverse en los campamentos. Allí está la Cruz, allí el Cuerpo de Cristo, los sacramentos celestes se mezclan con una realidad más que infernal, y en medio de una discordia tan cruenta ponen los símbolos del amor sumo. Y lo que es más absurdo, Cristo está presente en uno y otro campamento, como si luchara contra sí mismo⁸⁷³.

Como conclusión, se pronunció categóricamente en contra de la guerra temeraria, incluso contra los turcos, bregando para que los príncipes cristianos dejaran de lado falsos motivos y pretextos espurios y desterraán guerras tan tenaces y cruentas, para que entre los cristianos

surja la paz y la concordia entre quienes están unidos con tantas prendas en común (...) De ninguna manera sería difícil de hacer si cada uno dejara de acariciar sus propios motivos...Mientras en estos momentos cada uno se ocupa de propio interés, mientras papas y obispos están pendiente de su jurisdicción y riquezas, mientras los príncipes son arrastrados de cabeza por la ambición y la ira, mientras todos por conseguir sus objetivos se repliegan a ellos, nos precipitamos a mares tan procelosos guiados por la insensatez⁸⁷⁴.

Ahora bien, llegó un momento en que la tolerancia como camino para la reconquista de la unidad cristiana pasó a ser una idea vana. Estaba cada vez más lejos toda posibilidad de unir nuevamente al pueblo de Cristo, tal como la historia lo ha confirmado. En ese contexto, la tolerancia solo podía sostenerse según dos argumentos⁸⁷⁵. El de la libertad, según el cual la fe era un acto de libertad personal, en el que el Estado no tenía competencia. En ese marco, la convivencia de múltiples credos era algo valioso, amén de un hecho inevitable. El segundo argumento era de corte político: para consolidar la seguridad pública y la prosperidad económica era necesaria la concordia nacida de la tolerancia.

Así, la tolerancia pasó a ser una herramienta política que, conforme los fines que la inspiraban, pudo dejar de tener un sesgo pasivo, para darle una impronta activa, por vía de la promoción del credo mayoritario. En este sentido, se destacó el aporte de los pensadores franceses conocidos como “los políticos”, quienes comenzaron a ser conocidos en la década de 1560 y quienes escribieron con el paisaje de las guerras de religión de Francia de fondo, con la intención de robustecer la postura del monarca, a quien se consideraba el sostén primordial de la paz y el orden. El grupo – del cual BODINO fue su máximo exponente y un destacado partidario de la tolerancia civil–, estaba conformado por pensadores moderados, en su mayoría católicos ortodoxos y nacionalistas, quienes trataron de impulsar al monarca como centro de la unidad nacional, por encima de todas las sectas religiosas y los partidos políticos. Fue uno de los primeros sectores que contempló la posibilidad de tolerar diversas religiones dentro de un mismo Estado, porque pudieron asumir como un hecho político de la época que

⁸⁷³ ERASMO; *Formación*; p. 214.

⁸⁷⁴ ERASMO; *Formación*; pp. 215-216.

⁸⁷⁵ PRIETO SANCHÍS; BETEGÓN CARRILLO; *Estudio preliminar*; pp. XIX-XX.

la división de la cristiandad era irreversible y que ninguna secta podía convencer o coaccionar a las demás⁸⁷⁶. Aceptada esa realidad, consideraron que lo mejor era permitir las diferencias religiosas inevitables, en aras de mantener la unidad de la nacionalidad francesa, a costa de perder la unidad de religión, lo que les valió ser tildados de irreligiosos por quienes se opusieron a ellos. A decir de SABINE⁸⁷⁷, los políticos recomendaban la tolerancia religiosa como una política, antes que como un principio moral. No negaron el derecho del Estado a la persecución religiosa ni dudaron de que lo mejor era la existencia de una sola religión nacional, pero notaron lo devastador de las consecuencias de la persecución y buscaron soluciones prácticas para el problema de la época. En sintonía con esa pertenencia, BODINO propuso ya no perseguir y atacar al discrepante, sino fomentar al grupo más numeroso, asumiendo la convivencia con los demás sectores.

Como destacan PRIETO y BOTEÓN, ya se vislumbraba que la paz había pasado a ser una razón de Estado, por sobre la razón confesional⁸⁷⁸. La tolerancia religiosa era un camino en procura de la lealtad cívica.

Pero, amén de esa concepción que la veía como un medio para alcanzar la paz, fue cobrando progresiva fuerza el argumento que postulaba que la tolerancia era la lógica respuesta al hecho de que la adhesión religiosa era una decisión interna de ejercicio de la libertad individual, en la que ni el Estado ni el soberano podían entrometerse. La consagración de este modo de entender la cuestión fue el Edicto de Nantes (1598), que estableció formalmente un régimen de tolerancia religiosa en Francia, que daba seguridad a los fieles, igualdad de acceso a cargos públicos y a la universidad y, al menos parcialmente, permitía el libre ejercicio del culto y el proselitismo. Reformados y católicos alcanzaron igualdad cívica y se permitió a los no católicos contraer matrimonio libremente⁸⁷⁹. De este modo, si bien la católica continuó siendo la única religión de culto público, se puso fin a la guerras de fe en Francia⁸⁸⁰, cuyo punto culmen fue la masacre de protestantes conocida como matanza de San Bartolomé⁸⁸¹.

Otro hito en el desarrollo de la tolerancia en la Centroeuropa post reformista lo constituyó la Paz de Westfalia (1648), cuya trascendencia merece la pena ser destacada, en atención a que no solo tuvo vigencia en el Sacro Imperio Romano Germánico,

⁸⁷⁶ SABINE; *Historia*; pp. 122-126.

⁸⁷⁷ SABINE; *Historia*; p. 314.

⁸⁷⁸ PRIETO SANCHÍS; BETEGÓN CARRILLO; *Estudio preliminar*; p. XX.

⁸⁷⁹ PRIETO SANCHÍS; BETEGÓN CARRILLO; *Estudio preliminar*; p. XXII; ROCA; *La tolerancia*; p. 70.

⁸⁸⁰ No obstante, KYMLICKA pone de realce que el tipo de tolerancia que consagraba el edicto de Nantes, a la que denomina de "coexistencia autorizada", era muy similar a la del sistema de los *millet* del imperio otomano, en cuanto consistía en la voluntad de la religión dominante de coexistir con otros grupos religiosos, pero no admitía la libertad de conciencia individual. Solo que en Occidente, esa coexistencia autorizada acabó evolucionando gradualmente hacia la libertad de conciencia individual, lo que nunca ocurrió en el imperio otomano (*Ciudadanía*; pp. 217-218 y nota 3).

⁸⁸¹ Sobre la matanza de San Bartolomé, ver KAMEN; *Nacimiento*; pp. 119-122.

sino que por su carácter de tratado internacional se convirtió en una ley fundamental para toda Europa. Un elemento ciertamente remarcable fue que los protestantes tuvieron un logro fundamental, al conseguir que las cuestiones religiosas no fueran decididas por la mayoría, que en los estamentos imperiales era católica. Actualmente, ya hemos visto que resulta discutible pensar las cuestiones de tolerancia en términos de mayorías y minorías, sino que son muchos quienes postulan que hacerlo de ese modo lleva a sojuzgar y a oprimir a quienes son menos en número, respecto de una mayoría dominante cultural, económica y políticamente. Incluso durante la negociación de la Paz fue necesaria la actuación mediante el juego de partidos religiosos. En efecto, se formó un cuerpo de católicos y otro de protestantes. Estos últimos, divididos como estaban en diferentes sectas, debieron aunar esfuerzos e intereses, para hacer frente a los católicos. Este juego de fuerzas fue determinante en la posterior expansión de la Reforma. Incluso, es notable que se haya impuesto esta idea de *corpora* que, como es imaginable, fue muy resistida por los católicos, quienes en tanto mayoría en el imperio, pretendían conservar la unidad entre Estado e Iglesia católica y evitar las negociaciones entre cuerpos.

Quizás hoy nos cueste percatarnos de la trascendencia de esta negociación llevada a cabo en términos de paridad entre fuerzas legisferantes. Sin embargo, su importancia de cara al futuro de la convivencia pacífica y del respeto entre pares fue mayúscula. Esta novedosa forma de entenderse cimentó las bases de una nueva época en la que desde la concepción del otro en términos de paridad, primero a nivel corporativo, se fue alcanzando la tolerancia que permitió consolidar el respeto mutuo y la idea de igualdad, a la larga, también entre los semejantes.

Siempre con la perspectiva final de qué hacer hoy frente al delito motivado culturalmente, en la Paz de Westfalia se distinguió entre religiones reprobadas, toleradas y receptadas. La prohibición de las primeras se traducía en que no se les permitía el ejercicio del culto de ninguna forma ni en ámbito alguno; las toleradas tenían derecho a la práctica del culto doméstico, es decir, de manera privada; en cambio, los tres partidos religiosos cristianos aceptados por el Imperio, es decir, el católico, el luterano y el reformado, gozaban del derecho al culto público. Como se ve, en estas primeras manifestaciones normativas de la tolerancia religiosa, se reconocía la necesidad de aceptar al discrepante, pero con limitaciones, que llegaban a ser ciertamente fuertes. Tolerar sí; tolerar todo; no. Esto ha llevado a ROCA a destacar el carácter contradictorio de este instrumento legislativo, lo que evidencia lo complejo que era lograr un equilibrio en las medidas de tolerancia⁸⁸². Pero al margen de esas ambigüedades, la importancia histórica de la Paz de Westfalia es indiscutible, como punto de inflexión sobre como entender

⁸⁸² ROCA; *La tolerancia*; p. 79.

las relaciones entre Iglesia y Estado, puesto que marca el inicio del declive del carácter confesional de este último y su vinculación con una religión determinada⁸⁸³.

En efecto, hoy sabemos que los avances plasmados en esos instrumentos de tolerancia fueron los que, a la postre, se consagraron en el secularizado Estado moderno, en el que vinieron a cuajar los esfuerzos enderezados a construir lo que llamamos libertad religiosa, en términos liberales. En esa órbita, en tanto decisión de adhesión individual, vivida en el espacio de reserva o intimidad, no puede haber ningún tipo de injerencia externa, ni pública ni privada.

Párrafo aparte merece una situación muy peculiar que se estaba viviendo a la par de que en Europa se tomaban las primeras medidas concretas en materia de tolerancia. Me refiero a la conquista española que se estaba llevando a cabo en América y a la relación del Reino con la religión de los indios, habitantes originarios de las nuevas tierras. La pregunta a formularse es si las leyes de los reyes de España respecto de los pueblos aborígenes eran análogas a las de los Estados europeos respecto a los cultos disidentes practicados en sus propios territorios. A decir de ROCA⁸⁸⁴, “Las leyes nuevas de Indias” no fueron una verdadera legislación de tolerancia, puesto que esta suponía el reconocimiento de ciertos derechos a los cultos disidentes de aquel que profesaba el rey, como medio necesario para el aseguramiento de la convivencia. En cambio, la relación del reino con los indios estaba basada en el derecho natural, con el alcance propio de la escolástica española enraizada en la doctrina tomista, según el cual aquel derecho era la ley de Dios grabada en el corazón del hombre. Sin embargo, como para los escolásticos españoles, todos los hombres eran libres e iguales naturalmente, se ocuparon de poner ciertos límites a la tutela de los españoles frente a los nativos americanos, sobre todo en la relativo al respeto de sus leyes. Según la misma autora, otra diferencia sustancial con la legislación de tolerancia, es que esta implicaba, por definición, no solo aceptar al disidente, sino renunciar a la idea de captarlo para las propias filas. Contrariamente, la legislación de Indias llevaba ínsito el fin de evangelización, que era uno de los motivos principales de la colonización.

No es el anterior solo un párrafo aislado, sino que aspira a preparar el terreno para analizar un aspecto del delito motivado culturalmente en nuestros días. Me refiero al hecho de que, posiblemente, no sea idéntico el análisis que merezca el estudio de las infracciones penales llevadas a cabo por inmigrantes que hoy se instalen en cualquier Estado de la Europa occidental que las de aquellas conductas que contravengan el ordenamiento penal de algunos de los Estados de América, por parte de miem-

⁸⁸³ HECKEL, citado por ROCA, considera que con la Paz de Westfalia empieza a desaparecer la época confesional, con toda su estructura, para dar paso a formas ilustradas de tolerancia. Ello se manifiesta en que el imperio ya no está unido a una confesión determinada (ROCA; *La tolerancia*; p. 79).

⁸⁸⁴ ROCA; *La tolerancia*; pp. 81-82.

bros de comunidades autóctonas, en función de costumbres ancestrales que siempre habrían respetado, sin salir de su propio territorio. El examen de la cuestión no podrá prescindir, por empezar, del reconcomiendo jurídico que hoy en día las constituciones latinoamericanas efectúan de esas comunidades, que llegan a tener estatus o personería jurídica a las que, incluso, en algunos casos, se les reconocen sus autoridades e instituciones comunitarias y su propio ordenamiento sustantivo y procesal. Nuevamente, tal como ocurre de cara la Europa post Reformista, todos estos análisis deben hacerse tomando en cuenta qué concepción de Estado se tiene en cada caso y cuál es la relación de este Estado con las diversas manifestaciones culturales que acoge en su seno, sean nativas o inmigrantes.

De todo modos, cierto es que no han faltado autores que han visto, tanto en la legislación sobre tolerancia, como en el reconocimiento de los derechos de los indígenas, un antecedente del reconocimiento de los derechos humanos⁸⁸⁵.

En Inglaterra, toda la experiencia de la reforma fue vivida con una intensidad más abiertamente política, desde el momento que la Iglesia Anglicana reposaba en una raíz más política que religiosa. Es una Iglesia que existe por el Estado y que si este desapareciera, desaparecería con él; no es posible concebir a uno sin el otro. Se ha dicho que esa fue la razón por la que dicha iglesia luchó por igual contra el Papa como contra la Reforma⁸⁸⁶. Esa génesis política de la iglesia oficial de Inglaterra impregnó a todo el debate sobre la tolerancia suscitado en el país de un cariz político. Todos los pensadores que contribuyeron a la reflexión dieron por sentada la existencia de ciertos derechos naturales subjetivos, sobre los cuales el soberano carecía de competencia, ya que ella no le había sido concedida a través del contrato. La fe era un acto íntimo y voluntario, respecto de la que no cabía la coacción y mucho menos la persecución, que no se compadecían con el evangelio de Cristo. Empero, reinaba también consenso en cuanto a que la anhelada tolerancia no correspondía respecto de ateos y católicos. Lo que a nuestros ojos podría ser incomprensible se entendía a la luz de que tanto unos como otros eran vistos como un peligro, por su supuesta propensión a desconocer la ley y por reconocer como soberano al Papa, respectivamente.

En ese marco, el pluralismo comenzó a ser percibido como un ejercicio valioso para el Estado y para la convivencia pacífica, fruto de la libertad de conciencia y único modo compatible con un auténtico espíritu cristiano. Ejemplo de esa apertura fue el aporte de MILTON, quien sostuvo que si no todos podían pensar igual (hablaba de una opinión *–one mind–* y no de una fe, en un lenguaje modernamente anticipado a la actual idea de libertad de conciencia), era mejor que muchos fueran tolerados, a que

⁸⁸⁵ ROCA; *La tolerancia*; p. 82.

⁸⁸⁶ PRIETO SANCHÍS; BETEGÓN CARRILLO; *Estudio preliminar*; p. XXIV.

todos fueran compelidos⁸⁸⁷. Salvedad hecha, nuevamente, de católicos, ateos y supersticiosos, quienes no eran vecinos en sus diferencias (*neighbouring differences*⁸⁸⁸). O sea que postulaba un pluralismo entre afines, lo cual no dejaba de ser un avance hacia la concepción moderna.

Otro terreno fértil para el comienzo del avance a un pluralismo en sentido más moderno fueron, también dentro del dominio inglés, el caso de la colonias norteamericanas, que se fueron llenando de pobladores pertenecientes a algunas facciones cristianas que escapaban de la intolerancia imperante en la metrópoli. Ese clima de refugio favoreció el desarrollo de la libertad religiosa y de conciencia y de la idea de separación de la Iglesia y el Estado, como ocurrió en Rhode Island, Maryland y Pennsylvania, pioneras en legislar en materia de tolerancia y libertad religiosa.

Durante todo el siglo XVII y con mayor ímpetu en su segundo mitad, se consolidó el racionalismo político, caracterizado por el individualismo y la naturaleza contractual del Estado. Se perdió la identificación entre Estado y religión porque la legitimidad de aquel ya no dependía de Dios y lo público nada tenía que ver con la salvación de las almas. Se abre entonces el camino a una cada vez mayor secularización del Estado y a la posterior idea de neutralidad religiosa. Según esta concepción, por el contrato, las voluntades individuales habían dotado al Estado del monopolio de la fuerza, al efecto de garantizar la seguridad común y el ejercicio pacífico de los derechos de los hombres. En consecuencia, fraguaba la idea de que la adhesión y la pertenencia religiosas y las prácticas de culto correspondían al reducto más íntimo, del ser humano. Esa esfera de intimidad no era de incumbencia de lo público. Se comenzaba a desarrollar una política de tolerancia cimentada, no ya en considerar a las iglesias como competidoras del Estado en el ejercicio de la fuerza, sino en la escisión total de lo político de la vida religiosa personal. Incluso, si bien en la Inglaterra de entonces, en la que Estado e Iglesia eran indisolubles, y durante toda la Ilustración perduró la monarquía absoluta, con fuertes vínculos y prerrogativas en asuntos eclesiásticos, ello sería sin mella del desarrollo de la idea de tolerancia. En lo que estos postulados hacían hincapié era en el hecho de que lo religioso era una decisión íntima y personal, en la que el Estado carecía de competencia. En un escenario muy disímil, los vínculos de lo público y lo eclesiástico perduran hasta nuestros días, con mayor o menor intensidad, en distintos países, aun cuando el secularismo haya llegado a su máxima expresión. Por ejemplo, en Argentina, con raíz en la tradición y en la cultura mayoritaria, el Estado sostiene el

⁸⁸⁷ "Yet if all cannot be of one mind –as who looks they should be?– this doubtless is more wholesome, more prudent, and more Christian, that many be tolerated, rather than all compelled" (MILTON; *Aereopagitica*; p. 81).

⁸⁸⁸ MILTON; *Aereopagitica*; p. 82.

culto católico, por razones de preferencia⁸⁸⁹, sin que ello comporte mella alguna para el derecho fundamental de libertad de conciencia.

En este sentido, hay que reconocer que la Reforma protestante implicó mucho más que un cisma religioso y político. Marcó también un hito en la historia del pensamiento y, en particular, del pensamiento jurídico, al cambiar la forma de concebir la relación entre la norma y el hombre, su destinatario⁸⁹⁰. Debe señalarse que la relación entre conciencia y ley era muy distinta en la escuela racionalista del derecho natural, hija de la Reforma, que en la escolástica, lo que se tradujo en que las medidas de tolerancia adoptaran carácter legislativo y, por ello, en estricta dependencia del concepto de ley que manejaba la escuela racionalista de derecho natural. Según la concepción de esta corriente, el centro de la norma era el hombre, en particular, la razón del hombre, lo que con el tiempo favorecería que cada vez se dictaran más medidas de tolerancia. En ese contexto de concepción de la ley, toda medida legislativa, entre las que se contaban las normas de tolerancia, estaban dentro del arbitrio del gobernante, ya no más sometido al *ius divinum*⁸⁹¹.

Pensadores de la talla de BAYLE y de HAZARD destacan que la luz de la conciencia es un camino para tratar de acercarse libremente a la verdad. De modo que cualquier opción que se hiciera en ese sentido, aún equivocada, debía ser respetada y tolerada porque la conciencia no podía ser coaccionada. En sintonía con ello, apareció el germen de la idea –hoy natural para nosotros y consagrada en nuestras constituciones⁸⁹²– de que el hombre debía poder conducir sus actos exteriores conforme a los dictados de su conciencia. Obligarlo a actuar en su contra solo fomentaría la hipocresía, toda vez que la fuerza estatal no podía hacer cambiar aquello en lo que se creía. Pero no sería hasta que esa idea tomara verdadero cuerpo que pudiera hablarse de libertad de conciencia en el sentido moderno del término.

Para ese modo de ver, la práctica de la tolerancia no podía ser puesta en duda como única forma posible de convivencia entre distintas opciones religiosas. En ese sentido, SPINOZA sostuvo que la intolerancia era contraria al pacto y a la utilidad y fin de la república, que no era dominar a los hombres por el miedo, sino el ejercicio pleno de la libertad⁸⁹³.

⁸⁸⁹ Al comentar el art. 2 de la C.N. argentina, que establece que “[e]l Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”, GELLI explica por qué no puede sostenerse que la católica sea la religión oficial de la república. A su juicio, es la *preferida*, ya que el gobierno central se obliga a sostener su culto, en el sentido restrictivo de darle sustento económico, a través de la inclusión en el presupuesto nacional de una partida especial para el clero secular (ver GELLI, María Angélica; *Constitución de la*; p. 36).

⁸⁹⁰ ROCA; *La tolerancia*; p. 84.

⁸⁹¹ ROCA; *La tolerancia*; p. 84.

⁸⁹² Tal como se ha visto en II. A).

⁸⁹³ Citado por PRIETO SANCHÍS; BETEGÓN CARRILLO; *Estudio preliminar*; p. XXXII.

Sin embargo, ello solo era así respecto de quienes hicieran manifestaciones positivas de fe, quedando todavía fuera los ateos y los católicos, como toda secta que pudiera afectar la monarquía.

Fue finalmente durante la Ilustración que la idea de tolerancia acabó por secularizarse totalmente, quedando despejado el camino para la consolidación teórica del derecho de libertad de conciencia y de la esfera de privacidad o reserva, que hoy conocemos. Se produjo la escisión entre moral y derecho y de los asuntos públicos de los privados. En el plano del derecho penal, este cambio de orientación se tradujo en la distinción de conceptos que durante la Edad Media habían estado fusionados: delito y pecado; culpa y culpabilidad o responsabilidad.

Un exponente de este nuevo rumbo en materia de tolerancia fue THOMASIUS, célebre por haber advertido en su famosa tesis *Über die hexenprozesse*, los vicios de los procesos medievales de caza de brujas y por criticar la visión que encarnaba el *Malleus maleficarum*⁸⁹⁴, a partir de lo cual comenzó a debilitarse la persecución y el delito mismo de brujería. Con ese trabajo, hizo un gran aporte al derecho penal moderno.

En cuanto a la tolerancia, se ocupó de ella en *Problema Juridicum: An Haeresis sit Crimen*⁸⁹⁵, donde plasmó su idea de que la fe no era un acto primordialmente intelectual, sino volitivo de amor a Dios y al prójimo. La herejía, por su parte, era un error intelectual, que no comprometía la fe ni lo que se debía o no hacer, que era lo propio de la religión. A partir de lo anterior concluyó que era injusto usar la violencia contra quienes cometían errores intelectuales. Lo verdaderamente cristiano no era condenar a los herejes, sino tratar de convencerlos a través de una actitud amorosa y tolerante.

A ese argumento que no era nuevo, agregó otros sumamente modernos, en tanto aun plenamente vigentes en nuestro derecho y en nuestro discurso penal liberal. Según el primero, el derecho solo podía ocuparse y eventualmente sancionar conductas externas y voluntarias. Los actos involuntarios eran errores, de los que no se podía predicar su comisión a título de dolo o de culpa, que eran aspectos que THOMASIUS atribuía al ámbito de la voluntad. Además, un error no era un acto externo, sino de pensamiento, por lo que no podía ser atrapado por el orden jurídico. En punto al segundo argumento, las únicas penas que podían tener carácter retributivo o expiatorio eran las divinas, en tanto miraban al pasado; las penas humanas, en cambio, solo podían ser impuestas de cara al futuro, en procura de la reforma de quien las padecía y de recuperar la paz fracturada por el delito. En ese contexto el derecho coactivo no era útil para

⁸⁹⁴ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 261.

⁸⁹⁵ Citado por PRIETO SANCHÍS; BETEGÓN CARRILLO; *Estudio preliminar*; pp. XXXIII-XXXIV.

reformular un error intelectual, fruto de la libertad interna, que no hacía peligrar la paz ni el orden social, de modo que no era la vía para tratar a los disidentes religiosos.

Como comentan PRIETO y BETEGÓN, THOMASIVS se ocupó de separar la esfera moral de la jurídica. La primera, interna y reservada a cada individuo, sin posibilidad de injerencia estatal alguna, en tanto en nada afectara a la paz social. En ese terreno estaba incluida la opción religiosa de cada quien. El derecho, en cambio, aplicaba su coacción al ámbito externo de la conducta individual que pusiera en peligro la paz pública. La moral, por su parte, procuraba la paz interior y como tal era más excelsa, por regular las cuestiones más sublimes de la vida y el dominio de las pasiones. Ese ámbito interior estaba protegido por el manto protector de la libertad⁸⁹⁶. En efecto, THOMASIVS fue un exponente del Territorialismo⁸⁹⁷, cuyos principios dogmáticos eran tanto políticos como religiosos. Entre ellos, se contaba la libertad de conciencia, que podía ejercerse tanto en la Iglesia, como contra la Iglesia. Se trataba de una manifestación del individualismo que se dirigía contra toda autoridad no autónoma y que solo reconocía el absolutismo de la propia razón⁸⁹⁸.

Realmente, llama la atención que estos argumentos parezcan formulados ayer nomás. En efecto, no son distintos de los que todavía fundamentan las nociones derecho penal de acto, en contraposición al derecho penal de autor; a los que dan sentido a los principio de culpabilidad y de lesividad; a aquellos sobre los que reposa la teoría de los bienes jurídicos y, nada más y nada menos, que a los que dan sustento a la teorías de prevención general y especial de la pena. Por eso ya hemos dicho que el de THOMASIVS fue un aporte invalorable para el derecho penal moderno.

β. LOCKE.

Si de aportes en materia de tolerancia se trata, uno los textos clave lo constituyó, sin lugar a dudas, la Carta sobre la Tolerancia, de LOCKE, publicada en 1689, que encarnó la culminación de un prolongado proceso reflexivo sobre la tolerancia religiosa, tema del que había ocupado desde su juventud. Tuvo el mérito de ser un estudio en el que vinieron a confluír todos los argumentos que los defensores de la libertad religiosa habían desarrollado desde la Reforma⁸⁹⁹ y es, además, el documento en el que

⁸⁹⁶ PRIETO SANCHÍS; BETEGÓN CARRILLO; *Estudio preliminar*; pp. XXXV-XXXVI.

⁸⁹⁷ Para ese movimiento, el único título jurídico que justifica la competencia en cuestiones eclesiásticas de los señores territoriales, a quienes aquella había sido transferida era la soberanía territorial. Ver ROCA; *La tolerancia*; p. 85.

⁸⁹⁸ ROCA; *La tolerancia*; p. 86.

⁸⁹⁹ Lo que le ha valido el comentario de KAMEN de que el valor de la *Carta* “radica menos en su originalidad que en su influencia. Al tratarse de un escrito del filósofo más acreditado del siglo, ciudadano de la Europa racionalista y profeta del revolución inglesa de 1688, las palabras de Locke captaron una audiencia y un prestigio que hizo de ellas el punto final de la discusión” (*Nacimiento*; p. 223).

quedó plasmada la posición final de LOCKE sobre la cuestión, que había sufrido oscilaciones en distintas épocas de su vida⁹⁰⁰.

Una evidencia de este último es que, en su juventud, seguramente influenciado por HOBBS, LOCKE haya sostenido que los ciudadanos no tenían derecho de resistencia frente al soberano, en ninguna circunstancia, fuera el poder de este de origen divino o contractual⁹⁰¹. Al súbdito, en desacuerdo con la voluntad del poder, solo le correspondía la obediencia pasiva, pero nunca el uso de armas. Además, creía que la causa de las guerras civiles y de las divisiones religiosas de la época eran expresión de la naturaleza humana, en la que el desorden y la lucha eran una tendencia natural. En consecuencia, el poder absoluto del soberano debía imponer la uniformidad religiosa, al menos en lo relativo al culto exterior, para asegurar la paz y la cohesión del Estado⁹⁰². Como se ve, en esta etapa de su vida, la regulación de las cuestiones religiosas tenían una finalidad política: en tanto pertenecieran al orden exterior, a la convivencia social, pasaban a ser competencia del magistrado, por el bien del Estado. Estas son las cuestiones a las que, siguiendo a HOOK, calificaba de “cosas indiferentes”⁹⁰³, en tanto no eran moralmente buenas ni malas, y su regulación correspondía al magistrado, en pos de salvaguardar la paz pública⁹⁰⁴. En cambio, las cuestiones necesarias, las propias del orden espiritual, no podían estar sujetas a coacción. En este sentido, ya en sus primeros escritos sobre la tolerancia expresaba que la

libertad de conciencia es sagrada y sometida sólo a la voluntad de Dios, de modo que si el magistrado afirma que pertenece a la esfera de su poder, es culpable de una afrenta a la divina majestad y comete violencia e injusticia en la persona de su prójimo. De aquí que todas las leyes que, de algún modo, constriñen o limitan esta libertad han de ser tenidas ipso facto por injustas y vanas⁹⁰⁵.

Sin embargo, a renglón seguido, hizo una distinción entre obligación y libertad y logró amalgamar –de un modo algo confuso– la libertad de conciencia con la obe-

⁹⁰⁰ En efecto, en sus escritos primeros no siempre había arribado a las mismas conclusiones ni blandido los mismos argumentos que en la epístola. Su pensamiento con relación a la tolerancia religiosa tuvo marcadas oscilaciones. El hecho de que la *Carta* sea hasta hoy un texto clásico del pensamiento político liberal posiblemente dé cuenta de que haya encarnado la maduración que el autor fue experimentando acerca de una problemática tan delicada durante todo el siglo XVII.

⁹⁰¹ LOCKE; *Primeros escritos sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre la tolerancia*; p. 62.

⁹⁰² “Dios, indulgente con la debilidad humana, no precisó la forma de su culto, dejando que este fuera adornado con ritos que el juicio de los hombres habría de determinar a la luz de la costumbre (...) Parece, entonces, que todos han de estar de acuerdo en que el magistrado es juez de qué es lo que constituya el orden y de lo que haya de ser considerado decente, y de que él, y sólo él, puede determinar lo correcto y lo decoroso. Tampoco pienso, en verdad (...) que sea el aspecto menor de la libertad cristiana el que al magistrado le esté permitido administrar al mismo tiempo y con las mismas leyes los intereses tanto de la paz pública como lo que concierne al desarrollo y dignidad de la religión” (LOCKE; *Primeros escritos sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 61).

⁹⁰³ LOCKE; *Primeros escritos sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 63.

⁹⁰⁴ LOCKE; *Primeros escritos sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 76.

⁹⁰⁵ LOCKE; *Primeros escritos sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 76.

diencia a las leyes civiles. En estos escritos iniciales, LOCKE creía que la libertad podía serlo de juicio o de voluntad⁹⁰⁶.

Las leyes del soberano en cuestiones de culto, en tanto justas y válidas, obligaban a los súbditos en conciencia, pero no les limitaban la facultad de juicio; debían obedecer como un acto de la voluntad, en razón de la autoridad de quien emitía las leyes, pero conservaban su libertad interior de juicio, que no podría ser exteriorizada de ser discrepante con la voluntad del magistrado. Como se ve, se conservaba incólume la libertad de juicio interior respecto de todas las cuestiones de fe y también respecto de aquellas leyes temporales. Solo que estas no podían desobedecerse externamente, porque en conciencia se debía respetar la voluntad del soberano. Se trataba de una libertad de tener determinadas creencias, pero no de actuar en consecuencia. La voluntad individual debía adherir siempre a la voluntad del magistrado. De lo contrario, "la obligatoriedad de las leyes no dependería de la voluntad del magistrado sino del asentimiento del ciudadano, y un súbdito podría, a su antojo, anular todas las leyes sancionadas por el magistrado"⁹⁰⁷. Según este razonamiento, el conflicto entre conciencia y ley positiva⁹⁰⁸, que tanto se ha discutido en el derecho penal, era imposible que tuviera lugar, porque toda diferencia jugaba siempre a favor de la ley del Estado por sobre la conciencia.

Ocurría que LOCKE, tras los años en los que CROMWELL estuvo en el poder, desconfiaba de todas las iglesias y su intención de actuar como fuertes factores de poder, por lo que prefería que todo aquello calificado de indiferente estuviera bajo el poder absoluto y soberano del monarca.

Esta forma de plantear la cuestión sufrió una modificación en el *Ensayo sobre la tolerancia*, en el que conservó la idea de que, en materia religiosa, lo concerniente a los misterios de fe o dogmas estaba fuera de toda injerencia del magistrado⁹⁰⁹; pero las actitudes de orden práctico podían ser toleradas o sometidas a regulación imperativa, según conviniera al orden público y las conductas virtuosas o viciosas de resorte individual debían ser toleradas, dado que no era función del magistrado velar por las almas de sus súbditos, salvo que el interés de la comunidad aconsejara intervenir. Sin embargo, en esta obra las cuestiones de culto pasaron a integrar el elenco de conductas internas, acreedoras a un justo título a la tolerancia ilimitada⁹¹⁰.

Al respecto es destacable un pasaje, en el que nuevamente vuelve a cobrar fuerza la idea política de LOCKE en materia de tolerancia y que revela el germen que

⁹⁰⁶ LOCKE; *Primeros escritos sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 77.

⁹⁰⁷ LOCKE; *Primeros escritos sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 76.

⁹⁰⁸ Al que se ha hecho referencia en el capítulo II. A).

⁹⁰⁹ Opinión que mantuvo aun de forma más enfática en la *Carta*. Ver LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; pp. 136 y ss.

⁹¹⁰ LOCKE; *Ensayo sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 83.

siempre estuvo presente, a lo largo de todo el desarrollo histórico del concepto: el límite de aquella siempre estaría dado por lo que no perturbara a la comunidad y a los demás ciudadanos. Incluso, a medida que la noción se iba ampliando, siempre se toparía con la valla del bien común y de los derechos de los demás:

[s]iendo el culto religioso el homenaje que rindo al Dios que venero en la manera que yo juzgo aceptable para él y siendo así una acción o un trato que sólo se entable entre Dios y yo mismo, no se refiere, por su propia naturaleza, ni a quien me gobierna ni a mi vecino, y no produce así, necesariamente, acción alguna que perturbe a la comunidad. Ya que arrodillarse o sentarse durante el sacramento no puede por sí mismo contribuir en mayor medida a perturbar el gobierno o a dañar a mi vecino que sentarse o estar de pie ante la propia mesa; como cubrirse con una capa o un abrigo en la iglesia no puede, por su propia naturaleza, causar más alarma o amenazar en mayor grado la paz del Estado que portar una capa o un abrigo en el mercado⁹¹¹.

Esos ejemplos y otros que vienen inmediatamente a continuación sobre el bautismo y la santificación de los días festivos y de los que LOCKE dice que no pueden hacernos ni “el peor súbdito de mi príncipe” ni “el peor vecino de mis conciudadanos”⁹¹² llevan a pensar que muy distintas son las expresiones de culto y culturales en general, que motivan los conflictos penales que dan sentido a este trabajo. De las mutilaciones genitales; de los casamientos infantiles y de tantos otros ejemplos que hemos dado no puede predicarse que sean cosas que no trastornen el bien común y que no hagan a quienes las practican “peores vecinos”. Hoy sabemos que hay un núcleo de manifestaciones fundamentales de nuestra humanidad que no puede ser puesta en tela de juicio ni afectada, en el nombre de ningún Dios y que si alguien se atreve a hacerlo, el Estado no puede y no debe permanecer de brazos cruzados. Nada que comprometa esa esfera está fuera de la injerencia política porque, como ya advertía LOCKE en su ensayo, el “magistrado será responsable de sus leyes y gobierno en la medida en que se hayan encaminado al bien, la preservación y paz de todos su súbditos”⁹¹³.

Hasta el ensayo, los argumentos de LOCKE a favor de la tolerancia, sobre todo hacia los protestantes, continuaba siendo eminentemente políticos. Era una forma de preservar la paz y la seguridad colectivas y de evitar que se unieran en contra del Estado opresor. En definitiva, se trataba de doblegarlos para conquistarlos para la lucha a favor de los intereses públicos, de unidad política y crecimiento económico.

La tolerancia en LOCKE no se permeabilizó nunca respecto de los católicos. Consideraba que no podían ser leales al príncipe si juraban obediencia a un soberano extranjero, como era el Papa. De tal modo, a su forma de ver constituían un elemento disolvente y un peligro para el Estado. Si el magistrado lo estimaba pertinente

⁹¹¹ LOCKE; *Ensayo sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; pp. 84-85.

⁹¹² LOCKE; *Ensayo sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 85.

⁹¹³ LOCKE; *Ensayo sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 87.

para los intereses públicos, toda intolerancia estaba justificada con relación a este grupo⁹¹⁴.

Después de la Revolución de 1688⁹¹⁵, por la que se derrocó a Jacobo II y que tuvo lugar por la amenaza que significaba para Inglaterra la llegada de una dinastía católica –en cuyo contexto se engarza el texto de LOCKE–, Estado e iglesia no volvieron a estar unidos, como lo habían estado luego de la Reforma Protestante. Ese período concluyó con la Ley de Tolerancia, por la cual se les reconoció la libertad de culto a los disidentes protestantes (es decir a aquellos que discrepaban con la Iglesia de Inglaterra), sujeto a la aceptación de ciertos juramentos de lealtad. Incluso, si bien la Ley de Pruebas (*Tolerance Act*) mantuvo su vigencia y su expresa exclusión de los católicos e inconformistas para los cargos públicos, así y todo significó un avance respecto de la persecución reinante en épocas anteriores⁹¹⁶.

En la *Carta sobre la tolerancia*, LOCKE comenzó por sostener una idea religiosa casi elemental, que podría sintetizarse muy sencillamente: no era de buen cristiano perseguir a otro en razón de su religión⁹¹⁷. Enfatizó esa idea sosteniendo que la tolerancia para con los que difieren en cuestiones de fe era tan adecuada al Evangelio y al sentido común de todos los hombres, que resultaba una “monstruosidad” que hubiera quienes estuvieran ciegos a su necesidad y beneficios⁹¹⁸. Pero muy pronto el texto abandonó el tinte religioso para retomar la línea política que había caracterizado todo el pensamiento anterior del autor en materia de tolerancia, solo que en esta oportunidad llegó a algunas conclusiones impensadas en sus escritos precedentes. No en vano la epístola es considerada la cima de la producción intelectual de LOCKE sobre un tema tan sensible en la Inglaterra de la época⁹¹⁹. Con ese dato en la mira no sorprende que

⁹¹⁴ Justamente, haberse opuesto de manera férrea a que el hermano de Carlos II, Jacobo (más tarde, Jacobo II), llegara al trono de Inglaterra, debido a su catolicismo, fue la causa del exilio que vivió LOCKE en Holanda (1689-1693), donde reinaba un ambiente de tolerancia. Fue allí donde redactó su famosa epístola, publicada en 1689. SABINE; *Historia*; p. 398 y KAMEN; *Nacimiento*; pp. 222-223.

⁹¹⁵ También conocida como “Revolución Gloriosa” o “Revolución incruenta”, según la óptica de quien relate los sucesos.

⁹¹⁶ SABINE; *Historia*; p. 398 y 418.

⁹¹⁷ “[S]i carecemos de caridad, de dulzura y benevolencia para con el genero humano todo entero, hasta para con los que no son cristianos, seguramente nos hallamos muy distantes de ser cristianos nosotros mismos” (LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 108). También pp. 145-147.

⁹¹⁸ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 111. En relación con lo anterior, nos parecen relevantes las siguientes líneas: “el Evangelio testimonia en todas partes que los verdaderos discípulos de Jesucristo sufrirán grandes persecuciones: pero no sé haber leído, en lugar ninguno del Nuevo Testamento, que la iglesia de este divino salvador deba perseguir a los otros, y forzarlos, con el hierro y fuego, a recibir sus dogmas y creencia” (LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 1117). Claro que esas palabras no están en sintonía con el profundo rechazo de LOCKE, durante toda su vida, a católicos y ateos, en los que privilegió su opinión política, por sobre la religiosa.

⁹¹⁹ Él mismo se refirió a la importancia del tema y a la necesidad que tenía su país de seguir profundizando en él, más allá de todo lo que en Inglaterra se había escrito sobre la cuestión, porque los esfuerzos hechos hasta entonces no habían sido suficientes. Ya en las palabras de inicio que dirigía al lector reconocía la necesidad de mayor respeto y libertad: “[n]o solamente nuestro gobierno fue parcial en materia de religión, sino que aun los que tuvieron que padecer con esta parcialidad, y que por con-

allí donde antes había imperado la intolerancia o una tolerancia moderada, se haya flexibilizado en pos de una amplia aceptación del discrepante⁹²⁰. Al respecto, SABINE señala que LOCKE había esperado durante toda su juventud una política de comprensión por parte de la iglesia anglicana; cuando la evidencia lo llevó a desechar toda esperanza de su llegada, “elaboró una teoría de tolerancia casi universal y de separación práctica entre iglesia y estado”⁹²¹.

LOCKE adoptó una posición contundente respecto de la carencia de toda competencia del Estado en orden a la salvación de las almas de sus súbditos, para lo cual se ocupó muy bien de distinguir “lo que mira al gobierno civil, de lo que pertenece a la religión, y señalar los justos límites que separan los derechos de uno y otro”⁹²². Aquel era creado por los hombres, mediante un contrato, con el único objetivo de garantizar los derechos naturales a la vida, la salud, la libertad y la propiedad, amenazados en el estado de naturaleza⁹²³. El poder y la coacción del Estado solo podían propender a la preservación de esos bienes: “el magistrado está armado con la fuerza reunida de todos sus súbditos, a fin de castigar a los que quebrantan los derechos de los otros”⁹²⁴. Si se apartaba de esa misión para imponer su poder absoluto sobre los mismos bienes que estaba llamado a tutelar, cesaba su autoridad y el deber de obediencia de los súbditos. En esa tónica, nada tenía que ver el Estado con el cuidado de las almas de los ciudadanos, quienes no le habían cedido poder en ese terreno.

La carta puso en blanco sobre negro dos argumentos típicamente liberales. Por un lado, que todo lo concerniente a la religión tenía que ver con el fuero interno, es decir con aquello que hoy llamamos ámbito de intimidad o reserva; por otro, pero en estrecho vínculo con lo anterior, que las opiniones internas no importaban lesividad social, es decir, no trascendían ni dañaban a terceros.

siguiente se esforzaron con sus escritos a defender sus derechos e inmunidades, lo hicieron los más de ellos, sobre estrechos principios, únicamente apropiados a los intereses de sus mismas sectas. Esta estrechez de espíritu, que se manifestó por todas partes, fue sin duda la principal causa de nuestras miserias y de los disturbios que reinaron entre nosotros. Tenemos necesidad de empelar medios curativos más generosos que aquellos de que hicimos uso hasta el presente (...) Una libertad absoluta, una justa y verdadera libertad, una libertad igual e imparcial, de esto necesitamos” (LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 107).

⁹²⁰ “Doy a estas sociedades religiosas el nombre de iglesias, y digo que debe tolerarlas el magistrado; porque ellas no hacen otra cosa sino lo que le es lícito a cada hombre en particular; es decir, cuidar de la salvación de sus almas: y no hay en semejante caso diferencia ninguna entre iglesia nacional y las otras congregaciones que están de ella separadas” (LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 128).

⁹²¹ SABINE; *Historia*; p. 398.

⁹²² LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 112.

⁹²³ “El Estado, según mis ideas, es una sociedad de hombres instituida con la única mira del establecimiento, conservación y desenvolvimiento de sus intereses civiles. Llamo intereses civiles, la vida, la libertad, la salud del cuerpo; la posesión de los bienes exteriores, tales como el dinero, las tierras, las casas, los muebles, y otras cosas de esta naturaleza” (LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 112).

⁹²⁴ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 112.

En el orden del culto público fue donde se advirtió como en ningún otro aspecto la mayor apertura hacia la tolerancia que experimentó LOCKE. Como el bienestar público era la regla y medida de toda legislación, incluso los asuntos religiosos indiferentes según su naturaleza –que, en principio, eran los únicos en los que reconocía la postestad del gobernante de legislar– también podían debían quedar fuera de su autoridad cuando no eran relevantes ni útiles para la comunidad⁹²⁵. Ello incluía todo lo concerniente a la celebración del rito de la iglesia nacional y, mucho más, de los ritos de otras iglesias⁹²⁶. En justificación de este cambio de postura, explicó que los asuntos indiferentes en función de su naturaleza dejaban de serlo cuando eran asignados a la iglesia y al culto divino, lo que los hacía salir de la jurisdicción del gobernante, ya que pasaban a ser ajenos a los asuntos civiles⁹²⁷.

En todo este desarrollo, ya se ve el germen de lo que se ha destacado de manera permanente en estas líneas sobre el límite a la tolerancia en delitos motivados culturalmente: el coto debe estar puesto por el daño a terceros. Si lo privado cobra capacidad lesiva, así sea un asunto de tinte religioso, pasa a comprometer el interés colectivo y a requerir la presencia activa del Estado en resguardo del núcleo fundamental de derechos que no puede ser cuestionado ni por otros ciudadanos ni por el imperio público. Esto resulta expresado en al epístola –con gran modernidad y con toda contundencia–, cuando se remarca que la incompetencia del gobernante cesa si pasan a estar comprometidos alguno de aquellos bienes básicos que el Estado tiene la misión de tutelar. Y para ejemplificar el límite, LOCKE proponía el ejemplo de una secta religiosa que quisiera sacrificar niños. Ante semejante atrocidad, sería incuestionable que el magistrado no debería tolerar esos actos, por más que fueran parte de un supuesto culto a la divinidad. El argumento del rechazo era absolutamente político: el Estado no podía tolerar aquello que estuviera siempre vedado en la vida civil, tanto pública como privada, porque precisamente esos eran los intereses que el Estado, constitutivamente, estaba llamado a cuidar⁹²⁸. Como se advierte, en el ejemplo propuesto, el sacrificio de niños resultaba intolerable desde el punto de vista político, sin que importara la motiva-

⁹²⁵ Es decir que, si bien LOCKE consideraba que, en principio, los asuntos religiosos indiferentes estaban legítimamente sometidos al poder legislativo, ello reconocía un límite en el bienestar público como medida de toda legislación. Si algo no era útil para la comunidad, por muy indiferente que fuera, no podía ser establecido por ley.

⁹²⁶ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 128.

⁹²⁷ Una buena síntesis de lo que se ha dicho en el dos últimos párrafos del texto, respecto a los límites entre lo público y lo privado y los límites a la tolerancia, puede ser la siguiente: “[e]l bien público es la norma y medida de las leyes. Si una cosa es inútil al Estado, aunque ella sea indiferente en sí misma, no debemos hacer de ella desde luego una ley. Fuera de esto, por más indiferentes que algunas cosas sean por su naturaleza, no dependen del magistrado desde el momento en que tocan a la iglesia y culto divino, porque no tienen ellas entonces relación ninguna con los negocios civiles (...) La observancia u omisión de algunas ceremonias no puede causar perjuicio ninguno a la vida, libertad, o bienes de los otros” (LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 129).

⁹²⁸ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 131.

ción religiosa que sus autores pudieran tener. El derecho natural o bien jurídico “vida” no era negociable en ninguna circunstancia y bajo ningún tipo de justificativo. Nuevamente, estaba en juego la trascendencia a terceros y la tutela a derechos fundamentales.

El ejemplo del sacrificio de niños lleva a pensar en el caso de la práctica del *suttee*⁹²⁹, vinculada a la historia de Inglaterra. Creemos que los argumentos de LOCKE son enteramente aplicables a ese ejemplo histórico y a los motivos por los que se lo resolvió a través de una ley por la que el Estado colonizador, que normalmente guardaba distancia de las tradiciones indias, no pudo dejar de intervenir para prohibir el rito, ante la flagrante atrocidad de lo que prácticamente era una instigación al suicidio de mujeres; si no, directamente, asesinatos.

Es decir, cuando hay trascendencia a terceros o al interés colectivo, lo religioso deja de ser parte del ámbito de lo privado, para interesar al conjunto y, por ende, a ser resorte del Estado. Decía LOCKE que si la secta, en lugar de pretender sacrificar niños, hubiera pretendido sacrificar becerros, en principio no habría habido obstáculo que diera pie a una intervención estatal en una cuestión hasta ahí indiferente a lo público. Salvo –agregaba–, que hubiera habido un interés social en preservar a los becerros, en peligro de extinción. En ese caso, era evidente que el magistrado hubiera podido prohibir la matanza de esos animales, por la razón que fuera, incluso religiosa. Pero agregó una nota muy interesante, que aporta elocuencia al tema de este trabajo: “conviene notar que entonces la ley no concierne a la religión, sino a la política; y que ella no veda sacrificar becerros, sino matarlos”⁹³⁰. Se ve claramente que, si lo religioso entra en conflicto con lo público, la cuestión pasa a ser de corte político y la autoridad está llamada a actuar, porque, el Estado tiene el monopolio del uso de la fuerza.

Esto último me remite al estado de necesidad justificante, en el que están en juego dos intereses jurídicamente tutelados –dos bienes jurídicos–, en el que el permiso autoriza a salvar el más valioso. Pero eso no ocurre porque sea más valioso para quien obra autorizado, sino porque el Estado ha receptado ambos intereses y les ha dado entidad jurídica. Se trata, entonces, de un conflicto de derechos y, en ese sentido, político, pero no de un conflicto de conciencia propiamente dicho, en el que ésta entra en conflicto con una ley positiva que se le contrapone. Es decir, en la decisión justificada no hay propiamente una cuestión de tolerancia en danza.

La circunstancia de que lo político –en la opinión de LOCKE– siempre conservara un lugar de preeminencia por sobre lo religioso se ve clara en otro dato, cons-

⁹²⁹ La traducción clásica del sánscrito es *sati*, pero la británica desde los tiempos coloniales es *suttee* (SPIVAK; *Can the subaltern speak?*; p. 297).

⁹³⁰ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 132.

tantemente presente en su pensamiento, que a primera vista podría parecer contradictoria pero que, desde el prisma jurídico, puede llegar a ser comprensible, al menos desde la lógica. Me refiero a que la plasticidad que fue experimentando en relación a la tolerancia estuvo ausente, hasta el final, respecto de los dos grupos de los que siempre desconfió a ultranza: los católicos y los ateos⁹³¹. E, insisto, el descrédito que le merecían era de naturaleza no religiosa, sino política. A su juicio, ambos eran contrarios al orden social del Estado y por eso, acreedores de toda intolerancia, ya que “el magistrado no debe tolerar dogma ninguno que sea contrario al bien del Estado y a las buenas costumbres, tan necesarias para la conservación de la sociedad civil”⁹³². Los católicos podían ser perseguidos porque –como ya se ha dicho más arriba– guardaban obediencia al soberano de otro Estado, el Papa, y podían desconocer toda autoridad del rey y desobedecerlo, en caso de que fuera excomulgado o declarado hereje por su iglesia y, lo que es mucho peor, destronarlo. Para él, los católicos se arrogaban el derecho de gobernar a todas las naciones de la tierra según sus creencias, también en los asuntos civiles,⁹³³ y por tanto “no tienen derecho a ninguna tolerancia por parte del magistrado”⁹³⁴. Además, en función de su obediencia al Papa, admitirlos habría sido tanto como admitir en el país una jurisdicción extranjera, lo que habría resultado a todas luces inconcebible⁹³⁵.

Los ateos tampoco merecían tolerancia alguna porque representaban la destrucción de toda religión y porque la palabra empeñada y la buena fe, bases de la sociedad civil, nada valían para ellos⁹³⁶. A eso se agregaba que aceptar que se destruyera del mundo la idea de la existencia de una divinidad hubiera equivalido a dar “entrada franca inmediatamente a la desorden y general confusión”⁹³⁷. Nuevamente, bajo el ropaje de esta afirmación que podría parecer de tinte religioso, subyace en verdad un argumento político: la preservación de la paz social y el orden público.

Al hablar sobre el sentido negativo y positivo que tienen tanto la tolerancia como la intolerancia, BOBBIO comenta que los defensores de la intolerancia se valen del sentido negativo para denigrarla, con afirmaciones tales como que si Dios no existe, todo está permitido. Esa es la razón –agrega– por la que LOCKE no admitía que fuesen tolerados los ateos, quienes, según una doctrina común en aquellos tiempos, no tenían

⁹³¹ Ver KAMEN; *Nacimiento*; p. 226.

⁹³² LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; pp. 140-141.

⁹³³ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 141.

⁹³⁴ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 141.

⁹³⁵ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 142.

⁹³⁶ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 142.

⁹³⁷ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 142.

motivos para guardar fidelidad a una promesa o para observar un juramento, lo que los hacía personas de las que no era posible fiarse⁹³⁸.

LOCKE sostenía que las iglesias eran sociedades civiles enteramente separadas del Estado, a las que se adhería y a las que se abandonaba de manera libre y voluntaria⁹³⁹. La decisión libre de pertenecer a ellas debía ser tratada como la pertenencia a cualquier sociedad privada, en la que se aplicaban sus propias reglas y su sistema de sanciones, que no podía ir más allá de exhortaciones, avisos y consejos, solo efectivos si eran acompañados por la persuasión del corazón⁹⁴⁰. Pero el monopolio de la fuerza pública estaba reservado al Estado y no podía ser ejercido por ninguna iglesia particular, por lo que las sanciones religiosas de modo alguno podían afectar los derechos civiles de sus miembros⁹⁴¹. En ese sentido, estaban todas en un pie de igualdad, por lo que no quedaba otra alternativa para tratar a todas ellas que el ejercicio de la tolerancia y, entre ellas, el de la tolerancia mutua⁹⁴². Porque

[s]i se admite una vez que el imperio está fundado sobre la gracia, y que la religión debe establecerse por medio de la fuerza y las armas, se abre la puerta al robo, asesinato, y perpetuas alevosías; no habrá ya paz ni seguridad pública, y aun la amistad no subsistirá ya entre los hombres⁹⁴³.

Es interesante notar también que la tolerancia en LOCKE no solo comprendía la justicia, sino también la benevolencia y la bondad⁹⁴⁴, entre ciudadanos, entre iglesias particulares entre sí y entre el magistrado y unos y otras. Es decir que era una noción que se asemejaba mucho a la idea de equidad y que debía practicarse en todos los niveles de la sociedad civil.

Bien señalan PRIETO y BETEGÓN que la tolerancia que debía ejercer el magistrado excluía la persecución penal y la discriminación, pero no así el fomento o un régimen privilegiado o preferencial respecto de un credo determinado⁹⁴⁵.

En materia de dogmas de fe, LOCKE mantuvo la opinión volcada en el *Ensayo*, según la cual el magistrado no tenía poder para mandar a creer esto o aquello y que toda iglesia tenía el derecho de tratar de persuadir acerca de la verdad y ortodoxia del dogma en el que creía⁹⁴⁶. Ello era así porque las leyes no tenían vigor alguno sin las penas y estas eran completamente inútiles y hasta injustas en materia religiosa, porque

⁹³⁸ BOBBIO; *Las razones*; pp. 250-251.

⁹³⁹ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 115 y ss.

⁹⁴⁰ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 117.

⁹⁴¹ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 118.

⁹⁴² LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; pp. 119 y ss.

⁹⁴³ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 121.

⁹⁴⁴ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 118.

⁹⁴⁵ PRIETO SANCHÍS; BETEGÓN CARRILLO; *Estudio preliminar*, p. LII; LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 145. Ese es el sistema aún vigente, por ejemplo, en Argentina, donde por mandato constitucional se sostiene el culto católico apostólico romano (art. 2 C.N.).

⁹⁴⁶ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; pp. 136 y ss.

no eran aptas para convencer al entendimiento⁹⁴⁷. Pero si se diera una contradicción entre un edicto del magistrado y algo que repugnara a la conciencia de los particulares – extremo que LOCKE consideraba muy improbable, ya que el magistrado que gobernaba rectamente era raro que cayera en decisiones repugnantes al sano espíritu– solo restaba la resistencia pasiva:

cada particular debe abstenerse de la acción que él condena en su corazón, y someterse a la pena que la ley prescribe, y que a lo menos puede sufrir sin culpa. Porque el juicio que cada uno hace de una ley política, establecida para el bien del público, no dispensa de la obligación en que se está de obedecerla⁹⁴⁸.

Distinta habría sido la cuestión si el magistrado mandara cosas que estuvieran completamente fuera de su competencia, por versar exclusivamente sobre artículos de fe. Así, si se ordenara mudar de religión, no sería obligatorio obedecer tal ley, “porque la sociedad política no se formó más que para la conservación de los bienes temporales de esta vida” y al ceder poder en el pacto

cada uno se reservó el cuidado de su alma, que no pudo depender jamás del gobierno civil. Así, la protección de la vida y de cuantas cosas tocan a ella, es el negocio del público; y el magistrado tiene la obligación de conservar el goce de ellas a los que las poseen⁹⁴⁹.

De lo transcrito se desprende que LOCKE mantuvo incólume su posición respecto de que, en caso de discrepancia con el contenido de la ley, a los ciudadanos solo les cabía la resistencia pasiva; la voluntad del magistrado siempre estaba por encima de la voluntad particular, en función de la cesión hecha en el pacto. Pero ello era así solo si el magistrado respetaba su esfera de competencia; en cambio, si se inmiscuía en asuntos en los que no le correspondía legislar, desaparecía el deber de obediencia. A nuestro juicio, eso habilita a pensar que algún resquicio dejaba abierto para lo que hoy llamaríamos conflicto de conciencia, en sentido estricto, es decir, con fuerte compromiso para la dignidad de la persona afectada por la tensión de órdenes de valores en juego. En definitiva, aquello en lo que el magistrado tenía injerencia eran asuntos de menor trascendencia para la personalidad individual y, en consecuencia, toda divergencia con la ley no podía pasar de ser una discrepancia de opiniones en la que prevalecía la de la autoridad.

Sin embargo, con una visión contrapuesta, se ha dicho que a pesar de que LOCKE era muy consciente de que las normas civiles podían colisionar con las religiosas, al haberse inclinado invariablemente hacia la obediencia pasiva y no hacia el derecho de resistencia, la libertad religiosa no era a su juicio un derecho natural⁹⁵⁰. En aval de ese punto de vista, se ha sostenido que la tolerancia en LOCKE no consiste en una

⁹⁴⁷ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 114.

⁹⁴⁸ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 139.

⁹⁴⁹ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; pp. 139-140.

⁹⁵⁰ PRIETO SANCHÍS; BETEGÓN CARRILLO; *Estudio preliminar*; p. LIII.

prohibición de intervenir en cuestiones religiosas, sino en la exigencia de que dicha intervención responda a razones neutrales, es decir en consideraciones del bien público y no de verdad religiosa⁹⁵¹.

Promediando el texto, LOCKE concluyó que para asegurar la paz social era menester acordar los mismos derechos a todos los ciudadanos de un Estado, cualquiera hubiera sido el culto que profesara. En ese contexto, se les debía permitir a todos la práctica de su culto, con sus propias costumbres, ritos y elementos sagrados⁹⁵². Pero si en las reuniones religiosas se conspiraba contra el Estado, se debían castigar esas acciones con la fuerza pública, del mismo modo que si la actitud sediciosa se hubiera mantenido en un ámbito civil. Es que, nuevamente, tal actitud ya habría dejado de ser del ámbito de lo religioso, para transformarse en un asunto civil, en el que el magistrado sería competente, en razón del bien común⁹⁵³.

Para concluir, discrepando con quienes consideran que la religión no era para LOCKE un derecho natural⁹⁵⁴, personalmente encontramos que el hecho de que haya puesto un límite a la autoridad pública precisamente en la hipótesis de que se ordenara por ley cambiar de religión, es una fuerte señal de que ante un caso semejante habría habido una afrenta intolerable a lo que hoy llamamos dignidad humana. También marcó otro notable límite a la autoridad pública al admitir la desobediencia, si el magistrado violara los derechos naturales a causa de su propia religión:

la protección de la vida y de cuantas cosas tocan a ella, es el negocio del público; y el magistrado tiene la obligación de conservar el goce de ellas a los que las poseen. No puede pues quitarlas ni darlas al que le agrada, ni desojar de ellas algunos por una causa que no es de la jurisdicción del gobierno civil; es decir con pretexto de su religión⁹⁵⁵.

A nuestro juicio, esas dos delimitaciones evidencian que LOCKE sí reconocía algo semejante a lo que hoy entendemos por libertad religiosa. Nótese que, si el magistrado violaba los derechos naturales, se arrogaba un facultad que siquiera se le hubiera podido transferir por el pacto⁹⁵⁶, lo que daba lugar al ejercicio de la fuerza y a la reinstauración del estado de naturaleza; es decir, desaparecía todo deber de obediencia. Incluso al tratar de justificar o explicar los motivos que llevaron a muchas sectas

⁹⁵¹ PRIETO SANCHÍS; BETEGÓN CARRILLO; *Estudio preliminar*, p. LIII; con cita de DE PÁRAMO.; *Tolerancia*; p. 43.

⁹⁵² LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; pp. 145-146.

⁹⁵³ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 146.

⁹⁵⁴ Dice SABINE que LOCKE –de cuya iusfilosofía es sumamente crítico– concebía a todos los derechos naturales como “atributos del individuo, nacidos con él y, por ende, como títulos inviolables tanto frente al gobierno como frente a la sociedad” (SABINE; *Historia*; p. 406).

⁹⁵⁵ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; pp. 139-140. También p. 121: “No hay pues persona, iglesia, ni Estado ninguno que tengan el derecho de usurpar, con pretexto de religión, los bienes de otro, ni de despojarle de su prerrogativas temporales”.

⁹⁵⁶ LOCKE explica que el consentimiento del pueblo no podría dar facultades al magistrado para decidir sobre el cuidado de las almas, porque nadie puede arreglar su fe por preceptos ajenos. Además, por la propia naturaleza del entendimiento humano, no se puede creer en nada por medio de la coacción o la violencia (LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 113).

cristianas a sublevarse contra los monarcas que los oprimían a causa de su fe, en las guerras religiosas que assolaban a Europa, preguntaba: “¿No es cosa natural que, cansado de todos los males con que los abruma, lleguen a persuadirse por último de que les es lícito repeler la fuerza con la fuerza, y tomar las armas en defensa de los derechos que Dios y la naturaleza les acuerdan...”⁹⁵⁷.

Por todo eso, aunque la tolerancia en LOCKE todavía estuviera orientada, sobre todo, a la tolerancia entre grupos religiosos diferentes –era la decisión política de una mayoría o de una religión dominante de avenirse a convivir con otras comunidades de creencias–, y no tanto a la tolerancia como respeto a la autonomía individual en tanto los grupos religiosos podían regirse por normas internas propias que no es seguro que siempre hayan priorizado la libertad personal de disidencia, creemos que la *Carta* tuvo el mérito de introducir el germen de la teoría de la libertad religiosa al tomar en cuenta que la relación del hombre con la divinidad pertenecía a la esfera más íntima del ser humano, sin que ninguna autoridad o impulso exterior pudiera coaccionarlo a creer o dejar de hacerlo. Este dato la convirtió en un tremendo avance en términos de tolerancia, para los parámetros de su época, lo que explica que todavía siga vigente. Qué otra cosa es un clásico, sino algo que permanece vigente a los largo de los siglos.

y. MILL.

Mucho más cercano en el tiempo a nosotros, este autor, considerado –por gran parte de la doctrina⁹⁵⁸– uno de los destacados referentes del utilitarismo y del liberalismo moderno, se ocupó del tema de la libertad individual frente a la sociedad y al poder estatal. Al hacerlo, sentó algunas bases que no pueden obviarse a la hora de desarrollar el tema de la tolerancia.

Su posición, expresada en un lenguaje sumamente actual, conecta con el tema de los derechos fundamentales, lo que hace que pueda ser leída en clave de derechos humanos. Como se verá seguidamente, la opinión de MILL, en punto a cuándo

⁹⁵⁷ LOCKE; *Carta sobre la tolerancia* en LOCKE; *Escritos sobre*; p. 147.

⁹⁵⁸ También se granjeó la crítica de fuertes sectores doctrinarios, quienes lo acusaron de que su posición era incompatible con el utilitarismo; que no lograba explicar acabadamente el concepto de libertad y que el principio de libertad era demasiado amplio y ambiguo (Ver RUIZ SANJUÁN; *Estudio preliminar* en MILL; *Sobre la libertad*; pp. 7-9 y 25-29). También puede verse una crítica a su método y pensamiento en SABINE; *Historia*; pp. 528-537. Ver asimismo DE PÁRAMO ARGÜELLES; *Tolerancia*; p. 48. Asimismo, DWORKIN defiende a MILL de severas críticas que le dirigieron tanto sectores conservadores como críticos del liberalismo en general. Particularmente, se ocupa del ataque que HIMMELFARB dirigió a MILL en el que puso de relieve lo que entendía como inconsistencias de *On liberty*, con respecto a su posición en otras obras, en las que también se había ocupado de la libertad. DWORKIN argumenta en su defensa que HIMMELFARB no ha distinguido entre libertad como licencia y libertad como independencia, alegando que es esta última de la que se ocupa MILL en su ensayo y que da base a su principio de libertad (DWORKIN; *Los derechos en serio*; pp. 372-379, especialmente pp. 376-377).

una manifestación de individualidad –y, en el marco de esta investigación, yo agregaría: de cultura–, habilita la respuesta del poder punitivo, está muy próxima a la posición que viene esbozándose en este trabajo.

Previo a analizar su posición en materia de libertad individual y de tolerancia, se impone hacer referencia al contexto histórico-político en el que este autor escribió. Inglaterra era el país más industrializado y el liberalismo había sido un gran defensor de ese modelo industrial. Sin embargo, hacia la década de 1830 ya eran evidentes los abusos en materia de bienestar social y laboral a los que el movimiento industrial estaba dando lugar. Las jornadas laborales abusivamente prolongadas y el empleo de mujeres y niños obreros en condiciones infrahumanas de salubridad y moralidad eran una realidad inocultable, que exigió que la legislación fuera progresivamente implementando cambios que, sin dudas, implicaron limitaciones a la libertad de contratación que el liberalismo había defendido. El avance de esa legislación fue dejando de lado el individualismo como principio orientador, para acoger progresivamente el colectivismo⁹⁵⁹.

La reacción proveniente de todos los sectores contra el liberalismo económico se explicaba como una respuesta de humanitarismo, ante la destructividad social que importaba el industrialismo a ultranza en términos de condiciones infrahumanas de trabajo para los obreros industrializados y la falta de estabilidad política. Como destaca SABINE, el liberalismo, movimiento político que siempre se había jactado de encarnar el humanitarismo, se dio cuenta de que se imponía la revisión de su legislación y de su teoría⁹⁶⁰.

Ese replanteo de la teoría liberal exigía reexaminar la naturaleza y función del Estado, la naturaleza de la libertad y de la coacción legal. Para hacerlo, no podía eludirse el análisis de la relación entre la naturaleza humana individual y el medio social. Las explicaciones que se habían dado hasta entonces en punto al interés personal, el placer y la utilidad ya no aparecían convincentes. Para modernizarse, el liberalismo tenía que romper con su rígida dogmática y poner su teoría en contacto con la realidad de otras clases sociales y otras corrientes de pensamiento, para demostrar que se trataba de una filosofía social, que no estaba al servicio de los intereses de una determinada clase o sector. MILL fue uno de los primeros exponentes en abrir el juego en ese sentido, evidenciando con su obra la necesidad urgente de revisión, en particular del utilitarismo y la concepción de la libertad personal.

En su célebre *Sobre la libertad*, considerado como uno de los alegatos más firmes que se hayan hecho nunca sobre la libertad individual⁹⁶¹ y en el que verdadera-

⁹⁵⁹ SABINE; *Historia*; p. 526.

⁹⁶⁰ SABINE; *Historia*; p. 527.

⁹⁶¹ No obstante, RUIZ SANJUÁN pone de resalto que, como MILL, a la par de defender la libertad individual, destacó la necesidad de establecer mecanismos de control y restricción política y social, se

mente marcó un punto de inflexión en el pensamiento utilitarista⁹⁶², MILL se ocupó de la libertad social o civil, entendida como la naturaleza y los límites del poder que la sociedad podía ejercer legítimamente sobre el individuo⁹⁶³. Esa libertad social era un concepto íntimamente ligado a la relación entre democracia y libertad. Su pensamiento estaba atravesado por la preocupación de que “la mayoría”, aquella porción de la colectividad cuya supuesta voluntad encarnaban los gobernantes, podía desear oprimir a una parte del mismo pueblo⁹⁶⁴. Destacaba que la tiranía de la mayoría, como cualquier otra, era digna de temerse, sobre todo cuando operaba a través de los actos de las autoridades públicas. Sin embargo, cuando el tirano era la sociedad misma operando colectivamente sobre los individuos que la componían, sus actos tiránicos no estaban limitados a los ejercidos por los funcionarios políticos. En efecto, el pueblo podía ejercer una tiranía social más temible que muchas de corte político, en tanto que, si bien sus sanciones no eran extremas, penetraban mucho más profundamente en los detalles de la vida “esclavizando el alma misma”⁹⁶⁵.

En consecuencia, los individuos no solo debían ser protegidos de la tiranía del gobernante⁹⁶⁶, sino también de

la tiranía de imponer opiniones y sentimientos; contra la tendencia de la sociedad a imponer, por otros medios que las sanciones civiles, sus propias ideas y prácticas como reglas de conducta sobre aquellos que disienten de ellas; contra la tendencia a coartar el desarrollo y, si es posible, impedir la formación de cualquier individualidad que no esté en armonía con sus costumbres, obligando a todos los caracteres a formarse a sí mismos sobre el modelo de la propia sociedad⁹⁶⁷.

Sin embargo, a continuación advertía que debía existir un límite en el que el control social sobre la independencia individual fuera legítimo. Ahora, dónde ubicar esa demarcación y de qué modo hacerlo era cuestión hartamente difícil y no había dos épocas ni dos países que hubieran decidido el asunto del mismo modo.

Las ideas anteriores ya contienen el germen del hueso de la obra, que no es otro que el llamado *principio de libertad*, según el cual no hay ninguna interferencia legítima en la libertad del individuo, con relación a las acciones que solo conciernen a él mismo, sino que la intervención solo estará autorizada cuando sus actos puedan causar

ha hecho también acreedor de profundas críticas por parte de algunos representantes del pensamiento liberal que lo tildaron de paternalista (RUIZ SANJUÁN; *Estudio preliminar* en MILL; *Sobre la libertad*; pp. 6 y 13-14).

⁹⁶² A decir de SABINE, la parte efectiva de su razonamiento en esta obra no era utilitaria (SABINE; *Historia*; pp. 530-531).

⁹⁶³ MILL; *Sobre la libertad*; p. 47.

⁹⁶⁴ DE PÁRAMO ARGÜELLES; *Tolerancia*; p. 45.

⁹⁶⁵ MILL; *Sobre la libertad*; p. 52.

⁹⁶⁶ El liberalismo clásico se había preocupado por limitar el poder del Estado y del gobierno frente al individuo; el liberalismo de MILL se preocupó por limitar el poder que la sociedad, a través de la costumbre y la tradición, podía imponer sobre el individuo. Ese poder aumentaba con el desarrollo de la democracia social, propia de su época, problema al que consideraba la cuestión vital del futuro.

⁹⁶⁷ MILL; *Sobre la libertad*; p. 52.

daño a terceros o importen el incumplimiento de un compromiso asumido con ellos⁹⁶⁸. Es por esto que el principio también es conocido como “principio del daño” (*harm principle*)⁹⁶⁹.

El “principio de libertad” presentaba una cara positiva y otra negativa. En su faz positiva, aportaba un argumento en defensa de la libertad y en contra de la coerción social; en la negativa, planteaba que la condición necesaria para la restricción de la libertad era la prevención del daño a terceros. Esa condición era necesaria, pero no suficiente, porque el propio MILL destacó que era posible que hubiera acciones que importaran daños a terceros que, por su entidad, no justificaran la interferencia⁹⁷⁰. Se ha remarcado que el principio de MILL excluía tanto el moralismo legal, según el cual la opinión moral de la mayoría sería fundamento suficiente para otorgar contenido a las normas jurídicas, como el paternalismo⁹⁷¹, según el cual el fundamento de las normas jurídicas sería la procura del bienestar o la felicidad de sus destinatarios⁹⁷².

En ese marco, la libertad individual era para MILL la capacidad del individuo de determinarse a sí mismo⁹⁷³, lo que implicaba ser uno entre iguales en el ámbito social y político: “[l]a única libertad que merece tal nombre es la de perseguir nuestro propio bien a nuestra propia manera, siempre y cuando no intentemos privar a otros del suyo o impidamos sus esfuerzos por alcanzarlo”⁹⁷⁴. El liberalismo ya partía de la premisa de la pluralidad individual y del derecho y capacidad personales para llevar a cabo el

⁹⁶⁸ A pesar de la contundencia del argumento, SABINE critica duramente el hecho de que cuando MILL pasó de su concepción general del valor moral de la libertad a las reglas prácticas para determinar las limitaciones que la sociedad o el estado estaban justificados para imponer a dicha libertad, su ensayo perdió fuerza: “[l]o que proponía era que es posible distinguir un tipo de acción personal que ‘no afecta los intereses de ninguna otra persona’ fuera del sujeto en cuestión y en la que no deben interferir ni la sociedad ni el estado. Literalmente, esto reduciría la libertad a una trivialidad puesto que un acto que no afecta a nadie sino a una sola persona probablemente no lo afectará mucho. El razonamiento de Mill evitaba la apariencia de trivialidad sólo porque era circular (...) La dificultad fundamental del rozamiento de Mill era que nunca analizó realmente la relación entre libertad y responsabilidad (...) Lo que requería la teoría de la libertad de Mill era una minuciosa consideración de la dependencia de la libertad personal de los derechos y obligaciones sociales y legales” (SABINE; *Historia*; pp. 532-533).

⁹⁶⁹ RUIZ SANJUÁN; *Estudio preliminar*; en MILL; *Sobre la libertad*; p. 7; DE PÁRAMO ARGÜELLES; *Tolerancia*; pp. 45-46 y 87-104. Para una opinión moderna acerca del alcance de la noción de daño – *harm*– en el marco del principio, ver DWORKIN; *Do we have*; pp. 336-337. En la misma obra, de alguna manera se pregunta acerca de los límites a la tolerancia, que ocupan en la presente investigación un lugar central. En efecto, siempre con referencia a la pornografía y a si existe un derecho a ella como una cuestión de principio, DWORKIN se pregunta por qué, si el derecho a la libertad es el derecho a no ser limitado en la propia autodeterminación simplemente porque a otros les disguste lo que uno hace, ese derecho no incluye el hacer lo que uno quiera en público, al margen de la posible ofensa o agravio que la mayoría sufra al verlo (fs. 346-347). En otras palabras, si tal derecho a la libertad impidiera todo límite, ello debería ser extensivo a la esfera pública.

⁹⁷⁰ MILL; *Sobre la libertad*; p. 172.

⁹⁷¹ A pesar de que muchos críticos le atribuyeron a MILL haber resultado, en algunas de sus aplicaciones prácticas del principio, justamente paternalista.

⁹⁷² DE PÁRAMO ARGÜELLES; *Tolerancia*; p. 46.

⁹⁷³ Tan fundamental era para MILL que el hombre pudiera determinarse a sí mismo, que entendía que la ausencia de condiciones necesarias para la autonomía, como la pobreza o la falta de derechos sociales, implicaban necesariamente una limitación de la libertad, que para él tenía un valor intrínseco.

⁹⁷⁴ MILL; *Sobre la libertad*; p. 62.

ideal de vida de cada uno; MILL, por su parte, aportó el concepto de autonomía entendido como autodeterminación, es decir, el derecho de cada uno a seguir el camino de vida que mejor le parezca o le plazca⁹⁷⁵.

Este último aserto conecta directamente con la problemática de la pertenencia cultural. En efecto, si bien MILL estaba pensando exclusivamente en el seno de la sociedad occidental, más precisamente la británica a la cual pertenecía, nos permitimos aquí una digresión, tratando de trasladar su aporte a la configuración actual de las sociedades multiculturales. Lo explicaremos mejor.

MILL consideraba que las sociedades europeas se esforzaban por moldear a las personas, imponiéndoles la forma de ser, gustos, preferencias y modelo de vida de la mayoría. Todo disidente –tal la palabra que empleaba⁹⁷⁶– sería castigado, si no con la fuerza del poder público, con la severísima sanción social del desprecio o el apartamiento. Para ello, el arma más fuerte con la contaba la sociedad era la costumbre.

Describió la fuerza de esta en palabras a tal punto magistrales que merecen ser transcritas:

“la gente de una determinada época o país no se imagina que haya más dificultad en ello [en el establecimiento de reglas de conducta] que si fuera un tema en el que la humanidad siempre ha estado de acuerdo. Las reglas que imperan entre ellos mismos les parecen evidentes y justificadas por sí mismas. Esta ilusión casi universal es uno de los ejemplos de la influencia mágica de la costumbre, que no es solo una segunda naturaleza, como dice el proverbio, sino que se confunde continuamente con la primera. El efecto de la costumbre, impidiendo cualquier duda respecto a las reglas de conducta que impone la humanidad, es tanto más completo cuanto que se trata de un asunto en el que generalmente no se considera necesario que se den razones, ni a los demás ni a uno mismo... El principio práctico que guía a la gente en sus opiniones sobre la regulación de la conducta humana es el sentimiento en el ánimo de cada uno de que a todos se les debería exigir actuar como le gustaría a él y a aquellos con los que él simpatiza⁹⁷⁷.

Remató estas consideraciones con la idea de que, dondequiera que hubiera una clase dominante, la moralidad del país emanaría de su interés de clase y de sus sentimientos de superioridad. En ese sentido, los gustos y aversiones de la parte más fuerte de la sociedad eran la fuente de la que habían manado las reglas establecidas

⁹⁷⁵ DE PÁRAMO ARGÜELLES; *Tolerancia*; pp. 46-47. En terminología de DWORKIN, este podría ser el derecho a la independencia moral (*right to moral independence*; ver DWORKIN; *Do we have*; p. 353. Sobre la independencia en MILL, DWORKIN también ha dicho que “Mill veía en la independencia una dimensión más de la igualdad; sostenía que la independencia de un individuo resulta amenazada, no simplemente por un proceso político que le niegue la igualdad de expresión, sino por decisiones políticas que le niegan igualdad de respeto (...) las leyes que restringen a un hombre sin otro fundamento que [la afirmación de que] es incompetente para decidir lo que está bien para él, le infligen un profundo insulto. Lo subordinan intelectual y moralmente a los conformistas que forman la mayoría y le niegan la independencia a la cual tienen derecho. Mill insistía en la importancia política de estos conceptos morales de dignidad, personalidad e insulto” (DWORKIN; *Los derechos*; p. 377).

⁹⁷⁶ Por ejemplo, en MILL; *Sobre la libertad*; p. 56 y 70.

⁹⁷⁷ MILL; *Sobre la libertad*; p. 53.

para el cumplimiento general, ya fuera bajo sanción de las leyes o de la opinión. De ese sector, en definitiva, manaba también la fuerza obligatoria de la costumbre.

No obstante, la intolerancia respecto de todo aquello que verdaderamente les importaba era una actitud tan natural en los seres humanos –decía MILL– que ni la libertad religiosa había existido en la práctica casi en ningún sitio, salvo donde había primado la indiferencia religiosa. Incluso en los países más tolerantes, el deber de serlo se admitía con reservas tácitas por parte de los sectores religiosos.

Como hemos anticipado, MILL estaba pensando estas ideas de las puertas hacia adentro de la sociedad europea, a tal punto que expresamente dejó de lado a “aquellas sociedades atrasadas en las que la raza misma puede ser considerada como menor de edad”⁹⁷⁸. Sin dudas, esto último ya no podría ser sostenido juiciosamente a esta altura del desarrollo histórico y científicos ni en el seno de las actuales sociedades multiculturales de la Europa de nuestros días, respecto de las culturas minoritarias o exóticas culturalmente. Sin embargo, lo que sí sigue resultando de una vigencia asombrosa es la claridad con la que MILL se refiere a la fuerza de la costumbre y a la tendencia que todos tenemos –en especial los grupos superiores en número y, por eso mismo, en presencia cultural– a imponer nuestro modo de vida y nuestra cosmovisión a todos los que viven a nuestro alrededor. Ello explica las dificultades –que, guste o no, las hay– para aceptar patrones de vida familiar y social (religión, comida, vestimenta, idioma, etc.) distintos a los nuestros.

Por lo demás, tampoco puede desconocerse que el Estado no es neutro al valor –el propio MILL lo dice en su obra⁹⁷⁹–, sino que encarna principios y reglas socialmente aceptadas como las mejores para el grupo. De ahí que la cuestión de la tolerancia nunca haya sido asunto sencillo de resolver.

Sin embargo, nos parece importante aclarar que no es que MILL renegara de la costumbre como expresión de la historia y las tradiciones de un pueblo, de respeto a los antepasados o como manifestación de la experiencia conseguida y madurada a lo largo de los siglos. No se trataba de ese lado incuestionablemente positivo de la costumbre. Lo que el autor rechazaba era la fuerza de esta para bloquear las posibilidades de originalidad y de desarrollo del espíritu humano. Questionaba que se juzgara a quien, libremente, decidiera no seguir un modelo de vida o un patrón cultural impuesto por la mayoría y, en particular, parece haberle irritado que la costumbre fuera muchas veces una excusa para no plantearse razones y causas y para seguir un determinado camino social, aun cuando muchas tradiciones, hábitos o modelos de vida se hubieran probado nocivos para los individuos y para la sociedad. Para él, nada justifica-

⁹⁷⁸ MILL; *Sobre la libertad*; p. 59.

⁹⁷⁹ RUIZ SANJUÁN; *Estudio preliminar en MILL; Sobre la libertad*; p. 30.

ba que el hombre pudiera plantarse frente a la vida sin hacerse preguntas y responder libremente a las mismas. En síntesis, se oponía a la costumbre, en tanto importara pérdida de libertad.

Para ilustrar lo dicho en el párrafo anterior, son muy interesantes sus consideraciones sobre la costumbre en Oriente, que –a nuestro juicio– confirman que MILL no rechazaba las costumbres de un sector del mundo por sobre el de otro, por considerarlo más civilizado o desarrollado (aunque sin dudas consideraba a Europa como un modelo cultural superior). Su preocupación –insisto– pasaba por el rechazo a la costumbre como un corsé que impidiera al hombre que su espíritu volara en libertad.

En esa sintonía, se comprende muy bien que también haya criticado las costumbres de Oriente, por las mismas razones. Nuevamente, vale la pena transcribir sus palabras, porque revelan las mismas preocupaciones que tenemos hoy en día frente a ciertas tradiciones que leemos, directamente, en clave de delito motivado culturalmente. Son palabras que permiten dar cobijo a las preguntas que nos asaltan cuando, frente a la perplejidad que nos producen ciertas tradiciones exóticas: ¿cómo puede un padre no darse cuenta de que la mutilación femenina es nociva? ¿cómo no se da cuenta de que obligar a una niña de diez años a casarse es matar su infancia?

Al respecto, MILL decía:

La mayor parte del mundo no tiene historia, propiamente hablando, puesto que el despotismo de la costumbre es completo. Este es el caso en todo Oriente. La costumbre es allí la última instancia de apelación en todas las cosas; la justicia y el derecho significan conformidad con la costumbre. Nadie piensa siquiera en resistirse al argumento de la costumbre, salvo el tirano intoxicado de poder. Y vemos los resultados. Esas naciones deben haber tenido originalidad alguna vez. No empezaron ya desde el principio populosas, cultas y versadas en muchas de las artes de la vida; consiguieron todo esto por ellas mismas, y fueron entonces las naciones mayores y más poderosas del mundo. ¿Qué son ahora? Los súbditos o siervos de tribus cuyos antepasados vagaban por los bosques, cuando los suyos tenían magníficos palacios y espléndidos templos, pero sobre los cuales la costumbre ejerció un dominio compartido con la libertad y el progreso. Parece que un pueblo puede progresar durante un cierto período de tiempo y después detenerse. ¿Cuándo se detiene? Cuando cesa de poseer individualidad⁹⁸⁰.

Para él la individualidad era la capacidad de tomar las decisiones que llevaban al hombre a vivir su propia vida; lo que le permitía alcanzar la autonomía para determinar por sí mismo su conducta. Constituía un fin en sí mismo y no solo un medio para alcanzar la felicidad⁹⁸¹.

En la misma sintonía, consideraba que el hombre confiaba poco en su propio juicio individual, lo que lo llevaba a confiar en la supuesta infalibilidad del “mundo”, que no era más que la pequeña porción del mundo con la que cada uno entraba en

⁹⁸⁰ MILL; *Sobre la libertad*; p. 139.

⁹⁸¹ RUIZ SANJUÁN; *Estudio preliminar en MILL; Sobre la libertad*; p. 31.

contacto directo: su partido, su secta, su iglesia, su clase social. La fe del hombre en esa autoridad colectiva no se vía afectada en lo más mínimo por saber que otras épocas, países, sectas, iglesias y partidos habían pensado y pensaban exactamente lo contrario sobre algo determinado⁹⁸². En nuestra opinión, esta forma de concebir la realidad es inherente al ser humano. No solo le ocurre a los colectivos mayoritarios, sino que esa forma de ver la vida es la que explica que, aun en sociedades que no aprueban determinadas conductas, ciertos individuos se crean autorizados a aplicar sus costumbres, a las que entienden como las únicas válidas en función de la tradición (v.gr., la mutilación femenina).

A nuestro juicio entonces, la idea que expresaba MILL sobre la costumbre, puede tener hoy una interesante capacidad de rendimiento, para recordarnos que, en nuestras sociedades multiculturales, no puede imponerse un patrón de conducta ni un modelo de vida a aquellos miembros de colectivos culturales que no se identifiquen con los valores mayoritarios⁹⁸³. Ello, claro está, con un límite que debe ser buscado en términos de derechos fundamentales, precisamente porque no puede ser aceptada cualquier conducta –que pretenda ser justificada ni por la religión ni por la tradición– si cruza el umbral de lo tolerable. Nuevamente, hay que ver dónde ubicar la línea de frontera. El propio MILL, hace un siglo y medio, ya daba casi la misma respuesta que podemos dar acá, si bien en un contexto social distinto.

En efecto, una vez esbozados los principales rasgos de la denominada tiranía social y de la intolerancia que caracteriza al colectivo respecto de las conductas, ideas, gustos y preferencias de los miembros disidentes de la sociedad, enunció redondamente el ya aludido y central *harm principle*. Consideraba a este un instrumento para regir plenamente las relaciones de la sociedad con el individuo, ya fuera mediante la imposición de penas legales o a través de la coerción moral de la opinión pública. Dicho principio establecía que

el único propósito por el que puede ser ejercido legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es para prevenir del daño a otros (...) El único aspecto de la conducta por el que se podía responsabilizar a alguien frente a la sociedad era aquel que concerniera a otros⁹⁸⁴.

La injerencia jamás estaría justificada, en cambio, en pos de su propio bien, ya fuera físico o moral, puesto que el hombre adulto y en sus cabales debía ser libre en su individualidad para seguir el camino de vida que más le placiera, aun cuando fuera

⁹⁸² MILL; *Sobre la libertad*; p. 70. Nos resultan cautivantes la palabras que emplea para abundar en lo mismo: “[el individuo h]ace recaer en su propio mundo la responsabilidad de estar en lo cierto frente a los mundos disidentes de otra gente; y no le preocupa que haya sido meramente por accidente que el objeto de su confianza sea uno de esos numerosos mundos, y que las mismas causas que le hacen un cristiano en Londres, le habrían hecho un budista o un confucionista en Pekín” (p. 70).

⁹⁸³ En igual sentido, KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 226 y ss.

⁹⁸⁴ MILL; *Sobre la libertad*; p. 58.

nocivo para sí mismo o, incluso para terceros que se sometieran voluntaria y libremente a ese peligro. Ello era así puesto que respecto de sí mismo el individuo era soberano⁹⁸⁵.

A criterio de MILL, entonces, si la conducta de alguien, fuera por acción o por omisión⁹⁸⁶, resultaba perjudicial para otro, estaría habilitado el castigo de la ley o, de no existir este o de no poder ser aplicado con seguridad, el castigo de la desaprobación social.

En su opinión, la humanidad salía ganando si toleraba que cada uno viviera como le placiera, que si obligaba a cada a vivir uno conforme los patrones de las tradiciones y las costumbres impuestas por la sociedad. Sabemos que la tolerancia implica permitir cosas que se consideran, incluso, moralmente incorrectas. Desde la lógica de MILL, así y todo había que permitir conductas incorrectas, porque para una sociedad y para el progreso moral individual era más importante que la gente obrara de manera autónoma que lo hiciera de manera correcta⁹⁸⁷.

Resulta muy interesante y muy atinado para el análisis de la situación frente al multiculturalismo de hoy la opinión de MILL en torno a la intolerancia religiosa. Consideraba que lo que por entonces se suponía un resurgimiento de la religión implicaba, al menos en las mentes estrechas y poco cultivadas, un resurgimiento del fanatismo. A su juicio, allí donde existía el fermento poderoso y permanente de la intolerancia, presente en todo momento en las clases medias (británicas), se estaba muy próximo a la persecución activa de quienes nunca habían dejado de ser considerados objetos propicios de persecución⁹⁸⁸. La discrepancia religiosa –que para nosotros podría ser extensiva a la cultural en general–, ya fuera castigada por la ley o por la opinión, incrementaba, para MILL, el estigma social.

Ilustró lo anterior con un ejemplo de pleno siglo XIX, cuya vigencia no puede ser más patente. A partir del caso de la insurrección de los cipayos, se desató una fuerte muestra de intolerancia hacia los hindúes y mahometanos, que representaban nada menos que cien millones de súbditos británicos. Se decidió que no se mantendría

⁹⁸⁵ “Esta región comprende, en primer lugar, el dominio interno de la conciencia, exigiendo libertad de conciencia en el sentido más amplio, libertad de pensar y sentir, libertad absoluta de opinión y sentimiento en todas las materias, prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas. La libertad de expresar y publicar opiniones podría parecer sometida a un principio diferente, puesto que pertenece a aquella parte de la conducta de un individuo que afecta a otras personas; sin embargo, siendo de casi tanta importancia como la libertad de pensamiento, y descansado en gran parte sobre las mismas razones, es prácticamente inseparable de ella. Dicho principio requiere, en segundo lugar, libertad de gustos y de inclinaciones, libertad de ajustar nuestro plan de vida a nuestro propio carácter, libertad de hacer lo que nos guste, sujetos a todas las consecuencias que puedan derivarse de ello, sin que nos lo impidan nuestros semejantes –en tanto lo que hagamos no les perjudique–, aunque pueden pensar que nuestra conducta es insensata, perversa o equivocada” (MILL; *Sobre la libertad*; pp. 61-62).

⁹⁸⁶ Al respecto, destacaba que la regla general era que se hiciera responsable a alguien por perjudicar a otros; hacerlo por no evitar un daño era la excepción y requería ser mucho más cuidadosos a la hora de sancionar (MILL; *Sobre la libertad*; p. 60).

⁹⁸⁷ DE PÁRAMO ARGÜELLES; *Tolerancia*; pp. 48-49.

⁹⁸⁸ MILL; *Sobre la libertad*; p. 88.

con dinero público ninguna escuela en la que no se enseñara la Biblia y que no se daría empleo público más que a cristianos que se declarasen tales⁹⁸⁹. Ante la justificación de estas medidas por parte de un funcionario, bajo el pretexto de que la tolerancia solo podía estar referida a la libertad de culto entre grupos cristianos que solo rindieran culto sobre los mismos fundamentos, MILL denunció en *Sobre la libertad* que la pretensión de que todos aquellos que no creyeran en la divinidad de Cristo estuvieran más allá del límite de la tolerancia, era una muestra de estupidez que no permitía esperar que la persecución religiosa hubiera desaparecido⁹⁹⁰.

Este ejemplo puede ser trasplantado a la sociedades actuales, en las que todavía cuesta encontrar el equilibrio entre las distintas manifestaciones de cultura presentes en su seno. Nuevamente, entonces, cobra sentido la búsqueda de un límite a lo tolerable, que no puede pasar sino por el resguardo de los derechos fundamentales. Una vez más, vemos a la tolerancia como límite a lo que merece reprobación y, por ende, castigo, que es lo que venimos sosteniendo en estas líneas.

En opinión de MILL, se debía “protestar contra la pretensión exclusiva que tiene una parte de la verdad de ser toda la verdad; y si un impulso reaccionario hace a los que protestan ser injustos a su vez, hay que lamentar esta unilateralidad, como la otra, pero ha de ser tolerada”⁹⁹¹, porque el verdadero mal no era la colisión entre partes de la verdad, sino la supresión silenciosa de la mitad de ella. En cambio, siempre habría esperanza si la gente era obligada a escuchar ambas partes⁹⁹².

Para MILL el principio de libertad se aplicaba no solo al ámbito del pensamiento, las creencias, las opiniones y los gustos, sino también al de las acciones, es decir, al de la libertad para obrar conforme aquellos: al hombre se le debía permitir llevar sus opiniones a la práctica de su vida, a su propia costa. Pero una vez más nos confronta aquí con la idea de *límite*, tan significativa para nosotros en este capítulo sobre tolerancia, en tanto sostenía que la libertad del individuo debía ser limitada, en tanto que sus acciones no podían perjudicar a otra gente (*harm principle*)⁹⁹³. Una vez más, el límite de lo tolerable, entonces, son los otros y –agregamos– en clave de sus derechos fundamentales. Es que el mismo MILL debió reconocer que muchas veces el ejercicio de la libertad y de los derechos individuales tocaba de algún modo a algún otro o algunos otros y eso debería ser tolerado por los riesgos propios de la vida comunitaria. Por eso era que el límite a lo tolerable pasaba por la afectación a bienes fundamentales de

⁹⁸⁹ El caso no está lejos de algunos ejemplos de jurisprudencia tratados en este capítulo sobre tolerancia religiosa en la escuela.

⁹⁹⁰ MILL; *Sobre la libertad*; p. 88; nota 22.

⁹⁹¹ MILL; *Sobre la libertad*; p. 114.

⁹⁹² Esto recuerda a la búsqueda de soluciones por vía dialogal a ciertos conflictos culturales de nuestros días, que han sido relevadas en el capítulo I. B), como por ejemplo las procuradas acerca de la propiedad de las tierras indígenas, la educación pluricultural o la justicia comunitaria.

⁹⁹³ MILL; *Sobre la libertad*; p. 120.

los demás o –como dice RUIZ SANJUÁN⁹⁹⁴– si eran transgredidos determinados principios fundamentales de justicia social.

En cuanto a la libertad de vivir conforme la propia individualidad, o sea: al margen del dictado de las tradiciones y costumbres de la parte mayoritaria de la sociedad, MILL destacaba positivamente el valor de lo que hoy llamaríamos pluralismo. Este era en su opinión, una característica de la naturaleza humana y no un principio regulador de la convivencia⁹⁹⁵, lo cual significaba un punto de vista novedoso. Según su punto de vista, así como era útil que existieran diferentes opiniones, también lo era que existieran diferentes maneras de vivir y que se diera libre alcance a la diversidad de caracteres, mientras no se perjudicara a otros. Era deseable que la individualidad se afirmara a sí misma, porque de lo contrario faltaría uno de los ingredientes fundamentales de la felicidad humana. No obstante, esto era muy difícil de apreciar por la sociedad, porque la mayoría de la gente estaba satisfecha con el modo en que la humanidad se había conducido hasta entonces y no podían comprender por qué ese modo de vida no debería ser lo bastante bueno para todos⁹⁹⁶.

SABINE destaca que para MILL no bastaba con permitir el individualismo y el juicio privado como si hubieran sido vicios tolerados, sino que una sociedad liberal debía atribuirles un valor positivo como elementos esenciales para el bienestar y como muestra de un elevado grado de civilización⁹⁹⁷. Con palabras sumamente modernas, expresaba que no era degradando hasta la uniformidad todo lo que fuera diverso en los hombres, sino cultivándolo y desarrollándolo, dentro de los límites impuestos por los derechos e intereses de los otros, como los seres humanos se convertían en objetos de contemplación nobles y bellos. En proporción al desarrollo de su individualidad, cada persona se hacía más valiosa para sí misma y, por tanto, podía ser más valiosa para los demás⁹⁹⁸. “Para dar libre juego a la naturaleza de cada uno, es esencial que a diferentes personas se les permita llevar vidas diferentes”⁹⁹⁹.

Si bien las palabras de MILL podrían llevar a una lectura lineal en términos de absoluto individualismo, reitero que hoy en día pueden tener capacidad de rendimiento para reemplazar la idea de individualidad por la de autodeterminación en térmi-

⁹⁹⁴ RUIZ SANJUÁN; *Estudio preliminar* en MILL; *Sobre la libertad*; p. 23.

⁹⁹⁵ MILL; *Sobre la libertad*; p. 46.

⁹⁹⁶ MILL; *Sobre la libertad*; p. 121, donde también dice: “[s]i se percibiera que el libre desarrollo de la individualidad es uno de los principios esenciales del bienestar, que no es solo un elemento coordinado con todo aquello que se designa con los términos civilización, instrucción, educación, cultura, sino que es una condición y una parte necesaria de todo ello, no existiría el peligro de que la libertad se infravalorase, y determinar los límites entre ella y el control social no presentaría tan extraordinaria dificultad. Pero el problema es que las formas comunes de pensar raramente reconocen que la espontaneidad individual tenga un valor intrínseco o merezca ser tenida en cuenta como tal”.

⁹⁹⁷ SABINE; *Historia*; p. 531.

⁹⁹⁸ MILL; *Sobre la libertad*; p. 129.

⁹⁹⁹ MILL; *Sobre la libertad*; pp. 129-130.

nos culturales. Es decir, pueden abrir la puertas a una propuesta de pluralismo, en tanto los individuos como tales o como miembros de grupos culturales tengan asegurado su derecho a vivir conforme sus costumbres y tradiciones y no según los de la parte más numerosa de la sociedad.

En aval de lo anterior, es dable destacar que las costumbres y tradiciones, de las que tanto desconfiaba MILL cuando eran las de la mayoría¹⁰⁰⁰, merecían otra consideración cuando se trataba de las de grupos minoritarios o individuos aislados. Así surge de manera prístina del siguiente pasaje: “[l]as tradiciones y costumbre de otra gente constituye, hasta cierto punto, una evidencia de lo que les ha enseñado a ellos la experiencia, y esta supuesta evidencia, como tal, tiene derecho a reclamar atención”¹⁰⁰¹.

En términos de costumbres de la sociedad de su época, a MILL lo desvelaba el hecho de que, en las sociedades de Occidente, la llamada sociedad de masas, estuviera logrando imponer la mediocridad como modelo de vida, que llevaba a los individuos a estar perdidos en la multitud. Destacaba que el “público”, a cuyas opiniones se daba el nombre de “opinión pública” no siempre era el mismo. Así, en Estados Unidos era la población blanca; en Inglaterra, la clase media; pero en todos los casos era una masa homogénea, o sea una mediocridad colectiva. Su preocupación pasaba a ser mayúscula al advertir que, por lo menos, en épocas pasadas, el público tomaba como referentes a dignatarios de la Iglesia o del Estado, en cambio ahora se dejaba conducir por la prensa, con lo cual la mediocridad era cada vez más acentuada.

Nótese la trascendencia que la imposición de las ideas, costumbres y cosmovisión de la sociedad de masas puede tener —y de hecho vemos en nuestros días que la tiene— a la hora de respetar y poder convivir con manifestaciones culturales disidentes, en el marco de sociedades plurales o que deberían aspirar a serlo:

[n]o hay ninguna razón para que toda existencia humana tenga que configurarse según un único modelo o un reducido número de ellos. Si una persona posee una cantidad suficiente de sentido común y de experiencia, su propio modo de disponer su existencia es el mejor, no porque sea el mejor en sí mismo, sino porque es su propio modo... ¿Por qué entonces la tolerancia, en lo que

¹⁰⁰⁰ “[L]as tradiciones están hechas para circunstancias tradicionales y para caracteres tradicionales, y las circunstancias y el carácter de una persona pueden no ser tradicionales (...) aunque las costumbres sean buenas en sí mismas y aplicables a una determinada persona, adaptarse a la costumbre simplemente porque es una costumbre no educa ni desarrolla ninguna de las cualidades que constituyen los atributos distintivos del ser humano. Las facultades humanas de percepción, juicio, sentimiento crítico, actividad mental, e incluso preferencia moral, se ejercen solo haciendo una elección. Aquel que no hace nada porque esa es la costumbre, no hace ninguna elección (...) Aquel que deja que el mundo, o la parte de este que le corresponde, elija su plan de vida por él, no necesita otra facultad que la de los monos, la facultad de imitar. Aquel que elije su plan él mismo, emplea todas sus facultades” (MILL; *Sobre la libertad*; p. 123).

¹⁰⁰¹ MILL; *Sobre la libertad*; p. 122.

respecta al sentimiento público, solo debería extenderse a los gustos y modos de vida que cuentan con la aquiescencia de la multitud de sus partidarios¹⁰⁰².

Para MILL, entonces, la sociedad de masas contribuía a coartar la libertad, única fuente inagotable y permanente de desarrollo humano, puesto que era la que ofrecía tantos posibles centros de desarrollo independientes como individuos había. Ese principio progresivo del hombre –característica que le permitía avanzar hacia a la libertad y hacia la plenitud de sus facultades– era incompatible –como ya se ha dicho– con el yugo de la costumbre, dominante y limitadora.

En efecto, consideraba que lo que explicaba el progreso logrado por las naciones europeas no era una excelencia superior constitutiva, sino su extraordinaria diversidad de carácter y cultura. La variedad de individuos, clases y naciones había permitido una multiplicidad de caminos, todos ellos valiosos. Sin embargo, en todas las épocas, cada grupo había sido intolerante con lo demás, deseando que todos hubieran seguido obligados a seguir su propio camino y modelo de vida. Sin embargo, los intentos de frustrar las opciones de los demás no dieron frutos permanentes, lo que a la larga permitió que cada uno pudiera recibir lo bueno que los demás tenían para ofrecer. A juicio de MILL, Europa le debía su desarrollo progresivo y multilateral a esa pluralidad de caminos. Pero la amenaza comenzaba a vislumbrarse: temía que se estuviera avanzando hacia el ideal chino de hacer a todo el mundo semejante¹⁰⁰³.

A eso contribuía la sociedad de masas y los medios de prensa, en virtud de los cuales los diferentes sectores sociales consumían, veían y vivían las mismas cosas, haciendo palpable la tendencia hacia la asimilación. En ese intento, la supremacía de la llamada opinión pública sobre el Estado cumplía un rol uniformador extraordinario, encarando una actitud hostil hacia la individualidad. Realmente, sus palabras acerca del declive cultural europeo por la pérdida de identidad individual contenían rasgos proféticos acerca de lo que en la posmodernidad llamamos *globalización*¹⁰⁰⁴.

No obstante –como ya se ha dicho– principio de la libertad o de la soberanía de la individualidad suponía para MILL un límite incuestionable que conectaba con

¹⁰⁰² MILL; *Sobre la libertad*; pp. 135-136.

¹⁰⁰³ MILL; *Sobre la libertad*; p. 141.

¹⁰⁰⁴ En efecto, parece describir un anticipo de lo que sería la globalización que borra fronteras y desdibuja culturas: “Las circunstancias que rodean a la diferentes clases e individuos, configurando su carácter, se están haciendo cada vez más similares. Anteriormente los diferentes estamentos, los diferentes vecindarios, los diferentes oficios y profesiones vivían en lo que se podrían llamar mundos diferentes. Actualmente viven en gran medida en el mismo mundo. Comparativamente hablando, ahora leen las mismas cosas, escuchan las mismas cosas, ven las mismas cosas, van a los mismos sitios, dirigen sus miedos y esperanzas a los mismo objetos, tienen los mismos derechos y libertades, y los mismos medios de afirmarlos. Por grandes que sean las diferencias de posición que todavía existan, no son nada comparadas con las que han dejado de existir. Y la asimilación sigue avanzando (...) En el proceso de generar una similitud general entre todas las personas existe un agente más poderoso que todos los que se han mencionado, que consiste en el completo establecimiento –en este y en otros países libres– de la supremacía de la opinión pública sobre el Estado” (MILL; *Sobre la libertad*; pp. 142-143).

“los demás”. En efecto, toda persona que recibía protección de la sociedad tenía que devolver algo a cambio de ese beneficio y era indispensable que cada uno tuviera que observar una línea de conducta hacia los demás. Esa conducta consistía en no perjudicar ciertos intereses de los otros que, por disposición legal expresa o por acuerdo tácito, fueran considerados derechos¹⁰⁰⁵. Esto último es importante porque también se encargó de destacar que los actos de un individuo podrían ser perjudiciales para otros, sin llegar al extremo de violar sus derechos, en cuyo caso podría ser pasible de una sanción social y moral, pero no de castigo legal¹⁰⁰⁶.

Los denominados deberes hacia un mismo, según MILL, no eran propiamente deberes y por eso mismo no eran socialmente obligatorios, sino que significaban respeto por uno mismo o desarrollo de uno mismo. El individuo no era responsable por ellos antes sus semejantes. Si alguien, por inclinación, desatino o negligencia arruinaba su vida, el resto solo podría aspirar al consejo, a la recomendación o a la persuasión, pero jamás a la obligación legal y mucho menos al castigo¹⁰⁰⁷. Incluso, cada quien sería libre de tomar distancia de quien tomara un camino de vida que inspirara rechazo personal, pero esa era una cuestión estrictamente privada o que, en todo caso, también conciernía a la libertad individual: la de aquel que decidiera alejarse¹⁰⁰⁸ y representaba, no un castigo, sino una consecuencia natural negativa de la acción perniciosa¹⁰⁰⁹.

Esta opinión, llevada a los conflictos multiculturales, puede explicar que no se pueda obligar al testigo de Jehová adulto, por ejemplo, a recibir un tratamiento médico que su conciencia lo lleva a rechazar. Claramente, no están comprometidos de manera directa derechos de terceros, por más que sus familiares y amigos puedan verse afectados dolorosamente por su decisión. En este caso, el derecho no está llamado a proteger esos afectos, sino la autodeterminación individual.

En cambio, si las consecuencias negativas del obrar personal recaían sobre terceros, la sociedad, como protectora de todos sus miembros, debía reaccionar frente a ella e imponerle una pena con el propósito de castigarla. Además, debía ocuparse de que el castigo fuera lo bastante severo. Eso se justificaba porque se salía del ámbito de la libertad, para entrar en el de la moralidad o el de la ley¹⁰¹⁰.

La novedad del aporte de MILL, en comparación con el liberalismo clásico precedente, radicaba en que su alegato no estaba dirigido al Estado, sino a la sociedad. *Sobre la libertad* pretendió ser un llamado de atención para lograr una opinión pública

¹⁰⁰⁵ MILL; *Sobre la libertad*; p. 145.

¹⁰⁰⁶ MILL; *Sobre la libertad*; p. 146. Ver también pp. 149-150.

¹⁰⁰⁷ MILL; *Sobre la libertad*; pp. 150-151.

¹⁰⁰⁸ Aunque MILL desaconseja el resentimiento y el abandono de quien toma caminos errados, sino que opta por sugerir la benevolencia, el acompañamiento y la persuasión, por sobre el rechazo y la intolerancia que lleva a tratar al resto como enemigos (MILL; *Sobre la libertad*; p. 151).

¹⁰⁰⁹ RUIZ SANJUÁN; *Estudio preliminar* en MILL; *Sobre la libertad*; p. 15.

¹⁰¹⁰ MILL; *Sobre la libertad*; pp. 151-152 y 154.

tolerante, que valorase las diferencias de punto de vista y que acogiera las ideas nuevas, creativas o disidentes como fuentes de descubrimiento. Como bien destaca SABINE, MILL no temía tanto al gobierno, sino a una mayoría intolerante frente a lo no convencional, que viera con suspicacia a las minorías divergentes, a quienes estuviera dispuesta a reprimir y reglamentar¹⁰¹¹. Desde esa perspectiva, el suyo fue un aporte original respecto a las viejas generaciones de liberales, quienes no habían advertido acerca de este peligro, sino que se habían enfocado en la relación entre el gobierno y el individuo.

Si se lo compara con el otro referente clásico cuyo pensamiento también hemos abordado –LOCKE–, se ha dicho que la doctrina de la intolerancia de MILL parecería más completa, desde el momento que explica no solo su inmoralidad, sino su irracionalidad¹⁰¹². Partiendo de la premisa de que los problemas de tolerancia son conflictos respecto de nuestras actitudes y reacciones frente a lo que consideramos incorrecto o desagradable, las discusiones sobre la libertad no necesariamente implican aquella nota. Por eso se ha destacado que si se justifica la libertad en razón del valor positivo de la pluralidad y de la autonomía –como hizo MILL– es necesario más que la neutralidad de LOCKE, quien solo estaba preocupado por la tolerancia de cara a las religiones disidentes. Este último buscaba argumentos en contra de la irracionalidad de la persecución intolerante frente a las creencias religiosas; en cambio, MILL sostenía una defensa positiva de la virtud de la tolerancia en sí misma, como factor que fortalecía y promocionaba la autonomía individual. Veía en el desarrollo progresivo de la autonomía y la autodeterminación personales un yelmo no solo frente a la ley intolerante, sino también frente a las actitudes sociales intolerantes.

En un discurso y una política de defensa de la libertad, no solo hay que proteger de injerencias indebidas, sino promover con acciones concretas distintas formas de vida, como condición necesaria para el ejercicio y desarrollo de la autonomía. En síntesis,

[s]i tratamos de disuadir actos de intolerancia, entonces, el argumento de la irracionalidad de Locke es poderoso. Si, por el contrario, tratamos de proporcionar los medios adecuados para el ejercicio de ciertos derechos, la tesis de MILL sobre la autonomía es uno de los caminos adecuados¹⁰¹³.

De lo que no cabe duda es de que el aporte de MILL en punto a la intolerancia nos deposita mucha más cerca de la concepción actual de pluralismo y respeto a las manifestaciones de vida diferentes a las encarnadas por los valores asumidos por la mayoría. Nos coloca muy cerca de la noción de derechos fundamentales y nos permite

¹⁰¹¹ SABINE; *Historia*; p. 531.

¹⁰¹² DE PÁRAMO ARGÜELLES; *Tolerancia*; p. 47 y 49.

¹⁰¹³ DE PÁRAMO ARGÜELLES; *Tolerancia*; p. 47.

reconocer que la tolerancia necesita límites, sin que por eso la sociedad y el Estado pasen a ser intolerantes.

II. B) 3. ii) La tolerancia en los autores contemporáneos.

En el ámbito de la filosofía política de los recientes años setenta y ochenta del siglo pasado alcanzaron el punto máximo los debates relativos a la forma de tratar – y a las consecuencias que se derivaban para el ordenamiento jurídico a partir de ese trato– el respeto a las diferencias socioculturales que convivían dentro del mismo Estado. El debate más encendido se dio en el seno de un movimiento que procuró dar respuesta al constructivismo kantiano y a sus consecuencias liberales, a las que se suele acusar de distorsionar o pervertir la ética a través de la formulación de legalismos universales que sustraen a los hombres de sus vínculos y circunstancias locales, despersonalizándolos y haciéndolos a-históricos, al concebirlos como seres descontextualizados, cuya historia, deseos y proyectos son completamente irrelevantes y quienes existen sin que importen los vínculos interpersonales ni la comunidad de la que forman parte¹⁰¹⁴¹⁰¹⁵.

La disputa característica de aquellos años estaba dada por el contrapunto trabado entre comunitaristas (como MACINTYRE, TAYLOR, SANDEL y WALZER, entre otros) y liberales (como RAWLS, DWORKIN, NINO y GARZÓN VALDÉS), a quienes se sumaron pensadores que asumieron posiciones de matices intermedios entre ambas corrientes (como RAZ y KYMLICKA)¹⁰¹⁶. Estos últimos, han procurado destacar las ventajas de defender desde una postura liberal el ejercicio de determinados derechos, pero sin desconocer la importancia que reviste para el individuo su pertenencia a un grupo étnico o particular¹⁰¹⁷. El estudio de estas posiciones es fundamental porque ambas tienen su propia concepción del multiculturalismo y, en consecuencia, de la tolerancia.

¹⁰¹⁴ NINO; *Ética*; p. 129.

¹⁰¹⁵ Vale la pena transcribir las palabras de MACINTYRE, al plantear sintéticamente este contrapunto, en un artículo referido al patriotismo como virtud: “*The presupposition (...) is an account of morality which has enjoyed high prestige in our culture. According to that account to judge from a moral standpoint is to judge impersonally. It is to judge as any rational person would judge, independently of his or her interests, affections and social position. And to act morally is to act in accordance with such impersonal judgments. Thus to think and to act morally involve the moral agent in abstracting him or herself from all social particularity and partiality. The potential conflict between morality so understood and patriotism is at once clear. For patriotism requires me to exhibit peculiar devotion to my nation and you to yours. It requires me to regard such contingent social facts as where I was born and what government ruled over that place at that time, who my parents were, who my great-great-grandparents were and so on, as deciding for me the question of what virtuous action is—at least insofar as it is the virtue of patriotism which is in question. Hence the moral standpoint and the patriotic standpoint are systematically incompatible*” (MACINTYRE; *Is patriotism a virtue?*; p. 5). Ver también MACINTYRE; *Tras la virtud*; pp. 311-313.

¹⁰¹⁶ RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; p. 56.

¹⁰¹⁷ Dice KYMLICKA que “el criterio que defiende difiere totalmente del criterio comunitarista, pese a que ambos afirman nuestra profunda vinculación con un determinado tipo de grupo social. Por lo ge-

En efecto, ya se ha comentado en el capítulo I. A), al explicar la tesis de las restricciones internas de KYMLICKA, que la doctrina habla de multiculturalismo comunitarista y de multiculturalismo liberal. Para el primer punto de vista, la identidad cultural radica en la pertenencia comunitaria, que es un elemento *dado* que el sujeto descubre. El individuo como ser intrínsecamente social tiene en ese dato todo lo que caracteriza y define su identidad. La vida comunitaria no es algo que se elija, sino un lazo que se descubre. En verdad, al margen de que reciba el nombre de multiculturalismo, sus detractores suelen acusarlo de que bajo el ropaje de una defensa multicultural, en verdad se embanderen en las filas del relativismo cultural.

Según SANABRIA MARTÍN, este modelo, al que también se ha denominado *multiculturalismo puro*,

es una doctrina según la cual toda comunidad cultural peculiar existente en el seno de una sociedad democrática tiene el derecho ilimitado a ser ella misma, incluso si sus principios son contrarios a la democracia. La propuesta del multiculturalismo es terminante: toda forma de integración esconde una asimilación, una aculturación, una pérdida de la cultura propia, entendiendo ésta en sentido tan amplio que incluye cualquier raza, religión, nacionalidad de origen, lengua, orientación sexual, tendencia o marginación voluntaria¹⁰¹⁸.

Con una mirada crítica a estas posiciones, agrega el autor que los partidarios del multiculturalismo en este sentido consideran intolerante a todo aquel que defienda otro punto de vista acerca de la diversidad, lo que lo lleva a preguntarse si “¿se es intolerante por no permitir sacrificios humanos, la ablación del clítoris, los malos tratos a la mujer, la esclavitud?”, a lo que responde rotundamente que no, porque hay normas y usos inmorales, en razón de que hay imperativos metajurídicos y metahistóricos¹⁰¹⁹.

Para el multiculturalismo liberal, en cambio, la importancia de la diversidad cultural será instrumental y se desprenderá de la libertad cultural. De ese modo, la di-

neral, los comunitaristas se ocupan de nuestra adhesión a los subgrupos nacionales –iglesias, vecindarios, familia, sindicatos, etcétera– y no tanto de nuestra adhesión al conjunto de la sociedad que comprende estos subgrupos. Y esta diferencia de alcance refleja una divergencia aún más profunda. Los comunitaristas buscan grupos que se definan por compartir una misma concepción del bien. Se esfuerzan en promover una “política del bien común”, mediante la cual los grupos puedan fomentar una concepción compartida del bien, aun cuando ello limite la capacidad de sus miembros individuales para revisar sus fines. Creen que las personas tienen un vínculo “constitutivo” con los valores del grupo al que pertenecen, y que limitar los derechos individuales para fomentar los valores compartidos no causa perjuicio alguno” y, para reforzar su absoluta distancia de aquella corriente de pensamiento, se define opositor “a las políticas comunitaristas a nivel subnacional. Impedir que las personas cuestionen sus roles sociales heredados puede condenarlas a una vida insatisfactoria e incluso opresiva”. Desde su punto de vista, la cultura nacional –capaz de proporcionar a la gente un contexto de elección significativo, sin limitar su capacidad para cuestionar determinados valores y creencias– es la base adecuada para desarrollar una política liberal. En efecto, la nación es el ámbito más adecuado para que los individuos, libres e iguales, puedan ejercer sus derechos, puesto que su cultura social es el espacio más valioso para ellos (*Ciudadanía*; pp. 131-132 y *Estados, naciones y culturas*; pp. 64-74).

¹⁰¹⁸ SANABRIA MARTÍN; *Inmigración y cultura*; p. 191.

¹⁰¹⁹ SANABRIA MARTÍN; *Inmigración y cultura*; p. 192.

versidad cultural será consecuencia de dicha libertad; ésta siempre prevalecería como derecho y la autonomía individual deberá ser siempre su expresión.

Se ha definido al multiculturalismo liberal como

un amplio conjunto de políticas diseñadas para garantizar un cierto grado de reconocimiento público, apoyo o acomodación a grupo anticulturales no dominantes... en el que el Estado-nación constituye un marco de convivencia en el que individuos de distintos orígenes comparten valores comunes que permiten el funcionamiento conjunto de la sociedad, pero donde no se espera que los inmigrantes y sus posteriores generaciones cambien su cultura original, porque esa cultura es positivamente valorado al asumir que cada grupo tiene algo que ofrecer y que aprender de los otros¹⁰²⁰.

NINO, enarbolando la bandera liberal, destaca que la posición de los comunitaristas no es novedosa, sino que la historia ha dado muestras de ella con anterioridad, incluso con manifestaciones de patriotismo a las que califica de patológicas. A su juicio, el liberalismo kantiano había sido una respuesta a ese enfoque¹⁰²¹.

Como es imposible efectuar aquí un desarrollo acabado de toda esa discusión, que es del resorte de la filosofía política y jurídica, bastará con efectuar una síntesis a partir de la gran divisoria de aguas que marcan las líneas rectoras de los pensamientos de KANT y HEGEL. Es que el tema tampoco se puede pasar por alto por dos motivos. El primero, porque en lo que hace a este capítulo, los comunitaristas más relevantes también se han ocupado de la tolerancia. El segundo, porque más adelante será importante tener en claro el perfil de ambos discursos, a la hora de abordar el ríspido problema del universalismo (o no) de los derechos humanos.

Sabido es que para KANT el concepto de razón es puramente formal y universal, lo cual es criticado por HEGEL, en tanto ese carácter no podría fundar ni dar contenido a una obligación moral. La idea kantiana es, para HEGEL, incompatible con la noción de que el único contenido válido de la obligación moral está dado por la *moralidad (Sittlichkeit)* de la sociedad a la que se pertenece; además, acusa a aquella concepción de la moral de haber perdido de vista que los individuos son parte de una reali-

¹⁰²⁰ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 57.

¹⁰²¹ NINO; *Ética*; p. 130. El hecho de que el planteo comunitarista no sea novedoso surge también de un interesante pasaje en el cual BERTONI, explica que, hacia fines de 1830, había comenzado a surgir en Europa una concepción de nación de cuño romántico, diferente a la derivada de los principios de la Revolución Francesa y a la que era propia del *ius gentium*. Esta postura, entroncada con las ideas opuestas a los ideales de la Ilustración que habían surgido a finales del siglo XVIII, se caracterizó por ser contraria al universalismo y por valorar la singularidad cultural de un pueblo. Con cita de la propuesta que FICHTE hizo para Alemania, BERTONI señala que la nación fue definida como “una entidad cultural”, por lo que se propuso para el pueblo germano, durante la ocupación francesa de Prusia, “un programa de educación nacional y exaltación de la cultura alemana cuya singularidad estaba en la lengua, viva y creadora, que penetraba toda la vida del pueblo alemán. Esta concepción se desarrolló en los trabajos de artistas, ensayistas y políticos. El pueblo-nación fue concebido como un ser vivo o espíritu que mantiene constante su esencia a través del tiempo: superior a los individuos e independiente de sus decisiones, se revelaba a través de la lengua, las costumbres y los mitos transmitidos de generación en generación” (*Patriotas*; pp. 26-27).

dad más amplia, por lo que opone lo justo a lo real. Así, mientras que para KANT la moral es individual; para HEGEL, es comunitaria.

Al respecto, NINO señala que es este aspecto en el que HEGEL objeta al liberalismo, cuyas intuiciones básicas implican que las obligaciones universales prevalezcan sobre las contingentes determinadas por la pertenencia a una determinada sociedad. HEGEL invierte ese orden de cosas, al considerar que la completa realización de la libertad necesita de una comunidad, que es la mínima realidad humana autosuficiente¹⁰²².

Consecuente con esa idea, HEGEL rechaza otro postulado rector legado por el Iluminismo: la concepción del Estado como un instrumento para la realización de los fines individuales. El Estado no es un ente distinto a los individuos que lo componen, sino que aquel y estos forman un todo orgánico en el que ninguno es medio y ninguno es fin. TAYLOR resume esto en la idea de que somos lo que somos porque estamos en una comunidad cultural¹⁰²³.

Acercándonos a la discusión actual, las ideas de HEGEL han sido retomadas por los autores comunitaristas. Dicho de modo muy sintético, el comunitarismo engloba a un grupo de autores que efectúa una reformulación de la moral liberal o racionalista, interpretando que esta es el producto de pautas nacidas, practicadas y aprendidas dentro de la cultura de una sociedad particular, es decir históricamente real, que no es otra que aquella a la que el sujeto pertenece. La moral así entendida solo tiene sentido dentro de esa particular comunidad, puesto que, es partir de aquellas pautas que se configura el punto de vista moral, que resulta constitutivo y motivacional para el individuo. Tal moral de matriz comunitaria entraña la consecuencia de que los deberes hacia el grupo prevalezcan por sobre todos los demás deberes y derechos. RUIZ MIGUEL ha afirmado que estas características permiten distinguir dos rasgos básicos del comunitarismo que son, en primer lugar, la idea aristotélica de preeminencia del todo por sobre las partes, es decir de la comunidad por sobre los individuos que la conforman, que recoge la herencia de HEGEL del sometimiento del ciudadano al Estado, en oposición a las propuestas liberales y al iusnaturalismo racionalista en las que el Estado es el que se subordina a los derechos e intereses de los individuos. El otro rasgo específico es la creencia de que las sociedades humanas son diversas y están sometidas a pautas culturales específicas que determinan pautas morales solo obligatorias al interior de ellas¹⁰²⁴.

¹⁰²² NINO; *Ética*; p. 131; con cita de TAYLOR.

¹⁰²³ TAYLOR, Charles; *Hegel*; Cambridge; 1977; citado por NINO; *Ética*; p. 131.

¹⁰²⁴ RUIZ MIGUEL; *Derechos humanos y comunitarismo*; p. 97.

Lo dicho evidencia la relevancia de estas dos corrientes de pensamiento de cara al abordaje de la diversidad cultural. Ello lo grafica muy bien el contrapunto que marca VÁZQUEZ GONZÁLEZ¹⁰²⁵ respecto del pensamiento de Ch. TAYLOR y de HABERMAS. El primero hace una defensa de las políticas de reconocimiento diferenciado de las culturas minoritarias, frente al reconocimiento igualitario de los individuos pertenecientes a esas culturas, por el que toma posición el segundo. Desde el punto de vista de HABERMAS, la legitimación constitucional del derecho de ciertos grupos a disfrutar de un tratamiento diferenciado, en el sentido de TAYLOR, equivaldría a contradecir la esencia de las democracias liberales y comunidades modernas. Ello así por cuanto es de la esencia del liberalismo que la esfera pública debe mantenerse neutral y atribuir derechos individuales de manera igualitaria, mientras que en la esfera privada sí tiene relevancia la identidad cultural, en tanto no resulte contraria a los principios liberales universales. Lejos de la neutralidad liberal, el comunitarismo postula políticas estatales intervencionistas, que establezcan garantías y estatutos especiales en defensa de la salvaguarda de la existencia y particularidad de los grupos minoritarios, vulnerables ante la imposición cultural de la mayoría¹⁰²⁶.

En este punto hacemos una digresión para señalar la relevancia que tienen, a nuestro juicio, posiciones intermedias como la de KYMLICKA que, desde una matriz liberal, rescata la importancia del multiculturalismo y sus políticas, como forma también de realizar los ideales del hombre. VÁZQUEZ GONZÁLEZ ha definido a estos caminos eclécticos como “un liberalismo con sensibilidad comunitarista y al mismo tiempo alejado de esencialismo identitarios”¹⁰²⁷. Desde la experiencia argentina de reconocimiento de los derechos colectivos de las naciones indígenas, al que tantas veces hemos hecho referencia en estas páginas, debemos decir que no vemos que haya significado mella alguna al ideario liberal de nuestra Constitución. En efecto, todos los postulados dogmáticos sobre declaraciones, derechos y garantías –que no han sufrido reforma alguna desde 1853, cuando fueron plasmados por vez primera– no han sufrido merma alguna por la inclusión de los derechos de los pueblos originarios. Sería imposible sostener que la Constitución Nacional argentina fuera hoy menos liberal que antes del reconocimiento de aquellos derechos colectivos relativos a la identidad cultural indígena.

Entre los comunitaristas, uno de los más férreos críticos del liberalismo kantiano es SANDEL¹⁰²⁸. Rechaza la idea de KANT según la cual la justicia es anterior a

¹⁰²⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; pp. 49-50.

¹⁰²⁶ Ver SANDEL; *Justicia*; pp. 280-2802 y 295 y ss.

¹⁰²⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 50.

¹⁰²⁸ Para la síntesis del pensamiento de SANDEL, se sigue a NINO; *Ética*; pp. 131 y ss. No obstante, su concepción sobre la justicia y la vida buena –en la que destaca su inspiración comunitarista–, que

toda otra idea moral o política, ya que una sociedad formada por una pluralidad de individuos y concepciones de lo bueno solo es valiosa en la medida que esté ordenada sobre principios universales de lo justo, que no se apoyen o presupongan algún concepto particular de lo bueno. Para SANDEL, es inadmisibles que los principios de justicia sean derivados con independencia de cualquier concepción de lo bueno y que se los pueda inferir con prescindencia de la satisfacción de algún fin individual o social. En opinión de SANDEL, la doctrina kantiana concibe un yo descarnado, disociado de sus deseos e intereses, de los otros individuos y de la sociedad.

En la concepción de SANDEL, es falso que la justicia prevalezca en todas las sociedades, sino solo en aquellas en las que a falta de suficiente benevolencia y fraternidad, se suscitan conflictos que deben ser enmendados por aquella. Así la justicia es una virtud remedial, a la que se apela cuando otras virtudes fallan. Por eso, más justicia no es sinónimo de mayor moralidad social.

Creemos que esta prieta síntesis de las ideas de uno de los más conspicuos pensadores del comunitarismo, puede hacer de enlace para lo que vendrá seguidamente, al profundizar en los aportes más actuales sobre tolerancia.

Lo cierto, entonces, es que, a partir de aquellas ideas madre de KANT y de HEGEL, la discusión se ha planteado con intensidad en el escenario las filosofías política y jurídica de las últimas décadas y tiene como eje el punto de partida para el ejercicio de los derechos: la comunidad, para unos; el individuo, para otros. Ello se explica porque lo que está en juego es la justificación de la existencia de derechos colectivos, de un lado, o si todo el problema puede ser reducido a la existencia de derechos individuales y si la defensa de las minorías puede articularse adecuadamente con su vigencia. De modo que la pregunta clave es cuál es el mejor modo de proteger a las minorías¹⁰²⁹.

Como bien señala RUIZ MIGUEL¹⁰³⁰, esta discusión no es meramente académica, sino que importa hacer una opción práctica en el pensamiento occidental, que permita tomar medidas urgentes y capitales, de cara a la realidad histórica de un mundo en el que reinan las tensiones entre pueblos ricos y pobres.

A continuación, se relevarán las posiciones de los exponentes de estas corrientes, que entendemos más significativas en materia de tolerancia.

lo lleva a rechazar tanto los enfoques utilitaristas como los liberales, puede consultarse en SANDEL; *Justicia*; p. 295 y ss.

¹⁰²⁹ RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; p. 56.

¹⁰³⁰ RUIZ MIGUEL; *Derechos humanos*; p. 96.

α. WALZER: tolerancia y modelos políticos.

Aunque el tema sea un clásico de la filosofía política, de la filosofía jurídica y del derecho constitucional, nos parece que un buen comienzo para entrar de lleno en la cuestión de Estado y tolerancia en términos modernos es explorar el aporte de WALZER sobre la cuestión. En efecto, no solo su contemporaneidad lo hace un referente de peso en el tema, sino muy especialmente la circunstancia de que se haya preocupado por la problemática de la convivencia de las minorías culturales o de pertenencia en distintos regímenes políticos y, en particular, en las actuales sociedades inmigrantes engarzadas en los estados soberanos tal como hoy son entendidos.

Tratándose de un pensador comunitarista, es lógico que la tolerancia sea una de sus preocupaciones. Pero poder comprender desde dónde se pronuncia, es importante señalar que este autor, en razón de su pertenencia a la referida corriente, considere que preguntas tales como cuál es el sentido y propósito de nuestra comunidad o sociedad real o cuáles son la estructura y el gobierno apropiados para nuestra sociedad podrán recibir tantas respuestas correctas como comunidades existan (en caso de que pueda haber alguna respuesta correcta, cosa que pone en duda)¹⁰³¹.

Sin embargo, ante el contrapunto que significa ese punto de vista con el que tradicionalmente ha difundido el pensamiento filosófico liberal en términos de convulsiones y principios universales, observa que se puede dificultar asignar valor al particularismo y al pluralismo. Admite que la decisión puede ser compleja. El pluralismo implica una gama de instancias, de opiniones, de estructuras, de regímenes, de políticas con relación a cada una de las cuales es probable que la gente se siente de un modo diferente. Se puede apreciar la idea de “gama” y sin embargo sentirse consternado por muchas de sus instancias, ante lo cual se puede procurar algún principio de exclusión. En su opinión, la mayor parte de los pluralistas son, en rigor, pluralistas limitados por cotos que definen desde principios universales. De cara a este tipo de posturas, WALZER afirma que es posible interpretar que solo les agrada la “variedad” o que a lo mejor todavía no están listas para decidir sobre todos los casos conflictivos o que son tolerantes o que son indiferentes. O que –agrega una opción más– que tienen un punto de vista instrumental que los lleva a considerar que muchos experimentos sociales llevarán un día muy lejano a una única verdad. Para postura de este tenor, que se sitúan desde una mirada exterior de la realidad, el pluralismo siempre será un valor incierto. En cambio, la mayor parte de la gente está *dentro* de sus propias comunidades y aprecian sus opiniones y convenciones. Llegan al pluralismo a través de un acto de

¹⁰³¹ WALZER; *Philosophy*, p. 393.

empatía o de identificación, al reconocer que otras personas tienen sentimientos como los suyos¹⁰³².

Yendo específicamente a la cuestión de la tolerancia y siempre hablando en términos de grupo, WALZER aborda la cuestión de las diferencias culturales, religiosas o de modo de vida, en aquellos casos en los que los “otros” no son participantes de la vida social; no toman parte en un juego común y no hay necesidad intrínseca de la existencia de la diferencia. Este último punto nos parece medular para comprender las dificultades que ofrece esta clase de convivencia, porque, como dice el propio WALZER, incluso una sociedad liberal no requiere una multiplicidad de grupos étnicos o de comunidades religiosas; tampoco cualquiera de estos grupos requiere a alguno o a todos los demás¹⁰³³. Creemos que esa ausencia de necesidad determina gran parte de las dificultades de la pluralidad social, en tanto muchos sujetos pueden preguntarse –y de hecho creemos que lo hacen– por qué tienen que “soportar” (no ya tolerar) la presencia del diferente o, mejor dicho, la diferencia del diferente en su vida diaria. Esa sutileza no es menor, en tanto se verifica en nuestras sociedades que algunos sujetos reacios a tolerar lo distinto, estarían dispuestos o serían más permeables al “otro” si este se asimilara a los parámetros culturales mayoritarios, difuminando precisamente las cualidades que lo distinguen.

Al describir la realidad de las minorías, WALZER destaca que el objetivo primario de estas es sostener su modo de vida entre sus propios miembros, reproduciendo su cultura y su fe en las sucesivas generaciones. Desde ese punto de vista, están focalizadas hacia adentro. Pero, al mismo tiempo, requieren de algún tipo de espacio social expandido, es decir hacia fuera del grupo, a los efectos de reunirse en asambleas, practicar el culto, debatir, celebrar sus festividades, brindar ayuda social, dar y recibir educación, entre otros¹⁰³⁴.

Ante la presencia de estos grupos de “otros”, WALZER se pregunta qué significa “tolerarlos”. A este interrogante, responde afirmando la existencia de por lo menos tres niveles distintos de tolerancia, que son actitudes o estados de ánimo posibles y presentes, todos ellos, en la actualidad, conforme la idiosincrasia de cada sociedad. En nuestra opinión, no parece que el último de dichos estados –que conforme WALZER los presenta, sería el más evolucionado de los tres– haya desterrado por completo a los anteriores. Desde nuestro punto de vista, más bien parece que casi to-

¹⁰³² WALZER; *Philosophy*; p. 394.

¹⁰³³ WALZER; *The Politics*; p. 166: “My concern here is with toleration when the differences at stake are cultural, religious—way-of-life differences—when the others are not fellow participants and there is no common game and no intrinsic need for difference. Even a liberal society does not require a multiplicity of ethnic groups or religious communities; nor do any of the groups require any or all of the others”.

¹⁰³⁴ WALZER; *The Politics*; p. 166.

das las sociedades occidentales actuales pueden reconocerse en esos tres niveles de tolerancia, según cómo sea el “otro” frente a quien se esté pensando o cuál sea la situación concreta generadora de un conflicto cultural y su mayor o menor nivel de aceptación por parte de la mayoría.

La primera actitud es la propia de los orígenes de la tolerancia religiosa en los siglos XVI y XVII. Se trata de la mera aceptación resignada de la diferencia, por el bien de la paz social¹⁰³⁵. La gente se mata durante años, hasta que, felizmente, sucumbe al agotamiento y llama a esto “tolerancia”. Un segundo estado de ánimo posible es la adopción de una actitud pasiva, relajada, benignamente indiferente, que WALZER resume en la frase en inglés equivalente a “hay de todo en la viña del Señor” (*“It takes all kinds to make a world”*¹⁰³⁶). Estas manifestaciones de tolerancia refieren a la actitud del Estado para con el otro, independientemente de que los miembros de los distintos grupos sean realmente tolerantes entre sí¹⁰³⁷.

La tercera posibilidad que advierte, al contrario de las anteriores, expresa apertura a los demás, curiosidad, respeto, predisposición para escuchar y aprender. Y, más allá de todo eso, se caracteriza por una entusiasta aprobación de las diferencias. Se tratará –según el mismo autor– de una aprobación estética, si la diferencia es concebida como representación cultural de la grandeza y diversidad de la creación de Dios o de la naturaleza, o de una aprobación funcional, si la diferencia es vista como una condición necesaria del desarrollo humano, que ofrece a los hombres y mujeres individuales las opciones que dan sentido a su autonomía.

Es justamente en este punto, en el que WALZER –quien sin dudas prefiere esta tercera actitud de tolerancia por sobre las otras dos– se pregunta cómo puede “tolerarse” aquello que en verdad “se aprueba”. Su razonamiento es el siguiente: quien quiere que los otros estén aquí, en esta sociedad, viviendo en común, no tolera, sino que apoya, respalda. Sin embargo –continúa–, puede suceder que alguien no apruebe esta o aquella versión de otredad. Bien puede preferir alguna otra, cultural o religiosamente más próxima a las propias prácticas y creencias o –por qué no– más distante o exótica, que no represente una amenaza competente. En ese contexto, le parece correcto afirmar que, a pesar de que se apruebe la noción de diferencia, se puede *tolerar* ciertas diferencias en particular. Remata esta idea remarcando que siempre habrá gente, en cualquier sociedad democrática, por muy afianzado que sea el compromiso con

¹⁰³⁵ Era esta también la idea que primaba en las fuentes clásicas del derecho canónico, en las que tolerar no significaba aprobar. Según ROCA, se toleraba lo ilícito para evitar un mal mayor y ésta era la llamada permisión comparativa –no aprobativa–, pero se la llamaba tolerancia, en lugar de permisión. El canon correspondiente los sintetizaba en la expresión “lo que permitimos no lo aprobamos” (ver ROCA; *La tolerancia*; pp. 36 y 39).

¹⁰³⁶ WALZER; *The Politics*; p. 166.

¹⁰³⁷ WALZER, *On Toleration*; p. 157.

el pluralismo, para quien determinadas diferencias culturales serán muy difíciles de tolerar. Para WALZER, la gente que acepta esta clase de diferencias, aún con dificultades, no deja de poseer la virtud de la tolerancia¹⁰³⁸.

En este punto, corresponde mencionar que, desde el punto de vista de la configuración social, WALZER releva distintas manifestaciones de la virtud de la tolerancia según la diferente organización geopolítica. En ese sentido, destaca cuatro tipos de modelos de sociedad tolerante, de acuerdo a los siguientes regímenes políticos propios de cada momento histórico: estado imperial, comunidad internacional, estados nacionales y sociedades inmigrantes¹⁰³⁹. Seguidamente, por ser lo que interesa a este trabajo, retomaré su aportación en lo que hace, sobre todo, a los estados-nacionales antecesores de los actuales y a las sociedades inmigrantes; en cambio, solo aludiré a lo indispensable en lo que hace a los otros modelos. De lo contrario, se excederían las pretensiones de este trabajo, que procura una respuesta a los conflictos penales actuales.

Aclarado lo anterior, debe señalarse que, hoy en día, las dificultades en materia de tolerancia –me refiero a los conflictos en punto a la tensión entre una creciente aceptación de lo diferente, pero engarzada en un simultáneo marco de rechazo a algunos individuos o expresiones de lo culturalmente distinto–, son comunes a todo el mundo o, por lo menos, al mundo occidental. Es que como remarca WALZER, las poblaciones de la mayoría de los Estados que componen actualmente la comunidad internacional carecen de homogeneidad nacional, étnica o religiosa. La homogeneidad como tal es inexistente; solo significa que un solo grupo dominante organiza la vida en común de un modo que refleja su propia historia y cultura y pretende conducir la historia y reproducir esa misma cultura¹⁰⁴⁰. En este sentido, los Estados-nacionales de nuestra época no son neutrales¹⁰⁴¹; pero, al mismo tiempo, dado su carácter liberal y democrático, pueden tolerar a las minorías.

¹⁰³⁸ WALZER; *The Politics*; pp. 166-167.

¹⁰³⁹ WALZER; *On Toleration*; p. 158.

¹⁰⁴⁰ "Homogeneity is rare, if not non-existent, in the world today. It means only that a single dominant group organizes the common life in a way that reflects its own history and culture and, if things go as intended, carries the history forward and reproduces the culture" (WALZER; *The Politics*; p. 169).

¹⁰⁴¹ Aquí WALZER marca un contrapunto con la época imperial (Persia, Egipto, Roma), en la que el Imperio era neutral respecto de las comunidades pertenecientes a una cultura minoritaria, que gozaban de autonomía o semiautonomía, que habitaban regiones determinadas. Permitía que cada grupo viviera en su comunidad con sus propias costumbres y cultura, en tanto se pagaran los tributos y se preservara la paz social. En esas condiciones, el Estado imperial era neutral o equidistante de todas las minorías culturales que habitaban sus confines. Con políticas de ese tenor, el Imperio obligaba a esos grupos a tener una única identidad étnica o religiosa. Ver WALZER; *On Toleration*; p. 157 y *The Politics*; pp. 167-168. Sin embargo, destaca que en los actuales Estado-nación hay menos espacio para tolerar las diferencias culturales, lo que se explica en razón de que las minorías y la mayoría viven juntas; en cambio, en los imperios multi-nacionales, los grupos habitaban dentro de los límites de su respectiva comunidad autónoma (*The Politics*; p. 170). Según el autor, a pesar de no ser ni liberal ni democrático, el régimen imperial autocrático (que en la historia ha alcanzado ejemplos brutalmente represivos: Babilonia e Israel; Roma y Cartago; España y el Imperio Azteca; Rusia y Tartaria)

Bien destaca WALZER, en sintonía con lo que ya hemos esbozado en el primer capítulo de este trabajo, que en los Estados-nacionales liberales y democráticos, o sea los actuales, la tolerancia no está referida a grupos, sino a integrantes de grupos, a quienes se concibe primero como ciudadanos y luego como miembros de alguna minoría. Conforme la primera condición, tienen los mismos derechos y obligaciones que los demás y se espera de ellos que se comprometan positivamente con la cultura política de la mayoría. De acuerdo a la segunda, se les permite formar asociaciones voluntarias, organizaciones de fomento y ayuda mutua, escuelas privadas, editoriales, etc., pero no están autorizados a tener una existencia corporativa o a ejercer jurisdicción legal sobre sus compañeros de la comunidad. La religión, la cultura y las historias minoritarias son competencia del llamado colectivo particular, respecto del cual el colectivo público, el propio Estado, es siempre suspicaz. En ese contexto, cualquier pretensión de exteriorizar la cultura minoritaria en público es probable que produzca inquietud entre la mayoría. Tal, la controversia suscitada en Francia respecto del uso del velo musulmán en las escuelas públicas. Remarca WALZER que si bien no hay coerción propiamente dicha sobre los individuos, sí se ejerce presión para que se asimilen a la nación mayoritaria –él la llama “dominante”– por lo menos en lo que concierne a las prácticas públicas. Dicha presión, hasta no hace mucho tiempo, había sido relativamente exitosa¹⁰⁴².

Es muy interesante la cuestión de la lengua, por la significación identitaria que importa. WALZER subraya que se trata de un área en la que se observa la referida presión sobre las minorías para lograr la asimilación al colectivo mayoritario. Apunta que la mayoría insiste en que todas las minorías aprendan y empleen la lengua de la nación dominante¹⁰⁴³, por lo menos en los asuntos públicos; solo toleran las lenguas o dialectos de origen en tanto se limiten al ámbito familiar o al ejercicio del culto¹⁰⁴⁴. Las minorías, de tener fuerza suficiente y sobre todo si están arraigadas territorialmente, procurarán la legitimización de la propia en escuelas, documentos públicos, señalización pública. En ocasiones, logran que alguna de las lenguas minoritarias sea reconocida como una segunda lengua oficial. Es de destacarse que, a pesar de la resistencia de los puristas del idioma, los conciudadanos integrantes del colectivo dominante suelen tener bastante apertura a la incorporación de términos y a la modificación del lenguaje

ha sido históricamente el más exitoso a la hora de incorporar diferencias y facilitar la coexistencia pacífica (*On Toleration*; p. 157). Como ejemplos emblemáticos de multiculturalismo imperial, WALZER propone los interesantes casos de Alejandría y del Imperio Otomano (*On Toleration*; pp. 157-158).

¹⁰⁴² WALZER; *On Toleration*; 160 y *The Politics*; p. 170.

¹⁰⁴³ Recordar el caso de los menonitas en Argentina, citado en el capítulo I. B).

¹⁰⁴⁴ Ello obedece al hecho de que, para muchas naciones, la lengua es un factor de unidad, ya que se fueron conformando, en buena medida, a partir de un proceso de estandarización lingüística, en el que los dialectos regionales fueron obligados a dar paso al dialecto central, del que derivó la lengua del Estado (ver WALZER; *On Toleration*; p. 160).

proveniente de la interacción con las minorías, lo cual es una muestra de tolerancia en sí mismo.

Un rasgo muy característico es que, al tiempo que las minorías entendidas como colectivos no son toleradas en ese carácter o lo son en menor medida, el Estado fuerza a sus súbditos a ser más tolerantes con los individuos que las componen. De hecho, el mismo Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a los individuos que conforman la minoría, pero no al colectivo en sí mismo; el único colectivo en el que repara la norma es la mayoría nacional¹⁰⁴⁵.

Ahora bien, dado que los miembros de la minoría tolerada también son ciudadanos, con derechos y obligaciones, las prácticas del grupo están sometidas al escrutinio de la mayoría¹⁰⁴⁶. No obstante, variadas diferencias, sobre todo de índole religiosa, han sido conservadas exitosamente en Estados liberales y democráticos. Según WALZER, las minorías hacen bien en mantener la cultura común, precisamente porque se encuentran bajo la presión de la mayoría nacional. Ello así por cuanto, si bien algunos individuos logran asimilarse bien a la mayoría o incorporar paulatinamente su estilo de vida, al punto de fusionarse ellos y sus descendientes con la cultura de acogida, la mayor parte de los miembros de grupos minoritarios –destaca– sufren en extremo estas auto-transformaciones, que suelen resultar humillantes. Por eso tratan de aferrarse a sus propias identidades y a otros hombres y mujeres con los que se identifiquen¹⁰⁴⁷. No obstante, para que el grupo logre la cohesión de sus miembros y que estos opten por permanecer, sus doctrinas deben resultar persuasivas; su cultura, atractiva y su sentido de pertenencia, liberal y latitudinaria. De lo contrario, solo restaría una actitud sectaria posible, pero a riesgo de perder miembros¹⁰⁴⁸.

Por el propio contexto ya explicado, WALZER destaca –y esto entendemos que puede resultar de relevancia a la hora de que el derecho penal comience a perfilar los límites de aquello que estará dispuesto a tolerar– que las minorías nacionales son los grupos más propensos a encontrarse en situación de riesgo. Si se concentran territorialmente, serán sospechados, quizás con razón, de albergar la esperanza de un Estado propio. En tiempo de guerra, su lealtad al Estado será puesta en tela de juicio. Nuevamente, la tolerancia merma cuando las minorías aparentan ser peligrosas¹⁰⁴⁹. En consecuencia, estimamos que el legislador penal debe ser cauteloso a la hora de crear tipos penales, como exclusiva forma –si bien disfrazada– de discriminar o consagrar la

¹⁰⁴⁵ “Artículo 27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

¹⁰⁴⁶ WALZER; *The Politics*; p. 170.

¹⁰⁴⁷ WALZER; *The Politics*; p. 170.

¹⁰⁴⁸ WALZER; *On Toleration*; p. 160.

¹⁰⁴⁹ WALZER; *The Politics*; p. 170.

intolerancia ante manifestaciones culturales que no importe peligro para ningún bien jurídico, sino que sean solas expresiones de pertenencia comunitaria.

Ahora bien, los modelos de tolerancia propuestos por WALZER según los modelos históricos estereotípicos de los imperios y de los Estados-nacionales son los propios, conforme parece surgir de las referencias históricas a las que apela, de aquellos países que albergan en su seno minorías preexistentes a la consolidación del Estado. Si se piensa en el Imperio Romano, en el Otomano o en el Soviético, a los que el autor alude expresamente, se reparará en que iban incorporando a sus confines territorios conquistados, con su respectiva población. Así, se veían obligados a decidir cómo convivir y tolerar la cultura de cada nuevo pueblo que pasaba a integrarlo. Otro tanto ocurrió en los Estados-nacionales, que adoptaron ese formato político, con la población que ya conformaba previamente el consorcio de principados que el Estado aglutinó.

En nuestra opinión, similar situación es la que se verifica en los actuales Estados de América Latina respecto de los pueblos originarios asentados desde antes de la llegada de los colonizadores, a partir del siglo XV. En algunos países de la región –como se ha visto– el reconocimiento de la propiedad de las tierras ancestrales de los nativos y el ejercicio de la jurisdicción remiten en alguna medida a la autonomía territorial que los Estados imperiales garantizaban a las culturas minoritarias, relevada por WALZER, sin poder equipararse en absoluto. En efecto, la autonomía propiamente dicha no es posible, precisamente porque el Estado nacional se reserva el monopolio político, institucional y jurídico, que no admite un reconocimiento a tal extremo del régimen ajeno. Todos son ciudadanos de un mismo Estado, sujetos exclusivamente a las reglas de este, aun cuando se les reconozcan derechos preexistentes al propio Estado.

De todas formas, la anterior no es la única manera de tolerancia posible. Según sea la época histórica que se examine o el tipo de costumbre en cuestión, se verificará un distinto nivel de aceptación. Ya hemos dicho más arriba –y el propio WALZER lo explicita– que no toda diferencia puede ser aceptada por todos, con igual intensidad y predisposición. A lo que suman, claro está, los niveles de intensidad crecientes que la tolerancia ha ido experimentando con el devenir histórico y el desarrollo social y jurídico.

Sin embargo, según WALZER, a los modelos de coexistencia y tolerancia propios de los imperios, la comunidad internacional y los Estados-nacionales, hay que sumar uno más¹⁰⁵⁰: el de la sociedad inmigrante¹⁰⁵¹ de nuestros días. Recuérdese que

¹⁰⁵⁰ En rigor, los modelos son cinco y se corresponden con: a) los imperios multinacionales, b) la sociedad internacional, c) el consociativismo, d) los estados-nacionales y e) las sociedades inmigrantes (ver WALZER; *On Toleration*; p. 157-163).

¹⁰⁵¹ WALZER; *The Politics*; p. 171.

ya en el primer capítulo se ha dejado planteado que ese es el modelo de sociedad actual en los países de Occidente¹⁰⁵² y, en particular, en las grandes metrópolis.

Quienes abandonan su tierra natal llegan a la nueva y se dispersan en ella. Se agrupan en procura de confort solo en números relativamente pequeños, siempre entremezclados con otros grupos similares, en ciudades, provincias y regiones. En ese marco, los grupos étnicos y religiosos tienen que conservarse a sí mismos como asociaciones voluntarias, lo que lleva a WALZER a afirmar que la indiferencia de sus propios miembros les resulta más peligrosa que la intolerancia de los demás¹⁰⁵³. El Estado, una vez liberado de la presión de los primeros inmigrantes que pretendían formar un Estado-nación propio, no tiene compromiso con ninguno de los grupos que lo conforman, sino que es neutro y tolerante con todos ellos.

Por su parte, el Estado se atribuye derechos jurisdiccionales de manera exclusiva, considerando a todos sus ciudadanos como individuos y no como miembros de colectivos. En consecuencia, el objeto de tolerancia, propiamente dicho, son las opciones individuales, los actos de adhesión, rituales de pertenencia y culto, expresiones culturales. Esto hace que muy pronto afloren múltiples versiones de la cultura de cada grupo y distintos grados de compromiso con cada una. En consecuencia, los individuos son alentados a tolerarse mutuamente como tales de manera descentralizada: todos tienen que tolerar a todos¹⁰⁵⁴.

En el plano de la educación y la cultura, la escuela enseña la historia y la educación cívica del Estado, concebido no con identidad nacional, sino exclusivamente política. Tampoco se enseña la historia y la cultura de los distintos grupos minoritarios y, si algo se aborda, se limita a hacer un muestreo multicultural de cada uno. De la misma forma, el Estado no brinda ayuda económica ni de ninguna índole a los distintos grupos o apoya a todos por igual¹⁰⁵⁵. Aunque esto no es del todo cierto, ya que incluso la neutralidad admite grados y algunos son, en verdad, favorecidos más que otros. Sin perjuicio de ello, los otros son también tolerados¹⁰⁵⁶.

En esta clase de sociedades, es relativamente fácil y para nada humillante, abandonar la pertenencia grupal y tomar la identidad política del país de acogida. Sin embargo, vale recordar el ya aludido ejemplo de WALZER respecto del italo-americano¹⁰⁵⁷, en el que se aprecia la preferencia de una identidad guionada, en la que

¹⁰⁵² No está de más recordar que aquí se focaliza la atención en Occidente porque, a la postre, lo que se procura hallar es una respuesta penal al delito cometido desde una motivación cultural diversa, en los países de nuestro medio cultural. Sin dudas, también en grandes ciudades de Oriente conviven múltiples culturas, pero ese análisis escapa a las pretensiones de este trabajo.

¹⁰⁵³ WALZER; *The Politics*; p. 171.

¹⁰⁵⁴ WALZER; *On Toleration*; p. 162.

¹⁰⁵⁵ WALZER; *The Politics*; p. 171.

¹⁰⁵⁶ WALZER; *The Politics*; p. 172.

¹⁰⁵⁷ Ver Cap. I. A) y WALZER; *The Politics*; p. 172.

el primer término de la ecuación refiere a la identidad cultural sin pretensiones políticas, reconocida también por la mayoría americana, y el segundo, a la política sin pretensiones culturales. De este modo, queda claro que la “italianeidad” (*Italianness*) es una identidad cultural carente de pretensiones políticas, que es la única forma en la que sea tolerada por la mayoría. Esa pertenencia cultural deberá ser sostenida, única y exclusivamente, por el esfuerzo y compromiso de otros italianos, sin esperar nada del Estado y en tanto les sea posible.

Al respecto, sin embargo, WALZER destaca que todavía resta saber si estos grupos, en las condiciones de sostenimiento referidas –esto es, apoyándose a sí mismos y por sí mismos, sin respaldo estatal, sin reconocimiento oficial, sin territorio, etc.– podrán realmente subsistir como tales¹⁰⁵⁸. Las formas de diferencia propias de la sociedad inmigrante se está aún configurando. La tolerancia de las opciones individuales constituye la forma más amplia o intensa de tolerancia, pero –a su criterio– todavía no es claro si en el largo plazo se mantendrá la vida comunitaria o si, por el contrario, se disolverá¹⁰⁵⁹.

Muy interesante a los fines de este estudio resulta el hecho de que WALZER, siendo una de las voces más liberales que se han ocupado y preocupado de la problemática de la tolerancia¹⁰⁶⁰, subraye que en nuestras sociedades, existen también límites morales respecto de lo tolerable, tanto en el plano doméstico como en el de la comunidad internacional. En el caso de las sociedades inmigrantes, el hecho de que todos los grupos que lleguen sean relativamente nuevos, los hará pasibles de mayor escrutinio y, por eso mismo, los límites a la tolerancia deberán ser ejercidos políticamente. En este sentido, es interesante la apreciación de que las viejas culturas de cada país deberán reconstituirse entre los inmigrantes, en múltiples versiones. Seguramente, algunos de sus miembros encarnen una visión particularmente dogmática e intolerante respecto de los recién llegados, en un esfuerzo desesperado para negar toda posibilidad de que la inmigración traiga aparejada una mella cultural. A la vez, surgirán nuevas doctrinas que ganarán adeptos, dispuestos a experimentar con nuevos y distintos modos de vida¹⁰⁶¹.

Decimos que lo expresado en el párrafo anterior puede ser de utilidad para abrir la reflexión respecto de aquello que el derecho penal deba tolerar y consentir, sin desconocer el hecho cierto e innegable de que existen barreras morales o –si se prefiere evitar entrar en la farragosa relación entre moral y derecho– normativas, que no pue-

¹⁰⁵⁸ WALZER; *The Politics*; p. 172.

¹⁰⁵⁹ WALZER; *On Toleration*; p. 162.

¹⁰⁶⁰ Postula, en todo momento, que debe darse batalla a toda forma de dominación, comenzando por el discurso político y cultural hegemónico (WALZER; *Shared Meanings*; p. 402).

¹⁰⁶¹ WALZER; *The Politics*; pp. 172-173.

den ser lisa y llanamente franqueadas en razón de una pretendida pertenencia cultural, que exija respeto y reconocimiento aun cuando se traduzca en manifestaciones contrarias al *ius puniendi*.

A la hora de sintetizar las formas de tolerancia relevadas por él mismo de acuerdo a la conformación política de cada época, WALZER recoge la crítica frecuente de la que es objeto la noción de tolerancia, en punto a que siempre supondría una relación inequitativa, en la que los grupos o individuos tolerados se encontrarían en una posición de inferioridad y, por eso mismo, de debilidad social. Esa es la razón por la que se aduce que se debería buscar un término superador, como podría ser “respeto mutuo”. Sin embargo, en su opinión, el respeto mutuo no es sino una de las formas que puede adoptar la tolerancia; quizás la más atractiva, pero no por eso la más probable que se desarrolle ni la más estable.

No obstante, en la actual sociedad inmigrante, el Estado se dirige solo a los individuos y así trata de crear una sociedad abierta, en la que todos estén comprometidos en la práctica de tolerancia. En el marco de ese modelo socio-cultural, WALZER reconoce que quizás se haya alcanzado el punto de madurez necesario como para buscar el reclamado movimiento superador de la noción de tolerancia. Sin embargo, no está seguro de cuántas diferencias culturales sustanciales a ser respetadas subsistirán, una vez dado ese paso supuestamente superador, en atención precisamente a que la apertura propia del modelo tiende cada vez más a borrar las distinciones y desarmar la pertenencia grupal ¹⁰⁶².

Es que, en su opinión, en la sociedad inmigrante, se experimenta lo que podría llamarse una vida sin fronteras y sin identidades singulares. Las diferencias están dispersas y, por eso mismo, en todas partes. La pertenencia de los miembros a cada grupo es cada vez más débil y, como consecuencia de ello, se da una constante mezcla entre los individuos, matrimonios interculturales y un literal multiculturalismo instalado no solo en la sociedad en general, sino en cada sujeto en particular ¹⁰⁶³. En palabras de WALZER, la tolerancia ahora comienza en casa, donde en ocasiones hay que hacer las paces desde el punto de vista étnico, religioso y cultural con nuestros esposos, parientes políticos e hijos y con nuestra propia, ambigua y “guionada” identidad ¹⁰⁶⁴.

En este sentido, destaca que en las sociedades posmodernas, si bien aún existen grupos con fuerte identidad, la lealtad de sus miembros va siendo cada vez

¹⁰⁶² WALZER; *The Politics*; p. 173.

¹⁰⁶³ WALZER; *The Politics*; pp. 174-175.

¹⁰⁶⁴ “Now tolerance begins at home, where we often have to make ethnic, religious, and cultural peace with our spouses, in-laws, and children—and with our own ambiguous (hyphenated or divided) selves” (WALZER; *The Politics*; p. 175).

débil. Esa es la razón por la que las voces de los tradicionalistas son tan vehementes actualmente. En ese panorama, una tolerancia que solo reconociera a quienes bregaran por abandonar sus grupos originarios no respetaría a quienes quisieran mantener la pertenencia grupal; por el contrario, una actitud que solo respetara a los grupos tradicionalmente entendidos desconocería los deseos de los individuos que pretendieran su autodeterminación cultural. Por ello, WALZER concluye –en sintonía con la opinión que hemos sostenido más arriba– que la complejidad propia de las sociedades multiculturales posmodernas exige una noción de tolerancia compuesta por una dosis de cada uno de los ingredientes de los distintos modelos: resignación, indiferencia, curiosidad y entusiasmo¹⁰⁶⁵. Extremo este con el que coincidimos totalmente y que, por lo demás, es lo que observo que sucede en la ciudad desde la que escribo estas líneas, Buenos Aires.

En efecto, según la edad, entorno y experiencias del sujeto “tolerante” y la procedencia, tiempo de afincamiento en Argentina, proximidad cultural, volumen cuantitativo del grupo que integra el sujeto “tolerado”, la aceptación revestirá distintas manifestaciones, diversos niveles de intensidad y –digámoslo también– mayor o menor sinceridad. Porque, en verdad, la hipocresía del discurso políticamente correcto, pero disonante con la auténtica experiencia de (in)tolerancia interior, abundan todavía. No puede desconocerse que existe –tanto a nivel de la comunidad de Estados como en el orden doméstico– una versión de tolerancia que podría llamarse formal, en tanto significa convivir con quienes no se tiene o no se quiere tener cercanía social. Aunque, de la boca para afuera, se sostenga otra cosa. Ello, claro está, a la par de sectores que verdaderamente viven la apertura y la vocación de aceptación e integridad con la “otredad del otro”.

En cuanto a los escollos que obstaculizan la aceptación, WALZER destaca que en el plano doméstico la intolerancia o las dificultades para tolerar al distinto son más frecuentes cuando las diferencias de cultura, raza o color coinciden con diferencias de clase, o sea, cuando los tolerados se encuentran en una situación de subordinación económica que tiende a invisibilizarlos¹⁰⁶⁶.

Si bien en los Estados-nacionales modernos liberales y democráticos la prosperidad económica de una minoría también la coloca en situación de riesgo, porque se la pasa a percibir como peligrosa, la pobreza invisible acarrea gran miseria, convirtiendo a la indiferencia generalizada en una forma refleja de discriminación. Eso se traduce en el fenómeno de la realidad de hombres y mujeres invisibles que hacen los trabajos que el resto de la sociedad desprecia, pero sin los cuales no podría vivir (barren-

¹⁰⁶⁵ WALZER; *The Politics*; p. 175.

¹⁰⁶⁶ WALZER; *On Toleration*; p. 165.

deros públicos, recolectores de basura, lava-copas, camilleros, etc.), cuya presencia se da por sentada, pero con quienes la mayoría no entabla relación.

A esa opinión de WALZER, agregamos que ya se ha visto en el capítulo I que ese panorama se verifica en las sociedades inmigrantes de nuestros modernos Estados, donde los migrantes procedentes de países pobres también viven en la pobreza en los lugares de acogida. Asimismo, han permanecido en la pobreza los integrantes de las comunidades indígenas preexistentes a la llegada de los colonizadores. En países como Argentina eso es muy patente, pero también en otros de la región en la que el número de individuos y de grupos de colectivos aborígenes es todavía mayor en términos porcentuales, como es el caso de Bolivia. Otro tanto ocurre con los descendientes de esclavos negros en América toda. En estos casos, a la realidad de la subordinación económica se añade la discriminación racial, todo lo cual los emplaza en el escalón más bajo del sistema de clases.

Así, los grupos minoritarios que constituyen clases sociales en sí mismas ya no son víctimas de masacres o expulsiones, pero sí de la diaria discriminación y rechazo, a pesar de que su presencia es económicamente imprescindible por el tipo de servicios que prestan al todo. En ese sentido, WALZER hace la aguda observación de que si bien la mayoría está resignada a su presencia, no se trata del tipo de resignación que es una forma de tolerancia, en tanto apareja el deseo de la invisibilización del diferente. En su opinión, por mucho que se traten de inculcar valores de respeto y aceptación respecto de todo tipo de gente y de trabajo, la única forma posible de fomentar la verdadera tolerancia es rompiendo la conexión entre clase social y grupo¹⁰⁶⁷ a través de acciones positivas.

Uno de los mecanismos posibles sería tratar de emular la estructura de la sociedad en su conjunto a nivel de cada grupo, de modo tal de producir similares jerarquías sociales creando una clase alta, profesionales y clase media dentro de cada colectivo subordinado. Si todos los grupos tuvieran una estructura similar, WALZER cree que las diferencias culturales serían más tolerables. Pero para tratar de que el sistema tuviera éxito y dado que la estructura de clases siempre genera resentimiento, a la par de la repetición del modelo del conjunto en cada grupo, habría que propulsar, en sentido contrario, un movimiento tendente a reducir la estructura jerárquica en el conjunto de la sociedad¹⁰⁶⁸.

Nos parece fundamental destacar y creemos que eso mismo surge de los textos de WALZER, que los grupos minoritarios a ser tolerados son aquellos percibidos como exóticos. Este dato no menor significa que no toda minoría será objeto de tole-

¹⁰⁶⁷ WALZER; *On Toleration*; p. 166.

¹⁰⁶⁸ WALZER; *On Toleration*; p. 166.

rancia, en atención a que cuando tenga similitudes sustanciales –aun con diferencias– con la cultura mayoritaria, sus miembros no serán percibidos con un “otro”. Así, en Occidente, para más señas en Argentina o en España, desde el prisma religioso y familiar, cualquier grupo o colectividad que se engarce en el modelo cultural de tradición judeo-cristiana no será percibido como diferente, al margen de cualquier distinción teológica entre ellos o del hecho de que sean religiosos practicantes, agnóstico o ateos. Incluso, cuanto más tiempo lleven conviviendo esas minorías con el colectivo más vasto, mayor será la fusión cultural y religiosa y menos se percibirán las diferencias. Tal lo que ocurre con la convivencia entre judíos y cristianos en los países referidos o en Estados Unidos, quienes, al margen de prejuicios marginales y en todo caso individuales y más bien constitutivos de expresiones fundamentalistas, no se perciben recíprocamente como ligados por la virtud de la tolerancia. Todos son ciudadanos por igual y conviven en paridad, pero con conservando diferencias¹⁰⁶⁹.

Pero lo cierto es que la convivencia a lo largo del tiempo borra las diferencias de grupo, lo que a la larga resulta plasmado en la legislación del Estado que se hace eco de dicha mimetización. Así, por ejemplo, concesiones que antes se hacían a los miembros de ciertas comunidades religiosas por la sola pertenencia a ese colectivo, como la eximición de la prestación del servicio militar a los testigos de Jehová por razones de conciencia, hoy se han convertido en un derecho individual de jerarquía constitucional, por ser expresión de los derechos fundamentales de libertad de conciencia y libertad religiosa. Ya ha dejado de ser visto por la sociedad y por el Estado como una peculiaridad propia de la otredad religiosa, para pasar a ser entendido como uno más de los derechos individuales de los ciudadanos sin adjetivación¹⁰⁷⁰.

En cuanto a las profundas diferencias religiosas, ya sea por nuevas o porque la ajenidad cultural recíproca sea tan honda que los grupos no puedan identificarse, la mayoría tendrá más facilidad para aceptar el culto exótico, cuanto más privadas y menos visibles sean sus prácticas y sus devotos. Piénsese en los casos de los Amish en Estados Unidos y de los menonitas en Argentina, que fueron relevados al tratar la cuestión de la educación de los niños y el derecho a la identidad cultural: las soluciones halladas quedaron reservadas al seno del grupo y eso permitió sortear exitosamente los conflictos. Ocurre algo similar que con los inmigrantes pobres.

¹⁰⁶⁹ En sentido ciertamente análogo, son ilustrativas las palabras de WALZER: “[t]he democratic state clearly is a world of meanings that we share—even if it is also, simultaneously, a world of conflict and domination” y “[a]t any given moment, there are shared meanings and a common life, which have to be revised and reproduced. And there are marginalized and repressed voices that have to be engaged (and that have to engage themselves) in the revisionary work. All the groups that constitute our multiculturalism rightly participate in this work, with differentiated results that depend, certainly, on power relations and on socio-economic position and (more legitimately) on relative numbers in the population” (WALZER; *Shared Meanings*; pp. 402 y 403-404).

¹⁰⁷⁰ Una interpretación sutilmente diferente efectúa WALZER; en *On Toleration*; pp 168-169.

β. MACINTYRE: La intolerancia debida a lo intolerable.

Desde la perspectiva de la ética de la conversación entre individuos que tratan de hallar juntos la manera de llegar a algún tipo de bien y de evitar algún tipo de mal, emerge también la voz autorizada de MACINTYRE¹⁰⁷¹ para hablar de tolerancia. Este autor es otro de los referentes de la corriente del comunitarismo, que se ocupa de contrastar la moralidad liberal a la que denomina moralidad del patriotismo. A su criterio, los dos aspectos en los que ambos puntos de vista sobre la moral se hacen patentes es el orden de la escasez de recursos para supervivencia y en el de la elección de modos de vida¹⁰⁷². Para la moral liberal de carácter impersonal, se requiere siempre neutralidad no solo entre los intereses en conflicto, sino también entre las formas de vida que se entiendan mejores, en conflicto.

Según MACINTYRE, la moral liberal tiene cinco notas características. La primera es estar constituida por reglas a las que cualquier persona racional, en condiciones ideal, podría asentir; la segunda, que dichas reglas imponen restricciones y son neutrales respecto de intereses en conflicto, ya que la moral en sí misma no es expresión de interés alguno en particular; la tercera, que tales reglas son asimismo neutrales respecto distintas creencia acerca de cuál es la mejor forma de vivir; la cuarta, que las unidades que proveen el sujeto de la moralidad como así también sus agentes son los seres humanos individualmente considerados y que para sus evaluaciones morales cada individuo importa exclusivamente para sí mismo y la quinta, que el agente moral constituido para ser leal a estas reglas es uno y el mismo para todos agentes morales y así es independiente de toda particularidad social. La moralidad así entendida provee estándares por los cuales todas las estructuras sociales pueden ser juzgadas desde un punto de vista independiente de todas ellas. Ser leal a una moralidad así entendida – concluye MACINTYRE– no solo es incompatible con la idea de patriotismo como virtud, sino que exige que el patriotismo sea considerado un vicio¹⁰⁷³.

En cambio, para MACINTYRE, el patriotismo debería ser considerado la virtud por excelencia. Para fundar esta idea, explica que existe un punto de vista moral alternativo y contrastante al de la moral liberal, para el que no es y no puede ser indiferente la pregunta acerca de *dónde* y *de quién* uno ha aprendido su moral. Este aspecto es crucial, tanto de cara al contenido como a la naturaleza del compromiso moral. Desde ese punto de vista, hay una característica esencial de la moralidad que cada uno de nosotros aprende *desde, en y a través* del modo de vida de una determinada comuni-

¹⁰⁷¹ MACINTYRE; *Ethics and politics*; pp. 205-223.

¹⁰⁷² MACINTYRE; *Is patriotism*; pp. 6 y ss.

¹⁰⁷³ MACINTYRE; *Is patriotism*; pp. 7-8.

dad¹⁰⁷⁴. Incluso las reglas de moralidad enseñadas y aprehendidas están íntimamente vinculadas con arreglos institucionales específicos de cada comunidad. A esto agrega que, incluso cuando más de una sociedad pueda compartir una raíz histórica y religiosa común, cada una de ellas particularizará aspectos específicos de su forma de ser que, más allá de todas las similitudes, configure su carácter particular. De tal modo, lo que cada un hombre aprende como guía de sus acciones y como estándares para evaluarlas no es nunca la moralidad en sí misma considerada, sino la sumamente específica moralidad de un sumamente específico orden social y solo puede ser moral dentro de su sociedad de pertenencia¹⁰⁷⁵. Es más, desde su punto de vista no es solo que las reglas morales sean particulares, sino que también lo son los bienes que cada sociedad reconoce como tales.

Estas consideraciones conducen a MACINTYRE su conclusión acerca de que el patriotismo es una virtud capital, quizás la virtud por excelencia. Dice textualmente que “la lealtad a la comunidad, el respeto a los ancestros, a la comunidad local y la comunidad natural es, desde esta perspectiva, un requisito para la moralidad. En consecuencia, el patriotismo y sus lealtades asociadas no son solo virtudes, sino las virtudes centrales”¹⁰⁷⁶.

En otra de sus obras¹⁰⁷⁷, MACINTYRE se ocupa de señalar que la forma de rescatar la moralidad es el retorno a las virtudes aristotélicas, que permiten alcanzar los bienes intrínsecos a las prácticas sociales, de modo que es imposible practicar las virtudes fuera del ámbito de una comunidad dada. Sin embargo, es necesario además hallar una explicación de lo bueno para toda la vida humana entendida como unidad. Ahora, como la historia de cada vida particular se desarrolla en el marco de la historia de la comunidad de la que derivó su identidad, las tradiciones de la comunidad son esenciales para definir lo que es bueno en esa vida particular.

Sobre el telón de fondo de esta comprensión del orden social y moral es que MACINTYRE se ocupa de las conversaciones entre diferentes individuos que tratan de hallar juntos algún tipo de bien. Esta clase de diálogos sociales tienen lugar cuando a un grupo o comunidad determinados se le presentan posibilidades alternativas significativamente diferentes, ante determinadas situaciones vinculadas con su futuro inmediato y frente a las que se pueden tomar cursos de acción incompatibles¹⁰⁷⁸. El conflicto, es inherente a ese tipo de situaciones y la vida social en general. Los ejemplos que propone de expresiones de opinión disidentes, que resultan intolerables y deben ser rotun-

¹⁰⁷⁴ MACINTYRE; *Is patriotism*; p. 8.

¹⁰⁷⁵ MACINTYRE; *Is patriotism*; p. 9.

¹⁰⁷⁶ Traducción propia de MACINTYRE; *Is patriotism*; p. 11.

¹⁰⁷⁷ MACINTYRE; *Tras la virtud*; en especial capítulos 9, 14, 15 y 18.

¹⁰⁷⁸ MACINTYRE; *Ethics*; p. 205.

damente rechazadas, entendemos que tienen capacidad de rendimiento para ser trasladadas a toda expresión cultural que repugne los parámetros elementales que hacen la convivencia posible.

Al abordar la cuestión de la tolerancia desde el prisma de su relación con los bienes en conflicto, este autor comienza por preguntarse cuándo se debería ser intolerante y por qué. Pero para dar respuesta a ese interrogante, previamente sigue un camino que discurre por el análisis de aquella conversación conflictiva a la que se ha aludido en el párrafo anterior.

En esa tónica, MACINTYRE señala que para que una comunidad prospere tiene que estar en condiciones de manejar sus conflictos, de suerte tal de evitar dos tipos de mal. El primero de ellos es la “supresión”, es decir el mecanismo de pensar que se ha erradicado el conflicto despojando a una de las partes de los medios para expresar sus puntos de vista, intereses y argumentos. El otro mal es la “ruptura” o quiebre social, es decir el tipo de desacuerdos y los modos de expresarlos que destruyen toda posibilidad de llegar al consenso necesario para tomar decisiones efectivas en común¹⁰⁷⁹.

Ahora bien, según el mismo autor, cuando se está embarcado en el debate propio de este tipo de conversaciones sociales, en las que lógicamente intervienen partes con posiciones conflictivas entre sí, hay cuatro actitudes posibles a adoptar respecto de las manifestaciones de los otros. Se las puede recibir con beneplácito, como un modo de reforzar nuestras propias convicciones o como una ayuda para revisarlas y reformularlas. Otro camino es también darles la bienvenida, pero como un aporte agudo y constructivo al desacuerdo, que aporte razones de peso para adoptar una posición incompatible con la nuestra. En estos dos casos, el enunciado ajeno es una contribución al logro de los bienes compartidos. En el tercer caso, la posición ajena puede ser vista no ya como una contribución, sino como merecedora de una contestación razonable, tendente a convencer a su postulante. Sin embargo, también hay un cuarto tipo de proposición ante la cual la única respuesta apropiada –según MACINTYRE– es excluir a quien la expresa, temporarily o permanentemente de la discusión. A su criterio, esto no es cuestión de suprimir la expresión de alguien del debate; es cuestión de excluir a alguien del debate. O el contenido o la manera o ambos de tal posición descalifican al interlocutor como participante. Su proposición es intolerable¹⁰⁸⁰.

Lógicamente, en este derrotero discursivo, el autor no puede eludir preguntarse cuál es la diferencia entre la intolerancia justificada y la supresión injustificada y quién está llamado a marcar el límite entre una y otra.

¹⁰⁷⁹ MACINTYRE; *Ethics*; pp. 205-206.

¹⁰⁸⁰ MACINTYRE; *Ethics*; p. 206.

Para responder a esos interrogantes, comienza por remarcar algunas cuestiones que considera puntos basales para la reflexión. Así, señala que, en la práctica, todo grupo establece el límite a su tolerancia y que, de un modo u otro, hace respetar ese límite. Da por sentado que en el marco de los desacuerdos y conflictos sociales siempre habrá intolerancia y que lo único a elucidar al respecto es el qué, el quién y el cómo.

Otro aspecto sobre el que llama la atención y que es el que en definitiva hace que su aporte sobre el tema contribuya a este estudio es que los desacuerdos y conflictos ocurren no solo dentro de grupos, sino también entre grupos¹⁰⁸¹. En el debate entre grupos cada uno de ellos trata de encontrar puntos en común a los que ambos puedan apelar y, al hacerlo, reexaminar los conceptos en los cuales han venido confiando. Las cuatro actitudes posibles respecto de las posiciones argumentativas ajenas son aplicables a los conflictos entre grupos. De tal manera, las posturas de algunos grupos podrían resultar intolerables.

Entre los puntos que destaca MACINTYRE se encuentra también el hecho de que la vida social resulta enriquecida, en buena medida, gracias al desacuerdo y al conflicto. Únicamente a través del disenso, procurando conclusiones que sean consecuencia de ser confrontado con los más sólidos contraargumentos, cada grupo es capaz de encarnar la búsqueda racional y el logro de los bienes relevantes. En consecuencia, lo que debe ser considerado y tratado como intolerante es todo aquello que de ser tolerado pudiera frustrar o evitar conseguir tales bienes. La práctica de la tolerancia solo puede ser evaluada desde el conflicto.

Previo a arribar a su propia conclusión, MACINTYRE acude a ver qué han dicho los clásicos sobre la tolerancia y su práctica. Así, en primer lugar, trae el aporte de LOCKE, cuyo pensamiento está imbuido de la idea de que la función y obligación del juez es promover la seguridad, el orden y la armonía entre la gente, pero sin tratar de regular ni de influir en sus creencias, excepto cuando las creencias religiosas en sí mismas o su carencia (LOCKE pensaba en el caso de los católicos y de los ateos) amenazaran, justamente, la seguridad, el orden y la armonía.

Pone de relieve el hecho de que LOCKE piense que las creencias auténticas y las opiniones no puedan ser gobernadas en el sentido de que nadie pueda afirmar hoy lo que va a creer u opinar mañana. Por ese motivo, nadie puede conceder poder a otro sobre aquello sobre lo que el concedente mismo carece de poder. Y concretamente respecto de las creencias religiosas, LOCKE que no hay suficientemente buenas razones para hacer valer alguna doctrina religiosa en particular para justificar el uso del poder estatal en su nombre. A criterio de MACINTYRE, esta aserción de LOCKE autoriza-

¹⁰⁸¹ MACINTYRE; *Ethics*; p. 207.

ría a pensar que este efectúa alguno tipo de diferencia entre las creencias religiosas y otro tipo de convicciones¹⁰⁸².

Según MACINTYRE, estas posiciones de LOCKE sientan las bases para los posteriores desarrollos liberales sobre la tolerancia. Por un lado, a los individuos se les debe permitir forjar sus opiniones en soledad, libres de toda interferencia de las autoridades políticas y religiosas. Esto último aplica a toda clase de opinión o convicción, sin importar el aspecto de la vida sobre el que verse. Por otra parte, las creencias religiosas y sobre la naturaleza del bien en general deben ser tratadas de modo diverso al resto de la opiniones, en tanto pueden ser indefinidamente opinables. Por ese motivo, su difusión e influencia están sujetas a restricciones de un modo que otras clases de creencias no lo están. El Estado debe ser neutral entre distintos puntos de vista.

Es decir que, para LOCKE, la tolerancia debe ser ejercida respecto a los representantes de todo punto de vista, siempre y cuando no amenacen la tranquilidad, el orden y la armonía de la sociedad. No solo el Estado debe evitar intentar imponer una idea, sino que nadie puede hacerlo. MACINTYRE pone de realce que, en posición del autor que comenta, lo que está excluida es la coerción. En cambio, no se ponen límites a los medios de persuasión, que están permitidos. La libertad religiosa y de creencias en general incluye la libertad de emplear medios de persuasión, con el mencionado límite de la seguridad, el orden y la armonía sociales.

MACINTYRE no pasa por alto el hecho de que la puesta en ejecución de la tolerancia por vía legislativa fue el trabajo de una de las partes que luego resultó victoriosa en los conflictos religiosos del siglo XVII, lo que el propio LOCKE participó. El Estado moderno que emergió como instrumento para los propósitos de esa parte triunfadora nunca fue neutral a los conflictos sociales que continuaron dividiendo a la sociedad. Pone de relieve que las concepciones sobre libertad y propiedad por las que ese estado liberal abogaba eran altamente discutibles y siempre se favoreció a los grupos y partidos cuyas formas de entender el bien humano era conteste con las propias concepciones del Estado sobre libertad y propiedad; mientras que sistemáticamente se perjudicó a aquellos cuyas posiciones eran antagónicas a las del estado. Este nunca es neutral, sino que es un actor en sí mismo del conflicto social.

Una vez remarcada esa falta de neutralidad propia del estado moderno, MACINTYRE se ocupa de señalar las profundas diferencias entre nuestra condición actual y aquellas del siglo XVIII, en por lo menos tres aspectos.

El primero de ellos es que, en Occidente, el Estado se ha secularizado y la importancia política de la religión ha disminuido. En segundo término, el Estado contemporáneo también resulta muy diferente del siglo XVII, en cuanto a que el espectro

¹⁰⁸² MACINTYRE; *Ethics*; p. 208.

de sus actividades se ha ampliado enormemente como también lo ha hecho el efectos de esas actividades en la economía. Prueba de ello es la cantidad, el tamaño y la variedad de sus agencias, la complejidad de la legislación, las reglas de tributación y las normativas administrativas, cuya comprensión escapa al ciudadano medio. En tercer lugar, el Estado de nuestros días está notablemente unido, en una sociedad indisoluble, con los mercados nacional e internacional. A pesar de ciertas tensiones que pueden registrarse entre el Estado y los mercados, según MACINTYRE, prevalecen las necesidades comunes a esos socios de formación de capital, crecimiento económico y una fuerza de trabajo adecuadamente capacitada pero desechable, cuyos miembros sean consumidores complacientes y ciudadanos obedientes a la ley.

Frente a un Estado tan complejo, cuando un individuo o grupo hace un reclamo sobre derechos o intereses propios, deben ponerse en manos de expertos y aprender a emplear el mismo léxico y tipo de argumentación que las agencias estatales. Para MACINTYRE, la fundamentación de las decisiones del Estado sigue un derrotero de tres pasos. Primero, se hace un análisis de costo-beneficios que dé buenas razones para preferir ciertos mecanismos de toma de decisiones y ciertas políticas por sobre otros. Luego, se debe identificar a los individuos y grupos que pueden tener bases serias para quejarse de que la maximización de utilidades según el análisis de costo-beneficios significará una violación a sus derechos y pretensiones y determinar qué razones hay para dar crédito a su reclamo. Las conclusiones de esos dos primeros pasos deben ser sopesadas en el tercero para determinar qué peso se le debe dar a las conclusiones sobre los derechos comprometidos en el caso y qué peso se le debe otorgar a las conclusiones respecto del curso de acción que permita maximizar utilidades.

Encontramos interesante ese aporte sobre el razonamiento a seguir, en tanto MACINTYRE asigna mucha importancia al mecanismo de pesos y contrapesos que entiende indispensable para esta última etapa argumentativa, mecanismo que creemos que será determinante siempre para decidir en términos de tolerancia y de aquello que, en última instancia para nuestro análisis, el derecho penal no pueda tolerar en caso alguno. No obstante, señala el autor que lo problemático es que en ese juego de balanceo lo que no hay, justamente, son balanzas. Eso significa que no existe una regla general justificable racionalmente a través de la cual las pretensiones sobre las utilidades puedan ser juzgadas como invalidantes o no de los reclamos sobre derechos. Pero, en cada contexto, lo que decide cómo esos reclamos serán resueltos dependerá siempre de quién tenga, en esa coyuntura, el poder de adjudicar y de cómo ese poder se relacione con la distribución del poder económico, político y social.

Ahora bien, a lo que las formas de justificación empleadas en y en nombre de las actividades del Estado y del mercado no pueden dar expresión es a los valores

que informan las ya referidas conversaciones o debates, a través de los cuales los miembros de las comunidades locales tratan de lograr su bien. Los valores del Estado y del mercado no solo son diferentes de los de la comunidad local, sino que en ocasiones también son incompatibles. Para los primeros, no hay consideración o asunto que, en determinada coyuntura, no pueda ser dejado de lado o superado por algún otro. En cambio, para las comunidades locales, las consideraciones relativas a los bienes que no pueden ser sacrificados u olvidados son concluyentes. Es que para el Estado, una cuota de flexibilidad para saber cuándo y cómo intercambiar unos principios por otros, es visto –según MACINTYRE– como una virtud política central. Al contrario, para la comunidad, una cierta intransigencia moral apta para prevenir el éxito del estado y de la economía de mercado, se cuenta entre la virtudes políticas.

Estos conflictos inherentes a la relación entre la comunidad y el Estado y el mercado hacen que la primera trate de ordenar sus relaciones con los segundos, de forma tal que, en lo posible, pueda aprovechar los recursos que solo pueden ser provistos de manera segura por el Estado y el mercado, pero conservando su autosuficiencia, su confianza en sí misma y su libertad, de restricciones impuestas por terceros.

A partir de las reflexiones que anteceden, MACINTYRE sostiene haber llegado, por un camino muy diferente, a la misma conclusión que los liberales clásicos y que los liberales modernos: no se le debe permitir al Estado imponer concepción particular alguna sobre el bien humano ni identificar una determinada concepción con sus propios intereses y causas. El Estado debe ser tolerante frente una diversidad de puntos de vista¹⁰⁸³.

Sin embargo, MACINTYRE destaca que, en general, los liberales han arribado a esta conclusión ya sea porque creen que el Estado debe ser neutral entre diferentes concepciones rivales del bien o que el Estado debe promover activamente la libertad y la autonomía de los individuos en la toma de sus propias decisiones. Por el contrario, el cree que el Estado contemporáneo no es y no puede ser valorado como neutral y precisamente, como no puede ser considerado neutral, no se puede confiar en él para promover ningún catálogo de valores positivos, siquiera la autonomía y la libertad¹⁰⁸⁴.

Y agrega que, si bien tradicionalmente se ha temido que al favorecer un punto de vista determinado, el Estado pudiera perjudicar a quienes sostuvieran posiciones distintas, a su criterio también es de temer el daño que se pudiera causar a quienes sostuvieran el mismo punto de vista adoptado por el Estado. En efecto, a su criterio, el Estado no podría respaldar una visión particular del bien humano y hacerla propia, sin

¹⁰⁸³ MACINTYRE; *Ethics*; p. 213.

¹⁰⁸⁴ MACINTYRE; *Ethics*; pp. 213-214.

distorsionar, degradar y desacreditar esa misma posición. Ello así, en tanto la adopción de una posición importaría poner a esta al servicio del poder político y económico, lo que implica en sí mismo una degradación. En aval de esta afirmación, evoca casos de regímenes políticos autoritarios que acordaron hegemonía a la Iglesia Católica, lo que a su juicio fue en detrimento de la propia Iglesia¹⁰⁸⁵.

Consecuente con lo anterior, propone que las agencias estatales brinden igual sostén a todos los puntos de vista y que no sean aquellas quienes estén llamadas a trazar los límites entre lo tolerable y lo intolerable, respecto de cuya existencia no tiene dudas. Es por eso que si bien remarca que la neutralidad no es sino una ficción, le asigna gran importancia, lo que lo lleva a defender, junto con los liberales, un determinado catálogo de libertades civiles¹⁰⁸⁶.

Sin embargo, para este autor el Estado no debe imponer restricciones que impidan a los grupos locales ordenar sus propias conversaciones sobre el bien común como una un diálogo racional. Las condiciones para promover y mantener ese diálogo racional requieren algunas exclusiones e intolerancias locales.

La primera, se refiere a quién puede ser partícipe de la conversación. Todos los miembros de la comunidad deben poder participar en búsqueda dialogal del bien común, manifestando sus preocupaciones y evaluando los argumentos que se vayan proponiendo, de tal suerte que se pueda llegar a un consenso real y no meramente aparente. Pero el grupo también debe asegurar que aquellos que procuren objetivos irrelevantes o conflictivos no socaven la búsqueda en común.

En conexión con lo anterior, señala que cuanto más amplia y abierta sea una determinada discusión, solo podrá desarrollarse ordenadamente para poder tomar decisiones, en tanto la dirección y la agenda del debate sean establecidas por quienes tienen el poder de imponerlas. A su juicio, en las democracias liberales de una modernidad avanzada, ese poder reposa en las elites de los partidos políticos y de los medios masivos de comunicación, que son quienes determinan no lo que el público elige, sino las alternativas entre las que la gente hace sus elecciones.

Un aspecto que encontramos sumamente interesante y que MACINTYRE pone muy bien de resalto a la hora de hablar de la primera exclusión categórica del debate es que para que haya desacuerdo es preciso que haya una gran dosis inicial de acuerdo. Coincidimos en que, precisamente, el consenso social fundante es el que permite marcar el contrapunto con aquello que resulta intolerante o, al menos, conflictivo y sujeto a discusión. Creemos que, por más que el lenguaje propio del discurso políticamente correcto de nuestro tiempo parezca impedir por momentos que se hable de

¹⁰⁸⁵ MACINTYRE; *Ethics*; p. 214.

¹⁰⁸⁶ MACINTYRE; *Ethics*; p. 214.

un basamento de valores comunes generalmente aceptados, es innegable su existencia, desde el momento en que de lo contrario ya estarían superadas todas las instancias de discusión posibles y ya no habría razones para hablar de la cuestión de la tolerancia y, en nuestro caso, de las diferencias culturales. En palabras de este autor, todo desacuerdo requiere alguna medida de acuerdo previo, que pueda siempre ser puesto en cuestión, si es que hay buenas razones para cuestionarlo¹⁰⁸⁷. Entonces, el acuerdo inicial necesario solo puede ser asegurado a través de exclusiones que sean ellas mismas acordadas y abiertas al debate. Estas son, entonces, las primeras exclusiones que exige el diálogo racional.

En segundo lugar, el diálogo y la búsqueda del bien en el que todas las voces relevantes deban ser oídas resulta incompatible con ciertos modos de expresión. La amenaza y el insulto; las proposiciones despreciativas de los demás o que los hagan sentir inseguros; las que estén dirigidas a sus motivaciones, a sus personas o a su pertenencia étnica o de género, en lugar de a sus argumentos y conclusiones, para MACINTYRE representan una violación tan grave de las normas del debate, que deberían ser tratadas como una forma de auto-exclusión de la discusión. El grupo, entonces, debería consentir y ejecutar esa exclusión auto-impuesta, por lo menos temporariamente. Considera literalmente que la racionalidad de la comunidad exige la intolerancia de la comunidad¹⁰⁸⁸.

Ahora bien, para evitar confundir el insulto con el chiste, es necesario que los miembros de la comunidad se ejerciten en la capacidad de emitir juicios atinados y en las virtudes que permiten juzgar de ese modo. Eso toma tiempo y es producto de un largo proceso. No se llega a la racionalidad práctica de buenas a primeras, sino que las comunidades se forjan y se educan en las virtudes necesarias para progresar en ello. Por eso sostiene que hay que aprender cómo ser razonablemente intolerante con cierta clase de posiciones¹⁰⁸⁹.

En este sentido, sostiene que es una condición inexorable de la discusión racional y de la búsqueda del bien común que ciertas cuestiones deban ser entendidas por todos como ya dirimidas o establecidas de manera conclusiva. No puede aceptarse respecto de ellas siquiera que se sostenga que son temas abiertos.

A esta última afirmación, dicha con tanta contundencia, la confronta con la opinión de MILL, volcada en el capítulo 2 de *Sobre la libertad*, titulado "Sobre la libertad de pensamiento y discusión". Allí se dice que no solo deben ser toleradas, sino también

¹⁰⁸⁷ "The rational resolution of disagreement thus requires some measure of prior agreement, agreement which can itself always be put in question, if there turns out to be good reason to question it" (MACINTYRE; *Ethics*; p. 216).

¹⁰⁸⁸ "Local rationality mandates local intolerance" (MACINTYRE; *Ethics*; p. 216).

¹⁰⁸⁹ "We have to learn how to be rationally intolerant of certain kinds of utterance" (MACINTYRE; *Ethics*; p. 216).

bienvenida, la expresión de todas y cada una de las opiniones que se aparten de todo lo que en una sociedad determinada es tenido por una norma generalmente aceptada. MILL estaba pensando en el silenciamiento de opiniones por parte del gobierno, que se había convertido a sí mismo en el instrumento de la opinión pública. Sobre el particular, MACINTYRE coincide en que no se debe permitir a las autoridades públicas del Estado moderno que supriman opiniones. Pero ocurre que –continúa– no es necesario invocar el poder estatal para silenciar opiniones. Estas pueden ser y de hecho son silenciadas al nivel de instancias sociales, por el acuerdo tácito o explícito de la misma comunidad. Se trata de una supresión diametralmente opuesta, a su criterio, a la que MILL llamaba “intolerancia general a la opinión pública” encarnada por el Estado.

Diferenciándose de MILL afirma que existe un tipo de opiniones respecto de las que liberales y no liberales coinciden en excluir de la prohibición general de supresión expresada en *Sobre la libertad*.

Como un contraejemplo a las pretensiones de MILL, propone el caso de la afirmación y la justificación de que el Holocausto nunca hubiera tenido lugar y de que la creencia de que hubiera ocurrido fuera producto de la propaganda anti-nazi. Así, se pregunta cómo sostener la libertad de expresar esta opinión.

En Estados Unidos, a partir de las interpretaciones hechas en el siglo XXI sobre la Primera Enmienda de la Constitución, parecería claro que debería garantizarse la opinión de tal opinión como de cualquier otra. En Alemania, al contrario, tal afirmación sería punible como delito. Ante esta divergencia de soluciones, MACINTYRE procura determinar cuál de ellas es la solución plausible entre estas dos posiciones antagónicas.

Al respecto señala que no una objeción necesariamente válida con relación a una determinada concepción del bien humano el hecho de que quienes la hayan practicado hayan sido culpables de muchos daños enormes. En efecto, la fuente de esos males puede no haber sido la concepción en sí misma, sino en todo caso la distorsión o la manera errónea de su implementación.

Si el Estado proscribe y castiga la negación del Holocausto, de ello se sigue que estaría interviniendo en los debates entre protagonistas de concepciones rivales acerca del bien de la humanidad. Ahora, de acuerdo a la conclusión de MACINTYRE ya referida, en punto a que las intervenciones estatales de tal tenor serán siempre perniciosas, él mismo reconoce que debería tomar partido por la ley estadounidense y no por la alemana, tal como efectivamente hace. Sin embargo, dice que de su desarrollo no se desprende que las posiciones que nieguen el Holocausto deben ser siempre toleradas de manera general.

Según expresa, ello es así toda vez que las comunidades locales comprometidas en el diálogo sistemático sobre el bien común deben tratar ciertas cuestiones como ya decididas. Y entre estas cuestiones se encuentra actualmente todo lo concerniente al mal del antisemitismo. De ello se deriva que una expresión del tenor de la negación del Holocausto no debería ser tolerada en ninguna sociedad; tolerarla sería una forma de vicio y quienes sostuvieran esa posición deberían ser silenciados.

Me permito mechar como digresión personal el hecho de que esta posición de MACINTYRE no está exenta de suscitar algunas dudas y temores a la hora de aplicar en una sociedad determinada tal silenciamiento. Lógicamente, lo grosero de la aberración de la hipotética negación del Holocausto hace que el ejemplo parezca, a primera vista, libre de todo cuestionamiento. Creemos que para el grueso de los miembros de las sociedades occidentales no hay duda sobre la existencia como hecho histórico y de lo espantosamente injustificado como experiencia para la humanidad toda del exterminio antisemita perpetrado por el régimen nazi. Sin embargo, otro tipo de hechos históricos o políticos, que siempre habrán ocurrido a menor escala que el Holocausto, de los que el siglo XX y lo que va del XXI también han sido testigos podrían ser pasibles de opiniones encontradas, por más que los gobiernos de turno y los medios de comunicación social pretendan convencer de su valoración en un determinado sentido. Expresar opiniones diversas, quizás lícitas, podría ser visto como políticamente incorrecto e, incluso, como una aberración intolerable. Es arduo definir cómo trazar el límite entre aquello que, a decir de MACINTYRE, debe considerarse cerrado de manera concluyente, de aquello que todavía puede estar abierto a la crítica y a la opinión tanto del público como de historiadores, políticos, sociólogos, médicos, según el área sobre la que verse la cuestión en debate. Los procesos históricos y sociales son de compleja lectura, mucho más cuando son recientes. Incluso, los procesos de las ciencias duras o biológicas también lo son, como muestra la historia de diferentes teorías que han tenido adeptos y detractores, incluso ante la evidencia objetiva. Piénsese, sin ir más lejos, en la reprobación por parte de la Iglesia Católica de la que fue objeto, en su primera hora, la teoría de la evolución de la especie. Quiero decir con este paréntesis que lo que resulta de una claridad sin mácula respecto del Holocausto, puede no ser tan diáfano frente a otras posiciones mayoritariamente aceptadas como verdad revelada, pero aún así cuestionables. Los límites entre una situación y otra son muy difíciles de establecer.

El propio MACINTYRE se ocupa de recoger la crítica que le hace FLETCHER, en sentido concordante con lo que se dice en el párrafo anterior. Dice FLETCHER que si es un crimen negar el Holocausto, entonces debería ser un crimen cuestionar la reinante visión de los historiadores sobre otros eventos históricos problemáticos, como la abolición de la esclavitud en Estados Unidos. Y agrega que esa pen-

diente deviene demasiado resbaladiza para frenar la caída hacia una todavía mayor censura¹⁰⁹⁰.

Al respecto, MACINTYRE dice que lo que advierte FLETCHER es un peligro frente al que hay que estar alerta. Pero esa vigilancia es un aspecto de la virtud de la prudencia, requerida en todo debate y práctica racional. En consecuencia, concluye que el argumento de la pendiente resbaladiza no conduce necesariamente a concluir que a quienes nieguen el Holocausto se les deba permitir manifestar su opinión. Ahora, ¿cómo se los debe silenciar?

Su opinión es que son los mismos participantes en el debate local razonable y prudente, los interlocutores en ese diálogo, quienes deben excluir expresiones del tenor de las del ejemplo del Holocausto. Son esos actores quienes deben tratar a esas expresiones como prueba de un temperamento inadecuados para participar en una discusión sensata. A su criterio, se los debe excluir no solo de la toma de decisiones, sino de la posibilidad de manifestar sus posiciones en comunidades tales como la escuela o las universidades. Destaca, sin embargo, que la exclusión por intolerancia y su puesta en práctica no puede estar exenta de la discusión razonable y de la búsqueda de soluciones sensatas por parte del grupo en el que emerge el problema. Habrá que hacer un análisis, caso por caso.

Concluye, entonces, que, a pesar de que el Estado debe tolerar, no puede imponer la tolerancia a los demás. La autonomía comunal local requiere la libertad de tomar sus propias decisiones acerca de cuál es el límite entre las posiciones tolerables y las intolerables. En esa línea, sí coincide con MILL, en tanto este da mucha importancia a la viva e inteligente aprehensión de la verdad, a la que entiende como surgida de un proceso sistemático de búsqueda en cuyo decurso cada uno debe hacerse responsable ante los demás de las razones que fundamentan sus posiciones. MACINTYRE, en efecto, estima que en el debate nadie puede evadir la responsabilidad por sus afirmaciones y que cada uno será merecedor de ser oído si se hace responsable en el sentido propuesto por MILL.

Una prueba de poseer las virtudes necesarias para participar del debate es saber experimentar goce cuando se le muestra que se estaba equivocado, algo muy difícil de lograr. Emparentada con la anterior, se encuentra la virtud de ser capaz de reconocer y estar dispuesto a admitir que a uno se le ha mostrado que estaba equivocado. Por el contrario, es un defecto carecer de esas virtudes, que *prima facie* descalifican a quien lo padece para participar en el debate sensato y de la compañía de los

¹⁰⁹⁰ "This is the slope that becomes too slippery to stop the slide towards ever more censorship" (FLETCHER; *The instability of tolerance* en HEYD, David (ed.); "Toleration: An Elusive Virtue"; Princeton; N.J.; Princeton University Press; 1996; p. 167; citado por MACINTYRE; *Ethics*; p. 221).

seres humanos razonables¹⁰⁹¹. Serán las particularidad del caso la que lleven a determinar si la exclusión del diálogo será permanente o transitoria, como así también su extensión en punto a las materias en cuya discusión no se podrá participar.

Como síntesis de todo lo dicho, concluye con una interesante definición de tolerancia. A su criterio, esta no es en sí misma una virtud y, se ser demasiado inclusiva, puede ser directamente un vicio. A su juicio, la tolerancia es el ejercicio de una virtud si sirve a los propósitos de un determinado tipo de búsqueda razonable del bien común y del debate necesario al efecto, en los cuales la expresión de puntos de vista conflictivos, permite hallar una vía constructivo para lograr ciertos bienes individuales y colectivos. La intolerancia, por su parte, también es el ejercicio de una virtud cuando permite alcanzar esos mismos bienes¹⁰⁹².

Ahora bien, en el colofón de su reflexión, destaca y advierte que, en la actualidad, el diálogo sensato en procura del bien común se ve amenazado por fuerzas coactivas de la sociedad civil propias de la época, así como ocurrió en cada momento histórico. La toma de decisiones en la vida cotidiana se tiene que hacer mayormente en ambientes en los que la gente está expuesta, a través de la tecnología de los medios masivos de comunicación, a un enorme cúmulo de información muy diversa y de dudosa procedencia, en ocasiones tergiversada por lo sintética. En general, esa información está diseñada proa despertar intereses o entusiasmo de corto plazo, fácilmente desplazables por el siguiente estímulo. La retórica necesaria para el debate y la búsqueda racional del bien común es incompatible con la retórica de la cultura política y comercial dominante. Por eso, MACINTYRE considera imperioso repensar los conceptos y nociones de libertad de expresión y de tolerancia. Ahora, a su juicio, nadie ha podido señalar aún cómo hacerlo de manera constructiva, a favor de las políticas razonables de las comunidades locales.

y. RAWLS: el influjo del constructivismo en el liberalismo.

Los aportes de los pensadores comunitaristas ejercieron una fuerte influencia en el destacado exponente del liberalismo que es RAWLS¹⁰⁹³. Así, tras la aparición de su obra esencial (*A Theory of Justice*) se comenzó a notar en su discurso la presencia

¹⁰⁹¹ "But it is because accountability is important in just the ways on which Mill lays emphasis that there are some beliefs failure to abandon which in the face of the evidence justifies, so long as it is continued, exclusion from the company of rational human beings" (MACINTYRE; *Ethics*; p. 223).

¹⁰⁹² MACINTYRE; *Ethics*; p. 223.

¹⁰⁹³ Además de las obras de RAWLS que se citarán seguidamente, se ha seguido para esta síntesis de su pensamiento a NINO; *Ética*; pp. 142-158. Ver también NINO; *Liberalismo "versus" comunitarismo*; pp. 368 y ss. También RUIZ MIGUEL destaca que el particularismo en RAWLS parece estar confirmado por su contundente rechazo a toda posibilidad de un Estado mundial, que solo podría ser una autocracia opresiva o se vería continuamente perturbado por guerras civiles declaradas o latentes (RUIZ MIGUEL; *Derechos humanos*; p. 109; notaa 33).

de elementos relativistas y convencionalistas y la toma de distancia de los presupuestos objetivistas y universalistas, que habían guiado a su generación.

De a poco, comienza a afirmarse en la idea de que la noción de justicia no es metafísica, sino política, nacida y sostenida de lo que denomina un “consenso sobre-puesto”, sobre lo que volveré más adelante. Destaca que no es su intención procurar hallar una concepción de justicia aplicable a toda sociedad, al margen de sus particularidades y de su contexto histórico. La finalidad de la justicia –según entiende– es la de resolver conflictos nacidos de las diversas interpretaciones de la libertad y de la igualdad, que es posible que se produzcan en el contexto de las sociedades democráticas modernas ya constituidas; lo que da la pauta del elemento particularista en el que está pensando¹⁰⁹⁴. Las instituciones comienzan a ser vistas como engarzadas en una determinada cultura democrática pública y la concepción de justicia va de la mano de la particular concepción de persona que tenga cada sociedad y de la cooperación social, en tanto los ciudadanos se piensan a sí mismos como miembros de un grupo¹⁰⁹⁵.

Otra idea remarcable es la relativa a que la experiencia histórica ha demostrado que es imposible alcanzar un entendimiento que asegure la convivencia pacífica, de manera razonable y no coercitiva, sobre divergencias religiosas y filosóficas, o sea sobre diferentes concepciones del mundo y del hombre. Por eso es que el papel de la filosofía política es eminentemente práctico, en el sentido de que no debe tomar partido por alguna de esas posiciones, sino tratar de alcanzar un entendimiento posible en materia de orden social¹⁰⁹⁶.

Sobre esa base, en un artículo en el que procura hacer algunas observaciones sobre el concepto de *justicia como equidad*, que ya había abordado en *A Theory of Justice*, afirma expresamente –nótese aquí la influencia del comunitarismo¹⁰⁹⁷– que la noción de justicia parece depender de ciertas reivindicaciones filosóficas que RAWLS prefiere eludir, como por ejemplo, la pretensión de verdad universal o las pretensiones sobre la naturaleza esencial y la identidad de las personas. En cambio, la idea medular que intenta desarrollar es que en una democracia constitucional la concepción pública de justicia debería ser, en la medida de lo posible, independiente de doctrinas filosóficas y religiosas que supongan una moral general, siempre controversiales y, por eso

¹⁰⁹⁴ RAWLS; *Kantian Constructivism*; pp. 517-518. Ver también RUIZ MIGUEL; *Derechos humanos*; pp. 104-105.

¹⁰⁹⁵ RAWLS; *Kantian Constructivism*; pp. 517 y 538.

¹⁰⁹⁶ NINO; *Ética*; p. 151.

¹⁰⁹⁷ De hecho, RAWLS, sin mencionar al comunitarismo, reconoce en este mismo artículo que ha modificado ciertos puntos de vista, con relación a algunos aspectos sostenidos en su obra fundamental: “*I want to put aside the question whether the text of A Theory of Justice supports different readings than the one I sketch here. Certainly on a number of points I have changed my views, and there are no doubt others on which my views have changed in ways that I am unaware of. I recognize further that certain faults of exposition as well as obscure and ambiguous passages in A Theory of Justice invite misunderstanding*” (RAWLS; *Justice as Fairness*; pp. 223-224).

mismo, incapaces de proporcionar un concepto de justicia que pueda ser públicamente aceptada en un Estado democrático. Para formular tal concepción, es necesario aplicar el principio de tolerancia a la filosofía en sí misma, en tanto la justicia en el marco de lo público es política y no metafísica¹⁰⁹⁸.

Esto no significa, desde luego, que una concepción política de la justicia no sea una concepción moral, sino que lo es pero diseñada para un tipo de sujeto particular, es decir, para las instituciones políticas, sociales y económicas. En especial, la justicia como equidad se adecua a lo que RAWLS denomina “estructura básica” de una democracia constitucional moderna¹⁰⁹⁹.

Esta justicia como equidad en RAWLS no pretende ser ni funcionar como una doctrina moral general a ser aplicada a cada estructura básica democrática particular, como un caso más a los que tal doctrina moral estuviera destinada a reglar. Al contrario, al ser una cuestión de política práctica –por oposición a una moral general– tiene como norte proporcionar las bases públicamente reconocidas para una concepción de justicia en un Estado democrático moderno. Para mejor explicar esta idea, RAWLS recuerda que las condiciones históricas y políticas de esa concepción de Estado, echa sus raíces en las guerras de religión que siguieron a la Reforma Protestante y al subsecuente desarrollo del principio de tolerancia, como así también en el crecimiento de los gobiernos constitucionales y de las instituciones de las economías de mercado. Todas esas condiciones particulares afectaron profundamente –a su juicio– los requerimientos de una concepción política de justicia que resultara viable. Un concepto de esa naturaleza debe admitir diversidad de doctrinas y la pluralidad de los inconmensurables y conflictivas concepciones del bien afirmadas por los miembros de las sociedades democráticas existentes¹¹⁰⁰.

Para rematar estas ideas y –agregamos– en conexión con elementos del comunitarismo y aportando una visión que será interesante de cara al debate sobre la eventual universalidad o no de los derechos humanos, RAWLS destaca que la justicia como equidad es una concepción política porque parte desde *dentro* de una determinada o particular tradición política que, para ser viable, requiere de un “consenso sobrepuesto” –*overlapping consensus*–, esto es, de un consenso que incluya a todas las doctrinas religiosas y políticas en pugna u opuestas que tengan chances de perdurar y de ganar adherentes en una sociedad democrática y constitucional¹¹⁰¹. Se trata de un mé-

¹⁰⁹⁸ RAWLS; *Justice*; p. 223.

¹⁰⁹⁹ RAWLS; *Justice*; p. 224.

¹¹⁰⁰ RAWLS; *Justice*; p. 225.

¹¹⁰¹ RAWLS; *Justice*; pp. 225-226.

todo para tratar de alcanzar las mismas conclusiones a partir de diferentes premisas¹¹⁰².

Para explicar el origen del liberalismo, en el cual engarza su pensamiento, RAWLS recurre a la explicación histórica, que también puede azuzar la reflexión – agregamos– sobre el inconmensurablemente complejo problema del universalismo (o no) de los derechos humanos. En una prieta síntesis de casi dos mil años del pensamiento occidental, RAWLS pone de realce que una de las mayores divisorias de aguas acerca de la concepción de justicia está dada por la línea que separa a las concepciones que admiten una pluralidad de concepciones opuestas del concepto de bien y aquellas que afirman que no hay más que una sola concepción del bien que es reconocible por todas las personas, en tanto seres racionales. Estas últimas están representadas básicamente por la tradición clásica greco-cristiana (Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás de Aquino), de las que también es tributario el utilitarismo clásico, que entiende que no hay sino una noción racional de bien y que la misión de la filosofía, junto con la teología y la metafísica, es determinar su naturaleza. Por el contrario, el liberalismo supone que existen distintas y conflictivas concepciones del bien, cada una compatible con la racionalidad humana. El liberalismo asume que un rasgo característico de la cultura democrática es que los ciudadanos sostienen una pluralidad de concepciones acerca del bien. Por eso, para el liberalismo, en contraposición con la doctrina clásica, no existe una respuesta única adecuada acerca de una concepción política de justicia en una sociedad democrática, como no es posible llegar a un acuerdo público sobre la noción de bien¹¹⁰³.

Hasta las guerras de religión de los siglos dieciséis y diecisiete, la idea de cooperación social estaba escasamente perfilada, ya que la cooperación sobre la base del respeto mutuo era impensada entre personas de distintos credos. Consecuentemente, una de las raíces históricas del liberalismo fue el desarrollo de doctrinas varias que urgían la tolerancia religiosa. El liberalismo, tal como lo entendía MILL por ejemplo, acepta las distintas concepciones del bien como un hecho propio de la cultura democrática moderna, siempre y cuando esos puntos de vista respetaran los límites especificados por los principios de justicia¹¹⁰⁴.

Continuando con el desarrollo de la noción de justicia como equidad, muy relacionada con el principio de tolerancia, RAWLS señala que hay períodos históricos de toda sociedad durante los cuales algunas cuestiones fundamentales dan lugar a ríspidas controversias políticas, al punto de que parece difícil, si no imposible, llegar a algún

¹¹⁰² NINO; *Ética*; p. 163.

¹¹⁰³ RAWLS; *Justice*; pp. 248-249.

¹¹⁰⁴ RAWLS; *Justice*; p. 249.

tipo de entendimiento. Incluso, algunos de esos conflictos permanecen por siempre irresueltos. En ese contexto ineludible para cualquier sociedad democrática, compete a la filosofía política poner atención a esos focos de conflicto y analizar si es posible delinear bases mínimas de consenso y hallar una forma que resulte mutuamente aceptable para las partes de resolver esas controversias de carácter público. O, en caso de que no sea posible llegar a una solución, deberá procurarse el modo de acercar posiciones lo máximo posible de forma tal de que la cooperación política sobre los cimientos del respeto mutuo pueda ser conservada¹¹⁰⁵.

En materia de desacuerdo sobre el alcance de los derechos y libertades básicos, RAWLS señala el contrapunto existente en la historia de la filosofía política de los últimos dos siglos como un caso emblemático de falta de acuerdo acerca de cómo configurar las instituciones democráticas, cuando a los ciudadanos se los concibe como personas libres e iguales. Para graficar la profunda controversia que existe acerca de cómo realizar mejor los valores de libertad e igualdad en la estructura social básica, apela a las posiciones de LOCKE y ROUSSEAU. El primero asignaba un peso muy importante a las libertades de pensamiento y de conciencia, a ciertos derechos individuales básicos, al derecho de propiedad, al Estado de derecho y a toda la tradición asociada a este. ROUSSEAU, en cambio, otorgaba mayor relevancia a las libertades políticas igualitarias y a los valores de la vida pública¹¹⁰⁶.

La justicia como equidad trata de terciar entre estas dos tradiciones políticas en conflicto. Para comprender esto, es importante asumir que algunos consensos básicos de la estructura social, es decir las formas institucionales, son más apropiadas para realizar los valores de libertad e igualdad cuando los ciudadanos son vistos como personas morales, lo que les permite participar en la sociedad entendida como un sistema de cooperación justa para el beneficio mutuo. En ese contexto, uno de los principios rectores que aporta la noción de justicia como equidad es que cada persona tiene igual derecho a un esquema completamente adecuado de iguales derechos y libertades básicas, compatible con un esquema similar garantizado para todos los demás miembros de la sociedad¹¹⁰⁷. En efecto, es de opinión que las personas que eligen principios para sus instituciones están interesadas en asegurar la integridad de su libertad moral y religiosa; la tolerancia es un principio de respeto mutuo entre personas que entienden la importancia y comparten ese interés¹¹⁰⁸. Vista así, la clave de la tolerancia es el interés propio e individual en el desarrollo y expresión de una forma de entender el bien¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁵ RAWLS; *Justice*; p. 226.

¹¹⁰⁶ RAWLS; *Justice*; p. 227.

¹¹⁰⁷ RAWLS; *Justice*; p. 227.

¹¹⁰⁸ BEITZ; *La idea*; pp. 178-179.

¹¹⁰⁹ BEITZ; *La idea*; p. 179.

Ahora bien, a la hora de determinar cuál es la mejor forma de realizar la libertad y la igualdad en nuestra sociedad, RAWLS estima que la filosofía política no puede más que aspirar a achicar la brecha entre los distintos puntos de vista. Con todo, incluso las convicciones más firmes van cambiando gradualmente, como lo muestra el hecho de que la tolerancia religiosa hoy sea aceptada y que los argumentos que avalaban las persecuciones ya no sean profesados públicamente. También hoy en día se rechaza la esclavitud por injusta y nadie está dispuesto a defenderla. Convicciones establecidas como la tolerancia religiosa o el repudio a la esclavitud son tomadas en cuenta y se trata de organizar las ideas básicas y los principios implícitos en aquellas configurando una concepción coherente de justicia¹¹¹⁰.

Con miras entonces a procurar ese consenso básico, RAWLS afirma que la justicia como equidad como concepción política es de orden práctico; no metafísico ni epistemológico. No procura la búsqueda de una noción de justicia que sea verdadera, sino que puede servir como cimiento de un acuerdo informado y voluntario entre los ciudadanos vistos como personas libres e iguales. Tal acuerdo da sustento a los fines de todas las personas y asociaciones en un sistema democrático. Para salvaguardar ese consenso, se procura eludir las disputas filosóficas, morales y religiosas, no porque no sean importantes o porque sean indiferentes, sino porque se las considera demasiado relevantes y se reconoce que no hay forma de resolver las diferencias a través de la política. Ante esto lanza una afirmación sumamente contundente para el objeto de este apartado del trabajo: la única alternativa al principio de tolerancia es el uso autocrático del poder del Estado. Esto significa que, dadas las profundas diferencias de creencias y concepciones del bien que existen desde la Reforma, se debe reconocer –según RAWLS– que en materia de religión y doctrina moral, el consenso público sobre aspectos filosóficos básicos no puede ser logrado sin que el Estado infrinja libertades básicas¹¹¹¹. Su esperanza es que a través de este “método de evitación” –“*method of avoidance*”– las diferentes miradas políticas puedan por lo menos moderarse, de modo tal que la cooperación social sobre la base del respeto mutuo pueda ser conservada.

En el contexto de la teoría de la justicia como equidad, la unidad social comienza por entender a la sociedad como un sistema de cooperación entre personas libres e iguales. La cohesión social y la lealtad de los ciudadanos a sus instituciones no se fundamenta en que todos compartan la misma concepción acerca del bien, sino en

¹¹¹⁰ RAWLS; *Justice*; p. 228.

¹¹¹¹ “The only alternative to a principle of toleration is the autocratic use of state power. Thus, justice as fairness deliberately stays on the surface, philosophically speaking. Given the profound differences in belief and conceptions of the good at least since the Reformation, we must recognize that, just as on questions of religious and moral doctrine, public agreement on the basic questions of philosophy cannot be obtained without the state’s infringement of basic liberties. Philosophy as the search for truth about an independent metaphysical and moral order cannot, I believe, provide a workable and shared basis for a political conception of justice in a democratic society” (RAWLS; *Justice*; p. 230).

la aceptación pública de una concepción política de justicia que regule la estructura básica de la sociedad. Esa idea de justicia es independiente de y anterior a la noción de bien como límite de lo permisible. Una tal estructura social básica y sus instituciones crean un marco dentro del cual distintas concepciones pueden ser desarrolladas. Esto es una característica propia del liberalismo y necesaria en una sociedad democrática¹¹¹².

La estabilidad de la unidad social lograda conforme la propuesta de RAWLS de la justicia como equidad dependerá del contenido de las doctrinas religiosas, filosófica y morales disponibles para constituir el ya visto “consenso sobrepuesto” – “*overlapping consensus*”. Para graficar su afirmación, propone imaginar tres ciudadanos que adhieran a la justicia como equidad, según tres puntos de vista distintos: el primero, porque sus creencias religiosas y el modo de entender su fe conducen al principio de tolerancia y suscribe la idea fundamental de la sociedad como un esquema de cooperación entre personas libres e iguales; el segundo, como consecuencias de una moral liberal comprensiva, como las de KANT y MILL; el tercero, porque la justicia como equidad no es la consecuencia de ninguna doctrina más amplia, pero es en sí misma suficiente para expresar valores de mayor peso que otros que se le puedan oponer, al menos en condiciones razonablemente favorables. Para RAWLS, este consenso sobrepuesto parece más estable que cualquier otro cimentado en miradas escépticas e indiferentes de la religión, la filosofía y los valores morales o que consideren la aceptación de los principios de justicia simplemente como un *modus vivendi* prudente, en el contexto del balance de las fuerzas sociales existentes¹¹¹³. NINO, por su parte, critica este método propuesto para alcanzar las mismas conclusiones partiendo de distintas premisas, por considerarlo infecundo. A su juicio, si bien es cierto que es posible que dos sujetos defiendan el mismo objeto, pero en razón de diversas motivaciones, tales individuos no tienen intención de discutir sus distintas premisas, por lo que lo máximo que pueden hacer es celebrar su convergencia y el “consenso sobrepuesto” al que han llegado, pero no pueden avanzar en la solución de los demás casos en los que sus distintas premisas los conduzcan a conclusiones diferentes¹¹¹⁴.

KYMLICKA, al abordar la cuestión de tolerancia y liberalismo, se ocupa de efectuar un análisis de la propuesta que acaba de comentarse, en el que efectúa la crítica de que la idea de RAWLS supone un individuo liberal en lo político, pero comunitarista en lo personal, lo que a su juicio constituye un desatino. Según KYMLICKA, en sus obras posteriores a 1985, RAWLS toma distancia del compromiso liberal con la

¹¹¹² RAWLS; *Justice*; pp. 249-250.

¹¹¹³ RAWLS; *Justice*; p. 250.

¹¹¹⁴ NINO; *Ética*; pp. 163-164.

autonomía, sobre la base de que algunas personas no creen que sus fines últimos sean potencialmente revisables y que, por tanto, defender las instituciones liberales a partir de esa premisa importa una actitud “sectaria”¹¹¹⁵. Esta mirada, que es adoptado también por otros pensadores liberales tienen la intención de atraer hacia las instituciones liberales a quienes rechazan toda posibilidad de que las personas puedan detenerse a cuestionar sus propios fines¹¹¹⁶

KYMLICKA observa que la propuesta de RAWLS no pasa por el total rechazo a la autonomía, sino por la restricción de su alcance. Es decir, pretende recurrir a ella en contextos políticos, como forma de revisar y determinar nuestros derechos y responsabilidades públicos. En cambio, en la órbita de la vida privada, es probable que nuestra identidad personal esté tan vinculada a determinados fines que ello impida su revisión racional¹¹¹⁷. En efecto, sería imposible para algunos sujetos revisar ciertos fines esenciales a su identidad individual en materia moral, religiosa o filosófica, ya que el hecho de hacerlo implicaría un cuestionamiento a la propia identidad; es por ello que, de tan esenciales, tales fines son irrevisables. Pero, en su calidad de ciudadanos, es decir en el ámbito de lo público, los individuos conservan el interés supremo de la autonomía, aunque en lo privado no tengan ni valoren esa capacidad.

Así –continúa KYMLICKA– RAWLS distingue su “liberalismo político” del “liberalismo comprensivo” de MILL, que se basaba en que las personas eran capaces de juzgar el valor de las prácticas sociales heredadas, en todos los aspectos de su vida; no solo en lo político. Es decir que el de MILL era un ideal de reflexión racional aplicable a las acciones humanas en general¹¹¹⁸. En cambio, a RAWLS le preocupa que mucha gente no acepte la autonomía en su vida en general, como principio rector del pensamiento, pero que pueda, así y todo, aceptar la idea de autonomía en contextos políticos.

Como hemos anticipado, para KYMLICKA la descripción rawlsiana de la identidad no pública es muy cercana a la concepción comunitarista del yo de SANDEL –

¹¹¹⁵ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 219. Concretamente, KYMLICKA se refiere a la siguiente afirmación de RAWLS: “[a]s comprehensive moral ideals, autonomy and individuality are unsuited for a political conception of justice. As found in Kant and J. S. Mill, these comprehensive ideals, despite their very great importance in liberal thought, are extended too far when presented as the only appropriate foundation for a constitutional regime. So understood, liberalism becomes but another sectarian doctrine” (*Justice*; p. 246).

¹¹¹⁶ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 219.

¹¹¹⁷ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 219. Dice RAWLS: “It is essential to stress that citizens in their personal affairs, or in the internal life of associations to which they belong, may regard their final ends and attachments in a way very different from the way the political conception involves. Citizens may have, and normally do have at any given time, affections, devotions, and loyalties that they believe they would not, and indeed could and should not, stand apart from and objectively evaluate from the point of view of their purely rational good. They may regard it as simply unthinkable to view themselves apart from certain religious, philosophical, and moral convictions, or from certain enduring attachments and loyalties. These convictions and attachments are part of what we may call their “nonpublic identity” (*Justice*; p. 241).

¹¹¹⁸ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 220.

según la cual, el individuo es idéntico a sus fines últimos, que son lo que constituyen la identidad de las personas, por lo que el Estado puede reforzar la fidelidad de aquellos a tales fines y limitar su capacidad de cuestionarlos y revisarlos¹¹¹⁹—, lo que lo lleva a afirmar que desde aquella perspectiva —la de RAWLS— las personas con comunitaristas en su vida privada y liberales en su vida pública¹¹²⁰. Así, si una comunidad religiosa considera que sus fines son constitutivos y, por ende, no revisables, no tendría que aceptar una concepción política de la persona que diera por supuesta la capacidad personal de distanciarse y examinar sus fines.

En opinión de KYMLICKA, puede ser que RAWLS pensara que todos podrían aceptar su concepción política, aun cuando no confiaran o creyeran en la autonomía individual, porque siempre les quedaba la facultad de abstenerse de aplicarla en su esfera íntima. Sin embargo, no advierte que para las minorías no liberales esa concepción política de la persona resulta onerosa, ya que “no contempla ningún sistema de restricciones internas que limiten el derecho de los individuos del grupo a revisar sus concepciones del bien”¹¹²¹, lo que las puede llevar a considerar que las libertades civiles son perjudiciales.

Para KYMLICKA la estrategia de RAWLS de aprobar la autonomía solo en el campo de lo público no logra su propósito, ya que solo adscribirían a esa propuesta quienes adoptarn la autonomía como valor general. Deja sin explicar por qué quienes son comunitarias en su vida privada deberían ser liberales en su vida política. La colisión de ambos puntos de vista queda en evidencia, por ejemplo, de cara a ciertas sectas religiosas, como los *amish*, los menonitas¹¹²² o los hutteristas, quienes podrían considerar que el ideal político rawlsiano de autonomía colisionara con sus principios y valores fundamentales sobre la persona y la sociedad:

[a]llí donde Rawls querría que lo educadores preparase a los niños para los derechos y deberes de la ciudadanía, para las sectas religiosas ‘la educación tiene una finalidad distinta... la de preparar a sus hijos para la vida en sus comunidades’. No les preocupa la preparación de las personas para ejercer sus derechos políticos, sino la ‘necesidad de obediencia’¹¹²³.

En la opinión de KYMLICKA, quizás RAWLS no se percató de estas debilidades de su posición porque crea que su concepción política sea la única que pueda proteger a las minorías religiosas de la intolerancia de la mayoría. Sin embargo, estima que esto es un error, porque se puede asegurar la tolerancia *entre* grupos, sin proteger la intolerancia *dentro* de cada grupo, tal como se verá a continuación, al analizar la posición en la materia del propio KYMLICKA. Para este, “si queremos defender los dere-

¹¹¹⁹ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 130.

¹¹²⁰ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 221.

¹¹²¹ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 221.

¹¹²² Sus casos fueron comentados en I. B) 1. ii) b.

¹¹²³ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 223 y nota 8.

chos civiles de los individuos tenemos que trascender la necesidad de la tolerancia de grupo y dar cuenta del valor de dotar a los individuos de la libertad de formar y revisar sus fines últimos”¹¹²⁴. RAWLS se equivoca al suponer que es posible evitar el recurso al valor general de la autonomía personal sin debilitar su argumentación sobre la prioridad de los derechos civiles. La pluralidad social, desconectada de cualquier supuesto de autonomía individual, no puede defender por sí misma toda la gama de libertades liberales. Si los comunistas estuvieran en lo cierto y las personas carecieran de interés y capacidad para revisar sus fines últimos, quizás fuera más atinada su propuesta de admitir restricciones internas a miembro de grupos iliberales sería una respuesta más adecuada al pluralismo que la de RAWLS¹¹²⁵.

Sin embargo, para KYMLICKA debe defenderse la libertad de conciencia individual y no simplemente la tolerancia de grupo, por lo que se impone rechazar la idea comunitarista de que los fines de las personas están fijados y trascienden la revisión racional. Es decir, hay que hacer valer la autonomía personal¹¹²⁶ al, tal como se verá de inmediato.

δ. KYMLICKA: la tolerancia liberal que reconoce el derecho de las minorías a ser diversas.

Como ya hemos dicho, KYMLICKA sostiene que los liberales pueden y deben aprobar determinados derechos, en su calidad de grupo, a las minorías étnicas y nacionales¹¹²⁷. No obstante, esa aprobación siempre es condicional y modificable, ya que los grupos pueden sostener exigencias que superen lo que el liberalismo pueda tolerar: “[l]as democracias liberales pueden acomodar y adoptar muchas formas de diversidad cultural, pero no todas”¹¹²⁸.

Desde su punto de vista, las limitaciones que impone el liberalismo son básicamente dos: “libertad dentro” del grupo e “igualdad entre” grupos minoritarios y mayoritarios. Lo primero remite a las ya comentadas restricciones internas; es decir, las pretensiones de las comunidades minoritarias de restringir derechos individuales y libertades civiles y políticas de sus miembros, como forma de reivindicación al interior del

¹¹²⁴ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 224.

¹¹²⁵ KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 224-225. KYMLICKA resalta que esta es precisamente la propuesta de los comunitaristas y de los defensores de las restricciones internas en general, quienes promueven que los grupos religiosos y culturales deberían poder proteger los fines constitutivos de sus miembros por vía de la restricción de algunos de sus derechos individuales. SANDEL defiende, por ejemplo, que los *amish* puedan sacar a sus hijos de la escolarización obligatoria, como expresión de la libertad de conciencia, entendida como libertad para seguir los propios fines y como libertad para elegir la propia religión (pp. 225-226).

¹¹²⁶ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 226.

¹¹²⁷ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 211.

¹¹²⁸ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 211.

grupo, ante sujetos que pretenden diferenciarse total o parcialmente de su colectivo originario. A decir de KYMLICKA, los liberales tienen el compromiso de apoyar el derecho de los individuos de decidir por sí mismos qué aspectos de su herencia cultural merecen perpetuarse, porque es de la esencia del liberalismo que se respete la libertad y la capacidad del hombre para cuestionar las prácticas tradicionales de su comunidad, aunque sea para decidir no continuar ateniéndose a ellas¹¹²⁹.

Lo segundo se refiere a su concepción de que el liberalismo es compatible, en cambio, con las reivindicaciones externas; o sea, con las defensas de un colectivo contra ataques culturales externos, con la importante limitación de que ello no puede justificar que un grupo oprima a otro, como ocurrió durante el régimen de *apartheid*. Este tipo de restricciones son legítimas, entonces, en tanto se mantenga la igualdad entre las minorías¹¹³⁰.

El propio autor concluye que un sistema de derecho de las minorías que respete las comentadas limitaciones de libertad dentro de los grupos e igualdad entre los grupos “es impecablemente liberal. Es coherente con, y en realidad fomenta, los valores liberales básicos”¹¹³¹, porque respeta la libertad individual y la autonomía personal.

KYMLICKA asume que es posible que su posición reciba la crítica de que defender el derecho de las minorías nacionales a mantenerse como sociedades culturalmente distintas solo en la medida en que se gobiernen siguiendo principios liberales, puede no corresponderse con las aspiraciones de esos grupos. De hecho, rechazar el liberalismo podría ser una de las manifestaciones de lo que los hace culturalmente diversos e imponerles los valores liberales podría ser una nueva forma de etnocentrismo¹¹³². En ese contexto, uno de los dilemas de más compleja solución es el que se presenta cuando un grupo pretende que lo dejen en paz para gobernarse internamente conforme sus pautas y valores¹¹³³. De darse este caso, parecería erróneo imponer el liberalismo, puesto que ello sería una muestra de *intolerancia*.

Según el autor, situaciones de este tenor, dejan al descubierto las dificultades y –agregamos aquí– la vigencia que la cuestión de la tolerancia tiene en el análisis y gestión política de las sociedades actuales, tanto al interior como hacia fuera del libe-

¹¹²⁹ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 211. En sintonía con el Comité de Naciones Unidas sobre los derechos Humanos, cree que no hay razones que avalen que la supervivencia de un grupo étnico o nacional requiera violar los derechos humanos de sus miembros. En esa dirección, ejemplifica que sería inaceptable que una minoría practicara la esclavitud para subsistir. No se debe permitir que los miembros más poderosos de los grupos exploten o sometan a los más débiles (pp. 211-212, nota 1).

¹¹³⁰ En mayor profundidad; KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 58-71.

¹¹³¹ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 212.

¹¹³² KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 213.

¹¹³³ En cambio, si pretendiera oprimir a otros grupos, la solución sería más sencilla, ya que mucha gente estaría de acuerdo en justificar una intervención en nombre de la autodefensa contra una agresión ilegítima (KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 213).

ralismo, ya que aquella siempre ha sido un valor liberal fundamental. La encrucijada viene dada porque el fomento de la libertad individual y de la autonomía personal, puede llevar insito el germen de la intolerancia hacia los grupos iliberales¹¹³⁴.

Como recuerda KYMLICKA, entre los liberales se ha discutido siempre si el valor fundamental de su teoría es la autonomía o la tolerancia. Quienes privilegian la tolerancia por sobre la autonomía suelen ser más receptivos a las demandas de los grupos culturales que pretenden imponer restricciones internas a sus miembros, justamente porque entienden que el liberalismo no está comprometido con la autonomía como valor primordial. Sin embargo, son mucho menos proclives a aceptar las pretensiones de reivindicación externa de las minorías iliberales, porque su concepción de la tolerancia liberal consiste no solo en dejarlas en paz para su organización interna, sino en que el Estado no les preste ningún tipo de apoyo desde el exterior y en que aquellos grupos no intenten imponer sus valores a los demás¹¹³⁵.

Discrepante con esta mirada de un sector del liberalismo, para KYMLICKA el valor principal que el liberalismo debe defender es la autonomía como expresión de la conciencia individual; la tolerancia liberal dependerá del compromiso con aquella.

En efecto, señala que existen formas de tolerancia religiosa no liberales, basadas en la idea que cada grupo tenga libertad para organizar su comunidad como considere mejor o más oportuno, incluso si siguiera directrices no liberales. Como ejemplo histórico de que tolerancia y liberalismo no van de la mano, analiza el sistema de los *milletts*, del imperio otomano, en el que los grupos no musulmanes¹¹³⁶ fueron tolerados como unidades autogobernadas, a las que se les permitía no solo practicar su religión, sino también restringir las libertades de sus miembros. Lo único que estaba estrictamente regulado por el imperio era precisamente las relaciones de los grupos minoritarios con los gobernantes musulmanes. KYMLICKA destaca que, si bien esta era una sociedad poliétnica y plurirreligiosa que parecía funcionar armoniosamente, no era una sociedad liberal, precisamente, porque no reconocía la libertad individual; no había espacio para la disidencia personal dentro de cada comunidad ni libertad para cambiar de fe. Los otomanos aceptaron el principio de tolerancia –como voluntad de una religión dominante de coexistir con otras–, pero no aceptaron el principio de conciencia individual¹¹³⁷. Todavía hay grupos que reclaman este tipo de tolerancia no liberal, para poder restringir la libertad religiosa de sus propios miembros, sin que el Estado pueda proteger a los individuos en el ejercicio de su libertad¹¹³⁸.

¹¹³⁴ KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 213-214.

¹¹³⁵ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 214.

¹¹³⁶ Ortodoxos griegos, ortodoxos armenios y judíos.

¹¹³⁷ KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 215-217.

¹¹³⁸ KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 217-218.

De cara a lo anterior, KYMLICKA se pronuncia en el sentido de que la noción de tolerancia históricamente suscrita por los liberales es la implica libertad de conciencia individual y no libertad de culto colectiva:

[...]la tolerancia liberal protege el derecho de los individuos a discrepar de su grupo, así como el derecho de los grupos a no ser perseguidos por el Estado. Limita el poder de los grupos iliberales a la hora de restringir la libertad de sus propios miembros, así como el poder de los Estados iliberales de restringir el culto colectivo¹¹³⁹.

Como ya se ha dicho, KYMLICKA recoge el guante de las críticas que ha recibido su posición, en especial, en lo relativo a que la defensa de los derechos individuales basada en la autonomía invoca ideales y valores que no son defendidos ni compartidos por todos, en una sociedad democrática, lo que entrañaría el peligro de que el liberalismo acabe siendo sectario. Sin embargo, a su criterio, la idea de que todos tenemos interés y somos capaces de juzgar y revisar nuestras concepciones heredadas del bien suele ser ampliamente compartida en las sociedades democráticas occidentales¹¹⁴⁰. No obstante, algunas minorías indígenas –como los *pueblo*, en Estados Unidos– o sectas religiosas –como los *amish* o los menonitas– plantean retos a las democracias liberales porque suelen reclamar restricciones internas en pugna con los derechos individuales¹¹⁴¹, sin que sientan satisfechos sus reclamos con el reconocimiento de la tolerancia política entre grupos¹¹⁴².

Ahora bien, a pesar de que rechaza las teorías que no conceda o restrinja derechos civiles a los miembros de las minorías, para no caer en *imponer* el régimen liberal, por vía de intervención en cultural minoritarias iliberales¹¹⁴³, considera que para hallar el tratamiento adecuado a esos grupos, hay que diferenciar dos circunstancias escindibles: la necesidad de *identificar* qué derechos de minorías son coherentes con los principios liberales y la de determinar si corresponde *imponer* los principios liberales a los grupos que rechazan ese ideario¹¹⁴⁴. Por “imponer” se entiende apelar a la intervención de una tercera parte para obligar a la minoría a respetar los derechos liberales¹¹⁴⁵.

A su criterio, los liberales no están autorizados a imponer sus principios a los grupos que no los compartan. Esto que es bastante obvio cuando el grupo iliberal es

¹¹³⁹ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 218.

¹¹⁴⁰ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 226.

¹¹⁴¹ KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 226-227.

¹¹⁴² Al estilo del sistema de los *millet* y de la propuesta del liberalismo político de RAWLS (KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 227).

¹¹⁴³ KYMLICKA ha sido criticado por estar a favor de imponer un régimen liberal a grupos que rechazan el ideario de esa corriente de pensamiento, como los indios *pueblo* (*Ciudadanía*; p. 227 y nota 13).

¹¹⁴⁴ “Los principios liberales nos dicen que los individuos tienen determinados derechos que su gobierno debe respetar, como la libertad de conciencia individual. Pero tras haber identificado esos derechos, nos encontramos con la muy distinta cuestión de imponer el liberalismo” (KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 228).

¹¹⁴⁵ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 228.

otro Estado¹¹⁴⁶, también en válido para las minorías nacionales dentro del propio país¹¹⁴⁷. Ello, a pesar de que muchos liberales han sido proclives, en caso de las minorías nacionales, a suscribir la intervención coercitiva de una tercera parte, para lo que suelen considerar idóneos a tribunales de justicia de instancias supremas, por vía del control de constitucionalidad. Tal el caso de los liberales estadounidenses, que entienden que la Corte Suprema de los Estados Unidos está investida de autoridad legítima para revocar decisiones del consejo tribal de los *pueblo* que violen derechos individuales¹¹⁴⁸. Sin embargo, para KYMLICKA, esa forma de revisión judicial aplicable a los gobiernos estatales, no pueden ser extensible a las minorías nacionales autogobernadas, como las comunidades indígenas con facultades de autogobierno, quienes no han estado históricamente sometidos a la Carta de Derechos.

La propensión de los liberales contemporáneos a ser reacios a imponer su ideario a países extranjeros, pero a ser proclives a imponerlo a las minorías nacionales, para KYMLICKA, es una incoherencia¹¹⁴⁹, puesto que, tanto en uno como en otro caso, imponer las ideas por la fuerza es percibido como una forma de agresión o colonialismo, que no puede más que acabar en un rotundo fracaso. Las instituciones liberales solo pueden funcionar si la sociedad minoritaria ha interiorizado sus creencias¹¹⁵⁰.

En términos de proponer soluciones concretas a la presencia de grupos iliberales al interior de un país, estima que en un Estado multinacional las relaciones entre las mayorías y minorías deben regirse por la negociación pacífica y no por la fuerza. El acuerdo debe tomar como base la coincidencia en los principios fundamentales que encuentren los diversos grupos¹¹⁵¹.

A nuestro juicio, se produce aquí el punto culmen de la argumentación de KYMLICKA, que es también el que plantea mayores interrogantes. Según su punto de vista, el acuerdo resultante de aquella negociación –muy típica de las federaciones de Estados– puede implicar que se llegue a eximir a la minoría de la Carta de Derechos y de la revisión judicial federal. Es decir que, si la minoría es iliberal, a mayoría “no podrá

¹¹⁴⁶ Recuerda KYMLICKA que, a pesar de que los liberales decimonónicos, como MILL, eran proclives al uso de la fuerza para obligar a Estados extranjeros a adoptar el liberalismo, a cuyo efecto llegaron a sostener incluso la vía del colonialismo, los liberales contemporáneos han abandonado esa doctrina, a la que estiman imprudente e ilegítima, y han propuesto en su lugar el fomento de valores liberales a través de la educación y los incentivos económicos (*Ciudadanía*; pp. 228-229).

¹¹⁴⁷ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 227 y ss.

¹¹⁴⁸ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 229. “Dado el papel central que jugaron los tribunales federales en la lucha contra el racismo, los liberales estadounidenses han desarrollado un profundo compromiso con el principio de revisión judicial centralizada, según el cual un único organismo debería tener autoridad para revisar y revocar las acciones de todos los niveles del gobierno dentro de cada país partiendo de una única Carta de Derechos” (p. 230).

¹¹⁴⁹ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 230.

¹¹⁵⁰ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 231.

¹¹⁵¹ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 231. Si no hubiera coincidencias en los principios ni forma de persuadir a las minorías de que adopten los principios liberales, la acomodación tendría que darse sobre otras bases, como el *modus vivendi* (p. 231).

impedir la violación de los derechos individuales en el seno de la comunidad minoritaria”¹¹⁵². Lo máximo que lo liberales –tanto pertenezcan a la minoría como a la mayoría– podrán hacer es ejercer su derecho y su responsabilidad de manifestar su disconformidad con las injusticias, con la intención de promover sus valores liberales, mediante las razones o el ejemplo. Y lo ideal es que estas reformas, para que sean perdurables, nazcan de los liberales que sean miembros del grupo minoritario¹¹⁵³.

Por último, si fuera necesaria la intervención de una tercera parte para terciar en las posiciones de las comunidades diversas o para revisar decisiones de las minorías que parezcan reñidas con principios liberales, KYMLICKA estima que lo mejor es apelar a instancias internacionales. Toma por caso el de algunas tribus indígenas norteamericanas, que se niegan a someterse a la Constitución de sus conquistadores y no reconocen la legitimidad de las cortes oficiales –formadas por jueces no indios, herederos de los colonizadores que ignoraron sus derechos y no les permitieron participar de la redacción de la Carta de Derechos–, pero que se han mostrado dispuestos a acudir a foros internacionales para que revisen sus decisiones internas¹¹⁵⁴.

Sin embargo, la intervención federal puede estar justificada en algunos casos: cuando se produzca una flagrante y sistemática violación a los derechos humanos, como la esclavitud, el genocidio, la tortura y las expulsiones masivas, que incluso justifican la intervención en estados extranjeros¹¹⁵⁵. Si bien la idea parece clara, lo que no se puede precisar con nitidez es el punto exacto en el que esté justificada la intervención en asuntos internos de una minoría. Según KYMLICKA, los factores potencialmente relevantes son la gravedad de las violaciones de derechos en la comunidad minoritaria, el grado de consenso existen en esa comunidad sobre la legitimada de restringir los derechos individuales, la posibilidad de los disidentes del grupo de abonador la comunidad si así lo desean y la existencia de acuerdos históricos con la minoría nacional.

Hasta aquí podríamos decir que la propuesta de KYMLICKA es la que tradicionalmente se ha manejado en las sociedades liberales como, por ejemplo, la argentina o la norteamericana, de cara a la presencia de ciertos grupos étnicos o culturales. En efecto, en tanto se podría decir que se ha sostenido la propuesta liberal desde el Estado, sin imponer modelos de vida al interior de las comunidades minoritarias. Ejemplos ya tratados como el de los menonitas de Argentina¹¹⁵⁶ o “WISCONSIN VS. YO-

¹¹⁵² KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 231.

¹¹⁵³ KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 231-232.

¹¹⁵⁴ KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 232-233. Recuerda KYMLICKA que los gobiernos tribales no estuvieron históricamente sometidos a la Carta de Derechos federal. Pero, por influjo liberal, se aprobó la Ley de Derechos Civiles de los Indios de 1968, que somete a los gobiernos tribales indios a la Carta de Derechos federal en casi todos los aspectos, pero solo tienen que responder ante los tribunales tribales; es decir, no ante los federales (p. 230).

¹¹⁵⁵ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 233.

¹¹⁵⁶ Tratado en I. B).

DER”, con relación a los *amish*¹¹⁵⁷, que también es analizado por KYMLICKA dan la pauta de que se han tolerado algunas restricciones internas –como coartar la educación oficial de los niños– en aras de respetar el modelo de vida sostenidos por las autoridades y por la cultura grupal. Incluso, se han buscado instancias consensuales para solucionar, como ocurrió en los referidos casos, los conflictos desde la búsqueda los principios que mayoría y minoría tenían en común, por ejemplo, que es necesario dar un educación formal elemental a los menores de edad. KYMLICKA cree que estos son casos de grupos étnicos o de sectas asentados durante varias generaciones en el país, a los que se les permitió mantener determinadas instituciones iliberales a nivel interno y que, a su parecer, si tales prerrogativas les fueron concedidas, ahora no se las puede rechazar completamente, a menos que fuesen constitucionalmente injustas¹¹⁵⁸

Pero, a nuestro parecer, el panorama cambia de cara a los nuevos desafíos que proponen las sociedades occidentales actuales, en los que se están haciendo presentes conflictos que no tienen tradición histórica en el país –mutilaciones genitales, matrimonios forzados, homicidios y lesiones por no vestir adecuadamente las ropas de la cultura de pertenencia o por no elegir un novio del mismo grupo étnico o religioso– que, en rigor, no encuadran en las categorías que KYMLICKA califica de “flagrantes y sistemáticas violaciones a los derechos humanos”, ejemplificadas en genocidios, esclavitud y demás delitos contra la humanidad, y que son las que para ese autor justificarían una injerencia. Somos de opinión que estos supuestos constituyen, si no sistemáticas, sí flagrantes violaciones de derechos fundamentales básicos tan reñidas con las Constitución, que el grupo mayoritario a través de las autoridades estatales, tiene derecho a reclamar y a hacer valer el respeto de los estándares mínimos de tutela a la dignidad de humana.

Cierto es que la posición de KYMLICKA se atempera y, posiblemente, esté muy próxima a lo que acabamos de sostener, cuando afirma que es muy distinta la situación de los grupos étnicos y religiosos que componen la población de un país y que llevan generaciones asentados allí –a los que en algunos casos se les reconocen formas de autogobierno– del caso de los inmigrantes recién llegados. Respecto de estos, estima que es legítimo obligarlos a respetar los principios liberales:

[n]o pienso que los Estados liberales cometan un error al insistir en que la inmigración conlleva aceptar la legitimidad de que los Estados hagan respetar los principios liberales, en la medida en que los inmigrantes son conscientes de ellos antes de abandonar su país y pese a todo eligen voluntariamente venir¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁷ También tratado en I.B).

¹¹⁵⁸ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 234. Incluye, junto con los *amish* y los menonitas, a los judíos *hasidim*. Confiando en determinadas seguridades que les fueron otorgadas, ahora esos grupos constituyen enclaves culturales autocontrolados, que dependen de ciertas restricciones internas (p. 234).

¹¹⁵⁹ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 234.

Esto se explica a partir de la descripción que hace KYMLICKA de los inmigrantes, a quienes define como individuos y familias que optaron por abandonar su sociedad de pertenencia para unirse a otra sociedad existente¹¹⁶⁰. Si bien no sería intrínsecamente injusto que los países de acogida les reservaran un territorio y les aportaran recursos y competencias de autogobierno que les hiciera posible recrear su sociedad de origen, no cree posible que esa sea una política que los países actuales fuesen a adoptar. Por otra parte, que no los Estados occidentales no implementen políticas que permitan a los inmigrantes constituirse en minorías nacionales –es importante resaltar esto: cuando KYMLICKA habla de minorías nacionales no incluye a los inmigrantes– tampoco es injusto, porque los inmigrantes decidieron abandonar su propia cultura, sabiendo que su éxito en el nuevo destino dependería de una integración a las instituciones de la sociedad de acogida. En consecuencia, a criterio de KYMLICKA, que el Estado tenga la expectativa de que los inmigrantes se integren no es injusto, pues habrían tenido la opción de quedarse en su país de origen¹¹⁶¹. Eso explica también que los inmigrantes no tengan *derecho* a políticas que les aseguran poder recrear su cultura¹¹⁶².

Sin embargo, eso no significa que no tengan derechos relacionados con la expresión de su identidad. Por el contrario, postula que debe asegurarse que la cultura dominante sea hospitalaria con los inmigrantes y su expresión identitaria, ya que no van a poder recrear su cultura original. La integración, como proceso bidireccional, exige que la sociedad mayoritaria se adapte a los inmigrantes y que estos se adapten a aquella¹¹⁶³.

Ahora bien, distinto es el caso de los refugiados y de aquellos inmigrantes a los que denomina “refugiados económicos”¹¹⁶⁴, que son quienes prácticamente debieron huir de su país y de su cultura por situaciones de carestía extrema. Estos grupos no

¹¹⁶⁰ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 135. Los diferencia de los colonos, quienes llegaron a los países de destino como resultado de una política deliberada, que aspiraba a recrear su sociedad de origen en la nueva tierra (p. 135).

¹¹⁶¹ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 136: “[c]uando decidieron desarraigarse, los inmigrantes renunciaron voluntariamente a algunos de los derechos inherentes a su pertenencia nacional original”.

¹¹⁶² KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 137. Además, los grupos inmigrantes normalmente no son lo suficientemente compactos como para formar una minoría nacional con facultades de autogobierno.

¹¹⁶³ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 137. Para lograr la integración, propone políticas tendentes a combatir los prejuicios y la discriminación de los inmigrantes, no solo a nivel legislativo, sino desde los libros de texto escolares hasta los medios de comunicación. También sugiere el desarrollo de derechos poliétnicos en las leyes laborales, que contemplen descansos religiosos e higiénicos, o en las de tránsito que eximan del uso de casco a los *sij*, por ejemplo (p. 137). Las reivindicaciones de los inmigrantes, como siempre exigirán adaptar prácticas e instituciones de la sociedad de acogida para acomodar las diferencias étnicas, son –en la perspectiva de KYMLICKA– derechos poliétnicos; es decir, no son derechos nacionales (p. 138).

¹¹⁶⁴ En sentido concordante con lo que se ha dicho al comienzo de estas páginas sobre los “inmigrantes por opción” y los “inmigrantes obligados” (ver capítulo I. A) 1), KYMLICKA sugiere que no es lo mismo que una estadounidense de clase media emigre a Suecia de manera voluntaria, en cuyo caso no tendría derecho a reivindicar que el gobierno sueco le proporcionara servicios gratuitos en lengua inglesa, que el supuesto de una campesina etíope que emigra a Estados Unidos. En este caso, seguramente su decisión sea voluntaria solo hasta cierto punto, por haber sido la única manera de procurarse una vida mínimamente digna para ella y sus hijos (*Ciudadanía*; pp. 140-141).

“eligieron” abandonar su grupo de pertenencia cultural, lo que habilita a ser más comprensivos con ellos respecto de pretensiones de reivindicaciones nacionales, como una forma de compensar el fracaso de los países más poderosos en proporcionarles una oportunidad justa y una vida digna en su propio país¹¹⁶⁵.

Volviendo a la cuestión de la tolerancia desde el primer liberalismo, KYMLICKA considera un error de gran parte de los pensadores liberales creer que los ciudadanos, motivados por principios de justicia, no conceden relevancia política a su pertenencia cultural. A su juicio, los ideales liberales de justicia e igualdad son coherentes con determinadas formas de estatus especial para las minorías culturales, que es necesario que sean reconocidas. Como es lógico, habrá minorías que rechacen el liberalismo, en cuyo caso no habrá más opción que el diálogo para tratar de hallar bases de convivencia y, de ser necesario, recurrir a una tercera parte, con atribuciones coercitivas o no coercitivas. Pero, por regla general, no se puede imponer puntos de vista a las minorías no liberales¹¹⁶⁶.

ε. GARZÓN VALDÉS: la tolerancia como propiedad disposicional; la intolerancia como límite sensato. Vigencia de la noción de tolerancia en la filosofía jurídica y en el derecho.

Si bien al esbozar el pensamiento de PÁRAMO mínimamente hemos aludido a la posición de GARZÓN VALDÉS, parece conveniente dedicar un apartado específico a su opinión sobre la tolerancia. Contrariamente a lo que luego veremos que opinan algunos dogmáticos penales acerca de su escaso valor jurídico a esta altura del desarrollo de los derechos fundamentales y de la noción de igualdad, amén de otros reparos que aparecen en la doctrina y que han sido sintetizados más arriba, este autor viene a

¹¹⁶⁵ “Podemos pensar que las personas no tendrían que abandonar su cultura para evitar una pobreza extrema (...) Creo que la justicia internacional obliga a que los países ricos redistribuyan recursos a los países pobres (...) Permitir que los inmigrantes procedentes de países pobres recreen su cultura societal puede ser una forma de compensar nuestro fracaso en proporcionarles una oportunidad justa y una vida digna en su propio país” (KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 141).

¹¹⁶⁶ KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 235. Destaca que la liberalidad de una cultura es una cuestión de grado; todas tienen aspectos iliberales y muy pocas reprimen totalmente la libertad individual. Marcando un contrapunteo con RAZ, quien parecería considerar que todas las culturas indígenas son intrínsecamente iliberales y que por eso mismo no se pueden liberalizar (*The morality of freedom*), KYMLICKA sostiene que, en sus inicios, las naciones liberales eran más bien iliberales; es ahistórico suponer que cualquier cultura hoy considerada liberal lo sea intrínsecamente y que, por ello, vaya a serlo siempre (p. 236 y nota 20).

Además, considera que las culturas minoritarias suelen ser más respetuosas de los derechos individuales de sus miembros, en términos de derechos individuales y de tolerancia al disenso, de lo que se cree desde la cultura mayoritaria. La confusión pasa por el énfasis puesto en ciertas reivindicaciones. Cuando los indígenas afirman que valoran más los derechos colectivos que los individuales –dice KYMLICKA– lo que en verdad sucede es que están manifestando la profunda importancia que atribuyen a su reconocimiento como cultura y como sociedad distintas. Quieren que se los reconozca como comunidad y no solo en términos de derechos individuales. Pero con ello no están afirmando que no den importancia a las libertades personales de sus miembros (pp. 236-237).

remarcar la vigencia de la tolerancia en la filosofía política y jurídica y, en consecuencia, en el mundo del derecho. En efecto, su posición es constantemente retomada y citada por otros autores que se dedican al estudio de la tolerancia, confirmando su vigencia en el Estado constitucional de derecho.

En el artículo *No pongas tus sucias manos sobre Mozart*¹¹⁶⁷, publicado en 1992, GARZÓN VALDÉS sostiene que la tolerancia es una propiedad disposicional, reiteradamente sometida a prueba en lo que llama “circunstancias de tolerancia”. El denominador común de tales circunstancias es el rechazo inicial que ciertos actos o estados de cosas, que siempre tienen que ser producto de un obrar humano, provocan en la persona tolerante. Esos actos son tolerados, es decir permitidos y aceptados, tras una reflexión y en aras de un valor que el tolerante considera superior.

Para el ejercicio de esa actitud disposiciones, entiende necesaria la concurrencia de tres condiciones. La primera es la competencia de tolerante para determinar la calidad deóntica del acto en cuestión, lo que permite distinguir el tolerar del soportar o del padecer. Lo opuesto a la competencia es la sujeción, como la del esclavo que padece los castigos del amo, pero no los tolera.

Encontramos interesante esta apreciación, que viene a coincidir con lo que ya se ha dicho más arriba en cuanto a que tolerancia no es sinónimo de indiferencia ni de neutralidad ni de fomento del pluralismo. Tampoco lo es de soportar o padecer. Esta diferenciación es una de las razones por las que entendemos que todavía hoy es una noción de relevancia para el derecho. Si todo estuviera ya resuelto en términos de neutralidad e igualdad de trato o de fomento, como así también de padecimientos o sujeciones prohibidas, sería cierto que la tolerancia ya no tendría cabida. Sin embargo, sigue habiendo espacios, seguramente más reducidos que otrora, donde es necesario apelar a ella para solucionar conflictos. Incluso, penales.

La segunda condición que GARZÓN VALDÉS entiende necesaria para que haya tolerancia es la tendencia a prohibir el acto tolerado. Como ya se ha dicho, la actitud de quien tolera dista enormemente de la de quien acepta con entusiasmo y promueve el acto tolerado. Con cita de BALMES¹¹⁶⁸, señala que la idea de tolerancia anda siempre acompañada de la ideal del mal. En efecto, sería absurdo decir que se toleran las virtudes y los actos encomiable de los demás.

Finalmente, la tercer condición es la ponderación de los argumentos a favor de la permisión o prohibición del acto a tolerar. Esta ponderación abona el distingo entre tolerancia e indiferencia, en atención a que aquella es siempre un acto intencional.

¹¹⁶⁷ GARZÓN VALDÉS; *No pongas tus sucias manos sobre Mozart*; pp. 16-23.

¹¹⁶⁸ Cuya posición en materia de tolerancia también es citada por PÉREZ DEL VALLE; en *Límites a la tolerancia*; pp. 897-898.

El tolerante, al margen de cuáles sean, siempre tendrá razones que abonen su decisión de tolerar.

Como mucho otros autores que ya se han comentado, entiende que la tolerancia no requiere una relación de autoridad entre tolerante y tolerado, sino que puede darse entre iguales jerárquicamente. A su juicio, la competencia para prohibir actos entre iguales es expresión de la capacidad para defenderse frente a daños u ofensas, lo cual marca la primera conexión con el pensamiento de MILL sobre el principio del daño, que GARZÓN cita reiteradamente.

De lo anterior se deriva, por lógica, la existencia de una tolerancia vertical – en la que median supra y subordinación– y de otra horizontal –en la que no median esas relaciones–, extremo en lo que también viene a coincidir con autores ya vistos. Sin embargo, en este caso la verticalidad o la horizontalidad no pasan por el carácter público o privado de la relación, sino por la existencia o no de un vínculo de autoridad o de jerarquía, que puede ser también privado. Por su parte, GARZÓN señala que en la tolerancia pública también pueden darse ambas formas de tolerancia, de lo cual invoca ejemplos históricos.

Ahora bien, una diferencia que sí marca entre la versión pública y la privada de tolerancia es que mientras la primera requiere siempre reciprocidad; la segunda, no lo hace. En efecto, un ciudadano puede ser tolerante con otro, sin que este lo sea con aquel.

Un aspecto clave de la explicación de GARZÓN VALDÉS sobre la tolerancia es que esta supone la existencia e interrelación de dos sistemas normativos. De un lado, la tendencia al rechazo del acto finalmente tolerado proviene del sistema a cuya regulación está sujeto el tolerante, la que denomina “sistema normativo básico”. Este último define el tipo de tolerancia a aplicar: moral, religiosa, filosófica, científica, política, estética, de modas y convenciones. Por el otro lado, la superación de la tendencia al rechazo proviene de la consideración de principios y/o reglas de un sistema normativo superior, al que denomina “sistema normativo justificante”. Este proporciona las razones de la tolerancia.

Como las razones últimas siempre son las morales, GARZÓN señala que podría concluirse que la tolerancia sería un asunto de elección moral, en el que nuestros gustos o inclinaciones fueran irrelevantes. Sin embargo, la completa negación de tales inclinaciones personales reduciría demasiado el papel del sistema normativo básico, cuya violación significaría su destrucción. Como este, al igual que todo sistema normativo, cumple la función de guiar el comportamiento humano, su lesión o eliminación no es gratuita ni superflua.

En el caso de la tolerancia horizontal pública, recurre a la vinculación conceptual que establece KELSEN entre tolerancia recíproca o compromiso entre iguales y democracia. La lesión de esta afecta esencialmente a la democracia. Partiendo de lo anterior, GARZÓN concluye que hay que excluir, es decir no tolerar, todos los actos lesivos del principio de tolerancia recíproca, lo que ocurriría cuando se lesionaría el *principio* de la mayoría y se lo sustituyera por el *dominio* de la mayoría. Esto se traduciría en la imposibilidad de tolerar actos que lesionaran los derechos de la minoría. Si KELSEN está en lo cierto al afirmar que el núcleo de la democracia es la tolerancia recíproca –continúa– se infiere que no se puede tolerar la intolerancia propia del terrorismo y del fanatismo totalitario. En sentido similar, BOBBIO sostiene que la tolerancia debe ser extendida a todos, menos a los intolerantes¹¹⁶⁹.

La prueba de que el sistema normativo básico no es autosuficiente como justificante de la tolerancia, está dada –según GARZÓN– por la expresión emblemática de aquella: la tolerancia religiosa. La persona creyente está convencida de poseer la verdad acerca del destino último del ser humano y de su salvación. Por eso no puede ser indiferente ante quienes toman caminos de fe o de ateísmo que no conducen a la salvación eterna. Si el sistema básico fuera autosuficiente, no habría lugar para la tolerancia intra-sistémica. Es más, la tolerancia intra-sistémica sería un contrasentido; siempre debe ser inter-sistemática. De lo contrario, la tolerancia religiosa misma no sería posible. Si esta existe es, precisamente, porque el tolerante apela al sistema normativo justificante que le permite superar la rigidez dogmática de una determinada religión. Esa es la razón por la que Santo Tomás de Aquino –dice– pudo justificar la tolerancia hacia los infieles, gracias a argumentos prudenciales, o LOCKE estimó que no debían prohibirse las prácticas religiosas de otros creyentes. Es decir, entran en juego valores superiores del sistema normativo básico, que muestran preferible la actitud tolerante, por razones de los más diversas que variarán ante cada ejemplo.

La complejidad de la relación entre el sistema normativo básico, el justificante y la persona que los sustenta resulta evidenciada por el hecho de que algunos levantamientos de prohibiciones a las que el tolerante tiene tendencia y que decide vencer puede llegar a importar el abandono total del sistema básico en el que sustente sus valores y ser, por ese mismo, revolucionario. Tanto en lo público como en lo privado puede verificarse ese fenómeno. Tal fue el caso de la Patente de Tolerancia de José II de Habsburgo, de 1781, por la que se estableció la igualdad civil de católicos y no católicos. Pero también puede darse el caso en la esfera privada, como le hubiera ocurrido al padre de ficción creado por VINCENT¹¹⁷⁰ y en quien se inspira el título del artículo de

¹¹⁶⁹ BOBBIO; *Las razones*; p. 253.

¹¹⁷⁰ En VINCENT; *No pongas tus sucias manos sobre Mozart*.

GARZÓN, si hubiera renunciado a sus valores estéticos, permitiendo que su joven y díscola hija, mal aseada y con los dedos amarillentos de nicotina, tomara de su biblioteca la *Sinfonía número 40 de Mozart*. Semejante renunciamiento, sin embargo, no es en principio exigible moralmente.

Por eso es que GARZÓN expresa textualmente que

la tolerancia en tanto propiedad disposicional resulta siempre en un delicado equilibrio entre el mantenimiento del sistema básico y su derogación parcial (y en algunos casos, total) en virtud de las razones impuestas por el sistema justificante; en este sentido, la práctica de la tolerancia es el resultado de la resolución de un conflicto normativo, tanto intra como intersistémico¹¹⁷¹.

Este conflicto se verifica ante la aparición de un nuevo acto que según los valores del sistema normativo básico debería ser rechazado y prohibido o bien porque la prohibición de un determinado acto hasta el momento vigente en dicho sistema resulte ahora de dudosa conveniencia o prudencia.

Ahora bien, una vez que tal conflicto desaparece porque el acto en cuestión ha dejado de estar prohibido en el sistema normativo básico, ya no dará lugar a tolerancia, sino que se estará en la esfera de las permisiones o de las autorizaciones expresas, que confieren derechos. Como tantas veces, se ha dicho en esta capítulo, ya no es correcto hablar de tolerancia religiosa, sino de libertad de cultos. Lo que otrora fue tolerado, hoy en día es un derecho y exige el tratamiento que se da los ciudadanos en igualdad.

Esta forma de explicar el tránsito de la tolerancia a los derechos y la igualdad es interesante porque abona la postura de que, aún hoy, en el estado de evolución del Estado democrático y constitucional de derecho, tal como lo entendemos en Occidente, la tolerancia sigue ocupando un lugar. Sería una necesidad –según creemos– negar que siguen subsistiendo y suscitándose conflictos tanto entre los valores sobre los que reposa el Estado como los sistemas de valores de los particulares y determinados actos de ciudadanos o de agrupaciones a los que, efectuado un ejercicio racional, resulta aconsejable tolerar. Y realmente no creemos que esto pueda ser superado, lisa y llanamente porque es una tendencia propia del espíritu humano, que erige su vida en torno a sus sistema de creencias y valorativo y desde ese enfoque se comunica con el mundo y con los demás. En consecuencia, no veo que la de tolerancia se una noción obsoleta o vacua, sino que antes bien sigue siendo un principio rector para garantizar la buena convivencia entre los ciudadanos y de estos con el Estado.

GARZÓN establece también una interesante distinción entre tolerantes sensatos e insensatos, según cuáles sean las razones en las que sustenten su decisión de tolerar. Con cita de MARCUSE, sostiene que el sistema justificante al que suele re-

¹¹⁷¹ GARZÓN VALDÉS; *No pongas*.

currirse en la sociedad capitalista ofrece malas razones para tolerar, en tanto permiten extender la tolerancia a medidas, condiciones y formas de comportamiento políticos que no deberían ser toleradas, en tanto obstaculizan o destruyen las posibilidades de llevar una exigencia libre de temor y miserias, consolidando desigualdades. Recuerda que MARCUSE exigía una tolerancia diferenciada, fundamentada racionalmente en los argumentos de MILL sobre la relación ente libertad y verdad, aplicada a las posibilidades de desarrollo de la autonomía personal.

En cambio, la tolerancia indiscriminada, sin limitaciones –nuevamente presente el binomio tolerancia-límites, de tanta relevancia para este trabajo– es una forma viciada, que termina negándose a sí misma y eliminando toda regulación sobre el comportamiento humano. GARZÓN la asimila al estado de naturaleza hobbesiano.

Continuando a la cuestión de los límites, considera que la democracia representativa es una institucionalización de la tolerancia, que encuentra sus propios límites, precisamente, cuando viola las buenas razones que la fundamentan. Estas razones son el respeto a la autonomía individual y la imposición de deberes negativos y positivos de acuerdo con el principio de la mayoría. Y agrega:

[]a aceptación de estos límites, cuya violación vuelve insensata la tolerancia, parece tener la curiosa consecuencia de que ella estaría enmarcada por un cerco de prohibiciones inviolables cuya lesión sería intolerable. John Stuart Mill, tan celoso defensor de la tolerancia, no estaba dispuesto a aceptarla cuando ella implicaba violar el principio de daño a terceros¹¹⁷².

Con base en esa misma lógica, hay ocasiones en las que asumir una posición intolerancia es la actitud más encomiable. Esto está emparentado con la idea de intolerancia justificada que aparece también en la opinión de PÉREZ DEL VALLE y lleva a GARZÓN VALDÉS a sostener que, en consecuencia, la intolerancia no solo no es la negación interna de la tolerancia, sino que paradójicamente es una condición *sine qua non* de esta última. De ahí concluye que imponer prohibiciones no es lo mismo que expresar intolerancias, en tanto la intolerancia tiene una connotación negativa de la que carece la prohibición. Lo que molesta de la intolerancia es que se basa en malas razones, en tanto la prohibición reposaría en buenas razones.

Otra apreciación digna de ser destacada es que la relativa a que como tanto la tolerancia como la intolerancia afectan el comportamiento de terceros, las razones justificantes no podrán ser de tal índole que solo sirvan como guía de la propia conducta del tolerante y no como pautas para la vida social en general, como le ocurre al fanático religioso. Tales razones deben presuponer un mínimo de objetividad, es decir la aceptación de criterios racionales para su defensa o condena.

¹¹⁷² GARZÓN VALDÉS; *No pongas*.

Las buenas razones suponen un mínimo de imparcialidad, entendida como la consideraciones de los intereses de los demás, seres autónomas, capaces de formular sus planes de vida, que deberán ser respetables en tanto no violen el principio del daño o no sean expresión de un paternalismo éticamente justificable.

II. B) 4. La intolerancia en el derecho internacional de los derechos humanos.

Después de haber sobrevolado el desarrollo de la noción y alcance del principio de tolerancia, en las figuras más relevantes del pensamiento clásico y en exponentes contemporáneos de gran envergadura, no puede omitirse el examen de cómo se ha plasmado aquel en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, cuyo despliegue tuvo lugar a partir de la tragedia de las dos guerras mundiales que asolaron el siglo XX.

Tanto en España como Argentina el estudio del derecho internacional público de los derechos humanos no puede pasarse por alto, en atención a que las constituciones de ambos países receptan ese ordenamiento, por lo que este integra, sin más, el derecho interno.

La referencia a la tolerancia aparece con frecuencia en varias de las fuentes universales de esa rama jurídica, si bien es cierto que sin estar acompañado de una definición, que permite aportar certeza sobre su concepto, lo que se explica por el menor nivel de formalización que es propia de esa parcela del derecho. A raíz de ello, ha sido la doctrina especializada la que ha debido ir perfilando, según las técnicas propias de la interpretación jurídica, los contornos del principio.

Toda vez que esa deconstrucción del término se ha efectuado a partir de instrumentos finalmente sancionados, pero también de proyectos que nunca vieron la luz con fuerza legisferante y de informes de relatoría sobre la práctica de la tolerancia, problemas de discriminación y ejercicio efectivo de la democracia en distintos países, carentes de fuerza vinculante general, cuyo estudio particularizado excede en mucho las pretensiones de este trabajo, a continuación simplemente se describirá el alcance del término en el plano internacional, según el consenso al que medianamente ha llegado la doctrina¹¹⁷³.

Entre los instrumentos vigentes que aluden a la tolerancia, pero carente de fuerza vinculante, se cuenta la Carta fundacional de las Naciones Unidas, de 1945, en cuyo preámbulo los Estados miembro dejaron plasmada su vocación y compromiso de “practicar la tolerancia y vivir en paz como buenos vecinos”. Luego de su aparición en

¹¹⁷³Para un estudio pormenorizado del derrotero que ha seguido el término tolerancia en el seno de Naciones Unidas, ver ROCA; *La tolerancia*; Capítulo VI Significado del término tolerancia en el derecho internacional; pp. 111-143.

ese documento, el término también ha sido empleado en otras fuentes universales, con referencia a la educación. Así lo hacen la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹⁷⁴, de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹⁷⁵, de 1966, y la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹⁷⁶, de 1989.

Pese a esas relevantes apariciones del término tolerancia en fuentes sin dudas relevante, a la par llama la atención su ausencia de otros instrumentos, en especial de la Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas, al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, al a promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el *apartheid* y la incitación a la guerra, de 1978, cuya temática haría pensar en que la tolerancia no podría ser una noción prescindible. Su ausencia de este texto, como así también de algunos otros contemporáneos a los que se están comentando, permiten afirmar una cierta vacilación por parte del derecho internacional sobre le papel y alcance de la tolerancia, como así también una cierta imprecisión en la noción, que lleva a asimilarla a otras, como discriminación, no racismo, promoción de la igualdad, etc.

Al margen de estas oscilaciones, lo cierto es que el documento por antonomasia sobre tolerancia lo constituye la Declaración sobre la eliminación de todas formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones¹¹⁷⁷. El estudio de su contenido, en conjunción con el del camino recorrido en Naciones Unidas previo a su aprobación (proyectos y enmiendas sugeridas por los Estados parte), como así también el nivel de aplicación en diferentes países¹¹⁷⁸, monitoreados por la organización, han permitido a la doctrina elaborar el significado material de la tolerancia y de

¹¹⁷⁴ Art. 26.2: La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

¹¹⁷⁵ Art. 13.1: Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las Naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

¹¹⁷⁶ En el preámbulo, la Asamblea señala que “el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad” y, más adelante, en el principio 29.1.d relativo a la educación, se establece que esta deberá estar encaminada a “[p]reparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”.

¹¹⁷⁷ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 25 de noviembre de 1981 (resolución 36/55).

¹¹⁷⁸ Para un estudio pormenorizado de los proyectos de declaración que finalmente no fueron sancionados, de las enmiendas sugeridas por distintos Estados parte y de los informes del Relator sobre la aplicación de la declaración ya sancionada en diversos países, volvemos a remitir a ROCA; *La tolerancia*; Capítulo VI Significado del término tolerancia en el derecho internacional; pp. 111-143.

su contracara y complemento, la intolerancia. Vale la pena destacar que las fuentes internacionales emplean tanto uno como otro término.

Para delimitar su alcance, se presenta la dificultad de que los instrumentos no ofrecen una definición normativa de qué tolerancia/intolerancia. En consecuencia, se han tratado de perfilar por vía hermenéutica los espacios de certeza positiva (es seguro que esto es tolerancia/intolerancia), de certeza negativa (es seguro que esto no es tolerancia/intolerancia) y, además, ha queda un espacio de halo o duda, en tanto no es posible deslindar completamente a la tolerancia/intolerancia de otros conceptos aparentemente emparentados, como el de discriminación.

No obstante, a partir del examen de los elementos de análisis referidos más arriba sobre la evolución de la tolerancia dentro de Naciones Unidas y particular de cara a la elaboración de la declaración, ROCA concluye, dentro del ámbito de certeza positiva de la intolerancia (es seguro que esto es intolerancia), que:

a) La intolerancia no se reduce al aspecto religioso. Ello significa que la práctica de la tolerancia va de la mano del respeto de otros derechos humanos proclamados por la Declaración Universal.

b) La intolerancia se identifica con las posiciones de violencia extrema y de persecución religiosa u otros métodos de discriminación (como pérdida de derechos políticos o disminución de capacidades civiles).

c) La intolerancia también está asociada con el deseo de eliminar la diversidad. Por el contrario, la práctica de la tolerancia es necesaria para asegurar el pluralismo, exigido por la diversidad de religiones que existen en el mundo.

d) La intolerancia también se expresa cuando se manipula la religión como arma política¹¹⁷⁹.

En cuanto al ámbito de certeza negativo (es seguro que esto no es intolerancia), ROCA señala dos aspectos fundamentales: a) la existencia de una iglesia de Estado o el reconocimiento de una determinada religión no suponen necesariamente intolerancia; b) un laicismo que propugne la igualdad de todas las religiones tampoco es una expresión de intolerancia¹¹⁸⁰.

Finalmente, también hemos dicho que para la doctrina queda remante una zona de duda, en la que no pueden darse precisiones sobre algunos aspectos materiales del concepto de tolerancia. Lo primero que destaca ROCA sobre este terreno de arenas movedizas es que no es fácil distinguir semánticamente el términos tolerancia de otros, tales como discriminación, libertad, indiferentismo¹¹⁸¹. Los contornos de esos

¹¹⁷⁹ ROCA; *La tolerancia*; pp. 118-122.

¹¹⁸⁰ ROCA; *La tolerancia*; pp. 122-126.

¹¹⁸¹ ROCA; *La tolerancia*; pp. 126 y ss.

conceptos aparecen borrosos a la hora de pretender efectuar una separación nítida entre ellos.

Respecto de intolerancia religiosa y discriminación por motivos religiosos, a partir del análisis de las fuentes internacionales y del proyecto de Convención sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosas de Naciones Unidas (que nunca vio la luz), ROCA llega a la conclusión de que la expresión “intolerancia religiosa” tiene un campo semántico más extenso que el de “discriminación por motivos religiosos”. En ese sentido, toda discriminación por motivos religiosos es un acto de intolerancia, pero esta puede manifestarse también a través de prácticas más radicales, tales como la persecución, el exterminio, el intento de eliminar la diversidad propia del pluralismo o el uso de la religión como arma política¹¹⁸².

La tolerancia también aparece asociada y entrelazada a la libertad. Las fuentes universales y las discusiones en el seno de Naciones Unidas permiten inferir que para algunos la libertad es una noción de sentido más positivo que el de tolerancia. En rigor, ambos tienen una connotación positiva, pero a la libertad tendría una carga mayor de positividad. Incluso, en algunos foros de discusión de documentos, ha habido miembros que ha manifestado el carácter restrictivo de la tolerancia respecto del reconocimiento de libertades, como también hemos visto que sucede con algunas voces críticas en la doctrina.

En el ámbito internacional, la tolerancia también aparece íntimamente ligada a la democracia. Se la entiende imprescindible para el fortalecimiento democrático e institucional del Estado y, en ocasiones, hasta se la entiende cimiento de la misma democracia. Esta reciprocidad entre un concepto y otro se observa en los informes del Relator sobre la aplicación de la Declaración de 1981 en varios países, como India y Alemania¹¹⁸³, pero cobra especial sentido en el informe sobre Australia, de cara a lo que interesa a esta investigación. En efecto, a la par de destacar la adhesión de ese país a la democracia, se remarca la política gubernamental de multiculturalismo que contribuye a una cultura de tolerancia y desempeña una función de integración, sin asimilación de todos los componentes de la sociedad. El relator también destaca lo que llama mentalidad laica del Estado, entendida no como un rechazo de las religiones y sectas, sino como la igualdad para todos en el marco del respeto de las leyes en vigor. Y remata diciendo que esa democracia “fuente de tolerancia en general y de tolerancia religiosa en particular, se basa en una cultura y una tradición profunda de tolerancia”¹¹⁸⁴. Todo ese modelo es valorado por el Relator como un aporte de Australia a la

¹¹⁸² ROCA; *La tolerancia*; pp. 126-128.

¹¹⁸³ Las partes de interés se encuentran transcriptas en ROCA; *La tolerancia*; pp. 131-132.

¹¹⁸⁴ ROCA; *La tolerancia*; pp. 133.

comunidad internacional, al exhibir una organización democrática basada en la diversidad.

A partir del análisis del tratamiento de la cuestión de la tolerancia en los documentos elaborados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, ROCA señala con agudeza que el principio presenta dos dimensiones diferenciadas. Cuando en esa disciplina se alude a la tolerancia como base de la democracia, se lo hace con referencia a la tolerancia social, es decir la que se da o debería dar entre individuos y grupos sociales; se trata de la dimensión horizontal del fenómeno¹¹⁸⁵. En cambio, cuando la tolerancia es vista como el resultado del buen funcionamiento de instituciones democráticas, su ejercicio se da en sentido vertical, es decir de gobernantes a gobernados¹¹⁸⁶. En esta última versión de la tolerancia, hay que señalar que los instrumentos internacionales obligan a los poderes públicos, no solo a fomentar la tolerancia horizontal o social, sino a practicarla en el marco de sus competencias específicas. En cuanto a políticas en concreto para llevar esa tolerancia a la práctica, se señala la importancia de la información y de la educación en valores, evitando que la transmisión de contenidos sea discriminatoria o calumniosa.

Nos da la impresión de que, para el derecho internacional, para alcanzar estándares de tolerancia aceptables es preciso que el Estado “llegue” a ciertos ámbitos, en la transmisión de valores. Esto tiene relevancia de cara también al fomento de integración de las minorías extranjeras culturalmente como miembros de la sociedad de acogida. ¿En qué sentido? En que también es preciso que el Estado “llegue” a ellas para la transmisión de aquellos valores y estándares mínimos, sobre todo en términos de derechos fundamentales, que es inexorable respetar para vivir en esa comunidad. A la vez, en ese proceso deberá asegurarse que las minorías culturales no pierdan su identidad por asimilación, sino que se procure la integración en el respeto de las diferencias. Ya veremos más adelante que este deber activo del Estado es fundamental a la hora de resolver el conflicto penal suscitado por motivos culturales, sobre todo de cara establecer si media o no error de prohibición.

Otro elemento a relevar del ámbito del derecho internacional en materia de tolerancia es lo que la doctrina alemana llama “concordancia práctica”. Por tal se entiende la necesidad de que, cuando dos religiones o creencias estén en conflicto, se

¹¹⁸⁵ Ver FORST, citado en FRISCH; *¿La tolerancia como un principio limitador del derecho penal?*; p. 146.

¹¹⁸⁶ ROCA; *La tolerancia*; pp. 134 y 138-139. También GIANFORMAGGIO, citado por DE PÁRAMO ARGÜELLES; *Tolerancia*; p. 17, se ocupa de la *tolerancia vertical* entendida como la que tiene lugar entre individuos dotados de alguna forma de poder visible sobre otros individuos cuyos comportamientos, actitudes, opiniones y estilos de vida se toleran. Asimismo, FORST se ocupa de tolerancia en perspectiva vertical o propia de la teoría del Estado, por lo que considera preferible el concepto de *neutralidad*, según cita de FRISCH en *¿La tolerancia como un principio limitador del derecho penal?*; nota 4; p. 146.

procure que las personas sufran la menor limitación posible de derechos, lo cual cobra suma relevancia de cara a los derechos fundamentales y protección de los derechos de las minorías¹¹⁸⁷. En este sentido, actualmente no se concibe a la tolerancia como un privilegio, sino como un derecho al reconocimiento de la propia identidad cultural.

Esa concordancia puede ser un principio orientador también para el derecho penal, a la hora de resolver los conflictos a los que los choques culturales pueden dar lugar, en procura de la menor dosis de afectación de derechos fundamentales y siempre en procura de que el derecho sancionador tenga eficacia práctica especial y general.

II. B) 5. La tolerancia en algunos antecedentes de la jurisprudencia y doctrina comparadas.

Frente al deber o compromiso estatal de ser tolerante y promover la tolerancia, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a cómo entender la naturaleza de ese deber. Las divergencias son particularmente elocuentes en la doctrina alemana, sin dudas porque la Ley Fundamental de Bonn, que ha sido pionera en materia de libertad religiosa, no menciona expresamente a la tolerancia, que sin embargo es entendida como un principio constitucional por la doctrina y, sobre todo, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹¹⁸⁸. Esto ha conducido a una esperable incertidumbre en cuanto a su sentido y alcance, según la interpretación de cada autor y a una oscilante jurisprudencia.

Para algunas posiciones germanas, la tolerancia es un principio jurídico –ya sea relacional, complementario de la libertad religiosa; regulador de ese derecho o sinónimo de pluralismo–. Para otras opiniones, es un mandato constitucional dirigido al Estado, tendente a procurara soluciones justas ante ciertos conflictos. En este último sentido, aparece emparentada a la equidad –como hemos visto en otro pasaje–. Finalmente, hay quienes consideran que la tolerancia es una actitud ética y no un mandato jurídico, postura esta que resulta puesta en tela de juicio por el hecho mismo de que la jurisprudencia haya apelado a ella para decidir en casos en los que estaba en juego la libertad religiosa y el derecho a la educación.

Lo que está en la base de estas consideraciones son mayormente dos posiciones filosóficas diferentes. De una parte, el racionalismo crítico, que concibe a la tolerancia como fundamento de la democracia, dotándola así de proyección jurídica. Desde esta óptica, los límites de la tolerancia se encuentran en la ley. De otra parte, la

¹¹⁸⁷ El art. 27 del PIDESC consagra la necesidad de concordar los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas con los de la mayoría.

¹¹⁸⁸ Para un estudio exhaustivo de las diferentes posiciones expresadas en Alemania, ver ROCA; *La tolerancia*; pp. 170-174.

teoría de los valores, para la que la tolerancia es un valor positivo que encierra en sí misma la valoración negativa de la conducta tolerada. A diferencia de lo que ocurre para la posición anterior, la tolerancia implica una excepción a la ley, con límites en el bien común. Este trabajo abreva en una concepción muy cercana a este último punto de vista.

En punto a su fundamentación, hay quienes entienden que la tolerancia es una exigencia de la dignidad humana; en tanto otros ven su origen en la libertad. Por cierto, creemos que ambas dimensiones de la personalidad humana reclaman tolerancia, de modo que no nos parece que esa disquisición entrañe mayores consecuencias prácticas.

Las posiciones sintetizadas sobre la naturaleza de la tolerancia, en verdad, no parecen irreconciliables. En nuestra opinión, la tolerancia es un valor ético contenido en el bagaje de principios constitucionales de los Estados pluralistas, del que se deriva el deber estatal de asegurar la vida pacífica y respetuosa de las manifestaciones de libertad y de conciencia de mayorías y minorías. Al ser un principio constitucional, ese valor ético adquiere una dimensión jurídica y se transforma en un deber y en un compromiso del Estado a través de las autoridades públicas.

Algunos conflictos que han tenido que ser resueltos por tribunales extranjeros, ilustran sobre la tolerancia como principio constitucional y los deberes que genera al Estado, respecto de los particulares y, también, a los ciudadanos entre sí. No se hará aquí un estudio exhaustivo de cada uno de ellos, sino que simplemente se planteará cuál fue el punto de tensión y en cada caso y qué decidieron los tribunales llamados a intervenir, desde el prisma de la tolerancia como fundamento de sus fallos.

II. B) 5. i) La tolerancia en la jurisprudencia alemana.

Como paso previo a tratar estos antecedentes, puesto que de otro modo no serían fácilmente comprensibles algunos de los casos y de las soluciones que se abordarán, se impone recordar que el art. 4 de la Ley Fundamental de Bonn¹¹⁸⁹ asegura la inviolabilidad de la libertad de creencia y de conciencia y de la libertad de confesión religiosa e ideológica. Además, garantiza el libre ejercicio del culto.

¹¹⁸⁹ **Artículo 4 [Libertad de creencia, de conciencia y de confesión]**

(1) La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables.

(2) Se garantiza el libre ejercicio del culto.

(3) Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a realizar el servicio militar con armas. La regulación se hará por una ley federal.

Por su parte, el art. 7 de la misma constitución¹¹⁹⁰ se ocupa del sistema escolar, que queda sometido a la supervisión del Estado. A su vez, los padres o responsables de la crianza pueden decidir la participación de sus niños en la enseñanza de la religión, que será asignatura ordinaria en las escuelas públicas. En cuanto al cuerpo docente, ningún profesor podrá ser obligado a dar lecciones de religión. La enseñanza religiosa será impartida de acuerdo con los principios de cada comunidad religiosa. Por último, hay que decir que la regulación de la materia religiosa queda reservada al legislador de cada Land o Estado federal, es decir que es una cuestión no delegada al gobierno central.

Hechas esas aclaraciones legislativas, el primer caso que ofrece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán es el de la oración en la escuela¹¹⁹¹. La cuestión debatida era si esa práctica atentaba o no contra la libertad religiosa negativa¹¹⁹² de los alumnos. Para resolver, el tribunal consideró que, en principio, la oración escolar no ofrecía reparos desde el punto de vista constitucional, aun cuando un estudiante o sus padres se opusieran a ella, puesto que su derecho fundamental a la libertad religiosa en sentido negativo, no se veía vulnerado en tanto pudieran decidir libremente y sin presión alguna su participación en las oraciones. En ese contexto, entendió que, en el marco de la autonomía escolar garantiza en el art. 7.1, quedaba reservado al arbitrio de cada niño el participar en la oraciones interconfesionales realizadas fuera de la clase de religión.

En abono de su postura, el tribunal apeló al mandato constitucional de tolerancia, al que consideró ínsito en el art. 4 de la Ley Fundamental, como instrumento de

¹¹⁹⁰ **Artículo 7 [Sistema escolar]**

(1) El sistema escolar, en su totalidad, está sometido a la supervisión del Estado. (2) Las personas autorizadas para la educación tienen el derecho de decidir la participación de sus hijos en la enseñanza de la religión.

(3) La enseñanza de la religión es asignatura ordinaria del programa en las escuelas públicas, con excepción de las no confesionales. Sin perjuicio del derecho de supervisión del Estado, la enseñanza religiosa será impartida de acuerdo con los principios de las comunidades religiosas. Ningún profesor podrá ser obligado contra su voluntad a impartir la enseñanza de la religión. (4) Se garantiza el derecho a crear escuelas privadas. Las escuelas privadas que sustituyan a escuelas públicas necesitan la autorización del Estado y están sometidas a las leyes del respectivo Land. La autorización debe concederse cuando las escuelas privadas no se encuentren en un nivel inferior al de las escuelas públicas en lo que respecta a sus programas e instalaciones y a la formación científica de su personal docente y no fomenten una segregación de los alumnos en base a la situación económica de los padres. La autorización será denegada cuando no esté suficientemente asegurada la situación económica y jurídica del personal docente.

(5) Una escuela privada de enseñanza primaria sólo será autorizada si la administración de la instrucción pública le reconoce un interés pedagógico especial o, si las personas autorizadas para la educación solicitan la creación de una escuela interconfesional, confesional o ideológica y no existe escuela primaria pública de este tipo en el municipio.

(6) Se mantiene la abolición de las escuelas preparatorias.

¹¹⁹¹ BVerfGE 52, 223, extracto tomado de SCHWABE; *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*; p. 271.

¹¹⁹² Entendida como el derecho a no ser discriminado ni puesto en situación de conflicto de conciencia por parte de los poderes públicos, por no adherir a una determinada creencia.

aseguramiento del derecho fundamental a la libertad religiosa positiva y negativa. Ese mandato constitucional solo resultaría vulnerado si se obligara a la participación en la oración, en contra de la voluntad de los alumnos o de sus padres. Es que, para el tribunal, la solución al conflicto planteado requería el equilibrio entre el respeto mutuo y la tolerancia y balance que solo se alcanzaba siempre que se permitiera la oración en la escuela, sin que fuese obligatorio tomar parte en ella.

Un conflicto similar se ventiló en materia de educación sexual de los niños en la escuela, a raíz de un conflicto surgido en razón de una serie de directivas dictadas en 1970, por el Departamento de Educación de Hamburgo. Al respecto, el Tribunal Constitucional se pronunció a favor de la constitucionalidad de la normativa¹¹⁹³. La sentencia¹¹⁹⁴ partió de la base de que, según la propia normativa impugnada, la educación sexual era primeramente una tarea de los padres, afirmación que exigía examinar si el Estado podía intervenir en ese aspecto de la educación y, en su caso, hasta qué límite.

El Tribunal Constitucional ponderó el derecho esencial de los padres a la educación de sus hijos (art. 6 de la Ley Fundamental) y la competencia estatal en materia educativa (art. 7 de la misma ley). En ese sentido, estimó que la educación sexual individual pertenece en primera línea al derecho natural de los padres a la educación de los hijos. Sin embargo, consideró también que el Estado, que tiene el mandato constitucional de educar y formar a los niños como miembros responsables de la sociedad (art. 7.1), está autorizado a impartir educación sexual en las escuelas. Con esa lógica y aún admitiendo que lo ideal es que sean los padres quienes se ocupen de la educación sexual de sus hijos, como ese aspecto de la educación incluye muchas referencias sociales, el Estado debe poder ocuparse de la educación sexual como un aspecto importante de la formación de los jóvenes.

Ahora bien, como en una sociedad pluralista es casi imposible que las escuelas puedan tener en consideración los deseos y principios de todos los padres, según el Tribunal, la educación sexual debe ser impartida en un clima de tolerancia y respeto, evitando toda clase de adoctrinamiento, teniendo en cuenta la incidencia de la moral sexual de las convicciones ideológicas y religiosas de los padres.

Como el fallo se consideró que

“la educación sexual en la escuela debe estar abierta a las diferentes concepciones y valores existentes al respecto, y debe tomar en consideración el derecho natural de los padres a la educación, así como sus convicciones religiosas o ideológicas, en la medida que éstas sean significativas en el campo de la sexualidad”¹¹⁹⁵,

¹¹⁹³ Caso tomado de SCHWABE; *Jurisprudencia*; p. 260; NUEVO LÓPEZ; *La constitución educativa del pluralismo*; pp. 128-129 y de ROCA; *La tolerancia*; p. 176-178.

¹¹⁹⁴ BverGE 47, 46.

¹¹⁹⁵ SCHWABE; *Jurisprudencia*; p. 260.

de él se ha interpretado que los padres podían exigir de los poderes públicos el ejercicio de la tolerancia. En esa lógica, es interesante que haya quienes han interpretado que según la sentencia el Estado era el único destinatario del deber de tolerar¹¹⁹⁶, extremo destacable si se piensa que hay autores que consideran que el deber de tolerar solo incumbe a los particulares.

Otro conflicto que se suscitó en el terreno educativo fue el que se planteó ante la pretensión de un padre ateo de que se suprimiera la bendición de la mesa en el jardín de infantes al que iba su hijo. El Tribunal Constitucional Federal¹¹⁹⁷ se pronunció en el sentido de que a tenor de la normativa vigente, las autoridades educativas debían respetar los derechos del niño y de los responsables de su cuidado en lo atinente a la educación religiosa. Eso comprendía la obligación de tomar en consideración los derechos de todos los niños y de sus padres o responsables, que concretasen posiciones respecto de derechos fundamentales. A criterio del Tribunal, el respeto al multiculturalismo exigía que todos los niños, también los hijos de padres ateos, fueran formados en el conocimiento de que en la sociedad había personas con creencias religiosas, que deseaban practicarlas. Además, dado que se rezaban oraciones de distintas confesiones y que quienes no quisieran participar de ninguna podrían no hacerlo, se respetaban las exigencias del multiculturalismo y del pluralismo.

Otro caso emblemático en el que también se apeló a la tolerancia a la hora de resolver el conflicto fue el de los crucifijos en las escuelas de Baviera¹¹⁹⁸, al que ya se ha hecho referencia en otro pasaje de este trabajo. Sin embargo, en esta ocasión, el Tribunal Constitucional resolvió que el reglamento escolar que preveía su colocación en las aulas era contrario al art. 4 de la Ley Fundamental de Bonn, sobre respecto a la libertad religiosa, por violar el principio de neutralidad. A criterio del tribunal, el art. 4 de la Ley Fundamental otorga un derecho de defensa frente al Estado, que procura la protección de las minorías. La colocación de los crucifijos fue interpretada en la sentencia como un ejercicio de propaganda por parte de una autoridad estatal.

Otro aspecto que ha despertado no solo polémica, sino conflictos jurídicos llevados a los estrados judiciales ha sido el de indumentaria de los profesores, cuando sus atuendos fueran evidencia de su pertenencia religiosa. No solo hay antecedentes sobre el uso del velo islámico, sino también sobre los trajes de Bhagwan, solo que con relación a estos últimos los litigios no llegaron al Tribunal Constitucional, como sí ocurrió respecto del primero.

¹¹⁹⁶ ROCA; *La tolerancia*; p. 177.

¹¹⁹⁷ BVerfGE, 1 BVR 1522/03, tomado de ROCA; *La tolerancia*; p. 177.

¹¹⁹⁸ BVerfGE 93, 1, tomada de SCHWABE; *Jurisprudencia*; pp. 194-201.

En punto al velo, con apoyatura en los arts. 4 y 33 de la Ley Fundamental, el máximo tribunal resolvió que pone de manifiesto la pertenencia de la docente a la comunidad religiosa del Islam y hacía evidente su identificación personal como musulmana y agregó que considerar el uso de esa prenda como una falta de aptitud o idoneidad para ocupar el cargo de maestra de escuela primaria y de escuela de enseñanza general básica, constituía una injerencia en el derecho a tener el mismo acceso a los cargos públicos (art. 33.2 de la ley Fundamental) en relación con el derecho fundamental de la libertad religiosa garantizado por el art. 4.1 y 4.2, sin que existiera para ello fundamento legal. En ese contexto, la denegatoria del cargo público de maestra de escuela resultaba inconstitucional.

Con cita de múltiples precedentes propios, el tribunal sostuvo que la Constitución fundamenta el deber de neutralidad ideológica y religiosa y prohíbe la introducción de formas jurídicas de carácter estatal-religioso, como así también privilegiar determinadas confesiones y discriminar personas que profesen una religión determinada. El tratamiento que el Estado debía dar a las distintas comunidades religiosas e ideológicas debe estar orientado por el deber de igualdad. La sentencia entendió que el Estado libertario previsto por la ley Fundamental estaba caracterizado por su apertura frente a la pluralidad de confesiones de carácter ideológico-religioso, con fundamento en un concepto del ser humano que partía de la dignidad de la persona y consideraba que el libre desarrollo de la personalidad debía realizarse en autodeterminación y responsabilidad personal.

A la luz de estos lineamientos, el Estado no podía dejar de tener en cuenta los derechos fundamentales de los funcionarios, a los que no renunciaban por prestar un servicio público, como la docencia. En este sentido, se valoró en particular el hecho de que la religión a la que pertenecía la docente exigía el uso del velo, que se transformaba así en un deber de conciencia para maestra recurrente.

Sobre las situaciones de conflicto inherentes al pluralismo, la sentencia consideró que la Ley Fundamental concedía a los Estados Federados un amplio margen de configuración y autonomía en materia educativa (art. 7). Entonces, correspondía al legislador local democráticamente electo la tarea de resolver la inevitable relación de tensión entre la libertad religiosa (entendida en sentido positivo) de un maestro y, por otro lado, el deber estatal de conservar la neutralidad en materia religiosa y de cosmovisión; el derecho de los padres a la educación de los hijos y la libertad religiosa (entendida en sentido negativo) de los alumnos, tomando en consideración además el mandato de tolerancia. Así, el legislador local, debía encontrar un equilibrio aceptable y razonable para todas las partes. Los preceptos sobre organización escolar, educación de

los hijos y libertad religiosa (arts. 6, 7 y 4) debían analizarse conjuntamente y su interpretación y su ámbito de aplicación debían ser armonizados unos con otros.

Eso era tarea de cada Land, de conformidad con su constitución social y sus tradiciones culturales. Así, el fallo obligó a los legisladores locales a dictar leyes prohibitivas si es que querían prohibir la indumentaria religiosa en las aulas. En ausencia de normativa específicas, prevalecían los derechos fundamentales de los maestros.

Por último, cabe destacar que, también sobre la base del mandato de tolerancia, los casos sobre maestros con indumentaria Bhagwan fueron resueltos por tribunales inferiores, de manera antagónica. La libertad religiosa positiva de los profesores podía verse limitada, en virtud del principio de unidad de la Constitución, en especial si entraba en conflicto con la libertad religiosa de otras personas, como ocurría en el ámbito escolar.

La solución –se dijo– debía buscarse en el mandato de tolerancia, procurando un equilibrio, en tanto el profesor no ejerciera una influencia sobre el alumnado. Para evaluar tal extremo, se tuvo especialmente en cuenta que la indumentaria en cuestión no era impuesta por el movimiento religioso de manera obligatoria para todas las circunstancias de la vida, sino que podía quedar reservada para los momentos de culto. De ese modo, se interpretó que su uso para el ámbito laboral no nacía de un deber en conciencia, por lo que la decisión de ataviarse con las ropas indicativas de pertenencia religiosa incidía con carácter de propaganda en los alumnos, con apartamiento del principio de neutralidad¹¹⁹⁹.

Como se ha visto, en Alemania la Constitución admite que las escuelas públicas puedan ser confesionales (art. 7); mientras que también se prohíbe la coacción religiosa e ideológica en el ámbito educativo (art. 4). Quiere decir entonces que, por un lado, en tanto se respete el deber de tolerancia que la jurisprudencia no ha dudado en considerar un mandato constitucional a pesar de no estar mencionado expresamente en la Ley Fundamental, puede ser perfectamente respetuosa de todas las orientaciones religiosas e ideológicas de los alumnos y de sus padres, en tanto estos no sean obligados a participar de actividades contrarias a sus convicciones. Tampoco los padres que y niños que rechacen la confesión de la escuela, por ejemplo, no participando de la oración colectiva, se colocan en una situación de desconocimiento a la Constitución, en tanto ellos mismos practiquen también la tolerancia horizontal.

Sin embargo, hay que decir que causan perplejidad ciertas oscilaciones de la jurisprudencia germana que, con fundamentos análogos, llevaron a soluciones que parecerían incompatibles. Tal lo que se observa si se compara el caso de los crucifijos en las escuelas, que se resolvió en el sentido de que violaban el mandato de tolerancia

¹¹⁹⁹ Para más detalles sobre el caso, ver ROCA; *La tolerancia*; nota 523; pp. 175-176.

y el principio de neutralidad, con el de la oración, en el que se resolvió que podía compatibilizarse con la Constitución, en tanto no se la practicara como un medio para inocular obligatoriamente contenidos religiosos. Al respecto se ha señalado que no ha faltado doctrina que entendiera que en el caso de los crucifijos el Tribunal ha excedido funciones constitucionales, invadiendo competencias del legislador local¹²⁰⁰.

Lo que es cierto es que la jurisprudencia tradicionalmente consideraba que el mandato constitucional de tolerancia suponía buscar un equilibrio entre las posiciones en conflicto, a través del ejercicio de la concordancia práctica. En ese contexto, el deber de tolerancia estatal hacia quienes piensan diferente radica en la protección de las minorías, sin que importe cuál sea su número y el objeto de protección debe ser tanto la faz negativa como la positiva de libertad religiosa. Sin embargo, eso no significa que solo exista en beneficio de las minorías, puesto que de lo contrario siempre prevalecerían estas sobre la mayoría, lo cual es un absurdo. Por eso es que se debe procurar un equilibrio, en resguardo de los derechos fundamentales. En cada caso, habrá que determinar cuál es la parte cuyas pretensiones merecen resguardo, imponiendo a la otra el deber de tolerancia. A veces, puede ser que sea el mismo Estado el que deba ceder su posición y ejercer en primera persona la tolerancia¹²⁰¹.

II. B) 5. ii) La tolerancia en la jurisprudencia española.

Dado que la exposición de motivos de la ley 5/1984 sobre derecho de asilo y refugio menciona a la tolerancia como uno de los criterios que deben inspirar el Estado democrático de derecho, junto con la solidaridad y la hospitalidad, el Tribunal Supremo, al resolver sobre esas materias, se ha referido a la tolerancia con un alcance análogo al uso que se hacía del término en tiempos de la reforma, es decir como tolerancia de cultos, sin que se alcance un régimen de igualdad¹²⁰².

En la jurisprudencia constitucional también ha aparecido alguna mención aislada a tolerancia como principio fundamental de la democracia o como contenido del pluralismo. En efecto, ROCA releva algunos antecedentes que así lo muestran¹²⁰³, sin perjuicio de que considera que los mismos no alcanzan a caracterizar a la tolerancia como principio, sino, a lo sumo, como valor positivo.

También es posible ver a la tolerancia como límite en algunos pronunciamientos relativos a aquellos que el titular de un derechos fundamental está obligado a

¹²⁰⁰ ROCA; *La tolerancia*; pp. 182-183.

¹²⁰¹ Más precisiones sobre la relación entre Estado y religión en Alemania en ARZOZ SANTISTEBAN; *Aproximación*; pp. 215-253.

¹²⁰² ROCA; *La tolerancia*; p. 228.

¹²⁰³ ROCA; *La tolerancia*; p. 229-230.

soportar cuando se produce un conflicto con derechos fundamentales de terceros. Eso ocurre respecto de quien pretenda invocar sus derechos al honor y a la libertad de expresión, frente a los cuales debe soportar cierta tolerancia¹²⁰⁴. En estos casos, se trataría de un criterio de ponderación de bienes en conflicto.

II. B) 5. iii) La tolerancia en la jurisprudencia italiana.

También el Consejo de Estado italiano tuvo oportunidad de tratar el caso de los crucifijos en el ámbito escolar, a raíz del reclamo formulado por la madre de dos alumnos que había solicitado su retiro, por entenderlo incompatible con el principio de laicidad del Estado, el cual no había encontrado acogida favorable frente al consejo escolar.

La solución a la que arribó el Consejo¹²⁰⁵ es muy interesante, ya que enraiza en la tradición cristiana no ya como religión, sino como cultura europea, presente en todos los aspectos de la vida y, muy especialmente, en la educación, común para cristianos y no cristianos e, incluso, para ateos.

Según lo entendió el Consejo, la laicidad es un principio de carácter histórico y espacial, al que se le asigna un distinto alcance de acuerdo al momento y Estado en el que se lo interprete. Pero, siempre, presupone la diferenciación entre un orden temporal y otro espiritual. A la luz de esa premisa, examinó si la colocación de crucifijos en las aulas lesionaba el ordenamiento constitucional, según el principio de laicidad entendido en términos actuales.

Para el Consejo, el crucifijo era un símbolo que podía querer significar distintas cosas, según dónde estuviera emplazado. En un lugar dedicado al culto, su mensaje era religioso, pero en un ámbito que nada tuviera que ver con la práctica de un credo –tal, la escuela– la cruz podía continuar teniendo un sentido religioso para quienes fueran creyentes y toda la comunidad educativa, al margen de sus convicciones, su presencia estaba también justificada, por ser expresión de valores cívicamente relevantes, inspiradores del y presentes en el orden constitucional.

Según esa forma de ver el asunto, el crucifijo era símbolo pleno de valor educativo, incluso en un contexto laico y al margen de la fe de cada uno de los alumnos. Dijo que Consejo que la cruz recordaba el origen religioso de la tolerancia, el respeto mutuo, el respeto a la dignidad personal y a la libertad, la solidaridad, recogidos luego por el ordenamiento constitucional y base la convivencia social en el país, incluso

¹²⁰⁴ Auto TC del 22-1-1997, núm. 15/1997, Antecedentes 2, y STS, Sala de lo Penal, de 21-2-1994, citados por ROCA; *La tolerancia*; notas 697 y 698; p. 231.

¹²⁰⁵ N.R.G. 7314/2005; [<http://www.irc-crema.net/files/CdS---Crocifisso-nelle-aule--Sent.-n.-7314-2005-.pdf>]; fecha de consulta: 13/04/2016.

en el contexto de un Estado laico. El recuerdo de aquel origen religioso no hace mella en la autonomía del orden temporal ni en la laicidad propia del Estado, puesto que los valores derivados del ámbito religioso puede ser hoy laicamente entendido, al margen del alcance que se les continúe otorgando en el ámbito confesional de cada credo.

En suma, la exposición de crucifijos en las aulas escolares no fue considerada una violación al principio de laicidad del Estado y, por eso, inconstitucional, sino compatible con el ordenamiento jurídico de máxima jerarquía.

II. C) Tolerancia y derecho penal. Comenzando a ligar ambos términos.

II. C) 1. El límite de los derechos fundamentales.

Afirma WALZER que incluso quienes son entusiastas respecto de la otredad no están dispuestos a tolerar el odio y la crueldad; el respeto a las diferencias no se extiende a las prácticas opresivas dentro de cada grupo¹²⁰⁶.

Si WALZER está en lo cierto y la posmodernidad va borrando, en algún sentido las fronteras que alejan, para construir una cercanía multicultural, vuelve a surgir una punta para nuestra reflexión. Paradójicamente, estamos de nuevo de cara a lo mismo que se pretende combatir: la intolerancia; pero en este caso con un sentido positivo. Me refiero a que el Estado no puede dejar de trazar los límites a lo tolerable, cuando la pretendida expresión cultural resulte repugnante para los valores supremos de la organización socio-política y, en lugar de integrar, puje al movimiento contrario de la separación. Pero para evitar que esta intolerancia se desborde en manos de los particulares y se retroceda en conquistas sociales y políticas conseguidas con esfuerzo, será el derecho el llamado a trazar los límites y a negociar soluciones a los distintos conflictos, algunas de las cuales han sido relevadas en el capítulo I.

Como señala SANTOS, una sociedad democrática y liberal tiene que reservar un espacio para la intolerancia, respecto de lo que pase la raya de lo intolerable. En otras palabras, no se puede tolerar lo intolerable, porque este es el límite mismo de la democracia. ¿Y qué es lo que no puede tolerarse? Aquello que pone en juego la libertad, base de toda democracia¹²⁰⁷. Vale la pena transcribir las siguientes palabras:

[...] la libertad, en el ámbito de la religión y la moral, tiene un papel secundario respecto a la verdad. En cambio, en el derecho tiene preeminencia la libertad sobre la verdad (...) el hombre, en el mejor de los casos solo tiene una parte de la verdad que únicamente es posible en el análisis libre de muchas opiniones. La tolerancia no es en sí una decisión mala frente a la verdad; sino que justamente porque posibilita la libertad, facilita también la verdad (...) la tolerancia puede ser una posibili-

¹²⁰⁶ WALZER; *The Politics*; p. 175.

¹²⁰⁷ SANTOS; *Tolerancia*; p. 188.

dad de libertad y verdad, para desembocar en un actuar activo que no es simplemente un soportar y sufrir pasivo¹²⁰⁸.

Es claro entonces que el Estado constitucional y democrático de derecho debe poner límites a la tolerancia, que ya hace siglos ha dejado de estar reducida exclusivamente al plano religioso. Una tolerancia ilimitada colocaría a la sociedad en el relativismo cultural y en la destrucción misma de la idea de tolerancia. Sin embargo, poner límites a la tolerancia no debe ser confundido, en absoluto, con ser una sociedad en sí misma intolerante¹²⁰⁹.

Al hacer su opción por el multiculturalismo como el modelo preferible de gestión de la diversidad cultural y como prisma desde el cual analizar el delito cometido desde una motivación cultural exótica, ROCA DE AGAPITO destaca precisamente que en dicho modelo existen límites al reconocimiento de la diversidad, cuya demarcación está dada por el respeto a los derechos fundamentales del individuo, tal como lo reconoce incluso la legislación fundacional de la Unión Europea¹²¹⁰. Invoca asimismo un interesante pasaje del *Manifiesto sobre Diversidad Cultural y Política Criminal*, firmado en 1996 en San Sebastián por el Grupo de Estudio de Política Criminal, que vale la pena transcribir aquí:

El respeto y reconocimiento de las particularidades diferenciales, cuyo punto de apoyo no es otro que la plena vigencia de los derechos humanos, debe coordinarse, sin embargo, con los deberes y límites genéricos que impone la Constitución a todos los ciudadanos con el fin de garantizar la convivencia. De nuestra norma fundamental se extraen, en efecto, una serie de reglas esenciales de convivencia que constituyen el auténtico núcleo de la sociedad civil y que, en ese carácter, deben ser asumidas por todos. De ahí que aún en el supuesto de que se admitiera que el contenido concreto

¹²⁰⁸ SANTOS; *Tolerancia*; pp. 188-18.

¹²⁰⁹ Al respecto ha dicho GIANFORMAGGIO, citado por DE PÁRAMO ARGÜELLES; *Tolerancia*; p. 17, que no se atribuye la calificación de intolerante a todo aquel que no tolere algo.

¹²¹⁰ ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; pp. 190-191. En aval de su afirmación, cita los textos del art. 2 del Tratado de la Unión Europea; el Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el art. 3.2 de la LO 4/2000 de España, sobre derechos y libertades de los extranjeros.

Art. 2 TEU:

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

Preámbulo de la Carta:

Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes.

Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

Art. 3.2 LO 4/2000:

Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

de los derechos humanos puede estar sujeto a variaciones dependientes de los valores propios de las diversas culturas, debe reconocerse a aquellas reglas esenciales el carácter de límite del derecho a la diversidad. No se pretende con ello buscar una coartada que permita justificar medidas dirigidas a imponer a las minorías los valores predominantes en la sociedad, sino más bien reconocer la existencia de un marco global de actuación –unas “reglas de juego”– sin el que no sería posible la convivencia. Fenómenos tales como los malos tratos corporales o las mutilaciones sexuales, admitidas como costumbres en determinadas culturas, no pueden ser aceptadas en el marco de la ética de los derechos humanos sobre la que se asienta nuestro ordenamiento jurídico¹²¹¹.

Con base en este tipo de consideraciones, ROCA DE AGAPITO sostiene que el multiculturalismo no puede dejar la puerta abierta a cualquier expresión cultural, sino que la tolerancia debe tener límites¹²¹². Cuando la intensidad del conflicto, por su crueldad, opresión o desprecio a la dignidad humana resulte extremo, el derecho penal en su carácter de *ultima ratio* del ordenamiento jurídico será el encargado de expresar aquello que resulte *absolutamente intolerable*. En algún punto, el derecho penal será la contracara de la tolerancia o la versión negativa de esta última. Pero ello solo será procedente cuando la conducta en conflicto con la ley penal deje de implicar cercanía y coexistencia pacífica, para traducir opresiones inaceptables a la libertad y a la autonomía personal. En este sentido, se ha dicho que la dignidad humana obliga también a un límite de la tolerancia, por cuanto quienes lesionan aquella no deberían hacerlo. Por tal razón, “debe el Estado poner los medios necesarios, incluso penales”¹²¹³.

Es interesante la observación que hace WALZER cuando se aboca al estudio de la comunidad internacional, a la que considera la más tolerante de todas las sociedades. La noción de soberanía, insoslayable para que pueda conformarse dicha comunidad de países, implica tolerar al que está al otro lado de la frontera, aún con reparos o manifiesto rechazo a su cultura, costumbres y modo de vida. Es que la soberanía importa la imposibilidad de interferir en lo que el otro haga. En efecto, aún cuando medie abierta hostilidad entre un Estado y otro, los costos de la interferencia son altísimos: es preciso hacer la guerra¹²¹⁴.

Por eso es que normalmente los gobiernos, incluso sin hacer la vista gorda a prácticas que encuentran intolerables, terminan negociando y acomodando sus intereses a países cuya cultura o religión dominantes consienten y aplican la crueldad, la opresión, la misoginia, el racismo, la esclavitud o la tortura. A decir de WALZER, estos serían actos de tolerancia. Ya sea en pro de la paz o bien porque se considera que las reformas culturales y religiosas deben venir de adentro hacia fuera; es el precio de con-

¹²¹¹ Citado en ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; pp. 191-192; con cita de STARCK.

¹²¹² En sentido similar, VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; pp. 139 y ss.

¹²¹³ En ROCA; *La tolerancia*; nota 520; p. 174.

¹²¹⁴ WALZER, *On Toleration*; p. 158.

siderar al otro un Estado soberano miembro de la comunidad internacional. Sería esta una tolerancia formal.

Sin embargo, la situación cambia cuando se entra en el terreno de lo absolutamente intolerable; de aquello que repugna la conciencia de toda la humanidad. En terminología propia de la comunidad internacional, entra en escena la doctrina legal de la intervención humanitaria, que significa que cualquier estado miembro está autorizado a usar la fuerza para detener aquello que vaya en contra de los estándares tolerables¹²¹⁵. También puede ejercerse otro tipo de medidas menos peligrosas e intrusivas contra los Estados que ejercen actos de barbarie, como embargos o trabas culturales, menos frecuentes y, algunas, menos efectivas¹²¹⁶.

En el plano del derecho interno, son muchas las manifestaciones repelentes a los principios fundamentales y fundacionales del Estado y por consiguiente de la sociedad, que no pueden reclamar tolerancia al amparo del ropaje cultural. Ciertas expresiones, no importa a qué cultura pertenezcan o en el nombre o en sacrificio de qué dios se hagan, deben ser rotundamente rechazadas por el ordenamiento jurídico, con la vara más severa de la que dispone para desvalorar conductas, es decir, con el derecho penal. Lo contrario importaría tanto como consentir la degradación de la dignidad humana.

Ese es el caso de algunas manifestaciones de agresiones de género, como la clitoridectomía y la infabulación, respecto de las que en Occidente hoy reina consenso en punto a que resultan inadmisibles. Sin embargo, para llegar a este punto de vista, debió correr mucho agua bajo el puente. Durante siglos, se consideró que todo lo inherente a la organización familiar debía regirse por una ley privada, enteramente reservada a las autoridades religiosas y a los ancianos varones.

Esta situación de prescindencia absoluta del Estado en el orden familiar y cultural duró hasta no hace demasiado tiempo. Prueba de ello es el caso de la prolongada tolerancia que el Imperio Británico mostró respecto de la antigua costumbre del *sutee* que consistía en la autoinmolación de las viudas hindúes arrojándose vivas a la pira funeraria de sus maridos, en ocasiones instigadas o alentadas por otros miembros de la comunidad. Según crónicas diversas, existen registros de este rito desde los primeros siglos de la era cristiana. Durante la ocupación, el Reino Unido y la Compañía de las Indias Orientales permitieron el rito, sobre la base de aquella preferencia de no in-

¹²¹⁵ “*The principles of political independence and territorial integrity do not protect barbarism*” (WALZER, *On Toleration*; p. 159).

¹²¹⁶ Eso lleva a WALZER a decir que “*international society is tolerant as a matter of principle, and then more tolerant, beyond its own principles, because of the weakness of its regime*” (WALZER, *On Toleration*; p. 159).

tervenir en lo atinente a las creencias hindúes y de permitir el libre ejercicio de la religión y el culto.

Sin embargo, la propaganda que ejercieron ciertas corrientes evangélicas y utilitaristas que se propusieron llamar la atención de la conciencia del público británico acerca del bienestar de sus hermanos que vivían en las colonias, en los albores del siglo XIX contribuyó significativamente a que, tras un arduo debate, el rito fuera abolido, si no completamente en la práctica, por lo menos en la ley¹²¹⁷. En efecto, en 1829, los gobernantes británicos decidieron poner fin a esa costumbre, prohibiendo el *suttee*, que hasta el día de hoy está tipificado como delito en el Código Penal de la India respecto de quienes participan o incitan a la viuda a cometerlo. Las autoridades del imperio entendieron que la opresión sobre las mujeres que esa costumbre representaba era absolutamente inadmisibles.

Si bien podría pensarse que la decisión de abolir una costumbre ancestral fuera esperable en razón del carácter imperialista de la ocupación británica¹²¹⁸, lo cierto es que en un estado nacional hubiera sido impensable que se tolerara una práctica semejante entre sus minorías nacionales. Tampoco se podría esperar que la consintiera una sociedad multicultural por inmigración, como la nuestra. Al respecto, WALZER subraya el caso de la poligamia entre los mormones de Estados Unidos, que ha despertado intolerancia generalizada, a pesar de quedar reducida al plano intra-familiar de un minúsculo porcentaje de ciudadanos. En estos modelos, el Estado asegura la ciudadanía en iguales condiciones a todos sus miembros y aplica una sola ley mediante las mismas autoridades, con relación a todos los habitantes, lo que comprendería a la viuda del *suttee* y a las esposas mormonas. En ese contexto, no habría posibilidad alguna de consentir aquel rito, el cual debería ser detenido por la autoridad como cualquier intento de suicidio así como la asistencia prestada por un tercero a la viuda debería ser tratada como homicidio o asistencia al suicidio, en términos penales¹²¹⁹. No hay excusa cultural o religiosa posible que dé amparo a una práctica que degrada a la mujer, despojándola

¹²¹⁷ CASSELS; *Bentinck: Humanitarian and Imperialist-the Abolition of Suttee*; p. 77 y 85-87.

¹²¹⁸ En efecto, al comentar las particularidades de la personalidad de BENTINCK, el Gobernador General que finalmente prohibió el sati; CASSELS destaca que más allá de la fama de personaje humanitario que se granjeó gracias a su férrea oposición al rito en aparente defensa de la mujeres bengalíes, el análisis histórico de los procesos que precedieron su decisión, como así también algunos documentos, dan cuenta de haber estado más bien motivado por razones imperialistas (*Bentinck*; p. 78 y ss). Al respecto, cita un despacho de BENTINCK dirigido a sus oficiales en el que textualmente dice: “[t]he whole and sole justification is State necessity -that is- the security of the British Empire, and even that justification, would be, if at all, still very incomplete, if upon the continuance of the British Rule did not entirely depend the future happiness and improvement of the numerous population of this Eastern World” (p. 87). Ese material, entre otros, llevan a la autora a confirmar que BENTINCK no estaba inspirado pura y exclusivamente por razones humanitarias, sino que también obró movido por su preocupación por la talla del imperio Británico y por sus propios principios morales: “[f]rom this standpoint the humane abolition of suttee was also a political expedient to ‘wash out a foul stain upon British rule’” (p. 87).

¹²¹⁹ WALZER; *On Toleration*; p. 166.

de su dignidad, sobre todo porque en gran cantidad de casos es empujada a suicidarse¹²²⁰ tras la muerte de su esposo; no se trata, a la postre, de decisiones libremente tomadas, sino de una imposición por presión social transmitida de generación en generación (restricción interna). Al respecto, dice PÉREZ DEL VALLE que la postura de las autoridades británicas habría estado justificada, aun cuando supusiera una forma de intolerancia, sin que ello implicara una exclusión del reconocimiento de las peculiaridades del grupo¹²²¹.

Debido a su localismo, el *suttee* puede parecer una práctica bárbara, sin punto de conexión con las sociedades de Occidente, a las que apunta este trabajo. Sin embargo, Europa y Estados Unidos están padeciendo, en el contexto de sus sociedades inmigrantes, la importación por parte de algunas comunidades procedentes de África de una práctica tan brutal como la incineración de las viudas vivas: la ya referida mutilación genital femenina¹²²².

Si bien el proceso todavía está en curso y podría decirse que, al comienzo, la práctica fue objeto de condena pública, pero de tolerancia privada, paulatinamente ha crecido la conciencia de la imposibilidad absoluta de que el Estado liberal y democrático pueda consentir tamaña atrocidad dentro de sus confines. Para mostrar la completa intolerancia, el derecho penal está siendo la herramienta llamada a intervenir, en su rol de barrera de contención última frente a cierto tipo de violaciones de derechos fundamentales nucleares como, en este caso, la vida y la integridad de la salud física, psíquica y sexual de las víctimas. Ya hemos visto que España, sin ir más lejos, ha sancionado

¹²²⁰ A pesar de su abolición, hay registros relativamente recientes sobre casos de *suttee*, entre los que se destaca el de Roop Kanwar, ocurrido en 1987, y que llamó la atención dentro y fuera de la India, concitando la atención mundial acerca de la violación a las libertades y a los derechos de las mujeres en ese país. Según reflejaron los medios de prensa, hubo testigos que afirmaron que la joven de 18 años no se había inmolado voluntariamente, sino que había sido obligada por sus familiares. Otros, por el contrario, aseveraron que se había tratado de un acto de libre voluntad. De ese modo, los ojos del mundo se posaron sobre el tema y creció en torno a él la idea de asesinato. No deja de ser llamativo que el suegro de Rop Kanwar haya sido maestro de escuela y su padre, dueño de una empresa de logística, lo que deja más en evidencia qué nivel de arraigo tenía y tiene el rito, aun entre gente ilustrada y con una posición económica. De hecho, la boda se había celebrado siete meses antes de la muerte de ambos cónyuges, plena de pompa y lujo. El caso dejó sobre el tapete las discrepantes posiciones ideológicas sobre el tema dentro de la misma India y la presencia de grupos tradicionalistas que pretendían mantener las costumbres religiosas a toda costa. Sin embargo, en las regiones urbanas, muchos sectores dejaron ver su rechazo, reclamando una India moderna que liberase a las mujeres del yugo del patriarcado. Las controversias siguen aún vigentes en el país, donde la clase media reclama la extirpación de este tipo de prácticas que, si bien prohibidas, se siguen llevando a cabo en la clandestinidad. Seguramente, el rechazo al *suttee* tenga que ver con el proceso de globalización e inmigración que muestra cercana y posible una vida distinta para las mujeres. Sin embargo, en los primeros años del siglo XXI han seguido registrándose prácticas del rito (sobre el tratamiento en medios de prensa sobre casos recientes, consultar, entre muchos otros, BADHWAR; *Sati: A pagan sacrifice* en *indiatoday*; PARIHAR; *Nothing but embers* en *indiatoday*; Times of India; *All accused in Roop Kanwar case acquitted*).

¹²²¹ PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 901.

¹²²² En su doble variante de clitoridectomía (ablación del clítoris) e infabulación (cosido los labios mayores y menores de la vulva). Para más detalles sobre su práctica y medidas humanitarias al respecto, ver Capítulo I.

un tipo penal específico de lesiones (art. 149 del C.P.). Otros países, directamente, tipifican los hechos dentro de figuras penales preexistentes.

Cuestión distinta será evaluar si, a la hora de juzgar casos de este tenor, será necesario apelar a una reducción de la respuesta penal, ya sea por vía del error de prohibición o de una exigibilidad disminuida; a una escala penal menguada; a la imposición de la pena en suspenso o la imposición de pautas de conducta adicionales o alternativas a la pena tendentes a educar al infractor en los valores del Estado de acogida, en lo que a tratamiento de la mujer, autoridad familiar y ejercicio de derechos y libertades individuales refiere. Ello no debería ser visto como una expresión de falsa intolerancia o de hipocresía –en tanto se rechazaría en la ley positiva lo mismo que luego se consentiría en la escena social o familiar–, sino como un esfuerzo orientado a revertir una práctica ancestral por un camino dialogal. No por ser *ultima ratio* el derecho penal debe eludir toda instancia de solucionar los conflictos de manera integral y lo menos lesiva posible de la dignidad de la persona imputada. Si esta percibe el hecho como expresión cultural, amén de la pena que merezca, también sería deseable establecer con ella una instancia educativa de los principios fundamentales del Estado en el que ha decidido –por las razones que fuera– vivir. Desde ese punto de vista, también el ejercicio del derecho penal puede ser expresión de tolerancia, al reconocer y aceptar el factor cultural, aun cuando no pueda ni deba permanecer impasible ante la conculcación de derechos individuales básicos. En el ejemplo que comentamos, el derecho a la identidad cultural y a la libertad de culto, debe ceder ante los derechos y libertades individuales de máxima jerarquía de los que la víctima es titular¹²²³; he ahí el llamado a intervenir del derecho penal. Pero en aras de la aspiración a la lograr una auténtica sociedad multicultural es preciso que incluso quien lleva a cabo prácticas de extrema violencia y opresión como las mutilaciones, tenga acceso a las instancias educativas y dialogales, que no deben ser vistas como una claudicación, sino como una verdadera aspiración a solucionar los conflictos. Máxime, cuando suelen estar de por medio relaciones de familia, frente a las cuales habrá que ver qué pena y qué modalidad de cumplimiento son más favorables a la propia misma víctima. Por eso, estimamos que las críticas que se formulan al hecho de que a muchos condenados por hechos de este tenor se les ha dejado la pena en suspenso, circunstancia que evidenciaría que lo que públicamente se condena es tolerado en la práctica, pueden pecar de parcialidad a la hora de evaluar un drama complejo, que exige una visión integral¹²²⁴.

¹²²³ En igual sentido lo entiende CERESO MIR; *La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado*; pp. 101-108.

¹²²⁴ Confr. WALZER; *On Toleration*; p. 167.

No obstante, lo que está claro y aquí interesa es que la mutilación genital resulta absolutamente intolerable como tal. Y la única forma de que el Estado exprese esa total intolerancia, con contundencia y asumiendo una política definitiva al respecto, es tipificando las conductas como figuras penales. He aquí, entonces, la función de límite a lo tolerable que vengo sosteniendo incumbe al *ius puniendi*, frente al pretendido respeto a la diversidad cultural que, en verdad, en este caso es una brutal afrenta a la dignidad de la persona humana.

Por eso es que tampoco son admisibles peticiones como la que se alzó en Francia en 1989, reclamando la no criminalización de la escisión. En ese sentido, y al amparo del referido respeto a la diversidad cultural, se adujo que la práctica en cuestión no atentaba contra el orden republicano y, en consecuencia, no había motivos para interferir en la esfera privada de las opciones individuales de los miembros de una comunidad cultural. La sanción penal habría agregado más drama al drama y habría sido contraria a la tolerancia que exige el sistema democrático¹²²⁵. Este argumento no resiste el análisis. En primer lugar, porque no puede hablarse de ejercicio de opciones individuales cuando, por lo general, son los padres los que deciden sobre los cuerpos de sus hijas menores de edad, quienes no tienen posibilidad de elección alguna y respecto de quienes la maniobra ablativa o de infabulación es irreversible. La afectación al libre ejercicio de los derechos y libertades de las niñas y la afectación a su integridad corporal, contrariamente a lo esgrimido, sí que atenta contra el orden democrático y republicano de un Estado liberal, llamado a proteger el libre ejercicio de los derechos individuales de todos sus ciudadanos y de quienes residen dentro de sus fronteras. Las niñas que sufren mutilaciones involuntarias son ciudadanas o residentes de los Estados de acogida y estarán llamadas a ejercer sus derechos en esos países, de modo que bajo ningún punto de vista pueden tolerarse acciones que mellen su dignidad.

Hay que decir también que no toda manifestación cultural es fácilmente catalogable, de manera maniquea, como tolerable o intolerable. Ciertas expresiones culturales son de carácter dudoso, en tanto no siempre está claro si son o si siempre serán atentatorias de los pilares del Estado y de los valores mayoritarios. Emblemático al respecto es el caso del uso del velo por parte de las mujeres musulmanas que, en un Estado soberano, liberal y multicultural, puede ser reclamado como un derecho al goce y ejercicio de derechos ciudadanos en términos de diversidad cultural. En este caso, es factible pensar en una concesión al grupo para que las mujeres vistan según sus tradiciones, sin grave mella a los valores comunes, aun cuando la educación siga siendo

¹²²⁵ “Demanding a penal sentence for a custom that does not threaten the republican order and that there is no reason not to assign to the sphere of private choice, like circumcision, would demonstrate an intolerance that can only create more human drama than it claims to avoid, and that manifests a singularly narrow conception of democracy” (ver WALZER, *On Toleration*; p. 167).

laica. Ahora, si las niñas quisieran vestir al modo occidental, también el Estado debería garantizarles poder hacerlo, por respeto al ejercicio de sus libertades individuales, que en esta caso deberían prevalecer sobre los valores de grupo.

Lo que sí parecería irrazonable es que el asunto del velo –es decir su uso en espacios públicos– diera lugar a la intervención del derecho penal. Como mucho, se podrán imponer limitaciones de orden administrativo que demanden la exhibición de todo el rostro ante, por ejemplo, la tramitación de un documento de identidad o un trámite migratorio. Pero transformar su uso en delictivo, por el carácter exótico de la expresión religiosa pacífica, sería directamente un absurdo. Además, llevaría a preguntarse por qué no sancionar con igual alcance el uso de la kipá o el vestir a la manera de los judíos ortodoxos o de cualquier otra minoría religiosa o, incluso, el exhibir símbolos religiosos mayoritarios como podría ser un crucifijo. Ya hemos visto que todos estos conflictos no son de manual, sino que los manuales los han tomado de la realidad occidental reciente. En ejemplos de este tenor, el ejercicio de la libertad del individuo debe primar, porque no se encuentra en juego el sistema democrático ni los valores republicanos. De tal suerte, el derecho penal, que siempre debe estar gobernado por los principios de racionalidad, proporcionalidad y subsidiariedad, sería un instrumento abusivo y como tal inadmisibles. De hecho, no se ha propuesto criminalizar ni el uso del velo ni la exhibición de objetos religiosos.

En definitiva, queda claro que, en el orden de los derechos internos de los Estados, todas las expresiones de culturas minoritarias que no desafíen los valores supremos de la comunidad mayoritaria podrán ser tolerados, al amparo del respeto a la diversidad cultural y del goce y ejercicio de las libertades individuales. A lo sumo, serán pasibles de ciertas limitaciones por motivos atendibles y ante circunstancias particulares, pero nunca de naturaleza penal.

La noción misma de tolerancia como principio político y constitucional, quiere decir, justamente, límite. Y, para más señas, límite para proteger los derechos fundamentales, encarnado en su contracara: los deberes fundamentales.

Volviendo a apelar a la Ley Fundamental de Bonn, que ya nos ha servido para comprender la noción de libertad de conciencia, ROCA señala lo que ya se ha anticipado, en cuanto a que en ese instrumento los deberes fundamentales son concebidos precisamente como límites genéricos a los derechos fundamentales (y no como un catálogo expreso)¹²²⁶. Destaca que no puede reconocerse a nadie un derecho, que no lleve aparejado al mismo tiempo un deber, que deje incólume la dignidad humana de

¹²²⁶ ROCA; *La tolerancia*; pp. 155 y 158-161.

los demás. Por eso concluye que el fundamento de los deberes fundamentales no es otro que la dignidad humana¹²²⁷.

Vale la pena transcribir una párrafo de ROCA que se refiere precisamente a la tolerancia como deber fundamental:

[s]i en las formulaciones genéricas de la Ley Fundamental de Bonn no hay deberes fundamentales, sino que éstos han pasado a ser límites de los derechos fundamentales, la tolerancia habrá de ser estudiada dentro de esta categoría. **Que la tolerancia es un límite más que un deber**, se pone de manifiesto nuevamente si se considera que los deberes fundamentales representan elementos del orden público constitucional¹²²⁸.

Nótese que este punto de vista es coincidente con el que se ha venido sosteniendo a lo largo de estas líneas, en cuanto a que todo aquello que sea tolerable por parte del Estado reconocerá como límite los derechos de los demás; en especial los derechos fundamentales, en tanto expresión de la dignidad humana. De tal suerte, es evidente la existencia de deberes de abstención, allí donde cualquier avance pueda implicar cercenar derechos ajenos de la máxima jerarquía¹²²⁹. Esos deberes existen en un plano horizontal, es decir entre ciudadanos, y, a nuestro juicio, también en un plano vertical, es decir desde el Estado hacia los particulares.

Es este último enfoque –el vertical– el que interesa de cara a aquello que el Estado debe o no tolerar. ¿Por qué? Pues porque la tolerancia hacia las distintas manifestaciones culturales es un deber, un compromiso asumido por el Estado, que implica una expresión de valor y que hasta puede determinar un régimen jurídico, como ocurría en los reconocimientos o rechazos religiosos post Reforma. Sin embargo, el régimen de tolerancia estatal, insisto, no es ilimitado. Allí donde se pongan en juego derechos fundamentales de algún ciudadano, estará llamado a intervenir y, de ser necesario, con el derecho penal como instrumento extremo de solución del conflicto, como señal de que se está ante una expresión de lo completamente intolerable. Como tiene dicho el Tribunal Constitucional español, “[e]l límite último de toda libertad se encuentra en el Código penal, donde se marca el nivel mínimo de exigencias para la convivencia social”¹²³⁰.

En cambio, en el plano horizontal, la virtud de la tolerancia consagra deberes morales, pero de ningún modo con implicancias o naturaleza jurídicas¹²³¹. Existe un deber moral de ser tolerante con los demás. Si, por el contrario, se es intolerante, la falta o el vicio será del orden de lo moral. Salvo, claro está, que se afecte un derecho

¹²²⁷ ROCA; *La tolerancia*; p. 156.

¹²²⁸ ROCA; *La tolerancia*; p. 159.

¹²²⁹ ROCA; *La tolerancia*; p. 162.

¹²³⁰ STC de 14-12-1992, núm. 223/1992, FJ 2 y, en sentido coincidente, STC de 7-6-1994, núm. 170, 1994, FJ 2.

¹²³¹ Al respecto, dice ROCA que ni siquiera al ser recogidos por una norma jurídica, adquieren esa naturaleza. Y ejemplifica con el caso del deber de tolerancia contemplado como uno de los fines de la educación, receptada en ciertos ordenamientos jurídicos de los Estados federales de Alemania (ver ROCA; *La tolerancia*; pp. 162-165).

ajeno o se incurra, directamente, en la comisión de un delito. Pero en este caso, en el que el Estado deberá intervenir, no lo hará por la falta moral de un ciudadano respecto de otro o porque exista un deber jurídico fundamental, sino por la violación de un derecho fundamental. Es decir, no porque se haya violado un deber jurídico fundamental de ser tolerante (que como tal no existe), sino de no haberse abstenido de lesionar bienes o derechos fundamentales de terceros. En cambio, insistimos, la mayor o menor apertura interior hacia distintas culturas o religiones no es un deber jurídico que el Estado pueda obligar a respetar, en tanto no se traduzca en la violación o afectación de un derecho que, como tal, sí esté consagrado en el ordenamiento jurídico. El derecho no puede obligar a un ciudadano a que “le caigan bien” quienes practiquen una religión distinta de la suya, pero sí lo puede sancionar por afectar el derecho de libertad religiosa de terceros. Sin perjuicio, desde luego, de las acciones de fomento que el Estado pueda impulsar para favorecer la buena convivencia y propender a la tolerancia, en pos del bien común.

Ahora bien, ya hemos adelantado que en el terreno del derecho penal, no es pacífica la doctrina en cuanto a si la tolerancia como principio limitador tiene el algún papel a desempeñar. Muchos opinan que no, en tanto cuando el Estado decide tipificar una conducta es porque ya ha decidido que es intolerable y porque, si de adecuación social, disminución de la exigibilidad, morigeración de penas o hallazgo soluciones alternativas al conflicto se trata, el derecho penal dispone de otras herramientas dogmáticas, sin necesidad de apelar a la noción de tolerancia, que para más de un autor es vacua o superflua. Llegó la hora entonces e analizar si aquella puede ser considerada un *mediating principle* del derecho criminal.

II. C) 2. ¿La tolerancia como *mediating principle* del derecho penal?

Se tratará de tomar una posición en la polémica que se ha suscitado en la doctrina de cara a la posibilidad de incluir a la tolerancia en el elenco de los principios limitadores del derecho penal. Los *mediating principles*, en efecto, son razones para no criminalizar conductas que constituyen injustos culpables, en sentido jurídico penal. Es decir, son instrumentos que permiten dejar de lado la respuesta penal, a pesar de haberse producido un hecho que pone en peligro o lesiona a personas y que podría imputarse con respeto al principio de culpabilidad¹²³².

1. VON HIRSH señala que estos principios deben limitar la criminalización de formas de comportamiento que dañan, ponen en peligro o perturban a otras perso-

¹²³² VON HIRSCH; SEELMANN; WOHLERS; *Introducción. ¿Qué son los ‘mediating principles’?*; p. 57.

nas. En efecto, frente a comportamientos que cumplen con las exigencias de los principios de criminalización –el *harm principle* y el *offence principle*–, los principios limitadores restringen la respuesta penal, fundamentados en ponderaciones de libertad y de justicia. O sea que brindan razones para no criminalizar en situaciones en las que, en principio, correspondería hacerlo.

Al respecto, VON HIRSCH nos recuerda que un comportamiento debería criminalizarse únicamente cuando constituya un injusto. En consecuencia, los principios que fundamentan el injusto determinan los requisitos básicos para que un comportamiento pueda sancionarse a través del derecho penal. Entre esos principios destacan los requisitos jurídico-penales del dolo y la culpa. Como contracara, los *mediating principles* deben concebirse como principios normativos que limitan la criminalización¹²³³. Entre el catálogo de estos principios –estrechamente vinculados al principio del daño en el sentido que se ha visto al tratar a MILL¹²³⁴–, se cuentan la autoprotección y la subsidiariedad, la dispersión de responsabilidad, la proporcionalidad y, según algunos autores, la tolerancia. Sin embargo, su inclusión como herramienta limitadora de la criminalización se encuentra discutida.

VON HIRSCH, SEELMANN y WOHLERS la incluyen en el catálogo de *mediating principles* y ubican su fundamento en el principio de libertad. Desde esa óptica, la tolerancia tomaría por base un campo adicional de protección frente a las intromisiones del Estado, más allá de lo constitucionalmente necesario. Entre las razones para justificar ese distinto nivel de protección que llevaría a no criminalizar conductas antijurídicas y culpables, se encuentra, para dichos autores, la condescendencia ante diversas visiones del mundo y estilos de vida¹²³⁵.

VON HIRSCH, profundizando en el tema de manera individual, asume que la tolerancia es uno de los principios limitadores del derecho penal. En sintonía con lo que se ha expuesto al tratar la tolerancia como virtud política y jurídica y con cita de RAZ, señala que la tolerancia presupone que el comportamiento afectado no es deseable normativamente por ser incorrecto¹²³⁶. Va de suyo que, todo injusto –penal y no penal–, lleva ínsita esa nota. Pero la tolerancia puede brindar razones a favor de no castigar ese comportamiento, a pesar de que dañe o ponga en peligro a otros. A su criterio, si bien es cierto que una serie de derechos reconocidos actualmente a nivel constitucional tuvieron su origen en argumentos de tolerancia, a los que ya no hace falta recurrir puesto que se puede acudir directamente a las garantías constitucionales,

¹²³³ VON HIRSCH; *Tolerancia como mediating principle*; pp. 164 y 165.

¹²³⁴ VON HIRSCH; SEELMANN; WOHLERS; *Introducción*; p. 56; VON HIRSCH; *Tolerancia como mediating principle*; p. 163 y THOMMEN; *Tolerancia y comportamiento antisocial*; p. 185.

¹²³⁵ VON HIRSCH; SEELMANN; WOHLERS; *Introducción*; pp. 56 y 58.

¹²³⁶ VON HIRSCH; *Tolerancia*; p. 165.

eso no significa que la tolerancia no pueda todavía jugar un importante papel como límite a la criminalización. Ello es así porque los *mediating principles* se refieren a motivos para renunciar a la respuesta penal que rebasan los límites de protección de las garantías constitucionales¹²³⁷.

Un primer campo en el que entiende que la tolerancia puede tener capacidad de rendimiento es el de los delitos de perturbación¹²³⁸. Solo las formas más graves de injurias y de comportamientos molestos deberían suscitar la atención del derecho penal. Como los comportamientos perturbadores suelen estar estrechamente vinculados a la auto-presentación de la persona en el espacio público, se entiende que en muchas ocasiones el comportamiento inapropiado nace de su singular forma de presentarse a sí mismo. Si bien las conductas perturbadoras –como cantar demasiado alto en el autobús– puede resultar molesto para terceros, destaca que en una sociedad plural tales conflictos son inevitables. A su juicio, además, esas diferentes maneras de auto-presentarse, propias de la sociedad plural, deben ser vistas como algo intrínsecamente positivo, ya que una sociedad libre no solo debería tolerar, sino incluso alentar formas divergentes de presentarse a uno mismo¹²³⁹.

En este marco, para VON HIRSCH el principio de tolerancia limitaría el campo de aplicación de las leyes penales en la punición comportamientos perturbadores. Solo las formas más graves de esa clase de hechos deberían estar sancionadas penalmente. Esa aplicación del principio de tolerancia debería reducir la injerencia penal solo a los comportamientos injuriosos más graves, como los insultos racistas o sexistas¹²⁴⁰. Estos reúnen los estándares de ser gravemente desconsiderados o irrespetuosos y pueden tener efectos sociales secundarios negativos a largo plazo, ya que pueden conducir a la exclusión social de los grupos afectados¹²⁴¹.

A su juicio, los comportamientos perturbadores, que atañen a normas de respeto recíproco entre los ciudadanos, en tanto sean consecuencia de estilos de presentación personal o de vida divergentes deben ser tolerados, por ser un elemento de valioso en una sociedad plural. En ese marco, la punición del comportamiento puede significar un rechazo no solo a esas conductas, sino al estilo de vida al que pertenece

¹²³⁷ VON HIRSCH; *Tolerancia*; p. 166.

¹²³⁸ El derecho penal alemán sanciona comportamientos perturbadores, tales como las injurias, el exhibicionismo y los comportamientos molestos que afectan el disfrute pacífico de los espacios públicos.

¹²³⁹ VON HIRSCH; *Tolerancia*; p. 169. “Si se toma en serio esta idea de sociedad plural, se debería estar absolutamente preocupado por las consecuencias que, para la libertad y la autorrealización de los afectados, implica la prohibición de comportamiento no convencionales. Todo ello habla a favor del reconocimiento de un motivo, basado en la tolerancia, para limitar el campo aplicativo de los delitos de perturbación”. Repárese en la vigencia de las ideas de MILL, quien en 1859, en *On liberty*, ya se pronunciaba en sentido casi idéntico al que lo hace VON HIRSCH.

¹²⁴⁰ Actualmente, en Alemania, formas simples y corrientes de injurias, habituales en el uso, están sujetas a sanción penal.

¹²⁴¹ VON HIRSCH; *Tolerancia como mediating principle*; p. 172.

en su conjunto. Ello aboga por la tolerancia del comportamiento, incluso cuando pueda ser indeseable.

En cambio, los delitos de lesión son de resolución más sencilla, en tanto toda persona se debe abstener de afectar derechos evidentes de terceros. Además, estos menoscaban recursos individuales a largo plazo, lo que hace necesaria una tutela más efectiva. En cambio, los comportamientos perturbadores tienen un efecto más bien pasajero¹²⁴², lo que ofrece también razones para un mayor grado de tolerancia.

A criterio de VON HIRSCH, apelar a la tolerancia encierra la paradoja de que la simple referencia a ese principio no ofrece una base adecuada a la renuncia de una criminalización, puesto que el concepto no está suficientemente determinado. Hace falta brindar razones ulteriores que justifiquen acudir la tolerancia, en términos mediadores para renunciar a la criminalización.

En esa tónica, encuentra que la tolerancia es útil para explicar la tolerancia parcial que merecen los comportamientos perturbadores, como expresión de aceptación de diferentes estilos de presentación de uno mismo o estilos de vida, con dos niveles de alcance. En primer lugar, la renuncia a la intervención por respeto a la diversidad de concepciones y estilos de auto-presentación parece ser una cuestión de tolerancia en su sentido usual. En segundo término, la tolerancia es de utilidad también cuando se trata del respeto a la prohibición de perturbaciones. Según este autor, la admisión de un cierto margen de maniobra para las estimaciones equivocadas sobre qué debe considerarse en este sentido razonable refleja, en el contexto de una sociedad plural, que puede ser favorable la renuncia a la intervención en situaciones en las que la *valoración errónea* es comprensible, dadas las circunstancias.

Para concluir, sienta su opinión de que la tolerancia es de utilidad parcialmente para la formulación de *mediating principles*, pero no es un criterio normativo de alcance general¹²⁴³.

Las reflexiones de VON HIRSCH son merecedoras de atención de cara al interés de este trabajo, sin por ello desconocer el alcance excesivamente limitado del campo de acción que asigna a la tolerancia. En efecto, solo la considera de aplicación en el terreno de los delitos de perturbación. Sin embargo, buena parte de los delitos motivados culturalmente que se vienen relevando en el presente son delitos de lesión o daño, tal como es el caso de las mutilaciones genitales femeninas.

No obstante, el aporte de este autor sirve para llamar la atención sobre dos momentos distintos de la actuación del derecho penal. El primero de ellos es el de la decisión acerca de qué injustos serán merecedores de respuesta penal. Es el tiempo de

¹²⁴² VON HIRSCH; *Tolerancia como mediating principle*; pp. 171-172.

¹²⁴³ VON HIRSCH; *Tolerancia como mediating principle*; p. 176.

creación de ley, de la configuración de la conducta típica no autorizada y de la previsión de su sanción; o sea, es el tiempo de decidir o no la criminalización a nivel general. En esa ocasión, según VON HIRSCH, la tolerancia puede venir a señalar modos de vida y expresiones de ese modo de vida que es conveniente que sean tolerados, incluso aunque causen algún nivel de molestia o rechazo. En ese sentido, ciertas expresiones de pertenencia cultural podrá ser preferible que sean toleradas, sin que el derecho penal llegue siquiera a contemplarlas en el elenco de conductas reprobadas. Podría pensarse, por ejemplo, que en una sociedad plural fuera aconsejable tolerar que los maestros de escuelas públicas pudiera ir vestidos con indumentaria que evidenciara su pertenencia religiosa o étnica, sin que eso fuera considerado expresión de discriminación hacia los alumnos o padres que incluso pudieran rechazar el credo del docente o toda idea de religiosidad.

El segundo momento de acción de la tolerancia, siempre según VON HIRSCH es el de la efectiva contravención de una ley penal ya sancionada, es decir la comisión de una conducta que, por regla general, el Estado ya ha decidido no tolerar y criminalizar. Es en este supuesto en el que la tolerancia podría jugar un rol verdaderamente mediatizador, dando razones para dejar de costado la criminalización que debería tener lugar. En el caso concreto, podría mostrarse preferible, por razones de tolerancia a distintas pertenencias culturales, que aun habiéndose cometido un injusto, las consecuencias naturales de ese no se impusieran o fueran morigeradas. Es a esto a lo que llama “margen de maniobra”, reservado para los casos de “valoraciones erróneas”. A nuestro juicio, esto último puede tener alta capacidad de rendimiento de cara al delito culturalmente motivado, en el que efectivamente es muy probable que se produzca una valoración errónea por parte del sujeto activo, debido al diferente sistema de valores con el que se conduce frente a la sociedad. Es ahí donde habrá que buscar una respuesta dogmática adecuada para resolver los conflictos a los que aquella valoración dé lugar y es el punto medular al que apunta esta investigación, partiendo de la base de que, si el injusto está castigado en la ley penal, es porque el legislador, en términos generales, ha tomado partido por no tolerar. Lo que aquí se pretende analizar es si es factible hacer excepciones a esa regla de la intolerancia general, mediante una tolerancia mediatizadora en particular.

2. Marcando un notable contrapunto con la posición que se viene comentando, FRISCH descarta que la tolerancia pueda estar llamada a cumplir función alguna en la limitación de la criminalización. Entre las posibilidades limitadores a analizar, destaca la de la delimitación entre derecho y moral, en tanto determinadas conductas perturbadoras no deberían estar prohibidas y otras deseadas no deberían ser obligatorias.

Así, la tolerancia exigida al Estado podría ser decisiva para la legislación penal, requiriendo del autor de la ley actuar con cautela a la hora de calificar determinadas conductas como injustas o de castigarlas con pena.

Además, tal como también sostiene VON HIRSCH, considera que la tolerancia podría tener efectos a nivel de la imposición de pena, en tanto podría bloquear que se gravara con sanción penal determinadas conductas injustas, exigiendo, benevolencia¹²⁴⁴. En este caso, tendría efectos en la jurisprudencia, puesto que consideraciones de tolerancia podrían exigir la renuncia al castigo ante ciertos casos de acciones u omisiones punibles, entre los que FRISCH postula como ejemplo el del omitente de socorro que no actúa porque su convicción, creencia o conciencia se lo impiden, del que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha dado cuenta¹²⁴⁵.

Todas estas ideas llevan a pensar, en una primera aproximación, que la tolerancia podría tener una importante virtualidad para limitar el derecho penal. Sin embargo, FRISCH refiere que esa impresión inicial se desmorona ni bien se profundiza en la cuestión. Observa que a pesar de que en el derecho público se habla frecuentemente del principio de tolerancia, se lo aplica solo de manera fragmentaria, en los ámbitos de libertad religiosa y de conciencia y de la organización de la enseñanza. En ese coto reducido en el que se mueve, aparece como un elemento de vago alcance y contenido, en tanto que solo sirve para afirmar que el Estado constitucional es neutral en cuestiones de libertad religiosa y de conciencia y que por eso tolera o acepta diversas opciones. Ello es conteste con el dato innegable de que el Estado actual reconoce la libertad religiosa y de conciencia como uno de los derechos humanos entre personas con diversas creencias y representaciones morales.

A pesar de su carácter limitado, en derecho constitucional el principio por lo menos opera. En cambio, en el plano penal, está directamente ausente del análisis de las conductas candidatas a ser consideradas injustos. No obstante –continúa– se podría pensar que podría ser de ayuda para la solución de conflictos propios de las sociedades multiculturales, sobre todo ante conductas que se supone que son toleradas entre los ciudadanos entre sí. Respecto de esos comportamientos, se podría esperar que el Estado también fuera tolerante y, en consecuencia, evitara las calificaciones de injusto y las penalizaciones¹²⁴⁶.

Sin embargo, pronto descarta la pertinencia de la tolerancia en la esfera penal. Lo primero que pone de relieve es el hecho de que frente a ciertas conductas configuradoras de injustos –lesiones, coacciones, privaciones de libertad, injurias– lo

¹²⁴⁴ FRISCH; ¿*La tolerancia como*; p. 146.

¹²⁴⁵ BVERfGE 32, 98, en SCHWABE; *Jurisprudencia del*; pp. 165-168.

¹²⁴⁶ FRISCH; ¿*La tolerancia como*; p. 148.

único esperable y procedente, precisamente, es la intolerancia. Solo esta es la solución correcta a adoptar por el Estado frente a tales comportamientos y así lo demuestra el elenco de delitos de casi todos los países europeos.

Agrega que para que la tolerancia fuera fructífera sería necesario que se pudiera alcanzar un consenso intersubjetivo del ámbito de la tolerancia esperada. El concepto de tolerancia no ofrece tal acuerdo, sino que solo describe una actitud o postura. La carencia de argumentos materiales que fundamenten la idea de tolerancia; la carencia de un aporte sustantivo, es lo que hace –a su criterio– que la tolerancia como actitud de cara al derecho resulte incomprensible. En cambio, las decisiones acerca de si un comportamiento es o no un injusto y si, de serlo, es punible son postulados a los que se llega gracias a otros criterios materiales, que van mucho más allá de la tolerancia y que son ofrecidos desde hace largo tiempo por la dogmática.

En efecto, señala que el panorama jurídico ha cambiado completamente, toda vez que se ha pasado de conductas que se toleraban en época de la paz de religiones, a conductas que pertenecen al plano del ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por las constituciones. Es decir, son conductas que constituyen derechos de la persona, por lo que esta puede reclamar su observancia y respeto por parte del Estado. La observancia del Estado en este sentido no es una expresión de tolerancia, sino el proporcionarle al individuo aquello que le debe en derecho; de lo contrario, se verificaría una lesión.

Bajo esa lógica, la libertad general de actuación, vital para el derecho penal, se halla bajo reserva de ley, conforme al principio de proporcionalidad¹²⁴⁷. Eso significa que pueden llegar a limitarse conductas de lesión, perturbadoras o rechazables desde algún punto de vista, pero únicamente cuando existan “razones sólidas que hagan forzosamente necesaria su prohibición y cuando las razones materiales que hablen a favor de la prohibición sean de mayor peso que las que evidencien un mantenimiento de la libertad de actuación”¹²⁴⁸. Esas exigencias a respetar son, para FRISCH, mucho más precisas y rigurosas que la insustancial noción de tolerancia. Si la limitación a la criminalización es legítimamente racionalmente merced a criterios precisos, no hay por qué recurrir al vago criterio de la tolerancia.

De igual modo, entiende que la tolerancia tampoco aporta gran cosa en las relaciones de interferencia entre los individuos. Cuando los bienes y las libertades de los individuos colisionan o el desarrollo de la libertad de alguien menoscaba o pone en peligro bienes e intereses de otros o perturba a otros, el Estado necesita recurrir a crite-

¹²⁴⁷ El legislador limita la libertad de acción, con un fin legítimo y a través de medios idóneos y necesarios.

¹²⁴⁸ FRISCH; *¿La tolerancia como?* p. 152.

rios claros sobre cómo compatibilizar las libertades recíprocas. Y estos criterios ya existen, sin necesidad de apelar a la vaga intolerancia. Se trata de las proposiciones jurídicas según las cuales el ejercicio de la libertad halla sus límites en donde comienza el menoscabo a bienes ajenos o presenta peligros a los que los demás no quieren verse expuestos en sus bienes. También la aceptación de ciertos peligros residuales como peligros permitidos se enrola en este elenco; como igualmente, el hecho de que en caso de conflicto se deba dar preferencia al valor superior o que una limitación debe imponerse solo cuando sea absolutamente necesaria. A su juicio, estos criterios jurídicos, que son reglas capaces de generar un consenso, no dejan espacio alguno para la tolerancia, que es solo una actitud que no aporta indicadores de en qué medida y en qué circunstancias debe ser aplicada¹²⁴⁹.

Con referencia al ámbito de imposición de la pena, FRISCH considera que es inadecuado referirse a la tolerancia cuando se analiza la posibilidad de renunciar a la sanción penal para lo que está prohibido, “puesto que, precisamente, si la conducta está prohibida entonces no está tolerada en sentido exacto, de forma que en lugar de tolerancia mediante renuncia a la pena debería hablarse directamente de renuncia a la pena”¹²⁵⁰. Para decidir tal renuncia –continúa–, existen una serie de criterios específicamente jurídicos, que son los que indican si el castigo es racional, necesario y legítimo: la necesidad de la pena para los protección de bienes jurídicos afectados, que además no se debe poder alcanzar a través de medios menos lesivos. A ello se suma que los bienes afectados deben ser de importancia y su menoscabo serio; de otro modo, la pena no será proporcionada a la lesión. Una vez más, con esos baremos jurídicos, no hay por qué recurrir a la tolerancia para decidir acerca de la procedencia de la pena.

Más cerca de los delitos que son la razón de ser de este trabajo, FRISCH se ocupa también la tolerancia con relación al ámbito de aplicación del derecho penal, es decir, de la delimitación de la punibilidad. Pone como ejemplo, la renuncia al castigo de miembros de sectas que por razones de conciencia han omitido dar su consentimiento para intervenciones médicas necesarias o para llevar a cabo cualquier otra medida urgente.

Tampoco acá le encuentra utilidad alguna a la tolerancia, incluso cuando en apariencia esta pueda fundar la no imposición de una pena o la imposición de una pena disminuida. A su criterio, tales supuestos deben resolverse como conflictos entre libertades reconocidas jurídicamente y consideración de protección, para los que existen reglas jurídicas de solución. En concreto, cuando sea posible tener en cuenta la libertad

¹²⁴⁹ FRISCH; ¿*La tolerancia como*; pp. 153-154.

¹²⁵⁰ FRISCH; ¿*La tolerancia como*; p. 156.

de conciencia sin desatender intereses de protección legítimos, entonces podría producirse la concordancia práctica dispensado del deber a aquel que de lo contrario tendría que obrar contra su conciencia. Esta será una revocación fundada en el deber de respetar la libertad de conciencia. Si la colisión de intereses no puede resolverse de ese modo, habrá que evaluar cuál de ellos merece preferencia, lo que casi siempre habrá que zanjar en el sentido del mantenimiento del deber. Aquí también rigen principios jurídicos que indican la decisión en conciencia merece consideración porque el omitente se vio expuesto a una presión en su decisión que debe tenerse en cuenta (circunstancia exculpante). Si esta es una manifestación de tolerancia, trazada por reglas jurídicas, solo en esa medida es sostenible y esperable el recurso a ese principio¹²⁵¹.

FRISCH remarca que la antigua tolerancia-permisó, es decir como aceptación de conductas irregulares desde la perspectiva del que consiente, ha perdido todo fundamento a partir del reconocimiento de tal conducta de los demás como contenido de los derechos humanos. Por su parte, la tolerancia-respeto conduce a criterios que son los que adopta el ordenamiento jurídico como respeto a la autonomía y libertad debido a los otros o a los ciudadanos por parte del Estado. El derecho a vivir conforme a la propia autonomía debe ser respetado y solo puede resultar limitado observando el mandato de igualdad.

De todos modos, si bien modesto, le reconoce un lugar a la tolerancia en el universo del derecho penal. Como ante algunos conflictos sigue existiendo un amplio margen para la valoración, en

“casos de espacios valorativos... posee relevancia –fáctica– si el que debe juzgar adopta frente a conductas que se rechazan en sí mismas una actitud más comprensiva y tolerante o bien una que lo sea en menor grado: el más comprensivo casi siempre valorará en menor medida los efectos negativos vinculados a la conducta a como lo haría un juzgador menos comprensivo y, por ello, alcanzará una solución que será vista como más tolerante¹²⁵².

Asimismo, le asigna una función de recordatorio ante situaciones problemáticas que reflejan la existencia de conductas discrepantes con las representaciones de corrección y expectativas de quien juzga y de la mayoría. Esas conductas irregulares exigen pensar si se encuentran más allá del derecho o si deberían aceptarse como parte de la libertad de personas autónomas. La tolerancia puede ser una actitud sensata de cara al peligro de una limitación de la libertad del que lleva a cabo la conducta desviada. En ese sentido, FRISCH recuerda que esas limitaciones son más peligrosas que el que una mayoría ofendida o el poder del Estado expongan sin sentido sus derechos¹²⁵³.

¹²⁵¹ FRISCH; ¿*La tolerancia como*; p. 158.

¹²⁵² FRISCH; ¿*La tolerancia como*; p. 160.

¹²⁵³ FRISCH; ¿*La tolerancia como*; p. 161.

No obstante, destaca que la relevancia de la tolerancia debería ubicarse en fases previas al derecho penal, para determinar la admisibilidad o no de castigar una determinada conducta, porque “una conducta que, correctamente, deba ser tolerada pero, en lugar de ello, incluso llegue a ser sancionada penalmente, es algo que está bastante lejos de una comunidad que reconoce la autonomía del individuo y sus derechos fundamentales”¹²⁵⁴.

3. THOMMEN, en un comentario a propósito de las *anti-social behaviour orders* de Gran Bretaña¹²⁵⁵ –de las que es sumamente crítico por considerarlas incompatibles con la separación entre derecho y moral y con las exigencias de las sociedades plurales–, retoma la idea de MILL de que el *harm principle* debe ser el punto de partida para el análisis y fundamentación de la criminalización.

Sobre la tolerancia, estima que el autor de un hecho ilícito y culpable no puede exigir complacencia ni comprensión. Vale decir que aquel principio no tendría cabida en la instancia de la apreciación judicial o enjuiciamiento del injusto, debido a la vinculación a la ley. Así el debate sobre criminalización y tolerancia debe limitarse al momento de la legitimación del injusto¹²⁵⁶. El principio de ofensa y las consideraciones sobre tolerancia, entonces, servirán para separar las ofensas antijurídicas de las aún tolerables, en términos de justificación de la criminalización y de la pena.

Agrega que la tolerancia, como mandato fundamental en las sociedades plurales, puede intervenir como mediadora solamente si los estilos de vida desviados deben realmente tolerarse y promoverse: “el debate en torno a la importancia de la tolerancia en la incriminación constituye un debate sobre los fundamentos sociopolíticos de un sistema de Derecho penal”¹²⁵⁷.

En síntesis, en cuanto a la médula de lo que aquí interesa extraer para nuestras reflexiones, que dista de la problemática de las *anti-social behaviour orders*,

¹²⁵⁴ FRISCH; ¿*La tolerancia como*; p. 161.

¹²⁵⁵ Se trata de medidas del procedimiento jurídico-civil que se dirigen contra una persona en concreto, ante comportamientos que pueden considerarse molestos. Son una contravención a prohibiciones y mandatos establecidos en la orden, que valen como un injusto punible y pueden acarrear hasta cinco años de prisión. Además de sus penas draconianas para comportamientos por lo general inocuos, las conductas potencialmente punibles se encuentran formuladas de una manera insólitamente amplia, con lo cual los límites a la conducta punible quedan librados a la discrecionalidad judicial, que ha llegado a castigar comportamientos absurdos y carentes de toda relevancia desde el punto de vista de la afectación social. Están regulados en las *Crime and Disorder Acts* de 1998 y 2003. Sus críticos, los consideran instrumentos para imponer una moral mayoritaria, desestabilizando la fundamental separación entre derecho y moral en sociedades tolerantes, de carácter liberal. Detrás de ellas, se dice, se esconde la creencia de que se pueden transmitir valores sociales a través de la imposición jurídico-penal de reglas de decoro, valores comunes de los que carecen las sociedades plurales, lo que marca el abandono de la tolerancia liberal. Para el estudio de este asunto, ver THOMMEN; *Tolerancia*; pp. 177-191.

¹²⁵⁶ THOMMEN; *Tolerancia*; p. 188.

¹²⁵⁷ THOMMEN; *Tolerancia*; p. 189.

THOMMEN concluye que mientras la tolerancia no puede ser un criterio restrictivo en el juzgamiento jurídico de injustos punibles, sí es un *mediating principle* útil para la legitimación y definición de injustos punibles¹²⁵⁸.

4. También SILVA SÁNCHEZ descrea del papel de la tolerancia como principio mediatizador o limitador de la criminalización, en tanto habría, desde hace años, otras herramientas jurídico-penales específicas que permitirían llegar a los mismos resultados de exclusión o reducción de la pena, sin necesidad de apelar a un concepto tan laxo como sería el que nos ocupa. Ello es conteste con su opinión de que el gran principio limitador del que disponen los penalistas es la teoría del delito, desde el momento que cualquier pretensión punitiva deberá superar el escollo de que la conducta sea un injusto culpable y punible¹²⁵⁹.

Partiendo de sus propias palabras, los *mediating principles* son buenas razones de contenido normativo que hablan en contra de la criminalización; es decir, “principios que una vez que existen *prima facie* razones para un castigo legítimo (lesividad del hecho, imputación al sujeto y respeto a las garantías constitucionales), es preciso salvar al modo de una carrera de vallas, para llegar a la meta del castigo legítimo”¹²⁶⁰. Son elementos de alcance general que obstan a la pretensión de castigo y por eso constituyen límites al *ius puniendi*.

En punto a la tolerancia, si bien la reconoce como un eventual recurso de emergencia en sistemas en los que o la tipificación de conductas punibles excede en mucho a lo que en nuestro ámbito es usual o la aplicación judicial del Derecho no se halla familiarizada con los criterios de la adecuación social y la insignificancia, en general, la subestima para nuestro contexto. En efecto, SILVA SÁNCHEZ parece estar pensando en el ya referido contexto británico de las *anti-social behaviour orders*. Sin embargo, es enfático al descartar su aplicación en nuestro medio, en el que “la teoría del delito que nos es propia dispone de mecanismos más que suficientes para excluir la sanción penal de tales supuestos sin necesidad de incorporar un nuevo criterio”¹²⁶¹.

5. Al tratar específicamente el tema de los delitos culturalmente motivados, ROCA DE AGAPITO¹²⁶² destaca el papel de la tolerancia, pero sin acudir a la idea de los *mediating principles*. Partidario, por entenderlas más justas y eficaces, de las políticas de gestión de la inmigración de índole multiculturalista, que –a diferencia de las

¹²⁵⁸ THOMMEN; *Tolerancia*; p. 190.

¹²⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ; *Prólogo a*; en VON HIRSCH; SEELMANN; WOHLERS; ROBLES PLANAS; *Límites al...*; p. 15.

¹²⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ; *Prólogo*; p. 13.

¹²⁶¹ SILVA SÁNCHEZ; *Prólogo*; p. 16.

¹²⁶² ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; p. 205.

asimilacionistas– procuraran la integración de los extranjeros preservando su identidad cultural, considera que la característica propia de un sistema respetuoso de las diferencias reposa precisamente en la tolerancia de las manifestaciones culturales de cada grupo. Sin embargo, remarca que eso no significa que todo deba ser tolerado, ya que la tolerancia misma tiene sus límites, idea que resume en que no se debe tolerar la intolerancia. Basado en la noción de restricciones internas desarrolladas por KYMLICKA, ROCA DE AGAPITO entiende que no se deben tolerar esa clase de reivindicaciones que la minoría impone a sus miembros, sobre todo a los más vulnerables como los niños y las mujeres, que deben ser asumidas y afrontadas con la respuesta penal.

6. Marcando un contrapunto con las posiciones que rechazan la compatibilidad entre tolerancia y derecho penal, PÉREZ DEL VALLE, da un giro a la cuestión de la relación entre ambos términos. Considera que el derecho penal se encuentra frente a la dificultad de demarcar lo intolerable en sociedades que exigen altos niveles de tolerancia como muestra de su propia identidad¹²⁶³.

Siguiendo la idea de MACINTYRE en cuanto a que puede existir una intolerancia justificada, entendida como trazado de límites, considera que aquella sería una virtud. Es decir, partiendo de la base de que existe una verdad objetiva en la que puede haber una participación común, la intolerancia de todo aquello que cayera fuera de sus límites sería una virtud. En ese sentido, formula un principio según el cual la intolerancia justificada

“implica la posibilidad de imponer a otros jurídicamente –por tanto, también con la coerción– una conducta exterior diferente de la que deriva de sus propias creencias en tanto ésta resulte lesiva para los intereses de la comunidad o para los intereses de otros individuos”¹²⁶⁴.

Al tratar de explicar dicho principio, comienza por aclarar que obviamente el objeto de la intolerancia, justificada o no, solo puede ser la conducta exterior de alguien –sea activa u omisiva–, pero jamás el pensamiento o las creencias, ya que no es posible imponer jurídicamente la religión ni la moral. Lo problemático son aquellas conductas que pueden ser consideradas lesivas para otros o para los bienes comunes.

A partir del ya recordado ejemplo del rito indio del *suttee*, destaca que la postura de las autoridades británicas de completa intolerancia a esa forma de opresión de las mujeres, estaba completamente justificada y que, además, no significaba una exclusión del reconocimiento de las peculiaridades del grupo. Y agrega un elemento de reflexión interesante: por qué, tras la independencia de la India, la proscripción del rito siguió en pie.

¹²⁶³ PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 893.

¹²⁶⁴ PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 900.

El *suttee* era una tradición con basamento religioso, pero no compartida de manera generalizada por todas las regiones del país. Su abolición y sanción penal fue producto de un debate arduo¹²⁶⁵, que duró siete años, durante el cual, en un comienzo, se consideró que no convenía prohibirlo, sino promover un cambio progresivo en la opinión de la población de la India¹²⁶⁶. Era una propuesta –empleando la terminología usada en otra parte de este trabajo– dialogal. Sin embargo, el Gobernador General de la India Lord BENTINCK finalmente optó por declararlo ilegal de manera inmediata y sometido a los tribunales penales. Esta decisión fue recurrida por grupos religiosos ortodoxos, llevando la cuestión hasta Londres para ser sometida al Consejo Privado del Rey. Los recurrentes se agraviaron de que el *suttee* no era un deber religioso, sino un privilegio de los creyentes, y de que la decisión del Imperio vulneraba el compromiso de no interferencia en la religión hindú¹²⁶⁷.

Para poder analizar la cuestión del *suttee* en clave de tolerancia –en efecto, es un ejemplo frecuentemente tratado en la doctrina en esta materia– es preciso analizar dos aspectos: cuál fue la razón de la abolición del rito y cuál fue la reacción en la India tras la época colonial, es decir, si fue restablecida su práctica legalmente.

Sobre lo primero, PÉREZ DEL VALLE pone de resalto que la abolición británica del rito prescindió de la posición de la mujer hindú. Por más que se lo hubiera hecho con base en el argumento de que las mujeres no se arrojaban a la pira funeraria de sus maridos de forma voluntaria, sino presionadas por el entorno, ello no negaba la posición de superioridad del Imperio¹²⁶⁸ y de su cultura, que el autor, apelando a las palabras de SPIVAK, resume en la expresión “mujer de color oscuro salvada por hombres de raza blanca de los hombres de raza oscura”¹²⁶⁹. Ello, al margen de que la propia SPIVAK considere que en el contexto post colonial una costumbre oscurantista como el *satee* no debería sobrevivir mucho más¹²⁷⁰.

¹²⁶⁵ Sobre los pormenores de tal debate, ver CASSELS; *Bentinck*; pp. 77-78.

¹²⁶⁶ Así lo consideró el Gobernador General de la India, Lord Amherst, tal como se recuerda en PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 901; nota 50; con cita de PEGGS, James; *India's Cries to British Humanity*; Londres; 1830; p. 10 y ss y especialmente p. 62.

¹²⁶⁷ Tal compromiso había sido asumido por el Act 37 del Rey Jorge III (PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 902). CASSELS da cuenta de que el propio BENTINCK había contemplado la posibilidad de que la abolición del sati fuera entendida como una violación de dicho compromiso e, incluso, como un intento de conversión masiva al cristianismo (*Bentinck*; pp. 80-81 y 83).

¹²⁶⁸ Al respecto de la legislación de abolición del sati, dice CASSELS: “*At the heart of this enlightened vision lay a tacit assumption of the superiority of western civilization. Spokesmen for both evangelical and utilitarian forces were painfully prone to making arrogant comparisons between occident and orient. During Bentinck's Governor-Generalship, this phenomenon was best documented by Macaulay's Minute on education which so eloquently declared Sanskrit culture to be intrinsically inferior to western European tradition. Bentinck's own attitude seems to have been no less arrogant*” (*Bentinck*; pp. 86-87).

¹²⁶⁹ SPIVAK; *Can the subaltern*; p. 297.

¹²⁷⁰ SPIVAK; *Can the subaltern*; p. 298; con cita de DERRET.

Dicho de otro modo, según una visión como la de SPIVAK, aunque hubiera consenso en el interés que se protegía, no era un dato menor quién era la autoridad que prohibía, no tanto desde el punto de vista de la legitimación para el dictado de normas, sino como un aspecto ideológico. Ante esta forma de ver la cuestión, PÉREZ DEL VALLE advierte que si la determinación de los límites de la tolerancia o de la intolerancia justificada se hace desde lo puramente ideológico, con prescindencia del concepto de bien común o individual¹²⁷¹, resulta impracticable. A su juicio es equivocado asimilar las posiciones contrarias de los defensores y de los detractores del *suttee* sobre bases ideológicas, lo que lleva a SPIVAK a equiparar la defensa del rito entendido como recompensa para la viuda (tal la posición de los ortodoxos religiosos) y su prohibición como misión social (tal la posición de las autoridades coloniales)¹²⁷².

La clave y el problema entonces, pasa por determinar cuál es el bien. Ya hemos visto que WALZER señala que lo repudiable del *suttee* pasa por el hecho de ser una intolerable opresión de las mujeres. Según PÉREZ DEL VALLE, conforme lo muestra el estudio de la historia del rito, no es aceptable que este pueda considerarse voluntario, desde el momento que la viuda asume como propia la muerte del marido. La formulación del rechazo del argumento de la voluntariedad se apoya en el bien de evitar situaciones de riesgo para la libertad de las mujeres, en el sentido de un derecho penal liberal depurado y limitado a un núcleo jurídico-penal¹²⁷³. De este núcleo formaría parte la protección del entorno de libertad en relación con decisiones irreversibles, en el sentido que procuran las normas de prevención de suicidios. La médula de ese derecho penal estaría dado por ciertos principios de política criminal: seguridad, legalidad y dignidad humana¹²⁷⁴.

Respecto de la segunda cuestión, releva la circunstancia de que acabada la ocupación británica, la India mantuvo la sanción penal del *suttee*. Es más, en 1988 se sancionó a nivel federal la *Commission of Sati (Prevention) Act* que castiga la tentativa de *satee*; la cooperación o ayuda al rito tanto tentado como consumado y la apología del *satee*, con penas que llegan hasta la prisión perpetua¹²⁷⁵. Según PÉREZ DEL VALLE,

¹²⁷¹ Aunque la determinación del bien no está libre de la incidencia de aspectos ideológicos (PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 902).

¹²⁷² SPIVAK; *Can the subaltern*; p. 301.

¹²⁷³ PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 903; con cita de PEGGS y de HÖFFE; *Derecho intercultural*; p. 151.

¹²⁷⁴ SÁNCHEZ OSTIZ; *Principios y reglas*; pp. 41-68.

¹²⁷⁵ *The Commission of Sati (Prevention) Act, 1987 (No. 3 of 1988), en sus artículos 3, 4 y 5 sanciona y castiga los referidos delitos:*

“3. Attempt to commit sati.- Notwithstanding anything contained in the Indian Penal Code (45 of 1860), whoever attempts to commit sati and does any act towards such commission shall be punishable with imprisonment for a term which may extend to one year or with fine or with both:

Provided that the Special Court trying an offence under this section shall, before convicting any person, take into consideration the circumstances leading to the commission of the offence, the act committed,

la previsión de pena es una opción de la legislación en el sentido de prevenir la práctica del *suti* y, por tanto, de intolerancia¹²⁷⁶. Sin embargo, se trata de un caso de “intolerancia justificada”.

A partir de un pormenorizado análisis de los tipos penales y de los elementos normativos que la ley describe a modo de glosario, concluye que la justificación de la muestra de intolerancia que importa la sanción de esas conductas finca en la consideración de la mujer y en la delimitación de los ámbitos de riesgo para la libertad que importa el *suttee*. En efecto, señala que “se asocia a esta sanción penal con una insuficiente protección de las mujeres frente a un entorno opresivo”¹²⁷⁷. Al respecto, AHMAD remarca que la ley no toma en cuenta que la viuda es una víctima de las presiones de su medio social, sino que la trata como una criminal, al sancionar la tentativa de *suttee* (art. 3)¹²⁷⁸. Estos extremos explicarían la necesidad de una regulación penal específica sobre el rito, para la que la voluntad de la mujer es indiferente, y la tipificación de la apología, yendo incluso más lejos que la pretérita legislación británica.

Quiere decir entonces que la solución al conflicto que se dio cuando el asunto estaba enraizado entre dos culturas –la india y la británica, dentro de un imperio

the state of mind of the person charge of the offence at the time of the commission of the act and all other relevant factors.

4. Abetment of sati.- (1) *Notwithstanding anything contained in the Indian Penal Code (45 of 1860) , if any person commits sati, whoever abets the commission of such sati, either directly or indirectly, shall be punishable with death or imprisonment for life and shall also be liable to fine.*

(2) *If any person attempts to commit sati, whoever abets such attempt, either directly or indirectly, shall be punishable with imprisonment for life and shall also be liable to fine.*

Explanation. For the purposes of this section, any of the following acts or the like shall also be deemed to be an abetment, namely:

(a) *any inducement to a widow or woman to get her burnt or buried alive along with the body of her deceased husband or with any other relative or with any article, object or thing associated with the husband or such relative, irrespective of whether she is in a fit state of mind or is labouring under a state of intoxication or stupefaction or other cause impeding the exercise of her free will;*

(b) *making a widow or woman believe that the commission of sati would result in some spiritual benefit to her or her deceased husband or relative or the general well being of the family;*

(c) *encouraging a widow or woman to remain fixed in her resolve to commit sati and thus instigating her to commit sati;*

(d) *participating in any procession in connection with the commission of sati or aiding the widow or woman in her decision to commit sati by taking her along with the body of her deceased husband or relative to the cremation or burial ground;*

(e) *being present at the place where sati is committed as an active participant to such commission or to any ceremony connected with it;*

(f) *preventing or obstructing the widow or woman from saving herself from being burnt or buried alive;*

(g) *obstructing, or interfering with, the police in the discharge of its duties of taking any steps to prevent the commission of sati.*

5. Punishment for glorification of sati.- *Whoever does any act for the glorification of sati shall be punishable with imprisonment for a term which shall not be less than one year but which may extend to seven years and with fine which shall not be less than five thousand rupees but which may extend to thirty thousand rupees”.*

¹²⁷⁶ PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 904.

¹²⁷⁷ PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 905; con cita de AHMAD, Nehaluddin; *Sati Tradition – Widow Burning in India: A Socio-legal Examination*; [2009]2 Web JCLI; [<http://webjcli.ncl.ac.uk/2009/issue2/ahmad2.html>]; p. 8; fecha de consulta: 18/5/2016.

¹²⁷⁸ “The Act unfortunately does not take into consideration two important facts: The first is that the widow is a victim of her social environment and pressures, treating her instead as a criminal” (AHMAD; *Sati Tradition*; p. 8).

multicultural— fue similar a la respuesta que se elaboró cuando el caso quedó confinado a un único marco cultural —el conflicto intracultural en la India independiente—: en ambos casos se sancionó penalmente el rito, incluso con mayor severidad cuando el país dejó de ser una colonia.

Ante este dato cierto, PÉREZ DEL VALLE remarca que las sociedades modernas presentan no solo conflictos multiculturales, sino también intraculturales. Según cómo se solventen estos, se podrá tratar de buscar respuestas a aquellos. En la búsqueda de soluciones a los conflictos intraculturales, considera fundamental delimitar ámbitos de riesgo. Sin embargo, resulta complejo fundamentar la legitimidad para intervenir en actuaciones voluntarias, es decir, en el ámbito de libertad. Siempre con base en el ejemplo del *satee*, se pregunta cuando se puede afirmar que la libertad de la viuda está en riesgo o justificar que la construcción de un templo entraña un peligro para la libertad de las viudas bengalíes. En síntesis, cómo hacer para, en una perspectiva de igualdad, convencer a la viuda o a su familiar de que la idea del *suttee* como beneficio espiritual es algo negativo que merece ser castigado con una pena.

Ya los penalistas hegelianos se ocuparon de señalar que las determinaciones esenciales de personalidad, como la vida y la integridad física eran, sin más, bienes indisponibles¹²⁷⁹. Sin embargo, existen ciertos conflictos intraculturales en los que la libertad aparece ponderada con otros intereses, sobre todo cuando se cuestiona la necesidad de castigar conductas inmorales que han sido así consideradas históricamente, pero respecto de las que hoy se duda sobre su inmoralidad o sobre si, aun siendo moralmente cuestionables, cabe la intromisión penal en esferas privadas. Esos cambios de valoración ocurrieron respecto de la homosexualidad y del adulterio. Todavía vigente es el caso del incesto, que ha llegado en los últimos años al Tribunal Constitucional Alemán, el que ratificó su carácter delictivo, con base en la protección del orden familiar, sentencia que fue confirmada por el Tribunal de Estrasburgo¹²⁸⁰.

Con espíritu crítico frente a la sanción actual del incesto, GRECO considera que, por más que históricamente se lo haya considerado inmoral, pertenece al ámbito de la autonomía individual en el que no cabe intromisión de los poderes públicos y, por eso mismo, tampoco sanción penal¹²⁸¹. Para aquel autor, no puede resolverse la proporcionalidad de la intervención con base en la afectación de la familia, de la sociedad o de los hijos, porque eso reduciría el núcleo inviolable de conformación de la vida priva-

¹²⁷⁹ PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 906 y también PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la autonomía*; pp. 102-103.

¹²⁸⁰ Ver, entre muchos, [http://www.abc.es/hemeroteca/historico-13-03-2008/abc/Internacional/el-constitucional-aleman-mantiene-la-penalizacion-del-incesto_1641720915947.html], fecha de consulta: 22/05/2016; [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/03/13/actualidad/1205362812_850215.html], fecha de consulta: 22/05/2016; [<http://www.dw.com/es/incesto-ilegal-e-inmoral/a-15877424>]; fecha de consulta: 22/05/2016.

¹²⁸¹ Citado por PÉREZ DEL VALLE en *Límites a la tolerancia*; p. 906.

da a la nada. No obstante, reconoce que hace falta mayor precisión para delimitar lo que resulta inviolable.

Al respecto, PÉREZ DEL VALLE considera que no resulta suficiente apelar a las nociones de genocidio, esclavitud y tortura, como ejemplos en los que se ha logrado consenso en punto a su carácter intolerable, porque son cuestiones heterogéneas, que no se refieren a la limitación de la esfera privada. El Tribunal Constitucional Alemán, al resolver sobre el incesto, se basó en la necesidad de protección de la familia en sentido institucional, cuya compatibilidad con el pluralismo constitucional y con los distintos modelos de familia actuales es cuanto menos discutida y discutible. Además, voces críticas aducen que en el incesto no hay ningún bien jurídico afectado en el sentido de causar una perturbación social, sino que su disvalor es exclusivamente moral.

Para PÉREZ DEL VALLE, la delimitación del ámbito de riesgo se resuelve en términos de vigencia de las normas y de la significación comunicativa de estas. Así, se puede defender que ante la bigamia o el incesto concurre un interés público de tal trascendencia que justifique la intervención jurídico penal. A su criterio, el incesto –al igual que la bigamia– atenta contra la institución matrimonial occidental, conforme está prevista legalmente. Si alguien se casa más de una vez, ha contraído un matrimonio que legalmente no es posible como marco jurídico de la institución familia. Parece entender que algo análogo ocurre cuando alguien se une de hecho a quien legalmente tiene prohibido hacerlo. A su juicio, si esto pone en riesgo la institución familia de forma grave, no habría problema en sancionar el hecho como delito.

La prueba cabal de que desde su punto de vista la cuestión pasa por el quebrantamiento de la vigencia de las normas está dada por dos afirmaciones. La primera es que señala que si en un determinado ordenamiento se permitieran hasta cuatro casamientos, el quinto sería ilegal y podría ser delito. La segunda, que destaca que si alguien, por razones culturales o religiosas, quisiera tener más de una mujer en su esfera privada, podría hacerlo, sin poder reclamar el reconocimiento del derecho¹²⁸².

Claro está que para poder entender esta posición, hay que partir de la base de que PÉREZ DEL VALLE descrea de la teoría de los bienes jurídicos o, más bien, para él el bien jurídico tutelado sería exclusivamente la vigencia del derecho. En lo personal, consideramos que es necesario buscar criterios sustantivos más contundentes que la mera vigencia del derecho, para justificar la existencia de un delito. Es preciso que algún valor socialmente trascendente que, por esa misma condición, haya sido sopesado por el legislador a la hora de decidir con qué instrumento legal tutelararlo –el de-

¹²⁸² Criterio similar al adoptado por el juez federal del Estado de Utah respecto del reciente caso de un hombre mormón unido en pareja a tres hermanas, que se mencionó en el capítulo I. B).

recho penal solo puede llegar como medida extrema– se encuentre lesionado o en peligro.

En esa dirección, las determinaciones esenciales de la personalidad, en sentido hegeliano, vuelven a cobrar relevancia. Solo si la bigamia, el incesto o el conflicto cultural del que se trate afectan algún aspecto de la dignidad humana que resulte indisponible podrá estar justificada su previsión como delito. Y, sin dudas, lo valorativo jugará un papel relevante. El legislador deberá tomar en cuenta cuál es la valoración social sobre ciertas instituciones básicas. De estimar que en base a la igualdad, el respeto y hasta el aporte de la ciencia en términos eugenésicos, la exclusividad matrimonial y la imposibilidad de uniones entre parientes sigue siendo un valor a resguardar, podrá tipificar como delito ese tipo de uniones.

El propio PÉREZ DEL VALLE parece advertir esta circunstancia al destacar que el daño o el peligro de daño social constituye un límite de la esfera de privacidad del sujeto. En sus textuales palabras, “el núcleo de privacidad ‘inviolable’ se cuestionaría cuando se desenvuelve de forma que constituye un daño o un riesgo de daño para el bien común”¹²⁸³. Agrega que, como ocurre de cara a la pornografía, se trata de marcar lo que resuelta intolerable desde el punto de vista de la moralidad pública, es decir, de valorar el daño que la pornografía provoca. Con base en la tesis de GEORGE¹²⁸⁴ sobre moralidad pública, estima que cuando las autoridades públicas toman partido en contra de la pornografía, ponderan el daño o el riesgo al bien común, como bien de las personas y de grupos institucionalizados, como la familia y otras agrupaciones civiles.

A partir de lo anterior, PÉREZ DEL VALLE concluye que la cuestión de la autonomía está mal situada en el desarrollo jurídico moderno. Los poderes públicos deciden sobre la prohibición o la sanción penal de las conductas sobre la exclusiva base del daño o el riesgo de daño social. Dentro de ese juicio sobre el daño social, está integrado también el juicio sobre la moralidad, si bien el daño social de comportamientos inmorales exclusivamente privados y consentidos por adultos no justificaría la prohibición y menos todavía la sanción penal. ¿Entonces, cuál es el límite del riesgo? A esto responde –apelando nuevamente al ejemplo de la pornografía– que es claro que el almacenamiento y consumo privado de esa clase de material entre adultos no puede ser castigado. El punto es si puede castigarse en caso de que haya riesgo de que accedan al mismo personas menores de edad o si el consumo de pornografía alimenta su

¹²⁸³ PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 909.

¹²⁸⁴ GEORGE; *The Concept of Public Morality*; pp. 30-31. PÉREZ DEL VALLE marca el contrapunto entre GEORGE y DWORKIN, cuya posición sobre la justificación de la permisón de la pornografía para consumo privado y de la restricción en el ámbito público ha quedado plasmada en la nota 967. Al respecto ver PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; en SANTOS; HERMIDA DEL LLANO; *Una filosofía del derecho*; pp. 909-910.

producción y distribución, promocionando o estimulando conductas inmorales. Este aspecto, es mucho más complejo.

Concluye PÉREZ DEL VALLE señalando que el derecho penal se caracteriza por delimitar en qué ámbitos la intolerancia justificada implica la posibilidad de imponer a otros coercitivamente una conducta exterior diferente de la derivada de sus creencias. A su juicio, esto solo estará legitimado cuando pueda considerarse lesiva para los intereses de la comunidad y para los intereses de otros individuos¹²⁸⁵. Como se ve, su respuesta, en definitiva, está próxima al *harm principle*, en el sentido de MILL, con lo cual, más allá de divergentes matices en la fundamentación, se acerca a la posición que se viene sosteniendo en este trabajo.

No se puede dejar de señalar la complejidad de la búsqueda de estas respuestas en la sociedad postmoderna, caracterizada por el pluralismo. Cada vez parece más difícil –a nuestro juicio– justificar la respuesta penal frente a pretensiones sociales de que todo vale en el ámbito privado. Volviendo a los ejemplos de conflictos familiares como el del incesto en Alemania, fuertes sectores sociales reclaman que esa conducta del orden de lo privado compromete aspectos disponibles. Ello evidencia que los desafíos para dar soluciones a cierta clase de conflictos serán cada vez más complejos, máxime en sociedades donde se pretende poner en jaque el tradicional modelo de familia monogámica, conformada por varón y mujer, de tradición judeo-cristiana. Esto, más allá de toda consideración moral personal sobre el modelo deseable o estimable como válido.

Lo cierto es que, a pesar del peso de posiciones como las de FRISCH¹²⁸⁶ o SILVA SÁNCHEZ en punto a la prácticamente nula significación que el principio de tolerancia pueda revestir para la dogmática penal, el hecho de que el recurso a ella esté sobre el tapete evidencia que, en el marco de las sociedades complejas y multiculturales, no está dicha la última palabra en cuanto al rol que ese principio puede cumplir. Antes bien, parecería que la ciencia penal se va abriendo cada vez más a asignarle relevancia de cara la resolución de conflictos concretos.

En efecto, cuando más adelante se trate el error de prohibición, se relevará la posición de MUÑOZ CONDE, quien fue una de las primeras voces en reconocer que ante los conflictos que se suscitan en las sociedades multiétnicas y multiculturales, dicho error podía ser una forma de consagrar el pluralismo y la tolerancia¹²⁸⁷. E incluso, en estadios sistemáticos previos a la antijuridicidad, Arthur KAUFMANN, al desarrollar su posición sobre el “espacio libre de derecho” o “espacio libre de valoración jurídica” –

¹²⁸⁵ PÉREZ DEL VALLE en *Límites a la tolerancia*; en SANTOS; HERMIDA DEL LLANO; *Una filosofía del derecho*; p. 911.

¹²⁸⁶ En especial, con la noción de espacio fuera del derecho tal como la entiende KAUFMANN.

¹²⁸⁷ MUÑOZ CONDE; *El error en Derecho Penal*; p. 136.

doctrina con la que no comulgamos o, al menos no lo hacemos con el alcance que le da ese autor¹²⁸⁸, pero que no podemos dejar de relevar en este punto— destaca que el modelo que propone respecto de ciertas conductas a las que califica de “no prohibidas-no permitidas” (tales como el aborto en ciertas circunstancias) está dirigido al ideal de una sociedad tolerante, pluralista, de riesgo, que responde a las necesidades actuales. La nuestra —dice— es una sociedad de gran complejidad, en la que la tolerancia representa uno de los más importantes principios éticos que siempre debe ir de la mano del principio de responsabilidad¹²⁸⁹.

Con lo dicho en el párrafo anterior, a pesar de discrepar con algunas de las ideas de esos autores, es nuestra intención poner de manifiesto que si la tolerancia forma parte de la discusión jurídica de este tiempo, es porque algo tiene para ofrecer en el universo penal. Con esto ya tomamos posición a favor de su carácter de herramienta con alta capacidad de rendimiento, en lo que aquí interesa particularmente, para solventar conflictos penales surgidos de la divergencia cultural de la ciudadanía. Sin embargo —y posiblemente este sea la mayor dificultad a resolver y lo que puede explicar el rechazo de autores como FRISCH a este principio— cuando se hable de tolerancia y se le otorgue relevancia para el *ius puniendi* habrá que precisar qué es lo que se está diciendo, contorneando con precisión el alcance de la noción. En efecto, tolerancia no puede ser algo impreciso, difuso, más parecido a la proclamación de una buena intención, que a una noción técnica. Es decir, no puede ser una idea abstracta derivada de determinados aspectos constitucionales, sin concreción en parcelas determinadas del orden jurídico y, en este caso, en el derecho penal. Tampoco puede ser una herramienta que se utilice de forma más o menos voluntarista para modificar o justificar ciertos cambios del orden jurídico que defiende una parte de la sociedad; es decir, no puede ser un comodín carente de sentido que haga las veces de llave de paso políticamente correcta para avalar cualquier cambio legislativo o jurídico en las instituciones sociales fundamentales, que se quieren imponer sin más razón valedera que su identificación con el deseo de algunas minorías. La tolerancia no puede reemplazar el debate jurídico que atienda a la razón de ser y a las consecuencias de los cambios que requieren los tiempos.

En esa línea, consideramos que los principios de pluralismo y de tolerancia, ambos de corte constitucional, son los que deben inspirar la respuesta penal a los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa. No importa si es a través de un viejo instituto del derecho penal, si es que este exige una interpretación y una aplicación

¹²⁸⁸ Al respecto, concuerdo con ROXIN en cuanto a que el único espacio libre de derecho, que efectivamente existe como tal, es todo lo pre-típico, lo que queda fuera de los tipos penales. Pero, a partir del tipo mismo, ya todo es valoración (ROXIN; *Derecho penal*; pp. 567-569).

¹²⁸⁹ KAUFMANN; *Filosofía del derecho*; pp. 416-418.

renovadas para hacer realidad aquellos principios, ante desafíos concretos de las sociedades de nuestros días. En efecto, puede ser que viejas instituciones tengan cosas nuevas para decir, a la luz de la evolución del derecho, de la sociología, de la filosofía y de la antropología. De hecho, prácticamente ningún principio o institución jurídica – muchos de los cuales estaban ya presentes en el derecho romano– han dejado de actualizarse en términos de sentido y alcance¹²⁹⁰. Por eso es que posiciones como la de SILVA SÁNCHEZ o FRISCH, que podrían resumirse en que nada nuevo hay en los llamados principios limitadores del derecho penal que no pueda ser respondido mediante la tradicional teoría del delito deben ser relativizados. Quizás sea hora de que alguna institución jurídica añosa, se renueve a la luz de los principios constitucionales de pluralismo y tolerancia.

Como se ve, el recurso al principio de tolerancia –si pretende ser serio– presenta desafíos y riesgos. Sin embargo, vale la pena tomarlos en pos de las exigencias de los tiempos y de contribuir un derecho penal que esté a la altura de la hora.

¹²⁹⁰ El propio SILVA SÁNCHEZ se ha ocupado de explicar el sentido actual del principio de legalidad, que ha mutado enormemente según los desafíos de cada hora, desde su consagración iluminista, en el siglo XVIII (*La interpretación de las leyes*; pp. 201/213). Sobre la evolución y el sentido actual del principio de legalidad, sostiene que “la legalidad propia de nuestro tiempo difiere ya muy considerablemente de la que sostuvo el legalismo del siglo XIX (...) el positivismo legalista pretendió conseguir la seguridad jurídica “reduciendo el Derecho a la ley, una ley escrita y que se presumía conocida por todos desde el momento de su publicación”; en cambio “la visión moderna de la legalidad no pretende ya atribuirle una función de motivación directa del ciudadano por el contenido de las leyes; algo que, en lo relativo a los detalles de la tipicidad, resulta además imposible. Con la exigencia de legalidad penal se alude básicamente a la pretensión de lograr una interacción entre el poder legislativo y el judicial, que redunde en la producción de interpretaciones judiciales legítimas y estables: interpretaciones previsibles”. En ese contexto, SILVA SÁNCHEZ entiende que “el recurso al tenor literal pierde prácticamente autonomía en los casos de interpretación de elementos normativos de contenido jurídico y leyes en blanco, en los que se reduce a la interpretación sistemática. La cuestión es entonces si, con ello, no desaparece ya por completo la hipotética función de límite del tenor literal. En efecto, la determinación de cuándo nos hallamos ante una interpretación gramatical y cuándo ante una interpretación sistemática es algo que, en cierta medida, depende del enfoque que se adopte” (pp. 206-207 y 213). Otro autor que pone de manifiesto la evolución del principio de legalidad es YACOBUCCI, quien estima que “[e]n el caso del principio de legalidad, históricamente concebido como el principio medular del derecho penal de la Ilustración, su problemática adquiere un significado particular, porque plantea la necesidad de una nueva reflexión que supere el formalismo con el cual fue acuñado en aquel período histórico. Si se quiere otorgar nuevamente validez legitimante a la legalidad, resulta imprescindible brindarle un contenido axiológico que envuelva los criterios fundamentales del derecho penal. Esto es, la vinculación del poder con normas que de alguna forma lo trasciendan –sentido originario de la legalidad– y una consideración material en cuanto a los criterios con los que se evalúa la analogía e interpretación” (YACOBUCCI; *El sentido*; pp. 231-232). Vaya este ejemplo del viejo principio de legalidad como botón de muestra de las exigencias de renovación que los desafíos de los tiempos imponen a las instituciones jurídicas y a sus propios fundamentos.

II. C) 3. Tolerancia y derecho penal, a partir de un caso emblemático.

II. C) 3. i) Breve consideración del carácter limitador de la moral sobre el derecho: el ejemplo de la fórmula de RADBRUCH.

En la primera parte de este capítulo, al tratar sucintamente la noción de libertad de conciencia, se ha dejado planteada la diferencia introducida primeramente por WELZEL entre autor de conciencia y autor de convicción (preferimos referirnos a “actuación en conciencia” y “actuación por convicción” para evitar posibles objeciones en términos de derecho penal de autor), que no ha tenido recepción pacífica ni en cuanto a su conveniencia ni en cuanto a sus consecuencias ni en cuanto a la forma de delimitar uno y otro concepto.

No obstante, en lo personal, hemos adelantado que encontramos pertinente sostener esa diferencia, por el diferente contenido de la formación de las convicciones de los sujetos implicados en cada uno de esos dos casos. Recuérdese que, en la actuación en conciencia, el sujeto se encuentra en un conflicto moral insuperable, desde el momento que la decisión ética se le presenta como parte de un sistema normativo que tiene en su vida mayor fuerza obligatoria que el ordenamiento jurídico.

Dando un paso más todavía, estimamos que la distinción también es de utilidad para marcar la frontera entre aquel comportamiento que, si bien penalmente relevante, sea tolerable por parte del Estado, de aquel otro que, por más que tenga vinculación con algún nivel de contenido ético, sea definitivamente intolerable y, como tal, habilitador de la respuesta del *ius puniendi*.

Sin dudas, la cuestión conecta con la relación entre moral y derecho, que no es el objeto de estudio de este trabajo. Baste con decir que asumimos aquí que se trata de dos órdenes normativos diversos, si bien con estrechos puntos de contacto. Sobre todo, en tanto la moral impone límites al derecho, por ejemplo, a la hora de delimitar lo tolerable de lo intolerable por parte del ordenamiento jurídico. De ahí que los conflictos serios de conciencia tengan acogida y reconocimiento constitucional, al extremo de admitirse instituciones tales como la objeción de conciencia o la negativa a prácticas abortivas por parte de profesionales de la salud. Es la misma razón por la cual, algunos casos de la llamada delincuencia por convicción –en general en su versión de “delincuencia por conciencia”– sean considerados por la gran mayoría de la doctrina como merecedora de una respuesta penal morigerada.

Sobre este telón de fondo podría enmarcarse también el caso de la actuación culturalmente motivada que, con frecuencia, se presenta al sujeto como actuación moral o religiosamente debida; como un imperativo arraigado a su pertenencia cultural,

que quiere y debe cumplir¹²⁹¹. Dependerá del tenor de la decisión y de los intereses tutelados en juego que el orden jurídico estatal pueda tolerar o no la infracción penal llevada a cabo por tales motivaciones, también por la imposición proveniente de cotos morales.

En esta instancia es menester destacar que la moral también impone límites externos al derecho. Dicho en palabras llanas, si se exceden ciertas fronteras infranqueables del valor justicia, el derecho deja de ser tal; pierde su naturaleza jurídica.

No obstante, hay que decir también que este modo de entender el conflicto entre ambos órdenes es interpretado de modo muy diverso por los positivistas. Así, por ejemplo, a pesar de reconocer que el desarrollo del derecho, en todo tiempo y lugar, ha estado animado tanto por la moral convencional como por ideales de moral crítica, HART afirma que ello no habilita a sostener que un sistema jurídico tenga que exhibir concordancia con la moral o con la justicia ni tenga que apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que haya una obligación de obedecer el derecho¹²⁹². De hecho, para HART, el positivismo jurídico en el que él mismo se enrola consiste precisamente en afirmar que no es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproduzcan o satisfagan exigencias de la moral, por más que con frecuencia así ocurra¹²⁹³.

Este aspecto, que ha ocupado a los filósofos del derecho desde Aristóteles, retomado este por Santo Tomás de Aquino, hasta nuestros días¹²⁹⁴, encontró una interesante expresión en la fórmula de RADBRUCH que creemos puede ser de interés a los fines de este trabajo y de cara a la idea de tolerancia.

Una vez derrotado el régimen nacional-socialista, los tribunales alemanes se vieron frente al complejo desafío de establecer si las leyes injustas dictadas durante la vigencia de aquel régimen habían tenido efectos vinculantes durante su vigencia o si, por el contrario, habían sido nulas desde su origen. Para sostener esto último, en 1946, RADBRUCH elaboró su famosa fórmula, resumible en la expresión “el injusto extremo

¹²⁹¹ En contra de considerar a quien obra motivado culturalmente como un autor de conciencia, sino a lo sumo como de convicción, MONGE FERNÁNDEZ; *El extranjero*; pp. 52-53 y 111. Por su parte, MAGLIE diferencia al delincuente por convicción (noción en la que engloba a quien actúa por convicción y por conciencia) del autor cultural. Según su punto de vista, “el delincuente por convicción es un criminal reconducible a un modelo de racionalidad en el que ‘el ilegalismo en sí representa un valor, o el instrumento de realización del propio valor interiorizado’ (piénsese, por ejemplo, en el terrorista); esta tendencia necesariamente hostil y marcadamente antagónica de la conducta puede por el contrario no surgir o por lo menos no prevalecer en el autor cultural, que puede actuar también sin la ‘convicción’ de atacar el bien tutelado y sobre todo sin la pretensión de subvertir las reglas de la cultura del sistema dominante” (*Los delitos culturalmente*; pp. 253-254). Si bien no compartimos la propuesta de MAGLIE para solventar los delitos con motivación cultural a partir de una causa de no punibilidad (ver capítulo III. C) 4. ii) 4), tanto en su posición como en la nuestra está presente la idea de que quien obra en razón de una valoración cultural diversa no es desleal al ordenamiento jurídico en sí mismo, como modelo general de orientación de conducta; ello se observa en su apreciación de que tal autor no necesariamente es hostil al sistema de la cultura dominante.

¹²⁹² HART; *El concepto*; p. 229.

¹²⁹³ HART; *El concepto*; p. 230.

¹²⁹⁴ WELZEL; *Introducción a la filosofía del derecho*; pp. 35 y ss y 74 y ss.

no es derecho”. La fórmula en su versión completa se expresa en los siguientes términos:

[e]l conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como ‘Derecho injusto’ ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto, pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica¹²⁹⁵.

ALEXY, partidario de la fórmula, señala que esta contiene una primera parte en la que se sostiene que las leyes positivas pierden toda validez jurídica si su contradicción con la justicia resulta “insostenible”. Por eso, considera que esa porción puede ser denominada “fórmula de la intolerancia”¹²⁹⁶. En la segunda parte, RADBRUCH desconoce la naturaleza jurídica de las leyes positivas si en su elaboración es negada conscientemente la igualdad, que a su juicio es el núcleo de la justicia. Para ALEXY, esta es la “fórmula de la negación”¹²⁹⁷.

Respecto a la vinculación entre derecho y moral, la fórmula de RADBRUCH asume que no hay una completa coincidencia entre ambos órdenes, desde el momento que el derecho positivo, promulgado conforme los procedimientos adecuados, es también válido cuando es injusto. A pesar de ello, aporta un límite externo al derecho marcado por la moral: cuando se traspase el umbral de la extrema injusticia, las normas positivas perderán su carácter y su naturaleza jurídicos¹²⁹⁸ y, por tanto, no tendrán vinculación obligatoria¹²⁹⁹. Esta particularidad ha llevado a ALEXY a resumir la de RADBRUCH en las dos sucintas fórmulas siguientes: “[l]as normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas” y “[l]a extrema injusticia no es Derecho”¹³⁰⁰.

En efecto, al comentar la fórmula de RADBRUCH, ALEXY destaca que el enunciado constituye la muestra de que aquel autor ha dejado de ser positivista, lo que surge de la incorporación al concepto de Derecho –que exige la legalidad y la eficacia social, presentes en el postulado– de una corrección material, como criterio limitativo.

¹²⁹⁵ ALEXY; *Una defensa de la fórmula de Radbruch*; pp. 75-76.

¹²⁹⁶ ALEXY; *Una defensa*; p. 76.

¹²⁹⁷ ALEXY; *Una defensa*; p. 76.

¹²⁹⁸ ALEXY; *Una defensa*; p. 76.

¹²⁹⁹ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 87.

¹³⁰⁰ ALEXY; *Una defensa*; p. 76.

De tal suerte, el concepto de Derecho “no es inflado, pero sí limitado moralmente”¹³⁰¹. Es decir que hay una vinculación parcial entre Derecho y moral que ALEXY denomina “tesis no positivista de la vinculación”¹³⁰².

Sin embargo, posiciones como la de RADBRUCH han sido objetadas por pensadores de filiación positivista. Así HART, señala que uno de los ideales del positivismo jurídico es aportar claridad y honestidad en los conflictos suscitados por la existencia de normas jurídicas particulares, sancionadas en la forma establecida para legislar y por tanto válidas, pero que resultan inicuas. Tales normas reñidas con la moral —a diferencia de lo que sostiene la fórmula de RADBRUCH— son *derecho*, solo que demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido¹³⁰³. Ello así por cuanto propone una noción de derecho que califica de amplia, en tanto comprende todas las reglas que son válidas según los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias, aun cuando algunas de ellas sean contrarias a la moral social o a una moral que sea considerada como verdadera o esclarecida (es decir de una moral positiva o de una moral social¹³⁰⁴). Tal concepto de derecho se opone a otro restrictivo, que excluye del significado del derecho a las normas moralmente ofensivas y que, a su juicio, solo ayuda a aportar confusión¹³⁰⁵. Desde esta perspectiva, no es seguro que un concepto restrictivo de derecho robustezca la resistencia al mal ante las amenazas del poder organizado o a comprender mejor aquello que está moralmente comprometido cuando media una exigencia de obediencia. Lo que hace falta es que, ante un deber jurídico válido pero moralmente inaceptable, los hombres conserven el examen moral, incluso si no se detuvieran a pensar en la validez jurídica de la norma¹³⁰⁶.

Esto, como se verá en el apartado siguiente, no es una mera sutileza que conduzca al mismo resultado que considerar que tales normas *no son derecho*, sino que traerá consecuencias a la hora de la resolución de conflictos en concreto. Eso quedará en evidencia al relevar, más adelante, la posición de HART sobre lo que habría sido pertinente hacer de cara las normas inmorales del régimen nacional-socialista¹³⁰⁷.

También WELZEL, por su parte, imbuido del clima de la posguerra, con respecto a la fundamentación de las sentencias por crímenes del nacionalsocialismo, trata de responder al interrogante de si la ley injusta es obligatoria y si los injustos legales pueden tener fuerza vinculante. El propio WELZEL refiere que la cuestión repercute en la percepción del “injusto legal” por parte del individuo y, por tanto, en el ámbito de la

¹³⁰¹ ALEXY; *Una defensa*; p. 77.

¹³⁰² ALEXY; *Una defensa*; p. 77.

¹³⁰³ HART; *El concepto*; p. 256.

¹³⁰⁴ NINO; *Ética*; pp. 92-96.

¹³⁰⁵ HART; *El concepto*; pp. 258-259.

¹³⁰⁶ HART; *El concepto*; pp. 259-260.

¹³⁰⁷ HART; *El concepto*; p. 257.

culpabilidad suprapositiva, es decir, la que va más allá del derecho positivo. Nuevamente, encontramos que este aporte puede servir a la reflexión sobre la situación de quien comete un delito por motivaciones culturales, sobre todo porque conecta con el esfuerzo que el sujeto debe hacer para determinar la conformidad de su obrar con el ordenamiento jurídico. Ya veremos que este esfuerzo es un elemento con alta capacidad de rendimiento para verificar la concurrencia de error de prohibición.

Para WELZEL, según una matriz de pensamiento kantiano, el hombre como persona, es decir como absoluto moral, es el contenido mínimo de toda ética. El núcleo esencial de la persona, materia de la ética, permanece idéntico en toda transformación histórica. La historia, por su parte, debe establecer las condiciones previas para una existencia moral y debe estar sujeta a la calificación de corrección¹³⁰⁸. A partir de lo anterior, concluye que –a diferencia de la simple ley injusta, que no deja de ser obligatoria– el “injusto legal” será aquel plasmado en normas que no reconozcan a los hombres como personas, sino que los degraden a la calidad de cosas. Normas de ese tenor no pueden ser Derecho obligatorio, habida cuenta de que no reúnen las características mínimas del ordenamiento social. En cambio, la simple ley injusta respeta ese mínimo contenido, por más que resulte deficitaria respecto de alguna situación puntual, extremo que por más que sea injusto todavía será obligatorio y pasible de ser dejado sin efecto o superado por una ley mejor¹³⁰⁹.

Volviendo al postulado de RADBRUCH, tras la Segunda Guerra Mundial, la jurisprudencia alemana ha hecho una profusa aplicación de la “fórmula de la intolerancia”¹³¹⁰. Trataremos de analizar seguidamente si ello puede abonar alguna reflexión de utilidad –posiblemente por vía de analogía– de cara a los delitos culturalmente motivados, en función de su estrecha vinculación con el principio de tolerancia, en tanto indicador de lo absolutamente intolerable.

II. C) 3. ii) Un razonamiento analógico a partir del caso de los *Mauerschützen*.

Hemos señalado que tanto RADBRUCH como WELZEL –entre tantos otros– elaboraron sus reflexiones sobre el injusto legal a partir de la experiencia del derecho del nacionalsocialismo que, si bien positivo, contenía múltiples disposiciones que directamente no eran jurídicas en atención a su inconmensurable dosis de injusticia.

Ahora bien, más allá de los crímenes del nazismo, finiquitado el escenario bélico y una vez acabada la Guerra Fría, la necesidad de juzgar hechos ocurridos en la

¹³⁰⁸ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 91.

¹³⁰⁹ PÉREZ DEL VALLE; *Conciencia*; p. 91.

¹³¹⁰ Ver los casos tratados por ALEXY en *Una defensa*; p. 78 y ss.

República Democrática Alemana presentó también una serie de desafíos jurídicos que dieron lugar a complejos debates dogmáticos, plasmados en el empleo de océanos de tinta por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Como ha ocurrido en tantos otros casos que ha dado la historia, el sentimiento de injusticia experimentado ante ciertas afrentas a la dignidad humana reclamaba respuestas que, a veces, se intuían primero, para recién luego darles respaldo dogmático.

En ocasiones, en procura de la comprensible búsqueda de justicia de cara a ciertos acontecimientos históricos, se incurre en otras injusticias. En ese contexto, el célebre caso de los guardianes o tiradores del muro –los *Mauerschützen*– constituye un ejemplo emblemático de los referidos desafíos a los que se enfrentó Alemania, tras la caída del muro de Berlín, y plantea dudas acerca de la corrección de las soluciones que alumbró la jurisprudencia.

Ya no se trataba de enjuiciar los indiscutiblemente intolerables crímenes del nazismo, sino de juzgar hechos cometidos al –por lo menos, aparente– amparo del derecho positivo de un país que había existido como tal: la República Democrática Alemana. Es decir, otro país, la República Federal de Alemania, debía juzgar hechos ocurridos, en definitiva, en un Estado que mientras existió tuvo, por injustos que fueran, sus propios ordenamiento jurídico y sistema normativo positivo, claramente inspirados en valores completamente ajenos a los del Estado que ahora lo venía a juzgar.

Como recuerda FELIP I SABORIT, durante toda su vida como Estado independiente, la RDA debió enfrentar la pulsión migratoria de sus habitantes, vista por las autoridades de ese país como un verdadero atentado a la supervivencia del régimen¹³¹¹. En efecto, debido a razones políticas y económicas, los germano-orientales hacían ingentes esfuerzos por huir hacia Alemania occidental, incluso a riesgo de perder la vida, lo que nos permite establecer una analogía existencial entre la realidad de aquellos y el peligro al que se han expuesto los balseros cubanos o a los riesgos que corren hoy en día los inmigrantes ilegales. Es que, como la prohibición de cruzar las fronteras del país era absoluta, los ciudadanos de la RDA optaban, como aquellos, por la emigración ilegal, especialmente procurando el cruce clandestino de la frontera que separaba a las dos Alemanias.

La catástrofe demográfica era tal que se trataba a toda costa de retener a la población dentro de la RDA, aun en contra de su voluntad. Para lograrlo, se tipificó como delito el cruce de la frontera y la propaganda oficial se encargó de mostrar a los fugitivos como traidores a la causa socialista y delincuentes. Sin embargo, la ley positi-

¹³¹¹ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 209. Para un exhaustivo análisis de todo el caso de los *Mauerschützen*, no solo según la solución dada finalmente por la jurisprudencia, sino también de acuerdo a todos los puntos de vista aportados por la doctrina para solventar esos conflictos, más la visión crítica del autor, ver el Capítulo IV de esa obra; pp. 209-253.

va por sí misma no bastaba para frenar el ímpetu migratorio, por lo que se procuró bloquear los confines del país mediante medidas de vigilancia y control, cuyo símbolo más emblemático fue el tristemente célebre Muro de Berlín.

La custodia fronteriza estaba a cargo de un cuerpo específico del ejército de la RDA, la Guardia de Fronteras, cuyos soldados eran conocidos como los *Mauerschützen* (literalmente, protectores o defensores del muro). Al comienzo de su existencia, el cuerpo estaba formado por soldados profesionales, pero más tarde fue integrado por conscriptos. Su tarea consistía en frustrar todo intento por parte de los ciudadanos de cruzar la frontera, para lo cual, si era preciso, debían abrir fuego. El saldo de muertos y heridos al tratar de cruzar clandestinamente obedeció en su gran mayoría a disparos realizados por los *Mauerschützen*.

Una vez reunificada Alemania, se abrieron procesos judiciales por esos hechos, que dieron lugar a numerosas condenas por homicidio y asesinato. Esos juicios estuvieron dirigidos no solo hacia las autoridades de máxima jerarquía que idearon e instauraron el sistema de control fronterizo, sino también hacia los guardias que debieron ejecutar ese régimen, muchos de ellos soldados rasos.

En la mayoría de esos casos¹³¹² se condenó por homicidio con dolo eventual, en carácter consumado o en grado de conato, si bien se procuró por todos los medios atenuar las penas —ya fuera por la edad de los guardias de frontera o por la relación fuertemente jerarquizada a la que se consideró que habían estado sometidos, en el marco de un Estado totalitario—, al extremo de haber llegado a aplicar sanciones de carácter irrisorio para la gravedad de las imputaciones dirigidas a los procesados. Ello da la pauta de que efectivamente se trató de juicios en los que se procuró paliar la necesidad de justicia después de caído el régimen socialista, diciendo al mundo que los hechos habían constituido injustos que no podían quedar impunes, sin dejar por ello de reconocer implícitamente que también habría sido injusto para con los soldados imponer penas exorbitantes, en atención a la realidad contextual en la que les había tocado actuar, cumpliendo órdenes cuya desobediencia los hubiera podido convertir a ellos mismo en traidores a su patria. Téngase en cuenta que los guardias habían nacido y se habían criado en la RDA, cuyos valores de lealtad al régimen se les había inculcado desde la cuna; la Alemania socialista era el mundo que ellos conocían, sin que hubiera para ellos nada más allá de sus confines.

¹³¹² Los más emblemáticos se encuentran citados en FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 211; nota 581, entre los que se destacan los casos del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH) BGHSt 39, pp. 1 y ss, resuelto el 3/11/1992, y BGHSt 39; pp. 168 y ss, resuelto el 25/3/1993, que han sido señeros con relación a las sentencias posteriores tanto de ese mismo tribunal como del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG).

En este último aspecto finca la relación analógica que encontramos entre el caso de los tiradores del muro y el de los autores que obran motivados por los valores de una cultura diferente. En efecto, la discrepancia jurídica de los soldados, que era consecuencia directa de la cultura en la que se habían criado en el cerrado universo cultural de la RDA —en definitiva era una expresión de discrepancia cultural—, los asimila a la ajenez valorativa de quien proviene de una cultura exótica para nuestras sociedades. En ambos supuestos, se produce un conflicto normativo-cultural entre la motivación que guió la actuación del agente y los valores del Estado que lo viene a juzgar.

Ahora bien, en términos de relación entre tolerancia y derecho penal, que es el objeto de este apartado, lo que aquí interesa destacar es que para resolver estos casos el BGH terminó apelando a la fórmula de RADBRUCH, en aras de fundamentar que el abrir fuego contra personas desarmadas había constituido un injusto extremo y, por eso mismo, intolerable¹³¹³, por más que ello hubiera sido hecho con respeto al derecho positivo de RDA¹³¹⁴. Esa jurisprudencia consideró que en la praxis estatal de la RDA estaba ausente todo criterio de proporcionalidad, en tanto se permitía y avalaba el homicidio doloso de personas que no significaban peligro alguno para terceros. Semejante causa de justificación no podía ser tomada en cuenta, según el BGH.

Al margen de las diversas posibilidades dogmáticas con las que los casos de los guardianes del muro se podrían haber resuelto y del sinfín de discusiones que se suscitaron en torno a su análisis a la luz no solo del derecho penal, sino también del constitucional y de la filosofía, lo cierto es que los tribunales de la RFA fallaron valiéndose de la fórmula de RADBRUCH. Nos concentraremos entonces en este dato dado por la realidad jurisprudencial como puntapié de una reflexión que entendemos de per-

¹³¹³ No es este el lugar para dedicarse a la enorme riqueza dogmática que ofrece el caso, en términos de análisis de la antijuridicidad y exclusión de la culpabilidad, para lo cual ya hemos dicho que remitimos a FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 209 y ss. Sin embargo, sí puede sintetizarse que, en términos generales, el BGH, tras descartar la existencia de una causa de justificación tanto a la luz del derecho de la RFA, como al tiempo de comisión de los hechos, es decir en el propio ordenamiento jurídico de la RDA, que autorizara a abrir fuego contra personas desarmadas, también descartaba la posibilidad de excluir la culpabilidad por la actuación en cumplimiento de órdenes (supuesto expresamente previsto en el § 5.1 del Código Penal Militar alemán), como por error de prohibición invencible. Así, solo quedaba el camino de morigerar la pena a través del recurso al error de prohibición vencible. La solución de un error evitable sobre la antijuridicidad de un injusto evidente, no fue recibida de buen grado por toda la doctrina, sino que se la criticó por encerrar una contradicción lógica: si el injusto era de tal magnitud como para considerarlo extremo (en los términos de la fórmula de RADBRUCH), su propia evidencia debería haber descartado la solución del error atenuante de la punibilidad. Sobre esta crítica, ver la posición de FELIP I SABORIT en la citada obra; pp. 245-247. En cambio, ALEXY procura encontrar la manera de compatibilizar la existencia de un injusto extremo con la posibilidad de que este no sea universalmente evidente y por tanto pasible de no ser advertido por un sujeto en concreto. En esa línea admite y propone como solución, para el caso de los *Mauerschützen*, de un error de prohibición invencible por ceguera moral. Ver al respecto FELIP I SABORIT; pp. 241-242.

¹³¹⁴ Cuando el asunto llegó a conocimiento del BVerfG y las defensas de los guardianes invocaron la violación al principio de irretroactividad de la ley penal, el tribunal consideró que los principios propios de los Estados constitucionales de derecho no resultaban de aplicación en lo que había sido uno totalitario, en el que no regía el principio de división de poderes.

tinencia para esta investigación. En efecto, el estudio que hace ALEXY¹³¹⁵ al estudiar la aplicación práctica de la fórmula de RADBRUCH y su capacidad para resolver en derecho, nos lleva a pensar, por vía de analogía, en dos direcciones, que pueden resultar de utilidad en esta investigación.

II. C) 3. iii) Derecho penal como límite a lo tolerable: una confirmación de la hipótesis.

Por un lado, desde el punto de vista del Estado, la fórmula deja en claro que no toda actuación que al sujeto se le presente posible jurídicamente, incluso en base a razones aparentemente valederas, puede ser tolerada. En ese sentido, no puede negarse que el derecho penal estará llamado a marcar el límite de lo intolerable, pero no ya en el sentido general propio de la intolerancia que se muestra al decidir tipificar cualquier conducta como delito, sino en un estadio posterior del análisis dogmático, que obligará a no justificar ni a exculpar comportamientos que podrían estar, a los ojos del sujeto activo, habilitados en su caso particular.

Para mayor claridad, va de suyo que el homicidio está tipificado como delito y lo estaba tanto en la RDA, como en la RFA. Sin embargo, también es sabido que en ocasiones el derecho autoriza a matar y, en otras, puede excluir la culpabilidad por la muerte de un semejante. No obstante, en el caso de los *Mauerschützen*, los tribunales no solo descartaron la posibilidad de considerar justificadas las conductas de homicidios tentado o consumado, fuera a la luz del derecho de la RDA o de la RFA, sino que tampoco consideraron que pudiera exculparse por cumplimiento de una orden¹³¹⁶ o por error de prohibición inevitable. En cambio, establecieron que allí donde había un injusto

¹³¹⁵ ALEXY; *Una defensa*; p. 79 y ss.

¹³¹⁶ Supuesto previsto en el § 5.1 del Código Penal Militar de la RFA, que establece que solo puede hacerse culpable al soldado que actúa en cumplimiento de una orden si aquel reconoce que se trata de un hecho antijurídico o si esa circunstancia es manifiesta a tenor de las circunstancias conocidas por él. De acuerdo a la interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia, la antijuridicidad será manifiesta cuando esté más allá de toda duda, o sea cuando sea reconocible por cualquiera sin necesidad de ulterior reflexión o búsqueda de información. En este marco, si un soldado no puede resolver inmediatamente sus eventuales dudas acerca de la licitud de la orden recibida, debe cumplirla sin que exista un deber de ir más allá en la comprobación de la antijuridicidad. Va de suyo que este régimen es menos severo que el del error de prohibición del derecho penal común, puesto que las dudas juegan a favor del autor (mientras que en el régimen ordinario fundamentan el error de prohibición evitable) y, si no tiene forma inmediata de evacuarlas, debe cumplir la orden sin riesgo de ser responsabilizado penalmente. Cuando un militar alemán cumple órdenes, solo será responsable cuando sepa fehacientemente que comete un delito o cuando incurra en un error burdo, en términos de hostilidad al derecho. Hay que señalar que este supuesto, considerado por la mayoría de la doctrina como un caso específico de error de prohibición (aunque también se lo ha reputado una causa de exculpación autónoma) puede ser de gran capacidad de rendimiento para tratar de dar una respuesta al conflicto entre normativismo y psicologismo en el conocimiento de la antijuridicidad, lo que se hará en el siguiente capítulo.

extremo¹³¹⁷ el derecho no podía renunciar al castigo, por el carácter manifiesto de la contrariedad con toda idea de justicia y de respeto a los valores superiores del ordenamiento jurídico de la decisión de disparar con peligro de vida contra personas desarmadas, que, además, solo aspiraban a ejercer su libertad, totalmente coartada en un régimen donde no se los escuchaba ni se les permitía optar por el modo de vida que quisieran seguir.

Repasemos al menos someramente esa jurisprudencia. La primera sentencia del Tribunal Supremo Federal (BGH), por la que se declaró la punibilidad de los soldados fronterizos, tuvo lugar en 1992¹³¹⁸; en tanto que dos años más tarde, en 1994, se extendió el criterio a los superiores jerárquicos, como autores mediatos¹³¹⁹. En 1996, el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) declaró que toda esa jurisprudencia era constitucional¹³²⁰.

El primer caso versó sobre la muerte de un fugitivo de veinte años de edad quien, una madrugada de 1984, intentó atravesar la franja fronteriza valiéndose de una escalera. Dos soldados rasos de las tropas fronterizas de la RDA, uno de la misma edad que la víctima y el otro de veintitrés años, al divisarlo, dispararon al fugitivo apuntándole a las piernas, no obstante lo cual aquel resultó muerto. Los soldados, previo a abrir fuego, le habían dado la voz de alto y habían hecho los disparos de advertencia que preveía la norma aplicable, sin lograr disuadirlo. Recién le dispararon cuando la fuga era inminente y no cabían dudas de que no se podía evitar el delito de otro modo. Además, habían tratado de preservar la vida del fugitivo, disparándole a las piernas. Como hemos dicho, ambos soldados fueron condenados por homicidio, si bien con penas muy bajas¹³²¹ que fueron dejadas en suspenso.

Según la literalidad de la normativa aplicable, comprensiva de la interpretación jurisprudencial que se daba a la cuestión a la fecha de la muerte, el hecho estaba justificado por aplicación del párrafo 27, apartado 2, párrafo 1, de la Ley de Frontera de la RDA¹³²² y así lo manifestó el Tribunal Supremo Federal¹³²³. De tal modo, al momento de la sentencia no había una ley retroactiva que los declarara penalmente res-

¹³¹⁷ Hay que decir que en la doctrina se desarrolló una ardua polémica en torno a si los hechos atribuidos a los guardianes del muro realmente eran constitutivos de injusto extremo. Sobre esa discusión y las distintas posiciones que se sostuvieron al respecto, ver FELIP I SABORIT; *Error iuris*; pp. 225-227.

¹³¹⁸ BGHSt 39, 1.

¹³¹⁹ BGHSt 40, 218.

¹³²⁰ BVerfGE 95, 96.

¹³²¹ Uno de ellos, a pena juvenil de un año y seis meses; el otro, a pena de prisión de un año y nueve meses.

¹³²² El § 27, apartado 2, párrafo 1, de la Ley de Frontera de la R.D.A., de 1982, establecía: “[e]l uso de armas de fuego está justificado para evitar la perpetración inminente o la continuación de un hecho delictivo, que tenga apariencia de delito según las circunstancias”. A su vez, el párrafo 5 rezaba: “[a] hacer uso de armas de fuego se protegerá en lo posible la vida de las personas” (traducción extraída de ALEX Y; *Una defensa*; p. 80).

¹³²³ BGHSt 39, 1.

ponsables; los soldados solo podían ser condenados si desaparecía la causa de justificación como tal. A esos efectos, el Tribunal Supremo Federal trajo a colación la fórmula de RADBRUCH.

Resulta interesante transcribir las palabras del Tribunal, en las que se vale de la parte de la fórmula que ALEXY llama de la intolerancia:

[u]na causa de justificación aceptada en el momento de los hechos sólo podrá dejar de ser considerada a causa de la vulneración de un Derecho de mayor rango cuando en ella se exprese una vulneración notoriamente grave de las ideas básicas de justicia y humanidad: la vulneración debe tener tal peso que infrinja las convicciones jurídicas generales de todos los pueblos sobre el valor y la dignidad del ser humano (BGHSt 2, 234, 239). La contradicción de la ley positiva con la justicia ha de ser tan insoportable que la ley deba ceder ante la justicia como Derecho injusto (Radbruch, SIZ 1946, 105, 107)¹³²⁴.

Para resolver el caso, entonces, era preciso analizar si las muertes en la frontera interna alemana constituían una extrema injusticia en el sentido de la fórmula de RADBRUCH. Tras desarrollar una argumentación cimentada en los derechos a la vida y a la libertad de circulación previstos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³²⁵ –en definitiva una argumentación en términos de derechos humanos–, el Tribunal Supremo Federal llevó a la práctica aquella fórmula privando a los dos soldados de la justificación: “[l]a causa de justificación señalada, prevista en el Derecho de la R.D.A. en el párrafo 27 de la Ley de Frontera, por ello, no tuvo eficacia alguna desde su origen en la interpretación que estaba marcada por las circunstancias reales en la frontera”¹³²⁶.

El BGH entendió que existían principios materiales reconocidos en el derecho interno de la RDA que invalidaban la práctica establecida desde el Estado para defender la frontera y que obligaban a una interpretación mas restrictiva de las normas que aparentemente la justificaban. El derecho a la vida y el principio de proporcionalidad ocupaban un lugar de preeminencia también en el derecho de la RDA, que alcanzaba para invalidar cualquier norma o directiva que autorizara el homicidio doloso en el

¹³²⁴ BGHSt 39, 1 (15 s.), citado por ALEXY en la *Una defensa*; p. 81. Nótese la referencia que hace el tribunal a las convicciones jurídicas generales de todos los pueblos sobre el valor y la dignidad del ser humano, en el sentido que ha sido tratado en el capítulo anterior, al examinar distintos ejemplos de conflictos culturales y su relación con los derechos humanos universalmente válidos.

¹³²⁵ Arts. 6 y 12, respectivamente. Hay que decir que se produjeron notables cambios en la argumentación de las sentencias del BGH conforme le iba tocando juzgar casos ocurridos en distintos momentos históricos. Así, el recurso al PIDCP tuvo lugar para decidir acerca de supuestos de hecho acaecidos cuando la RDA ya era parte de la ONU. Sin embargo, cuando debió entender en casos sucedidos con anterioridad a dicha incorporación, trató de buscar soluciones en el seno del derecho de la RDA y en especial de su constitución. El tribunal también, en ocasiones, se valió de argumentos supraleales de invalidación del derecho de la RDA. El común denominador de todas esas formas de fundamentación era rechazar que las conductas de los *Mauerschützen* hubieran estado justificadas.

¹³²⁶ BGHSt 39, 1 (22), citado por ALEXY en la *Una defensa*; p. 81.

contexto de cruce fronterizo clandestino¹³²⁷. De esta forma, se pretendía sortear los cuestionamientos por la violación a los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal. Sin embargo, tales objeciones no pudieron ser eludidas, ya que claramente se trataba de aplicar criterios, cuando no normas, no vigentes en el ordenamiento jurídico de la RDA, alterando el contenido material de este conforme los parámetros y el derecho de la RFA. En definitiva, el Tribunal Supremo Federal acabó reconociendo que para sostener su argumentación debió recurrir a soluciones trascendentes al ordenamiento de la RDA que operaron como criterios de invalidación externa del mismo, tal como fue la fórmula de RADBRUCH.

Como sea, se determinó que el hecho de abrir fuego contra seres desarmados era, para el BGH, un injusto extremo reñido con toda idea de justicia y de respeto a la dignidad humana que, como tal, resultaba contrario a las convicciones jurídicas de todos los pueblos¹³²⁸, es decir que vulneraba los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

Cuando fue el turno de resolver del Tribunal Constitucional Federal Alemán, apoyó en un todo los criterios sostenidos por el BGH, en tanto expresó que la regla de la confianza del ciudadano en el mantenimiento de una determinada situación jurídica podía ser absoluta (irretroactividad penal y legalidad), salvo cuando las normas no provinieran de un legislador democrático. En este contexto, la confianza debía ceder por la posible afectación seria de otras premisas básicas del Estado de derecho, dando lugar a un supuesto de retroactividad admisible. Según el BVerfG, esta era el caso del injusto estatal extremo, entendido como la cobertura mediante leyes de vulneraciones graves de derechos humanos reconocidos de forma general por el Derecho internacional. Si los tribunales de la RFA admitieran una causa de justificación de ese tenor, incurrirían en una grave vulneración del principio de justicia material, con compromiso del respeto de los derechos fundamentales. Con este telón de fondo, el BVerfG se pronunció en el sentido de que el caso de homicidio en la frontera a manos de los guardias habían sido injustos estatales extremos¹³²⁹.

¹³²⁷ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 220. Este autor destaca que esta interpretación del tribunal ha sido muy criticada por la doctrina, en tanto importa mucho más que una simple hermenéutica de la legislación de RDA. Se trata de la reconstrucción de una normatividad que nunca llegó a existir. Destaca que son interpretaciones que no eran siquiera posibles, ya que difícilmente pudiera ser acorde con el sistema jurídico de la RDA una interpretación de sus normas que consagrara la supremacía de los derechos individuales por sobre los valores socialistas. Ver las cosas de esa manera es suponer que la RDA hubiera sido un Estado de derecho (p. 222).

¹³²⁸ S. BGH, 26.7.94, *NJW*, 1994, p. 2709 y S. BGH, 20.3.95, *NJW*, 1995, p. 2730, citadas por FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 225.

¹³²⁹ S. BVerfG, 24.10.1996, citada por FELIP I SABORIT; *Error iuris*; pp. 229-231, quien es muy crítico de la argumentación de ambos tribunales (BGH y BVerfG), por entender que afectaron doblemente el principio de legalidad: a) al permitir la retroactividad de la ampliación de la punibilidad (exclusión de la causa de justificación) y b) por afectar el principio de la ley escrita (pp. 232-235).

Está claro entonces que ambos tribunales se pronunciaron por la concurrencia, en el caso de los guardias, de un supuesto de injusto extremo. La gran incógnita —a nuestro juicio— es determinar si esto último implicaba también que tal injusto fuera asequible a todas las gentes porque, de haber sido así, se ha dicho que no debería haber dado lugar a ningún tipo de morigeración de la culpabilidad por vía de error de prohibición vencible, como finalmente se resolvió¹³³⁰. En efecto, el BGH apeló a esa clase de error, lo cual fue confirmado por el BVerfG, en el entendimiento de que tal forma de decidir se ajustaba al principio constitucional de culpabilidad¹³³¹.

Desde esta óptica, aun cuando en una primera impresión, para un sujeto individualmente considerado, la conducta hubiera podido estar habilitada en derecho por vía de un permiso o exculpada por el cumplimiento de una orden militar o por desconocimiento inevitable de la antijuridicidad (precisamente por la existencia de leyes de frontera que obligaban formalmente a disparar contra los fugitivos), el tenor de la injusticia comprometida hacía que el derecho penal hubiera estado llamado a marcar su carácter intolerable y a aplicar castigo.

Quizás sea este un ejemplo la función del derecho penal como límite a tolerable, de la que se viene hablando en este capítulo. Hay determinadas conductas que por su oposición al principio de humanidad no pueden consentirse de ningún modo y, ante cuya comisión, el *ius puniendi* como última ratio del ordenamiento jurídico tiene el rol de marcar la frontera de lo que no puede aceptarse de ningún modo¹³³².

Sin embargo, no podemos dejar de poner de relieve una opinión de peso, como la de ALEXY, quien —a pesar de su adscripción a la fórmula de RADBRUCH— abriga dudas de la culpabilidad de los guardias fronterizos, en tanto considera posible que el injusto extremo no siempre sea evidente y universalmente reconocible¹³³³. Así, abre las puertas a la posibilidad de un error de prohibición invencible, incluso en el marco de un injustos extremos, especialmente en una situación como aquella en la que habían actuado los guardias fronterizos, nacidos, criados y adoctrinados sobre las pautas del Estado de la RDA, escenario que los había colocado en una situación de cegue-

¹³³⁰ Así lo entiende FELIP I SABORIT; *Error iuris*; pp. 245-247.

¹³³¹ S. BVerfG, 24.10.1996, FJ C III 2.

¹³³² Es menester aclarar que con el ejemplo de los *Mauerschützen* pretendemos poner de realce cómo efectivamente el derecho penal sirve como herramienta para marcar lo intolerable. Ello no implica de nuestra parte tomar posición sobre este puntual caso, que presenta la tremenda complejidad de haberse juzgado según el derecho de un Estado hechos cometidos en otro, que mientras existió, por totalitario que haya sido, tuvo su propio ordenamiento jurídico. En ese contexto, creemos que las objeciones a la violación al principio de irretroactividad de la ley penal y a aplicación de principios jurídicos exógenos a individuos que actuaron al amparo de un ordenamiento y de una normativa específica extraña, acarrea injusticias difíciles de justificar y subsanar. Definitivamente, creemos que este tipo de procesos son sobre todo un mensaje al mundo sobre cómo se entiende el pasado para construir el futuro y, en esa tónica, su contenido es más político y filosófico que jurídico-penal. Prueba de ello son las irrisorias penas que finalmente se impuso a estos homicidios dolosos, de claro carácter simbólico.

¹³³³ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; pp. 241-242.

ra moral, a pesar de haber contado con todos los elementos que, en situaciones normales, deberían haber conducido al conocimiento de la antijuridicidad¹³³⁴.

Conforme tendremos oportunidad de desarrollar en el capítulo siguiente al abordar la problemática del error de prohibición invencible, consideramos –en sintonía con el punto de vista de ALEXY– que es dudoso que los guardianas del muero hayan tenido razones para dudar de la disconformidad a derecho a su conducta.

II. C) 3. iv) ¿El injusto extremo es siempre evidente?

La segunda reflexión a la que nos mueve la aplicación de la fórmula de RADBRUCH al caso de los *Mauerschützen*, en conexión con los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa, acaba de ser esbozada. Se vincula con la posibilidad de que una conducta sea considerada injusto extremo y, a su vez, difícil o imposible de advertir como tal por parte de determinados sujetos o en determinadas condiciones. La respuesta que se dé a este interrogante incidirá en la determinación de si la eventual comisión de un hecho que revista aquella magnitud podrá ser tolerado y, en su caso, en qué grado.

Es decir, una vez establecido que una equis conducta importa un injusto extremo en abstracto y, como tal, es en principio intolerable para del Estado y para la propia condición humana, ¿es posible que, en casos particulares, se lo tolere al menos mínimamente, si por tal expresión de tolerancia se entiende una reducción o una exclusión de la punibilidad?

Antes de responder a este interrogante, hay que decir que los pensadores positivistas no admitirían la noción de injusto extremo y su calidad de “no derecho”. Hablando específicamente de la sanción, tras la caída del nazismo, a conductas que habían sido cometidas conforme la legislación de ese régimen, HART afirma que el castigo a iniquidades de ese tenor puede ser vivido como algo socialmente deseable, “sin embargo, procurarlo mediante una legislación francamente retroactiva, que declara delito lo que de acuerdo con el derecho del régimen anterior era permitido o incluso obligatorio, puede ser difícil, moralmente abominable, o quizás imposible”¹³³⁵. Según HART, eso explica que el iusnaturalismo haya sucumbido a la tentación de afirmar que esas disposiciones inicuas no deben ser reconocidas como válidas o como dotadas de calidad jurídica, aun cuando fueron conformes al sistema en el que habían sido dictadas¹³³⁶.

¹³³⁴ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 242.

¹³³⁵ HART; *El concepto*; p. 257.

¹³³⁶ HART; *El concepto*; p. 257.

A criterio de HART, ante las conductas de quienes actuaron de manera moralmente prohibida, pero de acuerdo a normas válidas dictadas durante el régimen nazi (está pensando en el caso de los delatores; no de los guardianes del muro), también podría decirse que la moral exige que el Estado solo castigue los comportamientos por los que, al hacer el mal, se hizo lo que estaba prohibido por el Estado en ese momento, como derivación y exigencia del principio *nulla poena sine lege*. En cambio, el castigo retroactivo no puede ser presentado como un caso de castigo convencional por una conducta ilícita en el momento de comisión del hecho. Concluye así que, en todo caso, frente a dos males (leyes moralmente inicuas y violación de principios y normas jurídicas válidas) el positivismo no oculta que escoge entre uno de ellos¹³³⁷.

Piénsese que los jóvenes soldados que integraban las filas de la Guardia de Fronteras de la RDA habían nacido y se habían criado en ese Estado totalitario, en el cual la propaganda de sus valores antidemocráticos formaba parte de la educación de los niños. El régimen comunista allí imperante había erigido a las protección de sus fronteras en un asunto de Estado medular, que comprometía los más altos ideales de lealtad patriótica; mucho más para quienes eran militares o estaban haciendo el servicio militar obligatorio. En ese deber se jugaba nada menos que la supervivencia del país a través del control demográfico y se encarnaba una de las formas de limitación a la libertad personal de sus ciudadanos para elegir dónde y cómo vivir, que era una característica propia de dicho régimen. Quien no cuidara las fronteras con el celo que tan alto comisionado exigía podía convertirse él mismo en traidor a la patria.

Lo anterior no solo era transmitido mediante órdenes no escritas por parte de las autoridades a las que los soldados reportaban, sino que se había plasmado en las normas positivas del la RDA que, guste o no, era un Estado independiente. En cuanto a lo primero, los soldados eran instruidos constantemente sobre que la indemnidad de la frontera debía preservarse a toda costa, “eliminando” a los transgresores, si no existía otro medio para evitar la fuga. Además, los soldados sabían a ciencia cierta que toda fuga consumada era investigada por las autoridades estatales, lo que no ocurría con las muertes de los fugitivos, que, por el contrario, eran premiadas.

En cuanto a la normativa formal, ya nos hemos referido a la ley de fronteras (GrenzG-DDR) que permitía el uso de armas de fuego para evitar la comisión inmediata de un delito grave, siempre que su empleo fuera el único medio idóneo para ello y que hubiesen fracasado otras medidas menos lesivas o si estas fueran inútiles. En ese contexto legal, la vida de los fugitivos no debía preservarse en todos los casos, sino sola-

¹³³⁷ HART; *El concepto*; p. 261.

mente “en lo posible”. A su vez, el Código Penal de la RDA (StGB-DDR), tipificaba a casi todas las modalidades de cruce de fronteras como delitos graves¹³³⁸.

Cuesta realmente creer que en el referido contexto de pertenencia cultural como germano-orientales nativos, adoctrinamiento militar específico y marco normativo formal, los soldados hubieran podido percibir el injusto extremo como tal, cuando se les hacía creer que en la defensa de las fronteras estaba en juego el futuro del país; la pertenecía nacional y su lealtad personal a los ideales patrióticos. Con la agravante de la apariencia lícita que daban no solo las órdenes jerárquicas, sino las leyes penales escritas, que, para ellos, conforme los valores democráticos de la RFA que venía ahora a juzgarlos, eran *lex certa y scripta*.

También se hace difícil imaginar que esos soldados hubieran estado en condiciones de conocer y comprender el contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –invocado en la jurisprudencia en comentario–, especialmente en tiempos en lo que no había internet ni acceso inmediato a información global. Esto último, al margen de que –más allá del estadio tecnológico de los tiempos– igualmente habría sido hartamente improbable que el Estado de la RDA hubiera permitido a sus ciudadanos la asequibilidad a fuentes de información que podrían haber desnudado la iniquidad del régimen o facilitado formas de escapar de él.

Por el contrario, parecería que hubiera estado todo dado para que los soldados no tuvieran razones para dudar de su actuar al disparar a matar a los potenciales fugitivos, incluso cuando –como entendió la jurisprudencia de la RFA– el disparo contra personas desarmadas hubiera implicado una violación al principio de proporcionalidad del medio empleado. Y no solo eso: no sería aventurado pensar que la apariencia de licitud del deber que se les asignaba de impedir el traspaso fronterizo fuera definitivamente invencible. ¿A qué fuente de información podrían haber recurrido para superar su equívoco? Sus superiores y el derecho positivo daban respaldo a su obrar con carácter de obligación. Y por más que la población germano-oriental adulta hubiera estado dividida en su opinión sobre el control de los bordes nacionales, lo cierto es que no habrían sido suficientes las voces divergentes para desacreditar al derecho penal vigente, menos en jóvenes que promediaban los veinte años, quienes solo conocían el régimen socialista en el que se habían criado¹³³⁹. En palabras de JAKOBS, en este tipo de supuestos los autores no son en parte no responsables de su falta de conocimiento¹³⁴⁰.

¹³³⁸ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 214.

¹³³⁹ Sin embargo, las opiniones doctrinales en torno a esta cuestión no son pacíficas. FELIP I SABORIT releva la opinión de HERZOG, por ejemplo, quien rechaza la posibilidad de una exculpación y también de un error de prohibición, ya que el rechazo popular y el secreto oficial sobre el régimen de control de fronteras, aunados a las dudas que se habrían podido acreditar por parte de algunos soldados sobre la legitimidad de su actuación, darían la pauta de que ni un régimen totalitario podría erradi-

Una de dos: o se admite que el disparar con dolo eventual de homicidio¹³⁴¹ contra quienes pretendían, en contra del derecho positivo vigente, cruzar clandestinamente la frontera no constituía un injusto extremo en la RDA¹³⁴² o bien se acepta que los injustos extremos pueden no ser evidentes para determinados sujetos, en ciertas condiciones.

La jurisprudencia del BGH sostuvo que si bien era posible que los soldados no hubieran sido conscientes de la antijuridicidad de las órdenes, esta de todos modos era manifiesta, es decir asequible para el guardia fronterizo promedio, más allá de toda dudas, o sea sin necesidad de consideraciones o búsqueda de información adicional. Eso era así, por el tenor elemental de la prohibición de homicidio y por la desproporcionalidad de las circunstancias del caso, en las que se abría fuego contra personas desarmadas, quienes no provocaban peligro alguno.

Asimismo, el tribunal consideró que la política oficial de secretismo sobre el dictado de este tipo de órdenes, que eran objetadas por amplios sectores sociales, evidenciaba la mala conciencia de quienes las dictaban y el conocimiento de la conculcación a la vida que significaban, por parte de los soldados a los que se adoctrinaba.

Sin embargo, el BGH se ocupó de destacar que la antijuridicidad penal que encerraban ciertas órdenes podía haber llegado a no ser evidente, cuando solo hubieran tenido por objeto lesionar al fugitivo, con exclusión del dolo eventual de matar. Ese tipo de agresiones contra la integridad física también habrían sido injusto extremo, pero podrían ser exculpadas por no haber alcanzado el umbral mínimo de la antijuridicidad manifiesta. De este último criterio jurisprudencial, FELIP I SABORIT concluye que el Tribunal Supremo Federal alemán admite que “existen injustos legales extremos cuya antijuridicidad no es manifiesta o evidente *para toda persona penalmente imputable*”¹³⁴³, criterio que ese mismo autor no aprueba.

La mayoría de los tribunales inferiores de la RFA entendieron que los soldados del muro habían actuado en un error de prohibición sobre la existencia de una causa de justificación no reconocida por el ordenamiento jurídico, criterio que fue el que

car por completo las convicciones jurídicas generalizadas en todos los pueblos acerca de un núcleo inviolable del derecho (citado por FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 241; nota 688).

¹³⁴⁰ JAKOBS; *Derecho Penal parte general*; p. 660.

¹³⁴¹ Esa fue la calificación legal dada a la gran mayoría de los casos que se juzgaron sobre *Mauerschützen*.

¹³⁴² Tal, por ejemplo, la opinión de FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 214. En efecto, al criticar la solución del injusto extremo no evidente por ceguera moral propuesta por ALEXY, ese autor expresa: “[a]ceptar la existencia de un injusto extremo y, simultáneamente, admitir que buena parte de la sociedad y el poder establecido están imbuidos de un orden de valores que no les permite advertir ese injusto extremo como tal, indica que en esa sociedad tales valores ya no pueden conformar un Derecho suprapositivo (...), sino uno Derecho natural externo a esa sociedad”, para así concluir que a su criterio la RDA no habría llegado a ese extremo de embrutecimiento. Lo anterior lo lleva a concluir que si amplias capas de la población eran incapaces de advertir ese injusto era “porque no era un injusto extremo”.

¹³⁴³ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 239.

luego convalidó el BGH. Se ha argumentado, en línea con lo que se decía más arriba, que los *Mauerschützen* habían creído que las órdenes que se les habían impartido eran válidas, a pesar de advertir la falta de proporcionalidad en su capacidad de afectación de la vida de los fugitivos. También se ha destacado la existencia de un antecedente en el que se sostuvo que el error estaba dado por el convencimiento de que una orden era vinculante, incluso cuando fuera manifiestamente antijurídica¹³⁴⁴. Como fuera, en todos esos casos se consideró que el error era vencible, por haber mediado los ya referidos motivos para dudar de las órdenes; es decir los relevados para destacar el carácter manifiesto de la antijuridicidad.

Así fue como el BGH confirmó todas las condenas dictas en la instancia por homicidios doloso (casi siempre con dolo eventual), cometidos en error de prohibición vencible, atenuando las penas hasta transformarlas en irrisorias, en relación con la gravedad de la imputación pura y dura.

Personalmente, encontramos desatinada por auto-contradictoria la opción del BGH, en el caso de los *Mauerschützen*, de determinar la antijuridicidad manifiesta de las órdenes recibidas y, por supuesto, de su cumplimiento, y a su vez considerar que mediaba también un error de prohibición vencible. Si realmente había error (como creemos que lo había), nos parece dudoso que pueda afirmarse el carácter manifiesto de la contrariedad a derecho de los hechos.

Por su parte, buena parte de la doctrina duda de que los guardias hubieran sido capaces de advertir y de decidir en conciencia sobre la antijuridicidad de sus hechos, por vía de recurrir a principios supra-legales que desautorizaran la práctica oficial. Incluso para muchos autores el error de prohibición en el que habrían obrado habría sido de carácter inevitable. Como destaca FELIP I SABORIT¹³⁴⁵, la fortísima sublimación de la protección de la frontera que se ejercía desde la superioridad había contribuido a que el carácter delictivo de las conductas de los guardianes no fuera reconocible de inmediato y que ellos no hubieran podido individualmente superar su estado de error de prohibición. AMELUNG¹³⁴⁶ dice haber podido constatar esos extremos directamente, al conversar con estudiantes que sirvieron en la frontera de la RDA.

Valiéndonos de los párrafos anteriores como paso hacia el caso del delito cometido desde una motivación cultural diversa, en determinadas circunstancias, a ciertas personas para quienes su pertenencia cultural, si bien minoritaria, sea determinante

¹³⁴⁴ S. BGH 3.11.1992, *NJW*, 1993, p. 149, traído a colación por FELIP I SABORIT; *Error iuris*; pp. 239 y 244.

¹³⁴⁵ Sin embargo, el propio FELIP I SABORIT, con cita de NEUMANN y HERZOG, rechaza la posibilidad de que se considere la existencia de un injusto extremo (que por lo demás, descarta), es decir una vulneración insoportable de los más elementales mandatos de justicia, y a la vez se admita la concurrencia de un error relevante (FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 241).

¹³⁴⁶ Citado por FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 241; nota 689.

de su personalidad y de su cosmovisión, algunos injustos extremos pueden no resultarles evidentes y por eso mismo exigir una respuesta penal, por lo menos, morigerada. En esos supuestos, que desde luego deben ser analizados y aceptados con un criterio sumamente restrictivo, pretender por parte de dichos sujetos la observancia y respeto de determinadas normas jurídicas positivas de contenido penal o, visto desde la otra cara de la moneda, atribuirles un hecho antijurídico o un delito en caso de que no las observen, puede importar un exceso, en tanto esas personas se encuentren en un auténtico conflicto cultural entre los valores y mandatos de su grupo de origen –que pueden llegar a constituir para ellos un deber de acción o de omisión– y los del Estado en el cual viven.

En ese sentido, el caso de los guardianes del muro, al igual que el de quien actúa motivado culturalmente, pondrá de manifiesto la relevancia del contexto para determinar si el sujeto tiene razones para dudar que deban moverlo a cerciorarse de la adecuación de su comportamiento al orden jurídico. Es precisamente el mayor o menor esfuerzo que realice en pos de superar la situación de conflicto en la que se encuentre el que lo mostrará como leal o desleal al derecho, incluso en caso de que se equivoque sobre la admisibilidad de la conducta que decida llevar a cabo. Dogmáticamente, lo anterior parece trasladar la cuestión al plano del error de prohibición.

Para ilustrar lo anterior con un ejemplo, podría retomarse el mencionado caso de la ablación genital femenina. Creemos que está fuera de discusión que para el sistema de valores de nuestros países –que es donde se plantean los desafíos acerca de qué respuesta dar a los delitos con base cultural– el hecho de que los padres decidan mutilar a sus hijas, con compromiso para sus vidas, por motivos religiosos o de respeto a las tradiciones, constituye un injusto extremo. Es más, con aval en la teoría de los derechos fundamentales y en cualquier filosofía iusnaturalista que se siga, nadie dudaría de que esa práctica fuera contraria a la dignidad humana, por la afrenta al derecho a la vida, a la integridad sexual, a la libertad para la autodeterminación del modelo de vida a seguir y por la consagración de una brutal e injustificada diferencia entre varones y mujeres. En consecuencia, en nuestras latitudes el rito puede ser considerado un injusto extremo, con alcance universal, es decir, sin acepción de pueblos, países y culturas. Prueba de ello es que Naciones Unidas, como símbolo (cuestionable, pero símbolo al fin) de comunión entre todos los pueblos, en lo que puedan tener en común, venga bregando por la erradicación de la práctica, desde hace varias décadas.

Sin embargo, es un hecho que el condicionamiento cultural puede hacer que determinadas personas no alcancen a percibir la absoluta injusticia que importan tales conductas. Es decir, son injusto extremo, pero algunos no pueden verlo o, si lo ven, no es con la evidencia palmaria que ello se percibe en otros medios culturales.

Habrá que analizar, entonces, si cada sujeto individualmente considerado tenía razones para percibir el carácter de injusto extremo, en cuyo caso deberá responder con la máxima responsabilidad penal. En segundo término, habrá que ver qué sucede si es que no podía percibirlo como tal, diferenciando si tenía forma de sospechar de la naturaleza intolerable en justicia del suceso o si ni siquiera tenía esa posibilidad. Según qué se responda a estas preguntas, se estará ante un error de prohibición inevitable o evitable, en razón de haber sido leal o desleal al derecho como modelo de orientación de conductas¹³⁴⁷.

Para que se vea que estos no son casos de laboratorio, la jurisprudencia española registra un antecedente que refleja estas posibilidades¹³⁴⁸. Nos referimos a aquel proceso en el que se juzgó a unos padres gambianos residentes en España por la mutilación de clítoris de su pequeña hija. Los padres invocaron que el hecho había sucedido en Gambia, antes de que la niña llegara a España, y que habían sido sus abuelos los responsables de la mutilación y quienes habían llevado a la niña a lo del curandero que había realizado la escisión, sin que los padres hubieran podido contradecirlos¹³⁴⁹. En la decisión judicial, en la que se tuvo por probado que la ablación había sido realizada en España, si no por los padres, al menos por una tercera persona con su anuencia, se diferenció la situación del progenitor de la de su mujer. En efecto, el hombre llevaba diez años residiendo en España, en cuyo medio cultural estaba perfectamente integrado laboralmente y en contacto con gente de nacionalidades múltiples, por lo que se consideró que no había podido desconocer la existencia de la prohibición de mutilar a la niña. La madre, en cambio, había llegado a vivir a España escasos meses antes y dependía en un todo de su marido y de otros miembros de la colectividad gambiana, ya que no hablaba una palabra de castellano. En ese contexto, se consideró que la mujer había actuado en error de prohibición, al que se estimó vencible, en tanto habría podido salir de él fácilmente, consultándole a su marido acerca de la conformidad a derecho de la mutilación. En otros términos, la mujer no se había planteado el injusto extremo de su obrar.

En la sentencia se dijo textualmente:

La ablación del clítoris persigue controlar la sexualidad de la mujer y, además de la peligrosidad que conlleva pues las condiciones en que se practica no suelen ser higiénicas, las afectadas padecen secuelas durante toda su vida: además del trauma, infecciones vaginales, lesiones renales, depresión, ansiedad, tumores, impidiendo todo tipo de gozo sexual y provocando dolor, en ocasiones extremo, en el momento de la penetración y el parto. Resulta evidente que para la sociedad española

¹³⁴⁷ En el siguiente capítulo se profundizará dogmáticamente sobre esta cuestión. Baste por el momento con plantear la posibilidad de concurrencia de error de prohibición aún ante injustos extremos.

¹³⁴⁸ SAP Teruel, Secc. 1ª, 26/2011, de 15 de noviembre.

¹³⁴⁹ Para comprender el ejemplo es fundamental tener en cuenta que en España rige el principio de jurisdicción universal, por lo que podía juzgarse el hecho ocurrido en Senegal.

la ablación del clítoris supone una de las prácticas más detestables que puede realizar una sociedad contra sus niñas pues va en contra de la dignidad de las mujeres y de sus derechos como persona.

Creemos que los textos resaltados son claros en punto a, por un lado, que la ablación de clítoris es –en términos de KYMLICKA– una restricción interna que pretende controlar a los miembros de una minoría cultural, para que permanezcan “siendo parte” del grupo de manera coactiva; es decir, prescindiendo por completo de su voluntad de hacerlo. Para ello, se suele ejercer coacción sobre quienes son más vulnerables, como los niños. Por otro, la segunda parte de lo resaltado habla a las claras de que la mutilación es intolerable en España y de que todo lo que es intolerable debe ser, sin más, rechazado y castigado.

Nos parece que este ejemplo es elocuente en punto a que el injusto extremo no siempre es evidente, sino que bien puede mediar error sobre su antijuridicidad¹³⁵⁰, el cual podrá ser evitable o inevitable. La clave para determinar si es uno u otro caso pasará por un baremo normativo: habrá que ver si el individuo que lo cometió reconocía al derecho como modelo de orientación de conductas, en general, pero no podía reconocer la contrariedad jurídica en el caso en particular por su extremo condicionamiento cultural, que le proporcionó razones para dudar de la adecuación de su conducta a derecho (error de prohibición inevitable); o si directamente no reconocía aquel carácter modélico al ordenamiento jurídico y llevó a cabo su conducta habiendo podido evitar su errónea concepción y valoración del supuesto, en el que actuó creyendo (de forma evitable) que el ordenamiento jurídico que rechazaba el hecho cometido por motivos culturales no le era aplicable a él o a su grupo de pertenencia, en las condiciones de actuación dadas. En definitiva, habrá que ver si quien mutiló a la niña, por ejemplo, era leal al derecho, pero actuó estando en un error sobre la valoración del supuesto de hecho, o si directamente era hostil al ordenamiento jurídico y, como tal, desleal al mismo, por lo que subestimó o despreció la antijuridicidad de su obrar.

Como se ha anticipado, ALEXY trata de explicar la posible disociación entre injusto extremo –conforme la fórmula de RADBRUCH– e injusto evidente y universalmente reconocible. Aquel autor no está convencido en absoluto de que los guardias de frontera hayan actuado culpablemente, conclusión que no se modifica por ser partidario del postulado de RADBRUCH ni por estimar que, efectivamente, los disparos en procura de evitar los cruces clandestinos habían sido constitutivos de injusto extremo.

En esa dirección, intenta buscar la manera de sustentar la concurrencia de un error de prohibición invencible en supuestos de injusto extremo, apelando a lo que denomina situaciones de “ceguera moral”. Estas tendrían lugar cuando el individuo

¹³⁵⁰ Téngase en cuenta que en Senegal la mutilación también está, la menos formalmente, sancionada por el derecho penal.

obrara motivado por ofuscaciones ideológicas, tradiciones encostradas o fanatismo¹³⁵¹, estado en el que considera que deben haber actuado muchos de los jóvenes soldados apostados en los confines de la RDA. En este sentido, marca un interesante contrapunto entre el obrar de esos muchachos, criados y adoctrinados desde su nacimiento en el seno del régimen comunista, y el de los criminales nacionalsocialistas. A su entender, a pesar de que los jóvenes soldados deben haber entrado en contacto con todos los elementos que los deberían haber llevado, en condiciones normales, a la conciencia del injusto, el conocimiento de la antijuridicidad no se habría producido, como consecuencia de su estado de “ceguera moral”¹³⁵².

Esta forma de explicar la disociación entre injusto extremo e injusto evidente nos parece plausible y con alta capacidad de rendimiento de cara a ciertas situaciones límite respecto de delitos culturalmente motivados¹³⁵³. Retomando el caso de la mutilación genital femenina, creemos que nadie en Occidente, con una mínima conciencia jurídica (y mucho menos, moral) podría negar el carácter incompatible de esa conducta con toda idea de justicia y de respeto al principio de dignidad humana. Cuestión distinta será ver si la magnitud del injusto e incluso su carácter del tal fue asequible para su autor, en determinadas y extremísimas circunstancias. Cae de su propio peso que toda posibilidad de atenuación y, ni qué decirlo, de exclusión de la culpabilidad debería ser analizada de modo sumamente restrictivo. Creemos que en supuestos de este tipo podría apelarse a una suerte de “ceguera cultural”, entendida no como el menosprecio a una cultura exótica, sino como el reconocimiento de que sobre ciertos asuntos las diferencias culturales pueden llegar a abrir una abismo entre las distintas cosmovisiones.

Aclaremos en este punto que no es que nos estemos enrolando en un relativismo moral del tipo “mutilar a la niñas es injusto extremo en Occidente, pero no en Oriente” o “el matrimonio infantil es injusto extremo en Occidente, pero no en los países que de Oriente que culturalmente lo permiten”. No se trata de renunciar a la objetividad de la verdad y de la moral, sino de reconocer que todos nos aproximamos a la verdad de manera parcial, viendo solo facetas de la misma según nuestra propia cosmovisión nos lo permite. Eso explica que más allá del carácter de injusto extremo de algunas

¹³⁵¹ Estas ideas las plasma en ALEXY, Robert; *Mauerschützen: zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1993; citado por FELIP I SABORIT; *Error iuris*; pp. 241-242. También deja en claro su rechazo a la idea de culpabilidad de los guardias en ALEXY; *Una defensa*.

¹³⁵² FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 242.

¹³⁵³ Crítico de la propuesta de “ceguera moral” de ALEXY, FELIP I SABORIT sostiene, en cambio, que el rechazo doctrinal generalizado al carácter manifiesto de la antijuridicidad de los homicidios en la frontera y la aceptación de parte de la jurisprudencia de un error de prohibición por falta de conciencia efectiva del injusto, lo hacen dudar de su carácter *extremo*.

conductas, sin importar el lugar y la cultura donde se lleven a cabo, su naturaleza contraria al derecho y a la justicia puede no ser advertida por todos, en todas partes.

FELIP I SABORIT, por su parte, si bien rechaza la idea de “ceguera moral” para el caso de los *Mauerschützen*, sobre la base de que aquella se orienta o se debería orientar a explicar el desconocimiento como fenómeno individual; mientras que en el caso de los soldados del muro se la procura emplear en respaldo de un error de carácter general, impropio de la imputación personal¹³⁵⁴, aporta sin embargo una consideración de valía para nuestro estudio. En efecto, en apoyo de ese rechazo a la “ceguera moral” para los homicidios fronterizos, aduce que no se trata de casos de “socialización exótica” o de aislamiento personal individual excepcional frente a los valores de la comunidad, como el caso de los extranjeros, supuestos estos “que permiten aceptar excepcionalmente el error de prohibición en el núcleo del Derecho penal”¹³⁵⁵. Quiere decir entonces que, siguiendo la lógica de este autor y dejando de lado el caso específico de los *Mauerschützen*, lo cierto es que también a su juicio los delitos del ámbito nuclear del derecho penal, cometidos por motivos culturales, podrían dar lugar a error de prohibición, lo cual normalmente es casi inadmisibles para quien no es extranjero cultural.

La idea anterior reconoce su origen en el pensamiento de JAKOBS en orden a lo que llama error sobre los fundamentos de la culpabilidad¹³⁵⁶. Apunta a los casos en los que al autor le falta la consciencia de la antijuridicidad respecto a una infracción al área nuclear del derecho penal o sea con relación a las normas centrales que solamente podrían ser revocadas provocando lo que él llama una revolución social. Desde su punto de vista, esto solo puede concebirse en personas pertenecientes a otras culturas, en las que el desconocimiento no se basa solo en el error, sino también en un estado psíquico de “socialización exótica”, según el cual el autor no puede servir a la norma: “el autor está motivado de modo diferente a cualquiera”¹³⁵⁷. Conforme lo anterior, JAKOBS considera que en la medida que el autor pueda aportar razones especiales por las que se le dificulte la comprensión de lo ilícito, es decir mediante la referida socialización exótica, el error podrá exculpar; de lo contrario, no¹³⁵⁸.

¹³⁵⁴ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 242.

¹³⁵⁵ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 242.

¹³⁵⁶ JAKOBS; *Derecho Penal*; pp. 659-661.

¹³⁵⁷ JAKOBS; *Derecho Penal*; p. 659.

¹³⁵⁸ En contra de esta posición parece estar MAGLIE, quien considera que la socialización insuficiente no es una propuesta adecuada para resolver la problemática de los conflictos culturales, puesto que igualar el déficit de socialización a la diversidad étnico-cultural significa denigrar a los sujetos y a los grupos portadores de otras culturas: “el autor cultural no puede ser asimilado a un *rusticus* que hay que educar” (*Los delitos culturalmente*; p. 258).

II. C) 3. v) Consideraciones en torno a la evitabilidad del conocimiento de la antijuridicidad.

Interesa ahora abocarse aunque sea mínimamente a considerar algunos aspectos de la forma en la que el BGH construyó el conocimiento de la antijuridicidad al resolver los homicidios en la frontera. No se procura efectuar un análisis exhaustivo de esa jurisprudencia, pero sí destacar algunas facetas que irán aproximando la reflexión a la tensión normativismo/psicologismo en materia de error de prohibición, que será tratada más adelante.

Sabido es que el BGH, con posterior aval del BverfG, consideró que los soldados habían actuado en error de prohibición evitable, criterio que se aplicó genéricamente y en abstracto, es decir, sin efectuar un juicio de culpabilidad individualizado, referido a la situación de cada guardia en concreto. O, mejor dicho, a la hora de evaluar la culpabilidad individual, también apeló a baremos abstractos. Sin embargo, ambos juicios deberían haber sido necesarios.

El de carácter objetivo o abstracto, en procura de establecer qué circunstancias deberían haber sido consideradas motivos suficientes para generar dudas a los guardias sobre la legitimidad de las órdenes recibidas e impulsarlos a tratar de salir de ellas, mediante la búsqueda de información. Esos motivos para dudar habrían sido los que habrían permitido fundamentar un deber de evitación de la conducta, dando lugar a un error de prohibición vencible.

En general, la dañosidad o el disvalor ético-social de una conducta permite que se le atribuya el hecho antijurídico al autor, por error vencible. Ello obedece a que hay una correlación entre daño o reprobación social y reprobación jurídico-penal. De todas maneras, siempre hará falta un juicio de individualización para determinar si ese autor en concreto, en su contexto vital al tiempo del hecho, tenía motivos para dudar de la conformidad a derecho de su conducta.

Respecto de este análisis en el caso de los *Mauerschützen*, los tribunales alemanes estimaron que era un motivo suficiente en abstracto la absoluta desproporción entre el disparo a matar a alguien desarmado y lo que con esa medida se pretendía evitar, es decir, el cruce clandestino de la frontera.

Sobre lo anterior remarca FELIP I SABORIT que esa desproporción era valorada por los jueces de la RFA según un juicio heterónomo de desvalor –precisamente por provenir de este país democrático–, que nada tenía que ver con los valores que habían inspirado las decisiones oficiales de la RDA. Esa forma de valorar el caso no era sino una desviación de lo que llama patrones ordinarios para acceder al conocimiento del derecho de la sociedad de la que los soldados habían formado parte,

“máxime si se tiene en cuenta que en un Estado totalitario las discrepancias entre desvalor ético-social y Derecho son mucho más numerosos que en nuestras democracias, con lo que no debería extrañar que el conocimiento de la contradicción entre dicho desvalor y lo que aparentemente son normas jurídicas debiera solucionarse a favor de estas últimas¹³⁵⁹ .

Esto lo lleva a concluir que aceptar a la desproporción entre el medio empleado y lo que se procuraba evitar como motivo suficiente significó una importante *normativización* de la conexión entre motivos suficientes y conocimiento de la antijuridicidad, al dejar de lado los parámetros ordinarios de acceso a ese conocimiento. El carácter normativo de la argumentación habría exigido una explicación de por qué el soldado medio habría podido acceder a las bases materiales del injusto y al conocimiento de la antijuridicidad, a pesar de la formalidad legal de las normas que aparentaban convalidar las conductas. Sin embargo, esta fundamentación no fue hecha por el BGH, sino que a partir del conocimiento de la desproporcionalidad dio por sentado el conocimiento de la antijuridicidad.

En cuanto al juicio de evitabilidad individual, ya se ha dicho que la jurisprudencia también apeló, paradójicamente, a parámetros abstractos. El soldado medio podía acceder, por vía de los motivos suficientes, al conocimiento del injusto extremo; entonces el hecho de que el guardia juzgado en concreto no lo hubiera alcanzado, le era atribuible a él.

Todas estas consideraciones nos llevan a sostener entonces –como anticipo de lo que se tratará en el siguiente capítulo– que en materia de error de prohibición no basta para determinar su concurrencia la mera atención a elementos psicológicos, los que tampoco pueden ser despreciados por completo. La clave será tratar de hacer base en conceptos que brinda la psicología –conocimiento, conciencia, error– para complementar su alcance y contenido con baremos normativos –motivos suficientes,–, es decir con estándares valorativos de los que el derecho se pueda servir, para establecer en qué casos es dable predicar la concurrencia de conocimiento o de error sobre la antijuridicidad relevantes. De ese modo, se logra, en lo sustantivo, establecer parámetros que aporten seguridad jurídica y que sean asequibles al jurista (que no es psicólogo ni psiquiatra ni sociólogo) y, desde lo adjetivo, eludir el hartado complejo problema de acreditar elementos completamente subjetivos.

En sintonía con lo anterior y a partir del caso de los guardianas como disparador de su comentario, FELIP I SABORIT subraya que el paso de la constatación de elementos objetivos indiciarios de la antijuridicidad a la imputación del hecho mediante el juicio de evitabilidad o de suficiencia de los motivos no tiene una base exclusivamente psicológica, relativa a los conocimientos y capacidades psíquicas del autor no utiliza-

¹³⁵⁹ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 249.

das en la situación concreta, sino que es una decisión básicamente normativa de lo que debe exigirse en casos extremos intolerables¹³⁶⁰.

II. C) 3. vi) El derecho penal como límite absoluto frente a lo intolerable absolutamente.

Hemos traído a colación el célebre caso de los guardianes del muro, para mostrar que ese ejemplo no dista tanto como podría pensarse en una primera mirada de los casos de delitos motivados en el factor cultural, sino que estos y aquel marcan entre sí un contrapunto que no es sino el anverso y al reverso de una situación normativamente equivalente.

En efecto, los delitos cometidos desde una valoración cultural diversa, en número muy importante, contravienen el derecho penal vigente plasmado en figuras típicas específicas. En cambio, los soldados fronterizos habían cumplido a rajatabla la literalidad de la norma de permiso aplicable y, desde esa óptica su conducta parecía haber estado justificada. Si no hubiera sido por la aplicación ulterior de la fórmula de RADBRUCH no se habría dudado de que los hechos que habían cometido no habían configurado injustos penales. En apariencia, esa situación no sería comparable con la de quien –volviendo al mismo ejemplo– lleva a cabo directa o mediatamente la mutilación de su hija menor de edad por motivaciones religiosas o culturales, puesto que este sujeto realiza una acción típica respecto de la cual en principio no habría un permiso habilitante de la actuación, sino que sería abiertamente contraria a la motivación exigida por la norma.

Sin embargo, lo dicho en este párrafo evidencia lo que ya hemos adelantado en punto a que, en verdad, el obrar de los soldados y de quien lo hace en un profundo conflicto de normativo-cultural, representan no otra cosa que las dos caras de una misma moneda. En efecto, bien pueden resultar equivalentes desde el punto de vista valorativo la conducta de quien actúa en literal respeto a la ley positiva injusta (lo positivizado es incorrecto pero al autor se le presenta como debido), que la de quien viola abiertamente la ley positiva justa que a él se le presenta contraria a su sistema ético y repugnante en conciencia (lo positivizado es correcto, pero al autor se le presenta como incorrecto o como no vigente a su respecto). Ese contrapunto, es el punto de conexión entre los guardianes del muro y el autor culturalmente motivado.

Para valorar las conductas de todos ellos y decidir qué tratamiento penal merecen será fundamental atender a los motivos para dudar y al esfuerzo de conciencia que unos y otro hayan tenido que hacer para salir de la situación de incertidumbre so-

¹³⁶⁰ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 251.

bre lo debido y decidir su curso de acción. Sea cuál sea la conducta que decidan llevar a cabo y aún si esta fuera equivocada, aquellas razones mostrarán la condición de leal o desleal al derecho del autor y permitirá dar una respuesta penal adecuada. Posiblemente, en términos de error de prohibición.

Con el afán de elucidar si el aporte de RADBRUCH puede ser de utilidad para el delito cometido desde una motivación cultural diversa, resultan de interés algunos argumentos que emplea ALEXY en defensa de la fórmula de aquel. En efecto, en un muy interesante análisis que realiza de la fórmula desde la filosofía jurídica, apela a una serie de argumentos normativos de los que se emplean para justificar la separación o la vinculación entre moral y Derecho¹³⁶¹.

De entre ellos, interesa ahora el argumento de corrección, según el cual el Derecho formula necesariamente una pretensión de corrección. Es el que “aduce que tanto las normas jurídicas y las decisiones jurídicas individuales como también los sistemas jurídicos como un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección”¹³⁶². Este argumento sería la base de la fórmula de RADBRUCH.

Para graficar el argumento, ALEXY apela al absurdo, ideando un hipotético primer artículo de la constitución de un estado imaginario, en el que una minoría oprime a una mayoría y pretende ser honrada por esta. Con ese objetivo, la asamblea constituyente sanciona el siguiente precepto al que llama “cláusula de injusticia”: “X es una república soberana, federal e injusta”¹³⁶³.

Según ALEXY, el absurdo de ese artículo radica en una contradicción. El acto de instaurar una legislación entraña la pretensión de corrección que, en definitiva, no es sino una pretensión de justicia que determina el carácter del derecho. Gracias al argumento de corrección, el derecho deja de ser una mera ordenación de la fuerza, para incorporar una dimensión ideal o de aspiración. Es decir que el contenido del Derecho no resulta indiferente para el Derecho.

Con todo, el incumplimiento de la pretensión de corrección, que sin dudas entraña un déficit, no basta para negar validez jurídica o carácter jurídico a una norma o acto jurídico. De tal modo, para fundamentar la fórmula de RADBRUCH hace falta recurrir al “argumento de la injusticia”, que engloba en sí mismo un puñado de argumentos, todos ellos de tipo normativo.

De ese grupo, resulta interesante relevar el “argumento del relativismo”, en el marco de la pregunta acerca de si existe realmente la injusticia extrema. Si todas las decisiones de justicia fuesen la mera expresión de emociones, decisiones, preferencias,

¹³⁶¹ ALEXY; *Una defensa*; pp. 83-84.

¹³⁶² ALEXY; *Una defensa*; p. 85.

¹³⁶³ ALEXY; *Una defensa*; p. 85.

intereses o ideologías, es decir, si correspondiesen a la tesis del relativismo radical y del subjetivismo, fomentarían el rechazo a todo lo que no fuera positivismo jurídico. De ser así, la fórmula de RADBRUCH sería una carta blanca dada al juez para que, cuando sus convicciones personales estuvieran particularmente afectadas, pudiera fallar *contra legem*. Por ello –dice ALEXY– necesariamente el no positivismo debe importar una ética no relativista, al menos rudimentaria¹³⁶⁴.

Para refutar al relativismo radical, ALEXY propone una tesis según la cual las sentencias sobre la injusticia extrema son auténticas sentencias, que pueden ser fundamentadas racionalmente, por lo que tienen un carácter cognitivo y objetivo. Ilustra esa tesis con un par de ejemplos, entre los que se cuenta el caso de los guardianes del muro, en el que se discutía seriamente si se había verificado un supuesto de injusticia extrema. La respuesta a este dilema –destaca ALEXY– no puede buscarse en las pruebas, sino en los argumentos normativos. En efecto, no se había tratado solo de la muerte de un ser humano en una frontera. A ese dato, se agregaba que el suceso había ocurrido porque la víctima había pretendido huir de un país en el que, en virtud de la voluntad del poder político gobernante, debería permanecer toda su vida, en condiciones que él no quería ni aceptaba. Se sumaba, además, que en el sistema político del que el fugitivo quería escapar no existía la posibilidad de modificar las circunstancias mediante un debate público libre y con la posibilidad de despliegue de una oposición política. Ese contexto –continúa ALEXY– es elocuente en cuanto a que la muerte de seres humanos en la frontera interna alemana y en el muro de Berlín constituyó siempre extrema injusticia.

Propone también un segundo ejemplo, en el que la extrema injusticia no puede ser puesta en tela de juicio: el régimen nacionalsocialista respecto de la eliminación de partes de la población de acuerdo a parámetros étnicos. Recuerda que el Tribunal Constitucional Federal alemán había decidido que el intento de eliminar, según criterios ‘racistas’, física y materialmente determinadas partes de la población contradecía de manera insoportable la justicia¹³⁶⁵. Aquí ALEXY destaca un punto muy interesante sobre el que ya se ha incursionado en este trabajo¹³⁶⁶ y sobre el que se volverá más adelante: que hay un núcleo esencial de derechos humanos cuya vulneración representa en todos los casos injusticia extrema¹³⁶⁷.

Otro argumento con el que se pretendió atacar a la fórmula de RADBRUCH, durante los debates sobre su aplicación al caso de los *Mauerschützen*, fue el de la honradez. Se afirmó que la postulación de aquel eludía el principio *nulla*

¹³⁶⁴ ALEXY; *Una defensa*; pp. 90-91.

¹³⁶⁵ BverfGE 23, 98 (106), citada por ALEXY en *Una defensa*; p. 91.

¹³⁶⁶ Ver Capítulo I. B.

¹³⁶⁷ ALEXY; *Una defensa*; p. 91.

poena sine lege. Recuérdese que, tras el fin de la Guerra Fría, para juzgar los casos ocurridos durante la existencia de la RDA se recurría a la ley de la RFA, que no era derecho vigente al tiempo de los hechos. ALEXY, sin embargo, desestima ese reproche en el entendimiento de que RADBRUCH tenía en claro, y nada había hecho para disimularlo, que su fórmula se trataba de la elección entre dos males. A su criterio, la resolución del caso de los guardianes fronterizos muestra esta disyuntiva con claridad, en tanto evidencia que el Tribunal Constitucional Federal tuvo que determinar si asumía una disminución de seguridad jurídica o una disminución de justicia material.

Tras ese análisis, ALEXY llega al punto medular de lo que aquí se pretende destacar: que la fórmula de RADBRUCH puede tener capacidad de rendimiento en el derecho penal. En efecto, si bien lo hace en referencia a un Estado injusto en sí mismo (como era el de la RDA), afirma que no puede avalarse la confianza de un autor activo en una causa de justificación duradera, por la injusticia legal en la que se apoyan sus hechos frente a los derechos de sus víctimas, si es que ha traspasado el umbral de la extrema injusticia¹³⁶⁸.

Como ya hemos adelantado, pensamos que estos aportes de RADBRUCH, iluminados por la hermenéutica de ALEXY, pueden venir a aportar luz, al menos de manera embrionaria, en cuanto a la tolerancia que debe tener el Estado frente a delitos motivados culturalmente y a los límites de esa tolerancia. Dicho de otro modo: pueden darse casos en los que los autores culturalmente motivados actúen en la creencia de que están ante un conflicto de deberes de tal magnitud que el deber moral pese más y tenga mayor poder vinculante que el jurídico. También pueden creer que, en ese contexto, estén autorizados a actuar conforme los mandatos de su conciencia individual o pertenencia cultural.

Ya en otro estamento de la teoría del delito, podría suceder que tales autores no dudaran de que su actuación motivada culturalmente no fuera lícita para el orden jurídico penal, es decir que obraran incursos en una versión específica de error de prohibición, o que directamente tuvieran disminuida su culpabilidad por actuar en circunstancias que determinaran una menor exigibilidad. Con esto se ha hecho una prieta síntesis, muy a grandes rasgos, de las distintas propuestas que se han esbozado en la doctrina para tratar de responder a las actuaciones en conciencia, de las que las culturalmente motivadas podrían ser consideradas una especie.

Pues bien, sea cual sea la respuesta dogmática que la problemática en general o cada caso en particular exija –es decir, sea que la solución se encuentre en el campo del injusto o en el de la culpabilidad–, lo cierto es que la fórmula de RADBRUCH nos viene decir que solo podrán tolerarse esas conductas, en tanto las actuaciones

¹³⁶⁸ ALEXY; *Una defensa*; p. 95.

culturalmente motivadas no representen una injusticia extrema ante la que el Estado no pueda dejar de reaccionar. Con ese telón de fondo, puede adelantarse que cada vez que lo que esté en juego sean derechos humanos fundamentales de las víctimas, pilares mismos de la estructura constitucional, la conducta culturalmente motivada deberá reputarse intolerable absolutamente y, como tal, siempre merecedora de la intervención del *ius puniendi*.

No obstante, el examen de tolerancia deberá ser uno para el injusto penal y otro para la culpabilidad, en tanto casos de extrema injusticia que no podrían considerarse nunca autorizados podrían ser cometidos en contextos de culpabilidad individual excluida o disminuida que exigiera la exculpación o la mengua de la respuesta penal. Esto último lo pone de realce ALEXY al defender la fórmula de RADBRUCH y su potencialidad para el derecho penal. Destaca –idea con lo que concordamos– que la aplicación de aquella en materia penal lleva el asunto al plano de la antijuridicidad. Sin embargo, la cuestión de la culpabilidad individual no se responde con la fórmula en sí misma. Incluso casos de extrema injusticia a nivel del injusto, como podría ser el de los guardianes del muro, podrían exigir la absolución de los imputados si la culpabilidad individual en el caso concreto así lo exigiera¹³⁶⁹.

Más allá de lo anterior, y pasando en limpio esta reflexión, lo que aquí nos interesa destacar es que el aporte de RADBRUCH puede tener injerencia en el derecho penal. Desde las expectativas del Estado y del resto de la sociedad respecto a un determinado sujeto, lo que RADBRUCH predicó de las leyes positivas en cuanto a su potencialidad de ser repugnantes a la justicia, también puede predicarse respecto de las conductas de los particulares o de minorías culturales. Si bien el culturalmente exótico o la minoría de la que se trate podrán exigir respeto y que se les permita comportarse de acuerdo a sus valores, creencias y tradiciones, en ejercicio de su derechos también

¹³⁶⁹ La precisión de las palabras con las que lo dice, ameritan que se transcriba la nota 105 de ALEXY; *Una defensa*; p. 95: “[l]a fórmula de Radbruch conduce a la antijuridicidad del hecho. La cuestión de la culpabilidad individual, sin la que no cabe una condena, no se responde aún con esto. El Tribunal Supremo Federal, en su primera sentencia sobre los guardianes del muro, caracteriza acertadamente el problema como "muy difícil", pero simplemente del carácter extremo de la injusticia concluye su obviedad para los soldados fronterizos; cfr. BGHSt 39, 1 (34). Esta conclusión es problemática; cfr. R. Alexy, *Mauerschützen*, 36 ss. El Tribunal Constitucional Federal se decanta claramente contra esta conclusión. Destaca que la obviedad de la injusticia no se puede fundamentar únicamente en la existencia objetiva de la extrema injusticia; BVerfGE 95,96 (142). Pero luego el Tribunal se queda a medio camino, puesto que admite la conclusión del Tribunal Supremo Federal de la extrema injusticia objetiva por su evidencia subjetiva; cfr. R. Alexy, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts*, 35 ss. Algunos datos hacen pensar que a muchos soldados fronterizos jóvenes les faltaba, por su educación y su entorno, la posibilidad, la capacidad de figurarse, de reconocer de forma tan clara la injusticia extrema de su actuación, de modo que haya que afirmar su culpabilidad. En ese caso, a pesar de la antijuridicidad de su actuación originada por la fórmula de Radbruch, no sólo no tendrían que haber sido castigados levemente, sino que tendrían que haber sido absueltos; cfr. R. Alexy, *Mauerschützen*, 24 s., 36 ss. Otra cosa son sus superiores. Entretanto, el Tribunal Supremo Federal ha resuelto en este sentido el caso de la muerte a tiros de un desertor armado en la frontera de Berlín; cfr. BGHSt 42, 356 (362)”.

constitucionales a la identidad étnica y cultural, estos revisten una entidad menor que le núcleo fundamental de derechos humanos, entre los que se cuentan la vida, la salud y la libertad. Cualquier afrenta grave a estos en pos de una pretensión cultural podrá ser reputada antijurídica y, de ser el caso, extrema injusticia y, en consecuencia, no podrá ser tolerada por el ordenamiento jurídico.

En todos los casos, las razones para dudar; el esfuerzo para salir de la incertidumbre y el esfuerzo de conciencia que le individuo haya hecho para analizar su curso de acción en relación con el ordenamiento jurídico vigente, será una herramienta de gran valor hermenéutico para decir acerca de la lealtad al derecho. Este criterio está en sintonía con la doctrina y con la jurisprudencia alemana y española reseñadas más arriba, en punto a la imposibilidad de admitir intrusiones en derechos de terceros en pos de motivos de conciencia o convicción.

También el aporte de WELZEL contribuye a análogas reflexiones. Hemos consignado su opinión sobre el “injusto legal” y cómo es percibido por el individuo. Según este autor, el “injusto legal” se materializará en normas que no reconozcan a los hombres como personas, sino que los degraden a la calidad de cosas. Tales leyes no pueden ser Derecho obligatorio. En cambio, la simple ley injusta todavía respeta los valores mínimos del ordenamiento social, a pesar del déficit de su estructura, por lo que seguirá siendo obligatoria.

Como se ve, entonces, la fórmula de RADBRUCH aporta nutridas reflexiones en términos de tolerancia, tanto respecto de qué leyes exceden el límite de lo tolerable, como de qué conductas particulares traspasan ese umbral para transformarse en absolutamente intolerables para el Estado y la sociedad.

II. C) 3. vii) El derecho justo puede ser injusto en casos concretos. La tolerancia como forma de equidad.

Podría pensarse en algún supuesto en el que, para un determinado sujeto o grupo de sujetos, el derecho penal vigente, que no es sino parte del ordenamiento jurídico mucho más amplio y al que solo cabe recurrir como remedio último ante la insuficiencia del resto del sistema jurídico, se presentara contrario a derechos y garantías constitucionales. Estos últimos, en función de su suprema jerarquía podrían dar lugar al reclamo de reconocimiento y goce, aún vulnerando ciertos tipos penales creados por el legislador y, en caso de que se hiciera primar al derecho criminal, quizás podría estar afectándose el derecho al libre desarrollo de la personalidad (en términos de derecho constitucional español) o, directamente, la dignidad humana.

Podrían imaginarse afectaciones a la libertad de conciencia, a la libertad religiosa, a la pertenencia étnica y cultural y, como dice la Constitución española, al libre desarrollo de la personalidad que es expresión de la dignidad humana. ¿Podrían estas normas contrarias a valores culturales de pertenencia dar lugar a situaciones de injusticia para quienes los padecen, en caso de deber privilegiarse siempre el derecho penal, aun frente a derechos y garantías constitucionales?

Ya se ha visto que la fórmula de RADBRUCH excluye a la injusticia extrema como posible contenido del Derecho, marcando una relación entre derecho y moral. O, como dice ALEXY, entre el Derecho que es y el que debería ser¹³⁷⁰. Esto significa que el Derecho promulgado de acuerdo al procedimiento previsto constitucionalmente en el Estado de derecho no tiene necesariamente que ser completamente justo para valer como tal, es decir para integrar un sistema normativo vinculante para los ciudadanos y para el propio Estado. Sin embargo, resulta intolerable que traspase el límite de la extrema injusticia, en cuyo caso pierde validez jurídica.

Ahora bien, es posible que las normas positivas penales, cuyo respeto importe afectaciones a derechos constitucionales vinculados con la identidad cultural –es decir, derechos fundamentales pero de menor jerarquía que la vida, la integridad física o la libertad– puedan importar algún grado de injusticia en el caso concreto. Sin embargo, esta no será extrema, al punto de descalificar a las leyes respectivas como carentes de naturaleza jurídica. Esas eventuales injusticias no podrán compararse con la vulneración de aquellos bienes medulares que tutela el derecho penal nuclear¹³⁷¹.

Nuevamente, la clave son los derechos humanos fundamentales de terceros, que en ningún caso pueden violarse en pos del ejercicio de aquellos derechos individuales que fijan el límite de lo intolerable. Respetado que sea ese núcleo fundamental, bien podría pensarse en ejemplos en los que la imposición de respeto o de no incursión en ciertos tipos penales ajenos a la pertenencia cultural de un grupo o individuo, podría significar consagrar una situación de injusticia respecto de una determinada minoría. Por ejemplo, castigar a las autoridades indígenas por el delito de lesiones por la imposición de una pena física que no comprometiera la vida ni la salud de quien la padeciera, siempre que estuviera prevista por el derecho indígena de alguna comunidad originaria y que fuera reconocida como tal por dicha comunidad, podría importar una

¹³⁷⁰ ALEXY; *Una defensa*; p. 81.

¹³⁷¹ En sintonía con esta idea, al criticar la decisión del BGH de recurrir a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales para resolver el caso de los guardias fronterizos, FELIP I SABORIT señala que “se corre el riesgo de acabar confundiendo la vulneración grave, extrema, del núcleo esencial de los derechos humanos con cualquier afectación de dichos derechos según su tipificación en Derecho internacional. No debe olvidarse que, en el caso de un injusto extremo, no se trata de determinar la simple incompatibilidad de un precepto con derechos fundamentales reconocidos en una Constitución democrática o normas internacionales, sino de situaciones absolutamente excepcionales de violaciones cualificadas” (FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 226).

situación injusta en el caso concreto. Parecería que los derechos constitucionales de reconocimiento de la pertenencia cultural y de ejercicio del derecho comunitario no estarían en absoluto reñidos con los valores ético-sociales. Es más, en caso de que sirviera para resolver el conflicto penal suscitado en el grupo, hasta podría coincidir con los fines de la pena estatal. De tal modo, el Estado no tendría por qué intervenir castigando a quienes impusieran tal sanción, toda vez que la pena en cuestión parecería tolerable para el ordenamiento jurídico constitucional, en particular si se reconoce la jurisdicción indígena.

En consecuencia, y en resguardo de los derechos constitucionales de rai-gambre cultural comprometidos y del derecho a la libertad de conciencia, la conducta de quien cometiera un injusto penal que no afectara el núcleo de derechos constitucionales intangible de terceros, por motivaciones culturales, podría merecer una morigeración o incluso la exclusión de la culpabilidad. Esto sería una expresión de equilibrio entre el reconocimiento de ese comportamiento como manifestación de pertenencia a una minoría cultural y el respeto al derecho penal como modelo orientador de conductas. Una respuesta de tal tenor importaría una decisión inspirada en razones de tolerancia en términos de pluralismo social y un ejemplo de aplicación de la equidad, entendida como la justicia en el caso concreto.

No obstante, esta situación sería una muestra de reconocimiento a la identidad cultural de las minorías como derecho fundamental, pero no el reconocimiento de que la norma penal que tipifica conductas representara un injusto extremo para tales minorías. Para ser tal, este debe encarnar un espíritu reñido con toda idea de justicia y de humanidad, que solo concurrirá en contadas y excepcionales ocasiones.

II. C) 4. Pasaporte al análisis estrictamente dogmático-penal de los delitos culturalmente motivados.

Esta última parte del presente capítulo ha pretendido ser un puente que permita conectar las reflexiones sociales y de derecho constitucional, que se han venido formulando desde el comienzo, con el núcleo dogmático-penal propiamente dicho. En definitiva, esta investigación aspira no a otra cosa que a realizar alguna contribución a la posible respuesta penal que cabe dar a los delitos cometidos por razones culturales.

Con esa intención, el broche final ha sido puesto por el caso de los guardianes del muro. Este antecedente ha permitido, por un lado, establecer una analogía con los casos de delitos cometidos por motivos de socialización exótica y, por otro, focalizar la mirada en el error de prohibición, que es el instituto en el que creemos que deben buscarse las respuestas a los casos culturalmente conflictivos, así como tiene capacidad de rendimiento para los *Mauerschützen*.

En el siguiente capítulo, entonces, se abordará de lleno la perspectiva dogmático-penal de cara a los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa, en procura de ofrecer una solución plausible.

III. Propuesta de una solución.

III. A) La perspectiva de los derechos fundamentales.

III. A) 1. Fundamentación y universalidad de los derechos.

III. A) 1. i) Derechos del liberalismo en debate.

Como se ha venido anticipando casi desde el comienzo de la obra, la respuesta dogmático-penal al problema de los conflictos derivados de la diversidad cultural –como casi todos los problemas del derecho penal– debe buscarse sobre una base sustentable de derecho general, de raigambre filosófica y constitucional. Esa solución debe tomar especialmente en cuenta el elemento *diversidad*, puesto que de lo contrario no se trataría de una respuesta específica para esta clase de delitos sobre la base del pluralismo exigido por las sociedades multiculturales, y el elemento *víctima como amigo*, que como ya se ha explicado¹³⁷² es el factor que delimita la clase de hechos penalmente relevantes que conforman el objeto de atención de este trabajo. A nuestro criterio, si no se contemplan esos dos factores, toda la reflexión habrá carecido de sentido puesto que no se habrá llegado a ninguna respuesta diferenciadora de las ofrecidas tradicionalmente por la teoría del delito para determinar la culpabilidad *lato sensu* de cualquier infracción penal.

La columna vertebral de toda esta problemática debe estructurarse –a nuestro juicio– a partir del juego armónico de tres elementos constitucionales que hacen a la esencia del Estado de derecho, cuya estructura descansa en el reconocimiento de derechos fundamentales. Máxime cuando, en Argentina, país desde el que escribo estas líneas, la Constitución Nacional es de cuño liberal. El principal mentor del texto original Juan Bautista ALBERDI se inspiró en las bases de la Constitución norteamericana. La redacción primigenia de 1853 estuvo vigente casi íntegramente –en efecto, fueron muy escasas las modificaciones al texto madre– hasta que en 1994 se produjo una reforma que, entre otros aspectos incluyó con jerarquía constitucional a los pactos internacionales de derechos humanos¹³⁷³. La modificación en comentario versó sobre la Segunda Parte de la carta, titulada “Autoridades de la Nación”; respecto de la Primera Parte, si bien incluyó un capítulo sobre nuevos derechos y garantías, especialmente de incidencia colectiva, dejó intacto todo lo vinculado a “Declaraciones, derechos y garantías”, que hoy constituye su Capítulo Primero. Quiere decir entonces que, actualmente, la Constitución Nacional conserva, tal como el constituyente original lo ideó, todo el

¹³⁷² Capítulo I.D).

¹³⁷³ Art. 75, inc. 22, de la C.N.

legado liberal sobre derechos del individuo, a lo que se ha agregado con rango constitucional el bloque de tratados internacionales de derechos humanos contemplado en el cuerpo y los que puedan incorporarse en el futuro, conforme el mecanismo previsto en la cláusula correspondiente. De tal suerte, de *lege lata* la Constitución Argentina es liberal y adscribe a las llamadas teorías de los derechos humanos.

En todo caso, el debate actual sobre las formas de gestionar la diversidad cultural se nutren de dos corrientes de pensamiento que tratan de responder a la cuestión de si los valores morales y, en términos jurídicos, los derechos humanos son o no universales¹³⁷⁴.

El comunitarismo defiende el derecho a la diferencia de cada grupo cultural y los derechos colectivos, ya que para esa corriente el grupo tiene más relevancia que el individuo. En las antípodas de esa posición, el liberalismo prioriza al sujeto individual, por lo que su concepción de toda la sociedad es individualista y, en esa dirección, defiende la igualdad jurídica de todos y cada uno de sus integrantes, sin que haya espacio para diferencias de tipo cultural; en el modelo liberal la autonomía individual es prioritaria a todo fin colectivo¹³⁷⁵.

En definitiva, la existencia de sociedades plurales conduce al debate entre las posiciones que plantean el universalismo de los derechos humanos y quienes sostienen que tales derechos son relativos, en tanto dependientes de un contexto cultural. Esto, en las versiones extremas, se traduce en un relativismo cultural que sostiene que la cultura es la única fuente de validez de las normas y valores, por un lado; y en un universalismo radical –de matriz kantiana–, para el que la cultura es un factor irrelevante para juzgar la validez de los derechos morales y de las normas universalmente válidas, por otro. Ante estas visiones extremas, se propone tratar de localizar el núcleo mínimo de consenso en el que estén de acuerdo sujetos de distintas procedencias culturales, para poder, desde esa base común, instaurar un diálogo intercultural¹³⁷⁶.

Volviendo a los tres elementos de naturaleza constitucional que damos por supuestos y que entendemos que permitirán tejer la red de contención de los conflictos penales suscitados por razones culturales, ellos son, en orden de prelación jerárquica: el hecho de que existen derechos fundamentales o un núcleo básico de derechos humanos respecto de los que el Estado no puede menguar su tutela; la exigencia del plu-

¹³⁷⁴ De igual opinión sobre la relevancia para nuestro tema de estas dos corrientes de pensamiento, VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; pp. 45 y 49.

¹³⁷⁵ Al menos con el alcance que aquí se asume el liberalismo. Ya se ha visto al abordar la opinión de KYMLICKA sobre tolerancia que hay también una corriente liberal que prioriza la tolerancia por sobre la autonomía.

¹³⁷⁶ CARPIO RODRÍGUEZ; *Pluralismo jurídico*; pp. 51-52. Para COMANDUCCI, según el argumento de la tolerancia entre culturas, ese *framework* aceptable para todos no puede ser otro que “los derechos humanos liberales, constitucionalizado al interior de una democracia representativa” (*Derechos humanos*; p. 40).

ralismo democrático y el principio de tolerancia. Este último, concebido no como una noción vacua, propia del lenguaje políticamente correcto, pero carente de contenido. Por el contrario, debe entenderse como un principio constitucional que permite concretar el pluralismo y el reconocimiento de la diversidad cultural como un derecho fundamental. En definitiva, la tolerancia es un principio general sin el cual no pueden aceptarse, asumirse ni respetarse los derechos fundamentales. Sin embargo, no es un principio ilimitado; por el contrario, tal como aquí se lo entiende, lleva ínsito el coto de lo intolerable, como una barrera infranqueable. Uno de esos derechos fundamentales es precisamente el derecho a la identidad cultural, fuertemente conectado con la libertad de conciencia. No obstante, estos no pueden ser entendidos como derechos absolutos, sino que encuentran su límite en otros derechos fundamentales de mayor jerarquía, por integrar el núcleo duro de derechos de la persona¹³⁷⁷.

Entonces, a partir del engranaje de esos tres elementos, entre los que el principio de la tolerancia puede ser entendido como la conexión de los otros dos –es decir, como el principio rector para la concreción del pluralismo y para el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, de los cuales se impone reconocer su jerarquía¹³⁷⁸–, habrá que buscar la fórmula dogmática que resuelva los conflictos suscitados por los delitos cometidos con una motivación cultural diversa.

¹³⁷⁷ Recuerda COMANDACCI que el catálogo de derechos humanos se ha ido ampliando desde la consagración de los derechos humanos liberales, en las primeras cartas de derechos del siglo XVIII, que hoy gozan de reconocimiento en los ordenamientos jurídicos internos e internacional. Ese primer paso consistió en el reconocimiento de lo que llama un meta-derecho a igual goce de los derechos fundamentales, sin discriminación por motivos de raza, color de piel, sexo o lengua, a la vida, la libertad, la seguridad frente a la ley, las garantías procesales penales, la privacidad, la libertad de circulación, el asilo, la nacionalidad, la familia, la propiedad privada, las libertades de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión y asociación y la participación política. Ese elenco fue ampliado, más tarde, con la incorporación de los derechos humanos sociales: el derecho a la seguridad social, al trabajo, a un salario digno, a formar sindicatos, al descanso, a un estándar de vida adecuado, a la educación y a participar de la vida cultural. En un tercer movimiento de ampliación, se consagraron los derechos humanos culturales; es decir el derecho a la identidad y a la propia diferencia cultural, los que –he aquí, agregamos, una paradoja que produce tensiones entre derechos fundamentales, como las que se abordan en estas líneas– están constituidos “por aquellas mismas características de raza, color de piel, sexo, lengua, etc., que deben considerarse irrelevantes para una igual distribución de los derechos liberales”. Finalmente, se consagraron los derechos humanos ecológicos (*Derechos humanos*; pp. 26-27).

¹³⁷⁸ Al interior de las doctrinas de los derechos humanos, hay cuatro corrientes en materia de jerarquía entre ellos. Las posiciones compatibilistas sostienen que todos los derechos fundamentales deben reconocerse por igual y sus relaciones recíprocas deben ser equivalentes. Las incompatibilistas absolutas, consideran que las cuatro categorías de derechos mencionados en la nota anterior son íntimamente contradictorias, lo que impone reconocer solo algunos de esos derechos y no otros. Estas a vez se dividen según el tipo de derechos que postulen reconocer o rechazar: mientras, de un lado, solo se aceptan los liberales y se rechazan todos los demás por ser potencialmente destructivos de aquellos; de otro, se rechazan los liberales a los que se considera vacíos y falsamente universales. En tercer lugar, se cuentan las posiciones incompatibilistas relativas las que, ante el hecho de que los diversos tipos de derechos humanos en ocasiones son incompatibles, proponen alguna clase de jerarquía entre ellos; esta, para algunos, debe ser de orden descendente (de los derechos liberales a los ecológicos); para otros, ascendente (en el sentido exactamente inverso). Al respecto, ver COMANDUCCI; *Derechos humanos*; p. 29. Por nuestra parte, en función de esta propuesta de clasificación, adherimos a una posición incompatibilista relativa en sentido descendente, colocando en la cúspide a los derechos fundamentales clásicos.

Conviene recordar que, en el catálogo de las llamadas “doctrinas sobre derechos humanos”, se engloban una serie de teorías sobre justicia que reposan sobre el ideario liberal fruto de las teorías contractualistas desarrolladas en los siglos XVII y XVIII y también de posiciones liberales cimentadas sobre el racionalismo kantiano. El común denominador entre todas ellas es la búsqueda de la imparcialidad de sus contenidos y la afirmación de que existen principios o criterios de justicia que gozan de rasgos morales básicos presentes en todos los individuos y que son preeminentes respecto de todo interés social. Estas doctrinas parten de un contexto moral conforme al cual los derechos individuales son de carácter categórico y último y están por encima de cualquier interés social o colectivo. Así, los derechos humanos son derechos morales cuyos rasgos esenciales son la universalidad, la absolutidad y la inalienabilidad¹³⁷⁹. Esos derechos fundamentan los deberes morales y la necesidad del poder político como su forma adecuada de organización y garantía¹³⁸⁰. La lógica consecuencia de estas posiciones es el individualismo o atomismo, que excluye toda posibilidad de considerar y tratar a los individuos de manera agregativa; siempre se lo hará de forma separada.

Uno de los debates más encendidos en torno a los derechos humanos es el concerniente a si es correcto predicar su universalidad¹³⁸¹. Como es sabido, se discute si esos derechos pueden ser válidos para todas las culturas, incluyendo las no occidentales, y si a estas se les puede reclamar desde fuera el respecto de tales derechos. La universalidad entraña la idea de imparcialidad y de aceptabilidad como justos para todos. Asimismo, entraña la universalidad de los sujetos titulares de esos derechos, correlacionada con la universalidad de los obligados a cumplirlos y respetarlos (deberes correlativos). El carácter universal de los derechos humanos trae aparejado, como consecuencia correlativa directa, el individualismo, pues sus titulares son todos y cada uno de los hombres, considerados en sí mismos e iguales moralmente entre sí.

Nos interesa poner de relieve una observación que se ha efectuado en orden a que, si bien el liberalismo tiene como punto de partida al individuo, no pudo dejar de reconocer y, si se nos permite, sucumbir a la realidad de la aparición del Estado. Parece una obviedad mencionar esta cuestión, a la luz de la importancia que en los

¹³⁷⁹ RUIZ MIGUEL; *Derechos humanos*; p. 97. En contra de la naturaleza de los derechos humanos como expresiones de una moral fundamental o, dicho de otro modo, como derechos fundamentales o naturales BEITZ; *La idea*; pp. 241-244. En efecto, BEITZ concibe a los derechos humanos como elementos de tipo pragmático, integrantes del orden normativo global. Este, por su parte, es el conjunto de normas ampliamente aceptadas como estándares reguladores de la conducta en diversas partes del espacio geopolítico. En ese sistema normativo, los derechos humanos son normas de “trasfondo”; es decir, ampliamente aceptadas –pero no unánimemente– como estándares prácticos y disponibles públicamente para justificar y criticar acciones y políticas de los gobiernos. Se trata, en definitiva, de respuestas a circunstancias históricas contingentes (pp. 243-244).

¹³⁸⁰ RUIZ MIGUEL; *Derechos humanos*; p. 98.

¹³⁸¹ Sobre el tema, DE LUCAS; *Para una discusión*; pp. 259-312; del mismo autor; *La globalización no significa universalidad*; pp. 3-9; BEITZ; *La idea*; RABINOVICH-BERKMAN; *¿Cómo se hicieron*; NINO; *Ética*; DE CASTRO CID; *La universalidad de los derechos humanos*; pp. 385-404.

anaqueles de la filosofía política y de la teoría del Estado ocupa el liberalismo. No obstante, nos parece muy significativo poner de relieve que –parafraseando a RUIZ MIGUEL– entre los individuos, naturales e iguales, y la humanidad compuesta por todos y cada uno de ellos, se ha interpuesto el Estado –en verdad, una multiplicidad de comunidades políticas–, ante la fuerza de la realidad histórica. Según RUIZ MIGUEL, el liberalismo ha fracasado en brindar una explicación plausible de ese salto cualitativo que implica el paso de la consideración del individuo y la humanidad al de la comunidad particular, de lo que no ha dado argumentaciones históricas ni sociales, y en consecuencia ha prescindido de los elementos que luego serán identificadores de la nación, tales como la lengua, la religión, las tradiciones y costumbres, etc.¹³⁸², dejando así solapadas a las comunidades históricamente constituidas, que parecen tratadas como un presupuesto dado.

Sin embargo, se podría decir que lo que hizo el iusnaturalismo racionalista, al pasar de la idea de individuo a la de ciudadano –a partir de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789–, fue universalizar los derechos del hombre a partir de su reconocimiento por parte de los Estados, lo que salvaría la objeción de haberse traicionado la idea de universalidad mediante la introducción de elementos particulares. Sin embargo, ello supondría por un lado que todo individuo formara parte de una comunidad política respetuosa de sus derechos y, a su vez, que cada Estado estuviera en una relación de igualdad con los demás, para conservar el equilibrio y evitar la dominación de unos sobre otros e, incluso, las guerras¹³⁸³.

De cara a esta pretensión de imparcialidad, de un lado son vehementes los esfuerzos por defender su universalidad, puesto que de otro modo la noción misma se tornaría ilusoria y siquiera se podría pensar en tales derechos¹³⁸⁴. HABERMAS sostiene la naturaleza jurídica de esos derechos, a partir de una validez que trasciende los ordenamientos jurídicos de los Estados nacionales¹³⁸⁵.

En esa misma línea contraria a concebir los derechos comunitarios como fundamentales, NÚÑEZ LADÉVEZE ha dicho que los derechos humanos universales se basan en el reconocimiento de la primacía de la identidad personal por sobre la comunitaria. De ahí deriva su carácter universal, no parcial, al no depender de las instituciones

¹³⁸² Ver el comentario que efectúa RUIZ MIGUEL; *Derechos humanos*; p. 100.

¹³⁸³ RUIZ MIGUEL; *Derechos humanos*; pp. 101-102. Dice al respecto este autor: “[l]os derechos del hombre, así, se poseerán en la medida en que estemos ante un ciudadano y sólo dentro del ámbito de la correspondiente ciudad, esto es, del correspondiente Estado. Hay, en suma, en la tradición del iusnaturalismo racionalista un paso desde el cosmopolitismo anunciado en el punto de vista que adopta en el procedimiento de justificación de los derechos naturales, universales también por sus sujetos, hasta el estatalismo aceptado o proclamado que rebaja drásticamente las expectativas de aquel cosmopolitismo y limita, cuando no niega, la atribución universal de tales derechos a todos los hombres” (p. 103).

¹³⁸⁴ GARCÍA VITOR; *Culturas diversas*; p. 126; con cita de ADORNO y de KRIELE.

¹³⁸⁵ HABERMAS; *La idea Kantiana*; p. 80.

ni de la valoración de un grupo concreto. Desde su concepción, la identidad cultural o étnica es relativa, condicionada y permeable; mientras que la identidad personal no lo es, por ser constitutivamente previa a la personalidad del agente moral. Si la persona cambia de identidad social no pierde su identidad como persona; es decir, que la identidad del individuo trasciende a la identidad social. Al no ser ésta absoluta, no puede predicarse la existencia de derechos absolutos e incondicionados a preservar una identidad cultural que, por definición, es relativa. En efecto, si el grupo cambia de identidad –por ejemplo, de lengua o de religión– la pierde; en cambio, el hombre que cambia de idioma o de religión sigue siendo el mismo. Las personas siguen siendo tan idénticas personas como antes de cambiar, por mucho que cambie su identidad social. Es claro que, en este punto de vista, la universalidad del derecho solo se corresponde con la universalidad de la persona humana:

el reconocimiento político de las comunidades no tiene en ningún caso primacía sobre el reconocimiento de las personas fuera y dentro del grupo, es decir, las políticas de reconocimiento y las aspiraciones a la autodeterminación no tienen primacía sobre el reconocimiento de los derechos humanos universales¹³⁸⁶.

Por eso, aunque existe un derecho a preservar la identidad cultural, el mismo no es incondicional ni incontrovertible ni un derecho humano en el sentido universal¹³⁸⁷.

También FERRAJOLI denosta la posibilidad de que los derechos del grupo puedan prevalecer sobre los individuales, calificando a tal idea de absurda. A su juicio, el punto de vista de muchos comunitaristas acerca de que el multiculturalismo excluiría el universalismo de los derechos fundamentales, de cuya titularidad y garantía deberían estar excluidos colectivamente todos los que no pertenecieran a nuestra cultura, es tributario de lo que califica de una suerte de perverso eurocentrismo. Así, entiende que es una manifestación de eurocentrismo la idea de que las mujeres islámicas, según FERRAJOLI obligadas a formas de segregación detrás de un *burka* o de la infibulación, “deban esperar que sus maridos hagan su propia revolución francesa y cumplan el mismo itinerario occidental que nos ha llevado a la proclamación de derechos de libertad para poderse liberar de estas prácticas”¹³⁸⁸. En abono de esa opinión, afirma que los derechos humanos no son universales, porque sean universalmente compartidos, sino porque están atribuidos a todos y en garantía de todos, independientemente de que se los comparta o no y, en efecto, precisamente por el riesgo de que no sean com-

¹³⁸⁶ NÚÑEZ LADEVÉZE; *Comunidad*; p. 242.

¹³⁸⁷ NÚÑEZ LADEVÉZE; *Comunidad*; pp. 241-251.

¹³⁸⁸ FERRAJOLI; *Universalismo*; p. 1142.

partidos. Se trata –agrega– de normas jurídicas heterónomas, universales porque son generales y abstractas, vigentes al margen del consenso del que gocen¹³⁸⁹.

A decir verdad, encontramos que esta fundamentación equivale a buscar la cuadratura del círculo. En efecto, tan tildado de eurocéntrico puede ser el discurso comunitarista como uno con raíces en la teoría de los derechos humanos al estilo de FERRAJOLI, que por momentos parece estar cerca de la creencia de que quienes no comparten la concepción de los derechos humanos universales están equivocados, sólo que no serían conscientes de tal extremo. De ese error, serían salvados merced a los derechos humanos y sus sostenedores. Tal forma de ver las cosas también importa una forma de occidentalismo.

Sin embargo, hay que decir que FERRAJOLI atempera un poco su mirada al enfatizar que, a pesar de todo, los derechos humanos son derechos y no obligaciones, de modo tal que, siempre que se produzca cualquier coacción para su ejercicio como obligación o prohibición, se estará ante la imposición jurídica de una determinada moral o de una determinada cultura asumida como verdadera, lo que contradice los principios de libertad y laicidad en nombre de los cuales tales obligaciones o prohibiciones son impuestas¹³⁹⁰. De todos modos, el argumento parece circular y es dudoso que ayude a clarificar el complejo postulado de la universalidad de los derechos humanos.

Estas posiciones sobre los derechos humanos que acaban de condensarse son totalmente contrarias al comunitarismo, al que RUIZ MIGUEL ha caracterizado como el más radical oponente teórico de las doctrinas de los derechos humanos. En efecto, los comunitaristas, férreos oponentes de toda doctrina moral que se funde en criterios universalistas, rechazan el liberalismo por sus contenidos individualistas o atomistas con pretensiones de universalidad. Sin embargo, destaca RUIZ MIGUEL que en las doctrinas de los derechos humanos hay también un grupo de pensadores que han dado andamiaje a construcciones que limitan el alcance individualista y universalista que está en su origen, por lo que es posible que la brecha entre ambas posiciones no sea tan irreconciliable como podría pensarse en un primer momento, toda vez que hay teóricos de los derechos humanos que han cedido terreno a elementos comunitaristas¹³⁹¹. Coincidiendo con esta perspectiva, en otro pasaje de este trabajo, hemos hecho una síntesis del pensamiento de RAWLS, en la que hemos tomado nota del influjo que sobre su pensamiento tuvieron los desarrollos comunitaristas¹³⁹² y hemos dejado planteada la posición liberal de KYMLICKA, con fuerte reconocimiento de los elementos particularistas y culturales, a la que en definitiva adscribimos. Al caso de RAWLS, RUIZ MIGUEL

¹³⁸⁹ FERRAJOLI; *Universalismo*; p. 1142. Ver también, FERRAJOLI; *Los fundamentos*; pp. 369-370.

¹³⁹⁰ FERRAJOLI; *Universalismo*; p. 1142.

¹³⁹¹ RUIZ MIGUEL; *Derechos humanos*; pp. 95-96 y 98.

¹³⁹² Ver capítulo II.B).

agrega, como ejemplos del reconocimiento del elemento particular dentro del liberalismo, a NINO¹³⁹³ y a NAGEL. En efecto, parece posible encontrar un término medio en el que los derechos individuales no sean presentados como adversarios de los derechos comunitarios y viceversa, asegurando la defensa de los derechos fundamentales de las personas y la diversidad del grupo.

Al tratar el tema de la justicia indígena asumiendo el deber constitucional de reconocerla a la par de la estatal, RAMÍREZ destaca que la valla infranqueable es la violación de los derechos humanos fundamentales, lo que la lleva a rechazar toda pena comunitaria que sea desconocedora de la dignidad humana, comenzando por la pena capital¹³⁹⁴. Para fundar su posición, la autora afirma que ese punto de vista

significa nada menos que adjudicar relevancia al parentesco de todos los seres humanos (en términos de humanidad) por encima de la diversidad de las formas que los expresa. Lo cual no implica el descornamiento de la heterogeneidad de las culturas. Antes bien, intenta evitar una fragmentación inevitable desde una dimensión, dado que cada cultura deja por fuera de su ámbito a multitud de seres humanos que no la comparten, pero también significa detectar el rasgo común predicable de todos ser humano: el de la dignidad de la persona¹³⁹⁵.

Sin embargo, también son esmerados los intentos por desmoronar las pretensiones del universalismo, acusándolo de que, desde ese punto de vista, la diversidad cultural es solo un estado imperfecto en el ascenso hacia la cultura humana¹³⁹⁶.

GARCÍA VITOR pone de relieve que la multiculturalidad propia de la sociedad actual ha traído como consecuencia una crítica sostenida al concepto de universalidad de los derechos humanos. Una teoría liberal de los derechos de las minorías señalaría la existencia de una contradicción entre la universalidad de los derechos humanos y la reivindicación de los derechos para determinadas minorías nacionales o étnicas¹³⁹⁷. Coincidiendo con ADORNO, GARCÍA VITOR se pregunta hasta qué punto los derechos humanos no son un producto cultural de Occidente que, de hacerse valer a otras culturas, implicaría imponer a los no occidentales un esquema ideológico que les sería ajeno. Estima que un buen atajo para sortear estas dificultades es el recurso a la dignidad humana como bien protegido en cualquier sociedad y, como tal, de carácter universal. A ello agrega que las doctrinas tradicionales de los derechos humanos no

¹³⁹³ RUIZ MIGUEL; *Derechos humanos*; p. 104.

¹³⁹⁴ RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; pp. 63-64.

¹³⁹⁵ RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; p. 64.

¹³⁹⁶ PRIETO DE PEDRO; *Cultura, culturas y Constitución*; Madrid; Ed. Centro de Estudios Constitucionales; 1992; pp. 79 y ss; citado por GARCÍA VITOR; *Culturas diversas*; p. 136.

¹³⁹⁷ GARCÍA VITOR; *Culturas diversas*; p. 127; con cita de ADORNO, Roberto; *Universalidad de los derechos humanos y derecho natural*; Persona y Derecho; Ed. Universidad de Navarra; N° 38; año 1998; pp. 35 y ss, donde se advierte que las declaraciones de derechos con pretensiones de universalidad pueden ser vistas como una forma de imperialismo cultural del primer mundo sobre el resto de los países. ADORNO se pregunta si los derechos humanos son los mismos para todos los pueblos o si varían según las diversas latitudes y culturas. También se interroga acerca de si son una realidad objetiva que trasciende lo cultural o si están subordinados a la idiosincracia de cada grupo étnico o religioso (GARCÍA VITOR; notas 26 y 28). También cita a SEOANE; *La universalidad*; pp. 187 y ss.

son idóneas para resolver los problemas de los derechos de las minorías, lo que hace indispensable complementar los derechos humanos tradicionales con los derechos de las minorías. Además, dice que es necesario proteger a las culturas minoritarias de las determinaciones de la sociedad mayoritaria, ya que la diversidad debe ser promovida.

En efecto, las limitaciones del modelo liberal –esto es el hecho de que no todos los hombres, sino solo los ciudadanos de un Estado libre y ordenado, fueran sus destinatarios, en quienes pudieran realizarse las aspiraciones del iusnaturalismo racionalista– terminaron cuajando en la propuesta eurocéntrica u occidental de algunos pensadores liberales modernos. Estos han tomado el elemento particularista y lo han engarzado en el ideario liberal, de tal modo que los destinatarios de los derechos humanos ya no serán todos los hombres, sino aquellos que vivan en una situación cultural, política y económica adecuada para su tutela y garantía.

III. A) 1. ii) La concepción de los derechos humanos en NINO.

NINO asume que los derechos humanos son de índole moral; no jurídica¹³⁹⁸. Para él, ese elenco de derechos no tiene su origen en el orden jurídico positivo, sino en un derecho natural, entendido como un sistema normativo caracterizado porque algunas de sus normas no están apoyadas en actos contingentes de dictado o reconocimiento, sino en su justificación intrínseca. Asume que fue bajo el amparo de esta idea que la teoría de los derechos humanos se fue “materializando en el desarrollo espiritual de la humanidad”¹³⁹⁹. El iusnaturalismo, tal como lo concibe NINO, está caracterizado por dos tesis: por una parte, por la existencia de principios sobre los que reposa la justicia de las instituciones sociales, que establecen parámetros de virtud personal y que son universalmente válidos, con independencia de su reconocimiento por ciertos órganos o individuos; por otra, por un sistema normativo que aun cuando sea efectivamente reconocido por el aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como *derecho* si no satisface los principios aludidos en el punto anterior¹⁴⁰⁰.

Los principios morales que subyacen a los derechos humanos y sobre los que están establecidos tienen, para NINO, ciertas notas características. En primer lu-

¹³⁹⁸ NINO; *Ética*; pp. 15-16 y 20. En la doctrina de los derechos humanos, se discute la fuente de producción de estos, entre dos posición básicas. Según una de ellas, los derechos humanos son derechos morales; es decir, manados de una ley o principio moral (posición *iusnaturalista*). Conforme la otra, los derechos humanos son de índole jurídica; o sea que su fuente de producción es la ley o algún otro mecanismo generador de normas (costumbres, decisiones judiciales, principios constitucionales, etc.) que obra en el ámbito jurídico (posición *iuspositivista*). Es evidente que la cuestión de la fuente de producción conecta con el problema de la universalidad de los derechos humanos. En efecto, si son de origen moral, deben ser respetados por los individuos y por el Estado al margen de su contingente reconocimiento jurídico. Ver al respecto COMANDUCCI; *Derechos humanos*; pp. 24-25.

¹³⁹⁹ NINO; *Ética*; p. 15.

¹⁴⁰⁰ Nótese la conexión de esta última afirmación con la fórmula de RADBRUCH, vista en el capítulo II.

gar, su existencia está dada por su validez y no por su reconocimiento efectivo o aceptación por parte de ciertos individuos; no son, por ende, principios de una moral positiva, sino de una moral crítica o ideal que puede o no tener vigencia en algún ámbito¹⁴⁰¹. Además, si fueran aceptados para justificar ciertas conductas, serían su justificación *final*¹⁴⁰².

Un concepto de derecho de corte normativo como el sostenido por los ius-naturalistas, por oposición a los criterios puramente descriptivos del positivismo, implica que las proposiciones sobre las disposiciones jurídicas expresan razones que justifican cada decisión. Ello se explica porque, en la identificación del derecho, se ha acudido a principios de justicia, a lo que se agrega que todo orden jurídico padece de indeterminaciones, lagunas, contradicciones, ambigüedades, que no pueden ser resueltas sino echando mano a valoraciones o criterios normativos¹⁴⁰³.

Estas consideraciones sobre la fundamentación en parámetros valorativos del derecho –que para NINO también está presente en las decisiones judiciales, en lo que llama “juicios de adhesión normativa”¹⁴⁰⁴– serían medulares de cara a los principios morales que generan derechos humanos. En otras ramas o aspectos jurídicos, una norma puede tener contenidos que resulten incompatibles con principios morales válidos.

¹⁴⁰¹ En la versión de constructivismo social que sostiene NINO, la diferencia entre ambas clases de moral es de suma importancia, ya que permite sortear el relativismo que, a partir de la variación de los sistemas sociales vigentes en distintas sociedades, infiere que la validez de los juicios morales críticos está supeditada a circunstancias personales, espaciales y temporales no abarcadas por los mismos juicios (p. 92).

No obstante, ambos tipos de moral están estrechamente ligados, de modo que es un error aislarlos por completo. La moral social o positiva es producto de la formulación y aceptación de juicios con los que se pretende encarnar principios de una moral ideal. Es decir que la aspiración a actuar y juzgar según una moral social es condición necesaria de una moral positiva. Las reglas propias de esta última tienen su génesis en un discurso en el que se formulan juicios que pretenden referirse no a tales reglas de la moral efectivamente vigente, sino a principios de una ideal o crítica. Los juicios de la moral positiva describen hechos, pero no dan razones operativas para justificar una acción o decisión. Por eso dice NINO que la moral positiva es del resorte del razonamiento práctico del hombre prudente, preocupado por las reacciones sociales de sus actos. El hombre moral, en cambio, impulsado por un razonamiento práctico alimentado por el propósito de justificar sus actos, solo está preocupado por los dictados de una moral ideal. En eso finca la paradoja de que la moral positiva se genera a partir de los actos y actitudes del hombre moral y no del prudente, lo que explica que una moral social se mantiene únicamente si hay una convergencia en los juicios morales críticos que la gente está dispuesta a formular (p. 93). La diferencia medular entre los juicios de la moral ideal y los propios de la positiva radica en la validez que se asigna a los primeros, en comparación con la aceptabilidad social de los segundos (p. 94).

¹⁴⁰² NINO; *Ética*; p. 20. Según NINO, la negación del universalismo de los derechos humanos solo puede venir de la mano del positivismo conceptual de autores como BENTHAM, AUSTIN, KELSEN, ROSS o HART, puesto que todos ellos coinciden en que el contenido y existencia de un orden jurídico positivo debe basarse exclusivamente en circunstancias fácticas, sin apelar a consideraciones valorativas (NINO; *Ética*; p. 16). Además, para muchos positivistas no existen principios ideales que justifiquen en última instancia acciones o instituciones o, a lo sumo, tales principios no son universalmente válidos, sino contingentes a épocas o circunstancias. Para otros, esos principios no son cognoscibles mediante procedimientos inter-subjetivos. Tales puntos de vista dan lugar al subjetivismo, relativismo o escepticismo ético que –en palabras de NINO– constituyen un desafío muy serio para la teoría de los derechos humanos (NINO; *Ética*; pp. 18-19).

¹⁴⁰³ NINO; *Ética*; p. 21.

¹⁴⁰⁴ NINO; *Ética*; p. 23.

dos y, no obstante, ser moralmente obligatoria, en razón de que su origen en procedimientos moralmente legítimos como son los democráticos, hacen prevalecer los motivos a favor de su observancia, que según NINO están fundados en la conservación de la paz social y en respeto a los mecanismos institucionales democráticos. En cambio, en materia de reconocimiento de derechos humanos, la transcendencia moral de la cuestión hace difícil que se pueda justificar una norma o decisión jurídica que niegue o melle tal reconocimiento¹⁴⁰⁵.

Esta forma de ver la relación entre moral y derechos humanos ha llevado a NINO a sostener que es deber de jueces y juristas determinar qué derechos humanos derivan de principios morales válidos, aunque no estén consagrados en normas jurídicas positivas, puesto que “si los derechos que derivan de estas normas no coinciden con aquéllos, se los deberá hacer coincidir por vía interpretativa o se deberá ir más allá de tales normas positivas en tanto se pretenda alcanzar una decisión justificada”¹⁴⁰⁶. Eso no significa que la consagración positiva de los derechos humanos sea superflua; por el contrario, califica su consagración doméstica e internacional como una de las grandes conquistas de la humanidad. Su plasmación positiva hace que esos derechos sean más ciertos y menos controvertibles, y provee de mecanismos procesales para neutralizar su violación, como sucede en la declaración de inconstitucionalidad de las normas que no los reconozcan o los limiten. Sin embargo, el reconocimiento positivo – agrega– no es ni necesario ni suficiente ni elude la necesidad de recurrir a argumentos morales para establecer sus alcances¹⁴⁰⁷.

NINO se ocupa de tratar de esclarecer cuáles son los rasgos distintivos de los derechos humanos, que permitan predicar su vigencia y universalidad. Con ese objetivo y tras efectuar un análisis de sus elementos distintivos, llega a la conclusión de que los derechos humanos son derechos morales que se conceden tomando como única propiedad relevante la pertenencia de sus beneficiarios a la especie humana. De ello se infiere que todos los hombres poseen *igual título* a los mismos, en tanto todos exhiben el mismo grado de propiedad relevante¹⁴⁰⁸. Si todos los seres humanos tienen

¹⁴⁰⁵ NINO; *Ética*; p. 24. Repárese en la similitud que esta explicación de NINO tiene respecto de la fórmula de RADBRUCH, resumible en la expresión “el injusto extremo no es derecho”. En efecto, se ha visto en otra parte de este trabajo que la idea de RADBRUCH era que, si bien resultaba imposible establecer una frontera precisa entre la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto, era claro que cuando la ley ni siquiera pretendía la justicia y negaba la igualdad, no sólo era derecho injusto, sino que más bien carecía totalmente de naturaleza jurídica (ALEXY; *Una defensa*). No obstante, hay que decir que no es que los positivistas se desentiendan del conflicto moral al que dan lugar las leyes inicuas, sino que las respuestas que darán para su inobservancia transitará por otra senda. Así, por ejemplo, frente la iniquidad de las leyes dictadas conforme a mecanismos institucionales, HART dirá que son derecho, pero que no obstante ello no deberán ser obedecidas (*El concepto*; pp. 256-261).

¹⁴⁰⁶ NINO; *Ética*; p. 24.

¹⁴⁰⁷ NINO; *Ética*; pp. 24-25.

¹⁴⁰⁸ NINO; *Ética*; p. 43.

igual título a los derechos humanos, esa definición implica, nada menos, que la propiedad de ser *hombre* es del tipo “todo-o-nada”; o sea, no admite gradualidad¹⁴⁰⁹.

Las alternativas que señala NINO sobre el carácter gradual de la condición de hombre parecen ser dos. De un lado, se suele caracterizar el concepto de *hombre* a partir de las propiedades que se presentan como moralmente relevantes (racionalidad, capacidad de proponerse metas); sin embargo, ese camino lleva a la conclusión *chocante* (sic) de que hay seres humanos que son menos hombres que otros, ya que aquellas características, son sin dudas, graduales. La otra opción es caracterizar al concepto de *hombre* a partir de rasgos biológicos muy elementales que sean comunes a todos los hombres de igual grado y solo a ellos. Sin embargo, no es fácil fundamentar cómo esas particulares biológicas, en sí mismas desvinculadas de las noción de derechos humanos, pueden ser el único fundamento para conceder aquellos¹⁴¹⁰.

Frente a estas proposiciones, NINO estima que hay que rechazar el supuesto que conduce a ese falso dilema entre ambas alternativas, consistente en que el concepto de persona moral tiene que denotar una clase de individuos (seres humanos) que se distingan por ciertas propiedad fácticas mencionadas en principios morales fundamentales, como condición de ciertos derechos.

Para NINO, la ciudadanía moral no es de índole biológica ni explicable por teorías descriptivas, sino una cuestión de teoría política, o sea de moral en sentido amplio. Ello impone determinar primero cuáles son los principios morales de los que derivan los derechos básicos para, recién después, definir a las personas morales como la clase de todos aquellos individuos que poseen las propiedades factualmente necesarias para gozar o ejercer esos derechos. Eso significa que los principios de los que derivan los derechos humanos son categóricos y por ello no condicionan la titularidad de estos a la posesión de determinada característica; además, esos principios son *erga omnes* y de ese modo aplicables a todos y a todo. Y, a continuación, agrega una consecuencia de todo esto que es de suma relevancia: me refiero a que, según NINO, es una cuestión de hecho que solo ciertos individuos o entidades puedan gozar y ejercer en cierto grado los derechos derivados de aquellos principios, porque no es lo mismo ser titular de un derecho que estar capacitado para ejercerlo. En efecto, la personalidad moral es un concepto relacionado no con el hecho de ser titular de derechos morales fundamentales, sino con tener las condiciones para ejercerlos o gozar de ellos¹⁴¹¹.

Como corolario de todo esto, NINO releva los tres principios de cuya combinación estima que derivan los derechos humanos fundamentales. El primero de ellos

¹⁴⁰⁹ NINO; *Ética*; pp. 43-44.

¹⁴¹⁰ NINO; *Ética*; pp. 44-45.

¹⁴¹¹ NINO; *Ética*; pp. 45-46.

es el principio de autonomía personal, a tenor del cual se persiguen planes de vida. El segundo, es el de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponer sacrificios a un sujeto solo porque ello beneficie a otros individuos; y por último, el principio de dignidad de la persona humana, que –tal como NINO lo entiende– exige tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las que no tiene control¹⁴¹².

A partir de las referidas premisas, los derechos básicos son aquellos de índole moral de los que goza todo ser con capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor¹⁴¹³. El reconocimiento de que hay límites fácticos y normativos a la condición de persona moral, apareja la consecuencia de admitir que los principios morales que dan origen a los derechos humanos, mandan una permanente extensión de dicha condición, a través de la superación de los obstáculos de hecho para gozar de aquellos¹⁴¹⁴.

III. A) 1. iii) Derecho y universalidad de los derechos en HART.

Lo cierto es que ha sido una preocupación constante de los filósofos del derecho y de la política tratar de sentar las bases generalizadoras del derecho y de la moral, como así también la vinculación entre ambos órdenes, en los más diversos grupos y sociedades, a partir de la existencia de circunstancias básicas en común al género humano en sociedad. Lo hizo HOBBS¹⁴¹⁵ al ocuparse de las circunstancias básicas de la vida del hombre y del surgimiento del derecho y de la sociedad; como también HART, desde el prisma positivista, al hablar de un “contenido mínimo de derecho natural”, que está dado por las conexiones que relacionan las reglas jurídicas y morales con ciertos hechos verdaderos que considera obvios¹⁴¹⁶. Estas verdades elementales evidencian el buen sentido que está en el núcleo del derecho natural y ayudan a comprender el derecho y la moral. Pero a su vez ponen de manifiesto por qué –a su juicio– defi-

¹⁴¹² NINO; *Ética*; p. 46. Es interesante notar que estos tres principios, en una moderna formulación, no son sino aquellos que ya estaban presentes en los desarrollos clásicos sobre la idea de tolerancia, que alcanzaron una expresión muy similar a los términos que emplea NINO en la formulación de STUART MILL vista en II. B). Son pilares fundamentales del liberalismo, para el que el reconocimiento de los derechos individuales básicos es un aspecto esencial y para el que el principio de tolerancia es consustancial (NINO; *Ética*; pp. 49 y 50). No obstante, hay que remarcar que NINO señala, en varios pasajes de la obra que se comenta, fuertes discrepancias con MILL.

¹⁴¹³ NINO; *Ética*; p. 47.

¹⁴¹⁴ NINO; *Ética*; p. 47.

¹⁴¹⁵ SABINE; *Historia*; pp. 356 y ss; NINO; *Ética*; p. 96.

¹⁴¹⁶ HART; *El concepto*; p. 239 y ss. Los hechos que enuncian verdades obvias y que hacen a lo que HART llama “contenido mínimo de derecho natural” son: la vulnerabilidad humana; la igualdad aproximada; el altruismo limitado; los recursos limitados; la compresión y la fuerza de voluntad limitados (pp. 240-245).

niciones excesivamente básicas tanto del uno como de la otra, de carácter formal, es decir sin referencia a un contenido específico o a necesidades sociales concretas, resultan inadecuadas¹⁴¹⁷. Es que, para HART, la verdad del contenido del derecho dependerá de que los seres humanos y el mundo en que aquellos viven conserven las características de cada momento histórico¹⁴¹⁸, afirmación de suma trascendencia a la hora de determinar el carácter universal de los derechos básicos.

Desde su punto de vista, dado que la supervivencia es un objetivo inherente al hombre, el derecho y la moral deben tener un contenido específico que propenda a ese fin, que es el que lleva a los hombres a asociarse. Si ese contenido estuviera ausente, los hombres no tendrían razón para obedecer voluntariamente regla alguna; si los hombres no advirtieran por sí mismos que su propio interés justificara y diera sentido a someterse a las reglas y conservarlas, sería imposible coaccionarlos para cumplir las normas¹⁴¹⁹. Esto último es interesante de cara a lo que ocurre con los grupos indígenas, que viven el sistema jurídico oficial como algo ajeno que les es impuesto, no en su interés sino en el de la sociedad dominante.

En conexión con la cuestión del universalismo, HART se ocupa de señalar que en materia de protecciones y beneficios fundamentales, es cierto que los hombres tienen derecho a ser tratados con igualdad, sin que quepan limitaciones fundadas en intereses de terceros; pero también lo es que la historia ofrece múltiples ejemplos de sociedades en las que dichas tutelas no se han extendido a todos los hombres. Así, lo muestran las discriminaciones en base a raza, color, religión, que más de una vez han producido y lo siguen haciendo sistemas jurídicos y de moral social que no reconocen que todos los hombres tengan derecho a un mínimo de protección frente a los demás¹⁴²⁰.

Ello ocurre –explica– porque el poder coactivo puede ser usado o bien contra los transgresores a las normas sobre cuya aceptación y obligatoriedad reina consenso o bien para sojuzgar y mantener en situación de inferioridad a un grupo minoritario o más débil respecto del opresor. Al respecto dice: “[e]s posible que para los oprimidos no haya en el sistema nada que los llame a la lealtad, sino únicamente cosas a temer. Ellos son las víctimas del sistema, no sus beneficiarios”¹⁴²¹.

Ante el hecho cierto de que, a la par de individuos que aceptan voluntariamente las reglas jurídicas y están dispuestos a cooperar en su cumplimiento –que en general es la mayoría–, conviven también otros sujetos a los que las reglas les son im-

¹⁴¹⁷ HART; *El concepto*; p. 246.

¹⁴¹⁸ HART; *El concepto*; pp. 246-247.

¹⁴¹⁹ HART; *El concepto*; p. 239.

¹⁴²⁰ HART; *El concepto*; p. 248.

¹⁴²¹ HART; *El concepto*; p. 248.

puestas como algo ajeno, HART pone de relieve que el sistema puede adoptar dos actitudes. Si opta por ser equitativo y atender a los intereses de todos a quienes les exige obediencia, podrá ganarse el respeto de la mayoría, lo que lo hará estable. Por el contrario, si es mezquino y solo orientado a los intereses del grupo dominante, se volverá inestable y represivo, ante la constante amenaza de rebelión¹⁴²².

Parte del costo de vivir en una sociedad jurídicamente compleja, es que el poder organizado –en sí mismo beneficioso– entraña el peligro de ser empleado para sojuzgar a aquellos cuyo apoyo no es imprescindible. Estos grupos normalmente minoritarios es posible que en ocasiones sean coaccionados por normas que no consideran moralmente obligatorias¹⁴²³. Esto podría ser predicado –agregamos– de lo que ocurre con algunos conflictos suscitados en el marco de delitos cometidos desde una diversa valoración cultural, en el que el deber de obediencia no es tributario de la norma jurídica oficial, sino de la obligación moral que nace de la pertenencia cultural.

Como corolario de todo lo anterior, HART reconoce que el derecho de todo Estado moderno está profundamente imbuido de principios tanto de moral social como ideal. Así lo muestran la legislación, las sentencias, los contratos, la responsabilidad por delitos civiles y penales. Desde ese punto de vista, no encuentra óbice a que se hable de conexión necesaria entre derecho y moral. Pero eso no significa sino que es *deseable* que un buen sistema jurídico adecue ciertos aspectos a los postulados de la moral y de la justicia. Ya se ha visto que para HART las normas moralmente inicuas no dejan de ser derecho, sino que en todo caso no deberán ser obedecidas.

Ahora bien, esa conexión deseable entre derecho y moral lo lleva a preguntarse con qué moral debe concordar el buen derecho: ¿con la aceptada por el grupo mayoritario, aunque niegue o melle los derechos de algunas minorías? ¿O con una moral ideal, crítica o esclarecida que reconozca que todos los hombres son acreedores a igual consideración y respeto? En sintonía con su posición acerca de las leyes inicuas, HART responde que si bien se acepta de manera generalizada la tesis de que un sistema jurídico debe garantizar a todos los miembros de la sociedad en la que rige ciertas protecciones y libertades esenciales, ello es enunciado como un idea propia de la crítica del derecho, que incluso de ser admitida, no empece ni altera que ciertos sistemas jurídicos hayan violado aquel postulado y consagrado iniquidades¹⁴²⁴. No por eso han dejado de ser sistemas de derecho.

Volviendo al eje de la relación entre derecho y moral, siempre con el norte de tratar de llegar a una toma de posición acerca del universalismo de los derechos

¹⁴²² HART; *El concepto*; p. 249.

¹⁴²³ HART; *El concepto*; p. 250.

¹⁴²⁴ HART; *El concepto*; p. 255.

fundamentales según la perspectiva limitada de este trabajo, NINO resume las dos circunstancias de la vida en sociedad que explican el desarrollo de ambos sistemas normativos. Una es la tendencia de los hombres a entrar en conflicto entre sí – básicamente, diría HART, por la supervivencia–; la otra, es la tendencia a buscar la cooperación de otros. Ahora bien, los factores que dan lugar a esas circunstancias son prácticamente los mismos: escasez de recursos, divergencia de intereses, falta de simpatía mutua, vulnerabilidad individual, igualdad aproximada. O sea que ambos órdenes propenden a reducir los conflictos interpersonales y a fomentar la cooperación social¹⁴²⁵.

Nos interesa hacer foco en esas finalidades, sobre todo desde el prisma del derecho, puesto que es nuestra intención que la propuesta de solución penal a los delitos cometidos desde una cultura diversa, que se ofrezca al lector como conclusión de esta obra, contribuya a esas dos finalidades. Para que el pluralismo exigido por nuestras constituciones no se convierta en un término políticamente correcto pero vacío, la respuesta que se ofrezca debe ser realista y los principios constitucionales han de constituir sino realidades concretas, en términos socialmente posibles. Es decir, buscamos una respuesta jurídica acorde a la moral práctica que gobierna nuestras sociedades. Ello no implica claudicar de aspiraciones propias de un orden moral crítico, que pueda aportar ideales a ir consiguiendo gradualmente, en un campo que es socialmente muy sensible: el de la integración de la diversidad cultural.

III. A) 2. La tensión entre liberalismo y comunitarismo. Toma de posición.

En el trasfondo de toda esta problemática sobre el alcance de los derechos fundamentales, en términos actuales, subyace la disputa suscitada en las últimas décadas del siglo XX entre liberalismo y comunitarismo. En otra parte de estas líneas¹⁴²⁶, hemos visto que el comunitarismo engloba a un grupo de autores que efectúan una reformulación –al menos si se la compara con la perspectiva liberal– de los términos en los que se entiende la moral, asumiendo que esta es el producto de pautas nacidas, practicadas y aprendidas dentro de la cultura de una sociedad concreta, es decir históricamente real, que no es otra que aquella en la que el sujeto desenvuelve su vida. Visto así, la moral sólo tiene sentido dentro de esa particular comunidad, puesto que a partir de sus pautas se configura el punto de vista moral, que es constitutivo y motivacional para el individuo. Tal moral de cuño comunitario determina que los deberes hacia el grupo prevalezcan sobre todos los demás deberes y derechos; en verdad, mientras el

¹⁴²⁵ NINO; *Ética*; p. 99.

¹⁴²⁶ II. B y al comienzo de este epígrafe.

sujeto último de imputación de la moral liberal es el individuo, para el comunitarismo lo es el grupo.

Desde la perspectiva comunitarista, MACINTYRE se queja de la pretensión de universalidad del orden moral propia del liberalismo, según la cual por más que cada hombre aprenda las reglas de moralidad según y desde las particularidades de la sociedad a la que pertenece, ello solo es posible porque existen reglas de moral universal que dan sentido a aquellas particulares. La razón por la que estas últimas pueden ser consideradas reglas morales es que ellas no son sino aplicaciones de las reglas de la moral universal y general; los individuos adquieren auténtica moralidad solo en la medida que progresan desde las manifestaciones específicas de moral general a la comprensión de las mismas como expresión de la moral general y universal. Ser una persona moral es aprender a liberarse de la particularidad social para adoptar un punto de vista independiente de las instituciones sociales de un grupo determinado¹⁴²⁷.

En franca oposición al punto de vista liberal, MACINTYRE entiende que todos aprendemos las reglas de moralidad en, desde y a través de la sociedad a la que pertenecemos y que cada sociedad configura una moral propia y específica, de lo cual finalmente deriva que el patriotismo sea la virtud por excelencia. Fuera de su sociedad de pertenencia nadie tendría motivos valederos para ser moral, ya que no tendría acceso a los bienes que lo justifican. Amén de que no tendría la fuerza necesaria para ser moral, que es proporcionada por la pertenencia grupal. En efecto, como a cada uno individualmente le cuesta mucho respetar las normas morales, puesto que estamos muy expuestos a sucumbir a nuestras pasiones, cada uno es moral porque todos lo somos, en el sentido de que la fortaleza moral y el remedio para nuestras debilidades morales son provistos por el grupo: solo dentro del grupo los individuos se vuelven morales¹⁴²⁸. Desde su punto de vista no es solo que las reglas morales sean particulares, sino que también lo son los bienes que cada sociedad reconoce como tales y cuya procuración justifica la existencia de las reglas morales¹⁴²⁹. Esta idea es complementaria de otro pensamiento expresado en otra de sus obras, según el cual es necesario hallar una explicación de lo bueno para toda la vida humana entendida como unidad. Ahora, como la historia de cada vida particular se desarrolla en el marco de la historia de la comunidad de la que derivó su identidad, las tradiciones de la comunidad son esenciales para definir lo que es bueno en esa vida particular¹⁴³⁰. Estas consideraciones conducen a MACINTYRE a su conclusión acerca de que el patriotismo es una virtud capital, quizás la virtud por excelencia. Dice textualmente que

¹⁴²⁷ MACINTYRE; *Is patriotism*; p. 9.

¹⁴²⁸ MACINTYRE; *Is patriotism*; p. 10.

¹⁴²⁹ MACINTYRE; *Is patriotism*; p. 8; NINO; *Ética*; p. 136.

¹⁴³⁰ MACINTYRE; *Tras la virtud*.

la lealtad a la comunidad, el respeto a los ancestros, a la comunidad local y la comunidad natural es, desde esta perspectiva, un requisito para la moralidad. En consecuencia, el patriotismo y sus lealtades asociadas no son solo virtudes, sino las virtudes centrales¹⁴³¹.

A su juicio, los Estados occidentales que miran hacia las Revoluciones Francesa y Americana como antecedentes de su propia legitimación adolecen de una seria falla en su vida política. Todos los gobiernos establecidos tras revoluciones han tratado de resaltar sus diferencias con los viejos regímenes depuestos, afirmando que mientras las políticas anteriores eran expresión de la parcialidad de las costumbres, instituciones y tradiciones locales, ellos venían por vez primera a encarnar en sus formas constitucionales e institucionales las reglas imparciales e impersonales de la moralidad, comunes a todos los seres racionales. Así, se hizo de la causa de la Revolución Francesa y de la causa de los Derechos del Hombre una sola. Por su parte, en los Estados Unidos de finales siglo XIX y principios del XX se establecieron las bases para la americanización de las olas de inmigrantes que llegaban de Europa.

Sobre la base de las diferencias que hace HEGEL entre moralidad local – *Sittlichkeit*– y moralidad general –*Moralität*–, en la que la primera es la moralidad de las costumbres de cada sociedad en particular, sin mayor pretensión que esa; mientras que la segunda domina en el reino de la moral racional universal e impersonal propia del liberalismo, MACINTYRE observa cómo fueron americanizados esos inmigrantes. Se les enseñó que habían dejado atrás países y culturas donde la *Sittlichkeit* y la *Moralität* eran distintas y quizás a veces opuestas, para llegar a un país y a una cultura, cuya *Sittlichkeit* just era la *Moralität*. De ese modo, para muchos americanos, la causa de Estados Unidos, entendida como el objeto de la preocupación patriótica, y la causa de la moralidad, entendida como la moral liberal, devinieron en una sola causa. Según el autor, esta historia de identificación no fue sino una historia de confusión e incoherencia, ya que una moral de lazos y solidaridades particulares ha sido confundida con una de principios universales, impersonales e imparciales¹⁴³².

Hemos visto también que WALZER, otro relevante representante del comunitarismo, entiende que las particularidades propias de la pertenencia a una comunidad determinada, con sus tradiciones, convenciones y expectativas, es una condición necesaria para la adopción de decisiones políticas. En consonancia con esa mirada, rechaza las posiciones filosóficas que pretenden extraer las conclusiones democráticas exclusivamente de derechos derivados de lo que los hombres en abstracto decidirían en condiciones ideales¹⁴³³. Coincide con MACINTYRE en que la moralidad está basada en algunos bienes elementales cuyo significado y alcances es definido por cada comuni-

¹⁴³¹ Traducción propia de MACINTYRE; *Is patriotism*; p. 11.

¹⁴³² MACINTYRE; *Is patriotism*; p. 19.

¹⁴³³ WALZER; *Philosophy*; pp. 379-399.

dad y afirma que normalmente el filósofo busca verdades eternas y universales, que difícilmente puedan ser encontradas en una comunidad histórica real. En consecuencia, se ve obligado a darse en retirada, negándose a sí mismo las seguridades de la comunidad. En la actualidad, el filósofo en esta situación construye para sí mismo una comunidad ideal, habitada por seres que carecen de toda característica particular y de las opiniones o compromisos de sus antiguos “compañeros-ciudadanos” –*former fellow-citizens*–. Se pregunta qué principios, reglas y arreglos constitucionales esa gente elegiría, si debiera crear un orden político actual. Esos seres ideales serían algo así como los representantes filosóficos de todos nosotros y legislarían en nuestro nombre. Sin embargo –remata WALZER– el filósofo es el único habitante de esa comunidad ideal, de modo que esas reglas, principios y acuerdos son, en verdad, producto exclusivo de su pensamiento. Como consecuencia de ello, el filósofo regresa de su retiro personal con conclusiones que nada tienen que ver con las que se dan en el debate democrático actual¹⁴³⁴. Este tipo de conocimiento solo puede tenerse *desde afuera*.

En cambio, hay un conocimiento de otro tipo del que tiene el filósofo, al que WALZER llama *conocimiento político*, que solo puede tenerse desde *adentro*¹⁴³⁵. Este tipo de saber, que es más accesible, limitado y particular, procura dar respuesta a preguntas concretas acerca de la comunidad real, tales como cuál es el sentido y propósito de esta asociación o cuál es la estructura apropiada para nuestra sociedad y gobierno. Incluso de aceptarse que pueda haber respuestas correctas para estos interrogantes – lo que pone en duda– WALZER estima que habrá tantas respuestas correctas como comunidades existan; en cambio, fuera de las sociedades solo habrá una respuesta correcta. Estas consideraciones lo llevan a concluir, con reminiscencias platónicas, que así como hay muchas cavernas, pero un solo sol, el saber político es particular y pluralista; mientras que el filosófico es universal y singular¹⁴³⁶.

Hemos visto en otro lado que WALZER considera que el pluralismo y el particularismo son expresiones nacidas de la convivencia dentro de una sociedad determinada, a partir de la empatía que experimentan sus miembros¹⁴³⁷. Esta visión, evidentemente, marca un contrapunto obligado con la visión universal del liberalismo. Ante ello, WALZER destaca que el valor de la verdad universal es tan incierto cuando es visto desde adentro de una sociedad particular, como cuando el pluralismo es visto desde afuera de cualquiera de ellas. Y agrega una acotación que personalmente encontramos muy sugestiva y, posiblemente, con alta capacidad de rendimiento para efectuar un aporte a nuestra reflexión. Dice WALZER que *incierto* no significa *irreal* o *insignifi-*

¹⁴³⁴ WALZER; *Philosophy*; pp. 388-389.

¹⁴³⁵ WALZER; *Philosophy*; p. 393.

¹⁴³⁶ WALZER; *Philosophy*; p. 393.

¹⁴³⁷ WALZER; *Philosophy*; p. 393.

cante, en tanto no duda de que las comunidades particulares se mejoran a sí mismas mediante la aspiración a alcanzar verdades universales y mediante la incorporación de características de la doctrina filosófica a sus modos de vida; esto es comprendido por los ciudadanos. Pero, desde el punto de vista de estos últimos, no siempre será obvio que los derechos de hombres y mujeres en abstracto, habitantes de una comunidad ideal, deban ser aplicados aquí y ahora. Esa eventual aplicación es probable que les genere preocupaciones, una de las cuales es que implique anular sus tradiciones, convenciones y expectativas, que, al ser producto de la experiencia compartida, son enormemente valorados por los miembros de la comunidad. Así, los ciudadanos posiblemente preferirán la política a la verdad universal y esa elección abrirá las puertas al pluralismo. Toda comunidad histórica cuyos miembros han configurado sus propias instituciones y leyes necesariamente producirán un modo de vida particular; no uno universal¹⁴³⁸.

El impacto del aporte de los comunitaristas fue muy fuerte, al punto que su influjo tuvo notable influencia en uno de los mayores exponentes del liberalismo contemporáneo como es RAWLS. La marca de esas aportaciones en su pensamiento se hizo presente luego de la aparición de su obra principal (*A Theory of Justice*), cuando comenzó a adoptar elementos relativistas y convencionalistas, tomando distancia de los presupuestos objetivistas y universalistas de su generación. Como recuerda NINO, pasó a remarcar que la justicia no era una noción metafísica, sino política y que se basaba en un consenso sobrepuesto¹⁴³⁹. Incluso reconocía que no buscaba una idea de justicia que se adecuara a todas las sociedades particulares, al margen de sus condiciones históricas¹⁴⁴⁰.

Tras analizar el aporte de los autores comunitaristas, NINO sintetiza que, al desarrollar sus posiciones –coincidentes en muchos aspectos, a pesar de que los propios comunitaristas no parezcan reconocerse como miembros de un movimiento filosófico determinado–, las razones que brindan para la acción no provienen de conceptos como el de *derechos humanos*. Esta noción es excesivamente general y abstracta como para ser asociada a circunstancias fácticas y motivaciones humanas, que es el núcleo de la atención del comunitarismo. Para estos pensadores, el ejercicio de las acciones está vinculado con la práctica de las *virtudes humanas*, que son disposiciones que permiten a la gente alcanzar bienes fundamentales que dependerán de cada sociedad particular y de su particular modo de vida, compartido con otros en el contexto comunitario. Virtudes, bienes y modos de vida dependen de prácticas convergentes, conven-

¹⁴³⁸ WALZER; *Philosophy*; pp. 394-395.

¹⁴³⁹ NINO; *Ética*; p. 143.

¹⁴⁴⁰ RAWLS; *Kantian Constructivism*; p. 518. Este viraje en el pensamiento de RAWLS ha sido tratado con mayor profundidad en II. B).

ciones sociales y tradiciones. La comunidad no es un instrumento que procura satisfacer intereses individuales, sino que es lo que constituye esos intereses e incluso a los individuos mismos¹⁴⁴¹.

Por todo eso es que NINO considera que el comunitarismo precisa del particularismo, en dos niveles diferentes: el de los juicios éticos, que deben tomar en cuenta las particularidades sociales e históricas y deben dar preeminencia a las relaciones con el país, la familia y los amigos en la distribución de derechos y deberes, y el de la generación de los juicios morales, que deben ser derivados de las tradiciones, prácticas y convenciones de cada sociedad, que a su juicio equivale al relativismo ético¹⁴⁴². Pero, a renglón seguido destaca que ese particularismo no impide, como ocurre a menudo, que las tradiciones de una sociedad puedan adoptar estándares universales de comportamiento, que no toman en cuenta lo local. De hecho –desde su mirada liberal–, pone de realce que el hecho de que este fenómeno se verifique en casi todas las sociedades liberales actuales es causa de perturbación para los comunitaristas¹⁴⁴³.

Profundizando sus críticas al movimiento comunitaria, le achaca también que no repare en que los principios morales básicos están dirigidos a un comportamiento convergente de gentes y de grupos diferentes, en general en conflicto precisamente a raíz de su particularismo. En su opinión, es evidente que fenómenos tales como el tribalismo, el nacionalismo y el sectarismo religioso son los grandes focos generadores de conflictos, por lo que le parece absurdo que se pretenda que sus adeptos acepten el presupuesto básico de la práctica social del discurso moral para superar los contrapuntos a través del consenso. Lo correcto –según NINO– es que los vínculos con instituciones de importancia como sin dudas son la familia, las asociaciones y la nación estén legitimadas por principios menos básicos, solo después de que estén asegurados los derechos derivados de los básicos. O sea que –como él mismo lo reconoce– su cuestionamiento está dirigido a que se pretenda que los particularismos se expresen en los principios básicos o fundamentales de la teoría moral, a partir de una concepción de persona perteneciente a una determinada sociedad¹⁴⁴⁴.

¹⁴⁴¹ NINO; *Ética*; pp. 141-142.

¹⁴⁴² NINO; *Ética*; pp. 158-159. Considera manifestaciones de relativismo ético a la idea de MACINTYRE de que los bienes que definen las virtudes morales son intrínsecos a las prácticas de cada sociedad y al argumento de WALZER acerca de que la moralidad está basada en algunos bienes cuyo significado y alcance están definidos por cada comunidad (p. 159). Incluso, lo ve manifestarse también en el pensamiento liberal de RAWLS, imbuido de los influjos del comunitarismo (p. 160). NINO afirma que, si bien el dato sociológico que evidencia que las sociedades difieren entre sí en sus juicios éticos y que la gente tiende a tomar en consideración los criterios y valores que reinan en su comunidad, hace parecer que el relativismo ético fuera verdadero, eso no impide ni afecta la validez de los juicios morales universales (p. 160).

¹⁴⁴³ NINO; *Ética*; p. 159.

¹⁴⁴⁴ NINO; *Ética*; p. 177.

Para NINO, el elemento particular de cada sociedad debe ser explicado de otra manera, compatible con la racionalidad, imparcialidad y conocimiento de la verdad moral, que es propia del liberalismo. En esa dirección, afirma que hay un grado de relativismo que la mirada constructivista no puede dejar de reconocer, al que llama “relativismo conceptual”. Consiste en aceptar que el significado, la verdad y la validez de los juicios morales son relativos a las reglas y la estructura que subyace a la práctica social o a la institución del discurso moral. Esta práctica está históricamente condicionada, por lo que ha evolucionado a lo largo del tiempo y se ha expandido por diversas sociedades. Su elemento esencial es la imparcialidad, presente ya en la Grecia clásica y perfeccionada en el Iluminismo. NINO destaca que estas características implican que esta práctica del discurso moral no sea universal, de lo que da cuenta la circunstancia de que haya pueblos y sociedades que sigan una prácticas de razonamiento y discurso moral distinta de la nuestra; es más, agrega que nada podemos hacer por convencer a esa gente de nuestra perspectiva moral: se les podría incitar u obligar, pero no convencer¹⁴⁴⁵.

El liberalismo kantiano –afirma NINO– no significa que la gente deba vivir por fuera o ajena a su pertenencia comunitaria; incluso, considera que, de algunos principios liberales que toman en cuenta los deseos e intereses actuales de los hombres, se sigue precisamente lo contrario. Lo que sí quizás sea propio del razonamiento liberal del que se siguen esos principios es que la pertenencia a una comunidad en particular no debería considerarse como una diferencia básica determinante¹⁴⁴⁶. A su modo de ver, si todos los hombres compartieran los mismos juicios y prácticas morales, el discurso moral sería superfluo y no harían falta conceptos que conectaran hechos con valores, ya que se pensaría que estos serían coincidentes. Cuando se recurre a conceptos que son al mismo tiempo –según sus palabras textuales– “guiados por el mundo” y “guiadores del mundo” es porque hay conflictos y discrepancias sobre el modo de vivir. Por eso propone partir del hecho del pluralismo, para tratar de que, a través de la discusión moral, se pueda llegar a algún nivel de consenso¹⁴⁴⁷. Destaca que lo que la gente anhela y busca son modelos ideales de comportamiento, es decir estándares o principios supuestamente válidos y es tarea de la filosofía moral descubrir las condiciones subyacentes para formular juicios morales de carácter general¹⁴⁴⁸. Y, asumiendo que el discurso moral no es una institución neutra, estos juicios morales sustantivos son tan generales y abstractos que pueden ser aceptados por gente de ideologías muy diversas. Todos quienes participan en la discusión procurarán defender que los prepues-

¹⁴⁴⁵ NINO; *Ética*; pp. 161-162.

¹⁴⁴⁶ NINO; *Ética*; pp- 167-168.

¹⁴⁴⁷ NINO; *Ética*; p. 169.

¹⁴⁴⁸ NINO; *Ética*; p. 170.

tos compartidos por todos tienen una fuente en una clase específica de principios morales que –para NINO, en su calidad de participante en la contienda– son los liberales¹⁴⁴⁹.

NINO destaca que los comunitaristas creen que el liberalismo subestima la importancia que pertenecer a una determinada sociedad tiene para el desarrollo humano. A su juicio, lo que en verdad sucede es que la inserción de una sociedad particular es constitutiva de la personalidad moral; en cambio, no lo es de la concepción normativa de la persona, que se asume al tomar parte en el razonamiento y en el discurso moral. En esa línea, defiende la universalidad y la generalidad de la moral liberal, que causa inquina a los comunitaristas, arguyendo en su favor que “nos impulsan a tratar de separar el yo mínimo, presupuesto en la argumentación moral, de toda conexión particularista”.

A su criterio, la pertenencia comunitaria no es parte del yo de una persona, sino de sus fines; es decir que no es constitutiva. A ello agrega que el valor de la pertenencia dependerá del plan de vida escogido que incluso podrá tener como fin último la propia pertenencia. Sin embargo, pone de relieve la importancia que para los individuos tiene su pertenencia comunitaria, al señalar que muchos de los bienes que las personas valoran dependen directamente de la inserción en una comunidad, ya sea grande e impersonal, como una nación, ya sea más reducida e íntima, como la familia, los clubes, las asociaciones. Esto hace que al liberalismo, comprometido especialmente en asegurar la igualdad de oportunidades para alcanzar la concreción del bien que se haya elegido, le interese y le competa facilitar la integración en comunidades. Además, es perfectamente compatible con la constitución de comunidades a las que llama totales. Lo que ocurre es que las comunidades que fomenta el liberalismo son consensuales; es decir, voluntarias, en tanto están caracterizadas con un amplio margen para decidir no solo cuándo entrar, sino sobre todo cuándo salir de ellas, en caso de que uno haya pasado a integrarlas sin su consentimiento; en esto, el enfoque liberal difiere de la mirada comunitarista. Para NINO, el carácter consensual de las comunidades liberales es consecuencia del propio carácter consensual de los modos de vida en general¹⁴⁵⁰.

Ante esto, NINO recoge el guante del temor y las críticas de los comunitaristas respecto a los actuales vínculos interpersonales consensuales –entre padres e hijos; entre hombre y mujer; etc.–, especialmente en la sociedad norteamericana desde la que reflexionan, a los que entienden reducidos a un mero contractualismo, del que derivan falta de compromiso, desapego, aislamiento, poca profundidad en la vida individual, mengua en la sensibilidad artística, entre otros males¹⁴⁵¹. Sin embargo, a su juicio,

¹⁴⁴⁹ NINO; *Ética*; p. 177.

¹⁴⁵⁰ NINO; *Ética*; pp. 192-193.

¹⁴⁵¹ BLOOM; *The Closing of the American Mind*; New York; 1987; citado por NINO; *Ética*; pp. 193-194.

esas miradas de los comunitaristas y de otros antiliberales pecan de achacar tales características de la vida actual al liberalismo, sin explicar adecuadamente la relación entre uno y otras, a la vez que eluden tomar en cuenta otros factores de los que esos déficits se pueden derivar, como por ejemplo el capitalismo, la propiedad privada y el libre mercado, que fomentan una vida egoísta¹⁴⁵². Remata esas ideas con una contundente defensa del liberalismo, según la cual el valor de la libertad no depende de lo que la gente haga con su libertad¹⁴⁵³.

Finalmente, como broche a su crítica a los comunitaristas, NINO objeta que los caracteres de universalidad y abstracción del constructivismo kantiano, ante los que se revelan, son rasgos incorporados a la estructura del discurso moral que casi todos los pensadores –comunitaristas incluidos– comparten, cuando se debate sobre moralidad social sustantiva. Aventura que, a lo mejor, la pretensión última de los comunitaristas sea sustituir la práctica del discurso moral por una diferente, en la que la invocación a las tradiciones de la comunidad sea el argumento final¹⁴⁵⁴.

Por nuestra parte, creemos atinada la observación que, desde la matriz de la teoría de los derechos humanos, efectúan tanto NINO como RUIZ MIGUEL –el primero parece que con cierto desasosiego¹⁴⁵⁵; el segundo con cierto beneplácito¹⁴⁵⁶–, al observar que las teorías de los derechos humanos, hijas del Iluminismo de los siglos XVII y XVIII y expresión máxima del liberalismo han encontrado algún grado de matización por los aportes del comunitarismo. Es decir, han debido reconocer que es imposible la total prescindencia del elemento particular o comunitario, que configura la tradición de una nación, a través de su historia y de su cultura. Ese lugar o punto de encuentro inicial ideal del que hablan los liberales –al margen del nombre que cada autor le asigne: estado de naturaleza, estado de libertad, principio originario– no solo no ha existido históricamente (lo que por lo demás ni los propios liberales afirman), sino que no es más que el puntapié inicial para la reflexión acerca de un mundo ideal, que exige ser concretado en las sociedades particulares.

¹⁴⁵² Una idea similar, en DWORKIN; *Los derechos*; p. 379.

¹⁴⁵³ NINO; *Ética*; p. 194.

¹⁴⁵⁴ NINO; *Ética*; p. 195.

¹⁴⁵⁵ NINO; *Liberalismo “versus” comunitarismo*; pp. 368 y ss.

¹⁴⁵⁶ Según las textuales palabras de RUIZ MIGUEL, quien se llama a sí mismo liberal, “para el pensamiento occidental, los ideales ilustrados y humanistas se han podido mantener a costa de mucha abstracción y alguna buena conciencia, mientras que cierta crítica comunitarista representa y prefigura el momento de la toma de conciencia de una realidad concreta mucho más distante de aquellos viejos ideales de lo que nunca pudo haber parecido. No sé si dramatizo, pero tengo la impresión de que la posición comunitarista puede venir a hacer explícitos y a extremar ciertos presupuestos implícitos y más o menos soterrados de la tradición occidental relativos al orden en el interior y a la supremacía en el exterior, anunciado un mundo en el que (...) no podríamos seguir haciéndonos ilusiones humanitarias y deberíamos elegir entre la buena pero falsa conciencia liberal y la identificación comunitaria que nos permitiría acomodar nuestros verdaderos intereses a nuestra verdadera conciencia (que seguiría siendo buena)” (*Derechos humanos*; p. 114).

Sin pretender desafiar la teoría de ninguno de los filósofos del derecho cuyo pensamiento se ha relevado en estas páginas –lo que constituiría una apabullante falta de conciencia de las limitaciones propias de quien escribe– nos animamos a insinuar la impresión de que el liberalismo, como toda corriente de pensamiento fuerte y configuradora de una época, ha sido llevado a un extremo de atomización tan fuerte que, como todo ciclo histórico, ha hecho un movimiento pendular, que ha conducido al extremo opuesto del rechazo, por corrientes varias y una de ellas ha sido el comunitarismo. No obstante, creemos posible y saludable que la matriz liberal pueda ser matizada por las aportaciones del comunitarismo, como salvaguarda de las identidades particulares, sin renegar ni menguar en la conquista de derechos individuales. Puesto que el Estado ideal, habitado por una población que comparta la misma visión moral no existe, es necesario –y posible– que los ideales liberales se realicen a través del reconocimiento de lo comunitario y de la identidad de cada sociedad. Además, es también necesario –y posible– que se tomen en cuenta las necesidades grupales o sociales, en pos de proteger en especial a los menos favorecidos que, en casos extremos, pueden llegar a necesitar un aporte mayor del grupo, incluso con mengua –por lo menos provisoria– de algún derecho individual que no implique daño a la dignidad ni al principio de autonomía (al menos, respecto de este último, no de manera excesiva). En ese sentido, creemos que la evolución que se observa en el pensamiento de RAWLS en esta dirección es interesante, en tanto parece conjugar aportaciones de quienes se supone están en la acera opuesta de su concepción liberal. También KYMLICKA, cuyo pensamiento ha sido extensamente comentado en este trabajo, ya que sus aportaciones en materia de multiculturalismo y tolerancia encontramos ineludibles, se reafirma en el liberalismo sobre la base del reconocimiento de las diferencias étnicas y culturales, al que ha dedicado una enorme parte de su obra.

Volviendo al núcleo de este trabajo y asumiendo que no pretende ser una teoría de los derechos fundamentales en sí misma y siquiera de las minorías, estimamos que para encontrar una respuesta a los conflictos penales a los que da lugar la diversidad cultural que responda a las necesidades de la sociedad plural multicultural no es necesario encontrar una solución categórica al interrogante acerca de si esos derechos son universalmente válidos, en el sentido de si rigen y deben hacerse respetar en el seno de culturas y de países no occidentales, cuestión que por lo demás nos conduciría a tratar la cuestión de la tolerancia internacional, asunto de la órbita del derecho internacional público¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵⁷ Sobre la pertinencia de adoptar o no la tolerancia internacional, entendida como la no injerencia o intervención en Estados cuyos gobiernos son intolerantes con sus ciudadanos o con algunas minorías que los habitan, ver BEITZ; *La idea*; pp. 176-191.

Desde nuestro punto de vista, es claro que reina consenso en que los derechos fundamentales son “universalmente válidos” *en Occidente* y, para más señas, que en cada uno de nuestros Estados –creemos que en esto coincidirían incluso los comunitaristas– por la idiosincrasia de sus respectivas sociedades particulares –la argentina, la española, la francesa, por ejemplo– se está en general de acuerdo en que hay un mínimo de derechos que son ineludibles por su peso moral y que, ante cualquier atisbo de afectación por parte de terceros, se deberá reaccionar para restablecer el orden solucionando el conflicto, si es necesario, con la ley penal. Esto significa que el reconocimiento de tales derechos nucleares no puede ser puesto en tela de juicio en *nuestros* países, que es donde se pretende ofrecer una respuesta a los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa. En particular, el núcleo esencial de derechos fundamentales no puede ser cuestionado ni cercenado culpablemente por la conducta de terceros, siquiera cuando estos puedan alegar la pertenencia cultural diversa desde la que obraron. En este sentido, ese grupo medular de derechos constituye el límite absoluto de lo tolerable porque –insistimos– en nuestro medio valen de manera universal¹⁴⁵⁸. De tal suerte, los derechos humanos de menor rango, incluida la identidad cultural, no pueden ser ejercidos de manera absoluta, si comprometen aquel reducto infranqueable.

III. B) La configuración tipológica de la solución.

III. B) 1. Introducción.

En nuestras sociedades modernas, pluralistas y multiculturales conviven valores y reglas específicas de grupos minoritarios diversos. Ello entraña la inexorable consecuencia de que los valores y reglas asumidos por el derecho penal no gozan de la aceptación unánime de todos los miembros de la sociedad, sino de la de quienes se identifiquen con la cultura del grupo mayoritario. Sobre ese telón de fondo, Europa y América Latina presentan actualmente dos escenarios disímiles del llamado multiculturalismo; en Estados Unidos, en cambio, se da una situación que combina los panoramas de aquellos dos.

Mientras Europa está viviendo un contexto de recepción de enormes olas migratorias procedentes de culturas exóticas de Asia y de África; en América Latina el aspecto más nutrido del fenómeno lo representa la convivencia de grupos que habita-

¹⁴⁵⁸ Recuérdese que los penalistas hegelianos se ocuparon de señalar que las determinaciones esenciales de personalidad, como la vida y la integridad física eran, sin más, bienes indisponibles. Al respecto, PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la tolerancia*; p. 906 y también PÉREZ DEL VALLE; *Límites a la autonomía personal*; pp. 102-103.

ban los territorios que, desde finales del siglo XV, fueron conquistados principalmente por España y Portugal, con la que a la postre resultó la cultura mayoritaria imbuida por valores identificados con los ideales de Norteamérica y Europa. Dicho de otro modo, en el caso del viejo continente, el multiculturalismo y los conflictos penales que de él puedan derivar son producto de la llegada desde afuera de grupos étnicos y culturales no identificados con los valores mayoritarios; en tanto que en Latinoamérica las tensiones que puedan tener relevancia penal provienen de los reclamos de reivindicación cultural de grupos que eran preexistentes a la llegada del colonizador y que fueron aculturizados en tiempos coloniales y también más tarde, cuando se produjo la independencia de los países de la región replicando los modelos institucionales y culturales de Estados Unidos y Europa. Los inmigrantes pretenden que se los reconozca; los moradores originarios pretenden que se los deje de ignorar en tanto miembros de una cultura propia. La perseverancia histórica de estos últimos les ha permitido lograr, en las últimas tres décadas, su reconocimiento en las constituciones de buen número de países de la región.

Estados Unidos, por su parte, acoge en la inmensidad de su seno ambos fenómenos: el de quienes llegan y el de los norteamericanos preexistentes. En este punto cabe recordar que los Estados multiculturales pueden ser *multinacionales*, por la presencia de minorías autóctonas preexistentes a la actual cultura mayoritaria, o *multi-étnicos*, por el asentamiento de minorías culturales conformadas por grupos inmigrantes¹⁴⁵⁹. Cada país, según se identifique con un modelo o con el otro e incluso de verificarse ambos fenómenos de manera combinada, dando lugar a una realidad multicultural todavía más compleja, da un diferente tratamiento jurídico a sus minorías.

Las etnias originales han luchado incesantemente por la defensa de sus culturas y de sus derechos, lo que les ha permitido un paulatino reconocimiento jurídico, que ha acabado plasmándose en los ya referidos grandes logros constitucionales y supranacionales de las últimas décadas. Por el contrario, los inmigrantes son tratados con más recelo en los países de acogida y la gestión de sus derechos difiere mucho del caso anterior, ya que en este modelo se espera de ellos que se adecuen, sin difuminar sus rasgos identitarios, a la realidad cultural mayoritaria del país que los recibe¹⁴⁶⁰.

Se ha puesto de relieve que esas formas diferenciadas de tratar la diversidad cultural, según se trate de minorías culturales autóctonas o de grupos étnicos de inmigrantes se refleja también en el derecho penal. Así, en el primer caso algunos países reconocen oficialmente ordenamientos consuetudinarios con facultades penales, según la cosmovisión de cada grupo o jurisdicciones indígenas especiales. Ello ocurre

¹⁴⁵⁹ Sobre estados multinacionales y multiétnicos, ver KYMLICKA; *Ciudadanía*; p. 26 y ss.

¹⁴⁶⁰ A estos dos contextos sociales nos hemos referido en el capítulo I.

en países tan distintos como Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Colombia o Perú¹⁴⁶¹. En algunos otros, hay leyes especiales que exoneran de responsabilidad penal determinadas conductas, cuando son cometidas por minorías autóctonas, como por ejemplo, la caza de ciertas especies de fauna protegida. Otras, directamente, exoneran de responsabilidad por ciertas conductas que, cometidas por cualquier otro sujeto, serían punibles, como ocurre con la ley chilena que prevé responsabilidad disminuida para los delitos sexuales cometidos por pascuenses¹⁴⁶².

A esta altura de la exposición queda claro que el delito cometido desde una motivación cultural diversa en países multiculturales –sean multinacionales o multiétnicos– está planteando desafíos renovados para el derecho penal. Hasta el momento, el debate acerca de la mejor forma de resolver estas tensiones normativas va tomando cuerpo a nivel doctrinal, a la vez que el número de decisiones judiciales al respecto se va haciendo más nutrido. Sin embargo, la producción jurisprudencial todavía es tímida, posiblemente porque su ritmo lo marca la realidad de los casos a resolver. Desde ese punto de vista, parecería que fuera pronto aún para describir un panorama sistemático de la doctrina judicial.

Desde lo legal, existen documentos y tratados internacionales que marcan principios generales de tolerancia, pluralismo y de reconocimiento de derechos culturales, pero la legislación penal específica, en los ordenamientos nacionales de los países de sociedades receptoras de inmigrantes es escasa. Salvo excepciones, tales como las mutilaciones sexuales como un tipo de lesión específica incorporado al Código Penal español, ningún país europeo ha incluido en sus respectivos ordenamientos penales normas de la parte general específicamente pensadas para los delitos cometidos por inmigrantes, desde su distinta óptica cultural.

Tampoco se verifica tal situación en los países de América Latina¹⁴⁶³, muchos de los cuales sí se han preocupado por la situación del indígena frente al derecho penal, lo que se explica en razón su diversa realidad social y poblacional, en la que es más intensa la presencia de naciones pre-estatales que de inmigración exótica culturalmente.

Las soluciones, por tanto, emergen *ad hoc*, es decir pensando la solución para cada caso que se presenta en concreto. Vale decir que todavía la cuestión es más casuística que dogmática, en términos de una sistematicidad específica para esta categoría de delitos. Para ello, se echa mano de las tradicionales herramientas que ofrece

¹⁴⁶¹ ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; p. 181.

¹⁴⁶² Un comentario crítico sobre esa ley puede encontrarse en CARNEVALI RODRÍGUEZ; *El multiculturalismo*; p. 23.

¹⁴⁶³ Salvo el art. 15 del Código Penal peruano, que prevé el error de comprensión culturalmente condicionado, sin mencionar a ninguna minoría cultural en particular.

el derecho penal sustantivo, haciendo aplicación del instituto que se escoja. El desafío entonces es ver si alguna de esas instituciones puede ser adaptada al específico conflicto que plantea el contrapunto entre dos normas emergentes de sistemas valorativos diversos, siendo ambas obligatorias para el sujeto infractor del ordenamiento oficial, aunque él se sienta más ligado, más comprometido, por el deber de observancia a la norma cultural que viola o que es incompatible con la Estatal; en definitiva porque la norma que goce de la aceptación del autor no sea la oficial, sino la cultural. En este caso, la tensión normativa con el ordenamiento jurídico no es de cualquier tipo, sino que da lugar, lisa y llanamente, a un hecho penalmente relevante, provocando un conflicto extremo en términos de consecuencias individuales.

III. B) 2. Cultural defenses: la solución excepcional de casos en Estados Unidos.

Salvando las distancias entre el sistema de imputación continental y el del *common law*, puede decirse que la *cultural defense* constituye una causa de exclusión o disminución de la responsabilidad penal, que puede ser invocada por el individuo perteneciente a una minoría étnica o cultural exótica; es decir, cuyos usos, costumbres y tradiciones sean significativa y esencialmente diversos de los del país de acogida, y hasta incluso contrarios a los valores de la cultura de este último. Sin embargo, todavía no se ha emancipado como instituto jurídico autónomo, con un desarrollo doctrinario y jurisprudencial análogo al de otros institutos jurídicos¹⁴⁶⁴, sino que opera sobre otros ya tradicionales¹⁴⁶⁵, tales como el error de derecho (*mistake of law*), la legítima defensa (*self-defense*), el estado de necesidad (*necessity*), la conciencia y la voluntad de la conducta (*mens res*), el vicio total o parcial de mente (*diminished capacity, insanity*), el estado emotivo (*duress*), la *de minimis defense* (similar conceptualmente a nuestro principio de insignificancia¹⁴⁶⁶), entre otros¹⁴⁶⁷.

A esa falta de autonomía hay que agregar que los tribunales –en particular, los norteamericanos– son en general reacios a admitir la alegación de esta causa de excusa, al menos de manera expresa. En efecto, se registran precedentes en los que, por el tenor de los derechos fundamentales de las víctimas comprometidos, no ha habido argumentos culturales que valieran para justificar las conductas o morigerar las penas. Nuevamente, como ya se viene diciendo en estas líneas, la tolerancia –de la cual

¹⁴⁶⁴ TORRY; *Multicultural jurisprudence*; p. 128.

¹⁴⁶⁵ Así lo pone de relieve ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; p. 194.

¹⁴⁶⁶ El desarrollo acabado de este instituto en relación con el multiculturalismo puede verse en POMORSKI; *On Multiculturalism*; pp. 51 y ss.

¹⁴⁶⁷ Vale aclarar que las *cultural defenses* no son del resorte exclusivo del derecho penal, sino que también se apela a este tipo de reivindicaciones en el marco de procesos civiles. Por obvias razones, en esta parte del trabajo nos ocuparemos solamente de su relevancia en el derecho penal. Ver TORRY; *Multicultural jurisprudence*; p. 153.

el modelo de gestión multicultural es una de sus expresiones—, no es ilimitada. Y su coto está dado por el núcleo fundamental de derechos elementales.

Como señala ROCA DE AGAPITO¹⁴⁶⁸, sin duda con inspiración en la teoría de las restricciones internas y externas de KYMLICKA, las *cultural defenses* no han sido admitidas para disminuir la gravedad de conductas que menoscaban los derechos de ciertos miembros particularmente vulnerables (como las mujeres y los niños) de los propios grupos culturales minoritarios, haciendo las veces de auténticas restricciones internas.

Así, se las ha rechazado para justificar el secuestro y el abuso sexual de mujeres negras, en razón de las supuestas diferencias de apreciación entre los sexos de base cultural¹⁴⁶⁹. Tampoco han tenido acogida favorable en el caso de un inmigrante vietnamita que, en razón de la humillación provocada por el adulterio de su esposa, intentó matar a sus dos hijos y quitase su propia vida. Su defensa invocó su tradición cultural en materia de relaciones familiares para fundar la *provocation* y la *volitional insanity*, pero de todos modos fue condenado a pena de muerte¹⁴⁷⁰.

Volviendo al desarrollo teórico de las *cultural defenses*, la doctrina también las ha definido como estrategias legales¹⁴⁷¹ utilizadas para acreditar los antecedentes culturales del imputado y así lograr negar o mitigar la responsabilidad criminal, con una considerable reducción de pena. Es decir que el reconocimiento de las *cultural defenses* puede exonerar al extranjero cultural de cualquier falta si el ilícito hubiera sido aceptable en su país o cultura de procedencia. Esta figura es especialmente invocada en los contextos en los que el extranjero conserva un sistema de valores ajenos al del país en el que se encuentra radicado, sobre la base de que —como han dicho SARAT y KEARNS— hay situaciones en las que el derecho puede y debe responder a las demandas de reconocimiento cultural y exceptuar de normas particulares que podrían denigrar o negar prácticas culturales relevantes¹⁴⁷².

Resulta interesante poner de relieve la distinta aproximación al tema de los conflictos nacidos de la diferente pertenencia cultural que efectúan las doctrinas y jurisprudencias continental y del *common law*. Mientras las primeras hacen foco en los *delitos culturalmente motivados (cultural offences)*; las segundas ponen el acento en las *cultural defenses*. Se ha llamado la atención sobre la vaguedad terminológica que supone usar ambas denominaciones de manera indistinta —como se hace con frecuencia—, borrando las líneas que diferencian a una noción de la otra y poniendo en riesgo la

¹⁴⁶⁸ ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; p. 197.

¹⁴⁶⁹ “PEOPLE v. RHINES”, 131 Cal. App. 3d 498 (1982).

¹⁴⁷⁰ “BUI v. STATE”, 551 So. 2d 1094 (Ala. Crim. App. 1988).

¹⁴⁷¹ KIM; *The cultural defense*; pp. 102-103.

¹⁴⁷² SARAT; KEARNS; *Responding to the Demands of Difference*; p. 11.

esencia e identidad de la noción de *cultural defense*, con las consecuencias de posibles malas interpretaciones que conduzcan a la negación de una realidad social relevante¹⁴⁷³.

Consecuente con su preocupación por la vaguedad en el empleo del lenguaje, VAN BROECK define la *cultural offence* como un acto cometido por un miembro de una cultura minoritaria, que es considerado *delito* por el sistema legal de la cultura dominante, pero que sin embargo, dentro del grupo de pertenencia del infractor, es condonado y aceptado como un comportamiento normal o incluso respaldado y fomentado en la situación dada¹⁴⁷⁴. También en el medio anglosajón, pero a propósito de las *cultural defenses*, se ha dicho que los valores de los individuos criados en minorías culturales pueden en ocasiones colisionar con los valores culturales mayoritarios. Si tales valores mayoritarios están plasmados en el derecho penal, dichos individuos pueden enfrentarse al dilema de tener que transgredir o bien sus valores culturales o bien el derecho penal¹⁴⁷⁵.

En todo caso, es fácil advertir que la definición brindada por VAN BROECK y el conflicto de valores reseñado es prácticamente idéntico al que constituye el eje de preocupación de la doctrina continental que ha tratado el delito culturalmente motivado y está en línea con el concepto de delito cometido desde una motivación cultural diversa que aquí se sostiene, con la salvedad de que en el ámbito del *common law* se ha puesto de relieve que la *cultural defense* entrelaza las identidades culturales con las responsabilidades personales de los individuos más que con los derechos colectivos¹⁴⁷⁶. En cambio, la doctrina que aborda el tema en el medio continental suele poner de relieve que la preocupación por el delito cometido en una perspectiva cultural diversa se justifica en razón de los derechos de ciertos colectivos. Sin embargo, en nuestra opinión, es indudable que, en la esfera penal, solo interesará, para la resolución de los conflictos, la responsabilidad individual que, en todo caso, podría ser interpretada contextualmente como manifestación de alguien que tiene una determinada identidad cultural, en razón de pertenecer a cierto grupo.

TORRY explica que el imputado que invoque una *cultural defense* alegará que los mandatos de su cultura lo condujeron a un estado de ignorancia y error, aunque normalmente el error no es el problema. La causa más común que puede dar lugar a una defensa de tipo cultural es la *cultural compulsion* también llamada *cultural dictation*, que describe un estado en el que la persona actúa de forma contraria a derecho, bajo la influencia irresistible de un mandato cultural. Los autores *compelidos* culturalmente se

¹⁴⁷³ VAN BROECK; *Cultural Defence*; pp. 1-2.

¹⁴⁷⁴ VAN BROECK; *Cultural Defence*; p. 5.

¹⁴⁷⁵ *The Cultural Defense in the Criminal Law*; Harvard Law Review; p. 1293.

¹⁴⁷⁶ TORRY; *Multicultural jurisprudence*; p. 127.

enfrentan a una disyuntiva, al tener que elegir cumplir la ley o violar un mandato cultural; ese mandato y el derecho colisionan de manera irreconciliable. Finalmente, prevalecen los dictados culturales, porque el precio de incumplir estos excede los costos de la sanción legal¹⁴⁷⁷.

Desde un punto de vista reactivo a la *cultural defenses*, SHEYBANI pone de resalto que existen dos puntos de vista en conflicto, en torno a las *cultural defenses*¹⁴⁷⁸. Según el criterio tradicional, todo el mundo debe actuar conforme a derecho y la ignorancia de la ley no excusa por su no observancia. Para mostrar este punto de vista trae a colación un viejo caso resuelto a mediados del siglo XIX, en el Reino Unido, –“REGINA v. BARRONET”¹⁴⁷⁹–, en el que se afirmó que las personas que llegaban al país como asilados debían obedecer las leyes del Estado y alegrarse de que se los colocara en la misma situación que a los nacionales. También se sostuvo que los extranjeros debían ser tratados del mismo modo que los nacionales y que la ignorancia de la ley que afectaba a un nacional no podía excusar de un delito y no podía ser invocada a favor de un extranjero. Finalmente, se agregó que hacer diferencias respecto de los extranjeros sería una práctica sumamente peligrosa, porque era fundamental que la administración del derecho fuera pareja para todos.

Desde esa forma de entender la cuestión, se ha creído que aplicar el derecho penal estadounidense tendría un efecto disuasorio para los extranjeros. SHEYBANI pone el ejemplo de los *hmong* o miao quienes, luego del estigma que les provocó el arresto y la imputación por rapto y secuestro a uno de sus miembros, reconocieron que no podían continuar con su forma tradicional de exigir matrimonio. La comunidad, por muy arraigada que haya estado a sus costumbres, debió adaptar sus patrones culturales a los conceptos de igualdad entre los sexos que estaban en desarrollo en Estados Unidos. A través de la penalización –según SHEYBANI– indirectamente se informó a los *hmong* que tenían que adecuarse a esos conceptos. El sistema de justicia criminal instruye a los extranjeros de que sus actos constituyen un comportamiento social inaceptable y contrario a las políticas públicas del Estados Unidos¹⁴⁸⁰.

Los detractores de las *cultural defenses* sostienen que el reconocimiento de este tipo de argumentos puede socavar los propósitos del sistema de justicia criminal, puesto que debe reinar consistencia y equidad en la aplicación de la ley. He ahí la razón por la que la ignorancia de la ley no excusa. Afirman también que permitir las *cultu-*

¹⁴⁷⁷ TORRY; *Multicultural jurisprudence*; p. 127. TORRY se ocupa de remarcar que, a su juicio, es equivocado la frecuente discusión sobre la *cultural defense* con base en la cuestión de la asimilación cultural, cuando la médula del problema pasa por la noción de *cultural dictation* (p. 130-144 y 152-154).

¹⁴⁷⁸ SHEYBANI; *Cultural Defense: One Person's Culture Is Another's Crime*; pp. 779-782.

¹⁴⁷⁹ “REGINA V. BARRONET”, 169 Eng. Rep. 633 (Q.B. 1852), citado por SHEYBANI; *Cultural Defense*; p. 779.

¹⁴⁸⁰ SHAYBANI; *Cultural defense*; pp. 780-781.

ral defenses equivaldría a condonar la práctica cultural que es delictiva para el derecho del Estado, con menoscabo de los fines preventivos y de protección el sistema penal¹⁴⁸¹.

También se han pronunciado en contra otras voces, al amparo de argumentos diversos. Entre ellos, el hecho de que el derecho penal cuenta con otras herramientas para solventar los conflictos culturales a los que la inmigración da lugar; la dificultad para definir los términos “cultura” y “grupo cultural”; la potencial reducción del efecto educativo del derecho penal en el comportamiento de los inmigrantes, quienes no podrían llegar a conocer las reglas del país de adopción ni conformar su conducta con las mismas; la injusticia respecto de la mayoría a la que se le aplicaría la máxima general de que la ignorancia no excusa y la violación al principio de legalidad¹⁴⁸². También se ha objetado que lo que se considera una cultura específica muy frecuentemente está basado en el prejuicio, ya que, en muchas ocasiones, la identidad cultural es impuesta a los grupos minoritarios por la mayoría en el afán de sostener y mantener la exclusión¹⁴⁸³.

La contracara de este modelo restrictivo de interpretación de las *cultural defenses* es que implica la desaparición o el desconocimiento de los valores culturales de los extranjeros. Sin embargo, en muchos aspectos las culturas extranjeras pueden enriquecer y contribuir a la vida del país¹⁴⁸⁴.

Desde el lado opuesto al punto de vista tradicional, las *cultural defenses* también son abordadas desde una mirada moderna que apoya el reconocimiento de la cultura extraña del imputado y la aplicación del derecho de su país, en los procesos penales. El punto de consenso general de esta forma moderna de ver la cuestión estriba en que, al valorar la *mens rea* (o la parte subjetiva) de la conducta del imputado, los tribunales no pueden dejar de considerar sus creencias culturales. Los defensores de esta postura argumentan que la cultura de pertenencia del imputado está estrechamente ligada con su estado mental y anímico al momento de los hechos. Es por eso que

¹⁴⁸¹ KIM; *The cultural defense*; p. 139.

¹⁴⁸² SAMS; *The Availability of the "Cultural Defense"*; pp. 352-355.

¹⁴⁸³ Sobre esta compleja problemática en Estados Unidos, ver CHIU; *The Cultural Defense*; pp. 1098 y ss. En contra de ese argumento, VAN BROECK; *Cultural Defence*; p. 10.

¹⁴⁸⁴ Así, dice SHEYBANI que las generaciones más viejas de los *hmong*, cuyos niños ya se han criado “norteamericanizados”, son una gente única debido a sus fuertes lazos sociales. Además, el respeto por el individuo y sus costumbres es parte esencial de los derechos humanos. En consecuencia – continúa SHEYBANI– son fundamentales los programas para educar a los refugiados y los inmigrantes en materia de derecho y costumbres de Estados Unidos. En esa línea, es deseable una acercamiento menos coercitivo a la hora de educar a los inmigrantes, para que les resulte menos traumático y más fácil internalizar el sistema de justicia criminal. Por ejemplo, hay que tratar de ayudarlos a discernir qué cambiar y qué preservar de sus propias culturas (*Cultural defense*; p. 781-782).

SHEYBANI considera que tomar en cuenta la pertenencia cultural del sujeto constituye una decisión que integra la equidad al valorar la conducta¹⁴⁸⁵.

No obstante, TORRY se ha preguntado qué beneficio puede obtener el imputado a través de la *cultural defense*: a lo sumo, una excusa parcial que se traduzca en una pena reducida, salvo en los casos límite. El derecho no está dispuesto a conceder más que esto, porque los mandatos culturales desafían el modelo de autonomía y racionalidad en torno a los que pivotea la sociedad arraigada en el derecho y la filosofía occidentales¹⁴⁸⁶. Además, si de todos los ciudadanos sumamente leales a sus culturas de pertenencia, solo una pequeña porción infringe la ley, no se comprendería bien por qué el infractor debería estar en una situación legalmente más beneficiosa que el resto¹⁴⁸⁷.

Si bien en general –como ya se ha anticipado– los tribunales de los Estados Unidos no reconocen específicamente las *cultural defenses*, la jurisprudencia norteamericana registra varios antecedentes en los que, ante conflictos normativo-culturales, fueron invocadas, con suerte diversa. Muchos de esos casos son bien conocidos en la doctrina que se ha ocupado de la materia; no obstante, vale la pena hacer un repaso por algunos de ellos, para mejor ilustrar la cuestión y dar una visión acabada del estado de la cuestión del derecho penal y el multiculturalismo.

α) Un refugiado afgano fue sorprendido por una niña vecina, cuando besaba el pene de su pequeño hijo de tan solo un año y medio de edad¹⁴⁸⁸. Cuando la niña le contó a su propia madre lo que había visto y en atención a que la mujer ya había tenido oportunidad de ver una foto de un álbum familiar de los vecinos en la que el hombre también besaba el pene del niño, formuló la denuncia policial.

A raíz de la denuncia, se libró una orden de entrada en el domicilio, que fue cumplida por personal policial y por asistentes sociales, quienes buscaron en la casa de la familia afgana una fotografía que evidenciara contacto sexual entre el padre y el hijo; efectivamente fue hallada en un álbum familiar. Ante ese hallazgo, el padre afgano reconoció que el de la foto era él y explicó que besar el pene del propio hijo era una costumbre o hábito normal en su medio cultural e incluso agregó que era muy probable que su vecina lo hubiera visto haciendo tal cosa. El hombre fue arrestado e imputado de los cargos de abuso sexual agravado (*gross sexual assault*).

En el ejercicio de la defensa ante el tribunal de juicio, se apeló al instituto de la insignificancia (*de minimis statute*), a cuyos efectos se convocó a una serie de

¹⁴⁸⁵ SHAYBANI; *Cultural defense*; p. 782.

¹⁴⁸⁶ TORRY; *Multicultural jurisprudence*; p. 129.

¹⁴⁸⁷ TORRY; *Multicultural jurisprudence*; p. 129.

¹⁴⁸⁸ "STATE v. KARGAR", 679 A2d 81 (Me 1996); [<https://h2o.law.harvard.edu/cases/1940>]; última consulta: 21/01/2017.

testigos, todos recientes emigrantes de Afganistán, quienes dieron cuenta de la habitualidad de la costumbre de besar el miembro viril de los hijos pequeños, como muestra de cariño. Además explicaron que con la misma intención, tanto se besaba el pene de los niños como se lo introducía completamente en la boca del padre, sin ningún tipo de connotación sexual, y agregaron también que, para el derecho musulmán, cualquier actividad de contenido sexual de un mayor con un menor tenía por castigo la pena de muerte. Todo ello fue avalado por el dictamen pericial de un experto académico en culturas de Medio Oriente, lo que se enfocaba a demostrar la ausencia de contenido sexual en la conducta del padre.

Después de oír a los testigos y al perito, el tribunal de juicio no hizo lugar a la moción del imputado y lo condenó por dos hechos de abuso sexual agravado. Sin embargo, la Corte Suprema del Estado de Maine, después de analizar la norma que regulaba el instituto de la *de minimis defense*¹⁴⁸⁹, concluyó que, conforme la letra de ley, era claro que la conducta del imputado se encuadraba en cualquiera de las previsiones que obligaban a desestimar la acusación. Dio, por tanto, la razón a la defensa, en cuanto a que el tribunal de juicio no se había ajustado a derecho al no dar relevancia al medio cultural del imputado, a la escasa lesividad del hecho y a la ausencia de intencionalidad¹⁴⁹⁰. En efecto, el tribunal de juicio no había tenido en consideración todo el espectro de factores relevantes para resolver el caso y había errado en cómo aplicar el instituto de la insignificancia. El tribunal se había centrado en determinar si la conducta imputada que objetivamente encuadraba en la definición de abuso sexual agravado (*gross sexual assault*) servía para anular los efectos de la *de minimis*. Sin embargo, esa forma de analizar la cuestión era incorrecta, pues la clave no era determinar si la conducta encuadraba en una previsión legal que la criminalizara –lo cual era obvio–, sino establecer si esa conducta que efectivamente se encuadraba en las previsiones penales –en nuestro sistema, era por lo menos típica–, constituía lo que había tenido en mira el legislador cuando había diseñado el delito. La previsión legal de la insignificancia era entonces una válvula para interpretar aquellas circunstancias que habían escapado a la previsión o que no habían sido tenidas en cuenta por el legislador, para aplicarla a

¹⁴⁸⁹ En el Estado de Maine, dicha norma está prevista en los siguientes términos:

1. *The court may dismiss a prosecution if, (...) having regard to the nature of the conduct alleged and the nature of the attendant circumstances, it finds the defendant's conduct:*
A. *Was within a customary license or tolerance, which was not expressly refused by the person whose interest was infringed and which is not inconsistent with the purpose of the law defining the crime; or*
B. *Did not actually cause or threaten the harm sought to be prevented by the law defining the crime or did so only to an extent too trivial to warrant the condemnation of conviction; or*
C. *Presents such other extenuations that it cannot reasonably be regarded as envisaged by the Legislature in defining the crime.*

¹⁴⁹⁰ Aclaremos que tratamos de efectuar la traducción adecuando los términos a las categorías jurídicas del derecho penal continental.

aquellos casos en los que el recurso al código penal condujera a un resultado conforme la letra de la ley, pero intolerable (*ordered but intolerable*).

Para la Corte estadual, la conducta del padre afgano no había estado en el horizonte del legislador cuando creó la figura de *gross sexual assault*, en tanto no había tenido nada de “sexual”, sino que se había tratado de una práctica aceptada en su cultura. Si bien reconoció que era difícil para ellos como sociedad –se refería a la sociedad de pertenencia del propio tribunal– separar la conducta del imputado de sus nociones de abuso sexual, esa dificultad no debía traducirse en una condena por la comisión de un delito grave¹⁴⁹¹, que incluso en suspenso traería al reo consecuencias muy gravosas como quedar asentado en los registros de personas con antecedentes de delitos sexuales. Además, tuvo en cuenta que desestimar la acusación en el caso concreto causaría un mínimo daño social. Como consecuencia, el padre afgano fue absuelto.

β) Una ciudadana norteamericana, pero de origen japonés, intentó cometer un suicidio paterno-filial (en japonés, *oyako-shinju*), por motivos de honor¹⁴⁹². En efecto, diez días después de haberse enterado de que su marido había sostenido una relación con una amante durante más de tres años, la mujer decidió internarse en el mar con sus dos hijos de seis meses y cuatro años de edad, respectivamente, para verse librados de la vergüenza y la humillación causada por la relación extramatrimonial de su cónyuge y por tener que asumir un divorcio. Los dos niños murieron y la madre fue salvada por unos pescadores. La defensa argumentaba que, en la cultura japonesa, la madre que se suicidaba abandonando a sus hijos pequeños era mucho más duramente criticada que la que se quitaba la vida a sí misma y también a sus niños; además, en ese marco cultural, la muerte era preferible a enfrentar una severa humillación, por lo que el suicidio era visto como una decorosa forma de eludir la afrenta del descrédito social.

El suicidio paterno-filial de la tradición japonesa era, hasta entonces, prácticamente desconocido en California, donde los hechos habían tenido lugar, a pesar de la numerosa presencia de ciudadanos asiáticos que se asentaron allí, especialmente desde 1975, como refugiados, tras la toma del poder por parte del comunismo en Vietnam. Sin embargo, más allá de que este tipo de casos no habían estado presentes en los foros judiciales hasta ese momento, el choque cultural en la vida cotidiana de la región existía. De hecho, muchos asiáticos llegados como inmigrantes y refugiados en ese contexto histórico habían tenido dificultades para asimilar y aprender la cultura y el

¹⁴⁹¹ “Although it may be difficult for us as a society to separate Kargar’s conduct from our notions of sexual abuse, that difficulty should not result in a felony conviction in this case”.

¹⁴⁹² “PEOPLE v. FUMIKO KIMURA”, N° A-091133 (Cal. Sup. Ct. 1985).

derecho americanos. Así, comenzaron a aparecer problemas legales cuando esos inmigrantes adherían a prácticas que eran actos ilegales en Estados Unidos.

La defensa, en ese sentido, hizo una invocación del derecho japonés, que consideraba a ese tipo de sucesos como homicidio involuntario, la defensa solicitó que así fuera tratado el caso. De aceptarse la moción, a la imputada le cabría una pena leve de cumplimiento en suspenso. Tras las pericias psiquiátricas y un acuerdo con el fiscal, la calificación legal de asesinato en primer grado (*murder*) fue reducida a homicidio involuntario, por lo que solo fue condenada a un año de prisión, *probation* y se le recomendó efectuar tratamiento psiquiátrico.

Durante el juicio, fiel al punto de vista tradicional de rechazo de las *cultural defenses*, el fiscal sostuvo que el homicidio de los niños debía ser considerado asesinato en los Estados Unidos y no ser mitigado en base a estándares legales o culturales de otros países. El tribunal efectivamente rechazó la aplicación del derecho japonés y la cultura de la imputada. El fiscal también sostuvo que resolver en virtud de estándares culturales sería peligroso, porque la sociedad norteamericana estaba compuesta de muchas culturas diferentes y era muy difícil trazar una línea divisoria entre ellas; los miembros de todas esas culturas estaban viviendo en el país y su gente debía atenerse al derecho del país, puesto que de otro modo se caería en la anarquía.

Frente a ello, cuatro mil miembros de la comunidad japonesa de Los Ángeles firmaron una petición solidarizándose con la imputada solicitando que no se le aplicara el derecho norteamericano, sino el japonés. Alegaron que las conductas que se le atribuían eran producto de la costumbre y de la crianza japonesas; pues en Japón el hecho no habría sido calificado como asesinato.

Hay que decir también que, increíblemente, el abogado defensor de la mujer, lejos de diseñar una estrategia de defensa basada en motivos culturales, fue quien introdujo la cuestión de un trastorno mental transitorio al tiempo de los hechos, poniendo sobre el tapete precisamente que este tipo de casos muestran hasta qué punto puede llegar el abismo cultural entre los miembros de una sociedad multicultural. En este caso, la brecha existió, nada más y nada menos, que entre defensor y defendida; y el tribunal aceptó la tesis de la defensa para admitir la calificación de homicidio involuntario.

RASHMI, ha afirmado que al plantear el trastorno mental transitorio de la mujer, quien solo había actuado conforme a sus patrones culturales, el letrado planteó también el trastorno mental de toda la cultura japonesa, lo que no solo era ofensivo, sino dañino¹⁴⁹³. Por su parte, SHEYBANI, en un artículo a propósito de las *cultural de-*

¹⁴⁹³ RASHMI dedica un artículo completo a los dilemas éticos que planteó tal estrategia del abogado defensor, en cuyos párrafos iniciales expresa: “[w]hat does it say when a lawyer asserts in court, and

fenses escrito justamente a partir de este caso y del que se tratará a continuación¹⁴⁹⁴, llega a la conclusión de que el tribunal debió recurrir a un supuesto desequilibrio psiquiátrico de la imputada, para poder resolver la conflicto que suscitaba la norma cultural. Sin embargo, considera que habría habido otro camino jurídicamente más adecuado para arribar a un resultado similar, que –agregamos– habría sido bastante parecido al que se utilizó para resolver el caso del padre afgano. En principio, SHEYBANI comparte la idea que, si la cultura y el derecho de cada extranjero fuera el factor determinante de lo que estuviera bien y de lo que estuviera mal, se viviría en estado de anarquía. Hace falta uniformidad en el derecho y el imputado debería ser penalizado por el daño que ha infligido. Sin embargo, en aras de reconciliar los diferentes puntos de vista y preocupaciones de las políticas públicas, efectúa la concesión de que las creencias culturales del imputado deberían mitigar el castigo, especialmente cuando fuera primario. En ese sentido, su estado motivacional debería ser dirimente en la determinación de su culpabilidad.

En el caso de la madre americano-japonesa –continúa SHEYBANI– el tribunal cambió la calificación de asesinato a homicidio involuntario, afirmando que la mujer había sufrido un trastorno mental al tiempo de la tentativa de suicidio. Sin embargo, se podría haber apelado a la pertenencia cultural de la imputada, prevista en el instituto legal de la *de minimis* defense, llegando al mismo resultado de calificar por *manslaughter*, pero sin forzar la situación. Es decir, se habría tratado de una aproximación preferible a la reducción de la escala penal, sin necesidad de construir la ficción legal de que había padecido un trastorno mental, cuando solo había adherido a sus valores culturales¹⁴⁹⁵. SHEYBANI agrega la observación de que, a la postre, se alcanzó el mismo resultado que si el caso se hubiese decidido ante un tribunal japonés. Es decir que se aplicaron diferentes medios para llegar al mismo fin¹⁴⁹⁶.

KIM considera que, sin reconocerlo, sino de manera elíptica, la defensa de tipo cultural fue aceptada. La imputada claramente había intentado matar a sus hijos y quitarse su propia vida. Además, había tomado un autobús para llegar al lugar donde tenía decido emprender la acción a la postre imputada; había dejado el cochecito del niño más pequeño al borde del camino, porque seguramente ya no lo precisaría. En base a todo eso, KIM considera que, sin el contexto cultural, su comportamiento habría sido indicativo de una acción deliberada y premeditada de asesinato. En consecuencia,

even convinces the judge to hold, that a widely held cultural belief is in fact insane? Do the ramifications of such a strategy matter? Such creative lawyering raises a host of ethical problems, not only because of its implications for the community but, foremost, because of its implications for the client". (RASHMI; *Can I Call Kimura Crazy?*; pp. 443-444).

¹⁴⁹⁴ SHEYBANI; *Cultural Defense*; pp. 751-783. También se ocupó de este caso, entre muchas otras publicaciones a las que dio lugar, RASHMI; *Can I Call Kimura*; pp. 443-464.

¹⁴⁹⁵ SHEYBANI; *Cultural Defense*; pp. 782-783.

¹⁴⁹⁶ SHEYBANI; *Cultural Defense*; p. 762.

aunque el fiscal lo haya negado, el argumento cultural fue efectivamente acogido, aunque no formalmente reconocido por el tribunal. Fueron el argumento cultural y la prueba respectiva sobre la existencia y práctica del suicidio paterno-filial en Japón los elementos que permitieron establecer que la madre había sufrido un trastorno mental, al momento de los hechos¹⁴⁹⁷.

y) Un inmigrante procedente de Laos secuestró y cometió lo que luego se interpretó como abusos sexuales sobre su prometida, al tener relaciones sexuales con ella sin su consentimiento. El hombre había obrado con la intención de llevar a cabo un ritual matrimonial tradicional de la tribu de los *hmong*, a la que pertenecían ambos novios¹⁴⁹⁸. Se trataba del casamiento por captura (*marriage by capture*, para los antropólogos; *zij poj niam*, en *hmong mien*), que es una forma legítima de práctica matrimonial.

Esa costumbre *hmong*, consiste en que el hombre emprende un flirteo ritual, que es respondido por la mujer con una señal de aceptación al cortejo. Luego el pretendiente debe conducir a la novia al hogar familiar de aquel, para consumar la unión. Conforme la tradición, la mujer debe ofrecer una falsa resistencia, protestando con llantos y lamentos, diciendo que no está todavía lista; si no hace suficientes manifestaciones de rechazo, es vista como poco virtuosa e indeseable. Por su parte, del hombre se espera que ignore las objeciones simuladas de su prometida y que con rudeza la conduzca al dormitorio y consuma el matrimonio; si el varón no es lo suficientemente decidido y enérgico para tomar la iniciativa, ella tiene el derecho de considerarlo demasiado débil para ser su marido.

El inconveniente que se dio en este caso fue que la resistencia de la novia no fue simulada, por lo que el hombre fue denunciado y se le formularon cargos por abuso sexual. En su defensa en el juicio, invocó su buena fe al creer que los hechos se habían desarrollado con pleno respeto a la tradición cultural de su comunidad. Alegó que había recibido múltiples signos de quien había acabado denunciándolo, que lo habían llevado a creer que la chica no tenía objeciones para llevar a cabo el ritual matrimonial, entre las que citó el intercambio de cartas y de manifestaciones de afecto, que lo habían llevado a creer que la muchacha quería casarse con él.

En este supuesto –a diferencia de lo que ocurrió el mismo año 1985 con relación a la madre japonesa–, la *cultural defense* fue aceptada por el tribunal, que redujo la calificación legal de raptó (*rape*) a una figura de privación ilegítima de libertad (*false imprisonment*), con base en el instituto del error de hecho. Ello le valió al imputado una

¹⁴⁹⁷ KIM; *The cultural defense*; p. 118.

¹⁴⁹⁸ "PEOPLE v. MOUA", N° 315972-0 (Fresno County, 1985).

condena a pena de prisión de ciento veinte días y una multa, de la cual el noventa por ciento fue entregada a la víctima como indemnización.

δ) Un inmigrante chino mató a su mujer de ocho martillazos en la cabeza, luego de que esta reconociera que había tenido relaciones extramatrimoniales con otro hombre¹⁴⁹⁹. En la cultura china, el marido está obligado a reaccionar ante un adulterio, puesto que de lo contrario es visto como débil y fracasado. Además, el divorcio es considerado una vergüenza pública. El imputado hacía tan solo un año que residía en Estados Unidos, únicamente en contacto con miembros de la colectividad china, y afirmaba que el homicidio había sido la forma de contrarrestar la humillación a la que lo había sometido su mujer a los ojos de su entorno social.

Durante el juicio, fue imputado por asesinato en segundo grado (*murder*), pero la defensa solicitó el cambio de calificación a homicidio voluntario (*voluntary manslaughter*), a partir de la excusa de *provocation* e, incluso, la reducción a homicidio involuntario (*involuntary manslaughter*), fundada en que la pertenencia cultural del imputado se había traducido en una *diminished capacity* para formular la voluntariedad propia del homicidio premeditado¹⁵⁰⁰.

La *cultural defense* tuvo acogida parcialmente favorable, puesto que se tradujo en una calificación legal más beneficiosa de *second degree manslaughter*; esto significa que se entendió que no había tenido intención de matar a su esposa, sino que había actuado de forma no premeditada. Después de escuchar testimonios acerca de que el adulterio en China era considerado como signo de debilidad del marido, el juez entendió que la pertenencia cultural no excluía la responsabilidad, pero, en el caso, había constituido un factor desencadenante de la reacción violenta. El imputado fue condenado por homicidio en segundo grado, pero no se le aplicó pena de prisión, sino cinco años de *probation*.

Nuevamente es interesante poner el foco en un aspecto de la defensa llevada adelante por el abogado del imputado. La base de la defensa no era sostener que matar a la esposa en China estuviera bien, sino la presión emocional que la pertenencia cultural le había causado el imputado; es decir su estado mental (*state of mind*) al momento del hecho. Según el letrado, presiones culturales habían llevado al imputado a un estado mental extremo de capacidad disminuida, que hacían que el hecho no fuera susceptible de ser encuadrado en la figura de *murder*.

La sentencia recaída en este caso fue bastante cuestionada por los detractores de las *cultural defenses* y de la *cultural evidence*, por ser vista como desalentador

¹⁴⁹⁹ "PEOPLE v. CHEN", nº 87-7774 (Sup. Ct. N.Y. County, Dec 2, 1988).

¹⁵⁰⁰ KIM; *The cultural defense*; p. 119.

de la prevención a la que el sistema penal debería estar orientado. El rechazo de ese tipo de excusas en procesos de violencia doméstica, en esta perspectiva, podía ser la vía para hacer entender a los miembros de la colectividad vietnamita radicada en California que, aunque ese tipo de conductas estuvieran permitidas en Vietnam, no lo estaban en Estados Unidos. Visto de ese modo, las críticas al caso que se comenta le atribuyeron la posible consecuencia negativa de que, al darse cabida a la *cultural defense* para justificar el asesinato de la esposa adúltera, se pudiera hacer temer a las mujeres asiáticas que el sistema penal no estuviera dispuesto a protegerlas de sus maridos violentos. Así, se podrían volver reacias a denunciar incidentes domésticos¹⁵⁰¹.

Tanto este caso como el de la madre japonesa comentado en α), han llevado a KIM a manifestar que, en ambos, la *cultural evidence* fue mal empleada. Esta autora marca la diferencia existente entre *cultural defense* y *cultural evidence*¹⁵⁰². Esta última es lo que debe acreditarse en el proceso para determinar que el imputado perteneciente o motivado por una cultura diversa careció de la *mens rea* de las figuras más gravosas en las que su conducta podría encuadrar. En cambio, en estas dos sentencias, se usó la evidencia cultural –testigos, dictámenes de expertos en culturas orientales¹⁵⁰³, etc.–, incluso sin admitirlo formalmente, para probar trastorno mental transitorio de la madre, en uno, y la concurrencia de imprudencia, en el otro. En cambio, en opinión de KIM, tendría que haber servido para mostrar cómo el factor cultural había determinado un estado mental (*heat of passion* o *rage*) distinto de la *mens rea* requerida para el delito imputado. De ese modo, en ambos precedentes se habría llegado a suavización de la calificación legal; pero sin desconocer que la madre había premeditado su hecho y que el marido había obrado dolosamente al dar ocho martillazos en la cabeza a su mujer, lo que era incompatible con la figura de *manslaughter*¹⁵⁰⁴.

ϵ) A un padre y a un hijo refugiados políticos laotianos pertenecientes a la etnia *mien* se les interceptó un paquete postal con 570 gramos de opio y, más tarde, al

¹⁵⁰¹ KIM; *The cultural defense*; p. 112.

¹⁵⁰² Explica esa diferencia en las siguientes palabras: “*The "cultural defense", as it is commonly called, is a legal strategy that uses evidence about a defendant's cultural background to negate or to mitigate criminal liability (with a concomitant sentence reduction). This Article advocates the formal adoption of an evidentiary framework which would permit cultural evidence to be admitted to explain the defendant's state of mind at the time of the offense. Such a limited use of the cultural "defense" would be used, not to establish a new substantive criminal defense, but to establish the elements of traditional criminal defenses. Thus, cultural evidence would be used in the same way that other types of evidence are used to establish the defendant's state of mind at the time the crime was committed*” (KIM; *The cultural defense*; pp. 102-103). En contra de la necesidad imperiosa de la *cultural evidence* para que proceda la *cultural defense* y crítico de los riesgos que supone dejar al arbitrio de los jueces la procedencia de este tipo de defensas, TORRY; *Multicultural jurisprudence*; p. 129.

¹⁵⁰³ En los procesos norteamericanos por delitos cometidos por motivaciones culturales es frecuente que se convoque como peritos a antropólogos especializados en diversidad cultural o en culturas determinadas, para establecer el grado de condicionamientos cultural del imputado.

¹⁵⁰⁴ KIM; *The cultural defense*; pp. 118-121.

realizarse un registro domiciliario, se les descubrieron 1460 gramos más¹⁵⁰⁵. Según invocaron en su defensa, todo ese opio era para consumo personal, ya que la cultura *mien* promueve el uso del opio con fines medicinales.

Si bien fueron imputados por el delito de *conspiracy to import opio* que tenía prevista una pena de prisión de cuarenta y uno a cincuenta y un meses, tras un pacto, la pena fue significativamente menor, en razón de que el tribunal tuvo en cuenta la incidencia del referido factor cultural en la comisión del hecho. En efecto, se afirmó que el uso de la sustancia era parte integral de la cultura *mien*. Sin embargo, la pena que recibió cada uno de ellos no fue la misma. El padre, quien tenía cincuenta y un años de edad al momento de la sentencia, durante su infancia en Laos había cultivado opio y, al igual que todos los miembros de su comunidad, siempre lo había usado para aliviar sus dolores artríticos y de piernas. El hombre fue condenado a ocho meses de régimen de semi-libertad (*half way house*); mientras que su hijo, de veintiséis años, fue condenado a dieciocho meses de cumplimiento efectivo. La diferencia entre ambas condenas radicó en que el hijo, quien había llegado a Estados Unidos cuando tenía ocho años, había cursado casi toda su educación formal en ese país; el padre, en cambio, no había recibido educación formal ni en Estados Unidos ni en Laos. En base a esa diferencia se cuantificaron las penas de manera diversa¹⁵⁰⁶.

Como puede apreciarse a partir del análisis de todos los casos que se han comentado hasta aquí –reconociéndolo abiertamente o sin hacerlo– los tribunales han receptado las *cultural defenses*, por lo que se trata de decisiones judiciales que han hecho gala de la aplicación del modelo multicultural.

¹⁵⁰⁵ “US v. SAETURN, n° 9-20085 (N.D. Cal. 1992). Este caso es abordado por CLINTON, Olabisi L.; *Cultural differences and sentencing departures*; en “Federal Sentencing Reporter; Vol. 5; No. 6; Local Conditions; May/June 1993; pp. 348-352. También es comentado por ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente motivados*; p. 196.

¹⁵⁰⁶ Por fuera de los ejemplos provistos por la jurisprudencia de los Estados Unidos, VAN BROECK trae a colación un caso registrado en los Países Bajos, en el que un hindú fue sorprendido arrojando basura a un río, conducta que conforme regulaciones ambientales era considerada una forma de contaminación. El imputado alegó que no se trataba de basura, sino de madera y flores incinerados, que eran los restos de una ceremonia recordatoria de un difunto, que de acuerdo a la costumbre hindú, debían ser lanzados a una corriente de agua (*Cultural defence*; p. 4). Por su parte, FOLETS menciona un caso que habría ocurrido en la década de 1980 en Flandes, en el que una madre africana habría ahogado a su bebé recién nacido, porque era albino (*Los delitos culturales*; p. 288). Si bien de ninguno de los dos antecedentes los autores mencionados aportan mayores datos que permitan consultar jurisprudencia, sí ilustran sobre las variedades y posibilidades de que continuamente vayan teniendo lugar hechos que pongan de relieve, de las formas quizás menos pensadas, la colisión entre los valores culturales que respaldan la conducta y los que la sancionan.

III. B) 3. ¿Cultural defenses en Europa?

III. B) 3. i) Referencias generales.

Como ya hemos comentado en el capítulo I, en los Estados multiculturales la diversidad puede gestionarse a través de diferentes modelos. En Europa, los dos modelos más significativos son el asimilacionista, identificado directamente con Francia, y el propiamente multicultural, que es el que caracteriza al Reino Unido. Tras esos modelos, con sus más y sus menos, se han alienado los demás países de tradición continental.

Una característica fundamental del modelo asimilacionista –que, efectivamente, se verifica en Francia– es la ausencia de una previsión en la parte general del derecho penal para resolver el conflicto originado en la colisión de una norma oficial con otra de pertenencia cultural. La falta de una cláusula sobre ese particular se explica en razón del principio de igualdad formal que es pilar del Estado francés, conforme al cual está vedada toda distinción de tratamiento entre los ciudadanos, basada en la diferencia de origen cultural.

Sin embargo, ROCA DE AGAPITO¹⁵⁰⁷ señala que, excepcionalmente, la jurisprudencia francesa sí ha dado cabida a argumentos de corte cultural a favor del imputado, al absolver o a mitigar la sanción penal, mediante el recurso a diferentes institutos sustantivos, en particular con relación a algunos casos de mutilaciones genitales femeninas. De todos modos, la exigua cantidad de casos en los que ello ha sucedido no significa una merma de la fortísima intensidad del modelo asimilacionista que caracteriza a Francia.

En el lado diametralmente opuesto de los modelos de gestión de la diversidad, se ubica el multiculturalismo, cuyo máximo exponente es el Reino Unido. Sin embargo, este tipo de gestión carece también de una norma general que prevea una solución para los conflictos penales de raíz cultural. En este caso la explicación de la ausencia de una cláusula general ya no pasa por el principio de igualdad, sino por el hecho de que la tolerancia multicultural no es ilimitada, sino que tiene un coto en los derechos fundamentales del individuo, que alcanzan máxima expresión en el terreno penal. Vale la pena llamar la atención de que no es otra cosa que lo que se ha venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, en punto a la necesidad de límites a aquello que el pluralismo requiere y hasta exige tolerar y a por dónde debe trazarse la línea divisoria entre aquello que se está dispuesto a permitir que suceda y aquello otro que será descartado de plano y que, de suceder, será merecedor de sanción penal.

¹⁵⁰⁷ ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; p. 197.

Ya hemos adelantado que todo aquello que vaya en contra del núcleo duro de derechos fundamentales de las personas –derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, a la libertad sexual, a la infancia– no podría estar nunca legitimado, siquiera mediante la invocación de otro derecho fundamental: el de la identidad cultural. Ello así porque los derechos fundamentales –en la opinión aquí sostenida– reconocen un orden jerárquico, en el que el derecho a la identidad cultural no puede estar al mismo nivel, por alto que esté emplazado, que aquellos otros que acaban de ser enumerados. Al menos no, para el derecho penal que es, en definitiva, lo que aquí interesa.

El Estado deberá rechazar toda violación a aquellos derechos ocurridas por motivos culturales, incluso si la víctima pertenece al mismo grupo de pertenecía cultural (contexto al que en estas líneas denominamos *la víctima como amigo*). Sobre todo porque, en la mayoría de los conflictos normativo-culturales –es decir, en los que más se han registrado en los anales de jurisprudencia penal– la víctima casi siempre es miembro del grupo. Sin embargo, el estado liberal y democrático de derecho no podría admitir ese tipo de violaciones de derechos fundamentales, siquiera mediando consentimiento de la víctima, de tener esta la madurez necesaria para prestarlo o de ser mayor de edad.

Por lo demás, tolerar violaciones a derechos fundamentales con el argumento de la pertenencia cultural compartida entre autor y víctima del delito sería borrar con el codo lo que se escribe con la mano, dado que luego en los foros internacionales los Estado reclaman y sostienen proyectos de erradicación de ciertas prácticas culturales que dan lugar a conflictos normativo-culturales. Eso no significa, desde luego, que no quepan –según las particularidades de cada caso a resolver, en pos de lograr una mejor integración cultural y de propender a salvar o restaurar la relación de autor y víctima– respuestas penales morigeradas.

Esos límites a la tolerancia en el modelo multicultural, a falta de una cláusula genérica, son entonces ejercidos ante los requerimientos casuísticos, en la resolución de conflictos concretos. Así, en algunos casos se admiten defensas de base cultural, que en otros se rechazan.

En otra parte¹⁵⁰⁸, se ha mencionado el tristemente célebre el caso de Shafiea Ahmed, sofocada con un bolsa plástica por su padres, quienes desde 2012 se encuentran condenados a prisión perpetua por la justicia del Reino Unido. El móvil del crimen fue haber vestido ropa occidental, lo cual traía escarnio a la familia. Causa fuerte impacto recordar las palabras que el juez interviniente dijo a los acusados: “su temor a pasar vergüenza en su comunidad fue más fuerte que el amor a su hija”. Y agregó:

¹⁵⁰⁸ Capítulo I. D).

el deseo de que ella viviera y apreciara el legado cultural de sus orígenes es perfectamente comprensible, pero la expectativa de que viviera en un ambiente cultural hermético, separado de la cultura del país de residencia, era una pretensión irreal, destructiva y cruel¹⁵⁰⁹.

Este rechazo a defensas culturales es casi una constante para dar respuesta a los llamados crímenes de honor¹⁵¹⁰, que siempre son cometidos contra miembros del propio grupo de pertenencia, la mayor parte de las veces hijas o hermanas de los autores. En palabras de KYMLICKA, serían claros casos de restricciones internas en los que se procura dominar y controlar a la mujer y a los niños, en materia de libertad sexual, elección de vestimenta, entre otras manifestaciones de violación a la autodeterminación; en definitiva, se trata de obligarlos a continuar siendo parte de la comunidad cultural de origen, sin que cuente si es su voluntad permanecer siendo uno más y, si lo es, de qué modo formar parte.

En cambio, las defensas culturales han sido acogidas frente a casos menos graves de afectación de derechos fundamentales que la privación de la vida, pero no para eximir de responsabilidad, sino para morigerarla¹⁵¹¹. Teniendo en cuenta que los modelos de gestión de la diversidad difícilmente se den en estado puro, la situación de España con relación a los conflictos normativo-culturales de los inmigrantes, parece situarla en el grupo de países que se han volcado por el multiculturalismo. En aval de su posicionamiento en esa línea, se suelen citar las leyes que autorizan el sacrificio de animales por razones culturales¹⁵¹²; los asuetos laborales y estudiantiles por festividades judías¹⁵¹³ y la prevalencia del derecho a la educación de las niñas sobre los reglamentos internos de los colegios, que se tradujo en que pudieran asistir con velo.

¹⁵⁰⁹ "Your concern about being shamed in your community was greater than the love of your child (...) [a] desire that she understood and appreciated the cultural heritage from which she came is perfectly understandable, but an expectation that she lived in a sealed cultural environment separate from the culture of the country in which she lived was unrealistic, destructive and cruel" (BBC England; 03/08/2012; [<http://www.bbc.com/news/uk-england-19068490>]; consultado el 22/01/2015).

¹⁵¹⁰ Ver otros casos citados en ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; p. 199.

¹⁵¹¹ Así se ha hecho en [Court of Appeal [2002] EWCA Crim 1607], citado en ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente motivados*; p. 198, en el que un padre y dos tíos secuestraron a una muchacha musulmana para convencerla de que culminara una relación sentimental con un hombre no musulmán. Se les aplicó la figura de la *conditional discharge*.

¹⁵¹² Art. 6.3 de la ley 32/2007, que reza:

3. Cuando el sacrificio de los animales se realice según los ritos propios de Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, y las obligaciones en materia de aturdimiento sean incompatibles con las prescripciones del respectivo rito religioso, las autoridades competentes no exigirán el cumplimiento de dichas obligaciones siempre que las prácticas no sobrepasen los límites a los que se refiere el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

¹⁵¹³ Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, cuyo art. 12 dispone:

1. El descanso laboral semanal, para los fieles de Comunidades Israelitas pertenecientes a la FCI, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general.

2. Las festividades que a continuación se expresan, que según la Ley y la tradición judías, tienen el carácter de religiosas, podrán sustituir a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los

La contracara de esa impronta multiculturalista es detectada por ROCA DE AGAPITO¹⁵¹⁴ en normas tales como la exigencia de un informe de integración para que los inmigrantes puedan renovar sus permisos de permanencia¹⁵¹⁵, como así también la sanción penal de la poligamia¹⁵¹⁶, que además impide el reagrupamiento familiar de los inmigrantes. Este tipo de normativa no solo busca hacer prevalecer –al margen de si se está de acuerdo con ello o no– el modelo matrimonial monogámico de tipo occidental, sino que no atiende a si, ya constituidas familias basadas en la poligamia, en especial si ya hay hijos nacidos de esas uniones, no sería más conveniente permitir la cercanía familiar con el padre, que normalmente es el proveedor del sustento de este tipo de grupos.

Sin embargo, tampoco España cuenta, en materia penal, con una cláusula general que prevea la forma de sortear los conflictos normativo-culturales que puedan surgir entre el derecho oficial y las normas culturales del inmigrante. De ese modo, las soluciones han de venir de la mano de institutos tradicionales de la dogmática penal,

Trabajadores, en su artículo 37.2, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de las personas a que se refiere el número anterior, y en los términos previstos en el mismo.

– Año Nuevo (Rosh Hashaná), 1.º y 2.º día.

– Día de Expiación (Yon Kippur).

– Fiesta de las Cabañas (Succoth), 1.º, 2.º, 7.º y 8.º día.

– Pascua (Pesaj), 1.º, 2.º, 7.º y 8.º día.

– Pentecostés (Shavuot), 1.º y 2.º día.

3. Los alumnos judíos que cursen estudios en centros de enseñanza públicos y privados concertados, estarán dispensados de la asistencia a clase y de la celebración de exámenes, en el día de sábado y en las festividades religiosas expresadas en el número anterior, a petición propia o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela.

4. Los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas, convocadas para el ingreso en las Administraciones Públicas, que hayan de celebrarse en sábado y en las festividades religiosas anteriormente expresadas, serán señalados, para los judíos que lo soliciten, en una fecha alternativa, cuando no haya causa motivada que lo impida.

¹⁵¹⁴ ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; pp. 200-201.

¹⁵¹⁵ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Artículo 31. Situación de residencia temporal (...)

7. Para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, se valorará en su caso:

a) Los antecedentes penales, considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad.

b) El incumplimiento de las obligaciones del extranjero en materia tributaria y de seguridad social.

A los efectos de dicha renovación, se valorará especialmente el esfuerzo de integración del extranjero que aconseje su renovación, acreditado mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma que certifique la asistencia a las acciones formativas contempladas en el artículo 2 ter de esta Ley.

Artículo 68. Coordinación de las Administraciones Públicas (...)

3. Con carácter previo a la concesión de autorizaciones por arraigo, las Comunidades Autónomas o, en su caso, los Ayuntamientos, emitirán un informe sobre la integración social del extranjero cuyo domicilio habitual se encuentre en su territorio. Reglamentariamente se determinarán los contenidos de dicho informe. En todo caso, el informe tendrá en cuenta el periodo de permanencia, la posibilidad de contar con vivienda y medios de vida, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales.

¹⁵¹⁶ Artículo 217 C.P. español:

El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

adaptados para resolver contrapuntos culturales. En la parte especial, en cambio, ya se hemos visto la tipificación de las mutilaciones genitales, con penas que pueden llegar hasta los doce años de prisión¹⁵¹⁷.

III. B) 3. ii) Algunos casos ante tribunales españoles.

Al tratar estos casos de conflictos a los que da lugar el multiculturalismo, hemos abordado particularmente la mutilación genital femenina y la circuncisión no terapéutica y hemos tenido ocasión de comentar algunos fallos de los tribunales españoles¹⁵¹⁸. En estos, en ocasiones, se ha formulado la posibilidad de exención de pena o de atenuación sobre la base de la motivación cultural. En realidad, se trata de una idéntica estructura argumental a las *cultural defenses*.

α. Respecto de la circuncisión religiosa, se tomó el caso que tuvo ocasión de resolver la Audiencia Provincial de Castellón¹⁵¹⁹, en el que se concluyó que el rito formaba parte del derecho de los padres a educar a sus hijos, careciendo de relevancia penal.

β. Sobre mutilación genital femenina, los registros de jurisprudencia dan cuenta, hasta ahora, de un único fallo –condenatorio–, que ha llamado bastante la atención de la doctrina especializada. Se trató de un caso¹⁵²⁰ en el que se tuvo por probado que un matrimonio oriundo de Gambia tuvo una beba en ese país. Pocos meses después, la niña y la madre entraron legalmente a España, donde ya se encontraba radicado el padre desde hacía diez años. Unos meses más tarde de afincada la familia completa en la provincia de Teruel y motivados en sus creencias religiosas y culturales, los padres se pusieron de acuerdo para que se practicara la extirpación del clítoris de su hija, aunque no se pudo probar si lo habían hecho ellos o una tercera persona. El padre sabía que en España era delito llevar a cabo tal práctica, circunstancia que era desconocida por la madre. Como consecuencia de la mutilación, la niña quedó con una cicatriz lineal no impeditiva de mantener relaciones sexuales, pero sí alterante de la capacidad de goce.

La Audiencia, partió del presupuesto de que se trataba de una restricción interna, al sostener que con la práctica de la mutilación se pretendía controlar la sexualidad de la mujer, que resultaba “detestable” para la sociedad española, aunque exami-

¹⁵¹⁷ Art. 149.2 del C.P. español.

¹⁵¹⁸ Capítulo I. D).

¹⁵¹⁹ Audiencia Provincial de Castellón, nº. 355/2006, de 21 de septiembre.

¹⁵²⁰ SAP Teruel, Secc. 1ª, 26/2011, de 15 de noviembre.

nó de las defensas de tipo cultural de ambos imputados. En efecto, sobre los hechos, la defensa de los padres había argumentado que la escisión había tenido lugar en Gambia, antes de que madre e hija llegaran a España, y que el rito había sido decidido por los abuelos de la niña, quienes la habían llevado a lo de un curandero que se la había practicado, sin que la madre hubiera podido tomar ningún tipo de decisión al respecto. Sin embargo, el tribunal tuvo por probado que la extirpación del clítoris había sido realizada una vez radicadas madre e hija en España. La cuestión no carece de relevancia en la argumentación de la defensa cultural, independientemente del tema de la extraterritorialidad a la que se hará referencia más tarde.

En cuanto al derecho, la defensa había invocado, con base en aquel relato fáctico, la concurrencia de varias causas de exención de responsabilidad: alteración en la percepción (art. 20.3 C.P.), miedo insuperable (art. 20.6 C.P.) y estado de necesidad (art. 20.5 C.P.), todo ello en razón de la pertenencia a una cultura diferente de la española, en la que la mutilación era moneda corriente. Estas razones jurídicas fueron desestimadas por el Tribunal, pues se consideró que no concurrían los requisitos que cada una de ellas exigía para su apreciación. A criterio de la Audiencia, el solo "peso de la tradición" invocado por el defensor era insuficiente para fundar la exención de responsabilidad. Una muestra era, para el tribunal, la existencia de dos disposiciones: el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España¹⁵²¹, y la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina¹⁵²².

La defensa había alegado, en este sentido, la existencia de un error de prohibición. El tribunal partió de la diferenciación entre las situaciones de ambos progenitores; para su análisis, el tribunal tuvo en cuenta que una de las funciones de la norma penal era la *motivación al ciudadano*, para que fuera fiel al derecho, ordenando su conducta de acuerdo a la norma general de convivencia. Con ese objetivo, la Audiencia descartó aplicar el error de prohibición respecto del padre, quien había reconocido en el juicio que "todo el mundo sabe que eso no se puede hacer en España". El tribunal tuvo

¹⁵²¹ Modificado por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, según el cual "[l]as normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas".

¹⁵²² Esa normativa, en lo pertinente, establece: "[e]l hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. La Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 2.º f prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres".

en cuenta que no era exigible que el autor conociera, de modo más o menos preciso, los preceptos legales, sino que bastaba con el conocimiento propio de un profano en la materia de que se tratara. En su valoración, la Audiencia tuvo en cuenta que, al momento de los hechos, el procesado llevaba diez años viviendo en España, país del que conocía su cultura, su idioma y donde se relacionaba perfectamente con gente que no tenía su misma nacionalidad.

Y remató el análisis de la situación del padre con unas consideraciones que recogen múltiples conceptos e ideas sobre los que se ha venido trabajando a lo largo de estas páginas, tanto en términos de conocimiento del ilícito como de tolerancia. Sostuvo que las razones culturales y religiosas alegadas podían tener su encaje en el error de prohibición, por cuanto ya el Tribunal Supremo¹⁵²³ había sostenido que el Estado, como titular del *ius puniendi*, se mostraba partidario de reconocer que determinadas circunstancias de ausencia de socialización tengan cierta relevancia en la responsabilidad penal, siempre que ello no supusiera negar vigencia objetiva a las normas objetivas, pues esa vigencia no podía depender de creencias u opiniones subjetivas individuales. A ello agregó que lo determinante en el error de prohibición era el conocimiento de la antijuridicidad y no el reconocimiento de la antijuridicidad por un sujeto; es decir, que el sujeto conociera que su conducta era antijurídica, no que la aceptara como antijurídica¹⁵²⁴. Todo ello condujo a la conclusión de que el Sr. Abilio había tenido conocimiento de la antijuridicidad de su conducta pero no la había aceptado como tal por el peso que tuvieron en él sus creencias o la presión de su grupo social, lo que el error de prohibición invocado no era de recibo.

Muy distinta, en cambio, fue la valoración de la situación de la madre. Aunque no se dio acogida a un error de prohibición invencible que la hubiera exonerado de responsabilidad penal, su sanción fue considerablemente reducida; frente a los seis años de pena de prisión a los que fue condenado su marido, ella lo fue solo a dos, con base en la concurrencia de un error de prohibición vencible.

Para fundamentar la decisión respecto de la madre, la Audiencia tuvo en cuenta que la mujer había llegado a España pocos meses antes del hecho y que no se había podido probar que hubiera estado al corriente de que la práctica fuera contraria a derecho, especialmente cuando la mujer procedía de un entorno en el que ella misma había asumido que la ablación no solo era normal, sino necesaria como forma de purificación y limpieza de la mujer, puesto que en las comunidades que llevan a cabo la escisión de clítoris las mujeres a las que no se les realiza son vistas como inútiles para el

¹⁵²³ Sala de lo Penal, Sección 1a, sentencia núm. 336/2009, de 2 de abril.

¹⁵²⁴ El tribunal efectuó esa afirmación “sin perjuicio de que determinadas situaciones, como las que resultan de la objeción de conciencia o situaciones de colisión entre derechos, para los que el ordenamiento prevé alternativas, merezcan otras soluciones dogmáticas”.

matrimonio y para la normal inserción social. A eso se sumaba que la madre, al tiempo de los hechos e incluso al momento del juicio, desconocía completamente el castellano, por lo que solamente se vinculaba con compatriotas gambianos, es decir que vivía replegada en su propio colectividad de origen. En ese contexto, el tribunal entendió que la madre había considerado necesaria la mutilación de su hija o que, por lo menos, la había consentido presionada por el entorno. Así tuvo por acreditada la concurrencia de error de prohibición que, sin embargo, fue tenido por vencible. La razón de la evitabilidad se basaba en que la mujer hubiera podido consultar a su marido, quien había reconocido estar al tanto de la antijuridicidad del hecho, si la conducta era admitida en España, lo que le habría permitido fácilmente salir de su estado de error¹⁵²⁵.

γ. El Tribunal Supremo¹⁵²⁶ tuvo también ocasión de pronunciarse en un caso en el que los padres de una niña de catorce años obligaban a su hija a mantener relaciones sexuales con quien era su marido. En efecto, los padres, oriundos de Mauritania, habían tenido una hija en España a quien a los doce años habían enviado a su país natal, donde la habían hecho contraer matrimonio con un hombre mauritano. Un tiempo después, la niña regresó a España, muy cambiada en su conducta y en su salud. Manifestó a sus padres que no quería tener contacto siquiera telefónico con su marido, pese a lo cual la obligaban a hablar con él. Tiempo después, el marido de la niña viajó a España, ocasión en la que sus propios padres la obligaron a tener relaciones sexuales con aquel, bajo amenaza de lapidarla; de enviarla de regreso a Mauritania y de romperle la tarjeta de residencia en España. Además, para concretar finalmente el encuentro sexual, la madre de la niña la golpeó para que ingresara a la habitación nupcial; le mordió un pecho y la amenazó con pegarle con un cable, causándole lesiones en una mama y en una pierna. Una vez en el dormitorio, ingresó su marido, quien pese a la negativa de la niña, la violó provocándole lesiones vulvares.

A diferencia del caso anterior, las situaciones de los imputados fueron valoradas con extrema severidad y, en materia de error de prohibición, el Tribunal Supremo efectuó algunas consideraciones dignas de ser traídas a colación. La defensa del marido mauritano de la niña había esgrimido la concurrencia de un pretendido error de prohibición, por desconocimiento de la ilegalidad de su conducta, en razón del breve lapso que había permanecido en España y de la pertenencia cultural del sujeto, en cuya tribu regían normas según las cuales la esposa era prácticamente un objeto de propiedad del marido, quien no podía negarse a los deseos de este. En definitiva, de haber

¹⁵²⁵ También las jurisprudencias francesa, italiana, sueca, noruega y norteamericana tienen registros de casos de mutilación genital, con condena en todos los casos (VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; pp. 163-165).

¹⁵²⁶ STS, Sala Segunda de lo Penal, 1399/2009 de 8 de enero de 2010.

sucedido el acceso carnal en Mauritania, se dijo, el marido no habría sido merecedor de reproche alguno.

La Audiencia consideró que ese argumento no podía ser admisible, puesto que

la vulneración de un derecho tan elemental del ser humano, como el de su libertad sexual, no puede de ninguna forma quedar condicionado a circunstancias tales como la del origen cultural de quien lo agrede, máxime cuando el país de origen de éste, Mauritania en el caso presente, tiene en la actualidad suscrito y ratificado, al menos, el Convenio de la Organización de Naciones Unidas, de 20 de Noviembre de 1989, de Derechos del Niño, entre los que expresamente se recoge, para los menores de dieciocho años de edad, el ‘Derecho a la protección contra todas las formas de explotación y abuso sexual’¹⁵²⁷.

El tribunal consideró, entonces, que el error de prohibición no podría invocarse respecto de figuras delictivas que pretenden una especial protección penal de ciertos bienes jurídicos considerados particularmente valiosos del ordenamiento jurídico que los tutela. Aunque el Tribunal consideró que la valoración de tales bienes ha de seguir los parámetros de “una determinada sociedad y momento histórico” y que “no pueden predicarse con carácter absoluto y general para todas las personas, culturas o sistemas jurídicos”, no es posible reconocer en el error de prohibición una “causa de exoneración, ni total ni parcial, en relación con infracciones atentatorias contra principios tan básicos”.

Este análisis del error de prohibición y de su rechazo frente a determinados conflictos normativo-culturales fue rematado con un párrafo que ahora quisiéramos subrayar:

[e] Estado de Derecho nunca debe abdicar, obviamente, de sus más elementales esencias, como lo es sin duda el respeto a la dignidad del ser humano, en aras de un relativismo cultural que aloje el fundamento de la decisión penal en las creencias, opiniones o costumbres de un determinado grupo, con el grave riesgo que ello por añadidura supondría para la adecuada protección de las víctimas, como titulares últimos de tales valores básicos¹⁵²⁸.

¹⁵²⁷ También en el caso de los soldados del muro (*mauerschutzen*) el Tribunal Federal Alemán se planteó la cuestión de si era posible apartarse del parágrafo 27 de la ley de fronteras de la RDA, con fundamento en que ese país era signatario del PIDCP, que tutelaba la vida humana y el derecho de salida de los territorios nacionales (arts. 6 y 12).

¹⁵²⁸ La consecuencia fue, por tanto, la condena del marido y de los padres de la niña por agresión sexual.

Con relación a la madre de la criatura, si bien su defensa no invocó razón cultural alguna en su favor, hay que decir que el Supremo tampoco tuvo en consideración ningún elemento vinculado a su crianza ni a su grupo y país de origen, como causal de disculpa. Al contrario de lo acaecido respecto de la madre del caso fallado en Teruel, sobre mutilación genital, la madre fue la más severamente castigada, incluso más que el marido de la niña; este recibió doce años de pena de prisión, mientras que la madre recibió doce y dos meses. En efecto, se la condenó por los delitos de agresión sexual, a la pena de ocho años de prisión. Además, como autora del delito de maltrato familiar, a las penas de un año y nueve meses de prisión y prohibición de acercamiento a su hija y a su domicilio en un radio de quinientos metros y de comunicarse con ella, en cualquier forma, por un periodo de cinco años. Asimismo, como autora responsable del delito de lesiones leves a familiar, coacciones y amenazas, lo que dio el total de doce años y dos meses mencionado. A todas esas penas se les agregó la conjunta

δ. La defensa con base en argumentos culturales también fue rechazada en una sentencia dictada por el Tribunal Supremo¹⁵²⁹ en un caso en el que se investigaba la conducta de un hombre y de una mujer, de origen gitano, imputados por agresión sexual, coacciones y violencia doméstica.

Se trataba de un matrimonio con varios hijos, cuya hija mayor era retenida por el padre prácticamente sin que se le permitiese salir de la casa, donde debía estar abocada a la crianza de sus hermanos menores. El padre le controlaba la forma de vestirse y le impedía, bajo amenaza de matarla a ella o a su madre, toda salida del domicilio, incluso para estudiar; de hecho, la obligó a abandonar los estudios a los doce años. Tampoco le permitía reunirse con amigas y le controlaba el tiempo del que disponía para salir a hacer alguna compra, previamente autorizada y, en algunas ocasiones, también la golpeaba con una vara de madera y con un remache metálico. Además, desde los doce años de la niña, el padre irrumpía en su dormitorio donde procedía a efectuarle tocamientos inverecundos en sus partes íntimas, para satisfacer su deseo sexual, sin que la hija pudiera negarse a ello, puesto que en tal caso era golpeada. A su vez la obligaba a actos recíprocos sobre su propio cuerpo.

La madre, por su parte, era concedora de todas estas circunstancias de sometimiento de la menor, a pesar de lo cual había dejado de actuar, tratando a su hija más como una mujer que como una niña. Esa actitud pasiva obedecía a que su marido la tenía constantemente amenazada y también le había pegado reiteradas veces, en varias de las cuales le había causado lesiones.

En su recurso de casación, la madre alegó, entre otras cosas, que había vivido las coacciones y malos tratos según la ley gitana¹⁵³⁰, en la creencia de que eso era lo "normal". Sin embargo, el Tribunal Supremo desestimó la alegación pues

cualquiera que sea la singularidad que pretenda dársele a la cultura de la acusada, es lo cierto que los actos sobre la hija alcanzaban extremos, (golpes con una vara, moratones, en una ocasión llegó la policía al domicilio, etc. etc.) que bajo ningún concepto cabe estimar que pudieran ser vividos como algo normal por nadie de la familia. Es más, la propia acusada alude al miedo -que la AP

de inhabilitación especial, tanto para el ejercicio del derecho a la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, como para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, así como la prohibición de acercarse a su hija y a su domicilio en un radio de quinientos metros y de comunicarse con ella, en cualquier forma.

Finalmente, el padre de la joven fue condenado a dos años y seis meses de prisión, como autor de los delitos de maltrato familiar y amenazas, también con prohibición de acercarse y comunicarse con su hija.

¹⁵²⁹ STS, Sala Segunda de lo Penal, N° 996/2011, de 4 de octubre.

¹⁵³⁰ ROCA DE AGAPITO pone de realce que en general los tribunales españoles son indiferentes a los conflictos normativo-culturales invocados por ciertos grupos, como ocurre con relación a los gitanos (*Delitos culturalmente*; pp. 203-204). En esa línea, cita los precedentes de SAP Jaén, Secc. 2ª, 95/2011, de 20 de junio; SAP Madrid, Secc. 1ª, 377/2008, de 18 de julio; SAP Valencia, Secc. 5ª, 23/2003, de 28 de enero.

ha estimado pero no totalmente insuperable- que la actuación del marido le causaba, luego no puede de ahí reputarse que estimara normales dichos actos.

ε. En cambio, el Tribunal Supremo¹⁵³¹ sí hizo lugar a la defensa en base a la concurrencia de un error de prohibición en un hombre de veinticuatro años de edad, procedente de la selva ecuatoriana, que había entablado una relación de noviazgo con una muchacha también ecuatoriana, de doce años de edad, en el marco de la cual habían mantenido relaciones sexuales consentidas. Se tuvo por probado que si bien el hombre conocía la edad de la chica, desconocía que tener sexo con una persona de esa edad hubiera sido delito en España. Ciertamente, también se tuvo en cuenta que la joven aparentaba ser mayor de lo que en verdad era y que, en el medio de origen del imputado, los intercambios sexuales comenzaban a muy temprana edad. No obstante, aunque el argumento de defensa fue admitido, se estimó que el error había sido vencible, por lo que de todos modos fue condenado por abuso sexual juntamente con la prohibición de acercamiento a la chica por cinco años¹⁵³².

Para avalar la concurrencia de error, el Tribunal Supremo estimó que el Estado, como titular del *ius puniendi*, se mostraba partidario de reconocer que determinadas circunstancias de ausencia de socialización tengan cierta relevancia en la responsabilidad penal, siempre que ello no haya de suponer la negación de vigencia a las normas objetivas, pues esa vigencia no podía depender de creencias u opiniones subjetivas individuales. Como ya se ha visto al tratar otro caso más arriba, se citó la doctrina del Tribunal según la cual lo determinante en el error de prohibición era el conocimiento de la antijuridicidad, no el reconocimiento de la antijuridicidad por un sujeto.

¹⁵³¹ STS, Sala Segunda de lo Penal, Nº 336/2009 de 2 de abril.

¹⁵³² Es interesante destacar los argumentos del recurso de casación del Ministerio Fiscal, quien consideró inadmisibles los argumentos del error. Es de utilidad observar en base a qué elementos probatorios y jurídicos el titular de la acción penal descarta que pueda invocarse el error de prohibición. La posición de la fiscalía fue resumida por el Tribunal Supremo en los siguientes términos: "[e]l Ministerio Fiscal arguye (...) Se trata de una alegación de error que ha de ser tenida por irrelevante por tratarse de una norma fundamental del derecho penal, "siendo claro la ilicitud del trato sexual entre adultos plenamente capaces y niñas de edad tan escasa cuya capacidad de discernimiento no se encuentra mínimamente formada, es hoy notoriamente evidente y de conocimiento general". Concluye su argumento destacando que el acusado se ha formado personal y culturalmente en España, que los padres de la menor sólo tuvieron conocimiento de la relación cuando ésta se escapó de la casa para venir a Madrid con el acusado, con lo que este mostró su conocimiento sobre la ilicitud de los hechos; además expone la legislación civil y penal de su país de origen, Ecuador, con una normativa sobre la celebración de matrimonios y sobre la ilicitud de relaciones sexuales respecto a menores, similar a la española. Concretamente, refiere, con transcripción del [Código penal](#) ecuatoriano, que dicho Código punitivo castiga con pena privativa de libertad los actos de "atentado al pudor sin llegar a la cópula carnal", cuando la víctima es inferior a doce años, y como violación, el acceso carnal, cuando la víctima fuere menor de catorce años. "Por lo tanto -concluye el Ministerio fiscal- su conducta no es "normal" ya que el hecho de comenzar una relación sentimental con una niña de 11 años y ocho meses y mantener relaciones sexuales con ella, sin tener ésta aún formada las bases de su personalidad, con la madurez mental propia de su edad, es delito tanto en su país como en el nuestro".

Yendo a los pormenores del caso en concreto, si bien la sentencia tuvo en cuenta que España era el país donde el imputado vivía y trabajaba desde hacía años, a lo que se sumaba que en Ecuador, su país de origen, la legislación en materia de abusos sexuales era muy similar a la española vulnerada y cuyo conocimiento era cuestionado, igualmente confirmó la concurrencia de un error. Ello, en razón de circunstancias culturales y contextuales del acusado y de su entorno que tuvo por probadas, que permitieron mantener la subsunción de evitabilidad del yerro. En efecto, el hecho de que el recurrente llevara varios años viviendo en España, evidenciaba que le habría sido posible asumir planteamientos culturales que, por otra parte, no le eran ajenos.

III. C) El error de prohibición como propuesta dogmático-penal al delito cometido desde una motivación cultural diversa.

III. C) 1. Aspectos preliminares: la exclusión de algunas cuestiones sobre el error de prohibición.

A la hora de comenzar a transitar este nuevo apartado, conviene dejar en claro algunas premisas fundamentales, que permitirán comprender la pretensión de lo que se está por desarrollar.

Tal como ha quedado de manifiesto a modo de anticipo, en el capítulo anterior, la posición que aquí se propone como respuesta dogmático-penal de cara al delito motivado en razones culturales pasa por el error de prohibición. En efecto, este representaría la llave de acceso dogmática que permitiría articular el principio de tolerancia en el seno del derecho penal, en procura de respuestas sensatas, desde el punto de vista de la justicia material. La tolerancia como principio social se concretaría penalmente en el error de prohibición, al que le daría fundamento.

Ahora bien, no es esta una investigación que verse sobre el error de prohibición en sí mismo, como instituto general de exclusión o atenuación de la culpabilidad¹⁵³³, sino sobre una particular aplicación del mismo a una tipología específica de delitos. En ese contexto, en modo alguno se aspira a agotar aquí todas las aristas que tan compleja figura jurídica presenta y sobre la cual, por lo demás, existe copiosa bibliografía¹⁵³⁴.

¹⁵³³ Según su ubicación sistemática tradicional y mayoritaria en la doctrina.

¹⁵³⁴ Para un estudio pormenorizado de la doctrina del error y de su evolución a lo largo del desarrollo de la dogmática penal, ver FELIP I SABORIT; *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal*; Barcelona; WELZEL; *Derecho Penal Alemán. Parte General*; JAKOBS, Günther; *Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría d la imputación*; Madrid; apartado 19; BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General*; Buenos Aires; p. 424 y ss; PÉREZ DEL VALLE, Carlos; *Lecciones de derecho penal. Parte general*; ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*; pp. 861-866; BUSTOS RAMÍREZ, Juan

Sobre esa base, entonces, me limitaré a señalar algunos aspectos de esa clase de error sobre los cuáles no es preciso que desarrollemos nuestra posición, por ser inocuos para las soluciones que aquí se propondrán, para luego sí destacar algunos otros sobre los que se impone tomar opción y dedicarle algunas líneas, por su decisiva incidencia con relación a aquella propuesta.

III. C) 1. i) La discusión entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad.

El debate entre los partidarios de una y otra postura¹⁵³⁵ es el primer aspecto del árido problema del error de prohibición en el que no es preciso entrar, de cara a los delitos que ocupan el centro de la reflexión de este trabajo. Ello no obedece a que la cuestión no sea de máxima trascendencia para la teoría del error de prohibición, a la que no ha dejado de nutrir en ningún momento de la evolución de la dogmática-penal moderna¹⁵³⁶. La razón reside en que las soluciones a los conflictos que presentan los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa no pasarán por la posibilidad de afirmar o excluir el dolo del autor¹⁵³⁷, sino por asignarle una significación normativa particular a la actitud de quien se siente “autorizado” a llevar a cabo la conducta ilícita que realiza con plenos conocimiento e intencionalidad.

Pero, además, una consideración del caso en una perspectiva fenomenológica permite entender que los conflictos que presentan los delitos que hacen al objeto

José; *El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a*; pp. 711 y ss; STRATENWERTH, Günter; *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*; § 10; MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*; lección 21; CÓRDOBA RODA, Juan; *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*; FRISCH, Wolfgang; *El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad*; OLAIZOLA NOGALES, Inés; *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte General*; capítulo XXII; MANSO PORTO, Teresa; *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*; NIETO MARTÍN, Adán; *El conocimiento del derecho (Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición)*; HERRERA, Lucio Eduardo; *El error en materia penal*; entre muchos otros. Para una perspectiva actual acerca de las consecuencias del error en el *common law*, EPPS, Daniel; *The consequences of error in criminal justice*.

¹⁵³⁵ Continúa habiendo relevantes autores partidarios de la teoría del dolo como SCHMIDHÄUSER y TIEDEMANN, este último poniendo especial énfasis en la realidad que ofrece el llamado derecho penal accesorio o no nuclear, en el que como muchos de sus tipos carecen de una connotación ético-social negativa, quien desconoce las previsiones legales reprimidas con pena está más cerca del error de tipo excluyente del dolo. Como señala ROXIN, el ciudadano común no puede estar al corriente de todas las normas de un terreno tan pantanoso como ese, caracterizado por sus constantes modificaciones “y poco fundado éticosocialmente, de modo que un error es en muchos casos excusable y no hace necesario el castigo”, por lo que se ha propugnado la teoría del dolo (ROXIN; *Derecho Penal*; pp. 865 y 880-882; FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 49; nota 86; MANSO PORTO; *Desconocimiento*; pp. 59-61; NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; pp. 84-85 y 129).

¹⁵³⁶ Para un estudio pormenorizado del discurrir de ambas teorías, ver ROXIN; *Derecho Penal*; pp. 861-866; FELIP I SABORIT; *Error iuris*; pp. 27-54. A propósito de la relatividad de ambas teorías y de los resultados no tan disímiles a los que se arriba por vía de uno y otro sistema de fundamentación del error, ver SANCINETTI; *Sistema de la teoría del error*; pp. 1-23.

¹⁵³⁷ La afirmación o la negación es, como resulta claro, consecuencia de la teoría adoptada: desde la teoría estricta de la culpabilidad, puede afirmarse el dolo cuando se niega en la teoría del dolo, porque concurre la conciencia de lo ilícito.

de este estudio conectan con dos constelaciones de casos¹⁵³⁸: a) o bien el autor cree que existe una aprobación general del ordenamiento jurídico para actuar como lo hizo, es decir que obra en la creencia de que la conducta es atípica, lo que es lo mismo que decir que carece de conocimiento de la norma transgredida (error de prohibición directo o pleno¹⁵³⁹); b) o bien el juicio erróneo versa sobre la existencia de un permiso individual para que él actuara como lo hizo¹⁵⁴⁰; es decir el autor supone o imagina que concurría una causa de justificación que no existió en absoluto o que no tuvo el alcance supuesto por el autor¹⁵⁴¹ (error de prohibición indirecto sobre la existencia o extensión de una causa de justificación). Se aprecia fácilmente que, en ambos supuestos, el conocimiento de los elementos fácticos del suceso está intacto, más allá de dónde se entienda emplazado ese conocimiento. Dicho de otro modo, no son casos ni de error de tipo ni de error sobre presupuestos de una causa de justificación¹⁵⁴².

Véase el caso de la comunidad *mapuche* que ocupa el predio de un club náutico privado, en la convicción de que las tierras en las que aquel está emplazado le pertenecen ancestralmente y que, al mediar el reconocimiento constitucional de la titularidad de la propiedad indígena, tiene derecho a ejercer actos de dominio por vías de hecho. Los miembros de la comunidad que, en términos penales, usurpan la propiedad privada, obran o bien en la convicción de que su conducta no es penalmente relevante –es decir, no ha sido prevista por el legislador como delito (error de prohibición directo)–; o bien creen que ellos, por su pertenencia al grupo, están particularmente autorizados por el ordenamiento jurídico para recuperar sus tierras y ejercer su dominio mediante la ocupación (error de prohibición sobre la existencia de una causa de justificación). En ambos supuestos –es decir, en la concepción de la teoría del dolo o de la teoría de la culpabilidad– el conocimiento de los elementos del tipo objetivo queda intacto, y siempre el error alegado versa sobre la autorización de la conducta.

A esto se podría objetar que, en verdad, el análisis del dolo así efectuado sería incompleto, ya que para la teoría del dolo¹⁵⁴³, tributaria del causalismo tradicional,

¹⁵³⁸ También para ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR los casos de conciencia disidente y de motivaciones culturales diversas pueden dar lugar tanto a error de prohibición directo (a los que llaman errores directos de comprensión y conciencia disidente), como a error de prohibición indirecto, en caso de que el autor crea que existe una causa de justificación legal que lo dispensa de su obligación (*Derecho Penal*; p. 704).

¹⁵³⁹ STRATENWERTH; *Derecho Penal*; p. 300; BACIGALUPO; *Derecho Penal*; p. 430.

¹⁵⁴⁰ PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones*; p. 204.

¹⁵⁴¹ STRATENWERTH; *Derecho Penal*; p. 301; BACIGALUPO; *Derecho Penal*; pp. 430-431; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO; *El error sobre*; p. 172.

¹⁵⁴² El error sobre los presupuestos de las causas de justificación ha dado lugar a un gran debate dogmático, del cual se puede encontrar una buena sinopsis en SANDRO; *Error de tipo y error de justificación*; pp. 1-5.

¹⁵⁴³ En punto a las distintas teorías en materia de error de prohibición, ver por todos NIETO MARTÍN; *El conocimiento del derecho*. No obstante, de manera sintética, cabe recordar que, para la teoría del dolo, la conciencia o conocimiento del carácter de injusto del hecho era uno de los dos componentes que, junto con el conocimiento de los elementos del tipo (hoy diríamos, del tipo objetivo, que por en-

ese dato subjetivo no solo se integra con el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, sino también con el conocimiento de la ilicitud del hecho, que no estaría presente en caso de error de prohibición¹⁵⁴⁴. Sin embargo, la respuesta a la ausencia de conocimiento de la ilicitud del hecho que aquí interesa –es decir la que merezcan los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa– no sufriría modificación alguna aun si el dolo formara parte de la culpabilidad, dejando al injusto como algo absolutamente objetivo.

Esa es la razón, entonces, por la que no es preciso tomar partido sobre una u otra concepción ni detenerse en la discusión dogmática. De todos modos, esto no significa que se rehúya un posicionamiento. En su momento, y cuando sea necesario, se hará referencia a nuestra opinión personal, que no es otra que la teoría de la culpabilidad.

III. C) 1. ii) Emplazamiento sistemático del error de prohibición.

Otra faceta significativa y en cierto modo condicionada por la cuestión precedente es la ubicación analítica de esta clase de error. La posición tradicional la teoría de la culpabilidad –que es la que hoy goza de mayor predicamento– y del dolo, ha considerado que el mismo se ubica en la culpabilidad, ya sea para excusar por completo a quien obra en error invencible o para morigerar la culpabilidad de quien actúa en un equívoco vencible, es decir imputable, a través de una reducción de la escala penal a aplicar. Sin embargo, también existen otras posiciones doctrinarias según las cuales ese tipo de error se emplazaría en una categoría sistemática intermedia, situada entre la ilicitud, entendidas como ausencia de permisos para llevar a cabo la conducta típica,

tonces era todo el tipo), conformaban el dolo. El dolo era el único elemento sistemático de la teoría del delito que albergaba todas las referencias psicológicas del sujeto respecto de su propio comportamiento.

La teoría de la culpabilidad en cambio llegó de la mano del finalismo de WELZEL y se tradujo en la separación del dolo del conocimiento del antijuridicidad. El primero se trasladó el tipo, que pasó a tener una estructura mixta objetivo-subjetiva; mientras que el conocimiento de la calidad de injusto del hecho permaneció en la culpabilidad, junto con la imputabilidad y la exigibilidad de una conducta conforme a la norma. Al dolo ya no le interesa si el sujeto es consciente de la ilicitud de su obrar, mas solo si conoce los elementos requeridos por el tipo objetivo. Se abren así las sendas de dos categorías de error: el de tipo y el de prohibición. El primero, de ser inevitable excluye el dolo y la culpa y, de ser evitable, deja remanente la imputación por culpa, si es que está prevista la figura imprudente. El segundo, en cambio, excluye la culpabilidad si es inevitable o bien la reduce, si es evitable.

No obstante, como la teoría del dolo seguía (y sigue) teniendo adeptos, hay que decir que el verdadero deslinde entre ambas clases de error se produjo –al margen de cualquier opinión particular– con la entrada en vigor del Código Penal de la República Federal de Alemania (StGB), ocurrida en 1975. Su § 17 positivizó la teoría de la culpabilidad al prever dos clases de error: el de tipo y el prohibición; solo el primero de ellos excluía el dolo; mientras que el otro excluía o morigeraba la culpabilidad.

¹⁵⁴⁴ Para esta concepción, el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho importaba la ausencia de dolo, dejando remanente la posibilidad de imputación por culpa, en caso de que el error fuese vencible. Como recuerda FELIP I SABORIT, el más conspicuo exponente de esta teoría fue BINDING, para quien el dolo era querer el hecho como prohibido (FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 29).

y la culpabilidad, como reprochabilidad individual. Es el caso de PÉREZ DEL VALLE, propone la categoría intermedia de las *causas de excusa*, como dispositivos excluyentes de la ilicitud penal de quien se ha esforzado por ser leal al derecho¹⁵⁴⁵. A su juicio, no hay infracción penal de la norma, es decir, no hay injusto penal, si no puede atribuirse personalmente la infracción al sujeto, en su esfera de responsabilidad. Por tanto y parafraseando al propio autor, dichas causas de excusa son contextos que excluyen el injusto penal, pese a que el comportamiento del autor no coincide con los modelos propuestos por el ordenamiento jurídico, lo que se explica porque no existe en el caso deslealtad frente al derecho, en tanto el autor reconoce a este como fuente de orientación de conductas¹⁵⁴⁶.

En el marco de esta posición dogmática, las causas de excusa, como categoría intermedia entre antijuridicidad y culpabilidad, se agrupan según la forma en la que se describe el contexto por el que se considera que concurre reconocimiento del derecho como modelo de orientación del comportamiento: a) causas de excusa como inadvertencia de la norma infringida no imputable al autor (la creencia errónea invencible de obrar lícitamente, la colisión de derechos fundamentales, la exclusión de la pena en delitos patrimoniales y la exclusión de la pena para parientes en el encubrimiento); b) causas de excusa como inexigibilidad de otra conducta (estado de necesidad por colisión de intereses de valor no comparable¹⁵⁴⁷ y miedo insuperable) y c) causas de excusa como reconocimiento de la norma infringida a través de la modificación del hecho ya iniciado (desistimiento de la tentativa y excusas absolutorias)¹⁵⁴⁸.

Como se ha visto, entonces, para esta posición, el primer integrante del elenco de las causas de excusa que excluyen la ilicitud penal, concretamente por inadvertencia de la norma infringida, es el error de prohibición inevitable. Si el autor ha obrado en un estado de equívoco insuperable acerca de la licitud de su obrar, directamente no habrá injusto penal y, no ya, por tanto, culpabilidad.

Aunque con una fundamentación diversa, esta posición se encuentra en alguna medida vinculada con la idea de MIR PUIG de que no es posible afirmar la prohibición del hecho al autor cuanto este no pudo conocer su antijuridicidad penal, puesto que si no pudo conocer la norma de determinación, mal podría haberse motivado en

¹⁵⁴⁵ PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones*; p. 197.

¹⁵⁴⁶ PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones*; p. 201. Al igual que ocurre respecto de las causas de justificación, este autor entiende que las de excusa son excepciones a la ilicitud penal de comportamientos que se adecuan al tipo del delito. En ese sentido, afirma que no son injustos penales ni las conductas justificadas ni las excusadas, pese a ser estas típicas y a no estar justificadas (p. 198). No obstante, las primeras, por su alcance general no son ilícitas en ninguna rama del derecho; mientras que las segundos no son injustos penales, pero pueden ser ilícitas en otras parcelas del orden jurídico. Ello obedece a que las conductas justificadas se ajustan al modelo de normas de conducta aprobado por el derecho (p. 200).

¹⁵⁴⁷ Para la doctrina tradicional, estado de necesidad exculpante.

¹⁵⁴⁸ PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones*; p. 201 y ss.

ella. Hace algunos años, esta concepción había llevado a MIR PUIG a negar que el error de prohibición invencible pudiese dejar en pie la antijuridicidad concreta del hecho, es decir, la referida al autor y su hecho¹⁵⁴⁹. Este punto de vista, en su conclusión, sería la misma que sostiene PÉREZ DEL VALLE al afirmar que el error de prohibición excluye el injusto penal¹⁵⁵⁰.

En una posición valorativamente equivalente se encuentra MANSO PORTO, quien con filiación en el pensamiento de JAKOBS entiende al injusto como una expresión de sentido defectuosa. Desde esa concepción, MANSO considera que el injusto sin culpabilidad solo puede entenderse como expresión *aparentemente* con sentido, ya que la explicación del conflicto al margen del autor indica que en realidad no tenía tal sentido. A su criterio, injusto sin culpabilidad y falta de injusto son, desde el prisma penal, situaciones equivalentes, en tanto en ambos casos está ausente el quebrantamiento de la norma¹⁵⁵¹.

FRISCH, quien aborda la doctrina del error como un todo, es decir analizando tanto el de tipo como el de prohibición a la luz de las categorías de injusto y culpabilidad, considera que algunos casos de error (de prohibición) excluyen el *injusto de la decisión*, mientras que otros repercuten en la categoría sistemática de la culpabilidad¹⁵⁵². Dicho de otro modo, para FRISCH, no todos los errores que mayoritariamente se consideran de prohibición están emplazados en esa categoría. El núcleo de su punto de vista se explica a partir de la idea de que quien se decide por la conducta típica no puede suponer al mismo tiempo la concurrencia de una situación que, de existir realmente, daría lugar a que el ordenamiento autorizara su decisión. A ello agrega que sería inconstitucional permitir a alguien una conducta típica en determinado contexto y, a la vez, calificar como un modelo antijurídico de comportamiento, una decisión originada en la suposición de que concurriera una situación semejante a la que el ordenamiento autorizaría. En consecuencia, cuando concurre la suposición errónea de presupuestos de causas de justificación (error de tipo permisivo), para FRISCH directamente no habrá injusto de la decisión, en razón de que el sujeto se habrá decidido según las pautas establecidas por el derecho¹⁵⁵³. Esta idea lleva a concluir que el error de tipo permisivo opera en el ámbito de los delitos dolosos como una causa que excluye el injusto doloso

¹⁵⁴⁹ MIR PUIG; *Derecho Penal*; p. 559. Ver también comentario sobre la posición de MIR en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO; *El error sobre*; p. 173; nota 39.

¹⁵⁵⁰ Actualmente, MIR PUIG efectúa una distinción entre antijuridicidad penal abstracta y antijuridicidad en concreto; el error de prohibición dejaría en pie la primera pero no la segunda. De todos modos, lo significativo es que mantiene en pie su idea de que no se puede predicar la prohibición del hecho cuando el autor no ha podido conocer su antijuridicidad. Para mayores detalles, ver MIR PUIG; *Derecho Penal*; p. 559 y otras obras del autor allí citadas.

¹⁵⁵¹ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; pp. 31 y 128.

¹⁵⁵² Su punto de vista sobre la cuestión es profusamente desarrollado en FRISCH; *El error como*; pp. 56-85, en especial a partir de p. 64.

¹⁵⁵³ FRISCH; *El error como*; pp. 64-66.

específico¹⁵⁵⁴. En cambio, las restantes constelaciones de errores de prohibición, es decir, las que recaen sobre el carácter prohibido de la conducta, la suposición errónea de normas permisivas e, incluso, la errónea suposición de causas de exclusión de la culpabilidad, pueden conducir como mucho a una exclusión de la culpabilidad, si es que falta la evitabilidad¹⁵⁵⁵. Tales errores no afectan al injusto de la decisión, pues el autor se decide en contra del bien jurídico tutelado, apartándose de las normas de conducta del ordenamiento jurídico, sin suponer en simultáneo una situación de justificación reconocida por el derecho¹⁵⁵⁶.

Como se ve, la fundamentación a favor de la exclusión del injusto es completamente distinta que la que brinda PÉREZ DEL VALLE, quien considera que sólo el error de prohibición inevitable (en cualquiera de sus modalidades tradicionales) excluye el injusto penal, por más que se arribe a soluciones parcialmente coincidentes. Sin embargo, vale la pena destacar una afirmación de FRISCH que creemos que sí está en la base de la idea del error de prohibición inevitable como causa de exclusión del injusto, según la óptica de PÉREZ DEL VALLE: “supone una contradicción interna declarar simultáneamente la existencia de una conducta subjetivamente fiel al Derecho y la realización de un injusto doloso”¹⁵⁵⁷.

En nuestra opinión y focalizando la atención de manera particular en el error de prohibición, conceptualizarlo en su versión inevitable como una causa de exclusión del injusto penal nos parece una idea muy seductora, en tanto más respetuosa del principio de culpabilidad penal que la forma en la que tradicionalmente se ha apreciado la relación entre este y el error. En efecto, en el indiscutido entendimiento de que

¹⁵⁵⁴ FRISCH; *El error como*; p. 67. Por su parte, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien adscribe a la teoría restringida de la culpabilidad, considera que el error sobre la concurrencia de presupuestos objetivos de una causa de justificación es un error de tipo que excluye el dolo y, si es invencible, también la imprudencia (*El error sobre*; pp. 169-172 y 177-178).

¹⁵⁵⁵ En caso de que el error sea evitable, FRISCH es partidario de castigar por delito doloso, a lo sumo con culpabilidad disminuida, puesto que el autor ha realizado el injusto doloso específico. En cambio, rechaza la posibilidad de sanción por culpabilidad imprudente, en atención a la diferencia específica del injusto de la decisión, que está presente en el delito doloso, ausente en el culposo (FRISCH; *El error como*; pp. 70-71).

¹⁵⁵⁶ FRISCH; *El error como*; pp. 69-70.

¹⁵⁵⁷ FRISCH; *El error como*; p. 67. Sin embargo, la fundamentación, como se ha dicho, es completamente diversa. Así lo demuestran las siguientes palabras de FRISCH, críticas respecto de las posiciones más difundidas sobre el error en general y sobre el error permisivo en particular: “es también insostenible la creencia, que se encuentra detrás de todos estos errores, de que realizaría un injusto doloso todo aquel que actuase con el dolo del tipo. Con ello se equiparan de una forma inadmisiblemente injusto doloso y dolo típico. Del mismo modo que en el plano objetivo la realización del tipo no supone todavía el injusto, tampoco representa ya un injusto doloso la actuación con el dolo del tipo. La realización del tipo es injusto objetivo sólo bajo el presupuesto de que no se halle cubierta por causas de justificación. Y el comportamiento en el que el sujeto actúa dolosamente con respecto a la realización del tipo comporta la fundamentación de un injusto desde el punto de vista subjetivo –y, en este sentido, un injusto doloso– sólo en la medida en que el autor no haya supuesto la existencia de una situación que autorizase su decisión de realizar el comportamiento típico” (pp. 67-68). Además, a diferencia de PÉREZ DEL VALLE, FRISCH sostiene un punto de vista psicologista respecto de la doctrina del error, en tanto considera determinante para hablar de concurrencia de error el mundo de representaciones del autor (pp. 70 y 73 y ss).

el principio de culpabilidad exige una relación personal entre el sujeto y el injusto penal, por lo que este es concebido y tratado como una obra de aquel, se ha considerado siempre que el error altera tal conexión personal¹⁵⁵⁸, explicando sus consecuencias desde el estamento sistemático de la culpabilidad, sea para excluirla o para morigerarla (error de prohibición invencible o vencible).

Sin embargo, desde el punto de vista del principio de culpabilidad *lato sensu*, parece hasta una violencia del lenguaje llamar “injusto penal” a la conducta de quien ha procedido sin tener conocimiento, de manera inevitable, de que estaba contraviniendo el ordenamiento jurídico. Quien actuó en la convicción errada e imposible de revertir según el contexto fáctico –quien hasta quizás se haya esforzado por observar las normas jurídicas– creyendo que su proceder era en un todo respetuoso del derecho, mal puede ser considerado autor de un ilícito penal. En este sentido, aunque, a nivel objetivo, el suceso sea típico y no esté autorizado, la creencia invencible de haber sido leal o respetuoso del derecho determina que no pueda ser atribuido subjetivamente al autor. Dicho de otro modo, la noción de injusto penal lleva ínsita la idea de deslealtad que, ante un error invencible, brilla por su ausencia. El principio de culpabilidad parece exigir que el *factum* no sea reputado ilícito penal.

Como hemos dicho, no este el lugar para abundar en la fundamentación de posiciones que exigirían un profundo análisis. Lo anterior ha pretendido ser una muestra acerca de las discusiones que se plantean en la doctrina, aunque no parece imprescindible abordar el tema en perspectiva sistemática. No obstante, una cuestión queda abierta y ha de surgir necesariamente: cómo el error y su sanción se vinculan a la concepción de las normas.

III. C) 2. La normativización del error.

Lo anterior significa, entonces, que son infinitas las controversias doctrinarias en punto a si los conceptos fundamentales de los que se nutre este instituto –error, conocimiento, conciencia– deben ser entendidos en su estricta dimensión psicológica, es decir, en su sentido natural o empírico, o si, por el contrario, se les debe asignar un significado normativo, que limite y objective su alcance, conforme las funciones específicas que se espera de ellos dentro de los estrechos confines del derecho penal. Como ya señalaba WELZEL, la realidad del mundo social del obrar humano es una realidad de significaciones; lo que la distingue de las ciencias naturales, que son indiferentes al

¹⁵⁵⁸ BUSTOS RAMÍREZ; *El tratamiento*; p. 703.

sentido. Los elementos espiritualmente comprensibles, vinculados con una significación, son de carácter normativo¹⁵⁵⁹.

En verdad, esta disquisición no es privativa del error de prohibición, sino que es una constante inquietud del derecho penal, que se hace presente en el estudio dogmático, pero también de cara a la prueba, en el proceso penal, de todos los elementos subjetivos del delito, en cualquiera de sus estamentos de análisis. Así, este debate está presente en el estudio de los elementos del dolo¹⁵⁶⁰; en la imprudencia¹⁵⁶¹; en la idea de conciencia relevante no solo para el dolo, sino también para la culpa con representación; en los elementos ultra-intencionales del tipo; en la noción de culpabilidad¹⁵⁶²; en la noción de miedo para el miedo insuperable, por citar solo algunos.

La dificultad pasa, entonces, no tanto por aceptar que el derecho requiere de conceptos y juicios normativos –de lo que nadie duda, a esta altura–, sino del grado de normativización aceptable, de modo que los conceptos que brinde el mundo fenoménico puedan ser aplicados al derecho penal no en su sentido literal, sino analógicamente.

III. C) 2. i) Presupuestos de una fundamentación normativa: normativización como objetivación.

Aunque pueda parecer una idea excesivamente simplista, creemos que en buena medida el dilema entra el psicologismo y el normativismo nos confronta a la necesidad de asumir las limitaciones del jurista. En efecto, pretender que éste pudiera llevar a cabo el estudio de su disciplina con pleno manejo técnico de conceptos propios de otras ciencias –la psicología, la psiquiatría, la sociología– implicaría exigirle un dominio casi infinito del conocimiento humano o constituir sus decisiones en dependientes de otros sujetos con especialización, que tendrían que asistirlo en todo tiempo, para que pudiera dimensionar adecuadamente el empleo que hace de los términos; saber si sus desarrollos teóricos son correctos y si se ha acreditado aquello que se trata de probar en un proceso¹⁵⁶³. Esto último, incluso, puede suponer un problema de legitimidad,

¹⁵⁵⁹ WELZEL; *Comentario al fallo del BGH 28 10 1952*; en “JZ”; 1953; pp. 120 y ss; citado por BACIGALUPO; *Sistema de error*; p. 70.

¹⁵⁶⁰ Sobre este tema ver, RAGUÉS I VALLÈS; *El dolo*.

¹⁵⁶¹ PÉREZ DEL VALLE; *La imprudencia*; p. 140 y ss.

¹⁵⁶² Como ejemplo de la fundamentación de un concepto normativo culpabilidad, rechazando un concepto psicológico, ver CÓRDOBA RODA; *El conocimiento*; 2013; pp. 82-88.

¹⁵⁶³ GARCÍA VITOR, al ocuparse precisamente de un tema medular para esta obra como es la relación entre culturas y sistema penal, parece coincidir con lo que aquí se afirma, en punto a la necesidad de apelar a conceptos normativos provenientes, entre otras fuentes, de disciplinas diversas al derecho. En efecto, sostiene que el concepto de *cultura* proporcionado por la antropología social o cultural es tan amplio que permite que se lo acote desde el ámbito jurídico. Y tras cartón agrega: “el concepto no puede ser proporcionado ni modificado por el conocimiento jurídico, sino que siendo él objeto de estudio específico de otra ciencia, al campo de los estrictamente normativo correspóndele proporcio-

toda vez que acabaría decidiendo, de manera mediata, quien constitucionalmente no estaría habilitado para hacerlo. Una cosa es que el jurista y el juez puedan y necesiten recurrir a los conocimientos provenientes de otras áreas del saber –tanto como otros saberes también necesitan recurrir al derecho para sus respectivos estudios–, para delimitar el alcance y sentido del propio; otra muy distinta, hacerlos dependiente de otras especialidades que carecen, precisamente, de las herramientas jurídicas para la valoración y la toma de decisiones. Se trata de complementar, pero no de superponer o solapar disciplinas con competencias diferentes.

Ante ese panorama, el normativismo se presenta como una saludable limitación, acorde a las posibilidades del derecho y de sus actores, quienes partiendo de datos y de conceptos que provienen de la realidad; de la naturaleza en bruto y de otras áreas del conocimiento, los adaptan analógicamente para darles un sentido y alcance acordes a los fines jurídicos, creando así conceptos normativos para explicar fenómenos jurídicos particulares. Se trata en definitiva de tratar de, a partir de los datos de la realidad, objetivar los conceptos a los fines jurídicos, de modo tal de limitar sus alcances¹⁵⁶⁴. Este proceso adquiere una relevancia especial en el derecho penal, donde los principios de legalidad y culpabilidad y su carácter de recurso estatal extremo –*ultima ratio* del ordenamiento jurídico– presentan unas condiciones especiales.

El derecho, en tanto ordenamiento jurídico, es en sí mismo una realidad institucional, que es lo mismo que decir una realidad normativa, a partir de formalizaciones valorativas –conceptos institucionales–, lo que no significa que haya una brecha insalvable entre los hechos en bruto o los aportes de otras áreas del saber y esa realidad institucional que conforma dicho ordenamiento jurídico¹⁵⁶⁵. Dicha formalización consiste en la objetivación –es decir en la limitación–, de ciertos términos para proporcionarles un contorno con sentido más seguro. Es importante insistir en esta idea, para que quede claro que no se postula aquí una posición *creadora* de una realidad paralela a la del mundo natural. El normativismo, tal como aquí se entiende no inventa un mundo, sino que toma del mundo aquello que le sirve a sus propósitos y precisa, con fines de garantía, el sentido con que se utiliza cada término. El derecho es sólo una porción limitada de la realidad que necesita delimitar sus fronteras al máximo; y cada vez lo

nar el sistema interpretativo, teniendo en cuenta que nos movemos por terrenos no exclusivos” (GARCÍA VITOR; *Culturas diversas*; pp. 137-138).

¹⁵⁶⁴ Ya en 1959, en pleno debate entre psicologismo y normativismo para delimitar el concepto de culpabilidad, CÓRDOBA RODA, partidario del segundo, había sostenido que lo decisivo para calificar a una concepción como psicológica o normativa era la determinación del sujeto del que ha de partir la relación o el juicio. Agrega que ese sujeto es un tercero que emite un juicio de valor sobre el objeto de referencia, que en el caso de la culpabilidad era la relación entre una voluntad y la norma (CÓRDOBA RODA; *El conocimiento*; p. 86). En esta opinión está presente la idea de normativización como objetivación; de eso se trata en definitiva.

¹⁵⁶⁵ DOTTORI; *La ontología de lo social*; p. 197.

necesita más en atención a la inmensa expansión del entramado legal y de la complejidad de la realidad a regular y juzgar. El normativismo pretende encauzar ese caudal desbordante, en pos de asegurar una aplicación más clara y precisa del derecho, en resguardo de los principios penales rectores, de legalidad y de culpabilidad. En esa perspectiva, parece necesario apelar a criterios funcionales para determinar contextos de aplicación de los términos que evitan también el riesgo de caer en objetivaciones excesivas y arbitrarias. El normativismo en exceso puede pecar de las mismas carencias de indefinición que el psicologismo extremo¹⁵⁶⁶.

III. C) 2. ii) Hechos institucionales en SEARLE y normativización.

En este sentido, se desarrolla la idea de hecho institucionales de SEARLE, que se crean a partir de reglas constitutivas en las que a un determinado elemento (X), tomado del mundo de los hechos brutos o naturales, se le asigna un *status* (Y) del que deriva una función, en un determinado contexto (C)¹⁵⁶⁷. En esta fórmula, Y representa algo más que los rasgos puramente físicos del objeto nombrado por el término X; en tanto que la locución “cuenta como” denota la imposición de un *status* al que se vincula una función por medio de la intencionalidad colectiva. En ese marco, el *status* y la función a él vinculada van más allá de las funciones brutas, puramente físicas, que pueden asignarse a objetos físicos¹⁵⁶⁸. En su célebre ejemplo del dinero, SEARLE grafica la fórmula a través de la regla constitutiva del hecho institucional *dinero*: ciertos papeles cuentan como dinero, en determinadas circunstancias; la expresión “cuentan como dinero” significa que se les asigna una *status* y una función social que antes (por su sola calidad de papeles impresos) no tenían y evidencian la intencionalidad colectiva de asignarle, con carácter permanente, las cualidades necesarias para que sirvan para el intercambio; la provisión de valor; el ahorro, entre otras funciones que se le asignan en razón de su *status* de dinero¹⁵⁶⁹. En ese sentido, *dinero* no es meramente un rótulo, sino un *status*, la nueva calidad que se asigna a X, cuando colectivamente se considera

¹⁵⁶⁶ En el mismo sentido, MANSO PORTO; *Desconocimiento*; pp. 64-65.

¹⁵⁶⁷ Esta es la famosa fórmula de las reglas constitutivas de SEARLE, expresada en el enunciado “X cuenta como Y, en C”, que el autor grafica con su célebre ejemplo del dinero. Ver al respecto SEARLE; *La construcción*; p. 61 y ss.

¹⁵⁶⁸ SEARLE; *La construcción*; p. 61.

¹⁵⁶⁹ El propio SEARLE lo explica con estas palabras: “la aplicación de la regla constitutiva introduce los siguientes rasgos: el término Y tiene que asignar un *status*, no poseído previamente por el objeto por la sola circunstancia de satisfacer el término X; y tiene que haber acuerdo colectivo -o aceptación, al menos- tanto respecto de la imposición del nuevo *status* al material al que se refiere el término X, cuanto respecto de la función que va con ese *status*. Por lo demás, en la medida en que los rasgos físicos determinados por el término X no bastan por sí mismos para garantizar el cumplimiento de la función asignada determinada por el término Y, el nuevo *status* y sus correspondientes funciones tienen que tener el tipo de cosas que pueden constituirse por acuerdo o aceptación colectivos” (SEARLE; *La construcción*; pp. 61/62).

Y. Sin la intencionalidad colectiva las funciones no se cumplirán¹⁵⁷⁰, y es la asignación del *status* lo que constituye un hecho nuevo, creado por acuerdo humano: el hecho institucional¹⁵⁷¹. Para que el hecho bruto adquiriera el *status* que le corresponda según el rol es necesario, por tanto, que *funcione* de acuerdo a tal *status*. De ese modo, la *función* es el elemento determinante que la da sentido al *status*¹⁵⁷², y asignar un estatus es asignar funciones al objeto X que por su sola existencia física o bruta no podría tener. A lo anterior, SEARLE agrega algo de suma relevancia para el derecho en general y para el derecho penal en particular. Siempre que la imposición de la función derivada del *status* de acuerdo con la fórmula se convierte en un asunto de política general, la fórmula adquiere un *status* normativo y, de ese modo, se transforma en una *regla* constitutiva.

Ahora bien, la idea que hemos esbozado inicialmente en punto a que el normativismo toma hechos de la realidad y les aporta una significación cargada de valor, parece estar presente en una referencia sustancial que SEARLE hace respecto al derecho penal. A juicio de ese autor, el propósito global del derecho penal es regulativo¹⁵⁷³, no constitutivo. Consiste en prohibir –preferimos decir sancionar– ciertas formas de conducta previamente existentes, como que una persona mate a otra. Pero, para que las regulaciones funcionen, tiene que haber sanciones, lo que exige la imposición de un nuevo *status* a la persona que viola la ley. Así –dice SEARLE–

a la persona que mata a otro (término X) bajo ciertas circunstancias (término C), y es hallada culpable de hacerlo, se le asigna el *status* de «asesino convicto» (término Y, y por ende, hecho constitucional); y con ese nuevo *status*, vienen las penas y los castigos apropiados¹⁵⁷⁴.

De lo anterior concluye que la regulativa “no matarás”¹⁵⁷⁵ genera la constitutiva apropiada “matar, bajo determinadas circunstancias, cuenta como asesinato, y el asesinato cuenta como un crimen punible con la muerte o con la cárcel”.

Según este pensamiento, todo hecho institucional supone un hecho bruto o un hecho de la naturaleza. En efecto, para poder imponer un *status* es necesario un sustrato material, físico o natural al cual imponérselo. De ahí que SEARLE sostenga la primacía de los hechos brutos sobre los institucionales, lo que significa una estructura-

¹⁵⁷⁰ SEARLE; *La construcción*; p. 63.

¹⁵⁷¹ SEARLE; *La construcción*; p. 63.

¹⁵⁷² SEARLE lo expresa en estos términos: “[i]ntuitivamente, parece que no hay hechos institucionales sin hechos brutos. Por ejemplo, prácticamente cualquier substancia puede ser dinero; pero el dinero tiene que existir en una u otra forma física (...) La forma es lo de menos, mientras pueda funcionar como dinero, pero el dinero debe tener una u otra forma física” (*La construcción*; p. 52).

¹⁵⁷³ En su opinión, las reglas pueden ser regulativas o constitutivas, según ordenen una realidad preexistente (como las que ordenan el tránsito: la circulación vehicular existe con carácter preexistente a e independiente de las normas que lo regulan) o la creen a partir de la asignación de valor (como las reglas de un juego, que no existiría si no fuera por esas regulaciones). Ver SEARLE; *La construcción*; pp. 45-46.

¹⁵⁷⁴ SEARLE; *La construcción*; p. 67.

¹⁵⁷⁵ En lo personal, no compartimos que la norma “no matarás” sea de naturaleza penal, pero no es este el lugar para ese desarrollo.

ción jerárquica¹⁵⁷⁶. En la base de esa jerarquía, hay hechos cuya existencia no tiene que ver con el acuerdo humano. El análisis de la estructura de los hechos institucionales revela que éstos dependen lógicamente de hechos brutos; es decir que para que algunos hechos sean institucionales es preciso que otros sean hechos brutos¹⁵⁷⁷.

Un dato destacable y que es fundamental en el marco de todo un sistema institucional como es el derecho, que además conecta con lo que acaba de decirse en términos de jerarquía, es que se pueden imponer funciones de *status* a entidades a las que ya han sido impuestas funciones de *status* en un nivel analítico anterior¹⁵⁷⁸. En tales casos, el término X en un nivel superior puede ser un término Y de un nivel inferior. SEARLE lo ejemplifica diciendo que sólo un ciudadano de los Estados Unidos como X puede convertirse en presidente como Y, pero ser un ciudadano consiste en estar en posesión de una función de *status* procedente de un nivel inferior. Pero también se pueden imponer funciones de *status* cuando el término C determina un contexto que requiere una función de *status* previamente impuesta; en tales casos, el término C en un nivel superior puede ser un término Y de un nivel inferior. Un ejemplo de esto sería que una determinada clase de promesa como X puede contar como un contrato Y, pero ser una promesa es ya tener una función de *status* Y a un nivel inferior. De lo anterior SEARLE concluye que esas iteraciones proporcionan la estructura lógica de las sociedades complejas.

Si se lleva la explicación anterior a nuestro ámbito de conocimiento, no sería desajustado afirmar que el derecho es una realidad institucional y como tal compleja, en la que se verificarían esos distintos planos de adjudicación de sentido o normativización. Volviendo al caso del error de prohibición y de los factores que lo componen, los elementos X de error, desconocimiento, ignorancia o inconciencia a los que habrá que normativizar dando un *status* adecuado para explicar aquella institución, ya habrán sido términos Y en un estadio de análisis previo, por ejemplo, en el campo de la psicología. De ese ámbito se tomarán como elementos X para, análogamente, darles un *status* Y con capacidad de explicar su función en la dogmática penal.

La verdadera importancia de los hechos institucionales radica en que, al asignarse un *status* y una función a un objeto tomado de la realidad o de otra área del saber, se está poniendo el énfasis en los acontecimientos y relaciones que interesan a las relaciones sociales en tanto relaciones institucionalizadas; por eso SEARLE habla de *hechos* y no de *objetos* institucionales¹⁵⁷⁹. De ahí que, en el marco de la tesis de

¹⁵⁷⁶ SEARLE; *La construcción*; p. 52.

¹⁵⁷⁷ SEARLE; *La construcción*; p. 72.

¹⁵⁷⁸ Esta cuestión es puesta de relieve por SEARLE; *La construcción*; pp. 93-94.

¹⁵⁷⁹ Dicho con sus propias palabras, “[l]os objetos materiales como los que entraña la realidad institucional, verbigracia, trozos de papel, son objetos como cualesquiera otros, pero al imponerles una fun-

SEARLE, la capacidad para vincular un sentido, es decir una función simbólica, a un objeto que no tiene ese sentido intrínsecamente es la condición previa no sólo del lenguaje, sino de toda realidad institucional¹⁵⁸⁰. A nuestro juicio, ésta es la importante tarea que cabe al normativismo en el derecho y en el derecho penal en particular: asignar a conceptos que provienen de otras áreas del conocimiento o de la realidad en bruto un sentido análogo, pero no exactamente coincidente al que traen desde su origen exógeno¹⁵⁸¹. SEARLE diría que la creación de una función de *status* consiste en conferir algún *poder* nuevo que el término X no tiene por su propia estructura¹⁵⁸²; y, en cuanto a la existencia de estas reglas constitutivas de hechos institucionales en general, diría que “allí donde hay instituciones humanas, aceptamos un componente normativo socialmente creado”, porque la estructura institucional es un sistema de reglas¹⁵⁸³.

Como ejemplo de lo anterior en el ámbito de la tipicidad subjetiva, cuando se sostiene que *la ignorancia deliberada* (X), *en un contexto en el que existía el deber de conocer e informarse* (C), *vale como dolo* (Y) se está creando un hecho institucional en el que a una situación de *desconocimiento* –la ignorancia importa necesariamente no conocer en bruto– se le otorga el *status* de *conocimiento* para que puede *funcionar* como *dolo*, en un escenario en el que pesaban sobre el sujeto el deber de conocer, por ejemplo, sus derechos y obligaciones. De este modo se normativiza –es decir se le asigna un valor y una función análoga a la de su significación en bruto–, un concepto determinado (no saber a propósito), creando de ese modo un producto nuevo (dolo). A su vez, los términos *ignorancia deliberada* y *dolo* ya son en sí mismos hechos institucionales¹⁵⁸⁴, creados partir de operaciones similares a las del ejemplo, efectuadas en

ción de status se crea un nivel de descripción del objeto por el que se le convierte en un objeto institucional, verbigracia, un billete de veinte dólares (...) esa función se manifiesta sólo en las transacciones reales; de aquí que nuestro interés radique, no en el objeto, sino en los procesos y en los acontecimientos en los que se manifiestan las funciones”. (SEARLE; *La construcción*; p. 73).

¹⁵⁸⁰ SEARLE; *La construcción*; p. 89.

¹⁵⁸¹ En sentido coincidente con nuestra opinión, la capacidad de rendimiento de la tesis de SEARLE para explicar la normativización de términos jurídico-penales también ha sido advertida por la doctrina. Así, PÉREZ MANZANO, sobre los cimientos de la idea de SEARLE ha calificado al dolo como un hecho institucional, sin desconocer por ello el elemento interno como tal (*Dificultad en la prueba*; p. 1462 y ss). También PÉREZ DEL VALLE, al señalar que dolo e imprudencia se imputan sobre las bases del lenguaje adscriptivo (*La imprudencia*; pp. 147-148), se apoya en SEARLE. Al respecto, anota que “no se niega que lo interno exista como tal, e incluso se ha de admitir que (...) la medida de la evitabilidad se establece en torno a una construcción de un tipo de casos de conocimiento o desconocimiento; en ese sentido también SEARLE (...) al defender que sus conclusiones son compatibles con el individualismo metodológico (...) Solo la realidad puede permitir adoptar un modelo de imputación, sea éste cuál sea; no cabe la indiferencia sobre la existencia del fenómeno (...), pues, en otro caso, no se entiende por qué se adopta un modelo de imputación determinado: se imputa el dolo como conocimiento o como voluntad no sólo porque se entiende que esto es relevante para el derecho, sino porque se cree que el conocimiento y la voluntad existen, aunque la valoración jurídica no sea “constatar” su existencia como estado psicológico concreto” (*La imprudencia*; p. 148; nota 708).

¹⁵⁸² SEARLE; *La construcción*; p. 108.

¹⁵⁸³ SEARLE; *La construcción*; pp. 157-158

¹⁵⁸⁴ En efecto, en términos análogos pero del lenguaje corriente, es decir no penal, podría decirse: “el no saber a propósito (X), cuando se tiene el deber de informarse (C), vale como conocimiento (Y)”. Esto también es un ejemplo de hecho institucional, desde el momento que se asigna un *status* (cono-

un estadio anterior; es esa la jerarquización en la creación de la realidad institucional a la que se refiere SEARLE.

Sin pretender agotar la tesis de SEARLE sobre la creación de la realidad social y la incidencia del lenguaje en ese proceso, por ser constitutivo de los hechos institucionales¹⁵⁸⁵, creemos que sus aportaciones vienen a cuento porque brindan una explicación plausible de cómo el normativismo permite tomar elementos de la realidad y asignarles un sentido –en lo que aquí interesa– a los fines de explicar contextos y relaciones jurídico-penalmente relevantes. En el caso del error de prohibición, que es la institución que motiva estas líneas, las nociones de error, conocimiento o conciencia de las que se nutre, vistas desde una perspectiva normativa, no están desligadas completamente de los conceptos provenientes de la realidad o de la perspectiva psicológica; al contrario, partiendo de los datos de la realidad, se les asigna una función y un sentido que resulta asequible al jurista y que permite resolver conflictos en el terreno del derecho penal. Se trata en definitiva de delimitar o acortar por vía de valoración, haciendo una interpretación analógica de aquellos conceptos, para su aplicación en la órbita penal. De otro modo, el jurista se saldría de su esfera de actuación, invadiendo –

cimiento) del que se deriva la función de operar como si el sujeto supiera, pero en un estadio no técnico-penal, sino del ámbito –diría SEARLE– de la comprensión normal o de sentido común, propia del lenguaje público (SEARLE; *La construcción*; pp. 190-196). La misma línea sigue PÉREZ DEL VALLE al ocuparse de la necesidad de precisar el contenido de la evitabilidad en la imprudencia, para lo que –en su opinión– es necesario determinar dos cuestiones: el modelo de imputación o qué se atribuye cuando se imputa imprudencia y los criterios de adscripción o atribución (*La imprudencia*; p. 149). “En un modelo psicológico, o incluso en un modelo normativo que simplemente aspira al conocimiento de los elementos psicológicos –de la realidad interna del autor– a través de ciertos elementos normativamente considerados, lo que importa es la conclusión: el sujeto sabe (con un criterio cognitivo) o quiere (con un criterio volitivo); o no sabe o no quiere. Sin embargo, estos modelos que reconocen valor en sí mismo al dato psicológico evitan la cuestión de si los datos sobre la experiencia psíquica –los aspectos propios de lo interno– son en sí mismo fuente de conocimiento del juez cuando éste imputa subjetivamente el hecho al autor (...) En todo caso –aunque es claro que tampoco pueden prescindir de ello modelos más o menos psicológicos– a una concepción del tipo subjetivo fundada en la atribución o en la adscripción le es sustancialmente necesario un modelo de imputación (pp. 149-150).

¹⁵⁸⁵ Ver al respecto SEARLE; *La construcción*; capítulo 3. Como prieta síntesis pueden citarse estas palabras de ese texto: “[e]l paso que media entre el status bruto y el institucional es eo ipso un paso lingüístico, pues el término X simboliza ahora algo que va más allá de él mismo. Pero este paso simbólico necesita de pensamientos. Para poder pensar el pensamiento que constituye el paso del término X al status Y, tiene que haber un vehículo del pensamiento (...) Los objetos que mejor sirven para pensar son las palabras, porque para eso están diseñadas. En realidad, una de las condiciones para que algo sea una palabra es que sea pensable. Pero, estrictamente hablando, cualquier marcador convencional puede servir (...) Desde las sociedades preliteradas hasta el presente, ha habido muchos marcadores convencionales que no son palabras pero que funcionan como palabras. He aquí media docena de ejemplos: en la Edad Media, se marcaba con fuego la palma de la mano derecha de los criminales para identificarlos como tales; de aquí que tengamos que levantar nuestra mano derecha cuando prestamos juramento en una corte judicial, para que todo el mundo pueda ver que no somos delincuentes. Los eclesiásticos llevaban una tonsura en la cabeza para marcar el hecho de que eran eclesiásticos. Los reyes ceñían coronas, los esposos lucen anillos de alianza, el ganado es marcado al rojo vivo y mucha gente viste de uniforme: todo eso son marcadores de status” (pp. 88 y 89).

seguramente con torpeza y escasa precisión– los campos de actuación de otros profesionales¹⁵⁸⁶.

Para concluir, agregamos que así como el hecho de que un hombre mate a otro es tan viejo como la vida humana sobre la tierra, su conceptualización como homicidio es un proceso posterior que, en el pensamiento de SEARLE, sería un hecho institucional¹⁵⁸⁷. Que A mate a B (X), en determinadas circunstancias (C), será considerado homicidio (Y), lo que traerá las consecuencias propias de ese delito. La muerte de B a manos de A es el drama humano, mucho más amplio y con ribetes trágicos que exceden, seguramente, el limitado universo del derecho penal. Este solo tomará algunos aspectos del suceso para determinar si valorativamente el hecho encuadra en el disvalor que se ha pretendido sancionar.

III. C) 2. iii) Normativización y error de prohibición: un planteamiento doctrinal.

A propósito del error de prohibición y en el sentido que hemos indicado, MANSO PORTO señala que la imputación de culpabilidad no se reduce a una mera constatación de datos empíricos, ni tampoco a una pura ficción, sino que es el resultado de un proceso descriptivo-normativo¹⁵⁸⁸. El derecho elabora sus propios conceptos desde un profundo entendimiento de la sociedad para la que éstos son concebidos¹⁵⁸⁹. La clave pasa por buscar, según la autora, la relación en la que se encuentran lo empírico y lo normativo¹⁵⁹⁰.

Los elementos considerados (error, conocimiento, conciencia, duda) son entonces apreciados desde lo valorativo; es decir, como conceptos resignificados a partir de catalizadores normativos; que permiten aplicar analógicamente los datos de la

¹⁵⁸⁶ Sin perjuicio de que pueda nutrirse de sus conocimientos y aportes en el estudio dogmático o en la práctica forense, como lo demuestra en este terreno la contribución necesaria de los peritos en otras disciplinas.

¹⁵⁸⁷ Es preciso que aclaremos que la adscripción al hecho institucional de SEARLE y su capacidad de rendimiento en la normativización, en general, y en el derecho penal, en particular, la asumimos a los efectos del plano netamente descriptivo; es decir, para determinar el alcance del sentido de los términos empleados en el ordenamiento jurídico, de manera de poder determinar su significado técnico, en relación a la función que están llamados a cumplir. Esto nada tiene que ver con los “deberes institucionales” que fundamentarían –para JAKOBS y sus seguidores– los delitos de infracción de deber, noción que hemos rechazado en otro lugar, por considerarla violatoria del principio de legalidad y enormemente extensiva del alcance de la parte especial. En efecto, de acogerse aquella noción de deberes institucionales quedaría a merced del intérprete de las normas penales determinar si cada injusto penal en particular ha sido un delito de dominio o de infracción de deber, con las serias consecuencias que una y otra categoría comportan en materia de accesoriadad de la participación, echando por tierra el principio de seguridad jurídica (RESTON; *Los delitos*; p. 109 y ss).

¹⁵⁸⁸ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 32.

¹⁵⁸⁹ Para ilustrar su afirmación, pone el ejemplo del hecho de que un chico de doce años sea definido como sujeto penalmente incompetente no es una cuestión ontológica, sino el resultado de una construcción jurídica de la persona, que puede no tener validez para todas las épocas ni para todas las sociedades (MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 32).

¹⁵⁹⁰ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 32. Ver también pp. 37-39.

realidad o las explicaciones de la psicología al contexto del conflicto a resolver. PÉREZ DEL VALLE afirma, en ese sentido, que el estado psicológico se toma como modelo de referencia en la realidad, pero se realiza a su respecto solo un juicio analógico y se le adscribe el significado del comportamiento de acuerdo con los roles que cada sujeto tiene en la sociedad y con su posición en el contexto en el que el comportamiento tiene lugar¹⁵⁹¹. En síntesis, en la esfera penal, el juicio personal subjetivo no puede pasar por una indagación puramente psicológica –lo cual es materialmente imposible–, sino por una atribución normativa, que es aplicable a todos los aspectos subjetivos del delito y casi a cada categoría del sistema.

1. La necesidad de diferenciar mediante parámetros valorativos situaciones que en el universo psíquico son casi imposibles de distinguir ha sido puesta de relieve por NIETO MARTÍN: aunque no renuncia al dato psicológico de base, entiende que, sin normativización, sería inviable diferenciar la co-conciencia del error vencible. Mientras la primera se entiende mayoritariamente que se da cuando el autor, sin mayor esfuerzo mental, puede actualizar un conocimiento a pesar de no haberlo tenido presente al momento de la acción; el segundo requiere un esfuerzo de conciencia o reflexión para llegar al conocimiento de la antijuridicidad, ya que el error vencible descansa sobre la posibilidad del sujeto de auto-deducir la contrariedad a derecho de su conducta a partir de su capacidad intelectual. En su opinión, la duda como fenómeno psíquico tiene que estar presente tanto en el conocimiento eventual de la antijuridicidad como en el error vencible. Todo esto da la pauta de que la vencibilidad, la invencibilidad y el conocimiento pueden tener en ocasiones un substrato psicológico similar y la sutilísima línea psíquica que divide a los estados mentales que el derecho califica como *conocimiento* de los que califica de *error* (grado de esfuerzo intelectual para conocer la antijuridicidad) impide prescindir de la normativización de ciertos aspectos¹⁵⁹². Para tratar de conseguirlo, asume el desafío de intentar determinar cuáles han de ser los catalizadores normativos que configuren los contenidos de cada categoría dogmática. A su juicio, la respuesta debe buscarse en los principios constitucionales.

¹⁵⁹¹ PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones*; p. 198.

¹⁵⁹² NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; pp. 63-64, 165-167 y 233. Como bien destaca NIETO MARTÍN, el Código Penal español asigna tremenda importancia a un estado y a otro, desde el momento que establece la reducción obligatoria de pena para los casos de error vencible. La posición de NIETO en materia de normativización es tributaria, si bien con diferencias –conforme él mismo lo manifiesta–, del paradigma teleológico funcional introducido por ROXIN. También DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien propugna una mayor flexibilidad que la que se observa en la jurisprudencia en la apreciación de errores de prohibición invencibles, dice que la suya es una posición tributaria de la de ROXIN. En efecto, descarta tanto las posiciones psicologistas extremas, como las excesivamente normativizadoras, para adoptar una postura intermedia al estilo de la de ROXIN (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO; *El error sobre*; pp. 175-176 y 178).

2. Un aporte fundamental en ese sentido es el de FELIP I SABORIT, quien destaca las divergencias existentes en la doctrina, no solo respecto de la ubicación sistemática de esos elementos, sino a su mayor o menor normativización. En su opinión, resulta fundamental establecer hasta qué punto los factores psicológicos presentes al realizar el hecho antijurídico alcanzan para determinar la atribución de responsabilidad y, para más señas, aclara que la cuestión pasa no solo por fijar algunos límites normativos a la imputación subjetiva, sino a la posibilidad de fundarla o medirla sin necesidad de apelar exclusivamente a la base psicológica. Según este autor, uno de los campos en los que esto se hace patente es en la relación entre el dato empírico del conocimiento de la antijuridicidad como presupuesto psicológico de la responsabilidad penal plena, frente al cual cabe preguntarse si se pueden dar situaciones “valorativamente equiparables”¹⁵⁹³; en palabras de SEARLE, si se pueden dar situaciones X que valgan como Y. A nuestro juicio, esto sostiene FELIP I SABORIT, cuando formula como pregunta retórica “si existen situaciones en las que falta, psicológicamente hablando, conciencia de la antijuridicidad, sin que ello incida de forma relevante en la punición de la conducta”¹⁵⁹⁴, cuestión a la que la respuesta del autor es afirmativa.

3. También MANSO PORTO entiende que el problema del desconocimiento de la norma que grava al autor (error de prohibición evitable), desde la perspectiva de que el hecho culpable es la manifestación de una predisposición deficiente de seguimiento de la norma, exige un planteamiento normativo de la cuestión. En efecto, toda forma de conocimiento actual – “pensar en”, “tener dudas de”– presupone una dirección de la motivación o un rendimiento voluntativo que caracteriza a quien tiene interés en mantenerse fiel a las normas, mientras que estará ausente en el indiferente, que deja de registrar los intereses de terceros. Por eso estima que las dudas entendidas en sentido puramente psicológico o la afirmación de que la enemistad hacia el derecho siempre constituye conciencia plena de la antijuridicidad son intentos de anclarse en un psicologismo extremo que impide resolver los problemas de fondo. Así como los hechos meramente causales, ya sea con la causalidad ciega clásica o con la causalidad vidente

¹⁵⁹³ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 23. También están presentes estas ideas cuando, al desarrollar la árida problemática del conocimiento eventual de la antijuridicidad, comenta la tesis de DIMAKIS. Este considera que el conocimiento de la antijuridicidad es un fenómeno estrictamente psicológico, presupuesto para la plena reprochabilidad del hecho. Así, para determinar la conciencia eventual de la antijuridicidad, propone que primero se determine el estado psíquico del autor (conocimiento o ausencia de conocimiento) para luego hacer una valoración de ese dato que permita establecer el contenido del culpabilidad. FELIP I SABORIT cometa al respecto que, cuando se equiparan duda y certeza se hace “una identificación normativa de dos estados psicológicos objetivamente distintos (...) En realidad, mientras un sujeto dude acerca de algo, mientras tenga in mente la posible concurrencia de opciones contrapuestas, no existe, psicológicamente hablando, ni conocimiento ni error” (FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 134).

¹⁵⁹⁴ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 23.

del finalismo, son irrelevantes en el ámbito del riesgo permitido, MANSO PORTO entiende que también parece lógico añadir al mero conocimiento o cognoscibilidad en sentido psicológico criterios normativos restrictivos, que delimiten esferas de responsabilidad. La determinación del desconocimiento o error con plausibilidad psicológica no empece el planteamiento normativo del problema¹⁵⁹⁵.

III. C) 2. iv) Reflexiones sobre la normativización.

En el desarrollo dogmático y jurisprudencial del error de prohibición, desde la teoría del dolo hasta nuestro días, ha estado presente la sensación de que es preciso normativizar los conceptos de los que se vale el instituto, para evitar dejar en manos de los destinatarios de la norma la propia vigencia del sistema. Bastaría con que los ciudadanos no se preocuparan en lo más mínimo por conocer las normas penales para evitar la imposición de una sanción, por falta de una efectiva representación de la antijuridicidad, al tiempo de la comisión del hecho. Estas inquietudes han estado presentes en el debate penal desde tiempos de la más pura teoría del dolo, cuando se temía que los planteamientos psicologistas, derivados precisamente de dicha posición doctrinal, condujeran a la exclusión de la culpabilidad dolosa respecto de sujetos indiferentes al derecho. El panorama resultaba todavía más preocupante en atención a que, en Alemania, donde tuvo su nacimiento y desarrollo la referida teoría, el catálogo de delitos imprudentes que existía en la primera mitad del siglo XX era apenas un puñado que no alcanzaba la veintena. De ese modo, excluido el dolo, la impunidad era casi segura, lo que llevaba a la jurisprudencia a ser reticente a otorgar relevancia a los casos de error y ese fue siempre uno de los flancos más permeables a la crítica por parte de los detractores de la teoría del dolo¹⁵⁹⁶.

En la constelación de casos que generaban esta preocupación, se contaban los delincuentes habituales embrutecidos, los hechos cometidos impulsivamente o bajo un fuerte estado emocional, las personas para quienes el derecho no era un factor a tener en cuenta y los autores de conciencia o de convicción¹⁵⁹⁷. Repárese en la trascendencia de los dos últimos términos de la enumeración de cara a los delitos cometidos por motivos culturales. El primero se refiere a quienes podríamos considerar, por diversos factores, desleales al derecho; respecto al segundo, ya hemos hablado de que cabe la posibilidad de que los autores que obran motivados por razones culturales sean

¹⁵⁹⁵ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; pp. 18-19.

¹⁵⁹⁶ Este aspecto ha sido destacado por MIR PUIG; *Derecho Penal*; pp. 557-558; ROXIN; *Derecho Penal*; p. 864: "ya no se castiga lo que el legislador conmina con pena, sino lo que el particular considera prohibido".

¹⁵⁹⁷ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 34.

vistos como una especie del género autores de conciencia, aunque en esta obra se los tratará como una categoría independiente¹⁵⁹⁸.

Entre las propuestas para superar estos obstáculos, a la par de precisar el contenido y los contornos psicológicos de la conciencia del injusto (los actuales objeto y forma de la conciencia de la antijuridicidad) y tratar de ampliar el catálogo de delitos imprudentes, se propuso normativizar la responsabilidad, para tratar de hallar en el fundamento de la responsabilidad dolosa una base para tratar de sancionar supuestos que, estrictamente, no cumplieran con los presupuestos psicológicos del dolo. En esa línea, se determinó la clase de conocimiento que era suficiente para imputar los elementos normativos del tipo al dolo, para lo que se mutó la idea de subsunción correcta por la de suficiencia de un conocimiento aproximado, conforme las características del sujeto, que recibió en la jerga penal el nombre de “valoración paralela en la esfera del profano”¹⁵⁹⁹. Sin duda, se trata de una normativización en la que se reemplazó el conocimiento fehaciente por un conocimiento posible según un baremo que pretendía objetivar un término medio de cognoscibilidad esperable.

Otro ejemplo de normativización en el marco de la evolución dogmática del error de prohibición por aquellos años fue el cambio del sentido que se asignaba a la misma idea de conocimiento de la antijuridicidad, en particular a lo que constituía su objeto. Mientras que en un comienzo, imbuida la dogmática por el puro psicologismo, se exigía la conciencia cabal del autor de que había cometido un hecho formalmente anti-jurídico –o sea contario a una ley penal– se advirtió más tarde la conveniencia de que fuera suficiente la conciencia del contenido material del injusto o de la lesividad social del hecho¹⁶⁰⁰. De modo simultáneo, se iba haciendo cada vez más patente la necesidad de evitar entender al dolo como una representación efectiva del injusto al tiempo de la

¹⁵⁹⁸ Ver al respecto, capítulo II. A).

¹⁵⁹⁹ Sumamente crítico de la valoración paralela en la esfera del profano como instrumento de solución para casos de error, FRISCH; *El error como*; pp. 72 y ss. En efecto, le atribuye el defecto de que el proceso de concreción de la norma termina en el plano objetivo, particularmente, en el lenguaje técnico-jurídico (por ej. en las nociones de documento, ajeno, etc.), a pesar de que el destinatario de la norma, en general, no piensa en esas designaciones de la situación fáctica. Esta falencia se traduce en que en la indagación posterior del aspecto subjetivo resulta difícil afirmar directamente “que el agente habría tenido la representación decisiva para admitir la existencia del injusto de la decisión” (p. 74). En lugar de adaptar la concreción de la norma al universo mental del autor –que, a su criterio, es un puro *factum* al que la norma se tiene que ajustar– se considera el desconocimiento del autor de los conceptos y clasificaciones usuales como un problema de error y se procura una solución. Para FRISCH, esa forma de individualización “pasa por alto que se trata de un problema de la concreción, específica para el autor, de la norma y que el denominado error únicamente constituye el motivo para tal concreción”, por lo que con la fórmula de la valoración paralela en la esfera del profano “no se dice lo que importa, esto es, que la igualdad de significado no es más que concreción, siempre posible, de la norma en dirección a lo que ha comprendido el autor” (pp. 74-75).

¹⁶⁰⁰ En efecto, se temía que la existencia de normas penales formales que sancionaran una conducta como delito, en rigor, solo pudiera ser conocida por un reducido grupo de personas, conocedoras de la legislación estatal, abriendo las puertas a que únicamente pudiera sancionarse por ese conocimiento a pocos sujetos. También se temía que aquella concepción fuera una valla para juzgar los crímenes del nazismo.

comisión, que luego era casi imposible de probar en el proceso, a la vez que suponía una tremenda simplificación de un fenómeno psíquico harto complejo. A la larga, de hecho, se hizo imperiosa la revisión de la forma de la conciencia del injusto, que tuvo lugar en los años sesenta.

Creemos necesario insistir en un aspecto ya citado, porque es un punto esencial en la normativización de los conceptos de los que se nutre el error de prohibición y el conocimiento de la antijuridicidad, siempre todavía en el marco histórico de la teoría del dolo: la equiparación a conocimiento o conciencia del injusto de situaciones que, en la realidad fáctica, eran casos de desconocimiento. Así, sin renunciar a la conciencia del injusto como elemento del dolo, se aplicó la pena de este a algunos supuestos excepcionales, a pesar de que faltase la conciencia del injusto como dato psicológico objetivo¹⁶⁰¹, lo que dio origen a la teoría limitada del dolo, representada por MEZGER y su desarrollo de la noción de *ceguera jurídica u hostilidad frente al derecho*¹⁶⁰². Por tal se refería a la incapacidad de actuar o conocer conforme a derecho, en virtud de una actitud incompatible con lo que llamó visión sana y popular del Derecho y del injusto, en tanto no obedeciera a causas de inimputabilidad¹⁶⁰³. En la concepción de MEZGER era determinante el disvalor de los hechos frente a los cuales el sujeto se mostraba insensible¹⁶⁰⁴.

Si bien su doctrina fue merecedora de severas críticas dogmáticas y demonizada por su germen autoritario y por estimarla violatoria del principio de culpabilidad¹⁶⁰⁵, lo cierto es que introdujo una posible respuesta a un objeto de constante preocupación, como era el de los individuos refractarios al derecho. Tanto es así, que la idea de *ceguera jurídica* se independizó de su creador y fue evolucionando, sin haber perdido vigencia hasta el día de hoy, como lo acreditan las explicaciones que se proponen para el fenómeno de la indiferencia¹⁶⁰⁶.

¹⁶⁰¹ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 37.

¹⁶⁰² NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; p. 243. MANSO PORTO; *Desconocimiento*; pp. 76-77.

¹⁶⁰³ Los críticos de esa noción señalan que, al fin de cuentas, para estos partidarios de la teoría del dolo, se trata como dolosa a una acción imprudente, lo que lleva a abandonar el punto de partida, ya que se "admite que la conciencia de la antijuridicidad no caracteriza siempre la diferencia decisiva de culpabilidad entre el dolo y la imprudencia" (ROXIN; *Derecho Penal*; p. 865), lo que es un postulado fundamental de aquella teoría.

¹⁶⁰⁴ Vale señalar que la conceptualización de *crimina odiosa* conforme la enumeración que realizó MEZGER resulta incompatible con la concepción y valores de nuestra época (entre ellos se contaba, por ejemplo, la homosexualidad). Sin embargo, hay que decir que la noción de *ceguera jurídica* fue evolucionando con los años hasta ser sinónimo de inexcusable hostilidad frente a normas de vigencia universal, tales como la que caracterizó a los delitos del nazismo.

¹⁶⁰⁵ WELZEL; *Derecho penal alemán*; pp. 244-245; BUSTOS RAMÍREZ; *El tratamiento*; p. 718; BACIGALUPO; *Derecho Penal*; p. 435.

¹⁶⁰⁶ Posteriormente, una vez que a partir del aporte del WELZEL el dolo se mudó de la culpabilidad al tipo, el conocimiento de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad se fue "des-psicologizando", para pasar a tener una connotación mucho más fuertemente valorativa. Es decir que su contenido y sus consecuencias dejaron de depender de manera determinante de la siempre difícil constatación de una representación o estado psíquico del autor del hecho. WELZEL puso de manifies-

to que dolo y conocimiento del injusto requerían dos niveles psicológicos diferentes e incompatibles entre sí, como para que el dolo pudiera estar integrado por ambos. “Dolo y conocimiento de lo injusto exigen psicológicamente dos clases diferentes de conciencia: aquella exige necesariamente la representación o percepción actual al tiempo del hecho, ésta se conforma con un “saber” inactual” (WELZEL; *Derecho penal alemán*; p. 244). Desde esta lógica, considera que si se quisiera exigir una representación actual de la antijuridicidad en el momento de la ejecución, apenas se darían hechos dolosos (p. 244). Ello es conteste con el hecho de que WELZEL haya concebido a la culpabilidad como un estamento sistemático puramente valorativo o normativo: su famoso juicio de reproche a quien se decidió en contra del derecho, cuando le era posible actuar de otra manera. Esta forma de entender la culpabilidad como un reproche que solo podía plantearse al autor cuando este hubiera estado en situación de conocer la antijuridicidad era, a criterio de WELZEL, una lógica derivación del principio de culpabilidad que había permanecido solapada por la tradición romana del *error iuris nocet* y por el temor de brindar al contraventor una excusa cómoda para llegar a una absolución injustificada (pp. 240-241).

ROXIN, analizando la relación entre la valoración y lo valorado, rechaza la opinión de que con la eliminación del dolo de la culpabilidad y traslado al tipo, la culpabilidad –que para él es, y así la llama, “responsabilidad”– se convierta en un puro juicio de valor. A su criterio, se debe diferenciar entre el supuesto de hecho de la responsabilidad y el juicio de responsabilidad y concebir la acción responsable (culpable) como unidad de la valoración y lo valorado. Quiere significar con esto que al supuesto de hecho de la culpabilidad (o responsabilidad) pertenecen todas las circunstancias que, más allá del injusto, determinan la responsabilidad, entendida como “acción responsable” (culpable). “Son elementos en parte subjetivos y en parte objetivos, como la constitución psíquica del sujeto, su conocimiento real o potencial de la antijuridicidad y la ausencia de situaciones exculpatorias” (ROXIN; *Derecho Penal*; pp. 797-798).

Justamente, lo que se valoraba en la culpabilidad era el dolo natural, entendido como voluntad de acción que ahora estaba en el tipo. Uno de los fundamentos del finalismo para el corrimiento de estamento dogmático del dolo había sido que el objeto a valorar –el propio dolo natural– no podía formar parte del juicio de su propia valoración, como ocurría cuando estaba emplazado en la culpabilidad (pp. 243 y ss, en especial, 246). En palabras de SANCINETTI, la distinción entre ilícito y culpabilidad presupone necesariamente una delimitación entre *objeto de la valoración* y *valoración del objeto*, lo que significa distinguir entre dolo y conciencia de la antijuridicidad (*Sistema*; p. 17). Ahora, en la culpabilidad se valoraba la formación de la voluntad defectuosa –dolosa– que resultaba reprochada al autor, en tanto había tenido la posibilidad concreta de haberse decidido a favor de la norma, lo que suponía que había reconocido lo injusto de su hecho o podido conocerlo (*Derecho penal alemán*; p. 241). Uno de los elementos de juicio, a la par de la imputabilidad y de la exigibilidad, pasó a ser entonces el conocimiento de la antijuridicidad.

A decir del propio WELZEL, la conciencia de la antijuridicidad o –mejor dicho– la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad es precisamente la razón por la que se reprocha el dolo (p. 246). Es decir, que cada vez que un sujeto, por las particulares circunstancias del caso concreto, ha estado en condiciones de conocer la antijuridicidad de su actuar, incluso al margen de que esa representación psíquica realmente haya tenido lugar, se le puede reprochar no haber adecuado su voluntad, y por ende su conducta, al derecho; habrá entonces culpabilidad. BUSTOS RAMÍREZ es fuertemente crítico de la equiparación de conocimiento potencial o posible a conocimiento efectivo (*El tratamiento del*; p. 714).

El esquema de WELZEL estaba inspirado en el principio de responsabilidad, según el cual toda persona era portadora de la responsabilidad de conformar sus decisiones a derecho, dentro de los límites de su capacidad de comprensión ético-social (*Derecho penal alemán*; p. 247 y BACIGALUPO; *Derecho Penal*; p. 434). En ese marco, la conjunción de voluntad antijurídica y posibilidad de actuar conforme a derecho, amalgamaban el pleno conocimiento de la antijuridicidad y el error de prohibición vencible en un mismo suceso: el injusto doloso culpable. En la culpa, en cambio, no había voluntad antijurídica (*Derecho penal alemán*; p. 248).

En este nuevo sistema, una clara muestra de su carácter normativo estaba dada precisamente por la idea de *posibilidad de conocimiento*. En efecto, la circunstancia de que se tuviera como equiparable a efectivo conocimiento la situación de quien no había conocido habiendo estado en condiciones de conocer y que, en consecuencia, se le reprochara el no haberse motivado en la norma, habla a las claras de la asignación de un *status* de “conocimiento efectivo” a un contexto que, desde el punto de vista psicológico, era de ignorancia. “Al autor le resulta más fácil la posibilidad de autodeterminación conforme a sentido cuando conoce positivamente la antijuridicidad (...) Más difícil le resulta al autor cuando no conoce la antijuridicidad, pero podía reconocerla con un poco más de cuidado. Si hubiera podido conocer lo injusto de su hecho a través de un mayor esfuerzo de conciencia, consultas y otras formas semejantes, le debe ser reprochado, aunque en medida menor” (p. 250).

Sin embargo, la posición del finalismo clásico no logró despojarse de una fuerte impronta psicológica, lo cual –a decir de NIETO MARTÍN– era comprensible por tratarse de una dogmática de

Cuando se habla de normativización no se trata –según la idea que aquí se sostiene– de establecer una falsa dicotomía entre el mundo natural y el normativo, sino de tomar los conceptos que aquel brinda y limitarlos según los fines del sistema, aplicándolos analógicamente. El mundo normativo bien entendido debe nutrirse del fenoménico, sin caer en la desmedida pretensión de crear una realidad paralela “desencarnada” de la realidad de las cosas.

III. C) 2. v) Cuestiones debatidas con relevancia en la normativización.

En la actualidad, si bien la enorme mayoría de la doctrina acepta la teoría de la culpabilidad¹⁶⁰⁷, en materia de error de prohibición las profundas divergencias que aún persisten se centran, precisamente, en el grado de normativización que deben alcanzar los conceptos de los que se nutre esa figura, como su contracara: el conocimiento y el desconocimiento de la antijuridicidad. Y ni qué decir del alcance que cabe asignar a la noción de conocimiento eventual de la antijuridicidad o al tratamiento que merecen las dudas irresolubles, problemas que siguen suscitando un encendido debate doctrinal¹⁶⁰⁸, sobre todo a la hora de demarcar sus fronteras con el error de prohibición. En efecto, se sostiene que las dudas irresolubles tienen su paralelo en el error de prohibición invencible, por lo que merecen un tratamiento privilegiado en cuanto a la

base ontológica o axiomática, en la que la preocupación por los valores no era primordial (*El conocimiento*; p. 28). De hecho, la idea misma de culpabilidad propia del finalismo, entendida como “poder actuar de otro modo”, fue un paradigma que se puso en tela de juicio por estar ligada a la noción de libre albedrío. Al respecto, el mismo NIETO MARTÍN destaca que la libertad del hombre no interesa al derecho como faceta de la personalidad; o sea, como un fenómeno del mundo físico, sino como un aspecto del mundo normativo o convencional a partir del cual una sociedad construye sus leyes. La libertad no puede ser probada, sin embargo el ordenamiento jurídico está construido sobre la idea del hombre como ser libre y autorresponsable (pp. 33 y 35), lo cual es la base del principio de culpabilidad. Así, el derecho penal no puede castigar a quien no pudo prever subjetivamente las consecuencias de su comportamiento, si es que no se lo quiere tratar como un mero factor causal (p. 34).

Sobre la incidencia de la subjetivización del injusto en la doctrina del error, ver FRISCH; *El error como*; pp. 24-31. También HERRERA destaca que, como consecuencia de considerar que el conocimiento de la antijuridicidad ya no integre el dolo, GRAF ZU DOHNA separa, por primera vez, la valoración del objeto valorado. Eso da como consecuencia que el error se haya dividido en dos pares de conceptos, según el efecto que produzca en los distintos elementos del delito: error de tipo y error de prohibición (HERRERA; *El error*; p. 92).

¹⁶⁰⁷ Sin perjuicio de que, como ya se ha dicho, todavía hay partidarios de la teoría del dolo e, incluso, propuestas renovadas de aquella, como la *teoría modificada del dolo*, elaborada por OTTO, para quien la conciencia de injusto estaría emplazada en el dolo (junto con la voluntad de realización de la conducta y el conocimiento de los elementos de hecho), en tanto que la conciencia de la antijuridicidad estaría ubicada en la culpabilidad formal, es decir la conciencia de estar infringiendo una ley penal. Sobre la posición de OTTO, ver HIRSCH; *Acerca de los errores y extravíos*; FELIP I SABORIT; *Error iuris*; pp. 49-50.

¹⁶⁰⁸ Sobre esta problemática cuestión, ver FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 129 y ss y SILVA SÁNCHEZ; *Observaciones sobre el conocimiento*; pp. 647-664. En ese trabajo, el autor se pronuncia también a favor de el normativismo, por sobre lo que denomina líneas “cognoscitivistas” (p. 650).

punibilidad¹⁶⁰⁹ y, del mismo modo, hay acuerdo en que el conocimiento de la antijuridicidad engloba tanto el efectivo conocimiento como ciertas situaciones de duda¹⁶¹⁰.

De lo anterior se colige que cuestiones como duda=desconocimiento y conocimiento=conocimiento actual/conocimiento no actual inciden en la normativización del concepto. En efecto, solo el derecho penal, según sus propósitos, puede sostener sin que le tiemble la voz que *dudar* es lo mismo que *conocer*. Si apeláramos al lenguaje natural, la expresión “conocimiento eventual” sería un oxímoron; en derecho penal, en cambio, es una noción técnico-jurídica, lo que denota su carácter normativo. El abandono de la idea de conocimiento efectivo de la antijuridicidad se ha traducido en divergencias sobre qué debe entenderse por configuración de la conciencia de la antijuridicidad y su relación con el error de prohibición, que no pasan por la ubicación de esas nociones en la estructura sistemática del delito ni por su relación con el dolo, sino por qué sentido y alcance se da a esos conceptos. Es decir, por su mayor o menor normativización, con relación a las representaciones puramente psicológicas del autor. Como destaca FELIP I SABORIT, lo que resulta determinante es establecer hasta qué punto el estado psicológico al tiempo de comisión del hecho hace las veces de fundamento material básico, tanto de la atribución de responsabilidad, como de su medida¹⁶¹¹. A su criterio, la cuestión no pasa solo por la posibilidad de limitar los conceptos que aporta la psicología con algunos contornos dogmáticos que pudieran acotar la imputación subjetiva, sino directamente por analizar si cabe fundarla completamente y luego medirla, sin recurrir a las nociones psicológicas, tal como se hacía tradicionalmente.

Al estudiar el tratamiento a aplicar a las dudas irresolubles, FELIP I SABORIT sostiene que, para el derecho penal, los conceptos de conocimiento de la antijuridicidad y error, como así también la zona intermedia de transición que representa la duda, no tienen pretensiones clasificatorias de estados psíquicos, sino que establecen los requisitos por los que se puede producir la atribución plena (conocimiento), disminuida (error de prohibición vencible) o la exención de responsabilidad (error de prohibición invencible). El caso de la duda no puede tener una respuesta dogmática *ex ante* en punto a cuál de esos tratamientos merecerá, sino hasta que se haya efectuado una valoración de ese estado psíquico en relación a su actitud motivacional frente al derecho y a la idea de vencibilidad¹⁶¹². Como se ve, todas son definiciones normativas.

En la misma dirección, SILVA SÁNCHEZ estima que la cuestión acerca de si el conocimiento eventual de la antijuridicidad, e pesar de excluir el error de prohibición, será merecedor de un tratamiento atenuatorio respecto del conocimiento seguro

¹⁶⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ; *Observaciones sobre*; p. 656.

¹⁶¹⁰ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 135.

¹⁶¹¹ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 51.

¹⁶¹² FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 147.

es algo que queda librado al legislador, en función de lo que pretenda exigir a los ciudadanos; es decir, habrá que determinar si el ordenamiento jurídico está dispuesto a tolerar que, ante la duda, el ciudadano realice la conducta presumiblemente antijurídica o si, en el contexto de incertidumbre, se impone el deber de abstención del comportamiento sobre el que se proyecte la duda acerca de su juridicidad. La figura que responde a estas consideraciones de modelo de Estado, según circunstancias individuales o de justicia en el caso concreto, es la exigibilidad¹⁶¹³. Para dilucidar si en los casos de conocimiento eventual debe responderse igual que en los de conocimiento seguro –continúa SILVA–; es decir, si resulta tan exigible como en estos últimos la opción por el derecho, habrá que tener en cuenta que tales supuestos expresan situaciones de duda. Dado ese escenario de hesitación, enfatiza la importancia de considerar la distinción entre supuestos de duda resoluble y de duda irresoluble¹⁶¹⁴. Así, destaca que la doctrina –en especial Armin KAUFMANN– ha sostenido que las dudas resolubles no merecen ningún tratamiento privilegiado respecto al conocimiento seguro, porque el criterio rector es que grava al ciudadano el deber de informarse, de modo tal que, si pudiendo hacerlo no lo hace, el reproche a su respecto es valorativa equiparable al de quien conoce de modo seguro la antijuridicidad¹⁶¹⁵. A ello, SILVA agrega que en las situaciones de duda resoluble será razonable que el sujeto con conocimiento eventual responda igual que si este fuera seguro; pues puede ser hecho responsable de la situación en que se encontraba y de la que le era exigible salir. En esa perspectiva, el criterio básico de exigibilidad es un deber de informarse –en tanto ello sea posible– que recae sobre todos los ciudadanos. De este baremo se sirve todavía la teoría del error de prohibición para la distinción entre error vencible e invencible y a esto obedece que el primero sea punible y el segundo no¹⁶¹⁶.

En orden a las situaciones de duda irresoluble en las que, según la tesis de KAUFMANN, solo se llegará a la responsabilidad plena –tal como si se tratara de conocimiento seguro– en el caso de que el sujeto muestre su aprobación o indiferencia respecto al resultado¹⁶¹⁷, SILVA postula una solución diferente. A su criterio, debe sentarse

¹⁶¹³ SILVA SÁNCHEZ; *Observaciones sobre*; pp. 653-654.

¹⁶¹⁴ SILVA SÁNCHEZ; *Observaciones sobre*; pp. 654-655. SILVA sostiene que a esa distinción hace referencia Armin KAUFMANN, “si bien desde una perspectiva vinculada a las teorías emocionales del dolo eventual y, por tanto, mas propensa a decidir sobre la base de una presunta reprochabilidad de la actitud interna que a partir de consideraciones de exigibilidad” (p. 655).

¹⁶¹⁵ SILVA SÁNCHEZ; *Observaciones sobre*; p. 655; con cita de HORN y Armin KAUFMANN, a lo que SILVA acota que “[s]i bien se repara, que el criterio rector sea el deber de informarse es ya una consideración de exigibilidad. Se «exige» que los ciudadanos en situación de duda resoluble se informen antes de actuar” (p. 655; nota 28).

¹⁶¹⁶ SILVA SÁNCHEZ; *Observaciones sobre*; p. 655.

¹⁶¹⁷ SILVA SÁNCHEZ; *Observaciones sobre*; p. 655; con cita de KAUFMANN y de HORN. SILVA deja en claro su inclinación hacia el normativismo al afirmar, en alusión a la posición de esos autores, que “aquí se hace mucho más visible una criticable concepción de la culpabilidad y, por añadidura, del error de prohibición, como ámbito sistemático en el que lo decisivo es la reprochabilidad de la actitud

el principio general de necesidad de un tratamiento privilegiado frente al conocimiento seguro. Entiende que se trata de situaciones cuyo paralelo –si se tratara de error y no de duda– sería el error invencible¹⁶¹⁸. No cabe apreciar a su respecto responsabilidad del sujeto como fundamento de las dudas, lo que hace razonable proponer la atenuación.

A partir de las consideraciones que antecede, SILVA extrae dos conclusiones en las que estimamos que se aprecia con claridad prístina la necesidad de normativizar los conceptos de conocimiento, desconocimiento y duda –es decir los datos psicológicos–, a los fines de procurar soluciones valorativamente adecuadas según los propósitos del derecho. La primera conclusión es que un conocimiento eventual es suficiente para afirmar la concurrencia de conocimiento de la antijuridicidad y la ausencia de error de prohibición; la segunda –y medular de cara a la posición que aquí se sostiene– es que

ello no significa que, de modo automático, el conocimiento eventual de la antijuridicidad deba recibir el mismo tratamiento penal que el conocimiento seguro. Por contra, y atendiendo a consideraciones de exigibilidad, se darán casos de conocimiento eventual equiparables al conocimiento seguro y otros, en cambio, merecedores de un tratamiento privilegiado¹⁶¹⁹.

En una visión concordante, para MANSO PORTO el conocimiento que aquí interesa no se trata de la verificación o no de un hecho psíquico; más bien implica que las nociones de conocimiento y desconocimiento evitables se corrigen según criterios normativos de responsabilidad¹⁶²⁰.

Para avanzar en el análisis y la comprensión de las tensiones entre las posiciones psicologistas y normativistas, se hace necesario relevar las posiciones más significativas en orden al alcance de los conceptos que componen e informan el instituto del error de prohibición, según las perspectivas de los exponentes emblemáticos de uno y otro sector.

III. C) 2. vi) Las distintas propuestas: psicologistas vs. normativistas.

Como destaca CÓRDOBA, la cuestión de la naturaleza del vínculo entre el autor y el conocimiento de la norma –psicológico o normativo–, determinante para perfi-

interna” (p. 655; nota 30). Sin embargo, al margen de que la posición de KAUFMANN le parezca criticable en razón de asignar un valor decisivo a la reprochabilidad de la actitud interna del sujeto, destaca que la estructura de esa posición “es un instrumento muy válido” para dilucidar en qué casos el mero conocimiento eventual es equivalente al conocimiento seguro y en qué casos no (p. 655). En definitiva, SILVA acaba valiéndose de la posición de KAUFMANN para normativizar.

¹⁶¹⁸ SILVA SÁNCHEZ; *Observaciones sobre*; p. 656. Agrega que ello es así del mismo modo que la duda resoluble tiene su paralelo, en la teoría del error, en el error vencible (p. 656; nota 33).

¹⁶¹⁹ SILVA SÁNCHEZ; *Observaciones sobre*; p. 656. Para la posición de SILVA sobre los casos en los que el sujeto siquiera se plantea de modo expreso dudas sobre la conformidad a derecho de su conducta, lo que conduce a la noción de co-conciencia, ver pp. 656-659.

¹⁶²⁰ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 91.

lar una noción de error de prohibición, está transida por la posición que se adopte en materia de culpabilidad. Es decir, en qué medida esta es un concepto que atiende a capacidades individuales del autor y a partir de qué punto es solo un concepto determinado por razones de prevención¹⁶²¹.

Las implicaciones, pero sobre todo los matices en los términos y en la finas líneas que demarcan los conceptos hacen que, hasta el presente, no cesen los encendidos debates doctrinarios sobre si la frontera del binomio evitabilidad/inevitabilidad del error de prohibición deba trazarse según criterios normativos –es decir, asignaciones de valor que no se rijan por las representaciones psicológicas del autor– o bien por el contenido mental de este al momento del hecho. En rigor, ni siquiera hay consenso sobre si debe regir el principio de coincidencia temporal entre el déficit por el conocimiento y el hecho, como lo pone sobre el tapete la discusión sobre la indiferencia frente al derecho.

Sin embargo, hay que decir que prácticamente ninguna posición doctrinal actual, en vistas a la expansión que ha alcanzado el derecho penal, puede prescindir de ciertos baremos normativos para determinar el grado de conocimiento exigible al autor. Es más, en la base de todo este asunto reposa el hecho de que el propio concepto de culpabilidad individual, único que puede justificar la pena, tampoco puede ser explicado a partir de construcciones meramente psicológicas¹⁶²².

Así, la capacidad para conocer el ilícito debe determinarse según la exigencia de que el autor en concreto haya tenido una razón para examinar la conformidad de su comportamiento con el ordenamiento jurídico (aspecto individual), pero a la vez habrá que analizar si objetivamente existía una razón para ese examen (aspecto general). No importa, en ese sentido, la concreta representación mental del autor, sino si él, en sus particulares circunstancias individuales, debería haber tenido razones objetivas para cerciorarse de que su conducta fuera lícita. Esas razones concretan los límites de la sociedad y, por ende del derecho, para ser indulgente frente al error.

A pesar de que ya se ha insinuado la posición que se asume en este trabajo, para comprender cómo se ha llegado a estas “versiones combinadas” de comprensión de la culpabilidad y del error de prohibición, será conveniente repasar someramente las posiciones más significativas en las argumentaciones psicológicas y normativis-

¹⁶²¹ CORDOBA; *La evitabilidad del error*, p. 26.

¹⁶²² STRATENWERTH lo pone de manifiesto cuando señala que la extrema individualización del juicio de culpabilidad sencillamente no es posible. Es que la libertad de acción no es demostrable, por lo que cualquier juicio sobre la culpabilidad de otro ya contiene elementos de generalización, ya que el presupuesto de que el autor habría podido actuar de otro modo siempre es una suposición. Por eso, señala que no parece haber otra posibilidad que la de referir el juicio de reproche a una persona promedio, hipotéticamente emplazada en la misma situación que el autor, lo que significa aplicar parámetros generales y no individuales. A ello hay que agregar que el concepto de culpabilidad también queda marcado por consideraciones de política-criminal, que alejan de la plena individualización en términos psicológicos (*Derecho Penal*; pp. 274-275).

tas. Decimos, que será un repaso somero porque, insistimos, esta no es ni pretende ser una investigación exhaustiva sobre el error de prohibición.

α. El planteamiento psicologista en el error de prohibición.

1. En el ángulo del psicologismo extremo, se ubican opiniones como las de Armin KAUFMANN y HORN, comentadas de manera crítica por ROXIN, MANSO PORTO y CÓRDOBA¹⁶²³, entre muchos otros, según las cuales para que haya evitabilidad es preciso que medie conciencia actual de que es factible que la acción esté prohibida, puesto que consideran imposible que quien no la tenga pueda informarse sobre la norma específica reguladora de su acción. Dicho llanamente, quien al menos no tenga una duda tenue o inespecífica, pero efectiva, sobre el carácter antijurídico de su comportamiento estará en error y ese error será inevitable. Desde luego, ROXIN parece estar en lo correcto cuando destaca lo exagerado de esa posición, en tanto quien alberga dudas sobre el injusto tiene ya una conciencia eventual de la antijuridicidad, que en general no alcanza para fundar un error de prohibición.

En este punto, acierta ROXIN cuando destaca que la culpabilidad de quien infringe normas ético-sociales –mucho más si son elementales– sin representarse en absoluto la contrariedad a derecho de su proceder no es menor que la de quien tiene que vencer escrúpulos jurídicos¹⁶²⁴. Se sigue de ello que la clave de la cuestión no pasa por lo estrictamente psicológico, sino por lo valorativo, en tanto hay desconocimientos que equivalen a conocer.

Comentando la posición de Armin KAUFMANN –a quien le reconoce el avance de que el conocimiento de la antijuridicidad comience a perder contenidos morales respecto, por ejemplo, de la posición de WELZEL– NIETO MARTÍN señala que para que el error sea evitable KAUFMANN parece requerir en la cabeza del sujeto algún tipo de vacilación sobre la antijuridicidad del comportamiento¹⁶²⁵. Ello se deriva de que, para KAUFMANN, la evitabilidad está fundada no en la posibilidad de conocer, sino en la *capacidad* de conocer.

HORN¹⁶²⁶ termina de dar forma a esta concepción, al señalar que la capacidad de conocer es idéntica a la capacidad de acción. Solo es capaz de emprender una acción quien conoce su fin. Así, para emprender la acción de conocer, es preciso que el sujeto reaccione psíquicamente ante una circunstancia que actúe como un estí-

¹⁶²³ ROXIN; *Derecho Penal*; p. 885; MANSO PORTO; *Desconocimiento*; pp. 65-66; CÓRDOBA,; *La evitabilidad*; p. 54 y ss.

¹⁶²⁴ ROXIN; *Derecho Penal*; p. 864.

¹⁶²⁵ NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; p. 123.

¹⁶²⁶ La síntesis de la posición de este autor que sigue ha sido tomada de la explicación de NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; p. 124 y ss.

mulo que otorgue, en ese individuo en particular y no en otro, razón para conocer. Por lo tanto, para que el error sea evitable, el individuo debe estar en condiciones de llevar a cabo una conducta tendente a desvanecer su desconocimiento, por haber tenido un motivo posible para emprender la acción de conocer¹⁶²⁷. La acción de informarse, entonces, requiere la constatación de un fenómeno psíquico: el sujeto debe ser consciente de que tiene un déficit de conocimiento. Así, para poder reprochar el error deben concurrir dudas acerca de si el comportamiento está prohibido. Solo a quien duda se le puede exigir que no haya emprendido un comportamiento para salir de su ignorancia. Para HORN, la capacidad de conocimiento es un aspecto de la capacidad de motivación. En consecuencia, en los casos de error vencible deben darse las condiciones propias de la capacidad de motivación, es decir concurrir determinados estímulos que constituyen una relación psicológica entre el sujeto y el objeto. Si en el contexto del hecho, no se dan las circunstancias estimulantes que indiquen que es probable que la acción a emprender esté prohibida, no es posible sostener que exista motivación alguna. Esto confirma que es necesario que concurren dudas en el autor acerca de la prohibición del comportamiento que está por realizar. Así, la capacidad para conocer la antijuridicidad ha de constatarde de manera individualizada, puesto que no interesa la posibilidad de conocer el injusto, sino que el autor fuera capaz de conocerlo. Si a pesar de haber hecho todo aquello de lo que era capaz de acuerdo a los medios que tenía a su alcance para conocer el injusto, no lo ha logrado, no puede haber juicio de reproche.

En definitiva, crítico de la teoría normativa de la culpabilidad a la que pretende introducir un correctivo, HORN entiende que la relación entre autor y norma debe ser real, material, existencial por lo que, tributario de la posición de Armin KAUFMANN, considera que la culpabilidad penal es la decisión libre y responsable contra la norma, lo que requiere que el nexo entre el sujeto y la norma sea psicológico.

Las posiciones psicológicas entrañan siempre el problema de que al autor indiferente o despreocupado por el derecho ni siquiera le surgirán dudas acerca de la antijuridicidad, mientras que al excesivamente escrupuloso su disposición de no infringir la norma se le puede volver en contra. Estas situaciones dilemáticas no pueden ser resueltas mediante criterios que solo atiendan al nexo psíquico.

Además, las perspectivas psicologistas no siempre son más favorables al autor. Sin criterios normativos que indiquen cuándo una duda real debe esclarecerse, se corre el riesgo de que el fenómeno psíquico amplíe en demasía el campo de imputación¹⁶²⁸. Se añade a ello que hay más chances de que la duda como estado mental caracterice la actitud de quien se preocupa por ser fiel al derecho, mientras que en ge-

¹⁶²⁷ CORDOBA; *La evitabilidad*; pp. 54-56.

¹⁶²⁸ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 65.

neral faltará en el indiferente, a quien un psicologismo extremo beneficiaría. No siempre el conocimiento o la duda beneficiarán al autor, como tampoco lo perjudicarán en todos los casos. Para decidir tal cosa, hay que atender al contexto normativo. En cambio,

[s]i se toma únicamente como base el dato psicológico del conocimiento de la norma, no habría casos imaginables de error que no condujesen necesariamente a una aminoración relevante de la culpabilidad. Sin embargo... el grado de punibilidad no debe estar unido al grado de intensidad de un hecho psíquico, pues la cognoscibilidad de la norma, como elemento psicológico, constituye únicamente el requisito mínimo para la imputación de culpabilidad¹⁶²⁹.

Este elemento de mínima está condicionado por la motivación concreta del autor que le permita acceder a la norma. Ambos elementos deberán ser enjuiciados contextualmente, para llegar al juicio de culpabilidad.

Sin llegar al extremo de la posición de HORN, las perspectivas netamente psicológicas rígidas, es decir las que requieren la vinculación estricta entre un estado psíquico y la responsabilidad penal, han debido ampliarse enormemente, hasta conformarse con que cualquier mínima representación de contrariedad con algún interés protegido por el derecho alcance para afirmar el conocimiento de la antijuridicidad. De tal suerte, el ámbito del error de prohibición queda severamente menguado, puesto que cualquier mínima duda satisface para atribuir conocimiento. Como se ha destacado, ello obedece al afán de evitar lagunas de punibilidad, pero acarrea la contracara de haber expandido en demasía el ámbito del error de prohibición vencible por sobre el invencible¹⁶³⁰, que ha quedado reducido, sobre todo en los anales de jurisprudencia, a su mínima expresión.

A ello agregamos el serio inconveniente de que las concepciones que solo atienden a estados mentales pierden de vista el sentido y fin del *ius puniendi*, olvidando que solo cabe penar allí donde la conjunción entre la lesividad de bienes jurídicos y las necesidades preventivas lo requieran. Para medir estas necesidades no alcanza la constatación empírica de una mera representación psicológica, sino que esta debe ser amalgamada con la vocación de respeto al principio de culpabilidad del autor, a la luz de los fines preventivos del sistema. El derecho penal no puede ser guiado y aplicado por relación causa-efecto, sino que exige que un proceso valorativo para establecer si la aplicación de las consecuencias penales es pertinente, con base en los principios de necesidad, proporcionalidad y *ultima ratio*.

2. En Argentina, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR son representantes de un punto de vista tributario del finalismo de WELZEL de modo tal que su posición respecto del conocimiento de la antijuridicidad es normativo, en el sentido de que interpre-

¹⁶²⁹ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 67.

¹⁶³⁰ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; pp. 256-257.

tan la culpabilidad como reprochabilidad. Sin embargo, en su fuerte crítica al funcionalismo, rechazan expresamente la pretensión de objetivar los conceptos propia del normativismo, puesto que sostienen que no se puede renunciar a que la estimación sobre la vencibilidad o invencibilidad del error, como límite a la culpabilidad, deba hacerse en todos los casos en función de las condiciones personales del agente. Para ellos, la “exigibilidad siempre es a una persona concreta, pero en una situación y una circunstancia también concretas” y las “reglas no puede ser fijadas conforme a un homúnculo que represente a un término medio ideal, porque niega la individualización del juicio de culpabilidad”¹⁶³¹.

A ello agregan que la exigencia de que los grados de culpabilidad sean medidos conforme diferentes magnitudes de capacidad psíquica de la persona es un dato de la realidad que la ley no puede desconocer ni alterar. Entre los baremos a tener en cuenta para hacer el juicio de graduación, enumeran la capacidad de imaginación de una persona, su juicio crítico; su nivel de pensamiento abstracto, de atención, de fijación mnémica, de sensopercepción, etc., como funciones que pueden llegar a estar disminuidas al extremo de tornar inexigible que el autor haya imaginado la criminalidad de su acción o que la haya deducido a partir de un análisis reflexivo de los datos disponibles o que haya comprendido su lesividad. Como síntesis de lo anterior, consideran que

es posible que haya personas que no sean incapaces psíquicos de culpabilidad respecto de ese injusto en concreto pero que, por sus características psíquicas personales, sea indudable que no resulte posible exigirles que, en la concreta circunstancia del hecho, que hayan vencido o evitado el error¹⁶³².

Lo dicho hasta aquí sobre el planteo de estos autores nos lleva a concluir que la suya, en verdad, es una posición cargada de un alto nivel de psicologismo, por mucho que la concepción de la culpabilidad como juicio de reproche sea de corte normativo. En efecto, lo relevado sobre la importancia que asignan a los fenómenos psíquicos del sujeto y a la posibilidad de este de imaginar la criminalidad del acto, para fundar luego un juicio de reproche, hacen de la suya una postura antagónica con toda aspiración de objetivación propia de las corrientes normativistas, tal como ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR lo dicen abiertamente.

Se trataría de lo que MANSO PORTO llama la “concepción bicéfala” de la culpabilidad tradicionalmente mantenida, en la cual convergen a la vez la exigencia de un hecho psíquico y de criterios de reprochabilidad. Esa forma de ver la cuestión, entiende MANSO, no permite armonizar el mantenimiento de la validez de la norma y la culpabilidad individual como garantías compatibles, relación que debe buscarse dentro

¹⁶³¹ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 696.

¹⁶³² ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 696.

de un contexto funcional¹⁶³³. A su juicio, la culpabilidad requiere consideraciones teleológicas que legitimen la pena y de referencias funcionalistas que permitan explicar qué factores psíquicos son relevantes y por qué, en algunas ocasiones, el conocimiento actual a nivel psicológico puede ser menos reprochable que uno meramente actualizable.

Así, asumiendo que la evitabilidad o la vencibilidad no son sino la pretensión de establecer un límite al error de prohibición exculpante, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR rechazan las posiciones que trazan la frontera de la evitabilidad a partir de la distinción entre normas centrales y fundamentales y normas disponibles. Tampoco admiten que siempre sea vencible el error sobre principios de ética-social, como así también que se haga pesar sobre el ciudadano un deber medio de información. A su criterio, todos esos baremos normativos, en el contexto de la pluralidad cultural de nuestras sociedades, no son más que fórmulas vacías de contenido. Destacan no obstante que, en el extremo opuesto, el psicologismo a ultranza ha sostenido que a quien no tiene conciencia actual de la prohibición de la acción no puede reprochársele que no se haya motivado en la norma imperativa ni que haya violado ningún deber de información. Para el psicologismo puro y duro, quienes dudan no tendrían conciencia de la antijuridicidad, como tampoco la tendrían los indiferentes, por lo que –destacan– se regresa a los mismos problemas que tenía la teoría del dolo¹⁶³⁴.

Como se ve, entonces, si bien están muy lejos de los planteos normativistas en el sentido del funcionalismo, tampoco adscriben a un psicologismo a ultranza. La suya más bien es una concepción netamente finalista, en el sentido clásico. Tendría una faz subjetiva-individual, para un posterior juicio de reproche de carácter normativo. Así, conciben a la vencibilidad del error de prohibición como un límite a la culpabilidad, es decir un límite de exigibilidad y de la consiguiente reprochabilidad¹⁶³⁵. Coronan esa idea sosteniendo que no hay ningún deber de información jurídica que incumba al ciudadano¹⁶³⁶, sino que todos los ciudadanos tienen el deber de no cometer injustos, pero ese deber solo les es exigible en la medida en que aquellos dispongan efectivamente del correlativo derecho a comprender la naturaleza de tales injustos, sin que interese si han hecho uso o no de ese derecho de comprensión¹⁶³⁷.

Conforme su explicado punto de vista del error de prohibición, la evitabilidad de la falta de comprensión de la criminalidad de la conducta debe valorarse siempre en relación al sujeto en concreto y a sus posibilidades, atendiendo a tres aspectos

¹⁶³³ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; pp. 43-44.

¹⁶³⁴ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 695.

¹⁶³⁵ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 695.

¹⁶³⁶ Confr. MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 94.

¹⁶³⁷ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 695.

que deberán ser debidamente valorados para determinar si ha habido vencibilidad: a) si el autor tuvo la posibilidad de conocer la conminación penal de su conducta (posibilidad de acudir a algún medio de información); b) si el autor, al momento de la comisión, tuvo la posibilidad de hacerlo, lo que dependerá de circunstancias de contexto como el tiempo disponible para tomar la decisión de actuar, de las posibilidades de reflexión, etc.; c) si le era exigible al autor que imaginase la criminalidad de su conducta, lo que no ocurrirá cuando ese sujeto no hubiera tenido motivos para presumirla (por su nivel intelectual, su instrucción formal, su ajenez cultural o porque con un estándar mínimo de prudencia no le hubiera sido posible suponer dicha criminalidad).

Consecuentes con la interpretación efectuada, entienden por error de prohibición al que impida la comprensión del carácter y entidad de injusto penal del acto. A su criterio, por exigencia del principio de culpabilidad aquella comprensión (que es un proceso posterior al conocimiento, pero que presupone a este) debe estar referida a la criminalidad, es decir, a la conminación penal de la conducta¹⁶³⁸. Dicho error

¹⁶³⁸ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 701. Resulta pertinente aclarar que la noción de “comprensión de la criminalidad del acto” tiene sustento a partir del art. 34, primer párrafo, del C.P. argentino, que es la norma en la que para estos autores está receptado el error de prohibición en la legislación argentina. No obstante, esta es una cuestión profudamente debatida en la doctrina local, puesto que otros autores consideran que el legislador no ha previsto esa modalidad de error, por lo que algunos entienden aplicable al caso el art. 35 del mismo digesto; mientras otros estiman que a pesar de que no hay precepto alguno que lo contemple, su procedencia se deriva directamente del principio de culpabilidad penal. Sobre este debate, ver por todos BACIGALUPO; *Sistema de error*; pp. 45 y ss. Por su parte, en ese trabajo, BACIGALUPO asume la posición de que el error de prohibición tanto vencible como invencible, cualquiera sea el aspecto de la antijuridicidad sobre el que verse (desconocimiento de la norma, creencia errónea de la existencia de una causa de justificación, error sobre el límite de una causa de justificación –exceso– y eximentes putativas –presupuestos de una causa de justificación–), se encuentra previsto en el art. 35 del C.P., cuya literalidad refiere al exceso en la justificación. Como el exceso es en sí mismo antijurídico, es el precepto que regula el mismo el que resulta aplicable a todo error de prohibición y los hechos cometidos bajo esa clase de yerro, en caso de que sea evitable, siempre serán dolosos porque el autor sabe lo que hace. En consecuencia, solo cabe atenuar la pena a su respecto (pp. 55-65 y 68-69). Otro trabajo que se ha ocupado de la cuestión es SANCINETTI; *Sistema*; pp. 27 y ss, en especial, a partir de p. 36. Según SANCINETTI, la dogmática argentina solo puede encarar el problema del dolo y del error, tradicionalmente resuelto a partir del lenguaje del art. 34 del Código Penal, sobre la base de fundamentos de *lege ferenda*. Para él, lo que define si el art. 34 se refiere a errores de tipo o a otros que no versen sobre elementos del tipo gira en torno al alcance que se otorgue a la expresión “error de hecho” (p. 37). La solución correcta la encuentra en negar validez al principio *error iuris nocet* en el derecho positivo vigente y, por otro lado, en regular los estados de error según sean de tipo o de prohibición (sin que importe sin son de hecho o derecho), conforme a criterios de distinción que no pueden extraerse de la ley (p. 41). Ello por cuanto, a su juicio, del texto del art. 34 no puede extraerse que los errores inevitables (*no imputables*, según reza la norma) contemplados en el dispositivo excluyan el dolo; todo lo que el precepto dice es que excluyen la pena: lo único que el Código Penal exige es que el autor quede impune, sin tomar partido por teoría alguna ni por un concepto de tipo, de dolo, de culpa o de culpabilidad (p. 43). El art. 34 del C.P. deja abierta la posibilidad a que se entienda incluido el efecto excusante de todo error inevitable sobre el carácter impune del hecho, como sería el caso de la falsa suposición invencible de que concurría una excusa absoluta (pp. 47-48). Para él, la solución a los casos de errores evitables, que no recaigan en el tipo sino que determinen la ausencia de conocimiento actual de la criminalidad, exigen tomar la mirada hacia el art. 35 del C.P., al que –si bien califica de impreciso– considera el más significativo de la parte general de ese digesto (p. 54). En ello parece coincidir HERRERA (al menos para los errores en los que se cree estar amparado por una justificante), quien, sin embargo, para esa clase de errores postula que, de no haber tipo culposo, corresponde la impunidad. Ello es conteste con su idea de que el dolo se integra con el conocimiento de la antijuridicidad, por lo que el error de prohibición excluye el dolo (HERRERA; *El error*; pp. 142-143 y 118). Por su parte, BOTANA entiende

será invencible cuando el sujeto no haya podido comprender la criminalidad de su acto; mientras que será vencible cuando la comprensión haya estado condicionada por dificultades no imputables totalmente al sujeto¹⁶³⁹.

β. El planteamiento normativista en el error de prohibición.

Las concepciones propiamente normativas son aquellas que, desde interpretaciones preventivas del principio de culpabilidad, tratan de establecer criterios estandarizados o generalizadores para determinar cuándo concurren motivos o razones para que el individuo trate de informarse acerca de si la conducta a emprender resulta contraria al ordenamiento jurídico, con independencia de todo nexo psicológico. Se ha dicho ya que WELZEL fue el primero en hablar de la necesidad de motivos en el potencial autor, a los fines de determinar la vencibilidad del error; sin embargo no logró contornear con precisión cuáles deberían ser tales estímulos. Eso es lo que tratan de hacer las corrientes normativistas, si bien con fundamentos y objetivos diversos.

1. RUDOLPHI¹⁶⁴⁰ considera que el fundamento del error evitable es que el autor no hace uso de sus facultades personales para conocer la norma penal y su función de llamada. Por eso en la determinación de la evitabilidad estimaba crucial que se atendiera a la capacidad individual del autor y a su capacidad personal de conocer la antijuridicidad. Sin embargo, individualización no es sinónimo de exclusión de criterios generalizadores, que hacen las veces de límites a la responsabilidad. Gracias a ello, en ocasiones, a pesar de que un criterio puramente individual podría conducir a que fuera posible alcanzar el conocimiento, el recurso a un patrón generalizador puede permitir que se declare la inevitabilidad del error, por entender que al autor no le era exigible la utilización de sus capacidades. Ello puede suceder cuando el grado de culpabilidad no fuera suficientemente elevado como para fundamentar un reproche penal. En esta idea ya se encuentra el germen del concepto preventivo de culpabilidad que luego desarrollaría ROXIN.

que en el derecho positivo argentino, el error de prohibición directo invencible está regulado en el art. 34, inc. 1, C.P. ya que no permite comprender la criminalidad del acto. También encuadraría en ese precepto el error indirecto por falsa suposición de un presupuesto objetivo de una causa de justificación. En cambio, el error sobre los límites de la justificante está claramente previsto en la cláusula de exceso del art. 35 (BOTANA; *El error de prohibición*; pp. 263-264).

En todo caso, el art. 34, párrafo primero, reza: "ARTICULO 34.- No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones".

Por su parte, el art. 35 establece: "ARTICULO 35.- El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia".

¹⁶³⁹ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 698.

¹⁶⁴⁰ Para la síntesis del pensamiento de RUDOLPHI se sigue a NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; p. 131 y ss y CÓRDOBA; *La evitabilidad*; pp. 61-63.

En cuanto al derrotero que debe seguir el juez en el proceso de determinación de la invencibilidad, RUDOLPHI estima que primero se debe preguntar si un hombre como el autor, colocado en su misma situación y portador de la misma capacidad mental y de representación de los valores jurídicos, hubiera podido conocer la antijuridicidad. Para ello habrá de indagar en la auténtica capacidad del autor, apelando a verificar su formación, su ambiente familiar, su medio social. Si el juez concluye que no le era posible aprehender la antijuridicidad, habrá de preguntarse si la hubiese podido adquirir mediante la información pertinente. Sin embargo, para que exista el deber de informarse se tienen que dar dos restricciones. La primera es la existencia de un motivo que impulse al autor a reflexionar; de modo que si al tiempo del hecho el autor no tuvo la más mínima duda sobre la antijuridicidad y no existieron motivos para reflexionar, el error será invencible. Esto es una exigencia del principio de culpabilidad, cuyo respeto no resultaría satisfecho si solo bastara la posibilidad objetiva de informarse, sin atender a que la evitabilidad es un juicio del poder subjetivo de un individuo. En esto coincide esencialmente con HORN, por lo que sus posiciones comparten las dificultades dogmáticas respecto del ciudadano cuidadoso.

El segundo límite es en el que RUDOLPHI echa mano de los criterios generalizadores de naturaleza preventiva. Habrá error de prohibición inevitable si un hombre responsable medio, preocupado por no lesionar bienes jurídicos, en la situación del autor y con su misma capacidad psíquica, no hubiese conocido la antijuridicidad ni mediante reflexión ni mediante información. Ahora, ¿quién es ese hombre medio consciente de su responsabilidad? Para RUDOLPHI la respuesta no debe aludir a un hombre normal o promedio, puesto que no se trata de un criterio constatable empíricamente, sino de un parámetro completamente normativo. En cambio, con el baremo del hombre consciente de su responsabilidad, las representaciones de valor del ordenamiento jurídico se convierten en decisivas¹⁶⁴¹.

Para delinear la figura del hombre consciente de su responsabilidad se utilizan parámetros preventivos: no puede exigirse una búsqueda de información o una reflexión que vayan más allá de lo necesario para proteger el bien jurídico ni pueden pretenderse esfuerzos excesivos si ello apenas sirve para incrementar mínimamente dicha tutela. El principio de culpabilidad impone que el poder punitivo deba limitarse cuando la culpabilidad no guarde relación con la necesidad de protección del bien jurídico.

En síntesis, el esquema de RUDOLPHI importa una superación de las posturas meramente psicológicas, en tanto la vencibilidad no depende exclusivamente de factores de ese tenor, al estilo de WELZEL, HORN o Armin KAUFMANN. En esta pro-

¹⁶⁴¹ CÓRDOBA; *La evitabilidad*; p. 62, con cita del propio RUDOLPHI.

puesta, en la que el giro normativizador es evidente y significativo para los desarrollos posteriores, primero se examina la capacidad individual para salir del error y, a continuación, la necesidad de pena¹⁶⁴².

2. Sabido es que para ROXIN la noción de culpabilidad, a la que denomina responsabilidad, está cargada de sentido preventivo, en tanto se ocupa de determinar si es necesaria, en concreto, una sanción contra el autor. Así, el tercer estamento del delito se compone de la culpabilidad (el autor puede ser alcanzado por la función de llamada de la norma y es capaz de conducir su comportamiento conforme a ella) a la que se le suman necesidades preventivas, es decir, necesidad de pena. Si media culpabilidad, pero la pena no aparece necesaria, a su criterio no habrá responsabilidad, lo que evidencia el papel de límite de las necesidades preventivas. Con ese telón de fondo, ROXIN considera que el error será inevitable en atención a valoraciones preventivas. Así, cuando el ciudadano no conoce la norma a pesar de haberse mostrado fiel al derecho deberá considerarse que no era posible vencer el error. No castigar esos supuestos no pone en jaque el ordenamiento jurídico ni perturba al resto de la sociedad, por lo que no hay necesidad preventivo general de pena. Además, la actitud de fidelidad individual muestra también el carácter innecesario de la sanción desde un prisma preventivo-especial, ya que la re-socialización no tendrá razón de ser.

Para la posición de ROXIN, la culpabilidad como capacidad individual no es el factor que debe determinar la evitabilidad. Esta estará delimitada por criterios preventivos generales y especiales, entre los cuales ocupará el lugar central, como se acaba de decir, la determinación de si el autor, pese a desconocer la antijuridicidad, ha mostrado fidelidad normal al derecho¹⁶⁴³. Más adelante se verá la importancia que este criterio tiene en la posición que se asume en este trabajo.

En cuanto a los baremos para apreciar la evitabilidad a los que deberá apelar el juez, ROXIN también se refiere a la necesidad de motivos, solo que estos ya no serán de naturaleza psíquica (dudas), como el caso de las posiciones psicologistas, sino objetivos. Deberá procurarse establecer si concurren circunstancias razonables para la sociedad para provocar un estado de duda. La individualización máxima que se

¹⁶⁴² FELIP I SABORIT destaca, entre las propuestas que no reposan solamente en una culpabilidad psicológico-individual, las que también tienen en cuenta necesidades preventivas (presentes, entre otros, en JAKOBS y en ROXIN). De entre ellas, releva el aporte de RUDOLPHI, quien considera que a los autores de conciencia o por convicción se les imputa una conciencia de la que carecen; que en los ámbitos profesionalizados priman aspectos normativo-generalizadores sobre los psíquicos por lo que se puede imputar la infracción a normas que en verdad se ignoran, en aras de la prevención de riesgos; que para determinar cuándo hay motivos para sospechar o dudar sobre la antijuridicidad del hecho hay que efectuar alguna objetivación. Todas estas objetivaciones no son otra cosa que la normativización de elementos tomados del mundo de lo psíquico para hacer posible su aplicación razonable al mundo jurídico-penal (FELIP I SABORIT; *Error iuris*; pp. 52-53).

¹⁶⁴³ ROXIN; *Derecho penal*; p. 879.

observa en su postulado pasar por el papel del individuo en la sociedad, a partir del cual se lo puede responsabilizar por el desconocimiento en función de patrones estandarizados a los que denomina “motivos para cerciorarse”¹⁶⁴⁴ (razones para dudar, desempeño en un sector regulado, conciencia de daño a terceros). Si concurren alguno de esos motivos y el sujeto no hace esfuerzo alguno por informarse, habrá responsabilidad penal solo si se muestra necesaria la pena según criterios preventivos¹⁶⁴⁵.

3. Dentro del universo de las posiciones normativistas enfocadas en criterios de política criminal, la máxima expresión del funcionalismo la encarna la opinión de JAKOBS, quien entiende a la culpabilidad como un elemento cuya misión es estabilizar las normas penales mediante la imputación penal. En esa tónica, partiendo de la base de que todo error de prohibición consiste en la ausencia de idea correcta sobre el injusto, reconoce que el concepto de evitabilidad lleva a asociar el asunto con un ámbito de libertad entendido psicológicamente. Empero, ello no es correcto, puesto que no se trata de advertir la concurrencia de un fenómeno puramente psíquico (sin desconocer ese sustrato en la base de todo error de prohibición), sino de determinar con cuántos imperativos sociales se puede gravar al que se equivoca (lo que dará la medida de la evitabilidad del error de prohibición) y qué grado de ignorancia es tolerable por parte del Estado y de la sociedad, sin que se resienta la función de prevención general del derecho penal (error de prohibición inevitable). A partir de lo anterior, JAKOBS concluye que la evitabilidad, como la culpabilidad en sí misma, es dependiente del fin de la pena¹⁶⁴⁶.

El apego de JAKOBS a la normativización en lo que a este específico tipo de error se refiere queda al desnudo cuando desarrolla el contenido del concepto de evitabilidad, de la que dice –con todas las letras– que no constituye un problema psicológico, sino normativo¹⁶⁴⁷. Consiste en determinar qué factores psíquicos causantes del error en los que obró el autor pueden ser invocados por este y por cuáles debe responder personalmente, por ser de su *incumbencia*¹⁶⁴⁸; es decir que habrá que ver si el autor es responsable, sobre la idea de competencia por el desconocimiento. Con ese telón normativo de fondo, engarzado en toda su concepción preventiva del derecho penal, se entiende su afirmación de que el derecho no asegura conocimientos mínimos, sino leal-

¹⁶⁴⁴ ROXIN; *Derecho penal*; p. 884 y ss. NIETO MARTÍN es crítico de la estandarización de motivos que establece ROXIN, por considerar que desconoce que la culpabilidad es la capacidad de ser motivado por la norma y que la presencia de dudas psicológicas es necesaria para determinar la evitabilidad. En efecto, esa estandarización –dice– entraña el peligro de establecer presunciones de evitabilidad contrarias a la presunción de inocencia (NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; pp. 142-143).

¹⁶⁴⁵ ROXIN; *Derecho penal*; pp. 879-882.

¹⁶⁴⁶ JAKOBS; *Derecho Penal*; p. 673.

¹⁶⁴⁷ JAKOBS; *Derecho Penal*; p. 674. En efecto, JAKOBS marca un contrapunto entre la relevancia del dato psíquico en el error de prohibición, en el que lo considera irrelevante, y ese mismo elemento con respecto al dolo y a la culpa, en los que sí es decisivo (p. 656).

¹⁶⁴⁸ JAKOBS; *Derecho Penal*; p. 674.

tad a la norma. Entiende que solo las faltas de voluntad son imperdonables, mientras que las de conocimiento siempre son perdonables, lo que exige atender al fin de la pena. De tal suerte, es admisible la renuncia a reprochar las faltas de conocimiento, cuando sean indicadores de falta de competencia o responsabilidad¹⁶⁴⁹.

Resulta interesante apreciar en lo anterior –y esto es un agregado personal que vuelve sobre la tesis de SEARLE– cómo JAKOBS toma los datos de la realidad psíquica que colocaron al sujeto en una situación de error material (por cierto indudable) como sustrato psíco-físico del instituto en estudio, para luego discriminar cuáles de esos elementos tienen incidencia jurídico-penal. He aquí la valoración propia de la normativización, que no desprecia el dato en bruto, sino que lo re-significa para sus fines específicos, sin forzar la realidad de las cosas; antes bien, acotándola en atención a los fines últimos del sistema penal. En ese sentido, la normativización tiene –a nuestro juicio– una función de garantía, en tanto debería servir para acuñar conceptos y aplicaciones de los mismos sintónicos con los objetivos que legitiman el *ius puniendi*. La pura realidad, en este caso psíquica, podría resultar demasiado abarcadora (como ocurriría si se admitiera como conocimiento jurídicamente relevante cualquier clase de representación mental) o excesivamente restrictiva (como si se admitiera que cualquier duda fuera tomada como desconocimiento), y por ende poco segura para delimitar conceptos jurídicos, acordes a los fines de protección que persigue el ordenamiento penal. La normativización, con la mirada puesta en el sentido y la necesidad última de penalización, hace las veces de dique de contención de esos posibles excesos y puede ser una forma de limitar la atribución de responsabilidad personal. Así, se transforma en una herramienta al servicio de la racionalidad del derecho, que tanto permitirá imputar hechos cuando los fines de protección y preventivos del sistema no autoricen a renunciar al reproche, aun cuando no haya habido pleno conocimiento psíquico; pero también renunciar a aquel cuando dichos fines preventivos muestren que el autor ha sido leal al ordenamiento jurídico, haciendo las veces de escudo de garantía frente a una imputación innecesaria y anti-sistemática.

Retomando a JAKOBS, desde su óptica, la perspectiva normativa debe garantizar la confianza general en la norma, por la que todo autor es responsable del déficit de lealtad a aquella. Interesa aquí destacar el elemento de fidelidad al derecho como

¹⁶⁴⁹ JAKOBS; *Derecho Penal*; p. 676. Estas ideas lo llevan a la polémica conclusión de que la ausencia de lealtad al derecho antes de la comisión del hecho resulta irresoluble, en tanto “constituye únicamente culpabilidad en el delito –no positivizado– de convertirse en incompetente (...) Cualquier otra vía está cerrada en un Derecho penal que no castiga por la deslealtad al Derecho que se traduzca de cualquier modo en hecho, sino por la deslealtad al Derecho al realizar el tipo” (pp. 676-677). El hecho de que la coincidencia temporal entre hecho y culpabilidad sea un requisito ineludible a conjugar con las capacidades físicas e intelectuales del autor en concreto, todo lo cual conduce a apreciar un error de prohibición inevitable en los casos de desconocimientos previos achacables al autor, es compartida en Argetina por CÓRDOBA (ver *La evitabilidad*; p. 320).

fundamental en el marco del error de prohibición, dejando en claro que no suscribimos la idea de que el único bien jurídico tutelado sea la vigencia de la norma y del derecho. En efecto, ya se ha visto también en ROXIN la importancia que tiene la noción de lealtad, en el marco de una teoría más cercana a la posición que aquí se sostiene.

En punto a la normativización del déficit de conocimiento, dice JAKOBS que hay que comparar

la situación psíquica real con la siguiente situación hipotética: Si el autor hubiese desplegado suficiente disposición a observar la norma (lo que evidentemente no ha realizado), entonces habría hecho presente a su conciencia la norma en la que no ha reparado efectivamente, y la habría respetado. No se supone que el autor conozca la norma en cuestión, sino que sólo se supone que quiere obedecer toda norma, sea cual sea¹⁶⁵⁰.

Lo que remata diciendo que la irresponsabilidad del autor por el error no depende solo de sus procesos mentales al tiempo de la comisión, sino de los motivos de esos mecanismos. Si el déficit de la disposición a observar las normas a compensar es demasiado grande deberá ser considerado consecuencia de una actitud de hostilidad o indiferencia con el derecho. Es por esto que considera –con apoyo legal en el § 17 del StGB– que la medida de la culpabilidad se ha de determinar según consideraciones axiológicas que se comportan elásticamente respecto del hecho psíquico, ya que la falta de conciencia puede, pero no es necesario que así sea, ser indicio de culpabilidad disminuida¹⁶⁵¹.

Ahora bien, para determinar la competencia por el error que es la clave de la posición de JAKOBS en esta materia, considera crucial atender a la trascendencia de la norma infringida. Así, en el ámbito central del derecho penal, el error casi siempre gravará al autor (más adelante veremos las excepciones a este caso). Por tratarse de normas básicas en la configuración social su quebrantamiento será señal de deslealtad.

En cambio, los errores sobre normas no esenciales requieren otro tipo de tratamiento. A diferencia de las normas medulares respecto de las que el Estado está interesado en su acatamiento y también en la aceptación de sus contenidos, frente a las accesorias solo hay un interés público en que se respete su vigencia o su validez formal, o sea que se las acate por emanar de la autoridad con competencia legislativa. Para JAKOBS, de cara a esta constelación de normas el autor deberá ser considerado competente por su error si ha puesto en peligro de manera intolerable los fines que el derecho pretendía alcanzar con su dictado¹⁶⁵².

Para apreciar hasta qué punto llega la normativización en este autor, baste con señalar que a su juicio habrá un motivo que fundamente la evitabilidad del error, es

¹⁶⁵⁰ JAKOBS; *Derecho Penal*; p. 675.

¹⁶⁵¹ JAKOBS; *Derecho Penal*; p. 656.

¹⁶⁵² JAKOBS; *Derecho Penal*; pp. 661-662.

decir la reflexión sobre la situación jurídica, siempre que el comportamiento de aquel sea compatible con la vigencia del derecho positivo y el error no sea atribuible a la causalidad o a otro sistema¹⁶⁵³. De darse este último caso (por ejemplo, porque el autor hubiera recurrido a una fuente de información confiable), aunque haya motivo, el error será inevitable.

Resulta oportuno poner de realce que el punto de vista del derecho como fuente de guía de conducta también es un elemento común en las posición de JAKOBS y de ROXIN. Este último señala que “el fundamento de la punición del delito doloso no consiste en la desobediencia, sino en que el sujeto desdeña de manera intolerable los intereses de otros o de la comunidad”¹⁶⁵⁴. Con esa idea como norte, estimamos que, en términos de error de prohibición, lo que habrá que valorar pues es si, en su actuar, el sujeto ha tenido al derecho como un modelo de orientación de conducta. Esta idea relativiza las nociones psicológicas de duda y de desconocimiento, para hacer foco en si la valoración global del hecho efectuada por el autor se enmarca en una actitud respetuosa del orden jurídico. Un grupo de individuos pertenecientes a un pueblo originario que, sabiendo que la usurpación de la propiedad privada fuera delito en el Código Penal argentino¹⁶⁵⁵, creyera que ellos estuvieran particularmente autorizados a recuperar sus tierras, que la Constitución Nacional proclama que les corresponden por propiedad ancestral, podrían no haber sido hostiles al derecho como un ordenamiento regulador general de la convivencia social, sino que habrían errado su apreciación sobre la forma de hacerse de lo que les pertenecería, pero sin que su hecho evidenciara vocación de rechazo al derecho en general¹⁶⁵⁶.

Vaya el anterior como ejemplo de que los datos psicológicos del conocimiento y del conocimiento errado no son el factor decisivo en la resolución de los casos

¹⁶⁵³ JAKOBS; *Derecho Penal*; p. 678.

¹⁶⁵⁴ ROXIN; *Derecho Penal*; p. 864.

¹⁶⁵⁵ ARTICULO 181.- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1º el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes;

2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo;

3º el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

¹⁶⁵⁶ No obstante, habría que analizar la coyuntura de cada caso en particular para poder delimitar la responsabilidad penal. En efecto, en un caso como el propuesto habría que ver cuál es el grado de instrucción y de inserción en el medio social general de los miembros del grupo originario. En el caso propuesto, se trataría de ciudadanos argentinos, si bien pertenecientes al colectivo de su comunidad, quienes, probablemente, puedan haber accedido a la educación formal o tener empleos que los pongan en contacto con la sociedad argentina no indígena y sus normas de convivencia o de tener trato diario con ciudadanos no aborígenes. En un contexto tal sería difícil que pudieran invocar un error respecto de la autorización para usurpar propiedad privada. Mucho menos, que ese error fuera invencible. Para que así fuera, a los autores les tendría que faltar un resto de conocimiento de la norma latente, que no fuera posible actualizar y concretar mediante su disposición a observar la norma (JAKOBS; *Derecho Penal*; p. 675). Se volverá más adelante sobre este tipo de situaciones.

de error de prohibición, sino que son el punto de partida sobre el cual habrá que efectuar una valoración de la posición del sujeto frente a la norma en particular y al ordenamiento en general, para evaluar la resolución del conflicto. No creemos que sea otra cosa lo que afirma ROXIN, al señalar que, para decidir la punición, el *quid* de la cuestión no pasa por la desobediencia como dato objetivo, sino que “la diferencia valorativa decisiva no se halla en la presencia o ausencia de conciencia de la antijuridicidad, sino en si el sujeto (...) orienta su conducta por parámetros que se apartan de los del Derecho”¹⁶⁵⁷; lo contrario da lugar a un error de prohibición. Es que, agregamos, solo en ese caso habrá una necesidad político-criminal de sancionar.

3. La pertinencia del normativismo en la fundamentación del error de prohibición se hace patente en la posición de BUSTOS RAMÍREZ, quien viene a confirmar que la valoración para explicar la institución es casi imprescindible, sea cual sea el sustento dogmático que se dé al instituto. Decimos esto porque BUSTOS RAMÍREZ es fuertemente crítico no solo de las teorías de la culpabilidad y del dolo, en cualquiera de sus versiones, sino también de la posición de JAKOBS¹⁶⁵⁸. Para este autor –quien llama al error de prohibición invencible *creencia errónea invencible* (tal como hacía el art. 6 bis a) del Código Penal español de 1983, que comenta)–, esta está vinculada a la comprensión del sujeto de la *valoración* que da sustento al injusto o la *ratio* que lo inspira. Así, y gracias a la plasticidad que le permite la letra de la ley por entonces vigente, marca un contrapunto con el error propiamente dicho, que solo puede estar referido a un puro elemento descriptivo o normativo. De tal suerte, solo el error tendrá que ver con el *conocimiento*¹⁶⁵⁹; la creencia errónea, con la *valoración*¹⁶⁶⁰.

Pone incluso un ejemplo interesante para analizar en relación con los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa. Dice que alguien puede haber leído el tipo penal de homicidio, pero creer, conforme a sus costumbres culturales, que la norma no alcanza respecto de niños pequeños con graves deficiencias corporales. Al contrario, alguien puede tener la conciencia de que matar es un injusto, sin haber leído nunca aquel tipo penal o la norma constitucional que protege la vida. De ello concluye que el conocimiento y la conciencia del valor sobre el que reposa un delito son nociones que transitan por distintos andariveles y tienen, a su juicio, distintas estructuras.

¹⁶⁵⁷ ROXIN; *Derecho Penal*; p. 864.

¹⁶⁵⁸ BUSTOS RAMÍREZ; *El tratamiento del*; pp. 714 y ss.

¹⁶⁵⁹ En esa lógica, entiende que el error como ignorancia o falso conocimiento solo puede versar sobre los elementos del tipo objetivo o de los presupuestos de una causa de justificación (BUSTOS RAMÍREZ; *El tratamiento del*; pp. 704 y ss).

¹⁶⁶⁰ BUSTOS RAMÍREZ; *El tratamiento del*; pp. 713 y 714.

BUSTOS RAMÍREZ distingue así la teoría del error de la teoría de la *conciencia diferente*¹⁶⁶¹, relativa esta a la fundamentación del injusto. Según él, conocimiento de un elemento de la infracción y conciencia de licitud no son homologables. Para el primero, no se requiere conocer la segunda ni viceversa. Ilustra eso con algo nuevamente relevante para los delitos que aquí interesan: “la conciencia de la licitud está dada sobre la base de una comprensión cultural y social del individuo de los valores y racionalidades concretas que informan el sistema jurídico y político en que vive y participa”¹⁶⁶². Eso explica que no haga falta que la conciencia de la licitud sea actual, sino que sea una comprensión que se dé en el autor¹⁶⁶³.

En punto al error de prohibición invencible, al que BUSTOS RAMÍREZ denomina, junto con el Código Penal español de 1983, *creencia errónea invencible*, consiste para él en una causa de inexigibilidad de una determinada conciencia, es decir una cuestión fundamentalmente normativa; o sea: graduable. Es que la conciencia diferente del sujeto obedece a circunstancias jurídicas y sociales vivenciadas por él, que configuraron de un modo diferente su percepción valorativa del injusto. En ese caso, no hay posibilidad para el ordenamiento jurídico de exigibilidad de una coincidencia entre la conciencia del sujeto y la *ratio* del injusto¹⁶⁶⁴.

El carácter invencible puede estar dado por un sinnúmero de causas personales; por circunstancias sociales y políticas e incluso por falta de elementalidad o gran complejidad (como ocurre en el derecho penal accesorio) de las valoraciones que dan base al injusto, de modo tal que la coincidencia entre la conciencia del sujeto y la *ratio* del injusto no resulte posible¹⁶⁶⁵.

4. FELIP I SABORIT, también partidario de una postura normativista, considera preciso efectuar un primer juicio objetivo de evitabilidad en abstracto acerca de qué debería entenderse genéricamente por motivos suficientes (como la dañosidad o la reprochabilidad ético-social) para la obtención del conocimiento de la antijuridicidad. Esto debería fundamentar un deber de evitación de la conducta en situaciones de error de prohibición vencible, en razón de la correlación del daño o reprobación social como

¹⁶⁶¹ Resalta la inconveniencia de hablar de *falta de conciencia*, ya que el sujeto siempre tendrá alguna, aunque no sea la misma sobre la que repose el injusto (BUSTOS RAMÍREZ; *El tratamiento del*; p. 715).

¹⁶⁶² BUSTOS RAMÍREZ; *El tratamiento del*; p. 715.

¹⁶⁶³ Aclara al respecto que si tal conciencia está presente al tiempo de la acción, evidenciará la comprensión de la *ratio* del injusto; pero si no está, eso no querrá decir que no se dé en el sujeto o que no le sea exigible, debido a su inserción cultural. Eso explica que tal conciencia pueda predicarse tanto de hechos dolosos como culposos (BUSTOS RAMÍREZ; *El tratamiento del*; p. 715).

¹⁶⁶⁴ BUSTOS RAMÍREZ; *El tratamiento del*; p. 717 y 718.

¹⁶⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ; *El tratamiento del*; p. 717. Si la falta de coincidencia no tiene tal intensidad, podrá haber exigibilidad, es decir *creencia errónea vencible*, merecedora de un tratamiento privilegiado (p. 717).

factores legitimantes y la prohibición jurídico-penal. La normativización es clara, en tanto afirma que cuando se presentan esos elementos como motivos suficientes es, en principio, exigible la evitación de la conducta. Sin embargo, agrega que a ese primer juicio se debe añadir un segundo de tipo subjetivo, puesto que el conocimiento de aquellos indicios de antijuridicidad no pueden sustituir plenamente su conocimiento (de lo contrario, para el derecho no habría error) ni alcanzar para imputar personalmente el hecho al autor.

En síntesis, FELIP I SABORIT propugna un esquema mixto, compuesto de un juicio objetivo o abstracto sobre la evitabilidad con base en la concurrencia de motivos suficientes para dudar, seguido de un juicio subjetivo o concreto de vencibilidad referido a la capacidad personal o grado de subjetivación, tendente a establecer qué elementos estrictamente personales causantes del desconocimiento han corrido por cuenta del autor (error evitable) y cuáles no le son atribuibles (error inevitable)¹⁶⁶⁶. Este paso de un juicio objetivo sobre los indicios de antijuridicidad al personal o concreto sobre la evitabilidad “no tiene una base exclusivamente psicológica, no tiene por objeto los conocimientos y capacidades psíquicas del autor no utilizadas en la situación concreta, sino que es una decisión básicamente normativa de lo que debe exigirse”¹⁶⁶⁷. En esta propuesta, el conocimiento es el criterio de imputación de responsabilidad, compuesto por la conjunción de lo que se sabe con seguridad y las razones por las que no se sabe con certeza. Así, la normativización permite que estados psíquicamente idénticos puedan ser valorados penalmente como conocimiento o desconocimiento de la antijuridicidad (que para este autor debe ser penal) del hecho, de modo que puedan dar lugar a plena imputación o a error¹⁶⁶⁸.

En esa tónica y consciente de que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias continúan abordando el problema del error de prohibición desde una mirada psicológica, FELIP I SABORIT acentúa el hecho de que lo esencial para la atribución de responsabilidad penal no es la efectiva representación de la prohibición de una conducta, sino la valoración del comportamiento individual frente al deber de motivarse en las normas jurídicas. Al efecto, postula la distribución equitativa de las tareas, de modo tal que el Estado se comprometa en hacer asequibles las normas a los ciudadanos¹⁶⁶⁹. Ya veremos que esta última idea será fundamental para determinar cuándo, frente a un delito motivado culturalmente, pueda invocarse un error de prohibición inevitable por inaccesibilidad a la norma, atribuible al Estado. Si este no se “presenta” ante los ciuda-

¹⁶⁶⁶ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; pp. 248-250.

¹⁶⁶⁷ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; p. 251.

¹⁶⁶⁸ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; pp. 257-258.

¹⁶⁶⁹ FELIP I SABORIT; *Error iuris*; pp. 255-256.

danos y “se da a conocer” será difícil imaginar un escenario de deslealtad, puesto que no se puede ser infiel a lo que no se conoce (normativamente).

5. Una posición mixta subjetivo-normativa propone también NIETO MARTÍN, derivada de que la Constitución debe ser la referencia básica de la que extraer los valores y los principios político-criminales de los que se nutra la dogmática. Con esa idea como norte, trata de solventar los aspectos problemáticos del error de prohibición¹⁶⁷⁰.

A su entender del cuadro de valores constitucionales se desprende que la legitimación del derecho penal no procede solo de sus funciones preventivas del delito a través de la pena y de la tutela de bienes jurídicos, sino también y fundamentalmente de una serie de fines que trascienden lo punitivo y revisten la calidad de garantía para el individuo. Entre estas garantías se cuenta el principio de culpabilidad, que no puede ser explicado solo a la luz de metas preventivas, sino también y principalmente como garantía individual. Esta forma de ver la cuestión, a su juicio y con inspiración en ROXIN, permite encauzar una respuesta en el estamento de la culpabilidad¹⁶⁷¹ que conjugue las finalidades preventivas con las de garantía, puesto que la pena como respuesta a la culpabilidad por el hecho (el autor podía ser alcanzado por llamada de la norma y motivarse en ella) deberá ser impuesta solo cuando haya necesidad preventiva de sanción. Las garantías que legitiman al Estado a imputar el hecho al autor son, según NIETO MARTÍN, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la presunción de inocencia y la proporcionalidad¹⁶⁷². De esas garantías que NIETO MARTÍN deriva la necesidad de reconocimiento del error de prohibición.

Sin embargo, a pesar de las importancia que otorga a las finalidades preventiva, es de opinión de que el principio de igualdad veta la posibilidad de que se empleen parámetros normativos generalizadores como los de hombre medio o razonabilidad del error, puesto que ello echaría por tierra la vocación individualizadora de la culpabilidad¹⁶⁷³. No obstante, el elemento subjetivo individual de base psicológica no basta para completar el juicio de culpabilidad, sino que este debe ser complementado por los pa-

¹⁶⁷⁰ NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; pp. 28-30.

¹⁶⁷¹ A la que ROXIN llama responsabilidad, precisamente para aunar las funciones preventivas con las de garantía.

¹⁶⁷² Sobre el alcance que asigna a cada una, ver NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; p. 32 y ss.

¹⁶⁷³ NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; p. 42. Si bien la culpabilidad lleva siempre implícita una comparación entre el autor en concreto y un ciudadano medio, el principio de igualdad procura examinar si es admisible no dar relevancia a las especiales características del autor –tanto físicas como psíquicas– que en el momento del hecho lo diferenciaban del ciudadano normal. Eso lo lleva a ser enfático al sostener que no deben desecharse los aspectos psíquicos ni otras capacidades del sujeto a la hora de apreciar la evitabilidad del error. “El autor que ni se imagina la posible antijuridicidad de su conducta, y está absolutamente convencido de su licitud (...) no está en una situación similar para conocer la norma y ser motivado a la de quien de algún modo, aunque sea muy vago, ha percibido que su comportamiento posiblemente pueda estar prohibido” (NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; p. 151).

rámetros normativos indicadores de necesidad de pena, derivados de los principios constitucionales enumerados, al que hay que añadir los de utilidad social y proporcionalidad. Es que una vez constatadas las condiciones para la atribución personal del hecho, según los principios constitucionales de igualdad, dignidad y presunción de inocencia, habrá que preguntarse si la pena es necesaria según el punto de vista de su utilidad social. En efecto, puede haber atribución personal sin merecimiento de pena, en cuyo caso su imposición es inadmisibles; bajos niveles de culpabilidad –es decir de atribución– podrán mostrar la inconveniencia del recurso a la pena en términos de merecimiento y necesidad, a la que deberá renunciarse. Ese es el lugar que el normativismo ocupa, para NIETO MARTÍN, en materia de error de prohibición: el de limitación al juicio de responsabilidad en tanto no sea necesaria la pena. Sin embargo, parte de un sustrato psicológico, en el que sustenta la individualización; esta es un instrumento probatorio indiciario para determinar el conocimiento de la antijuridicidad¹⁶⁷⁴.

Agrega que el escaso merecimiento de pena de un supuesto de error de prohibición puede constarse en aquellos casos en los que la responsabilidad por el error no es exclusiva del autor. Entre los casos en los que la pena puede ser innecesaria en términos preventivos y de protección del bien jurídico enumera la necesidad de privilegiar otros valores socialmente valiosos y también de cuño constitucional, como el pluralismo y la tolerancia, cuyo trascendencia medular para este trabajo ha sido reiteradamente puesta de relieve. El delicado tratamiento que exigen esos intereses sociales pueden desaconsejar las sanción, ante ciertos errores¹⁶⁷⁵. Estas ideas, aun en casos de error posiblemente evitable, pueden aconsejar su tratamiento como si fueran yerros invencibles, de cara a los fines del sistema¹⁶⁷⁶.

En cuanto a la puja psicologismo-normativismo, NIETO es de opinión de que, en materia de error, existen dos intereses contrapuestos fundamentales. Por un lado, la necesidad de tomar en cuenta lo que ocurre en la psique del autor, sus características personales, sus creencias e ideología, todo ello como expresión de la lógica de las garantías que configura el principio de culpabilidad. Por otro, la norma penal infringida, que tiene tras de sí intereses preventivo-generales y, por eso mismo, reclama dureza en la protección de los bienes jurídicos y en restablecer su vigencia¹⁶⁷⁷. La imputación personal del hecho es expresión de lo que llama “lógica garantista” del principio de culpabilidad. Por su parte, las condiciones de imposición de una sanción son

¹⁶⁷⁴ Eso explica su opinión en orden a que se produce una traslación del problema de la evitabilidad del derecho material al procesal, ya que en el error de prohibición ambas facetas están estrechamente unidas (NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; pp. 42-43 y 52 y ss).

¹⁶⁷⁵ NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; p. 56.

¹⁶⁷⁶ Con cita de ROXIN y de MIR, NIETO MARTÍN señala que en ocasiones, sobre todo en sectores regulados, puede ser político-criminalmente aconsejable bajar el umbral de la evitabilidad (*El conocimiento*; p. 56).

¹⁶⁷⁷ NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; pp. 162-163.

expresión de la “lógica de la prevención”, que ejerce un papel de límite. En el caso concreto, sirve para comprobar si la pena resulta un medio adecuado para la tutela de bienes jurídicos, sin poner en peligro otro interés también relevante¹⁶⁷⁸.

Ahora bien, en los casos complicados en los que los fenómenos psíquicos sean solo sutilmente diferenciables unos de otros –como ocurre entre el conocimiento eventual y la duda que fundamenta un error evitable– NIETO afirma que la solución de cada caso deberá venir de la mano de criterios preventivos. En efecto, al no existir una frontera nítida entre error evitable y conocimiento, el dato psicológico resulta insuficiente para dar una respuesta acabada a los datos conflictivos¹⁶⁷⁹.

En nuestra opinión, sin embargo, a pesar de la trascendencia que asigna al dato psicológico, el peso de lo normativo acaba siendo determinante en la posición de NIETO de cara a la determinación de la evitabilidad. Así lo prueba el hecho de que no le parezca decisivo diferenciar entre dudas y motivos a los que expresamente emplea como conceptos equivalentes, ya que las dudas son fenómenos psíquicos que solo pueden probarse a través de la prueba de inferencia, para la que los jueces se valen de reglas de experiencia¹⁶⁸⁰. Lo mismo puede decirse de su afirmación de que, en verdad, empíricamente, no hay diferencia psíquica entre conocimiento eventual y error evitable¹⁶⁸¹ y en el hecho de que asume la posición de RUDOLPHI en materia de fuentes de información confiables, apelando a la vía generalizadora de la figura de un operador jurídico competente y serio¹⁶⁸². Otro tanto cabe decir de la circunstancia de que asuma

¹⁶⁷⁸ NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; p. 165.

¹⁶⁷⁹ NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; pp. 165-167. Sin embargo, para que haya un auténtico contexto de comunicación entre autor y norma, determinante de la evitabilidad del error, será menester sí o sí que existan dudas o razones para cerciorarse de la adecuación a derecho de la conducta; ese nexo psicológico mínimo no puede estar ausente (*El conocimiento*; p. 168). Ello lo entiende una consecuencia directa del principio de dignidad humana, que exige hacer responsable al hombre de sus decisiones, para lo que tiene que haber podido elegir entre dos alternativas de conducta. Si frente a la duda sigue adelante sin reflexión ni información, se podría imputar la evitabilidad del error. “La psicologización de la evitabilidad es, según creemos, imprescindible para salvaguardar correctamente una serie de garantías que en otras épocas se bastaba para preservar el principio de publicidad normativa (...) una concepción (parcialmente) psicológica de la evitabilidad es hoy una condición necesaria para conseguir un grado de garantías similares a las que en el siglo XIX se pretendían lograr mediante la exigencia de que las normas fueran publicadas” (pp. 168-169).

En efecto, preocupado por la difusión que hoy más nunca requiere el complejo entramado normativo en que se ha convertido el derecho penal, funda la necesidad del nexo psicológico entre autor y norma (pp. 170-171), aun asumiendo el costo del privilegio a los autores indiferentes o despreocupados, al que considera una consecuencia de la hipertrofia actual del derecho, que debe acarrear el contrapeso del derecho a una moderada indiferencia por parte del ciudadano (p. 171). Esa necesidad de nexo psicológico la funda, entre otros factores, en la frecuencia de los viajes, de las migraciones, en la internacionalización de los negocios que “hacen que una persona pase a lo largo de su vida, en incluso en un mismo día, por distintos territorios penales” (pp. 169-170). Nótese la importancia que estas consideraciones revisten par este trabajo, ya que llevan a NIETO a afirmar que “la institución del error puede ser uno de los instrumentos jurídicos más útiles para encarar, desde una perspectiva liberal, la [E]uropa multirracial que se avecina” (p. 170), en la que la necesidad de duda o motivo actúe como garantía de la autonomía moral y del pluralismo.

¹⁶⁸⁰ NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; pp. 171-172 y 175 y ss.

¹⁶⁸¹ NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; pp. 166-167.

¹⁶⁸² NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; p. 173.

que, una vez determinada la fuente de información, si la respuesta fuera indubitada a favor de la antijuridicidad, el error será evitable; si la respuesta hubiera sido partidaria de la conformidad a derecho del comportamiento, el error será invencible¹⁶⁸³.

Como se ve, el dato normativo objetivador en materia de evitabilidad personal, acaba siendo determinante, al menos, para los casos complejos. En efecto, al asumir que el problema de la evitabilidad “es casi al cincuenta por ciento” un asunto procesal, afirma que las teorías que requieren constatar un nexo psicológico entre autor y norma no pueden impedir que el juez, al momento de probarlo, se valga de reglas de experiencia o estándares, que son, en definitiva, criterios generalizadores, semejantes a los empleados por las teorías preventivas de la evitabilidad. Sin embargo, considera que superando a estas, su propuesta mixta gana en nivel de garantías, ya que la presunción de inocencia opera como un límite a favor del ciudadano, mucho más personalizado que el grado normal de fidelidad al derecho, invocado por ROXIN, por ejemplo¹⁶⁸⁴.

6. OLAIZOLA NOGALES, quien también se proclama partidaria de la posición de ROXIN en materia de error¹⁶⁸⁵ y de determinación de la frontera de la evitabilidad¹⁶⁸⁶, entiende que los criterios que puedan servir para determinar la existencia o ausencia de error de prohibición en un caso concreto, no serán idóneos para establecer ámbitos en los que el error sea, por regla general, irrelevante. Habrá que fundamentar en cada caso, con razones materiales, los motivos que llevan a aceptar o a rechazar el error. En atención a se tratará de acreditar un elemento interno, la prueba necesaria al efecto –cuya carga atribuye a la acusación– se realizará a través del método de la inferencia¹⁶⁸⁷.

En opinión de esta autora, el error de prohibición consiste en la “capacidad de conocimiento no utilizado”; es decir, que habrá que determinar, de cara al supuesto

¹⁶⁸³ NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; p. 174. Los citados en el texto son algunos de los baremos normativos de los que se vale el autor, a los que cabe sumar el recurso a lo evidente para un ciudadano medio en materia de dañosidad social de la conducta o su contrariedad a valores (p. 177) y la fijación de un distinto criterio de evitabilidad para legos y profanos, ya que un criterio estrictamente psicológico acabaría gravando al lego escrupuloso frente al profesional poco serio (p. 186), entre otros.

¹⁶⁸⁴ NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; p. 175.

¹⁶⁸⁵ La autora se reconoce partidaria de la posición de ROXIN (al margen de algunas matizaciones personales que introduce), desde su posicionamiento en la teoría restringida de la culpabilidad, como derivación de su adhesión a la teoría de los elementos negativos del tipo (en lo que sigue a LUZÓN PEÑA). Es decir que, para ella, el error de prohibición excluye la conciencia de la antijuridicidad, que pertenece a la culpabilidad separada del dolo, el que está emplazado en el tipo de injusto. Esa concepción se completa con la idea de que el error sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causa de justificación constituyen un error de tipo. (OLAIZOLA NOGALES; *El error*; pp. 40-44).

¹⁶⁸⁶ OLAIZOLA NOGALES; *El error*; pp. 177-181.

¹⁶⁸⁷ OLAIZOLA NOGALES; *El error*; p. 205.

concreto, un poder real del individuo¹⁶⁸⁸. Para que resulte vencible, será preciso que el sujeto haya tenido motivos para informarse sobre la eventual antijuridicidad de su hecho. En consonancia con su adhesión a la tesis preventiva de ROXIN, considera que hay tres clases de motivos que deberían conducir al deber de cerciorarse, a través de la reflexión y la información: cuando le hayan surgido dudas; cuando sepa que se mueve en un ámbito regulado y cuando sea consciente de que su conducta resulta perjudicial para terceros¹⁶⁸⁹.

7. En Argentina, la cuestión del error de prohibición plantea un serio problema legal, toda vez que el primer párrafo del art. 34 del C.P., en el que normalmente se lo considera contemplado, alude a estado de inconciencia, error o ignorancia *de hecho no imputables*¹⁶⁹⁰. En ese medio, SANDRO, con inspiración tributaria (pero no completamente coincidente) de la concepción de JAKOBS sobre evitabilidad, entiende que el principio de culpabilidad significa que solo puede haber culpabilidad cuando el hecho sea completamente evitable para el autor. Ello obedece a la necesidad de diferenciar la concepción del mundo que penaliza por acontecimientos esotéricos o acaecidos como fenómenos externos objetivos, de la que fija la imputación sobre la base de la injerencia individual arbitraria en los intereses ajenos (ilícito personal)¹⁶⁹¹.

El juicio de evitabilidad es de carácter normativo y debe efectuarse a nivel del tipo (I), de la justificación (II) y del acceso a la antijuridicidad penal del ilícito (III), requisito derivado de que el ya citado art. 34 establece que, para ser punible, el autor debe haber podido comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones. A este tercer juicio de evitabilidad lo considera esencial para completar los términos de la imputación como contacto vs. distanciamiento del valor¹⁶⁹². La sumatoria de los tres juicios de evitabilidad es lo que garantiza el respeto al principio de culpabilidad, en tanto se incrimina solo el hecho *evitable*, puesto que lo *inevitable* es infortunio.

Como se ve, de esa concepción también se desprende entonces que el error de prohibición deber se apreciado normativamente, como un juicio de valor respecto de la evitabilidad individual al tiempo del hecho y no de representaciones puramente psicológicas.

¹⁶⁸⁸ OLAIZOLA NOGALES; *El error*; p. 205.

¹⁶⁸⁹ OLAIZOLA NOGALES; *El error*; p. 205.

¹⁶⁹⁰ "ARTICULO 34.- No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones".

¹⁶⁹¹ SANDRO; *Error de tipo*; p. 1.

¹⁶⁹² SANDRO; *Error de tipo*; p. 2.

8. También en Argentina, SANCINETTI, quien tiene una mirada relativizadora de las teorías del error, en tanto considera que son confrontaciones en las que predominan más las diferencias de formulación que las de resolución de conflictos, entiende necesario un cierto grado de normativización. En efecto, a la hora de referirse a cómo determinar la evitabilidad del error, afirma que será ineludible un cierto grado de enjuiciamiento abstracto, lo que explica que la ignorancia *crassa* lleve aparejado un juicio de evitabilidad (culpabilidad), por más que ello esté expuesto, desde el punto de vista teórico normativo, a la objeción de que un deber de examen llevaría *ad infinitum* a otros deberes y reproches. Para justificar su posición, agrega que ninguna sociedad podría condicionar la eficacia de sus normas fundamentales a una duda bien concreta sobre la posibilidad de su infracción; sin embargo, si el juicio es solo abstracto renacerá el principio *error iuris nocet*. Ante esta encrucijada, expresa:

[o] (...) se sacrifica una cuota del principio de culpabilidad, en beneficio de la prevención general, o se sacrifica la eficacia de la norma, en beneficio del principio de culpabilidad: una alternativa que los juristas penales de cualquier teoría sólo hemos resuelto en apariencia¹⁶⁹³.

A criterio de SANCINETTI es preciso superar los altos niveles de abstracción teórica reinantes entre las teorías del dolo y las de las culpabilidad y emprender investigaciones que indiquen qué situaciones de hecho son merecedoras de impunidad ante cierto “déficit de conocimiento” y cuáles merecen castigo, ante un autor perteneciente a un determinado medio cultural. Repárese –agregamos– en la importancia que asigna al medio cultural. Según SANCINETTI, solo un estudio de esa naturaleza, que deje al desnudo el conflicto social concreto, puede servir para relacionar la necesidad del castigo con las exigencias del principio de culpabilidad. Relación esta que se tiene que reflejar en el establecimiento de reglas, es decir de *normas* estandarizadoras que aporten seguridad al juicio de evitabilidad¹⁶⁹⁴. Esos parámetros generalizadores son necesarios –añade– para poder hacer realidad el ideal de WELZEL de liberar al derecho del *acaso y la arbitrariedad*¹⁶⁹⁵. Como se ve, la suya es una posición normativista.

9. GARCÍA VITOR, en el desarrollo de su posición acerca de cómo tratar los conflictos con relevancia penal suscitados por tensiones normativas entre las culturas indígenas argentinas y el ordenamiento jurídico oficial, también se pronuncia sobre la discusión en punto a la pertinencia de apelar a parámetros valorativos o psicológicos, en el campo del error de prohibición. Al relevar las posiciones exculpantes que ha seguido la doctrina, afirma que debe prevalecer un enfoque subjetivista, que atienda a las particulares vivencias del autor y que se aleje lo más posible del criterio objetivo del

¹⁶⁹³ SANCINETTI; *Sistema*; p. 21.

¹⁶⁹⁴ SANCINETTI; *Sistema*; p. 22.

¹⁶⁹⁵ SANCINETTI; *Sistema*; p. 23.

“hombre medio”. Concretamente, es fundamental considerar la pertenencia a una cultura diversa¹⁶⁹⁶.

III. C) 3. Toma de posición: normativización y fidelidad al derecho.

El ámbito del derecho penal accesorio es sumamente fecundo para advertir la imperiosa necesidad de apelar a conceptos normativos, en orden a apreciar la concurrencia de conocimiento o desconocimiento de la antijuridicidad. En efecto, si se apelara solo a las representaciones psicológicas, casi todos los delitos del ámbito no nuclear resultarían derogados en la práctica, ya que es imposible que el ciudadano común pueda conocer o sospechar la existencia de figuras penales, en muchas ocasiones completamente neutras a la valoración ético-social¹⁶⁹⁷ y casi siempre cargadas de tecnicismos ajenos a la ciudadanía en general¹⁶⁹⁸. Téngase en cuenta que, a la indiferencia ético-social de ciertas figuras, se añade que componen un entramado normativo casi siempre muy complejo y en constante modificación, máxime en atención a la gran cantidad de tipos penales en blanco de los que se nutre. Así y todo, dar por sentado que cualquier desconocimiento o falsa representación psicológicos sobre la existencia misma de esas normas penales diera, sin más, lugar a desconocimiento y en consecuencia a un error de prohibición inevitable (tal sería la solución de la teoría del dolo) equivaldría a la neutralización de supuestos de hecho que, por razones de política criminal, el legislador ha considerado conveniente tipificar y sancionar. Además, fomentaría la posición descuidada o indolente de no informarse, como mecanismo de inmunización penal gracias al desconocimiento psicológico¹⁶⁹⁹. No obstante, cierto es que el desconocimiento de la prohibición puede importar una culpabilidad disminuida. Eso explica la necesidad de efectuar análisis valorativos en cada caso concreto para determinar, por ejemplo, si el sujeto en cuestión tenía, en virtud de su ámbito de competencia profesional, el deber de informarse y de conocer; en tales supuestos la más mínima duda satisfaría la noción de

¹⁶⁹⁶ GARCÍA VITOR; *Diversidad cultural*; p. 33.

¹⁶⁹⁷ Eso ha llevado a ROXIN sostener que es comprensible que, en el ámbito del derecho penal no nuclear, la teoría del dolo gane plausibilidad en la medida que la dañosidad social ya no es deducible sin más a partir del conocimiento de las circunstancias determinantes del injusto jurídico-penal (ROXIN; *Derecho Penal*; p. 865 y 880-882). Ver también MANSO PORTO; *Desconocimiento*; pp. 59-61.

¹⁶⁹⁸ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, fuertemente críticos de lo que llaman “administrativización” del derecho penal, que ha banalizado a este convirtiéndolo en un fenómeno de insólita multiplicación de tipos legales, consideran que el sistema ha perdido la transparencia que procuraba el principio de legalidad del Iluminismo. Abordan su punto de vista de este fenómeno con relación al error de prohibición en ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 693. Como síntesis de su posición al respecto, vale transcribir las siguientes palabras: “[u]na teoría del error ampliamente respetuosa del principio de culpabilidad es la valla infranqueable que debe oponer el derecho penal al constante esfuerzo del poder punitivo por hacer inextricable su normación legislativa” (p. 693).

¹⁶⁹⁹ BACIGALUPO es crítico de la fundamentación de esta forma de entender la cuestión con relación a los ámbitos regulados, al estilo de cómo lo hace ROXIN, por entender que acaban volviendo al cuestionado criterio que él llama del “deber de dudar”, como el que había sostenido la jurisprudencia del BGH (BACIGALUPO; *Derecho Penal*; pp. 439-441).

conocimiento de la antijuridicidad por no haber ajustado la conducta a derecho. Es más: incluso el burdo desconocimiento en un ámbito regulado, posiblemente tampoco alcanzaría para fundar un error. Bien distinto será el caso de un ciudadano común que, quizás por única vez, deba actuar en el terreno de una actividad fuertemente reglada, respecto de quien la valoración del conocimiento de la antijuridicidad del hecho deberá evaluarse con otros baremos (por ejemplo, no puede sopesarse por igual el conocimiento real o eventual de la obligación de pagar derechos de importación, por parte de un despachante de aduana¹⁷⁰⁰ que por parte de un ciudadano que, por única vez, importa un producto mediante un procedimiento de compra *on line* en el exterior). Estas afirmaciones solo pueden hacerse dejando de lado el psicologismo puro y duro.

En definitiva, el tamiz para valorar la concurrencia de error de prohibición es establecer si el sujeto, en la valoración global de la conducta que llevó a cabo, fue leal o fiel al derecho¹⁷⁰¹. La única forma de meritar tal extremo es a través de parámetros normativos que, como bien define JAKOBS, son consideraciones axiológicas que se comportan elásticamente con relación al hecho psíquico de la conciencia o de su ausencia¹⁷⁰². En caso contrario, habría que asumir que solo concurriría un error de esta naturaleza e invencible si mediara una imposibilidad material absoluta de conocer la antijuridicidad, lo cual es casi imposible en el escenario de la vida real¹⁷⁰³. O, en las antípodas, según afirman los psicólogos extremos, bastaría cualquier no representación mental, incluso negligente, para fundar un error de prohibición invencible. Sin embargo, respecto de lo primero, en el medio social, casi siempre habrá alguna instancia que permita el acceso a la información, sin perjuicio de lo cual aun de no haberse agotado aquella puede darse un escenario de error de prohibición invencible. Respecto de lo segundo, no es cierto que cualquier falta de representación efectiva de la antijuridicidad baste para fundar un error de prohibición. Los ejemplos que aporta el derecho penal accesorio y la conciencia eventual de la antijuridicidad dan cuenta de ello.

En cambio, el recurso a la idea de lealtad al derecho se muestra como un criterio normativo plausible para determinar la concurrencia de un error. Mediante ese parámetro, se enriquecen los conceptos psicológicos, corrigiéndolos y aportándoles cualidades relevantes a los fines penales —qué conocimiento interesa a los fines del *ius*

¹⁷⁰⁰ Incluso, dependiendo de la centralidad de la regla de la profesión de la que el sujeto no se informe, su conducta podría ser reputada directamente dolosa, por su deber de observar los reglamentos fundamentales de su arte u oficio, lo que hace al contexto fáctico de cada actuación profesional. Coincide en esta apreciación ROXIN; *Derecho penal*; p. 881.

¹⁷⁰¹ Esta idea está presente en el pensamiento de ROXIN y de PÉREZ DEL VALLE (ROXIN; *Derecho Penal*; p. 879; PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones*; pp. 202-206).

¹⁷⁰² JAKOBS; *Derecho Penal*; p. 656.

¹⁷⁰³ A pesar de que la escasa jurisprudencia que admite el error de prohibición invencible, es decir disculpante, da la pauta de que para estimarlo insuperable la invencibilidad exige llevar las posibilidades de conocimiento al extremo.

puniendi; qué debe entenderse por conciencia de la antijuridicidad de cara a los propósitos del sistema; etc.– a la vez que se respeta la calidad de *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, toda vez que no siempre será necesario imponer pena. La sanción no será precisa, justamente, cuando el autor no se haya mostrado hostil con el ordenamiento jurídico; siquiera en medida mínima, como sería en el caso de error de prohibición vencible, merecedor todavía de punición. Es que, desde una perspectiva normativista como la que aquí se sostiene, lo importante no es tanto si el autor ha conocido algo o nada de la antijuridicidad de su hecho, sino si ha sido responsable de ese déficit de conocimiento.

Toda solución dogmática debe tener como único norte el sentido y fin del derecho penal, en pleno respeto del principio de culpabilidad, de cara al cual es imposible eludir la individualización. En caso contrario, se transformará en un aporte vacío sin más pretensión que mostrar coherencia sistemática, a costa de soluciones de justicia material. La justicia material, en el sistema de la teoría del delito, debe tener por fin último determinar la necesidad de pena y que esta sea adecuada. Esa perspectiva es la que nos convence de que el criterio de fidelidad al derecho debe informar el instituto del error de prohibición. Si se lo tuviera más en cuenta, de cara a la necesidad de punición, los tribunales serían menos reacios a su aplicación, que lejos de una claudicación al *ius puniendi*, implicaría el reconocimiento de su verdadero sentido y fin.

Desde el prisma de la fidelidad al derecho y como clara muestra de normativización de los conceptos, siempre que haya razones suficientes, valederas, serias, para que el sujeto se haya creído autorizado a actuar como lo hizo o para estimar que lo que hizo no estaba vedado por el derecho penal, no habrá perdido su disposición de lealtad al derecho, sino que este continuará siendo para él un modelo de orientación de conducta. De tal suerte, estará habilitada la vía para apreciar la concurrencia de un error de prohibición inevitable y, en consecuencia, la exención de responsabilidad penal. A tal efecto, será un factor iluminador analizar si, en el caso concreto, esa lealtad al derecho puede ser tolerada sin conmoción de la conciencia jurídica general¹⁷⁰⁴, lo cual revelará la innecesidad de pena.

Estas consideraciones serán, a la postre, determinantes para ofrecer soluciones a los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa y saber hasta dónde el Estado está habilitado a tolerar. Será esa la hora en la que pueda apreciarse hasta qué punto el principio de tolerancia puede tener capacidad de rendimiento en el de-

¹⁷⁰⁴ ROXIN; *Derecho Penal*; p. 880.

recho penal, como un elemento de corte político-criminal que nutra e informe al derecho penal¹⁷⁰⁵.

Normativizar, en nuestro caso, es dar sentido jurídico a los conceptos y

“en sentido jurídico un error de prohibición no sólo es invencible cuando la formación de dudas era materialmente imposible, sino también cuando el sujeto poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, de modo que la actitud hacia el Derecho que se manifiesta en su error no precisa de sanción”¹⁷⁰⁶.

La valoración normativa, entonces, se integra con la idea de necesidad de pena y esto será de suma relevancia de cara a los delitos que se llevan a cabo por discrepancia cultural: muchas veces la sanción será innecesaria, cuando no nociva, de cara a la legitimación del *ius puniendi* y al sentido y fin preventivos de las penas y de todo el derecho penal¹⁷⁰⁷.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán estas ideas están presentes cuando se aboga por graduar la magnitud del esfuerzo que se debe empeñar en aras de conocer la prohibición, de acuerdo a las circunstancias del caso particular y del sector social y laboral del individuo¹⁷⁰⁸.

Corresponde ahora efectuar algunas precisiones adicionales en torno a la noción de fidelidad al derecho en su relación con el error de prohibición.

III. C) 3. i) Fidelidad al derecho y conocimiento de las normas.

Ya se ha adelantado nuestra inclinación normativista de cara al instituto del error de prohibición y, en particular, a lo que es su faceta más debatida: el desconocimiento de la antijuridicidad. Ahora bien, en esa línea, la propuesta aquí sostenida constituye una posición moderada, que introduce una objetivación a los fenómenos psicológicos, mediante límites normativos, que no solo amplíen la punibilidad a representaciones psicológicas no equiparables en su realidad como fenómeno mental a pleno conocimiento, sino que también –con una función de garantía– la limite, cuando la pena no sea necesaria, conforme los fines preventivos.

¹⁷⁰⁵ En contraposición a las posiciones que consideran que el principio de tolerancia resulta superfluo en el derecho penal (ver las posiciones de FRISCH y de SILVA SÁNCHEZ en VON HIRSCH; SEELMANN; WOHLERS; ROBLES PLANAS; *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*). Esa forma de interpretar la cuestión entendemos que obedece a la conceptualización de la tolerancia como un potencial elemento de la dogmática penal y, en particular, de la teoría del delito. Lo que aquí se propone pasa por ver a ese principio como un elemento exógeno al sistema penal, pero que viene a nutrirlo por criterios de derecho sustantivo general, especialmente constitucional, y de política-criminal. Estos últimos no deben ser infravalorados, sino vistos como pilares fundamentales que dan sentido a la realidad penal que trata de explicar la dogmática.

¹⁷⁰⁶ ROXIN; *Derecho Penal*; p. 880.

¹⁷⁰⁷ No en vano se ha dicho que “cuando el dolo típico (...) no sugiere sin más la conclusión de que existe antijuridicidad, es más oportuna (...) la indulgencia que la criminalización rigurosa” (ROXIN; *Derecho Penal*; p. 882).

¹⁷⁰⁸ BGHSt 2, 201, citada en ROXIN; *Derecho Penal*; p. 880.

Para poder avanzar, es necesario precisar que entendemos por error de prohibición inevitable al *comportamiento excusado que niega el injusto penal, en razón de que la infracción de la norma del autor no obedeció a una disposición individual de deslealtad al derecho como fuente de modelo de orientación de conductos.*

Dicho de otro modo, el error responde a un contexto de inadvertencia de la norma, que no le permite al sujeto reconocer el significado ilícito de su conducta (no hay *comprensión* valorativa de la norma, término este más adecuado que *conocimiento* como fenómeno cognoscitivo). En ese contexto, el autor no pudo conocer la ilicitud o, incluso de haber podido hacerlo en virtud de sus facultades personales, no le era exigible que se informara –o que se informara más allá de cierto límite– acerca de la adecuación de su conducta al ordenamiento jurídico.

A lo dicho se podría objetar que las expresiones *deslealtad al derecho* o *fidelidad al derecho*, pecan de una pretensión de objetividad de la que en verdad carecen¹⁷⁰⁹. En efecto, podrían entenderse como mera desobediencia al derecho positivo que, en nuestra concepción, no alcanza de modo alguno para legitimar la sanción penal. En conexión con esa idea, también podría decirse que fuera desleal quien pusiera en tela de juicio la vigencia de la norma como único bien jurídico a proteger por el derecho penal, para el aseguramiento del modelo social, idea con la que tampoco nos identificamos en atención a que entendemos que el derecho penal tutela bienes jurídicos diversos, que son elementos materiales e inmateriales en los que la sociedad, a través de sus representantes, ha llegado al consenso de su necesidad de protección. Sea porque en sí mismos protegen al hombre y a su dignidad (vida, libertad ambulatoria y espiritual, integridad física y sexual, propiedad), sea porque hacen a la consecución de fines estimados socialmente valiosos para el desarrollo humano (administración, orden económico, tráfico comercial, fe pública, hacienda pública, transporte, etc.). El hombre siempre es el centro de gravitación del derecho; al contrario, el hombre no puede ser entendido como un engranaje más del sistema social, sino como el núcleo que le da sentido. Además, en esa visión propia del funcionalismo sistémico, el hombre interesa solo en tanto persona, es decir en función de su rol social¹⁷¹⁰, y no en virtud de la dignidad propia de su naturaleza de ser racional y espiritual.

¹⁷⁰⁹ Sobre el criterio de fidelidad al derecho como exclusión del dolo en los errores sobre concurrencia de presupuestos objetivos de una causa de justificación, asumido por el BGH, y sobre las críticas a esa posición, ver OLAIZOLA NOGALES; *El error*; pp. 102-103.

¹⁷¹⁰ Esto lo decimos sin perjuicio de compartir y asumir la relevancia del concepto de *rol* para una interpretación normativa y funcional del derecho penal, como a la que adscribimos, de fuerte impronta en el desarrollo de la teoría de ROXIN. Desde luego que la noción de *rol* tiene alta capacidad de rendimiento a la hora de interpretar normativamente la culpabilidad y la actuación del hombre con relevancia penal; solo destacamos aquí que en nuestra opinión ese *rol* tendrá una función de interpretación, pero el eje de gravitación de la relevancia del hombre en sociedad será su valor intrínseco derivado de su dignidad. De hecho, el de *ciudadano fiel al derecho* como concepto normativo a recurrir para determinar la concurrencia de un error de prohibición inevitable, que aquí se propone, es preci-

En atención a la valía que asignamos al hombre como tal y a los bienes jurídicos que interesan por su relación con aquel y sobre los que reina consenso sobre su necesidad de tutela y así se plasma en nuestras legislaciones, entendemos que *lealtad al derecho es la actitud de quien tiene a este como modelo de orientación de conducta*¹⁷¹¹. Y haciendo foco en el derecho penal, una vez que el Estado decide reprobar las conductas que atenten contra ciertos bienes socialmente preciados, el *ius puniendi* se transforma en una parcela en la que la posibilidad de evidenciar la fidelidad al derecho se patentiza de modo particular, al margen de que para que haya conocimiento de la ilicitud no sea preciso que el autor conozca ni el carácter delictivo propiamente dicho ni la punibilidad del hecho¹⁷¹². En efecto, la internalización valorativa de que ciertas conductas están reprobadas por el ordenamiento que regula la convivencia coadyuva a poder apreciar la disposición individual, ante un hecho concreto, de quien decide adecuar sus patrones de comportamiento social a la propuesta modélica que le llega desde el derecho. Si el autor con su hecho no muestra rebelión contra la norma de reprobación, no habrá deslealtad y el hecho no podrá imputarse subjetivamente.

Este último punto es medular porque permite resaltar un rasgo esencial del error de prohibición inevitable, según la concepción aquí propuesta. Por exigencia del principio de culpabilidad, que requiere la atribución personal del hecho al autor como

samente un *rol*; seguramente el más general de todos aquellos a los que puede apelar el derecho penal para interpretar con sentido normativo una conducta ilícita.

¹⁷¹¹ OLAIZOLA NOGALES estima –con relación a los errores sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación– que el juicio de fidelidad al derecho debe ser objetivo; es decir, no dependiente de la valoración subjetiva de la conducta realizada. A su juicio, solo debe importar cuál sería la valoración que el ordenamiento jurídico haría de la conducta si hubieran concurrido las circunstancias objetivas que, en definitiva, estuvieron ausentes (*El error*; pp. 102-103). En la opinión que aquí sostenemos, es fundamental individualizar el juicio de lealtad para determinar la actitud con la que el autor llevó a cabo la conducta penalmente relevante.

¹⁷¹² Entienden que el error sobre la punibilidad es una forma de error de prohibición STRATENWERTH, BACIGALUPO; MORENO-TORRES HERRERA, entre otros. Ver al respecto, MORENO-TORRES HERRERA; *El error sobre la punibilidad*; pp. 83-111. Esta autora considera que el error sobre la punibilidad es un error de prohibición sobre la amenaza inherente a la infracción de la prohibición; afecta las representaciones del autor sobre la condición de la prohibición (pp. 100-101). Otros, como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y LUZÓN PEÑA, en cambio, no comparten que haya que eximir de pena por falta de culpabilidad a quien desconoce, incluso de modo invencible, el carácter delictivo de su conducta, por ser consciente de su ilicitud general, que debería bastarle para motivarse en la norma. No obstante, proponen apreciar una disminución de culpabilidad que podría dar lugar a una atenuación facultativa similar a la del error de prohibición (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO) o a una atenuante analógica muy calificada (LUZÓN PEÑA). Al respecto, ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO; *El error sobre*; p. 163. En Argentina, con filiación en la posición de BACIGALUPO, SANCINETTI también asigna importancia al error sobre la relevancia penal del injusto, es decir sobre la gravedad de la acción antijurídica. A su juicio, este no es un caso de error de prohibición, en tanto no impide comprender el carácter antijurídico de la acción, por lo que el autor todavía puede contramotivarse conforme a derecho. Este es culpable por el injusto cometido. Sin embargo, ese error sobre la punibilidad debe ser relevante y tener efecto excusante (de ser inevitable), desde el momento que solamente es justificable la pena que sea político-criminalmente ineludible; lo contrario importaría consagrar un principio meramente retribucionista. El error sobre la punibilidad de la acción reconocida como antijurídica debe ser tratado del mismo modo que el error de prohibición (SANCINETTI; *Sistema*; p. 63 y 69 y ss, en especial, pp. 98-99). También JIMÉNEZ DE ASÚA acepta el error de punibilidad, al considerar que si el autor ignora que su hecho está penado por la ley desconoce la prohibición (JIMÉNEZ DE ASÚA; *Tratado*; tomo VI; pp. 614-615).

obra suya, se parte de la base de que esa imputación no podrá ser realizada respecto de quien no se ha mostrado desleal con el derecho. Quiere decir entonces que la idea de lealtad/deslealtad es un criterio o parámetro normativo previo, del cual se parte para el análisis individual de cada caso, en aras a determinar si ha habido o no error de prohibición inevitable en el caso concreto. Dicho de otro modo, el derecho solo puede castigar a quienes, en la realización de hechos puntuales, se muestran desleales con el derecho, en mayor o menor grado. En cambio, quien es fiel, o trata de serlo, a los modelos de conducta propuestos no puede recibir como reacción ante su obrar, aun deficiente por anti-normativo, la respuesta de la pena. Eso marca una diferencia no ya cuantitativa entre error vencible e invencible, sino directamente una separación cualitativa, en tanto reflejo de dos fenómenos diversos: uno es expresión (errada) de lealtad; mientras que el otro (en grado a determinar) es expresión de deslealtad frente al ordenamiento jurídico. En síntesis, la diferencia medular entre el error vencible y el invencible pasa por la idea de fidelidad al derecho. Quien con su actuar no ha dejado de reconocer al ordenamiento jurídico como modelo de orientación de conducta, a pesar de lo cual ha llevado a cabo un comportamiento penalmente relevante, debe ser exonerado de responder penalmente¹⁷¹³, puesto que aplicar una sanción penal en un contexto semejante sería contrario a los fines preventivos que legitiman el *ius puniendi*.

Ahora bien, esta posición normativa no pretende esquivar la ineludible exigencia de individualización¹⁷¹⁴; esta última estará dada por verificar el quebrantamiento o no de las expectativas en concreto; es decir, de las que recaían sobre ese autor en particular¹⁷¹⁵, al momento de comisión del hecho. Para poder determinar esas expectativas, seguramente deban tomarse en cuenta sus capacidades físicas e intelectuales, entre las cuales se puede enumerar a sus conocimientos normativos previos, las razones para dudar, el tiempo disponible para la reflexión y la información, la educación y, por supuesto, a su procedencia cultural¹⁷¹⁶. Esos factores individualizadores deberán

¹⁷¹³ Ya sea porque se considere al error de prohibición inevitable como una causa de exclusión de la culpabilidad, una causa de exculpación o una causa de exclusión del injusto.

¹⁷¹⁴ La necesidad de individualizar despeja toda sospecha o aprensión acerca de que la valoración de la lealtad o la deslealtad hacia el derecho pueda importar el peligro de castigar por la conducción de vida; en otras palabras, que se abra paso a un derecho penal de autor, desplazando al principio rector de derecho penal de acto o de hecho. Individualizar las circunstancias personales y el elemento subjetivo – que, como todos los elementos subjetivos del hecho penal, no podrá probarse más que por indicadores externos– al tiempo concreto del hecho en cuestión, será la garantía de que la lealtad o su ausencia se reflejen en ese acontecimiento particular. Escapa al interés primordial de este trabajo todo lo atiente a la culpabilidad por el desconocimiento de quien es indiferente al derecho y al momento en que tal indiferencia debe producirse. Puede estudiarse la cuestión, entre muchos otros, en NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; MANSO PORTO; *Desconocimiento* y en CÓRDOBA; *La evitabilidad del*; capítulo X.

¹⁷¹⁵ En sentido similar, respecto de la imputación subjetiva de la imprudencia, PÉREZ DEL VALLE; *La imprudencia*; p. 163.

¹⁷¹⁶ Cabe todavía pensar en otros factores, tales como su inteligencia, discapacidades físicas, cansancio; en fin la enumeración no es taxativa. Ver al respecto, CÓRDOBA; *La evitabilidad*; capítulo IV.

ser tomados en cuenta para establecer si ese autor en concreto, supuesta su capacidad de motivación frente al derecho como modelo de orientación de conductas (la cual es empíricamente indemostrable, por lo que se imputa normativamente, o sea como una atribución social¹⁷¹⁷), tuvo una actitud de fidelidad normativa o no. En definitiva, las expectativas de rol respecto de ese autor en particular, permitirán determinar la evitabilidad o la inevitabilidad del error.

En este contexto, el de ciudadano fiel al derecho es un baremo normativo generalizador o estandarizado que permite comparar el comportamiento del sujeto en concreto con el que se habría esperado de quien, en iguales condiciones físicas, intelectuales y culturales que él, habría mostrado disposición suficiente para seguir los modelos de conducta propuestos por el derecho. El ciudadano fiel al derecho es la persona de quien se espera que se motive suficientemente a seguir las normas.

A la luz de lo anterior, puede afirmarse que existe un deber de prestar suficiente fidelidad al derecho, en el sentido de que la motivación para seguir la norma es una prestación que el autor debe rendir como ciudadano. Así, esa persona leal al ordenamiento jurídico no es sino un parámetro normativo que sirve como base de comparación, sin renuncia a la individualización exigida por el principio de culpabilidad. En palabras de CORDOBA, ese ciudadano fiel al derecho no es sino el propio autor, pero considerado no como realmente es, sino como debería ser, es decir, motivado de manera suficiente en la norma¹⁷¹⁸. Es decir, al ciudadano se le impone la carga de ser fiel al derecho, es decir de procurarse razones para seguir las normas y, en consecuencia, para conocerlas, fundado en motivos de prevención y para evitar que el seguimiento de las normas quede librado a la decisión de cada quien.

Coincidimos con CORDOBA en cuanto a que el reproche de culpabilidad se efectúa cuando el autor no satisface el rol de ciudadano fiel al derecho, es decir cuando no cumple el deber de procurarse motivación suficiente para seguir la norma. La idea de deber de motivarse en la norma es importante, toda vez que un poder que se imputa normativamente, es decir que se transforma en algo que se espera del individuo –se espera que el ciudadano se motive en la norma, aunque no se sepa a ciencia cierta si habría podido motivarse empíricamente– se convierte en un deber de motivación cuyo incumplimiento grava al autor¹⁷¹⁹.

¹⁷¹⁷ CORDOBA; *La evitabilidad*; p. 47.

¹⁷¹⁸ CORDOBA; *La evitabilidad*; pp. 46, 66. Este autor señala: “[n]o se reprocha entonces culpabilidad porque el autor realmente habría podido motivarse según la norma (esto, además, es empíricamente indemostrable), sino más bien cuando el autor no ha satisfecho la medida de un ciudadano fiel al Derecho que, en la misma situación, se habría motivado a seguirla”; con cita de JAKOBS (p. 46).

¹⁷¹⁹ Para un amplio desarrollo del concepto de deber de motivación, como poder y más concretamente sobre su naturaleza de *carga*, ver CORDOBA; *La evitabilidad*; pp. 149-165 y 350-351. En efecto, tras afirmar que el deber de informarse es una carga impuesta al ciudadano, es decir un deber para consigo mismo que acarrea la consecuencia de que su incumplimiento no le permita invocar su propio défi-

En materia de error de prohibición invencible, la determinación de que el autor ha obrado sin desconocer ese carácter modélico del derecho, sino en un contexto de inadvertencia del sentido la norma infringida, implica tanto como decir que no ha sido desleal al ordenamiento jurídico en el caso concreto. En este sentido es que destacamos, y en particular por su importancia en materia de delitos cometidos desde una valoración cultural diversa, que más importante que el conocimiento puro y duro de la existencia de una norma como fenómeno cognoscitivo es su aprehensión valorativa; es decir, si se aceptan y comprenden las razones que llevaron al legislador a tipificar la conducta.

Quiere decir entonces que en este análisis normativo individualizado, y en particular de cara a los delitos cometidos desde una perspectiva cultural diversa, será clave atender a la “aceptación” o no de la norma, como modelo de orientación de conducta. La relevancia del elemento “aceptación” merece hacer un alto en el aporte de HART, que es iluminador sobre la cuestión¹⁷²⁰.

En este sentido, HART se ha ocupado de la distinción entre los aspectos interno y externo de las normas sociales¹⁷²¹. Normas sociales y hábitos comparten el aspecto externo, que consiste en la conducta regular y uniforme que un observador externo puede constatar; sin embargo, la diferencia entre ambos es que la norma social tiene además un aspecto interno¹⁷²², que implica que una mayoría de los sujetos del grupo consideran ese comportamiento como un modelo de conducta. Este aspecto interno comprende una actitud reflexiva crítica hacia el modelo de conducta, en tanto pautas o criterios de conductas comunes, que justifica que se pueda hablar de que algo se “debe” o de que una conducta concreta es correcta o incorrecta¹⁷²³.

Esa actitud reflexiva crítica permite diferenciar el punto de vista interno de la norma, que la convierte en vinculante, de nuestros propios sentimientos respecto de

cit de conocimiento para fundar la imposibilidad de comportarse conforme a derecho, concluye que la pretérita teoría —ampliamente rechazada por la doctrina— de la infracción del deber tenía un núcleo correcto (p. 165).

¹⁷²⁰ Sobre la aceptación como actitud y sobre el aspecto interno del derecho en HART y sobre la comprensión como “derecho en sentido subjetivo” en KANT, cfr. PEREZ DEL VALLE; *Impunitas y el derecho “en sentido subjetivo”. Una teoría de las causas de excusa*; en prensa en *Indret penal* (aparición en 2017).

¹⁷²¹ HART; *El concepto*; p. 69-71.

¹⁷²² HART; *El concepto*; p. 71. HART ilustra el aspecto interno de las normas o reglas (este último es el término que utiliza) con las reglas de cualquier juego: “[n]o es que los jugadores de ajedrez tengan meramente el hábito similar de mover la reina de la misma manera, hábito que podría registrar un observador externo que no supiera nada de las actitudes que aquéllos tienen respecto de sus jugadas. Además de ello, los jugadores observan una actitud crítica reflexiva en relación con este patrón de conducta: lo consideran un criterio o pauta para todo aquel que practique el juego. Cada jugador no solo mueve la reina de cierta manera, sino que “tiene opinión formada” sobre la corrección de todos los que mueven la reina de esa manera. Esta opinión se manifiesta en la crítica y en las exigencias hechas a los otros frente a la desviación presente o amenazada, y en el reconocimiento de la legitimidad de tal crítica y de tales exigencias cuando los otros nos las formulan” (p. 71).

¹⁷²³ HART; *El concepto*; p. 72: “todo lo cual halla expresión característica en la terminología normativa: “yo debo”, “deber”, “tú tienes que”, “él debería”, “correcto”, “incorrecto”, etc.”.

la norma que ordena una conducta. Esto significa que en Hart ese aspecto interno no tiene que ver con la subjetividad de los individuos, sino con el punto de vista interno del propio derecho.

El aspecto interno es, por tanto, un requisito previo de la inteligibilidad y la semántica de las declaraciones de las leyes entendidas como obligaciones. No hay norma como acción en un sentido comunicativo; es decir, en su significación intersubjetiva, si no es mediante el reconocimiento de este aspecto interno, que afecta al derecho constituido como norma de conducta¹⁷²⁴. Esto permite fundamentar la aceptación como actitud normativa, que es la disposición permanente de los individuos a adoptar tales pautas como guía de su propia conducta futura y, al tiempo, como criterios de crítica que pueden legitimar exigencias y distintas formas de presión.

Ahora bien, el “derecho en sentido subjetivo”, entendido como las reacciones humanas para no cumplir con la conducta debida¹⁷²⁵, merece una explicación en relación con el injusto penal: puede responder por éste quien, con su comportamiento, muestra la falta de esta “disposición permanente” de atención al derecho como orientación de conducta. Ésta es la deslealtad al derecho a que se enfoca el injusto penal, que toma en consideración la fuerza y función de las obligaciones en la perspectiva de la razón práctica¹⁷²⁶. No es racional la sanción penal en contextos en los que el sujeto no se ha apartado de la disposición permanente para aceptar el derecho como fuente de pautas de la conducta futura. Es obvio que quien realiza su conducta en la creencia errónea de que respeta las normas jurídicas generales o las que le están particularmente dirigidas no se ha apartado de la actitud normativa de fidelidad al derecho cuando su error es invencible; de hecho, si el error es vencible su deslealtad al derecho se encuentra en la evitabilidad del error y no en la evitabilidad de la misma conducta. Por tanto, si el derecho en sentido subjetivo se entiende como la actitud normativa de aceptación, habría de plantearse cuál es la forma de delimitar los casos en que esto sucede.

Los contextos en los cuales el sujeto conserva la actitud normativa de aceptación no son injustos penales porque, pese a que la conducta no se ajusta al modelo propuesto el sujeto mantiene una actitud normativa de aceptación del derecho como fuente de orientación de conductas. En este planteamiento resulta esencial aclarar hasta qué punto el derecho penal es predecible, pues esto es evidente en relación con comportamientos que no son típicos o que tienen lugar en el contexto de una causa de justificación, pero no cuando son excusados. La delimitación de los grupos de casos ha de afrontarse con la atención focalizada en la actitud normativa de aceptación; pero, en

¹⁷²⁴ HART indica que no consiste en sentimientos de compulsión (*El concepto*; p. 72).

¹⁷²⁵ FINNIS; *Natural Law*; p. 313.

¹⁷²⁶ FINNIS; *Natural Law*; p. 313.

la medida que se trata de predictibilidad del derecho, es también necesario un determinado criterio metodológico.

La definición del tipo de casos no supone predictibilidad del derecho; significa superación del riesgo de una excesiva subjetivización del “aspecto interno del derecho” y reconocimiento de qué función de orientación de las normas es necesaria en relación con su permanencia. En todo caso, esto implica que no puede entenderse la existencia del injusto penal sin la afirmación de conciencia de lo ilícito. Del mismo modo que no pueden ser sujetos de la pena quienes no reúnen las características necesarias para que les sea exigido el cumplimiento de la norma cuya sanción promulga la ley penal, no se les puede exigir el cumplimiento a quienes, aun reuniendo estas características, no pueden conocer la desaprobación social de su conducta. Ciertamente, existe aquí la necesidad de la normativización a la que ya se ha hecho referencia y que se expresa en la definición de los contextos en que este desconocimiento –la inadvertencia de la norma como tal– puede afirmarse.

A partir de lo anterior, creemos que queda en evidencia que este recurso a lo normativo no puede ser más respetuoso del principio de culpabilidad, que exige tratar al hombre de acuerdo a su dignidad. En efecto, en ningún momento se renuncia a la necesidad de individualizar para llegar a la solución del caso, puesto que no existen errores de prohibición objetivamente invencibles¹⁷²⁷. Es decir, a partir de los datos fácticos y personales (nivel social, cultural, nacionalidad, procedencia, biografía, acceso a la información, etc.) del sujeto, se hace la aplicación del referido parámetro normativo para determinar si esa persona y no otra, ante ese hecho concreto y no ante otro, se manifestó leal al derecho como modelo de orientación de conductas. Esa personalización es la prenda que asegura el respeto en simultáneo de los fines individuales y generales del sistema penal, con base en los principios sustantivos constitucionales en resguardo de la persona humana. La individualización, a la vez de permitir determinar si ha habido deslealtad al sistema, determinará, de ser el caso, la necesidad y proporcionalidad de la pena o si, por el contrario, se puede renunciar a ella sin que eso implique sacrificar las posibilidades individuales de socialización y los fines preventivos generales.

A los fines de la individualización, la clave será determinar si el sujeto, en sus particulares circunstancias personales y fácticas, tuvo motivos para dudar de la conformidad de su comportamiento con el ordenamiento jurídico. De haberlos tenido, habrá que evaluar qué actitud adoptó para tratar de mantenerse fiel al derecho, conforme una valoración normativa, es decir de contexto. En los casos de delitos motivados en la diversidad cultural, solo cuando el sujeto no haya tenido motivos para dudar, el error de prohibición podrá ser considerado invencible y causa de exclusión del injusto

¹⁷²⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO; *El error sobre*; pp. 174 y 178.

penal. En cambio, si las circunstancias contextuales evidencian que tuvo motivos para dudar, entonces habrá quebrado el deber de fidelidad y el error habrá pasado a ser vencible; en este caso, el elemento cultural solo podrá ser de utilidad para graduar la culpabilidad. Es que, salvo en casos absolutamente excepcionales¹⁷²⁸, quien tenga razones para dudar por motivos culturales y por ello se informe adecuadamente, no podrá más que salir de su duda o error.

III. C) 3. ii) Relevancia de lo psicológico en la normativización.

Como ya se ha dejado en claro, este trabajo no versa sobre el error de prohibición en sí mismo, sino sobre una posible aplicación puntual de ese instituto. Por eso, con la breve síntesis efectuada de lo que han expuesto sus más destacados estudiosos sobre el contrapunto normativismo-psicologismo no hemos pretendido agotar –ni mucho menos– el desarrollo sobre todo lo que podría ahondarse en una de las materias más controvertidas del derecho penal y sobre la que, en apariencia, menos consenso reina.

Sin embargo, sin desconocer las profundas diferencias entre la teoría del dolo y la de la culpabilidad (sobre las que ya hemos explicado por qué no es preciso que tomemos partido en esta investigación), sí nos parece que hay algunos aspectos del error de prohibición en los que, a pesar de una aparente imposibilidad de acercar conceptos y posiciones, varias de las diferencias –no todas, por supuesto– convergen en un común denominador: la *necesidad* de normativizar la relación entre el autor del hecho y la norma. Dicho en blanco sobre negro, esa relación no es sino el conocimiento y sus déficits, sean estos el error, la ignorancia o la tan problemática duda.

Basamos esta afirmación en la convicción de que, incluso quienes parten de las más radicalizadas versiones psicologistas sobre el fenómeno mental que se produce en el sujeto al momento del hecho, respecto de su motivación normativa, no pueden sino acabar recurriendo a objetivaciones valorativas, en orden a tratar no solo de fijar parámetros relevantes para determinar la concurrencia sustantiva de conocimiento y error, sino también para lograr solventar no ya las dificultades, sino las imposibilidades procesales de probar lo inverificable para el derecho; es decir, los fenómenos que

¹⁷²⁸ Podría imaginarse algún hipotético supuesto excepcional en el que al sujeto, con motivos para dudar, le hubiera sido completamente imposible despejarlos, a pesar de su vocación por hacerlo, o en el que aquel hubiera recurrido a una fuente de información que solo hubiera profundizado el cuadro objetivo de confusión. De darse contextos semejantes –difíciles de imaginar en sociedades multiculturales en las que abundan las fuentes de información– también podría pensarse en un error invencible. No obstante, lo más factible es que este tenga lugar cuando la intensidad del factor cultural no haya proporcionado motivos para dudar.

se produjeron, en un determinado momento pasado, en la mente de un hombre concreto¹⁷²⁹.

Y cuanto más se complejiza el derecho penal de nuestros días, a través del crecimiento del derecho penal no nuclear –al margen de que se esté o no de acuerdo con tal proceso–, más necesidad hay de normativización. En efecto, el mundo de lo empírico, de la realidad natural, está cada vez más imposibilitado de explicar un ámbito en el que los tradicionales delitos naturales resultan cada vez más reducidos en número y en trascendencia global, a la par que las sociedades se complejizan en un mundo plural en el que conviven hombres y mujeres que lejos están de pertenecer a un mismo universo cultural, es decir, a un contexto valorativo común. A ese entramado se añade también la punibilidad de las personas jurídicas, ante la cual la normativización resulta ineludible.

Ahora bien, volviendo estrictamente al tradicional binomio psicologismo/normativismo en el terreno de la culpabilidad y del error de prohibición, en nuestra opinión no es ese un contrapunto ajeno al proceso que se ha resumido en el párrafo anterior. Prescindir de la explicación normativa nos parece que hace imposible llegar a respuestas que conjuguen el reconcomiendo del hombre como centro de gravedad de la sociedad y del Estado y los fines colectivos que deben inspirar y guiar al *ius puniendi*.

Dicho de otro modo, el respeto hacia el individuo concreto que ha cometido un injusto, constitucionalmente encarnado en el principio de culpabilidad, expresión del principio de dignidad humana y sus derivados (legalidad, determinación, igualdad, proporcionalidad de la pena) debe ejercerse en sintonía con los fines preventivos del sistema penal, que atienden a los intereses del conjunto de la sociedad. De tal suerte, los fines resocializadores vinculados con el individuo particular sobre quien recae el peso de la sanción por su hecho, también esenciales en el Estado de derecho, en tanto reconocimiento del hombre como un fin en sí mismo capaz de motivarse valorativamente, se complementan con los preventivos generales, sintonizando los intereses individuales con los colectivos¹⁷³⁰.

¹⁷²⁹ En nuestra opinión, hasta el plano de la capacidad de culpabilidad (la imputabilidad) da cuenta de que el fenómeno psicológico nunca basta en sí mismo, sino que incluso en este terreno es preciso recurrir a instancias valorativas. Así creemos que lo evidencia la inimputabilidad del psicópata, quien, por definición científica, no puede motivarse valorativamente, ya que no puede internalizar valores ni castigos. Si así y todo se lo considera “capaz de motivarse en la norma” no es porque sea eso lo que quepa concluir a partir de un análisis exclusivamente psiquiátrico o psicológico. Ello sin desconocer las dificultades históricas para apreciar y comprender la enfermedad mental (ver al respecto ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR; *Derecho Penal*; pp. 676-679). Lo mismo opina STRATENWERTH, respecto de los arrebatos pasionales, origen de gran número de homicidios, los que a la luz de los conocimientos actuales de la psiquiatría y la psicología, deberían excluir la culpabilidad, “consecuencia que uno solo puede eludir haciendo correspondientemente más burdo el reproche de culpabilidad” (STRATENWERTH; *Derecho Penal*; p. 275).

¹⁷³⁰ En la Constitución argentina, la finalidad principal de la pena es la resocialización de quien es condenado. En efecto, el art. 1 de la ley 24.660 (ley de ejecución de la pena privativa de libertad) reza:

¿Quiere decir que el dato psicológico es completamente irrelevante en materia de error de prohibición? En nuestra opinión una rotunda respuesta afirmativa a esa pregunta sería un total desacierto. En efecto, hemos dicho más arriba, con recurso a los aportes de SEARLE sobre la construcción del hecho social, que no somos partidarios de un normativismo constructivista; esto es, de posiciones que construyan una realidad paralela con independencia de los datos tomados de la realidad fenoménica. Por el contrario, el derecho toma los datos que le aporta la realidad natural y les asigna una interpretación tendente a objetivar fenómenos que de otro modo serían inabarcables o incomprensibles para los propósitos del sistema jurídico y, en particular, jurídico-penal.

Partiendo entonces de esas premisas, el error de prohibición implica siempre la invocación de un contexto subjetivo de excepción. Ello por cuanto, evidentemente, lo corriente será que quien cometa un hecho penalmente relevante lo haga sabiendo, en mayor o menor grado, que ese actuar no se compadece con el ordenamiento jurídico. Sin embargo, si el autor invoca que ese comportamiento no debe ser reputado como obra suya, en tanto no tuvo posibilidad alguna –error de prohibición inevitable– de motivarse en la norma, de modo que no se le puede atribuir subjetivamente, lo que se estará alegando no será otra cosa que un fenómeno psíquico deficitario del conocimiento en sentido natural.

La tarea del jurista a nivel dogmático y del juez a nivel procesal será recurrir a parámetros valorativos e indiciarios, respectivamente, para determinar si dicho hecho psíquico puede ser explicado a partir de aquellos baremos objetivadores del conocimiento y de la inevitabilidad de su déficit, de ser el caso. De ese modo se podrá establecer si es posible la renuncia a la pena, sin mella para la estabilidad social; es decir, sin escándalo jurídico. Se trata de conjugar criterios dogmáticos sin descuidar propósitos de política-criminal, en ese sano maridaje que nuestra disciplina debe al aporte inicial ROXIN, de manera tal de compatibilizar los fines del sistema, respecto del individuo autor y del conjunto de la sociedad.

En ese sentido, creemos que esa forma de normativizar no es una ficción irreconciliable con la realidad, sino una aplicación analógica necesaria para que a ciertos fenómenos psíquicos que en el mundo natural *no son conocimiento*¹⁷³¹ se les pueda

“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”. Ello es conteste con el art. 5.6 de la CADH, en cuanto establece que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” y con el art. 10.3 del PIDCP que dice que “[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. Ambos tratados integran la Constitución argentina (art. 75, inc. 22, CN).

Sin perjuicio de esas finalidades de *lege lata*, en lo personal, de *lege ferenda*, soy de opinión de que los fines preventivos generales también deben informar la finalidad de las penas.

¹⁷³¹ Por “conocer” entendemos, coincidiendo en este punto con la explicación dada por ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR “comprender”, que es lo que se corresponde, a nuestro juicio, con la captación

asignar normativamente el valor de tal. En efecto, no hay dudas de que para el psicólogo, el psiquiatra, el neurólogo y, sobre todo, para el hombre de a pie, dudar no es lo mismo que conocer. Tampoco “poder llegar a conocer” es conocer ahora mismo. Sin embargo, son los fines y principios que informan el sistema penal los que habilitan y justifican que se pueda asimilar, por vía de analogía, esos diversos fenómenos mentales, asignándoles a todos el valor de conocimiento.

Por supuesto que la necesidad de objetivar no significa que sea sencillo determinar cuáles han de ser los parámetros valorativos a establecer para determinar la concurrencia de conocimiento y de error, es decir para explicar la relación entre autor y norma en el error de prohibición. También es sabido que las mayores dificultades se presentan en la órbita del error de prohibición evitable o vencible (*imprudencia iuris*), precisamente porque es el ámbito en el que deben deslindarse matices que permitan diferenciar y decidir las consecuencias de fenómenos psíquicos que, en verdad, en el mundo empírico son solo uno: la duda y el conocimiento eventual de la antijuridicidad. En efecto, no encontramos diferencia entre una manifestación del tipo “no estoy seguro de si lo que planeo hacer es contrario a derecho” y otra que sostenga “me parece que lo que planeo hacer puede ser contrario a derecho”. Desde el mundo fenoménico se presentan como estados psíquicos equivalentes en los que lo único seguro es que el conocimiento cierto brilla por su ausencia. Solo se puede asignar distinto valor a ambas constelaciones de casos por vía del recurso a criterios normativos.

Claro está que las dificultades son infinitas a la hora de establecer cuáles han de ser los baremos para objetivar la concurrencia de error vencible y de conocimiento eventual equivalente a conocimiento pleno. Si bien reina consenso en la necesidad de que concurren motivos o razones en el autor para dudar de la compatibilidad de su hecho con el derecho y, en su caso, para cumplir el deber de informarse¹⁷³², lo cierto es que los debates en torno a cuáles han de ser esos motivos y las consecuencias de la potencial información a obtener o de la efectivamente obtenida han insumido a la doctrina océanos de tinta¹⁷³³. Lo único seguro, a nuestro juicio, es que casi nadie ha podido

valorativa de la norma por parte de su destinatario. Mejor dicho, de uno de sus destinatarios: el ciudadano. Los otros son los operadores técnicos del sistema (el juez, el abogado, la administración, los profesionales, etc.).

¹⁷³² En torno a la idea de deber, compartimos la posición de CORDOBA en orden a que la capacidad de motivarse a conocer se la adscribe normativamente al autor y se presume la posibilidad individual de cumplimiento. Por tanto, esa capacidad no es un poder, sino un deber de motivarse a la adquisición de conocimiento. Ese deber se fundamenta en razones de prevención general, para poder asegurar la vigencia de las normas y su cumplimiento por parte de los ciudadanos (CORDOBA; *La evitabilidad*; p. 163-164).

¹⁷³³ Para un exhaustivo relevo de las posiciones más significativas en punto a la determinación de los parámetros psicológicos y normativos que ha desarrollado la doctrina en aras de determinar la concurrencia de conocimiento o desconocimiento de la antijuridicidad, ver por todos NIETO MARTÍN; *El conocimiento*.

eludir –siquiera los psicólogos– la instancia normativa para definir, por lo menos, los casos más imprecisos.

En cambio y como es evidente, cuando concurre pleno conocimiento en sentido psíquico de la antijuridicidad como así también cuando el desconocimiento es absoluto y ello es fácilmente verificable, la tensión entre el mundo empírico y el normativo se desvanece. Empero, muchas veces, que cada vez son más, sostienen que el error de prohibición también puede ser inevitable para el derecho, aun cuando el autor hubiera podido tener alguna posibilidad de conocer o cuando de haberse informado hubiera podido salir de su desconocimiento. De lo contrario, evidentemente, casi no podría haber, merced a los recursos informativos con los que se cuenta hoy en día, casos de error invencible sobre la antijuridicidad. Nuevamente, para decidir cuándo se dan supuestos de este tenor, es decir situaciones que valorativamente deban ser reputadas como de error invencible, es menester recurrir a criterios normativos.

Con esta idea como norte, reiteramos que para el propósito de tratar de ofrecer una respuesta a los delitos cometidos por quien obra desde una motivación cultural diferente a la del Estado y la sociedad, es decir de quien es extranjero culturalmente hablando (casos de socialización exótica, en terminología de JAKOBS), la institución relevante –al menos para la posición sostenida en este trabajo– es el error de prohibición inevitable o invencible. Sin embargo, va de suyo que quien llega a vivir a un nuevo país cuya cultura le es sustancialmente extraña¹⁷³⁴ podría tener, al menos en muchos casos, posibilidad de informarse y razones para dudar de su desconocimiento del derecho vigente en el sitio de acogida. En consecuencia, deberán buscarse, una vez más, parámetros normativos para tratar de determinar en qué casos el déficit de conocimiento podría ser reputado invencible, a pesar de esa potencialidad para superarlo.

III. C) 3. iii) Error de prohibición, normativización y tolerancia.

La noción de injusto material ha sido blanco de serias críticas al ser acusada de expresar una confusión entre derecho y moral a partir del criterio de la dañosidad social; sin embargo, nos parece innegable que el derecho asume valores y al hacerlo

¹⁷³⁴ Siempre hay diferencias culturales de un país a otro, así compartan una misma matriz de tradiciones como, por ejemplo, la judeo-cristiana. Las vivencias más cotidianas como son los modismos al hablar incluso el mismo idioma, la comida, la moda para vestir, las costumbres de esparcimiento, etc. dan cuenta de esas diferencias. Sin embargo, las que interesan a los fines de este trabajo son las que importan un cambio sustantivo de matriz de pertenencia, como puede ser la procedencia del mundo islámico o la inmigración desde un país teocrático a un estado social y democrático de derecho o la pertenencia a un grupo que habitó el mismo país de manera previa y originaria, respecto de la conquista territorial y política que acabaría determinando los valores que asumiría el Estado (caso de los indígenas en América Latina).

propone modelos de comportamiento como bases mínimas para asegurar la pacífica convivencia. Es una falacia decir que se vive en un estado neutro a los valores o amoral. Los principios mismos de pluralismo y tolerancia –como cualquiera de los otros pilares básicos constitucionales– tienen una connotación ética y pretenden regular, desde sus directrices, la convivencia social a partir de criterios mínimos de consenso ético. En ese sentido, no tememos a que se aluda a dañosidad social o valores ético-sociales, en tanto sean aquellos que el Estado haya asumido sin pretensión de imponer una moral¹⁷³⁵. En efecto, la libertad de conciencia y de religión está cargada de una pretensión

¹⁷³⁵ También utiliza la expresión SANCINETTI, al fundamentar la relevancia del error de punibilidad: “[c]uando el autor sabe que produce un daño “equis” a los intereses de otro, sin que concorra una causa de justificación, tiene, digamos, la consciencia de la antijuridicidad material (“dañosidad social”) del hecho (...) cuando el autor tiene consciencia de la antijuridicidad material (de la “dañosidad social”), no puede hallarse afectado por un error sobre la gravedad, si no es porque se trata de un error sobre la punibilidad” (SANCINETTI; *Sistema*; pp. 85 y 86).

Como hemos dicho, no tememos utilizar la expresión y la idea de *valores ético-sociales*, pero no en el sentido de la imposición al ciudadano de llevar un estilo de vida conforme determinados valores morales y en contra de la autodeterminación personal. Lo hacemos porque entendemos que, al castigar ciertas conductas porque las considera injustas, el Estado, a través del legislador, consagra ciertos y determinados valores que pasan a integrar el ordenamiento jurídico; en tanto sean constitucionales, ya no se trata de imponer una conducta moral, sino el respeto al derecho. Si bien no es este el lugar para explayarnos sobre los profusos desarrollos doctrinarios sobre el contenido del conocimiento de la antijuridicidad, de cara a este último lo relevante será que el autor valore su comportamiento en la misma dirección que ha tomado el legislador. Sin embargo, entendemos indispensable que el autor sepa –en sentido normativo– que su conducta es *contraria a derecho* (no solo a valores sociales o morales) y que, como tal, está desaprobado por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, conocimiento de la antijuridicidad es equivalente a conocimiento de que existe una norma jurídica que desaprueba la conducta. En otras palabras, la dañosidad social queda absorbida en el tipo penal; para el conocimiento de la antijuridicidad, entonces, bastará con conocer la contrariedad de la conducta a una norma de derecho. ROXIN también señala que la contrariedad ético-social debe importar “dañosidad social”, aclarando que no se trata de violación a reglas morales (ROXIN; *Derecho penal*; p. 887).

Por lo demás, de cara a los tipos penales valorativamente neutros, es decir creados absolutamente por el legislador, responden también a una valoración acerca de la utilidad social que importa sancionar ciertos y determinados hechos que, si bien no reposan sobre una norma de socialización primaria, atacan bienes y sectores sociales que son relevantes para un desarrollo comunitario acorde a los tiempos. Desde ese punto de vista, también importan la consagración de valores socialmente apreciados en sentido positivo que, una vez entronizados en tipos penales, pasan a ser valores jurídicamente tutelados por el ordenamiento.

Esta es la misma idea, en el fondo, a partir de la cual NIETO MARTÍN critica la concepción según la cual la moral y los valores sociales son el objeto de conocimiento de la antijuridicidad. Su posición entronca con la perspectiva que exigen los delitos cometidos desde una valoración cultural diversa. En efecto, este autor afirma que en las sociedades complejas de nuestros días, la moral es un fenómeno plural, por lo que el derecho solo puede coincidir con un tipo de moral. “Bajo estos presupuestos, el conocimiento del derecho equivale a conocimiento de las normas jurídicas. Es más, en un ordenamiento donde la validez de la norma no depende de su compatibilidad con un orden superior extrajurídico, sólo el autor que conoce su carácter jurídico es capaz de conocer el total desvalor de su comportamiento” (NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; p. 83).

En nuestra opinión, en tanto los valores ético-sociales fundamentan normas penales que el legislar prevé como delitos, una vez contemplados en los respectivos dispositivos legales, pasan a integrar el ordenamiento jurídico. Por eso, lo determinante será conocer la contrariedad a derecho de las conductas, es decir la existencia de una norma jurídica que la desvalora, al margen de que se conozca o no las concretas consecuencias de su infracción, extremo este en el que nos diferenciamos de NIETO MARTÍN, quien exige que el conocimiento de la norma abarque el saber que su violación acarrea coacción estatal en cualquiera de sus formas (pp. 101-102). Según él, solo así se puede justificar el castigo al delincuente por convicción, concepto en el que engloba a quien comete un hecho antijurídico en razón de su diversa pertenencia cultural, es decir al ciudadano que pese a saber que su comportamiento se encuentra prohibido no puede alcanzar a comprender las razones de la prohibición

ética, como lo está la misma noción de dignidad humana de la que deriva. Al asumir valores, el Estado, precisamente, los normativiza, de modo que creemos que el reprobar conductas contrarias a los valores contenidos en el ordenamiento jurídico no importa en absoluto confundir derecho con moral.

Entre esos valores, se encuentra la tolerancia, lo que nos permite amalgamar el capítulo anterior con el presente. En efecto, el error de prohibición invencible, entendido como un contexto de inadvertencia de la norma que no obedeció a una disposición individual de deslealtad al derecho como fuente de modelo de orientación de conductas, al ser aplicado a los delitos cometidos por quien obra motivado en una valoración cultural diversa, puede ser la expresión penal del principio constitucional de tolerancia.

Ya hemos adelantado nuestra posición en cuanto a que este es uno de los principios *limitadores* del *ius puniendi*, en tanto el pluralismo que caracteriza a nuestras sociedades occidentales, reconocido como valor constitucional en nuestros estados y como fenómeno social constatable empíricamente (el pluralismo *ocurre* y se lo palpa con solo salir a la calle¹⁷³⁶), exige más que nunca que la respuesta penal al delito llegue solo cuando sea necesaria. El carácter de *ultima ratio* del derecho criminal está llamado a recordarnos que si la integración cultural y social puede llegar por vías prescindentes de la pena (genéricamente las hemos llamado *dialogales*), debe procurarse solucionar los conflictos penales de origen cultural por esas vías, que miren más allá de las cortas perspectivas de imposición reactiva de una pena. No debe olvidarse que quizás no sea ese el camino más fecundo de integración y concreción del pregonado pluralismo, que corre permanente riesgo de quedar relegado a la categoría de mero enunciado políticamente correcto.

Quizás podría decirse que los principios de adecuación social, insignificancia y tolerancia social bastaran ya para resolver estos conflictos. Sin embargo, a nuestro criterio, si bien aquellos pueden contribuir a solventar los mentados conflictos, creemos que las tensiones surgidas por divergencias culturales, en especial con base en el fenómeno migratorio tan característico de este tiempo histórico, obliga a especificar el contenido de tales principios para apuntar específicamente a la concreción de un pluralismo verdaderamente tolerante, por contraposición a un *pluralismo impuesto*, que no

(pp. 83-84). A nuestro entender, en cambio, no es seguro que a ese ciudadano se justifique, en todos los casos, hacerlo responder penalmente.

¹⁷³⁶ En rigor, lo que ocurre es la diversidad étnica, cultural, nacional que se ve en lo variopinto de las gentes que habitan en nuestras grandes ciudades. Si por pluralismo entendemos un principio cultural ejercido jurídicamente y una disposición social y espiritual materializada en una convivencia tolerante en los ámbitos públicos, que es expresión de una vocación colectiva de integración, debemos reconocer que todavía estamos lejos de una auténtico pluralismo cultural.

sea sino una convivencia obligada en un mismo lugar y momento, más de una vez, a regañadientes.

Cada época impone sus desafíos y clama por respuestas a sus propios problemas. Quienes invocan que la dogmática penal ya tiene todo dicho y que bien se podría echar mano de viejas herramientas para solucionar nuevos problemas sin hacer las adecuaciones pertinentes¹⁷³⁷, olvidan que la dinámica de las sociedades impone también la dinámica de la dogmática. Esta no puede ser un recurso de laboratorio que desestime los conflictos que van emergiendo en cada época. Para resolverlos es menester desarrollar nuevos elementos y también, claro está, re-elaborar los instrumentos tradicionales. Pero esa re-elaboración implicará incorporar datos de la actualidad, que se traducen en desafíos que exigen una vuelta de tuerca a lo ya conocido, re-significándolo.

En ese sentido, el viejo error de prohibición invencible, entendido como *inadvertencia de la norma en ausencia de deslealtad al derecho*, con el alcance explicado, puede ser la puerta de entrada al principio de tolerancia, que permita renunciar a la pena cuando sea menester privilegiar el pluralismo y la integración cultural, sin mella para la cohesión social y sin llevar el mensaje de que existe carta blanca para disponer a gusto de la vigencia del ordenamiento penal. Porque como ha dicho la doctrina—, si bien el derecho penal debe ser el mismo para todos, no todas las personas que entran en contacto con él comprenden de la misma forma las reglas del juego social ni tienen las mismas posibilidades de ejercerlas¹⁷³⁸.

El aporte de esta obra pretende ser una contribución a *entender al error de prohibición invencible como una posible expresión del principio de tolerancia, ante ciertos delitos cometidos desde una motivación cultural diversa*.

La doctrina ya había sembrado las semillas de esta idea, que aquí pretendemos retomar de cara a una problemática muy particular y bien propia de nuestro tiempo. En efecto, MUÑOZ CONDE había propuesto reconocer relevancia al error de prohibición, el Estado democrático explicita su vocación de negociar con el ciudadano

“los ámbitos de relevancia de su prejuicios y hasta su propia concepción del Derecho y a tener en cuenta ésta hasta el punto de eximir, o por lo menos atenuar, su responsabilidad por la infracción realizada, pero sin que ello suponga tener que modificar en nada la vigencia objetiva de las normas jurídicas¹⁷³⁹”.

Y concluye esa idea diciendo que dependerá del grado de aplicación del pluralismo, de la tolerancia y de la democracia con que se configure la sociedad, que el

¹⁷³⁷ Confrontar las posiciones de FRISCH (artículo) y de SILVA SÁNCHEZ (prólogo) en VON HIRSCH; SEELMANN; WOHLERS; ROBLES PLANAS; *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*.

¹⁷³⁸ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 152.

¹⁷³⁹ MUÑOZ CONDE; *El error*; p. 136.

error de prohibición pueda tener capacidad de rendimiento para evitar que la solución jurídica de ciertos conflictos sociales sea siempre de naturaleza punitiva o que el derecho penal sea un instrumento para imponer un sistema de valores¹⁷⁴⁰.

Como se verá al criticar soluciones a casos concretos, la que aquí se formula no es una propuesta excesivamente expansiva de la figura del error de prohibición invencible, que pueda hacer temer que la extranjería cultural sea siempre una forma de eludir el ordenamiento penal. Solo habrá tal error, cuando haya razones que evidencien que quien pertenece a una cultura diversa, debido a esa pertenencia, no pudo reconocer la norma infringida como modelo de orientación de conductas, sin por ello dejar de tener al ordenamiento jurídico en sí mismo como modelo general; es decir, sin haber sido desleal a aquel. Esto, por cierto, ocurrirá en muy limitados casos. Para determinar, ante cada supuesto particular, si el autor ha sido realmente leal al derecho, habrá que recurrir a indicadores externos que revelen su subjetividad –tal como sucede respecto de todos los elementos subjetivos del hecho penal. Ni bien se advierta que el sujeto haya tenido alguna razón para dudar de la conformidad a derecho de la conducta que iba a emprender y que la duda no haya sido adecuadamente despejada, la noción de lealtad/fidelidad será desplazada por la de deslealtad/infidelidad; se estará, como hipótesis de mínima, ante un error de prohibición vencible o, como hipótesis de máxima, ante un comportamiento realizado en abierta contradicción al derecho como modelo de orientación de conductas.

III. C) 3. iv) Respuestas a posibles objeciones.

A partir de lo anterior, creemos que queda en evidencia que el recurso a lo normativo no puede ser más respetuoso del principio de culpabilidad, que exige tratar al hombre de acuerdo a su dignidad. En efecto, en ningún momento se renuncia a la necesidad de individualizar para llegar a la solución del caso, puesto que –parafraseando a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO– no existen errores de prohibición objetivamente invencibles¹⁷⁴¹. Es decir, a partir de los datos fácticos y personales (nivel social, cultural, nacionalidad, procedencia, biografía, acceso a la información, etc.) del sujeto, se hace la aplicación del referido parámetro normativo para determinar si esa persona y no otra, ante ese hecho concreto y no ante otro, se manifestó leal al derecho como modelo de orientación de conductas. Esa personalización es la prenda que asegura el respeto en simultáneo de los fines individuales y generales del sistema penal, con base en los principios sustantivos constitucionales en resguardo de la persona humana. La indivi-

¹⁷⁴⁰ MUÑOZ CONDE; *El error*; p. 136.

¹⁷⁴¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO; *El error sobre*; pp. 174 y 178.

dualización, a la vez de permitir determinar si ha habido deslealtad al sistema, determinará, de ser el caso, la necesidad y proporcionalidad de la pena o si, por el contrario, se puede renunciar a ella sin que eso implique sacrificar las posibilidades individuales de socialización y los fines preventivos generales.

Ahora bien, la forma de concebir el error de prohibición invencible que aquí se formula, podría ser pasible de eventuales críticas, a algunas de las cuales trataremos de responder seguidamente:

1. Derecho penal de autor y culpabilidad de carácter.

Frente a la propuesta del criterio normativo de fidelidad al derecho que aquí se ha formulado, podría objetarse –no sin razón– que por mucho que se procurara la máxima individualización ante cada caso concreto, sería imposible no tener que apelar más temprano que tarde a prestar atención a la disposición general del autor frente al ordenamiento jurídico, incluso en momentos anteriores al hecho. Ello podría ser violatorio del principio de coincidencia como expresión del de culpabilidad por el acto, que exige evaluar la capacidad de culpabilidad del autor en el preciso momento de la comisión. Sin embargo, el temor a que esta fuera una propuesta emparentada o con resabios de la culpabilidad por la conducción de vida puede ser aventado¹⁷⁴² ni bien se piense que, en los casos de error de prohibición por delitos cometidos desde una motivación cultural diversa, si se llega a tener que valorar la conducta del sujeto previa al hecho, será en beneficio del autor, como expresión incluso del principio *pro homine*. En efecto, ante la comisión de un hecho que se presente como típico y no autorizado, es decir como un injusto o un aparente injusto penal¹⁷⁴³, de no mediar la situación excepcional que importa el error de prohibición, todo indicará que el sujeto fue desleal con el derecho. Ahora bien, ante la invocación de un escenario de error, el análisis del contexto concreto en el que tuvo lugar la conducta confrontado con el comportamiento general de esa persona de manera previa, podría mostrarlo como un ciudadano preocupado por cumplir con sus deberes y respetar el ordenamiento jurídico. Si así ocurriera, la apelación al baremo normativo de fidelidad para valorar el hecho en sintonía con su conducta anterior podría servir para aligerar la situación del autor de cara al hecho a juzgar, pues su disposición anterior favorable podría llegar a demostrar que la pena no fuera necesaria ni merecida. Si, por el contrario, la conducta anterior lo mostrara como un ciudadano

¹⁷⁴² La que se propone en el texto es una respuesta a posibles objeciones por parte de quienes rechazan la culpabilidad por la conducción de vida. Sin embargo, también hay voces a favor de aquella forma de dirigir el reproche penal; en esta dirección, PÉREZ DEL VALLE; *La imprudencia*; pp. 165 y 177.

¹⁷⁴³ Ya se ha visto que mientras algunos autores consideran que el error de prohibición invencible elimina la culpabilidad, para otro directamente excluye el injusto penal.

infiel, su situación respecto del hecho concreto a juzgar no se vería agravada, puesto que la condición de típico y antijurídico del comportamiento ya evidenciaba esa deslealtad, que solo podría haber sido revertida, en beneficio del sujeto, a partir de la invocación de la circunstancia de excepción que implica el error de prohibición inevitable.

Dicho de otro modo, aun cuando esta propuesta pueda llegar a necesitar recurrir al examen de momentos previos al de la comisión del hecho, lo sería *favor rei* y, en consecuencia, entendemos que no afectaría el principio de culpabilidad. Así, habría un contrapunto con el recurso a la conducta anterior propia del examen de la tradicional indiferencia frente al derecho, relevante para determinar contextos de error de prohibición evitable, en los que se apela a la vida anterior del sujeto para confirmar que su actitud previa de hostilidad es indicador de que el error debe gravarlo¹⁷⁴⁴.

Por otra parte, lo que aquí se dice no resulta contrario a posiciones de recepción de *lege lata*, aun respecto de otras instituciones del derecho penal, que exigen también atender, en alguna medida, a la conducta anterior al hecho; ello ocurre, por ejemplo a la hora de graduar la pena¹⁷⁴⁵. Esto pone de manifiesto que más de un ámbi-

¹⁷⁴⁴ Para un análisis sobre las diferentes posiciones doctrinarias respecto de la indiferencia frente al derecho, ver NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; capítulo VI.

¹⁷⁴⁵ Sin ir más lejos, el art. 41 del C.P. argentino, relativo a las reglas a seguir para fijar el monto de la pena, contiene un primer inciso en el que atiende a circunstancias objetivas del hecho cometidos (naturaleza de la acción, medio empleado para ejecutarla, extensión del daño y del peligro causados) y un segundo, en el que se refiere a circunstancias subjetivas relacionadas con la peligrosidad del autor (ZIFFER; *Artículos 40/41*; p. 75). En esa nómina no solo están enumerados, entre otros, las costumbres y los motivos que llevaron a delinquir, lo cual abre claramente las puertas a los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa, sino también “la conducta precedente del sujeto”, cerrando la lista de condiciones personales las circunstancias “que demuestren su mayor o menor peligrosidad”. ZIFFER aclara que *peligrosidad* no es *temibilidad*, en el sentido del positivismo, sino la calidad de una persona que permite presumir la posibilidad de que cometa un delito, puesta de manifiesto por la comisión de uno anterior (ZIFFER; *Artículos 40/41*; p. 78). También el Código Penal alemán contiene una disposición análoga en el § 46.2.

En su comentario al art. 41 de C.P. argentino, ZIFFER indica que la selección de factores relevantes para la determinación de la pena se verá necesariamente influida por la decisión acerca de los fines preventivos. En ese sentido, precisa que para conciliar los puntos de vista relativos al ilícito culpable y a la prevención será importante tomar en cuenta circunstancias que en verdad tienen una relación vaga con el hecho, lo que suscita el problema de limitar la determinación de la pena y de cuáles han de ser los factores que legítimamente puedan formar parte del análisis a efectuar, a pesar de que se aparten del ilícito. En efecto, el interés inicial en aplicar una pena, puede ser modificado por otro interés jurídico que también reclame satisfacción, de modo que ambos deban ser ponderados y equilibrados. Quiere decir entonces que el análisis del daño a la norma no puede ser la única perspectiva a tomar en cuenta, sino que también habrá que tomar en consideración otras circunstancias que podrán influir y alterar la primera valoración del hecho, entre las que se cuenta la conducta anterior del autor (ZIFFER; *Artículos 40/41*; p. 76).

Sin embargo, siempre en punto a la determinación de la pena, ZIFFER destaca lo problemático que es, de acuerdo al principio del hecho, apelar a la idea de peligrosidad. En efecto, si solo el ilícito puede jugar un papel en la graduación de la sanción, la peligrosidad –que, vale recordarlo, para la ley argentina también es denotada por la conducta previa del sujeto– no solo no podría ser el criterio decisivo para la graduación de la sanción, sino que siquiera debería ser tomado en cuenta (ZIFFER; *Artículos 40/41*; p. 79).

Yendo concretamente a la cuestión de la conducta precedente, ZIFFER expresa que si bien una concepción estricta del principio de culpabilidad deberá vedar el análisis tanto de la conducta anterior como de la posterior al hecho, el código habilita reparar en la misma para la determinación de la pena, lo que da lugar a una compleja problemática sobre los límites a ese recurso.

to del derecho penal reclama –sin descuidar el principio de culpabilidad por el hecho– atender a la actitud pretérita con relación al derecho, tratando siempre de conectarla con lo que el ilícito en concreto evidencia. Es decir, sin sacrificar la individualización, sino enriqueciéndola. Tanto más pertinente será recurrir a la conducta anterior cuando, como aquí se propone en lo relativo al error de prohibición invencible, se lo haga *favor rei*.

Es conocida, por otra parte, la nada insignificante cantidad de autores que consideran autorizado levantar la barrera del principio de coincidencia para reparar en la conducta anterior al hecho del autor, en materia de error de prohibición evitable y, sobre todo, para tratar de resolver el serio problema que presenta la actitud de quien

Al respecto, la mencionada autora reconoce que desde el prisma de la prevención especial, la vida anterior del autor será un punto de apoyo esencial para interpretar el concreto hecho cometido, como así también para hacer un pronóstico acerca de la peligrosidad. Destaca que, según una opinión muy difundida llamada “teoría del indicio”, es posible vincular la conducta anterior con la culpabilidad, en tanto permite extraer conclusiones sobre el contenido del ilícito, en la medida que se expresa en el hecho. Es decir que los antecedentes y condiciones personales del sujeto permiten conocer si actuó con mayor o menor autodeterminación (ZIFFER; *Artículos 40/41*; p. 89).

A lo anterior agrega, acercando todavía más el punto de vista a la cuestión de la fidelidad al derecho, que las necesidades de prevención también plantean el interrogante de si es posible atenuar la pena a raíz de la buena conducta anterior al hecho y, a la inversa, de agravarla en caso de una conducta inmoral, “aun cuando no delictiva”. Destaca que la doctrina limita su valoración, condicionada por la necesidad de que estas conductas se manifiesten como un indicio de mayor o menor hostilidad al derecho y en tanto tengan relación con el hecho concreto a juzgar (ZIFFER; *Artículos 40/41*; p. 89).

Transcribimos a continuación lo arts. 40 y 41 del C.P. argentino y el § 46 del C.P. alemán:

ARTICULO 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

§ 46. Principios de la fijación de la pena.

(1) La culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena. 2 Deben considerarse las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.

(2) En la fijación sopesa el tribunal las circunstancias favorables y desfavorables del autor. 2 En esta relación deben tomarse en consideración de manera particular:

- los móviles y objetivos del autor,
- el ánimo, que habla del hecho y la voluntad empleada en el hecho,
- la medida de la violación al deber
- la clase de ejecución y el efecto culpable del hecho,
- los antecedentes de conducta del autor, sus condiciones personales y económicas, así como su conducta después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño, así como el esfuerzo del autor de lograr un acuerdo con la víctima.

(3) No se permite tomar en cuenta circunstancias que ya son características del tipo legal.

tiene un déficit de conocimiento imputable, a raíz de su actitud de indiferencia, en particular respecto de los llamados delitos artificiales¹⁷⁴⁶.

2. La asunción de valores por parte del Estado: identificación entre moral y derecho.

Otra posible objeción a la propuesta del criterio normativo de fidelidad al derecho que aquí se propicia para la determinación del error de prohibición invencible podría venir de la mano de que el ideal del derecho como modelo de orientación de conductas evidenciaría la asunción de valores por parte del ordenamiento jurídico que, además, serían propuestos al ciudadano como sugerencias de conducción de vida, regresando a tiempos pasados en los que derecho y moral se confundían en un todo inescindible.

Que el Estado, a través de todas sus políticas públicas y, concretamente, de la actividad legislativa asume valores nos parece una realidad incontrastable. Que, además, los valores que asume trata de difundirlos y promoverlos es evidente, respecto de los aspectos más sensibles que hacen a la vida en sociedad. Vaya un ejemplo paradigmático. Las políticas públicas que propendan a la igualdad de género y a la erradicación de la violencia de ese tenor se verán plasmadas en todas las ramas del ordenamiento jurídico: en el derecho de familia; en el derecho laboral; en las leyes de cupo en las distintas reparticiones estatales; en las reglas de talla de la indumentaria; en campañas contra el acoso laboral y sexual; en campañas de concientización sobre el respeto y la igualdad entre los sexos; en tratar de revertir los hábitos sociales que coloquen a la mujer en un lugar de minusvalía o de tener que tolerar lo que no desea (como por ejemplo, los “piropos” callejeros); etc.

Si, en sintonía con esa orientación de propender a la igualdad de género y a la erradicación de la violencia contra la mujer, el legislador penal se ocupa de que sean sancionados ciertos actos de discriminación, de agresión o de rechazo público por vía de tipificación de determinadas conductas motivadas en la pertenencia de género, es evidente que ello será reflejo de valores asumidos por el Estado. Nadie podría decir que esto fuera una inadmisibles confusión entre derecho y moral, sino solamente mantener la vigencia y la coherencia entre las distintas ramas del ordenamiento jurídico. En todas las ramas del derecho, debe resguardarse el pluralismo y la tolerancia como valores constitucionales.

Al asumir ciertos valores, el Estado los incluye en las conductas que propone como modélicas y en aquellas que conmina con pena por ser contrarias a los mode-

¹⁷⁴⁶ Sobre estas posiciones, ver por todos NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; pp. 239 y ss y CÓRDOBA; *La evitabilidad*; capítulo X.

los propuestos. En esa perspectiva, los conceptos de dañosidad social, valores ético-sociales, fidelidad al derecho o modelos de orientación de conductas no deben ser asociados con la confusión entre moral y derecho, sino en el contexto de aceptación de un Estado que asume ciertos valores y los propone como bases mínimas para una pacífica convivencia.

Ese fenómeno ocurre no solo de cara al derecho penal nuclear en el que las normas centrales suelen coincidir con los valores fundamentales que se adquieren en la socialización primaria y en la que la confusión entre moral y derecho no es tan temida ya que todos los sistemas éticos están de acuerdo en el respeto, por ejemplo, a la vida como valor supremo. Nadie temería decir que el Estado respeta el valor vida y propone como un modelo preservar la ajena e, incluso, la propia, aun cuando pueda permitir la auto-lesión o la auto-destrucción. También el derecho penal accesorio es expresión de valores asumidos por el Estado. En efecto, por ejemplo, se asigna un valor positivo a que el ciudadano pague sus tributos y declare adecuadamente aquello que debe al fisco. Se promueve y se difunde con campañas publicitarias esa conducta como ejemplo de buen comportamiento cívico y de solidaridad social, que redundaría en la posibilidad de solventar gastos públicos imprescindibles para una mejor calidad de vida compartida y solidaria entre quienes más tienen, para asegurar educación, salud, infraestructura a quienes están en situaciones sociales de mayor vulnerabilidad. ¿No son la solidaridad, el fomento de los más débiles, la buena conducta cívica valores asumidos por el Estado? En sintonía con ello, el legislador penal decide sancionar el no pago fraudulento de tributos, es decir la disvaliosa conducta de quien decide “escapar” de los deberes derivados de aquellos valores asumidos. Como se ve, guste o no la expresión, la idea de dañosidad social sigue presente en la tipificación de conductas y, bien entendida, no parece de temer.

III. C) 4. Tratamiento dogmático-penal de la discrepancia cultural.

III. C) 4. i) Aclaración preliminar sobre la legitimación del Estado para la sanción y fundamento para la exclusión de la pena en los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa.

α. Imposibilidad de renunciar a la aplicación del derecho penal.

Las ideas personales que se han venido esbozando en las páginas y capítulos precedentes hablan por sí solas acerca de la opinión aquí sostenida en orden a que, efectivamente, ante el quebrantamiento de una de sus normas penales por parte de un sujeto que actúa desde una valoración cultural diferente a la de los valores mayo-

ritarios asumidos por el propio Estado en su legislación, se habilita la aplicación legítima del *ius puniendi*.

En efecto, por consideraciones similares a las compartidas por la doctrina más relevante que se ha ocupado de la actuación en conciencia no sería razonable que la aplicación del derecho del Estado dependiera de la valoración personal o aun de un grupo de individuos cohesionados por su propia cultura. Aunque actualmente el derecho a la auto-determinación cultural es uno de los derechos fundamentales ampliamente reconocido y aunque –como ha ocurrido a partir del movimiento de reformas constitucionales operado en América Latina entre las décadas del '80 y del '90 del siglo pasado– se reconoce la pre-existencia de los llamados pueblos originarios, en territorios posteriormente conquistados por potencias europeas cuyos valores son los que nutren las instituciones y los valores de los Estados finalmente independizados y constituidos como países, también es indudable que esos derechos no son absolutos.

Al contrario, deben ceder cuando entren en colisión con otros derechos también fundamentales de mayor rango o preeminencia (vida, salud, integridad física). Pero, a nuestro juicio, no se agota en ese punto el peso relativo de ciertos derechos; también algunos deben ceder –lo que no significa que queden invalidados– cuando los pilares sobre los que está constituido el Estado deban ser reafirmado. En ese sentido, el orden jurídico estructurado de acuerdo a la Constitución, por el órgano instituido al efecto, debe ser preservado, como una de las columnas vertebrales del sistema democrático de gobierno. Una de las facultades primordiales de los parlamentos es el dictado de normas penales. En consecuencia, la vigencia de los referidos derechos fundamentales vinculados a la identidad cultural, si bien de jerarquía eminente en cuanto a su reconocimiento constitucional y por parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos, deben ser ejercidos de manera compatible con el todo armónico y sistemático del ordenamiento jurídico. De otro modo, la pertenencia a una comunidad étnica o nacional equivaldría a la no vigencia, para ese grupo, del código penal del Estado, lo cual sería un evidente contrasentido: el reconocimiento de la minorías las habilitaría a no reconocer el derecho del Estado que las reconociera. Incluso más allá, el reconocimiento de que tanto los integrantes de pueblos originarios, como los extranjeros procedentes de una cultura exótica, gocen de los mismos derechos que el resto de los ciudadanos¹⁷⁴⁷, importa que también rijan para ellos las mismas leyes que para toda la sociedad. Desde ese punto de vista, considerarlos desligados de los dispositivos penales y de sus consecuencias podría importar, lejos de una muestra de respeto a su cultura de origen, una discriminación inadmisibles al tratarlos como ciudadanos con un estatuto particular, en una materia tan sensible como la penal. Tal postura se acerca más a

¹⁷⁴⁷ Por lo menos cuando gozan de una situación regular de permanencia en el país de acogida.

aquellas posiciones dogmáticas –para mí inadmisibles– que han postulado la inimpunitabilidad del indígena.

De todos modos, la cuestión es delicada porque supone un frágil equilibrio entre derechos individuales y colectivos especialmente sensibles, a los que se suma el factor sociológico de tensión entre los miembros de la sociedad de acogida –que miran con reticencia y cierto temor algunas diferencias culturales– y los inmigrantes que experimentan ese rechazo. Eso ha llevado a la doctrina a indagar si el derecho penal está legitimado para proceder, al tratar los delitos que son expresión de criminalidad de los inmigrantes, con la sutileza propia de la teoría de las normas y del delito. En particular, cuando se trata de ilícitos contra ciertos bienes jurídicos como la libertad o la integridad física, vinculados directamente con el contexto cultural del país de origen o con la ley, las costumbres o la convicción social o religiosa “que obligan personalmente al sujeto y le enfrentan a la norma de vigencia territorial en Europa”¹⁷⁴⁸. A esto se ha respondido que en una primera aproximación se podría pensar que, como el extranjero no ha contribuido a la formación de la norma por no ser titular del derecho al sufragio, no podría estar sujeto a la vigencia de una norma que le fuera ajena, lo que daría lugar a una suerte de excepción personal al principio de territorialidad¹⁷⁴⁹. Sin embargo, el elevado número de inmigrantes en las sociedades occidentales de hoy en día haría que ese criterio derivara en una crisis de la vigencia de la norma que no sería fácil de asumir. De modo que, por razones funcionales, se asume como sujeto de derecho o destinatario de la norma a quien no goza del derecho al voto¹⁷⁵⁰. A esto se ha agregado que, incluso de ser cierto lo anterior, la teoría del delito dispondría de herramientas para dar solución al conflicto cultural (a través de la exculpación y el error de prohibición), sin comprometer de modo irreparable la vigencia territorial de la norma estatal. Sin embargo, en atención a los conflictos sociales entre locales e inmigrantes, a la creencia de que los extranjeros delinquen más que los nacionales, lo cual además es difundido así por la prensa (los delitos de los extranjeros “se ven más”¹⁷⁵¹), es discutible que el recurso a esas herramientas dogmáticas no provocara quiebres en la confianza general en el sistema penal. Por eso, se ha pronosticado que el derecho penal de las sociedades multiculturales no solo tenderá a ser cada vez más represivo, sino más reacio a excluir la concurrencia de los presupuestos de la imputación de la culpabilidad por razones culturalistas¹⁷⁵².

En síntesis, en principio, por regla general, todos los ciudadanos están comprendidos por el llamado de las normas penales y el *ius puniendi* está legitimado

¹⁷⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ; *La expansión*; p. 117.

¹⁷⁴⁹ Según BEITZ, “[u]n Estado político es una unidad autogobernante cuyos miembros se reconocen entre sí como copartícipes en la determinación de las leyes” (*La idea*; p. 180).

¹⁷⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ; *La expansión*; pp. 117-118.

¹⁷⁵¹ SILVA SÁNCHEZ; *La expansión*; p. 116.

¹⁷⁵² SILVA SÁNCHEZ; *La expansión*; pp. 118-119.

para responder ante su quebrantamiento. Cuestión distinta es que, estos particulares delitos –en rigor, particulares por la perspectiva valorativa individual de sus autores, pero no por los bienes jurídicos que el Estado ha pretendido tutelar ni por su materialidad fáctica– exijan que se atienda al contexto cultural de sus autores, para dar una respuesta adecuada en términos de justicia material. Respuesta que, llegado el caso, pueda traducirse en la renuncia misma a toda punición. Sin embargo, eso no significa que, hasta arribar a esa conclusión, el ejercicio del *ius puniendi* no esté legitimado. Si bien se mira, esto no es distinto de lo que ocurre de cara a casi todos los delitos, en cuanto el adecuado ejercicio del derecho penal, exige siempre que, una vez constatado el quebrantamiento material de la norma, este pueda ser atribuido subjetivamente a su autor como obra suya. He aquí la médula del principio de culpabilidad individual, que reposa sobre la idea de evitabilidad (solo se imputa aquello que era evitable para su autor), principio rector que debe ser respetado a ultranza tanto a nivel del tipo (atribución a título de dolo o de culpa), de la antijuridicidad (no tiene que haber mediado un permiso para actuar) como de la culpabilidad en tanto estadio sistemático (solo se imputa aquello que puede ser reprochado, en tanto podía ser comprendido por el autor como contrario a la norma, y que sea necesario sancionar)¹⁷⁵³.

Es decir que, de verificarse, respecto de cualquier hecho relevante penalmente –es decir, una vez tenido por cierto su acaecimiento material conforme al tipo– que individualmente y por la razón que sea, no es imputable o que la culpabilidad en cualquiera de sus tres niveles se encuentra disminuida, pues entonces se impone adecuar la respuesta penal a esa situación. Y si la respuesta más adecuada al caso es la renuncia a la atribución del hecho o a la pena, eso no implica una deslegitimación del *ius puniendi*. Muy por el contrario, evidencia la plenitud de su legitimación, en tanto es función de esta, en un Estado democrático, brindar soluciones justas y conforme a los reclamos sociales de cada época, en los que la cuestión preventiva pase a tener una importancia fundamental. El auténtico multiculturalismo exige tratar conforme a su propia naturaleza a este tipo de ilícitos que –sin que lo que sigue implique adscribir a una posición tributaria de la vigencia de estatutos especiales para quien proviene de una cultura exótica– es cierto que tienen una característica especial. Se trata de que el conflicto del que nacen se suscita por la tensión entre dos lógicas culturales diversas, en la que una sociedad provee el fundamento cultural del delito y otra, el fundamento represivo¹⁷⁵⁴.

¹⁷⁵³ Sobre esta visión de los tres niveles del principio de culpabilidad, ver SANDRO; *Error de tipo y error de justificación*; pp. 1-2.

¹⁷⁵⁴ FOBLETS; *Los Delitos culturales*; p. 195 y ss.

Es hora, entonces, de abordar las herramientas dogmáticas que serán los instrumentos con los cuales responder a las particulares exigencias que, sin dudas, traen aparejados los delitos cometidos desde una valoración cultural diversa a la mayoritaria, para finalmente tratar de aportar una propuesta de solución que, sin renunciar a la legítima potestad penal del Estado, dé cabida el pluralismo democrático, como una forma de aportar a la gestión multicultural de la diversidad. El derecho penal, aplicado en su justa medida, también puede propender a tender puentes entre las culturas; incluso, cuando no corresponda renunciar a la sanción.

β. Aclaraciones terminológicas.

Previo a entrar de lleno en el análisis de las propuestas dogmáticas que se han dado acerca de los comúnmente llamados delitos culturalmente motivados, es preciso formular algunas precisiones acerca del lenguaje que se va a emplear en lo que sigue y que, por cierto, ya se ha venido empleando.

β. 1. Cultura mayoritaria.

En estas líneas se habla de “cultura mayoritaria” o expresiones afines para aludir a los valores consagrados en las leyes del Estado que –creemos no equivocarme– son mayoritarios en tanto son expresión de los criterios consagrados por los representantes votados democráticamente y, en consecuencia por la ficción de la representación parlamentaria de la *mayoría*, para la elaboración de la leyes. Se evitará, por el contrario, acudir a giros del tipo “cultura hegemónica” o “cultura preeminente” o “cultura dominante” –que también se hallan en la doctrina–, por varias razones. La primera y más evidente es que pueden inducir a la confusión de ser interpretadas como una valoración de superioridad ética o moral de la cultura mayoritaria por sobre el resto de las que también conviven en un mismo país; incluso sin dejar sentada una posición al respecto, creemos que, encarado de ese modo, el tema desbordaría las pretensiones de esta investigación. En segundo lugar, debe considerarse que, muy posiblemente, el reconocimiento constitucional y legal de las diferentes identidades culturales constituye un impedimento normativo para considerarlas inferiores a los valores asumidos por el Estado¹⁷⁵⁵.

De todos modos, lo verdaderamente relevante no es tanto lo mayoritario en términos cuantitativos, sino que ese elemento *mayoritario* estará dado por el hecho de

¹⁷⁵⁵ Sin embargo, a lo largo de todo el texto, en ocasiones se ha debido recurrir a esos giros “menos recomendables”, por razones estilísticas; es decir, para evitar la excesiva reiteración de la expresión “cultura mayoritaria”. Pero en todos los casos, se lo ha hecho con el alcance que acaba de explicarse.

que los valores de un importante sector social sean aquellos que estén representados en el sistema legal oficial. VAN BROECK comparte en esencia este punto de vista, pero prefiere el uso de la expresión “cultura dominante”, al sostener que, para distinguir entre la cultura mayoritaria y la minoritaria, cuyos valores entran en tensión en los delitos cometidos por diversidad cultural, sería equivocado efectuar una aproximación cuantitativa como así también preguntarse “¿quién llegó aquí primero?”. En su opinión, la distinción pasa por las bases culturales e ideológicas del sistema legal, de modo que, en su opinión, una cultura será dominante cuando sea la que provea las bases ideológicas del derecho penal o de la ley penal según la cual es juzgado el imputado: la cultura minoritaria denotará los antecedentes culturales del grupo al que pertenece el justiciable¹⁷⁵⁶, que no compartirá el mismo sistema normativo ni los valores que la dominante con relación a ciertos temas. Los valores culturales incorporados al sistema legal y, más específicamente, al derecho penal, son los que determinan qué cultura es dominante¹⁷⁵⁷.

Por su parte, CARPIO RODRÍGUEZ afirma que la calidad de minoría de un grupo determinado no depende del factor cuantitativo, sino del hecho de ser un conjunto de individuos que se encuentran en inferioridad de condiciones con relación a otro grupo “al que se ven unidos de modo contingente, dentro del aparato estatal”, conforme parámetros objetivos establecidos en los instrumentos internacionales (etnia, religión, lengua, inferioridad numérica, posición no dominante) y subjetivos (voluntad del grupo de preservar su identidad específica)¹⁷⁵⁸.

Pero, como sea, no puede desconocerse que legislar es valorar. Es asumir algunos modelos y descartar otros; es dar preeminencia a la protección a ciertos derechos y a ciertos bienes por sobre otros; es asumir a quien se considera vulnerable para asegurarle una tutela preferencial o diversa; es identificarse con ciertos parámetros culturales y no con otros; es defender la vida a ultranza o hacer concesiones a su preservación; es promover un modelo de familia o más de uno o cualquiera o ninguno y tantos más ejemplos que podrían citarse para graficar el punto. Por decirlo con palabras

¹⁷⁵⁶ Que no es lo mismo que los valores del sistema legal oficial del país de procedencia del sujeto, que según VAN BROECK no es elemento determinante para decidir acerca de su sistema de valores y tradiciones (*Cultural Defence*; p. 7).

¹⁷⁵⁷ VAN BROECK; *Cultural Defence*; p. 5. En ese sentido son interesantes los diversos ejemplos que ofrece el autor, para mostrar que los contrapuntos entre grupos dominantes y minoritarios en el sentido explicado tanto pueden darse entre la población nativa de un mismo país, como ocurre en la India, donde parte de su población no cumple las leyes que prohíben las dotes; los pueblos nativos y los colonizadores, como ha ocurrido en América y finalmente entre población de acogida e inmigrantes (pp. 6-7).

¹⁷⁵⁸ CARPIO RODRÍGUEZ; *Pluralismo jurídico*; p. 51.

de JAKOBS, “la descripción es dependiente de la cultura, así que la valoración es inevitable”¹⁷⁵⁹. En ese sentido es que se habla aquí de valores o de cultura mayoritarios.

β. 2. Delitos cometidos desde una motivación cultural diversa.

El título de este epígrafe no es baladí. Si bien en general la doctrina se refiere a *delitos culturalmente motivados* para aludir a la clase de ilícitos que hacen a la médula de este trabajo, la explicación que he dado en los párrafos inmediatamente antecedentes respecto de la distinción que cabe hacer entre los delitos que aquí interesan y el terrorismo amerita, a nuestro juicio, apelar a una expresión que encontramos más precisa.

A nuestro juicio, el terrorismo religioso o de pertenencia a un grupo étnico está transido por la motivación cultural, sin bien tergiversada o patológicamente vivida o interpretada. Quienes se enrolan en las filas del extremismo, se encuentran motivados por una desviada interpretación de su cultura de origen o de la cultura de sus ancestros y del modo en el que están llamados a hacerla valer, a través de un mesianismo que los lleva a sacrificar sus propias vidas y las de las personas más vulnerables de su propio grupo de pertenencia, en pos de destruir toda otra cultura no acorde a sus cánones valorativos.

Por eso es que preferimos evitar calificar de *culturalmente motivados* a los delitos que hacen al eje de estudio que aquí se presenta, porque nos parece justo y necesario escindirlos no solo conceptualmente, sino desde su propia denominación de toda posible confusión que pueda llevar a colocarlos en la misma bolsa, al menos como género, del delito de terrorismo cultural.

Aunque parezca una sutileza, creemos más adecuado llamarlos *delitos cometidos desde una motivación cultural diversa*, porque consideramos que la preposición *desde* da a entender que es el posicionamiento valorativo el que lleva al autor a mal comprender su acto o la legitimidad de su obrar, pero porque el sistema valorativo que gobierna su vida y la de su grupo de pertenencia difiere de la de la sociedad mayoritaria. Es decir, sin que esta sea vista como un enemigo a destruir, sino en la creencia de que se tiene derecho irrestricto a vivir la propia vida –sin imponerla a los demás– según los propios parámetros culturales de origen. Esa es la *perspectiva* según la cual el autor conforma su existencia y conduce su vida, sin advertir que no en todos los casos estará legitimado, en el territorio del Estado de acogida, para actuar según esa mi-

¹⁷⁵⁹ Entrevista a Günter JAKOBS publicada en el diario La Nación, el 27/7/2006; [<http://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs>]; última consulta: 15/10/2016.

rada cultural. Como ya hemos dicho, habrá ciertos límites que no podrá traspasar, al amparo de su mirada o perspectiva cultural.

Hecha esta salvedad, una definición personal bien sintética de *delito cometido desde una motivación cultural diversa* (o delito culturalmente motivado, según la expresión acuñada tradicionalmente para referirse a este fenómeno) diríamos que es *aquella conducta cometida por un autor que, conformándose a los parámetros valorativos de su cultura minoritaria de pertenencia, infringe las normas penales oficiales del Estado, sin cometer falta alguna en su propia comunidad*¹⁷⁶⁰.

En sentido similar, VAN BROECK denomina *delito motivado culturalmente –cultural offence–*, al

acto cometido por un miembro de una cultura minoritaria, que es considerado como delito por el sistema legal de la cultura dominante. Sin embargo, ese mismo acto, en el grupo cultural del autor, es condonado, aceptado como un comportamiento normal y aprobado o incluso avalado y promovido en la situación dada¹⁷⁶¹.

Otra definición, en parecida sintonía, es ofrecida por MAGLIE, quien define a esta clase de delito como aquel

*comportamiento realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico minoritario que es considerado delitos por las normas del sistema de la cultura dominante. El mismo comportamiento en la cultura del grupo al que pertenece el autor es por contrario perdonado, aceptado como normal o aprobado o, en determinadas situaciones, incluso impuesto*¹⁷⁶².

La propia autora destaca el elenco de elementos centrales de los que se nutre la definición que propone¹⁷⁶³. El primero es la noción de cultura en sentido dinámico y en su dimensión étnica. El segundo, íntimamente ligado al anterior, es el elemento “cultura del grupo al que se pertenece”, caracterizado por la idea de pertenencia, no como *status* que se adquiere, sino como consecuencia del reconocimiento del que el individuo es objeto por parte de otros miembros del colectivo: no se elige pertenecer, sino que se pertenece porque se es¹⁷⁶⁴. Según MAGLIE, es precisamente el elemento “cultura del grupo” el que hace que la definición de delito culturalmente motivado que elabora sea sumamente restrictiva, aventando todo peligro de que se beneficie exageradamente al autor que obra en virtud del factor cultural¹⁷⁶⁵.

Al respecto, dice ROCA DE AGAPITO que el conflicto normativo cultural se suscita entre una norma jurídica de naturaleza penal del ordenamiento del país de acogida, que incrimina una determinada conducta, y una norma cultural, radicada en la

¹⁷⁶⁰ En efecto, cuando el hecho constituya una falta tanto en la cultura de pertenencia como en la de acogida, lo que se suscitará será una cuestión de competencia, en caso de que la justicia comunitaria goce de reconocimiento oficial, tal como ocurre con el derecho de algunos grupos indígenas.

¹⁷⁶¹ VAN BROECK; *Cultural Defence*; p. 5.

¹⁷⁶² MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; p. 68.

¹⁷⁶³ MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; p. 68.

¹⁷⁶⁴ MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; pp. 67-68.

¹⁷⁶⁵ MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; pp. 265-266.

cultura del grupo ético de pertenencia del inmigrante (que también puede llegar a ser jurídica, pero en todo caso vigente en el ordenamiento del país de procedencia de aquel), que autoriza o incluso impone realizar la conducta ilícita¹⁷⁶⁶. A ello agrega que el sujeto que infringe la ley en razón de su pertenencia cultural está convencido de que el derecho penal no obliga a quienes se comportan de acuerdo a las normas imperantes en su comunidad¹⁷⁶⁷.

Es decir que lo característico de estos delitos es que son expresión de una incompatibilidad o conflicto normativo, entre las normas de la cultura minoritaria y las del país en el que la conducta se lleva a cabo. Incluso, se puede presentar al autor un dilema del tipo del conflicto de deberes¹⁷⁶⁸, si es que está al tanto de lo irreconciliable de ambos sistemas y así y todo se siente compelido a respetar las normas de su cultura, cuando mandan o fomentan la conducta reñida con el sistema oficial. Es decir que el peso, como deber ético, del sistema valorativo de pertenencia es más intenso que el de respeto al derecho del Estado.

III. C) 4. ii) Fundamentos dogmáticos propuestos por la doctrina para dar solución a los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa. Crítica.

En este camino hacia la toma de posición por la que entendemos la solución más adecuada para dar respuesta a los conflictos penales que son objeto de estas líneas, no puede dejar de señalarse que la doctrina de tradición continental se ha venido ocupando de procurar soluciones para esta clase de hechos. Así, se registran una serie de propuestas de fundamentación dogmática diversa, según en qué estamento sistemático de la teoría del delito se entienda que corresponde valorar el factor cultural. A su vez, a partir del análisis de esas posiciones que se hará seguidamente, podrá ad-

¹⁷⁶⁶ ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; p. 185.

¹⁷⁶⁷ ROCA DE AGAPITO; *Delitos culturalmente*; p. 186. Coincidiendo con el catálogo que esbozamos en la primera parte de este trabajo, al hacer una aproximación a los conflictos culturales con relevancia penal, ROCA DE AGAPITO señala entre los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa los siguientes: laborales; contra la libertad sexual con víctimas menores de edad; contra la familia (incesto, poligamia, matrimonios coactivos); crímenes por honor masculino o familiar; mutilaciones sexuales; delitos contra la salud pública por uso de estupefacientes. Todos ellos tienen el común denominador de estar inspirados en concepciones de la autoridad marital o paternal y del *ius corrigendi* familiar completamente superadas en la sociedad occidental actual, pero todavía imperantes en otros medios culturales.

¹⁷⁶⁸ Como se ha comentado en II. A). Sobre conflictos de cultura y conflicto de deberes, en el ámbito de los delitos culturalmente motivados, dice MAGLIE que efectivamente el autor, en ocasiones, se puede encontrar ante un dilema entre deberes. A criterio de MAGLIE, el tipo de conflicto de deberes que tiene capacidad de rendimiento de cara al delito cometido por discrepancia cultural es el "conflicto impropio", caracterizado por la antinomia entre una norma del ordenamiento jurídico y otra perteneciente a un ordenamiento distinto o a un sistema moral. Para el autor motivado culturalmente, al imperativo jurídico que proviene del sistema penal de la sociedad de acogida, se opone de forma antitética el mandamiento procedente de la cultural comunitaria, que finalmente resulta dominante (MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; p. 253).

vertirse que, según las sugerencias doctrinales provengan del medio europeo, cuya principal preocupación es el fenómeno de las migraciones transnacionales, o del medio latinoamericano, cuya foco de atención está puesto en la cuestión indígena, se invocará constantemente uno u otro escenario social. También se observan soluciones que tienen en cuenta el diverso marco cultural entre los ambientes rurales y urbanos, sin que se trate propiamente de supuestos en los que estén involucrados extranjeros o indígenas. Sin embargo, a nuestro juicio, al margen del ancho mar de las diversas culturas que habitan el planeta, creemos que las soluciones propuestas no varían –tanto sea para aceptarlas como para rechazarlas– si el delito cometido por razones culturales es cometido por un inmigrante; por un indígena o por alguien alejado, por la razón que sea, de la cultural mayoritaria: siempre se tratará ante conflictos cometidos desde una motivación cultural diversa, al que el Estado deberá dar una respuesta adecuada. De ahí que las menciones a inmigrantes y –sobre todo–, las numerosas referencias a indígenas que se leerán a continuación obedezcan a que esos han sido los casos tratados por los autores comentados o citados, pero los fundamentos para abrazar o rechazar sus propuestas pueden valer tanto para inmigrantes como para miembros de pueblos originarios¹⁷⁶⁹.

Ese trato conjunto se justifica porque ambos universos de conflictos expresan una tensión entre normas, la una engarzada en un sistema jurídico minoritario y solo capaz de regir al grupo del que mana; la otra, parte del ordenamiento jurídico del Estado que, en principio, rige para todos los habitantes de la Nación, sin distinción alguna de etnia, religión o cultura. Sin embargo, para el autor del hecho, la norma cultural

¹⁷⁶⁹ Frente al derecho penal estatal, la conducta indígena puede producir tensiones de dos tipos. De un lado, ello ocurre cuando un miembro de una comunidad indígena lleva a cabo una conducta que, en el seno de su comunidad, no sólo no aparece reprobada sino que, incluso, puede formar parte del acervo cultural del grupo y, como tal, debe ser mantenida y transmitida de generación en generación, como señal de pertenencia y de respeto a la identidad del grupo. En tal caso, la práctica de dicha costumbre producirá un contrapunto con el derecho penal, si ese obrar acorde a la cultura de la comunidad resulta tipificado por el Código Penal. Los ejemplos que ofrece el variopinto elenco de pueblos indígenas latinoamericanos son innumerables. Por citar solo algunos, valgan los siguientes: sacrificios humanos, como el que tuvo lugar en Chile tras el terremoto de 1960, por el que se dio muerte a una niña nieta de un jefe comunal, para aplacar a los dioses. En Colombia, podrían ser típicas: la conducta de los arhuacos que permiten la muerte, por homicidio en comisión por omisión; la del tairona que bebe la grasa del muerto, por irrespeto a los cadáveres; la de los americanos y guajiros que relegan a la primípara, por secuestro o por internación fraudulenta en establecimiento similar a clínica o asilo o por constreñimiento ilegal o por tortura; la de los chibchas que se comían a los *moxas*, por homicidio agravado por indefensión. En Guatemala: la de quien no tiene dinero para repartir regalos antes de la boda, por lo que rapta a la novia, por el delito de rapto impropio. Todos estos ejemplos han sido tomados de GARCÍA VITOR, Enrique; *Culturas diversas*; pp. 146-147.

El otro tipo de conflicto que se puede suscitar con el medio indígena ocurre cuando un comportamiento de un miembro de la comunidad sea delito tanto en el derecho indígena como en el oficial. Finalmente, también podría dar lugar a conflicto entre ambos ordenamientos la imposición de penas indígenas que resultaran inadmisibles para el derecho penal del Estado, por ejemplo, por significar un trato cruel, inhumano o degradante o por afectar la integridad física o la dignidad del reo. Dado que los dos últimos casos tienen que ver más bien –y desde ese prisma deberían encontrar respuesta y cauce– con la cuestión del reconocimiento y delimitación de la jurisdicción indígena¹⁷⁶⁹ y sus alcances sustantivos y procesales, escapan al propósito de este trabajo.

o consuetudinaria es aquella que lo *llama* y, en consecuencia, en la que se *motiva*. Ya sea porque la considere prevalente y obligatoria para él por sobre la oficial; ya sea porque directamente no conozca la existencia de la norma oficial, no la comprenda acabadamente o no sepa que le está dirigida.

La necesidad de procurar respuestas dogmáticas a este tipo de situaciones ha sido puesta de resalto en el medio argentino por GARCÍA VITOR, quien ha advertido acerca de la pertinencia de encontrar soluciones alternativas, mediante la revisión de las estructuras jurídicas, para determinar frente a qué situaciones y con qué alcance puede excepcionarse la obligatoriedad de la norma estatal¹⁷⁷⁰.

También BECERRA ha destacado que se impone la construcción de una política criminal que permita afirmar que una conducta que formalmente signifique la realización de un tipo penal, pero que en el contexto cultural en el que fue realizada sea aceptada socialmente; es decir, valorada de modo contrario a la decisión de la norma estatal, no deba ser sancionada. A su juicio, una política criminal así respetuosa de la diversidad cultural asegurará la vigencia práctica de la garantía de igualdad ante la ley; de otro modo se estaría frente a un sistema de justicia penal discriminatorio y agrega que un mismo patrón legal no puede regular rígidamente a más de un patrón cultural. De lo contrario se caería en un modelo de justicia autoritario¹⁷⁷¹.

1. Propuestas desde la atipicidad. Crítica.

Como toda cultura tiene su marco estatutario y normativo, siempre será posible que un comportamiento encuadre en un marco social. Eso podría habilitar la posibilidad de que una equis conducta resulte socialmente adecuada a una cultura dada.

Recuérdese que WELZEL sostenía la inescindible relación entre tipo y adecuación social, en el sentido de que las formas de conducta seleccionadas por los tipos penales estaban referidas a la vida social, en razón de ser, precisamente, inadecuadas a una vida social ordenada. Los tipos evidenciaban las naturalezas social e histórica del derecho penal, en tanto señalaban las formas de conducta que se apartaban gravemente de los órdenes históricos de la vida social¹⁷⁷², noción esta de gran importancia para la dogmática general, como lo muestra, entre muchos otros ejemplos, que esa idea sea el germen de la noción de riesgo permitido.

¹⁷⁷⁰ GARCÍA VITOR; *Diversidad cultural*; p. 19.

¹⁷⁷¹ BECERRA; *Derecho penal* y; p. 20. Según BECERRA, el caso de indígena frente al derecho penal constituye un supuesto de *discriminación inversa*, en el que la actividad hermenéutica de los jueces debe producir un tipo de "discriminación justificable", para asegurar un tratamiento más igualitario del sector favorecido por el tratamiento diferenciado" (p. 21).

¹⁷⁷² WELZEL; *Derecho Penal Alemán*; p. 98.

Desde esta perspectiva, una conducta es adecuada socialmente cuando se mueve por completo dentro del marco del orden social, histórico, “normal”, de la vida, incluso cuando como consecuencia causal de dicho comportamiento se produzca algún grado de lesión al bien jurídico. Ello no significa que las conductas socialmente adecuadas sean ejemplares, sino que se mantienen dentro de los marcos de libertad de acción social¹⁷⁷³. Por eso, “quedan (...) excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aun en todos aquellos casos que pudieran ser subsumidas en ellos”¹⁷⁷⁴.

Sobre la base de esa idea, entonces, hay autores que creen ver en las conductas que, no obstante subsumirse en algún dispositivo penal, resulten acordes a las costumbres y tradiciones de una cultura diversa, supuestos de adecuación social, en definitiva, atípicos. En efecto, carecerían de relevancia social, por manifestar una contra-valoración entre la ley y el contexto social en el cual la norma y el caso se desenvuelven¹⁷⁷⁵. Según BECERRA, en los casos en los que la conducta supuestamente típica es, sin embargo, aceptada socialmente en el contexto de una comunidad indígena, la adecuación social en tanto elemento del tipo penal, “es el instrumento que permite tomar en consideración en el nivel de la tipicidad –fundamentación del injusto– a las situaciones de diversidad cultural como supuesto de ausencia de la tipicidad”¹⁷⁷⁶. Es más, ve en ello una exigencia del principio de legalidad, que requiere que se tomen en cuenta todos los elementos escritos de la definición penal, como también los no escritos, que surgen de la propia actividad hermenéutica del juez y que imponen tener en consideración el ámbito cultural donde se desenvuelve la norma. Así, afirma que la norma no puede reclamar vigencia en un ámbito en el cual se transforma en una acción que es valorada positivamente por el contexto social¹⁷⁷⁷.

Sin embargo, GARCÍA VITOR considera inadecuado apelar a la teoría de la adecuación social para el tratamiento de la diversidad, puesto que a su juicio –siguiendo en esto a ZAFFARONI– los valores ético-sociales solo pueden tener relevancia penal cuando han sido recogidos por el legislador en el tipo penal, siendo inadmisibles su incorporación por vía doctrinaria o jurisprudencial. Es decir que quien comete un hecho que encuadra en un dispositivo penal, por haber obrado con una motivación cultural diversa, mal podría invocar un “permiso” del derecho socialmente fundado, en atención a la coherencia, unidad y no contradicción del orden jurídico, marco referencial de la teoría de la adecuación social. Remata la idea diciendo que otra solución equival-

¹⁷⁷³ WELZEL; *Derecho Penal Alemán*; pp. 98 y 99.

¹⁷⁷⁴ WELZEL; *Derecho Penal Alemán*; p. 100.

¹⁷⁷⁵ BECERRA; *Derecho penal y*; p. 26.

¹⁷⁷⁶ BECERRA; *Derecho penal y*; p. 27.

¹⁷⁷⁷ BECERRA; *Derecho penal y*; p. 27.

dría a erigir regiones culturales en comunidades políticas diferenciadas, regidas por una juridicidad también distinta¹⁷⁷⁸.

Por nuestra parte, estimamos que la lectura desde la adecuación social en el sentido expresado por WELZEL solo debe hacerse desde la valoración social que tuvo en cuenta la norma, puesto que de otro modo se caería en un relativismo jurídico que exigiría tomar en cuenta tantas adecuaciones sociales como culturas diversas convivieran dentro del Estado. Para decirlo mejor, para hablar de adecuación social –de aceptarse la posibilidad– ello debe hacerse desde la perspectiva valorativa que tuvo en miras el legislador que, mal que pueda pesar a algunos, es la mayoritaria en el sentido de la más influyente, por ser la recogida por el Estado. De otro modo, se caería en una absoluta inseguridad jurídica, que ya no permitiría saber cuáles serían los parámetros sociales de adecuación, quedando ello librado al medio de procedencia de cada individuo. De la sola lectura de las páginas que WELZEL dedicó al tema, se observa que el padre del finalismo tenía en cuenta el contexto social reinante en cada tiempo histórico, que era el marco en el cual el legislador diseñaba la norma.

El estado actual de un Occidente multiétnico nos convence todavía más de la necesidad de que el reconocimiento de la diversidad lo sea con reglas claras que contorneen claramente aquello que se está dispuesto a tolerar y que es determinante en clave de adecuación social. Muy especialmente en la órbita penal, en la que las consecuencias derivadas de la intervención del *ius puniendi* son extremas. De tal suerte, no es aconsejable considerar adecuadas socialmente las conductas que infrinjan el tipo penal, en afectación al bien jurídico en el sentido previsto por el legislador. Ello, sin perjuicio de que haya otras herramientas dogmáticas que permitan dar respuestas en justicia material a estos delicados conflictos, tratando de establecer un diálogo intercultural respetuoso del pluralismo.

En ese sentido, nos parece oportuno recordar la cita de NINO que efectúa GARCÍA VITOR, en cuanto a que, en pueblos expuestos al pluralismo, basar la cooperación en tradiciones o costumbres comunes es demasiado endeble, debiendo procurarse procesos de deliberación pública más satisfactoria, lo cual favorece la posterior disposición a aceptar las normas que surgen del proceso¹⁷⁷⁹. Agregamos que hay cierto tipo de normas de las que el Estado no puede claudicar.

También se han procurado soluciones encaminadas desde la pretendida atipicidad de las conductas, pero en función de la teoría de los elementos negativos del tipo, arribando a resultados –a nuestro juicio– francamente desatinados. Así, por ejemplo, a partir de la cláusula constitucional que reconoce la propiedad ancestral de la tie-

¹⁷⁷⁸ GARCÍA VITOR; *Diversidad cultural*; pp. 20-21.

¹⁷⁷⁹ GARCÍA VITOR; *Culturas diversas*; p. 124.

rras comunitarias, a la luz del tipo penal de usurpación¹⁷⁸⁰, se ha llegado a sostener que la pertenencia a la comunidad indígena se transforma en un elemento negativo del tipo de usurpación. Recuérdese que los registros de jurisprudencia contienen numerosos ejemplos de grupos de indígenas que han tomado sitios de actual propiedad privada, invocando su titularidad ancestral.

Con base en los elementos negativos del tipo, entonces, se ha sostenido textualmente que

[...] la pertenencia a una comunidad indígena se transforma entonces un elemento negativo del tipo de la usurpación, toda vez que se trate de tierras tradicionalmente ocupadas por la comunidad. Sobre todo ello es así cuando la limitación expuesta tiene su origen en una norma de jerarquía constitucional que debe provocar en el intérprete una hermenéutica integrada. Estamos ante un caso de un delito especial cuya calificación reside en una característica especial –negativa– en el sujeto activo¹⁷⁸¹.

Y para aportar mayor confusión, se agrega que

de no recibirse esta interpretación, se debería atender a que el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional se refiere, como función y responsabilidad del Congreso, a la regulación de la ‘entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano’. Es evidente que en la medida en que el Congreso incumpla este mandato constitucional, se coloca a las comunidades indígenas en situación de necesidad justificante¹⁷⁸².

En nuestra opinión, no es el ámbito de la tipicidad el más adecuado para resolver estos conflictos ni resulta afortunado apelar a los permisos. Como tendremos oportunidad de tratar más adelante, las causas de justificación siempre tienen que reconocer su base en la idea de necesidad, que será, por definición, un contexto de excepción. No creemos que ello pueda predicarse de situaciones como las descritas en las transcripciones que anteceden. Además, tampoco se alcanza a comprender por qué, la usurpación, de ser cometida por un ciudadano indígena pasaría a ser un delito especial. La especial calidad del autor exigida por el tipo debe surgir del mismo dispositivo, sin que pueda ser modificada por el particular autor que lleve a cabo un delito previsto por el legislador como comisible en autoría por *cualquiera*.

¹⁷⁸⁰ Art. 181 del C.P. argentino:

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1º el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes;

2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo;

3º el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

¹⁷⁸¹ BECERRA; *Derecho penal y*; p. 34.

¹⁷⁸² BECERRA; *Derecho penal y*; p. 34.

2. Propuestas desde las causas de justificación. Crítica.

GARCÍA VÍTOR considera que la solución dogmática para este tipo de casos debe venir de la mano de una causa de justificación: el ejercicio de un derecho¹⁷⁸³.

Parte de la base de que en las democracias actuales el principio de igualdad, entendido como trato desigual a los desiguales, ocupa un lugar de privilegio y está consustanciado con el respeto a la diversidad. A partir de ello, se impone reconocer una valoración distinta de los derechos individuales, de forma tal de asegurar un trato diferente a los que disienten con la concepción del poder, que llama hegemónico¹⁷⁸⁴.

Desde la perspectiva político-criminal, asume que el respeto a las autonomías culturales imposibilita que se criminalicen las conductas aceptadas socialmente en culturas minoritarias¹⁷⁸⁵. Recuerda las palabras de ZAFFARONI al calificar de “genocidio cultural” la tipificación de una conducta compartida por todo un grupo, puesto que ello solo tiene por objeto señalar la preponderancia cultural del grupo mayoritario¹⁷⁸⁶.

Su propuesta de solución dogmática está erigida en el terreno de la justificación, que es donde –dice– puede saberse hasta qué punto el poder que califica de hegemónico está dispuesto a tolerar la excepcionalidad a la norma¹⁷⁸⁷. Parte de la solución tradicional que se ha dado a la autoría por conciencia, cimentada sobre dos vertientes. La primera es la constitucional, con vistas a tutelar la libertad de conciencia; la segunda es la causa de justificación de ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, que también refiere a aquella cláusula constitucional¹⁷⁸⁸.

Sin embargo, se ocupa de destacar que la problemática de las etnias no puede ser asimilada a la de quien, perteneciendo a la misma cultura de la que mana la norma, disiente con esta por motivos de conciencia. En este último caso postula –con cita de TAMARIT– que hoy en día la libertad de conciencia no puede ser considerada un derecho ilimitado, por lo que no puede tener un efecto general justificante, ya que las justificaciones son siempre excepciones. En cambio, respecto de la diversidad cultural y de la problemática indígena estima que el objetivismo de la norma no resulta compro-

¹⁷⁸³ Si bien la reflexión de GARCÍA VÍTOR está específicamente orientada a los conflictos entre culturas indígenas y derecho penal, cuyos derechos han merecido reconocimiento constitucional en muchos países, estimamos que su opinión puede ser extensible a otras minorías étnicas y nacionales. Ello por cuanto la diversidad cultural y los derechos culturales también integran actualmente el elenco de derechos fundamentales.

¹⁷⁸⁴ GARCÍA VÍTOR; *Diversidad cultural*; p. 11.

¹⁷⁸⁵ GARCÍA VÍTOR; *Diversidad cultural*; p. 13.

¹⁷⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Política Criminal Latinoamericana*; Buenos Aires; Ed. Hammurabi; pp. 50 y ss; citado por GARCÍA VÍTOR; *Diversidad cultural*; p. 15. A criterio de GARCÍA VÍTOR, las medidas a las que se somete a los indígenas y el trato que tradicionalmente se les ha dado en las legislaciones latinoamericanas persiguen la finalidad de incorporarlos culturalmente, “elevándolos” a la cultura dominante que se considera superior (p. 17).

¹⁷⁸⁷ GARCÍA VÍTOR; *Diversidad cultural*; p. 21.

¹⁷⁸⁸ A esas consideraciones agrega que, desde la reforma constitucional ocurrida en Argentina en 1994, ya no solo se protege con la máxima jerarquía del ordenamiento jurídico a la libertad de conciencia, sino también a la identidad cultural de los pueblos indígenas (p. 21).

metido anárquicamente si se decide, por respeto a la diversidad cultural, considerar justificada la conducta contraria al precepto legal, si aquella reposa en una costumbre raigal. Máxime, agrega, cuando la norma eurocéntrica se impuso sin consideración de su ámbito de regencia¹⁷⁸⁹.

GARCÍA VITOR pone de relieve que, en la tensión entre las culturas que habitan un mismo territorio, se pueden producir una colisión de deberes, es decir que un determinado sujeto se puede ver compelido a cumplir, respecto de una única situación y al mismo tiempo, dos deberes jurídicos¹⁷⁹⁰, de forma tal que la satisfacción de uno no pueda sino importar la inobservancia o la mella del otro. En este caso cabe preguntarse si el deber incumplido constituye un injusto merecedor de pena o si el actuar está justificado.

Para responder a ese interrogante dogmático vuelve a posar la mirada en la reforma constitucional de 1994, por la cual se ha reconocido la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizando el respecto a su identidad (art. 75, inc 22). A partir de esa cláusula constitucional cree posible solucionar el problema de la diversidad construyendo una causa de justificación, marginada de su asentamiento exclusivo en la actuación por conciencia. A su juicio, frente a la disyuntiva de cumplir con un deber que surge de la propia cultura y otro impuesto por una norma de la cultura mayoritaria, obrar incumpliendo el segundo es una conducta justificada¹⁷⁹¹.

También VÁZQUEZ GONZÁLEZ –a pesar de no considerar a esta causa de justificación como el elemento idónea para resolver los delitos motivados en la pertenencia cultural– ha, sin embargo, destacado la semejanza de los casos de delitos culturalmente motivados con los de intereses en conflicto, propios del estado de necesidad justificante, en el que el infractor lesiona un bien jurídico para salvar otro que estima más valioso. Y lo hace por la presión de la obligación moral que le dicta el código cultural de su comunidad¹⁷⁹².

Esta vez no desde la óptica del derecho penal, sino desde la teoría de los derechos humanos, también NINO ofrece una solución para casos de colisión de derechos en general que contiene el elementos justificantes y remite a soluciones que podrían ser aplicables a casos delictivos. En efecto, al analizar supuestos de conflictos de derechos que afecten bienes primarios de distintos individuos, postula que una vía para zanjar tales contrapuntos es la de la compensación, por ejemplo, por el camino de la

¹⁷⁸⁹ GARCÍA VITOR; *Diversidad cultural*; p. 22 y nota 31.

¹⁷⁹⁰ Deja expresamente fuera de consideración a los deberes morales, salvo cuando estos son receptados por el ordenamiento jurídico, en cuyo caso se transforman en jurídicos (GARCÍA VITOR; *Diversidad cultural*; p. 23).

¹⁷⁹¹ GARCÍA VITOR; *Diversidad cultural*; pp. 22-24: “la circunstancia de que las culturas étnicas sean preexistentes parecería aconsejar un retroceso de la norma hegemónica en el caso particular”.

¹⁷⁹² VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 184.

indemnización que permita a quien deba sufrir el menoscabo en sus derechos disponer de otros bienes que le permitan igualmente realizar su plan de vida. Incluso NINO traslada la propuesta a un ejemplo de estado de necesidad justificante, en el que para salvar a la víctima de un accidente, alguien toma el vehículo de un tercero sin su consentimiento y traslada a aquella a un hospital; luego, el automotor es devuelto con manchas de sangre en el tapizado. Si bien la acción podría ser típica de hurto o de daños, considera que el suceso está justificado, sin perjuicio de que el titular del rodado deba ser indemnizado¹⁷⁹³. Este razonamiento podría ser de aplicación –en lo que a los delitos cometidos desde una motivación cultural divergente refiere– a los reclamos de tierras comunitarias indígenas respecto de territorios que ya son propiedad privada de otros u otros sujetos. No decimos que personalmente consideremos a esta como la mejor solución, sino que parecería que estas reflexiones de NINO podrían ser trasladadas a los reclamos territoriales.

Otra vía que también se propone para zanjar conflictos de derechos es la del consentimiento de la persona que vaya a sufrir el menoscabo¹⁷⁹⁴. Sin embargo, hay multiplicidad de casos de conflictos de derechos relativos a bienes primarios que no pueden ser resueltos ni por compensación ni por consentimiento. Ante tales encrucijadas que parecen irresolubles, NINO propone diferenciar la situación de los particulares de la de los órganos estatales. Los primeros, en caso de lo que DWORKIN llama “derechos concurrentes” de los miembros de la sociedad entres sí¹⁷⁹⁵ (lo que excluye los derechos de la mayoría o del propio Estado¹⁷⁹⁶), no pueden ser obligados a sacrificarse en beneficio de terceros y, por tanto, conservan la libertad de realizar las acciones privadas que sean necesarias para preservar el bien primario amenazado, lo que significa que cualquier conducta que en principio fuera delictiva debería estar cubierta por una causa de justificación, tal como la legítima defensa o el estado de necesidad, incluso frente a acciones también justificadas de la otra parte¹⁷⁹⁷. En cambio, los órganos públicos no pueden inclinarse a favor de uno u otro. En tal caso, según NINO lo único que cabe es decidirse por la infracción menor, en virtud de los principios de inviolabilidad y autonomía personales; es decir, menoscabar lo menos posible la posibilidad de los individuos de concretar sus planes de vida. En el supuesto extremo de que los bienes en conflicto sean de igual jerarquía, en cuyo caso el principio de inviolabilidad será inoperante ya que no quedará más que violar en alguna medida, deberá acudirse a soluciones que tilda de utilitaristas, que den preferencia a los intereses de un mayor número de

¹⁷⁹³ NINO; *Ética*; pp. 309-310.

¹⁷⁹⁴ NINO; *Ética*; pp. 310 y ss.

¹⁷⁹⁵ DWORKIN; *Los derechos*; pp. 288-289.

¹⁷⁹⁶ DWORKIN; *Los derechos*; pp. 289, 296, 301 y 383-384.

¹⁷⁹⁷ NINO; *Ética*; pp. 312-313.

gente, al amparo de objetivos colectivos como la persecución del bien común, que –en su mirada liberal– no debería ser, salvo en casos de última instancia como este, admisibles para socavar derechos individuales, siempre prioritarios por sobre los colectivos¹⁷⁹⁸. Es que para NINO, como para todo el liberalismo, el sentido de los principios liberales es justamente limitar la persecución de intereses sociales colectivos¹⁷⁹⁹. A su criterio, si esta fuera la justificación última de medidas o acciones, el reconocimiento previo de derechos individuales sería inoperante y superfluo¹⁸⁰⁰. Es una idea similar a la concepción de los derechos como “cartas de triunfo” a la que se refiere DWORKIN.

En el Perú, YRIGOYEN también se enrola entre los autores que proponen resolver los conflictos que aquí nos ocupan a partir de las causas de justificación. Afirma que no es necesario apelar al instituto dogmático del error de prohibición o de comprensión para que los indígenas, campesinos o ronderos, puedan ser eximidos de pena, en tanto su conducta constituye el ejercicio legítimo del derecho constitucional a la propia cultura y derecho¹⁸⁰¹.

La jurisprudencia peruana registra un caso que es relevado por VILLAVICENCIO TERREROS, en el que se sostuvo que

el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal señala que está exento de responsabilidad penal “el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”; por lo que, si los procesados en su condición de ronderos, momentáneamente aprehendieron a los presuntos agraviados; sin embargo su accionar es legítimo por cuanto se encuentra enmarcado dentro (...) del artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución.(...) Que al haber concurrido la causa de justificación “el actuar por disposición de la Ley” en el presente proceso; en consecuencia si bien la acción es típica; sin embargo no es antijurídica, por ende tampoco culpable, resultando de aplicación el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales¹⁸⁰².

En nuestra opinión, tampoco es en las causas de justificación donde debe buscarse la respuesta a los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa, sea por parte de nativos originarios como de extranjeros. En efecto, por definición, las causas de excusa son contextos de excepción, caracterizados por el común denominador del elemento *necesidad*¹⁸⁰³. Es justamente ese sello el que hace que, en determinados contextos que normalmente darían lugar a un injusto penal –toda vez que la tipicidad ya estaría configurada–, por el contrario, se esté ante conductas permitidas por el

¹⁷⁹⁸ NINO; *Ética*; p. 313.

¹⁷⁹⁹ En sentido similar, DWORKIN; *Los derechos*; pp. 285-286 y 289.

¹⁸⁰⁰ NINO; *Ética*; pp. 261-263.

¹⁸⁰¹ YRIGOYEN FAJARDO; *Hacia una jurisprudencia pluralista*; p. 402.

¹⁸⁰² Ejecutoria Suprema de 9 junio 2004. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria. RN. N° 975-04 San Martín; citado por VILLAVICENCIO TERREROS; *Tratamiento penal*; p. 569.

¹⁸⁰³ PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones*; p. 157: “todas las causas de justificación quedan relegadas a que la actuación del autor sea “necesaria”; sólo cuando la actuación justificada es necesaria puede afirmarse que la conducta que se ampara en ella es el modelo que el derecho propone como orientación”.

ordenamiento jurídico; es decir, frente a comportamientos que al no estar desaprobados, en el especial contexto previsto por la ley, no dejan de ser modelos de orientación de conducta¹⁸⁰⁴.

En supuestos como los propuestos por GARCÍA VITOR o en los casos de ocupación de tierras comunitarias, por ejemplo, la necesidad, entendida como urgencia apremiante de salvar un bien valioso, brilla por su ausencia. Los grupos indígenas que ocupan predios que hoy serían de propiedad privada (o estatal) obran en ausencia de la urgencia propia de los contextos justificantes ni están un dilema que los obligue sin demora a sacrificar la propiedad del tercero en pos de la propia. Existen otras instancias jurídicas a las que deberían recurrir –por vía de sus autoridades comunales o de una representación letrada–, para efectuar la reivindicación de los predios a la que la Constitución les reconoce derecho. En vez de esto, incurren –de ser el caso– en un error, ya sea sobre la existencia misma de una causa de justificación o sobre la extensión de un permiso, en el convencimiento de que ellos particularmente están autorizados a actuar de ese modo. Incluso en el caso de la jurisprudencia peruana comentado por VILLAVICENCIO TERREROS –a pesar de los escasos elementos de análisis con los que se cuenta– no parece adecuada la solución por la vía de las causas de justificación, cuando de lo transcripto parece desprenderse que la conducta de los ronderos no estaba autorizada, sino que ellos creyeron erradamente que lo estaba.

Además, el principio de unidad del orden jurídico que se traduce en que los comportamientos típicos llevados a cabo al amparo de una causa de justificación no puedan ser considerados contrarios al ordenamiento jurídico en general¹⁸⁰⁵ –esto es: que deban ser reputados lícitos en todas las ramas del derecho– también abona una postura contraria a la que se está comentando en este subtítulo. En efecto, si las conductas llevadas a cabo desde una motivación cultural diversa estuvieran autorizadas, por aplicación del principio de solidaridad que sustenta a todas las causas de justificación¹⁸⁰⁶, ello debería traducirse en que quienes padecieran esas conductas no tuvieran derecho a reclamos ni reparaciones. Volviendo al caso de las tierras, los dueños priva-

¹⁸⁰⁴ A nivel jurídico –al margen de los planos moral y religioso– matar en legítima defensa, por ejemplo, es un modelo de orientación de conducta, en tanto el derecho se repliega y autoriza un comportamiento que de otro modo sería seriamente desaprobado. Por su parte, PÉREZ DEL VALLE afirma que “[e]n determinados contextos, la conducta típica puede, pese a serlo, constituir un modelo de orientación de conducta y ser aprobada por otros sectores del ordenamiento jurídico; en este sentido se habla de *causas de justificación* como contextos en los que una conducta típica está justificada y, por ello, es aprobada en todo el ordenamiento jurídico como modelo de orientación de conducta (...) lo que implica que se trate de un modelo de conducta no es tanto el ejercicio de un derecho subjetivo como el interés de la comunidad política en mantener su prevalencia” (*Lecciones*; p. 157).

¹⁸⁰⁵ PÉREZ DEL VALLE explica que el derecho no puede establecer orientaciones de conducta contradictorias entre sí. Por tanto, si un comportamiento es valorado como lícito por otras del ordenamiento jurídico, el derecho penal también debe respetar ese alcance y las consecuencias de él derivadas y viceversa. Esta es la diferencia sustancial entre las causas de justificación y las causas de excusa (*Lecciones*; p. 160).

¹⁸⁰⁶ PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones*; p. 159.

dos actuales, tendrían que soportar la expropiación sin derecho indemnizatorio alguno, lo cual sería un completo desatino y una flagrante violación a su derecho de propiedad; además, no es lo que viene resolviendo la jurisprudencia que ha entendido en el tema. Precisamente esta es una de las diferencias sustanciales entre las causas de justificación y las de excusa: mientras las primeras deben ser soportadas por terceros, incluido el damnificado, en virtud del principio de solidaridad, lo que significa que de un comportamiento que es lícito para todo el ordenamiento jurídico no se puedan derivar consecuencias negativas para el agente; las segundas, no tienen por qué ser soportadas por terceros, en razón de que solo afectan al derecho penal y únicamente en este terreno tienen consecuencias; es decir, podrían dar lugar, por ejemplo, a reparaciones¹⁸⁰⁷.

En definitiva, a nuestro juicio, los casos de delitos cometidos desde una motivación cultural diversa deben ser vistos como contextos de errores directos o plenos de prohibición (el autor cree que su conducta no es típica) o de errores indirectos de prohibición sobre la existencia o alcance de una causa de justificación (el autor cree que existe una causa de justificación que en verdad no es real o supone en una causa de justificación auténtica un alcance más extenso del que en rigor tiene). Por ello, no consideramos atinado apelar a la instancia de las causas de justificación para resolver estos supuestos.

3. Propuestas desde la ausencia de culpabilidad.

Es sin dudas, en el peldaño de la culpabilidad donde la mayoría de la doctrina ha creído más apropiado buscar las soluciones a las situaciones dilemáticas, en las que un extranjero cultural realiza una conducta reñida con la ley penal, pero atípica para el derecho de su grupo de pertenencia. Básicamente, las propuestas han discurrido en torno a los institutos de la inimputabilidad y al del error de prohibición culturalmente condicionado, que sería una especie de error de prohibición.

Si bien la situación del indígena frente a la ley penal ha sido muy fecundo para la reflexión, también lo ha sido el de los extranjeros, por lo que, insistimos, las referencias que se hagan a uno y otro supuesto, al margen de las especificidades propias de cada caso, resultan extensibles al otro.

3. a) Inimputabilidad.

Sobre la base de la idea de que el indígena que ha permanecido siempre en su medio natural, sin contacto con el mundo de los valores éticos, culturales y socia-

¹⁸⁰⁷ PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones*; p. 160.

les de la comunidad mayoritaria, padece limitaciones y deficiencias en la esfera cognoscitiva que afectan todo su comportamiento y lo convierten en un sujeto psicológicamente inmaduro, un significativo número de autores ha creído que la solución más atinada es la de afirmar la inimputabilidad del indígena¹⁸⁰⁸. Claro está, previa realización de un juicio individualizado sobre sus capacidades personales.

Esta posición, si bien se mira, está en sintonía con la propuesta de JAKOBS acerca de la sociabilización exótica, idea en la que es acompañado por varios destacados representantes de la doctrina. Recuérdese que se ha relevado ya la opiniones de MANSO PORTO en ese sentido, a la que cabe agregar la de RAGUÉS I VALLÉS¹⁸⁰⁹ y la de HURTADO POZO (que será tratada más adelante).

También en España, TERRADILLOS BASOCO se ha inclinado por resolver estos casos como supuestos de inimputabilidad, pero efectuando la salvedad de que ya no se debe seguir manteniendo una visión de la persona inimputable como un ser inferior, incapaz de decidir consciente y libremente. A su juicio, cualquiera que sea el origen de la incapacidad para ser motivado por la norma, ha de ser determinante de una causal de inimputabilidad. En consecuencia, si conforme el Código español, inimputable es quien padece alteraciones en la percepción, hay que referir esos términos al contexto valorativo-jurídico en el que se insertan. La percepción aquí relevante es la referida a los valores culturales que se reflejan en las normas penales. Sentado ello, concluye que el miembro de una comunidad cultural minoritaria con valores distintos a los hegemónicos plasmados en el derecho penal carece de esa percepción.

La solución del error de prohibición, incluso en su modalidad de error culturalmente condicionado, desconoce las diferencias estructurales que median entre quien compartiendo la generalidad del ensamblaje valorativo-jurídico, yerra sobre un aspecto concreto del mismo y quien se rige por pautas culturales globales distintas. Desconoce el pluralismo cultural...Desde el punto de vista práctico, la solución de apreciar imputabilidad en estos casos enlaza mejor con la idea que motivabilidad significa también responsabilidad de los poderes públicos en la integración social del mayor número de ciudadanos. Lo que puede traducirse en la "imposición" al inimputable de medidas educativas, que, por razones obvias, han de ser voluntarias y, en cuanto integradoras en contextos democráticos, de mínimos, es decir, respetuosa de la pluralidad a conciliar con el mundo de valores intangibles, por imprescindibles, que es tutelado en las leyes penales¹⁸¹⁰.

Por su parte, CABEZAS SALMERÓN, ha señalado que los condicionantes socioculturales son aptos para apreciar lo disvalioso de ciertas conductas, de modo tal

¹⁸⁰⁸ Ver al respecto CESANO; *Delito y diversidad*; p. 64.

¹⁸⁰⁹ RAGUÉS I VALLÉS; *El dolo*; pp. 387-390.

¹⁸¹⁰ TERRADILLOS BASOCO; *Culpabilidad y prevención: anotaciones desde el Derecho español*; en AA.VV.; "Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin"; Córdoba (Argentina); ed. Lerner; p. 248; citado por VILLAVICENCIO TERREROS; *Tratamiento penal*; p. 567.

de provocar una falta de motivación para omitir realizarlas¹⁸¹¹. De ser este el caso, la posibilidad de imputación de los sujetos afectados por ciertos fenómenos socioculturales se verá mermada en mayor o menor medida, porque no se habrá producido en el sujeto la llamada de la norma con la intensidad que se produce en individuos con otra clase de condicionamientos. Es decir que para el análisis de la culpabilidad no bastan los elementos psíquicos intelectuales y volitivos, a los que tradicionalmente se ha recurrido¹⁸¹², sino que es preciso atender también al contexto sociocultural del sujeto a juzgar y condiciones sociológicas individuales, para poder determinar una responsabilidad penal verdaderamente justa. En esa tónica, entiende que los condicionamientos socioculturales deberían tener un tratamiento penal similar al del error, en tanto también comprometen, a nivel de la culpabilidad, la capacidad de motivación en la norma¹⁸¹³.

Al ocuparse del estudio del tipo penal español de mutilaciones genitales, TAMARIT SUMALLA también se ha inclinado por la posibilidad de recurrir a la falta de culpabilidad de los autores, cuando se constate su aislamiento cultural. La solución a su criterio debe pasar por el art. 20.3 del Código Penal español¹⁸¹⁴, es decir por un tratamiento exculpativo o atenuatorio en razón de la eximente de alteración de la conciencia de la realidad¹⁸¹⁵.

Sin embargo, mayoritariamente la doctrina ha rechazado el recurso a la inimputabilidad, por considerarla cargada de un contenido antropológico discriminatorio y etnocéntrico, que considera a la cultura occidental, por ser dominante, como superior (madura); en tanto las restantes son vistas como inferiores (inmaduras). La madurez cultural necesaria para poder resultar imputable, sería –según esta concepción– un

¹⁸¹¹ CABEZAS SALMERÓN; *La culpabilidad* (2014); pp. 133-176. Conviene señalar, no obstante, que CABEZAS SALMERÓN no escribe pensando especialmente en personas procedentes de culturas exóticas, sino pertenecientes a sectores socioculturales y económicos vulnerables que inciden en su socialización.

¹⁸¹² CABEZAS SALMERÓN rechaza el recurso a la figura del “hombre medio”, por entenderlo un obstáculo en el estudio de la resultante motivacional del proceso de socialización en el individuo real y concreto. El análisis de los elementos socioculturales a los que efectivamente se ha visto sometido el individuo, en cambio, permiten huir de la culpabilidad meramente normativa, estándar e irreal del hombre medio. Abona su posición afirmando que una misma realidad puede ser interpretada de distintas formas por diferentes sujetos, en base a diversos “filtros” y en razón de las diferentes posibilidades de pensar que tienen las personas (*La culpabilidad* (2014); pp. 171-172).

¹⁸¹³ CABEZAS SALMERÓN; *La culpabilidad* (2014); p. 171. El autor aborda todos estos temas con mayor profundidad en su tesis doctoral *La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales*; ver especialmente pp. 78, 94 y 407.

¹⁸¹⁴ **Artículo 20.**

Están exentos de responsabilidad criminal:

(...) 3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

¹⁸¹⁵ TAMARIT SUMALLA; *Art. 149*; pp. 124-125. Rechaza, en cambio, el recurso al error de prohibición del que se han valido la doctrina y la jurisprudencia para tratar las mutilaciones genitales, en tanto no hay déficit cognoscitivo de la antijuridicidad, sino una falta de reconocimiento o asunción interna del contenido valorativo de la norma (p. 124).

atributo propio de los miembros de la cultura dominante¹⁸¹⁶. Como ya hemos dichos antes y tal como retomaremos un poco más adelante, al hablar de la situación del indígenas, también ZAFFARONI rechaza abiertamente la posibilidad de considerarlo inimputable por su condición de tal.

En la misma línea se ubica GARCÍA VITOR, quien entiende que, al buscar soluciones en el plano de la culpabilidad, elípticamente se está aceptando la preeminencia de una cultura sobre la otra y agrega que ello no ocurre porque una de las dos tenga el poder, sino porque se la califica de superior¹⁸¹⁷.

Sobre esta última consideración y en un sentido contrario a esa observación, somos de opinión de que, si bien es innegable que históricamente se tuvo a menos a las culturas nativas y que los grupos inmigrantes suelen estar en una situación social de clara vulnerabilidad, no es menos cierto que se ha avanzado muchísimo tanto a nivel antropológico como social y político, habiendo operado hoy en día un cambio de paradigma, que permite apreciar el valor y la sabiduría de las culturas diversas y la riqueza del intercambio entre los grupos¹⁸¹⁸. Por eso creemos que hoy en día la expresión cultura mayoritaria –al menos como aquí se la utiliza– puede ser empleada en el sentido de más influyente, en tanto sus valores son los que, de manera absolutamente prevalente, encarna el Estado y el ordenamiento jurídico; dejando de lado la idea de superioridad intrínseca de un grupo sobre otro.

En ese contexto, discrepando con la afirmación de GARCÍA VITOR, entendemos que la búsqueda de soluciones dogmático-penales desde la culpabilidad –o desde cualquier otro estamento del estudio sistemático del delito– no reposa tanto en la idea de *superioridad* cultural, como en el innegable ejercicio de poder. Ser mayoritaria y portadora de los valores que ha asumido el Estado da a una cultura un poder inigualable. No reconocer este fenómeno equivale a pretender tapar el sol con las manos. En consecuencia, en ese ejercicio de poder, en el mejor de los sentidos democráticos, la búsqueda de soluciones técnicas –con mayor o menor acierto y con mayor o menor aceptación– puede hacerse desde cualquier elemento dogmático, sin que eso necesariamente signifique superioridad valorativa.

¹⁸¹⁶ SOTOMAYOR ACOSTA; *Inimputabilidad y sistema penal*; Bogotá; Temis; 1996; pp. 261-262; nota 153 y REYES ECHANDÍA; Alfonso; *Imputabilidad*; Bogotá; Temis; 1997; pp. 179-179; ambos citados por CESANO; *Delito y diversidad*; p. 64.

¹⁸¹⁷ GARCÍA VITOR; *Diversidad cultural*; p. 25. Con espíritu similar, FOLETS; *Los delitos culturales*; pp. 306-307 y VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; pp. 191-192.

¹⁸¹⁸ Incluso en América Latina, en buena medida gracias al esfuerzo de los propios pueblos indígenas, se ha logrado comprender y reconocer constitucionalmente que su misma preexistencia es parte del acervo cultural mayoritario. Los países de Latinoamérica, en su composición cultural heterogénea, tienen entre su “materia prima” básica la herencia de sus primeros habitantes. Por eso creemos que hoy en día, salvedad hecha de sectores cada vez más reducidos que todavía desprecian –quizás por desconocimiento– el valor y la significación de la tradición indígena, cada vez se vea menos a una cultura como “superior” respecto de la otra.

Cuestión distinta será que, en cada construcción dogmática que se formule pueda esconderse o insinuarse algún resabio histórico todavía peyorativo o discriminatorio. Pero lo que pretendemos resaltar es que no necesariamente la construcción dogmática desde el derecho penal estatal implica superioridad valorativa, sino ejercicio de un poder –democrático y legítimo, llegado el caso– muy superior al de cualquier minoría.

En otras palabras, si bien no adscribimos a la teoría de la inimputabilidad, por ejemplo, del indígena, precisamente porque advertimos en ella resabios de una concepción añeja y despreciativa, a la vez que creemos que no se adecua a la noción actual de inimputabilidad como déficit psíquico o madurativo que permita comprender la antijuridicidad y gobernar las acciones conforme esa comprensión¹⁸¹⁹, sí creemos que es posible que quienes abrazan hoy en día esa concepción no lo hagan necesariamente desde una mirada peyorativa de los indígenas y de su cultura, sino como una búsqueda de herramientas técnicas que sean funcionales a una respuesta específica en el plano penal, sin carga valorativa de menosprecio. Sin desconocer –reiteramos– que el recurso a la inimputabilidad parece poco aconsejable, en particular por implicar un etiquetamiento negativo difícil de remover.

Hecha a un costado esa digresión, la teoría de la inimputabilidad –sobre todo con relación al indígena– no se ha quedado en una propuesta de corte solo doctrinario, sino que ha sido receptada en diversas legislaciones latinoamericanas, tales como el Código Penal de Bolivia de 1972, que establecía la inimputabilidad del indio selvático que no hubiera tenido ningún contacto con la civilización¹⁸²⁰, y el de Colombia de 1980, que si bien no se refería a los indígenas en el artículo específico sobre inimputabilidad, sí lo hacía en el de las medidas de seguridad, en el epígrafe “Otras medidas aplicables a los inimputables”, para afirmar que cuando se tratase de un indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistiría en la reintegración a su medio ambiente natural¹⁸²¹.

Ninguno de esos textos se encuentra actualmente vigente. En Bolivia, país que ha avanzado enormemente en el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios y de sus derechos, el art. 40 del actual Código Penal¹⁸²² relativo a las atenuantes generales de las penas, prevé, entre los supuestos que dan lugar a la reducción, el del agente indígena carente de instrucción, respecto de quien se pueda comprobar su

¹⁸¹⁹ GARCÍA VITOR; *Diversidad cultural*; p. 25.

¹⁸²⁰ Art. 17.5.

¹⁸²¹ Art. 96.

¹⁸²² Código Penal de Bolivia; Ley 1768 del 10/3/1997, texto ordenado por Decreto Supremo N° 0667, del 8/10/2010; [https://www.unodc.org/res/cld/document/bol/codigo-penal_html/Bolivia_Codigo_Penal.pdf]; última consulta: 25/10/2016.

ignorancia de la ley. Por su parte, el Código de Procedimiento Penal¹⁸²³, en su artículo 28, establece la extinción de la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina, por uno de sus miembros en contra de otro, y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario Indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado. A eso se agrega que el art. 391 del ritual prescribe que cuando un miembro de un pueblo indígena o comunidad indígena o campesina, sea imputado por la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, se deberán tener en cuenta, informe pericial mediante, los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal.

En lo que respecta a Colombia, se ha producido una situación sumamente interesante, por vía jurisprudencial. El actual Código Penal¹⁸²⁴ ha dejado de hacer referencia a los indígenas, presentes con esa denominación en el digesto original. Actualmente, se refiere, en el precepto específico sobre el instituto, a la inimputabilidad por diversidad sociocultural¹⁸²⁵. A su vez, entre las medidas de seguridad prevé¹⁸²⁶ la reintegración al medio cultural propio, para los casos en los que el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural.

Sobre el punto cabe destacar dos cosas. La primera es que el texto actual ya no alude a los indígenas, sino que parece abarcar a toda clase de diversidad cultural, con lo cual podría pensarse en que se habría ampliado –y enormemente– el alcance de las disposiciones anteriores. La segunda es que, a pesar de que los textos pare-

¹⁸²³ Código de Procedimiento Penal de Bolivia; Ley 1970 del 25/3/1999; [https://www.unodc.org/res/cld/document/bol/codigo-penal_html/Bolivia_Codigo_Penal.pdf]; última consulta: 25/10/2016.

¹⁸²⁴ Código Penal de Colombia; Ley 599 de 2000; [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>]; última consulta: 25/10/2016.

¹⁸²⁵ **Artículo 33. Inimputabilidad.** Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.

¹⁸²⁶ **Artículo 69. Medidas de seguridad.** Son medidas de seguridad:

1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
2. La internación en casa de estudio o trabajo.
3. La libertad vigilada.
4. La reintegración al medio cultural propio.

Artículo 73. La reintegración al medio cultural propio. Cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural, la medida consistirá en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca.

Esta medida tendrá un máximo de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad. La cesación de la medida dependerá de tales factores.

Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca razonablemente que no persisten las necesidades de protección.

En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito.

cen prístinamente claros, todos esos pasajes del código han sido declarados inexecutable condicionadamente por la Corte Constitucional¹⁸²⁷. El trascendental fallo en el que se tomó tal decisión amerita que se haga un alto para referirse a la doctrina que mana de él.

El origen del caso es el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad incoada por una ciudadana que presenta demanda contra las partes pertinentes de los artículos 33, 69 y 73 del Código Penal. Según la demandante, las normas cuestionadas suponen que la justicia estatal es competente para juzgar a los indígenas, a quienes se les reconoce como inimputables, si por su diversidad sociocultural no logran comprender la ilicitud de su conducta. Esa regulación desconoce las atribuciones de las autoridades indígenas, quienes, según el artículo 246 de la Constitución, ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos. A su criterio, entonces, es a las autoridades indígenas a quienes les corresponde investigar y juzgar las conductas presuntamente ilícitas de los miembros de su comunidad, potestad que no puede ser trasladada a los jueces ordinarios.

De otro lado, la actora considera que las normas acusadas son discriminatorias y vulneran el pluralismo, al tratar a los indígenas como inimputables, por el solo hecho de tener una cosmovisión diferente y no compartir los valores y sistema de vida occidentales. Además, sostiene que la reinserción a su medio sociocultural mal puede ser considerada una medida de seguridad, cuando en verdad es un derecho constitucional fundamental del indígena hacer parte de su conglomerado social, de su comunidad ancestral, de sus valores y de su diferente cosmovisión.

Esta demanda da ocasión a la Corte Constitucional de efectuar un profundo análisis de todas las aristas del arduo problema de considerar a alguien inimputable en razón de su procedencia cultural, como así también desde qué institutos dogmáticos abordarlo¹⁸²⁸.

El fallo comienza por abordar la cuestión relativa al ámbito de aplicación personal de la inimputabilidad por diversidad sociocultural. Sobre el punto remarca que una primera lectura de las disposiciones acusadas sugiere que la inimputabilidad por diversidad sociocultural no es exclusiva de las poblaciones indígenas. Dos elementos contribuyen a esa idea: el primero, que esas normas se limitan a regular una inimputabilidad por diversidad sociocultural, sin hacer mención a los indígenas o su aplicación

¹⁸²⁷ Corte Constitucional de Colombia; sentencia C-370 de 2002, rta. 14/5/2002.

¹⁸²⁸ El fallo es de gran riqueza para el estudio del tema de delito y diversidad cultural, toda vez que en el proceso fue requerida la intervención de distintos referentes académicos y de expertos en la materia, para que se pronunciaran sobre su posición. En el título "IV. Intervenciones y conceptos", el Tribunal agrupa y sintetiza los argumentos de todos los intervinientes, mientras que en el título V se ocupa de la relevancia de la posición del Procurador General de la Nación. Se recomienda una lectura de todas esas posiciones, para ilustrar el abanico de opiniones sobre este debate.

restrictiva a esas poblaciones. El segundo, que la diversidad sociocultural no resulta exclusiva de los pueblos indígenas, pues existen en Colombia otras comunidades y grupos sociales que también tienen una cultura propia –todos ellos con reconocimiento en la Carta– por lo que sus miembros también podrían, en razón de esa diversidad cultural, no tener la capacidad de comprender la ilicitud de ciertos hechos punibles.

Sin embargo –continúa el Tribunal– esa interpretación se da de bruces con el art. 73 del Código Penal, que establece los alcances del restablecimiento al medio social como medida de seguridad, a coordinar con las autoridades del grupo. Esto da la pauta de que dicho restablecimiento solo puede referirse a personas que tengan un medio sociocultural bien definido y con autoridades propias y reconocidas por el Estado colombiano. Esas características solo las reúnen los pueblos indígenas de Colombia, por lo que la Corte señala que es claro que las disposiciones acusadas fueron diseñadas pensando esencialmente en las comunidades indígenas.

Empero, a renglón seguido enfatiza que la circunstancia de que el legislador no haya limitado la redacción de sus textos tampoco es un aspecto menor que quepa descartar, puesto que no puede creerse que se le haya pasado por alto (sobre todo –agregamos– cuando los textos originales que fueron sustituidos por estos consignaban expresamente a los indígenas). Ese extremo lleva al Tribunal a concluir que, si bien la voluntad principal del legislador ha sido que esas normas comprendan la situación de los indígenas que reúnan los requisitos allí establecidos, ha contemplado también que eventualmente la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural pueda aplicarse a otros grupos sociales y culturales, en tanto reúnan las exigencias necesarias al efecto prevista en los textos: a) falta de comprensión de la norma por diversidad sociocultural; b) pertenencia a un medio sociocultural definido; c) contar con autoridades reconocidas por Colombia.

Lo anterior es muy importante porque, a la hora de preguntarse si dogmáticamente es correcto considerar inimputables a los indígenas o si, en rigor, cuando no puedan comprender las normas dada su particular cosmovisión, se estaría ante casos de inculpabilidad, la Corte recurre a una comparación bien gráfica. Propone el caso de una persona que, también debido a su diversidad sociocultural respecto de la mayoría, no pudo comprender ni motivarse en la norma; sin embargo, carece de un medio social definido y de autoridades propias, en virtud de lo cual resulta inaplicable la medida de seguridad. En tal caso, por aplicación del principio de culpabilidad que veda toda responsabilidad objetiva ante la comisión de un hecho típico y antijurídico, el Tribunal sostiene que hay que encontrar alguna forma de excluir la respuesta sancionatoria. Esa vía es –continúa– interpretar que la persona ha incurrido en un error de prohibición, puesto que su diversidad cultural le impidió comprender la ilicitud de esa conducta o

determinarse con base en esa comprensión. A ello agrega que, en principio, es razonable concluir que ese error fue invencible, pues el autor, debido a su diversidad cultural, carecía en ese momento de la posibilidad de comprender la ilicitud de esa conducta.

Con base en la comparación anterior, la Corte Constitucional se pregunta por qué a un indígena, en la misma situación, por el hecho de tener un medio sociocultural definido y autoridades propias, se lo declara inimputable y además se le aplica la medida de seguridad de reintegro forzado a su medio social. Esta forma de entender la cuestión conduce a la paradoja de que, a pesar de que supuestamente la consagración de la inimputabilidad por diversidad sociocultural pretende proteger el pluralismo y la diversidad cultural, las comunidades indígenas –que en principio deberían ser las principales beneficiadas por esa figura– se encuentran en realidad en una situación menos favorable que aquellos individuos a quienes no se aplican dichas disposiciones.

La situación descrita evidencia –para la Corte Constitucional– que más allá de sus loables propósitos, en la práctica, las disposiciones acusadas se traducen en una discriminación contra aquellas poblaciones y personas para quienes la Constitución ha ordenado precisamente una protección especial. En efecto, la Carta no sólo establece que los territorios indígenas son entidades territoriales y que dichos pueblos pueden tener sus autoridades propias, sino que además los autoriza a administrar justicia de conformidad con sus normas y procedimientos. Esto significa que, en principio, las normas penales deben proteger preferencialmente la identidad y diversidad de los pueblos indígenas, pues no sólo están en la obligación de respetar las competencias propias de la jurisdicción indígena, sino que, además, tienen que tomar en cuenta el lugar especial que la Carta previó para esos pueblos. A contrapelo con esos mandatos constitucionales, los efectos prácticos de las disposiciones acusadas terminan siendo lesivos para esas comunidades indígenas, ya que sus miembros resultan criminalizados.

Así las cosas, las normas acusadas serían inconstitucionales, al menos por los siguientes dos factores: de un lado, por violar el principio de igualdad, puesto que para una misma situación fáctica las disposiciones demandadas estarían previendo dos tratamientos jurídicos diversos, sin que exista una clara justificación para esa diferencia de trato. De otro lado, las disposiciones acusadas también podrían resultar violatorias de la Carta, por desconocer el principio de proporcionalidad y el carácter del derecho penal como *última ratio*. En función del primero, el Estado debe evitar la criminalización de conductas, siempre que tenga otros medios menos lesivos que el derecho penal para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar. En cuanto al segundo aspecto, el derecho penal en un Estado social de derecho está también limitado por el principio de necesidad, pues el mencionado carácter de *última ratio* implica que solo debe

echarse mano del recurso al *ius puniendi* cuando ello sea estrictamente imprescindible y como decisión de última instancia.

Haciendo aplicación al caso de lo dicho en el párrafo anterior, el Tribunal concluye que

si la finalidad del Legislador al establecer la inimputabilidad era proteger la diversidad cultural, entonces podría considerarse que el Congreso incurrió en un exceso punitivo, puesto que hubiera podido obtener esos mismos propósitos con un dispositivo menos invasivo en términos de política criminal, en la medida en que bastaba reconocer la inculpabilidad de los agentes, cuando éstos incurren en un error de prohibición culturalmente condicionado. En efecto, la consagración de esa forma de inculpabilidad sustrae a las personas y grupos culturales diversos del ejercicio del poder penal, con lo cual (...) el Estado evita criminalizar la diversidad cultural. Por el contrario, el recurso a la figura de la inimputabilidad mantiene a la persona que no comparte los valores culturales mayoritarios en el ámbito del derecho penal, puesto que posibilita la imposición de medidas de seguridad a aquellos individuos que realizan una conducta típica y antijurídica, pero no culpable¹⁸²⁹.

Además, la Corte Constitucional entiende que la inimputabilidad por diversidad sociocultural también lesiona el pluralismo que la Carta ampara y promueve¹⁸³⁰. En efecto, la Constitución aspira a construir una nación en donde todas las culturas puedan convivir en forma pacífica e igualitaria. Por consiguiente, una regulación legal que implique un juicio de minusvalía contra ciertas culturas, es contraria a la Carta.

El Tribunal reitera su criterio de que el concepto de inimputable en la dogmática penal tiene en general un sesgo peyorativo, pues hace referencia a individuos que carecen de la capacidad para comprender la ilicitud de un acto o para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a la disminución, temporal o permanentemente, de sus capacidades intelectuales, valorativas o volitivas, ya sea por inmadurez mental o por una alteración psicosomática. Desde ese prisma, la calificación de inimputable implica un cierto juicio de disvalor, puesto que importa una especie de protección paternalista de las personas que tienen esas calidades.

A la luz de ese criterio, insiste sobre la posición volcada en precedentes anteriores respecto de que

la inimputabilidad significa aquí que quien no comparte los valores dominantes de la sociedad y del ordenamiento penal nacional es entonces equiparado a un inmaduro psicológico, o su diversidad cultural es asimilada a un trastorno mental, del cual la persona debe ser curada. Por ello esta Corporación ya había indicado que la calificación de las minorías culturales como inimputables vulneraba el carácter multiétnico y pluricultural de la sociedad colombiana (...). Los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con inmadurez psicológica o trastorno mental, factores que utiliza el Código Penal para caracterizar a los inimputables. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de

¹⁸²⁹ Considerando 22, *in fine*.

¹⁸³⁰ Constitución Política de Colombia, arts. 7, 8 y 70.

autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: 'retraso mental cultural'¹⁸³¹.

En sintonía con todo ello, la Corte afirma que la aplicación de una medida de seguridad al indígena que, en razón de su diferencia cultural, no comprende el disvalor de su conducta,

es desconocer que el indígena es un ser normal que no está afectado por ninguna insuficiencia síquica, que requiera ser "curada o rehabilitada". En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para "corregirlo". Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen "naturales" en el grupo que las predica¹⁸³².

En punto a la forma de abordar la situación penal del indígena frente a cada conflicto en concreto, el Tribunal señala que el juez deberá hacer un estudio sobre la situación particular de cada autor, para determinar su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para así procurar establecer si, conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ese déficit es producto de una diferencia valorativa, pero *no* de una situación de inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas.

A la luz de todos los fundamentos que se han sintetizado, la Corte dice que parecería no haber otro camino más que declarar que las normas cuestionadas son inconstitucionales por vulnerar los principios constitucionales de igualdad, proporcionalidad y pluralismo, por lo que deberían ser retiradas del ordenamiento. Esto así porque lo razonable sería que se absolviera por error de prohibición culturalmente condicionado a aquel indígena o miembro de un grupo cultural con autoridad reconocida por el Estado, que realizara una conducta típica y antijurídica, pero sin haber tenido, en razón de su particular cosmovisión, capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o posibilidad de determinarse con base en esa comprensión.

Sin embargo, frente a esto, se podría considerar que el tal razonamiento fuera equivocado, ya que el Código Penal vigente no prevé expresamente el error de prohibición por diversidad cultural y, por ende, si se declarara la inexecutable de las disposiciones acusadas, el resultado podría ser peor para los indígenas y los miembros de esos grupos culturales. En efecto, a falta de normativa específica para excluir la respuesta penal, podrían ser declarados imputables y su comportamiento quedaría sujeto

¹⁸³¹ Considerando 24.

¹⁸³² Considerando 24.

a una pena, incluso privativa de la libertad. El tribunal recoge el guante de esa eventual crítica y procura brindar una respuesta dogmática posible.

Al respecto señala que si bien el ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal no prevé expresamente el error de prohibición culturalmente condicionado, sino que se limita a señalar que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando "se obre con error invencible de la licitud de la conducta", una interpretación sistemática de esa norma permite concluir que también incluye esa clase de error. No sólo porque el nuevo estatuto penal eliminó la prohibición de invocar la ignorancia de la ley como excusa, la que estaba prevista en el anterior ordenamiento penal, sino porque es claro que quien no puede comprender, por su particular cosmovisión, la ilicitud de su comportamiento obra con un error sobre la licitud de su actuar.

Además, al margen de que el Código Penal no prevea el error de prohibición culturalmente condicionado, de todos modos habría que concluir que esos comportamientos son, por mandato directo de la Carta, inculpables. En efecto, en un Estado de derecho fundado en la dignidad humana, y que reconoce y promueve el pluralismo y la multiculturalidad, la diversidad cultural no puede ser criminalizada. En ese escenario político, no puede ser sancionada penalmente aquella persona que incurra en una conducta típica y antijurídica, pero que haya realizado ese comportamiento por un error de interpretación cultural, en la medida en que su particular cosmovisión le haya impedido comprender la ilicitud de su conducta. La exclusión de responsabilidad penal por un error de prohibición culturalmente condicionado es entonces una causal de rango constitucional, que obligatoriamente debe ser tomada en consideración por el legislador.

Ahora bien, la Corte no deja de atender a que, según el Código Penal, para que el error de prohibición exonere de responsabilidad penal, es menester que sea invencible. Esa inevitabilidad supone que el sujeto activo haya tenido un razonable cuidado por conocer y comprender la antijuridicidad de su comportamiento, pues si esa persona hubiera podido actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta, a pesar de lo cual no lo hubiera hecho, entonces debería entenderse que su yerro no era insuperable sino evitable. En esta última hipótesis, el estatuto penal no prevé la exoneración de la responsabilidad penal sino únicamente la reducción de la pena a la mitad¹⁸³³.

Llegado a este punto, el Tribunal se pregunta qué pasa si un indígena o un miembro de otra minoría cultural comprende en forma abstracta que determinado comportamiento es ilícito en el ordenamiento nacional (aspecto cognitivo de la imputabilidad), pero debido a su diversidad cultural y a sus profundas convicciones, derivadas de su particular cosmovisión, no puede actuar con base en dicha comprensión¹⁸³⁴ (aspecto

¹⁸³³ Art. 32.11.

¹⁸³⁴ Entendemos que se refiere a "conocimiento".

volitivo de la imputabilidad). En tal caso, el interrogante es si puede considerarse que ese sujeto incurrió en un error de prohibición. Recuerda la Corte que las opiniones doctrinarias no son coincidentes al respecto. Para algunos autores la situación debe ser asimilable a un error, ya que en el fondo, debido a su diversidad cultural, la persona no logró verdaderamente comprender la antijuridicidad de su conducta¹⁸³⁵, a pesar de que abstractamente conocía su ilicitud, en la medida en que no pudo motivar su comportamiento con base en ese conocimiento. En cambio, para otras opiniones no existió error, pues la persona tenía claro conocimiento de que su comportamiento estaba proscrito por el ordenamiento jurídico general. Según esta interpretación, no sería pertinente la exclusión de responsabilidad de aquella persona que, por su diversidad cultural, conocía la ilicitud de un comportamiento, pero no pudo determinarse con base en ella.

Ese análisis indica que el conjunto de situaciones reguladas por el Código Penal sobre inimputabilidad por diversidad cultural¹⁸³⁶ es más amplio que el conjunto de comportamientos que, según ese estatuto, configuran un error de prohibición culturalmente condicionado, por dos razones: i) los casos de inimputabilidad no distinguen acerca de la vencibilidad o no de la interpretación divergente del mundo, mientras que el error debe ser invencible para poder eximir de responsabilidad y ii) la inimputabilidad también cubre la incapacidad volitiva, mientras que para algunas opiniones, el error no lo hace.

Ello lleva a la Corte a estimar que la declaración de inexecutable de la expresión acusada del artículo 33 del estatuto penal podría tener efectos contraproducentes en la protección de la diversidad cultural, en la medida en que permitiría la imposición de penas, incluso privativas de la libertad, para ciertos comportamientos de los indígenas que, de mantenerse en el ordenamiento la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural, no estarían sujetos a una pena sino a una medida de seguridad. Así, si un indígena comete una conducta típica y antijurídica, sin haber tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse con base en esa comprensión por su diversidad cultural, la aplicación del instituto del error no siempre tendría el efecto de exonerar de pena. En efecto, si el indígena hubiera podido, con una diligencia razonable, llegar a conocer y comprender la ilicitud de su conducta, entonces el error habría sido evitable y el comportamiento podría ser sancionado con una pena. Así quedaría el estado de situación si la expresión acusada del artículo 33 del Código Penal fuera declarada inexecutable, pues ya ese indígena no podría ser declarado inimputable. Además, según ciertas perspectivas, tampoco habría exclusión de responsabilidad si la persona

¹⁸³⁵ Aquí la Corte parece acercarse a la idea de *comprensión de la antijuridicidad*.

¹⁸³⁶ Art. 33.

conocía la ilicitud de su conducta pero, por su diversidad cultural, no pudo determinarse con base en dicha comprensión.

En síntesis, muchos de los casos en que una persona realiza una conducta típica y antijurídica, sin que por su diversidad cultural haya podido comprender su ilicitud, no son punibles, pues la persona habría incurrido en un error invencible de prohibición culturalmente condicionado. Sin embargo, ante ciertos eventos esa causal de exclusión de la responsabilidad no operaría, por cuanto el error se habría podido evitar. Ante el riesgo de criminalización que importan estos últimos supuestos, la Corte se inclina por la opinión de que las normas cuestionadas efectivamente amparan la diversidad cultural pues, al declarar inimputable al indígena o al miembro de otras minorías culturales, evita que le sea impuesta una pena¹⁸³⁷. Por eso no le parece razonable declarar la inconstitucionalidad de la inimputabilidad por diversidad cultural, en tanto tal remedio podría ser más gravoso que la situación que se pretende conjurar.

Además, tal clase de inconstitucionalidad podría dejar sin protección a bienes jurídicos que el ordenamiento nacional estima valiosos y que por eso mismo protege penalmente, ante conductas típicas y antijurídicas cometidas por quien proviene de una diversa cultura. Por eso es que la Corte afirma que también una decisión de inexecutable de la expresión acusada sería entonces inaceptable pues dejaría desprotegidos esos bienes jurídicos,

ya que una declaración de inculpabilidad de esas transgresiones no evita que esos comportamientos ocurran, mientras que precisamente la figura de la imputabilidad busca controlar esas conductas, sin penalizar al infractor, y para ello prevé su retorno obligado a su medio cultural¹⁸³⁸.

Ante esta situación dilemática, el Tribunal resuelve adoptar una posición intermedia¹⁸³⁹, condicionando la exequibilidad de la norma acusada, a fin de ajustarla a la Constitución. Así, en primer término, y para corregir las eventuales discriminaciones derivadas del dispositivo legal cuestionado, la Corte considera que, por aplicación directa del principio de igualdad y por el sentido mismo de la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial deberá comenzar por examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal y, en particular, si hubo o no un error de prohibición invencible. De mediar este supuesto, el autor debería ser absuelto y no declarado inimputable.

De otro lado, la Corte también es de la opinión de que es posible condicionar el alcance de la figura de la inimputabilidad a fin de eliminarle su sentido sanciona-

¹⁸³⁷ Considerando 30.

¹⁸³⁸ Considerando 31.

¹⁸³⁹ Entre “la disyuntiva de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexecutable)” (considerando 32).

torio y su connotación despectiva. Para ello, debe tenerse en cuenta que las medidas de seguridad para los inimputables tienen funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación¹⁸⁴⁰. Sin embargo, la declaración de inimputabilidad por diversidad cultural no puede pretender la curación o rehabilitación de quien es diverso culturalmente, pues no se trata de *curar* a esa persona de su especificidad cultural –lo que significaría tanto como pretender homogeneizar culturalmente a todos los colombianos, lo cual es contrario a los principios y valores constitucionales–. Consecuentemente, la declaración de inimputabilidad y la medida de seguridad a la que pueda dar lugar no pueden tener un carácter sancionatorio ni de rehabilitación o curación, sino que deben tener una finalidad de protección y tutela de quien es culturalmente diverso. Por consiguiente, la verificación judicial de que una persona es inimputable por diversidad sociocultural no tendrá el sentido peyorativo de considerarla un incapaz, sino que el funcionario judicial se limitará a constatar que esa persona tiene una cosmovisión diversa, y por ello amerita una protección especial¹⁸⁴¹.

En tales circunstancias y en el afán de evitar que personas con cosmovisiones distintas a la mayoría puedan afectar bienes jurídicos considerados importantes por la ley nacional, el Estado, en vez de utilizar la criminalización para imponer los valores mayoritarios, puede recurrir a otros instrumentos, como formas de diálogo intercultural, que permitan un progresivo respeto y entendimiento entre las distintas culturas que forman la nación colombiana. Y en ese ámbito, el propio proceso penal, que eventualmente conduzca a la declaración de inculpabilidad por un error culturalmente condicionado o a la declaración de inimputabilidad, puede perder su connotación puramente punitiva y tornarse un espacio privilegiado para el diálogo intercultural¹⁸⁴².

A partir de todos los fundamentos aquí sintetizados, la Corte Constitucional de Colombia arriba a la decisión de que, en tanto la inimputabilidad por diversidad sociocultural no sea entendida como la derivación de una incapacidad del sujeto, sino

¹⁸⁴⁰ Art. 5 del C.P. de Colombia.

¹⁸⁴¹ Art. 8 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁸⁴² Sobre la importancia del diálogo intercultural, en el considerando 35 de la sentencia, la Corte cita su propio antecedente recaído *in re* SU-510 de 1999: "En este sentido, considera la Corte que en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución - directa o indirecta (Por ejemplo, a través de los funcionarios, expertos y analistas que conozcan, parcial o totalmente, aspectos de la realidad cultural que resultará eventualmente afectada o, en general, de la problemática sometida a la consideración judicial)-, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, sólo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política (C.P., Preámbulo y artículo 1°)".

como una exclusiva manifestación de su diferente cosmovisión, es posible eliminar los posibles efectos peyorativos y sancionadores de la figura, conservando sus virtudes en términos de protección y tutela de quienes son culturalmente diversos. En función de ello, la Corte falla declarando la exequibilidad condicionada de esa figura.

Distinta es la situación respecto de la medida de seguridad de retorno forzoso al medio sociocultural de origen. Sobre esta cuestión, la Corte afirma que aquella no supera el tamiz de constitucionalidad, pues tiene implícita una finalidad de cura o rehabilitación. Por más que la disposición emplee exclusivamente un lenguaje de protección, el dispositivo es irrespetuoso de la diversidad cultural. La persona es obligada a retornar de manera forzada a su medio cultural, hasta por un máximo de diez años y, al menos, hasta que se hayan alcanzado "las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad", es decir hasta que el indígena o el miembro de otro grupo culturalmente distinto haya sido curado o rehabilitado del supuesto mal que lo aqueja: su diversidad cultural. A juicio del Tribunal, la afectación al pluralismo es evidente, por lo que decide retirar esas disposiciones del ordenamiento jurídico.

En las conclusiones de su fallo, la Corte llega a establecer las siguientes premisas:

a) El inimputable por razones de diversidad cultural responde penalmente y el proceso¹⁸⁴³, debe llevarse hasta su culminación, pero sin imposición de medida de seguridad alguna. Se trata de un caso de responsabilidad sin consecuencias penales. Por tanto, el inimputable puede permanecer en el ámbito cultural mayoritario¹⁸⁴⁴.

b) El proceso penal tiene varias finalidades, entre las que se cuentan: 1) un propósito garantista, al permitir la exoneración de responsabilidad del inimputable, cuando se demuestre la atipicidad de su conducta o la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad; b) establecer un diálogo multicultural, para explicarle la diversidad de cosmovisión y la circunstancia de que su conducta no es permitida en el contexto cultural mayoritario. Este diálogo tiene fines preventivos, pues evita futuras conductas lesivas de los bienes jurídicos; c) durante el transcurso del proceso, el inimputable por diversidad sociocultural no podrá ser afectado con medida de aseguramiento en su contra ni con ninguna de las medidas de protección para inimputables.

En función de todo ello, la Corte declara exequible la expresión "diversidad sociocultural" del artículo 33 del Código Penal, con los siguientes alcances: 1) que, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente y 2)

¹⁸⁴³ Mientras el legislador no armonice la jurisdicción indígena con la nacional, dice la Corte (considerando 37, apartado "Conclusiones", punto 1).

¹⁸⁴⁴ Llama la atención que la Corte Constitucional emplee el giro "puede permanecer en **nuestro** ámbito cultural" (la negrita es propia), dado que –en tanto órgano jurisdiccional de *todos* los colombianos– quizás sería preferible que evitar tomar partido, en un sentido que diera a entender su auto-distinción del indígena.

que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado en esta sentencia. En cuanto a las normas relativas a las medidas de seguridad por diversidad cultural, el Tribunal las declara inexecutable sin más, excluyéndolas del ordenamiento jurídico¹⁸⁴⁵.

Hemos creído que esta sentencia es merecedora de que se le dediquen varios párrafos en atención a que, sin lugar a dudas, presenta una riqueza de consideraciones que invitan a la reflexión. En primer lugar, tal como hemos sintetizado, en el marco del proceso tuvieron lugar las intervenciones de distintos ponentes con experticia en la materia, quienes condensaron prácticamente todas las posiciones que se han sostenido hasta ahora respecto de la relación del indígena con el derecho penal estatal.

En cuanto a las conclusiones dogmáticas, coincidimos parcialmente con la decisión a la que arriba el fallo, concretamente en punto al error de prohibición invencible, pero hemos de tomar distancia del criterio que lleva a sostener la inimputabilidad por diversidad sociocultural, para algunos casos, aun cuando aquella está inspirada por el noble propósito de evitar que el remedio sea peor que la enfermedad. Creemos que en el código colombiano hay otro instituto al cual echar mano, en caso de que no concurra un error de prohibición que normativamente hubiera sido imposible de vencer.

El art. 32.11 de ese digesto prevé textualmente que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

¹⁸⁴⁵ Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal registra un antecedente (Cas. 20/9/1984), dictado bajo una pretérita redacción del Código Penal, pero cuya doctrina continúa revistiendo interés en el relevo dogmático que se está efectuando, en tanto se pronunció a favor de la inimputabilidad del indígena, con base en el texto del digesto de fondo, que en el art. 96, párrafo 3, establecía una medida de seguridad para el indígena inimputable por inmadurez psicológica, consistente en la reintegración a su medio ambiente natural. En esa ocasión, dijo aquel tribunal: "Desde la entrada en vigencia del código penal que actualmente rige, la doctrina había estimado que el indígena no civilizado debía ser considerado inimputable, pero en forma relativa, porque no todo indígena y ni siquiera todos los indígenas no civilizados, por el hecho de tener esa condición personal, estaban en incapacidad de comprender el sentimiento antijurídico de sus conductas típicas o de comportarse adecuadamente de acuerdo a esa comprensión (...) Adviértase que la expresión del vigente ordenamiento para hacer referencia al indígena; así sea para indicar la medida [de seguridad] que en el caso de resultar inimputable le sería aplicable, no es precisamente afortunada, pues si con ello se quiso hacer alusión al menor indígena que realiza conducta punible, su alcance sería bien limitado; por el contrario si a todo indígena no civilizado se le pretende dar el tratamiento de inmaduro desde el punto de vista psicológico, se incurre en una visión deformada de la realidad, pues el hecho de que el indígena tenga un desarrollo cultural diverso del correspondiente al llamado hombre no civilizado, en manera alguna permite aseverar que aquél sea inmaduro en el sentido estricto del vocablo. Se trata simplemente de dos versiones diferentes sobre el mundo y, en últimas, de la presencia de dos escalas distintas de valores, sin que sea dable dar preeminencia a alguna de ellas, a no ser como el resultado de la imposición de quienes detentan los factores reales de dominación (...) esta medida será también aplicable al indígena no civilizado mayor de la edad indicada, que no padezca trastorno mental, y que realice el hecho descrito en la ley penal siempre y cuando su condición de indígena no civilizado le impida conocer el sentido antijurídico de su comportamiento o comportarse adecuadamente con esa comprensión, pues aun cuando su condición no sea la de inmaduro, su situación personal frente al delito lo coloca ante la incapacidad de conocer y de comportarse, esto es, en condición de inimputable" (citada por VITOR; *Culturas diversas*; p. 124; nota 122).

[s]e obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

Tal como surge con claridad prístina de la norma transcrita, si el error de prohibición fue vencible corresponderá la reducción de la pena a la mitad de su monto. En consecuencia, efectivamente acierta el Tribunal cuando señala que de declararse la inconstitucionalidad total de la inimputabilidad por diversidad sociocultural se podría imponer la consecuencia jurídica de una pena –reducida, pero pena al fin– a quien, gracias a la declaración de inculpabilidad no sufriría sanción. Si a esto último se le agrega la declaración de inconstitucionalidad total –sí decidida en el fallo– de la medida de seguridad de retorno forzado al medio cultural de procedencia, la solución adoptada por el tribunal es, desde luego, mucho más favorable al autor que si se hubiese dejado solo subsistente el error vencible de prohibición. Vistas las cosas de ese modo, quizás el Tribunal haya querido evitar, como jueces, crear pretorianamente una situación más gravosa a los ciudadanos pertenecientes a una minoría cultural que aquella diseñada por el legislador, que es en definitiva el órgano que, por antonomasia, tiene asignado el rol político-institucional de crear las normas penales.

Sin embargo, este trabajo exige flexibilizar el pensamiento en procura de soluciones menos encorsetadas que aquellas a las que en ocasiones deben arribar los jueces, por las limitaciones propias del engranaje de las normas que deben tratar de interpretar sistemáticamente, salvando al extremo su constitucionalidad y el sistema de división de poderes. La labor académica, en cambio, permite el juego más libre de las ideas, sin desconocer el sentido de las normas, pero también proponiendo los cambios que parezcan convenientes.

Volviendo al fallo que se comenta, creemos que la (buena) intención al haber preservado la figura de la inimputabilidad –si bien con las limitaciones precisadas en la sentencia– no logra esconder el forzamiento de los conceptos. En efecto, sostener la inimputabilidad de un sujeto por el solo hecho de que su cultura de origen sea profundamente diversa de la mayoritaria y expresión de una cosmovisión en un todo diferente a la de aquella, es desconocer que esa persona no padece de inmadurez psicológica o de alteración patológica alguna de su personalidad; simplemente nació y se crió en un medio social diverso. De tal manera, posiciones como la de la Corte Constitucional colombiana, a pesar de los sanos propósitos de las salvedades que hace el tribunal en cuanto a qué debe entenderse por inimputabilidad en este caso, no dejan de esconder también una noción discriminatoria y estigmatizante, al crear una suerte de *capitis diminutio* ad hoc, para quienes provienen de una minoría cultural, en especial si son indíge-

nas. En esa perspectiva, el propio empleo del lenguaje jurídico no es un elemento de poco peso. En efecto, la jerga técnica es un universo en el cual –por mucho que se insista como se hace en el fallo comentado– la noción de *inimputabilidad* tiene todavía una fuerte carga peyorativa y discriminatoria que sería casi imposible de superar por la sola fuerza de una sentencia.

Además, como dice GARCÍA VITOR, asignar la calidad de inimputables a quienes operan en un contexto cultural diverso resulta violatorio de los derechos humanos, en tanto es no entender a las diversas culturas como diferentes¹⁸⁴⁶.

A lo anterior se suma un elemento de análisis lógico. La naturaleza jurídica del fenómeno de la inimputabilidad no puede variar, según el autor haya obrado en error de prohibición inevitable o evitable. Recuérdese que la Corte establece que si el error fuera insuperable, no debería declararse la inimputabilidad; en cambio, si fuera vencible debería estarse a esa causal de inculpabilidad. En lo personal, creemos que, de cara a su estado frente a un hecho ilícito concreto, un individuo o es inimputable o no lo es, conforme a su estado de madurez y desarrollo psíquico¹⁸⁴⁷; esta cualidad es independiente del error y, de hecho, el error sólo puede ser valorado, en sentido estricto, en quien es imputable, y esta imputabilidad no se ve alterada por la concurrencia de un error, sin importar de qué clase sea este.

En otro orden de cosas, tampoco nos resulta convincente el criterio de la Corte Constitucional de tomar como un elemento dirimente para sostener la constitucionalidad condicionada de la inimputabilidad por diversidad cultural el hecho de que, de declararse la inexecutable total, podrían dejarse desguarnecidos ciertos bienes jurídicos socialmente valiosos y por eso mismo protegidos por el ordenamiento jurídico-penal, ante el ataque a través de conductas típicas y antijurídicas cometidas por quien proviene de una diversa cultura. ¿Por qué no nos convence? Pues lisa y llanamente porque esos bienes jurídicos también están afectados por hechos típicos y no autorizados, llevados a cabo por quien obra en error de prohibición invencible; sin embargo, la supremacía constitucional del principio de culpabilidad exige que tales afrontas queden impunes y a nadie se le ocurriría objetar que la circunstancia de que tales bienes fueran valiosos socialmente obligara a hacer responder penalmente a quien no hubiera podido motivarse en el llamado de la norma.

En nuestra opinión, la clave para responder dogmáticamente a esta cuestión pasa por el error de prohibición en sus dos modalidades, ambas prevista en el art. 32 del código de fondo de Colombia. Así, si quien proviene de un entorno sociocultural

¹⁸⁴⁶ GARCÍA VITOR; *Diversidad cultural*; p. 27.

¹⁸⁴⁷ El desarrollo psíquico, en el marco del derecho penal, no está exento de una connotación normativa. Ver al respecto PÉREZ DEL VALLE; *Imputabilias*; pp. 10 y ss.

diverso no pudo –en razón de ello– comprender valorativamente la ilicitud de su comportamiento, el error será invencible y no deberá responder penalmente, tal como ocurre con cualquier persona que no alcanza a comprender la ilicitud de su obrar. Ello es consecuencia del principio de culpabilidad, que goza de la máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico de un estado de derecho.

Ahora bien, si el indígena, quien –tal como lo reconoce la Constitución de Colombia y todas las de la región que se han ocupado de los grupos preexistentes a la colonización– es un ciudadano más, llamado formar parte y a integrarse con el todo, salvaguardando su propia identidad, tuvo forma de conocer que su comportamiento estaba reprobado por el ordenamiento jurídico y de comprender el fundamento de esa desvalorización, a pesar de lo cual se pronunció con su hecho acerca de algún grado de desprecio hacia el ordenamiento estatal, su error debería ser considerado evitable, también en los términos del art. 32.11, con la debida reducción de pena allí contemplada. Ello también es una exigencia del principio de igualdad y de culpabilidad. Pretender –como parece afirmar la Corte– que el indígena nunca tuviera que sufrir pena por el solo hecho de ser tal, es profundamente discriminatorio. Sea ello porque se lo tenga en menos, como un ser al que normativamente se lo considera fatalmente imposibilitado de acceder al ordenamiento jurídico público (lo cual es un desatino, en un Estado en el que se procura la integración y la conjugación armónica de la coexistencia cultural); sea porque se produzca una discriminación inversa a favor del indígena y en detrimento del tratamiento al resto de la ciudadanía, en tanto aquel gozaría de una suerte de privilegio por el que nunca debería soportar pena estatal. En efecto, según el tribunal, en cada proceso habrá que determinar si quien pertenece a una minoría cultural actuó en error de prohibición invencible o si resultó inimputable por diversidad cultural, sin que se le aplique pena ni medida de seguridad en caso alguno

No podemos compartir esta posición. A nuestro entender, si quien proviene de la cultura exótica puede evitar su error, por respeto a la igualdad y a su propia dignidad que exige reconocerle su condición de persona libre de obrar y, por ende, de determinarse en la norma o en contra de ella, debe responder penalmente, con la escala reducida. No hay razón para que, al abrigo de su cultura de origen, pueda eludir el sistema jurídico-penal general, al que están sometidos todos los ciudadanos, blandiendo una suerte de carta blanca únicamente por su origen étnico-cultural. Ello también es un derivado, en síntesis, del principio de culpabilidad que echa raíces en el principio de dignidad humana: si el indígena está en condiciones de responder frente al sistema penal, deberá hacerlo –como cualquier ciudadano– en la medida de su culpabilidad.

Y con esto no hay que temer a que solapadamente se llegue a la criminalización de la diversidad. En efecto, si razones preventivas así lo aconsejan siempre se

podrá prescindir de la pena, puesto que esta solo estará justificada cuando sea necesaria. Por eso es sumamente importante que se establezcan estándares normativos –y no solamente psicológicos– para determinar cuándo media error de prohibición inevitable. Es que, si se fuera más riguroso en términos normativos –y preventivos– acerca de cuándo concurre esta clase de error y se lo entendiera, no como una vía de escape de la sanción, sino con un adecuado alcance de su sentido como mecanismo que habilite a no castigar cuando el sujeto no haya tenido –normativamente, insistimos– posibilidad personal de adecuar su conducta a derecho, muchos más casos podrían ser receptados por esa figura y resultar, por ende, exonerados de responsabilidad penal. En cambio, de quedarnos solo en el plano psicológico sería mucho fácil, por ejemplo, decir que el indígena (según cada contexto fáctico, desde luego) hubiera podido informarse y asesorarse para salir de su error y no quebrantar el derecho estatal, debido a su innegable calidad de ciudadano en paridad con resto de los miembros de la sociedad no pertenecientes a una minoría cultural. Si se ampliara normativamente el alcance del error de prohibición, muchas más conductas podrían ser valoradas como cometidas en su modalidad invencible y, como tales, no ser merecedoras de la consecuencia de la pena.

Ahora bien, al margen de las discrepancias dogmáticas que acabo de señalar con el fallo en comentario, no se puede dejar de ponderar el llamado a las vías dialogales para contribuir a concretar el pluralismo y al entendimiento entre minorías y mayoría, posición que, por lo demás, es constante de ese tribunal¹⁸⁴⁸. Como se recordará, hemos tomado posición a favor de que deben buscarse sendas de diálogo para lograr el acercamiento cultural entre los ciudadanos, frente a lo cual el derecho penal, siempre *ratio ultima* del ordenamiento jurídico, debe hacer más gala que nunca de esa condición, absteniéndose de romper la inercia de la quietud, salvo cuando situaciones límite aconsejen su intervención en pos de preservar ciertos bienes y valores. En especial, el núcleo esencial de derechos fundamentales, de cuya tutela el Estado no puede claudicar. El derecho fundamental a la identidad cultural debe ceder ante aquellos.

Pero eso no es todo. En sintonía con ese llamado al diálogo que formula el tribunal colombiano, creemos que el derecho penal, cuando deba ponerse en marcha puede ser también una herramienta de acercamiento entre culturas. A tal punto que, de aconsejarlo razones de prevención, podría perfectamente renunciarse a la pena o re-

¹⁸⁴⁸ Así, por ejemplo, también en Sentencia No. T-523/97 había sostenido que “[u]na primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una. Así lo entendió la Corte Constitucional, que en sentencia T-349 de 1996 estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía”.

emplazarse a esta por mecanismos alternativos que permitieran contribuir a la comprensión del sistema jurídico oficial y de las razones por las cuales la conducta imputada, por más que tenga raíces culturales, no puede de ningún modo tolerarse en el sistema jurídico estatal. En ese marco, será importante no solo explicar en abstracto las razones de ciertas instituciones jurídicas de tutela de determinados bienes, sino también el concreto daño o afectación que el hecho ha producido a la víctima, entablando una relación directa con esta. Esto último puede ser más efectivo en términos de acercamiento cultural en el aquí y en el ahora, que la explicación tan solo en abstracto de instituciones jurídicas que de por sí se cimientan en valores divergentes a los del autor y que, por eso mismo, serán muy difíciles de aprehender.

Otro caso jurisprudencial que tuvo gran repercusión en Argentina fue el conocido como la matanza de Lonco Luán. Durante un ritual religioso celebrado por miembros de la comunidad mapuche¹⁸⁴⁹, con el propósito de extraer el demonio de algunas personas a las que se consideraba poseídas, se produjo la muerte de tres niños y de la madre de dos de ellos¹⁸⁵⁰. El juez resolvió el caso sobreseyendo a los imputados, cuyas conductas habían sido calificadas como homicidio agravado y lesiones leves, con fundamento en la inimputabilidad por haber obrado en trance místico. A raíz de ello, se les impuso la medida de seguridad de internación en un instituto especializado, hasta que desapareciera su peligrosidad¹⁸⁵¹.

Para construir la inimputabilidad, se tuvieron en cuenta, entre otros elementos, las declaraciones de los imputados, quienes, si bien relataron los detalles de modo diverso, coincidieron en que los acontecimientos se habían desencadenado cuando una de las mujeres de la comunidad se había sentido indispuesta. Como por cuestiones climáticas no era posible sacarla de Lonco Luán para llevarla a una consulta médica, la propia enferma había propuesto una sesión de sanación colectiva. Estuvieron dos días ayunando y sin dormir y –según el relato de los imputados– en algún momento del desarrollo del ritual se había llegado a la conclusión de que la mujer enferma estaba endemoniada. También refirieron que, ante ese consenso, comenzaron a patearla para sa-

¹⁸⁴⁹ Es interesante destacar que los participantes del ritual eran seguidores de la secta evangélica Unión Pentecostal, introducida desde Chile, en la década del sesenta del siglo XX, por la llegada a la región patagónica argentina, a través de la inmigración de pastores y campesinos chilenos, y que se difundió rápidamente entre poblaciones indígenas mapuches rurales y entre los sectores económicamente más carenciados de las áreas urbanas y periurbanas de la provincia de Neuquén. Según la doctrina, el éxito del pentecostalismo entre los mapuches obedece a que se ha planteado como una forma de re-elaborar la propia identidad étnica de esos indígenas, en tanto las manifestaciones religiosas pentecostales presentan una serie de continuidades con la religiosidad tradicional mapuche, al menos en tres ejes fundamentales: la lucha entre el bien y el mal; el papel de los antepasados y el sentido de la comunidad ritual (LOMBRAÑA; *Un análisis*; p. 250).

¹⁸⁵⁰ LOMBRAÑA sintetiza los hechos, dando cuenta de la particular violencia que padecieron las víctimas del ritual y de la circunstancia de que fueron unos vecinos no indígenas quienes dieron aviso a las autoridades policiales (*Un análisis*; pp. 249-250).

¹⁸⁵¹ El caso fue del registro del Juzgado en lo Penal de la ciudad de Zapala (provincia de Neuquén); expte N° 5413.

carle el espíritu maligno hasta matarla. Cuando la mujer murió, vieron que el demonio salía de su cuerpo y se apoderaba de los cuerpos más débiles de tres niños. Entonces, increparon a los niños para que vomitaran y, de ese modo, se liberaran voluntariamente del diablo; como los niños no lo hicieron, los golpearon hasta matarlos. Según los imputados explicaron, la desesperación por que el diablo saliera de los cuerpos de los pequeños era que creían que, si no lo hacía, tomaría dominio de la comunidad completa y la destruiría¹⁸⁵².

Comentado este caso, se ha dicho –si bien desde la antropología– que los acusados no compartían, total o parcialmente, la materia de la prohibición jurídica. A pesar de que dijeron conocer que habían cometido un delito y reconocían la diferencia entre la legalidad e ilegalidad según lo prescribía la ley del estado nacional, sus dichos dejaban entrever el desconocimiento de la pertinencia de estas normas para la propia vida y fundamentalmente para la situación particular bajo resolución. Se reconocía la vigencia de la norma en sentido abstracto, aunque, en la circunstancia concreta de la matanza, esas normas parecían haber perdido sentido¹⁸⁵³.

La incompreensión de la criminalidad del hecho cometido en este caso no estaría vinculada al ámbito de lo mental en términos psicopatológicos, sino más bien a valoraciones y factores culturales que habrían intervenido en la toma de decisiones de los sujetos al momento de cometer el hecho. Esta cuestión genera una inquietante tensión con aquella lectura tradicional y arraigada de base biologicista del artículo 34¹⁸⁵⁴

del C.P., que fue la que sustentó los informes periciales glosados al expediente en los que, a la postre, se basó el juez para decidir la inimputabilidad por estados de “éxtasis profundo”¹⁸⁵⁵.

¹⁸⁵² LOMBRAÑA transcribe parte de las declaraciones de los imputados: “El demonio sale de un cuerpo y entra en otro más débil (...) Prefiero que muera uno y no perder a todo el pueblo. Hay que sacar al demonio para que sane”; “el espíritu maligno a nosotros no nos dejaba llegar (...) íbamos a favor del demonio. Efectivamente fuimos triunfadores nosotros, porque si no estaríamos todos muertos, así como le dije, quedan todos locos, como una cosa de esas. Yo creo que los que se murieron se salvaron, porque murieron por Dios” (*Un análisis*; p. 253).

¹⁸⁵³ LOMBRAÑA; *Un análisis*; p. 253. La autora vuelve a transcribir palabras de un imputado para abonar su afirmación: “Dios dice que no hay que matar, hicimos esa cosa pero no lo hicimos contentos, sino fue en contra (...) había que darles sanidad. La autoridad a mí no me cree que hay espíritu maligno, sería un gran avance para nosotros que si un pastor explicara cómo es el Maligno”.

¹⁸⁵⁴ LOMBRAÑA; *Un análisis*; p. 253.

¹⁸⁵⁵ LOMBRAÑA; *Un análisis*; pp. 253-254. La autora agrega –desde su disciplina, que es la antropología– una consideración interesante de cara a la tensión entre normativismo y psicologicismo tratada en III. C: “[a] desarrollar la evaluación de la infracción respecto de parámetros psicológicos, psiquiátricos o psicológicos, estos discursos inscriben la criminalidad en un ámbito completamente ajeno a la ley. Ello trae aparejado una consecuencia inmediata, la consideración de la infracción ya no simplemente como un acto delictivo, sino como una conducta asociada a cierto rasgo individual del transgresor (...) esas características “criminales” del agresor, son atribuidas al grupo étnico en su totalidad y se tornan cada vez más, consideraciones de tipo moral” (p. 254).

A criterio de esta autora, el caso en comentario tendría que haber sido resuelto a través del expediente del *perdón*, pero no por vía de la inimputabilidad, que es una estrategia de descalificación y exclusión del grupo mapuche, en particular (p. 258). Para conflictos culturales de este tenor, sugiere un tipo de *perdón* que requiera del desprendimiento de ciertas categorías valorativas asociadas históricamente esa noción; “[c]ategorías que lo ligan a cierta virtud misericordiosa y divina, o bien a actos

En nuestra opinión, haber resuelto el caso a través del expediente de la inimputabilidad no fue la vía más adecuada. Todo indicaba que los imputados no tenían alteradas sus facultades mentales y que comprendían –con el sentido normativo requerido para meritar la conciencia del ilícito– que su comportamiento estaba reprobado por el ordenamiento jurídico en pos de salvaguardar la vida de otros. Ya hemos dicho que la alegada inimputabilidad del indígena, además, contiene un tinte discriminatorio incompatible con el pluralismo democrático.

Lo más adecuado habría sido analizar el caso a la luz de un eventual error de prohibición y analizar si el mismo habría sido vencible o insuperable. Parece improbable que, en atención a la referencia que uno de los imputados efectuó en orden a su conocimiento de que no había que matar a otros y a la circunstancia de que todos ellos pertenecieran –si bien no desconectada de su identidad mapuche– a una secta cristiana, que necesariamente tendría que haber tenido la vida por un valor supremo, se hubiera podido afirmar la invencibilidad del error. Todo ello, aunado que los imputados también dijeron que se les había hecho imposible llevar a la primera “poseída” a una consulta médica, lo cual parecería evidenciar que comprendían que, estando en juego la salud de alguien, lo prioritario era intentar preservarla por vías terapéuticas. En definitiva, en caso, había indicadores externos de falta de fidelidad al derecho como modelo de orientación de conducta, en tanto los imputados habrían comprendido el sentido valorativo de la norma oficial. Finalmente, la interpretación sistemática de la diversidad cultural y de la vigencia de los derechos fundamentales básicos, en clave constitucional, parecería confirmar que habría sido muy difícil avalar la concurrencia de un error invencible que hiciera primar la cultura por sobre la vida, con el grado de conocimiento y comprensión acreditados en los justiciables. No obstante, la vencibilidad del error no habría descartado la posibilidad de morigerar la pena, en atención a condicionantes culturales.

3. b) Error de prohibición.

La mayor parte de la doctrina ha tratado de resolver los conflictos penales ocurridos en razón de la pertenencia cultural del autor, a partir de este instituto, lo que será merecedor de que se le dedique el siguiente sub-epígrafe.

de clemencia inspirados en ella. En este sentido su uso ha sido recluso casi exclusivamente al ámbito de la religiosidad y la intersubjetividad, relegando su carácter público, y fundamentalmente su entramado político” (p. 256). A su juicio, ese perdón debe ser una actividad del ámbito público, investida por un rol social o legal y que mitigue o exculpe por completo de cierto castigo a un ofensor, restableciendo de inmediato la inocencia del mismo ante la ley. “Es así un *perdón* básicamente performativo (...) es una locución que por el simple hecho de ser pronunciada, bajo condiciones específicas, produce una acción determinada: nuevas relaciones jurídicas, pero también nuevos sentidos sociales” (p. 256).

3. c) Inexigibilidad de otra conducta.

Si bien se refiere a conflictos de conciencia con relevancia penal, LUZÓN PEÑA estima que el tratamiento diferenciado de esa clase de hechos penalmente relevantes se encuentra justificado. A su criterio, la diferencia entre el incumplimiento de mandatos y el quebrantamiento de prohibiciones será una divisoria de aguas a tener en cuenta, para distinguir la causa de justificación de la de exculpación o morigeración de la culpabilidad. En palabras textuales, expresa:

fuera de los casos legalmente admitidos, no están justificadas las actuaciones en conciencia en los delitos comisivos, es decir, infringiendo deberes de abstención, y en las infracciones de deberes de actuación de los delitos omisivos (...) [cuando] en la ponderación de intereses pese más el interés en la realización de la actuación exigida que la salvaguarda de la libertad de conciencia¹⁸⁵⁶.

En ambos casos, la conducta continuará siendo antijurídica, pero, si el conflicto de conciencia es extremo y se dan determinadas circunstancias que lo hagan normativamente comprensible¹⁸⁵⁷, estima que se podrá disculpar por inexigibilidad penal subjetiva, como causa de exculpación supralegal. De no ser un conflicto extremo o de no ser normativamente comprensible habrá una exigibilidad penal individual disminuida y exculpación parcial. Es posible que estas apreciaciones puedan resultar extensibles a los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa, en tanto suelen guardar cierta similitud con los conflictos de conciencia.

3. d) Diversidad cultural y graduación de la pena. Atenuación de la pena.

También se ha propuesto que la diversidad cultural sea tomada en cuenta exclusivamente a la hora de graduar la pena a aplicar. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, esta no sería una solución plausible, en tanto no sería específica para un caso merecedor de particular atención por parte del derecho penal, sino el recurso a un baremo general de mensuración de la culpabilidad, que no asegura un respeto especial a la diversidad de acuerdo a las exigencias del pluralismo reconocido en las constituciones modernas de Occidente¹⁸⁵⁸.

Desde otra mirada, es cierto que lo que se ha sostenido en orden a que son tantos los puntos de vista que baraja la doctrina acerca de cuál es la mejor forma de reconocer la diversidad en el sistema penal, que la vía de la individualización de la pena

¹⁸⁵⁶ LUZÓN PEÑA; *Actuación en conciencia y*; p. 11.

¹⁸⁵⁷ Traducidas en la casi total anulación de la accesibilidad normativa por la presión del mandato moral; son circunstancias que coartan la posibilidad de motivarse en la norma jurídica por la superioridad de la de conciencia.

¹⁸⁵⁸ Coincidente en cuanto a que se trata de un recurso último sobre el que también es poco entusiasta, GARCÍA VITOR; *Diversidad cultural*; pp. 36-37.

podría ser una opción menos controvertida¹⁸⁵⁹. Pero eso no significa que sea lo más aconsejable, puesto que elude dar una respuesta específica a situaciones que lo requieren y que la realidad de las sociedades occidentales actuales hace pensar que será cada vez más necesaria.

De todo modos, es cierto que la práctica jurisprudencial suele atender al elemento cultural para aplicar una atenuación o agravación de la pena. Incluso la sanción de un delito cometido desde una motivación cultural por ser intolerable, como puede ser el caso de la mutilación genital femenina, no es incompatible con la posibilidad de que se aplique una mengua de la pena en razón del componente cultural del que estuvo imbuida la conducta¹⁸⁶⁰, tomando en cuenta el contexto de la ofensa¹⁸⁶¹, es decir atendiendo a la historia y a la situación concreta del ofensor, como así también a su relación con el ofendido, para tratar de comprender el por qué de la acción con relevancia penal.

En esta línea, pero como solución específica para los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa, se inscribe VÁZQUEZ GONZÁLEZ, quien postula como solución preferible para solventar los conflictos normativo-culturales un régimen de atenuación de la pena que permita fomentar el respeto a la ley de todas las personas que vivan en el país al margen de su lugar de nacimiento u origen cultural. De ese modo se asegura tanto que la infracción a la norma oficial sea perseguida y castigada cuando sea infringida por un conflicto cultural, como que se repare en esa motivación como un elemento de peso para medir la culpabilidad¹⁸⁶². Con este sistema dogmático cree que no se incitará a la comisión de infracciones penales motivadas en la procedencia cultural –como sucedería si se otorgara “una especie de patente de corso para desobedecer nuestras leyes”¹⁸⁶³– ni tampoco se impone una sanción desmedida. Este sistema –a su criterio– no debe ser concebido como respuestas parciales a delitos en particular, sino como una solución global para todos los delitos cometidos por moti-

¹⁸⁵⁹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 200. Sobre delitos culturalmente motivados y determinación de la pena, ver también MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; p. 259 y ss.

¹⁸⁶⁰ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 201.

¹⁸⁶¹ Explica KALINSKY que “[e]l “contexto de la ofensa” es la constelación más amplia en donde se produce el hecho delictivo. No solo incumbe a las características específicas referidas al estado psíquico de quien está imputado y al recuento de la sucesión de acontecimientos, sino al conjunto total de su cosmovisión. Esta última no empieza ni termina en el hecho consumado, sino que es anterior a él y continuará después de él” (*Una construcción antropológica*; p. 19). Para mayor profundidad sobre esa noción, KALINSKY; *El contexto de la ofensa*; pp. 160-175.

¹⁸⁶² VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 203.

¹⁸⁶³ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 203. A criterio de este autor es preciso que las conductas que infrinjan las leyes y además violen derechos humanos sean perseguidas penalmente, para reafirmar el ordenamiento jurídico y salvaguardar el principio de igualdad ante la ley preservando las diferencias propias de la diversidad, al “decirle al inmigrante que su conducta está castigada en nuestro país, pero que nuestra justicia es lo suficientemente humanitaria como para imponerle una pena menor en base a esa justificación cultural” (p. 204).

vaciones culturales del inmigrante¹⁸⁶⁴. En consecuencia, postula la incorporación al código penal de una circunstancia atenuante, que permita disminuir la pena al juzgar esta clase de delitos¹⁸⁶⁵.

4. Propuestas desde la no punibilidad.

Ya hemos tenido oportunidad de comentar la definición de delito culturalmente motivado que ofrece MAGLIE, a partir de la noción de cultura del grupo, en su acepción étnica¹⁸⁶⁶. Según su punto de vista, el ámbito en el que autor cultural puede beneficiarse de un tratamiento favorable por parte del derecho penal, en el contexto de aquella concepción, es sumamente limitado. Esta característica la mueve a hacer una propuesta de *lege ferenda* que establezca una zona de impunidad a favor de quien infringe la ley penal debido a la discrepancia cultural.

Según esta posición, la propuesta se justifica en atención a que las otras alternativas que ha sugerido la doctrina y que han sido tratadas más arriba, como así también lo que ella denomina ignorancia inevitable de la ley penal¹⁸⁶⁷ -es decir, el error de prohibición inevitable que se abordará seguidamente- han fracasado en términos de prevención general y especial, en este particular sector de la criminalidad¹⁸⁶⁸.

Así, postula la creación de una causa de exclusión de la punibilidad fundada, como todas ellas, en razones de oportunidad práctica o de conveniencia, que convencen al ordenamiento jurídico-penal de renunciar a la sanción¹⁸⁶⁹. Se trataría de una causa originaria de no punibilidad¹⁸⁷⁰ que, al igual que todas las de este tipo, presentaría la dificultad de que no medirían comportamientos del autor del hecho que fueran

¹⁸⁶⁴ VÁZQUEZ GONZÁLEZ está pensando soluciones para el contexto europeo y, de hecho, dice expresamente que la situación social de los inmigrantes es muy distinta a los de los indígenas, por lo que no ve conveniente que la solución del error culturalmente condicionado sea trasladada sin más a los extranjeros que llegan a Europa (*Inmigración, diversidad*; p. 208). Además, aclara que la propuesta de *lege ferenda* que realiza está pensada solo para los casos de delitos cometidos por extranjeros en contexto de inmigración, pero no para los extranjeros que llegan a Europa especialmente a delinquir, a quienes califica de delincuentes internaciones a los que hay que perseguir con el máximo rigor del derecho (p. 209).

¹⁸⁶⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 209.

¹⁸⁶⁶ Ver Capítulo III. C) 4. i) β. 2.

¹⁸⁶⁷ Ver al respecto MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; pp. 255-259.

¹⁸⁶⁸ En perspectiva de prevención general negativa, MAGLIE apunta que castigar penalmente los delitos culturalmente motivados entraña el riesgo de causar una parálisis del potencial intimidatorio de autores que se han criado en valores diversos y en ocasiones en conflicto con la cultural anfitriona. Desde el prisma de la prevención general positiva, la criminalización puede anular las posibilidades pedagógicas del mensaje penal, ya que en lugar de educar a las minorías en el código cultural dominante, puede ser la encarnación de una política de asimilación forzada que las aleje definitivamente del sistema de acogida, para relegarlas a la marginación. Finalmente, en el plano de la prevención especial, arguye que una pena no percibida como justa es meramente sufrida por el condenado, con riesgo de insumisión y rebelión (*Los delitos culturalmente*; p. 266).

¹⁸⁶⁹ MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; p. 269.

¹⁸⁷⁰ En efecto, recuerda que las decisiones sobre la oportunidad de no castigar ciertos delitos pueden clasificarse en causas de extinción del delito, causas sobrevenidas de no punibilidad o causas originarias de no punibilidad (MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; p. 269).

indicativos de su retorno al terreno de la legalidad ni de un sacrificio o esfuerzo de su parte para alinearse con el sistema violado:

[a]quí, el privilegio de la impunidad nace solo del estatus del autor del delito, es completamente independiente, estando desvinculado de cualquier comportamiento antitético respecto a la ofensa realizada. En resumen, es solo por el tipo de autor por lo que el sistema decide acordar un tratamiento favorable¹⁸⁷¹.

Para el diseño de su postulado, toma como punto de referencia inicial la causa de no punibilidad originaria para ciertos delitos cometidos entre parientes. Así como en esos casos el legislador prioriza la familia, evitando profundizar los conflictos entre sus miembros y, a su vez, entre las familias y el Estado, algo similar debería ocurrir de cara al delito culturalmente motivado. Acreditada objetiva y subjetivamente la comisión de un hecho de esa naturaleza, el legislador debería favorecer al autor cultural,

para no exasperar el conflicto entre los grupos minoritarios y la sociedad de acogida y (...) conceder un margen de impunidad a las minorías étnicas hospedadas en el ordenamiento, de forma que se suavice al máximo el conflicto entre las culturas de dos sistemas diversos (el anfitrión y el huésped)¹⁸⁷².

Según MAGLIE, esta causa de no punibilidad hecha a medida del autor cultural podría ser una forma de realizar la tolerancia y el respeto hacia las minorías, con el propósito político-criminal de establecer cierto equilibrio entre los diversos grupos étnicos que componen la sociedad multicultural. Sin embargo, no pondría en discusión el desvalor objetivo y subjetivo del delito culturalmente motivado, ya que por su misma excepcionalidad no sería extensible por analogía ni sería comunicable a los partícipes y, el eventual error, al afectar un elemento ajeno al delito (la punibilidad) no beneficiaría al agente¹⁸⁷³.

Para que el instituto fuera viable, esta causa de no punibilidad originaria debería reunir ciertos requisitos; a saber: ser personal, es decir construida solo sobre la figura del autor del delito culturalmente motivado y partir de una noción restringida de esta última clase de delitos, configurada desde el elemento normativo extrajurídico *cultura* en el sentido de cultura del grupo étnico al que pertenezca el autor¹⁸⁷⁴.

¹⁸⁷¹ MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; p. 270.

¹⁸⁷² MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; p. 271.

¹⁸⁷³ MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; pp. 271-272.

¹⁸⁷⁴ En efecto, la autora se queja de que la jurisprudencia italiana ha sido demasiado laxa, extendiendo la noción de delito culturalmente motivado a una serie de hechos cometidos en contextos sociales no equiparables al de cultura en sentido étnico, como son las situaciones de carencia o de dificultad por la sola condición de extranjero. Destaca, entre otros ejemplos, el caso del senegalés que revende mecheros sin el timbrado oficial, por desconocimiento de la ley italiana y el de los dos tunecinos en tránsito por Italia que portan una carabina de aire comprimido, ignorando que ello es delito, como supuestos erróneamente catalogados de delitos culturalmente motivados (*Los delitos culturalmente*; pp. 255-256). De hecho, MAGLIE rechaza la solución dogmática del error, para los delitos motivados culturalmente propiamente dichos (pp. 255-259).

Estos requisitos sustantivos –según MAGLIE– tendrían incidencia en el proceso penal, en el que se deberían acreditar tres fases de determinación, distinguidas y separadas unas de otras y colocadas en sucesión lógica y cronológica. Lo primero a comprobar sería el *motivo cultural* que habría llevado al sujeto a actuar; el segundo, lo que denomina *coincidencia de reacción* que sería la dimensión objetiva de aquel motivo, que lo mostrara no solo como una expresión de ética individual, sino como manifestación del bagaje cultural consolidado de todo el grupo de pertenencia¹⁸⁷⁵; el tercero, la efectiva divergencia entre los valores de la cultura minoritaria y los de la anfitriona. Acreditar todos estos extremos muy posiblemente requeriría de la intervención de un perito cultural que informara sobre los usos y las tradiciones de la comunidad originaria del autor y que los comparara con la cultura y el ordenamiento mayoritarios¹⁸⁷⁶.

MAGLIE excluye de la posibilidad de aplicar –en la hipótesis de legislarse– esta causa de impunidad a todos aquellos delitos que comprometieran –así sea por motivaciones culturales– inmunidades fundamentales, es decir, derechos humanos nucleares: vida, integridad física, libertad moral, dignidad humana. Tampoco las pretensiones culturales podrían ser acogidas para dar impunidad a delitos cometidos mediante violencia física o psicológica¹⁸⁷⁷. Sin embargo, deja afuera de estas limitaciones a los hechos cometidos entre sujetos adultos, capaces de consentir y que efectivamente consintieran; entre los ejemplos que enumera se cuentan la bigamia, el incesto y el comercio de estupefacientes con fines terapéuticos¹⁸⁷⁸. Nos preguntamos si la autora incluiría también la demanda de una mujer adulta de que se le practicara una mutilación genital.

Esta propuesta de solución a través de una causa de no punibilidad no nos parece plausible, en atención a que, por más que se debiera probar el *motivo cultural* que hubiera guiado al autor en su obrar, aquella categoría dogmática, en general, opera de manera automática por el solo hecho de acreditarse la circunstancia que conduzca a la impunidad. Como ya hemos dicho, el delito que nosotros denominamos “cometido desde una motivación cultural diversa” no puede prescindir de la individualización, por más que esta se haga a partir de elementos normativos. De tal suerte, no nos parece adecuado resolver estos casos desde “fuera” del delito –entendida la punibilidad como un factor externo a este–.

Es más: la propia MAGLIE agrega que para que operara esta causa de no punibilidad el autor debería superar la “prueba de la razonabilidad” de la adhesión a su cultura de origen, “verificación dirigida a comprobar si el hecho de que el imputado se

¹⁸⁷⁵ MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; p. 69.

¹⁸⁷⁶ MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; pp. 272-273.

¹⁸⁷⁷ MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; p. 273.

¹⁸⁷⁸ MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; p. 273.

haya confiado a los modelos culturales del grupo étnico de referencia es o no ‘razonable’¹⁸⁷⁹. Desde su óptica, habría que comprobar la relación existente entre el autor del delito cultural y la cultura de su grupo, en aras de determinar si el sujeto hubiera podido resistirse al condicionamiento cultural del grupo y en consecuencia actuar con independencia respecto a las presiones de su comunidad originaria. Si se llegase a la conclusión de que habría sido capaz, sin dificultad, de adecuarse a las reglas del sistema anfitrión, es decir, si simplemente hubiera optado por no hacerlo, la impunidad no podría ser invocada en su favor. En cambio, si el condicionamiento hubiera sido relevante, podría dar lugar a la impunidad¹⁸⁸⁰.

En nuestra opinión, ese *test* de razonabilidad que propone la misma MAGLIE constituye la debilidad de esta teoría. En efecto, no parece otra cosa que el reconocimiento de que siempre hará falta determinar el nivel de evitabilidad o, de ser el caso, la total inevitabilidad, del hecho para el autor. Todo lo que haga a la evitabilidad o exigibilidad individual es resorte de alguna instancia dogmática previa al análisis de la punibilidad. En síntesis, esto evidencia lo inadecuado de resolver estos casos más allá del estamento de la culpabilidad.

III. C) 5. Error de prohibición y discrepancia cultural.

III. C) 5. i) La posición de la doctrina mayoritaria.

No es una novedad que, desde hace bastante tiempo, la doctrina venga esbozando que el error de prohibición podría ser la institución que debería dar respuesta a los delitos cometidos por quienes motivan su obrar en un sistema normativo procedente de una cultura exógena y exótica. La culpabilidad como reprochabilidad significa exigibilidad de otra conducta; es decir, se trata del juicio que concluye que el sujeto podría haber adecuado su conducta al ordenamiento jurídico. Con base en esa premisa, la doctrina mayoritaria cree que cuando el autor ha obrado en un estado de error motivado por las pautas de su pertenencia cultural que le ha impedido conocer qué es lo que el derecho espera de él, expresado en el contenido de la norma; es decir, cuando no ha podido conocer la ilicitud de su conducta –ya sea por un error de prohibición sobre la existencia de la norma o por creer que la misma no rige a su respecto¹⁸⁸¹– no habrá posibilidad de reproche penal alguno.

¹⁸⁷⁹ MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; p. 273.

¹⁸⁸⁰ MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; p. 274.

¹⁸⁸¹ Este es el alcance que se le da también al error sobre la ilicitud al que ha recurrido con frecuencia la jurisprudencia Suiza para dar cabida a las particularidades culturales de algunos agentes, lo que la convierte en un medio jurídico con interesantes antecedentes en esta materia. Además, en ese país se ha dado cabida a las particularidades culturales como parámetro de mensuración de la pena. Sobre

Las divergencias pasan por la fundamentación de esas respuestas y por el hecho de que no todos los autores han prestado demasiada atención al tema. El objetivo de estas líneas es justamente procurar fundamentar una respuesta plausible, conforme a la concepción del error de prohibición invencible que aquí mismo se ha sostenido.

1. Ya WELZEL, al explicar que la reprochabilidad presupone, a la par de la imputabilidad, la posibilidad de estructurar, en vez de la voluntad antijurídica de acción, una conforme a derecho –en otras palabras, que el autor hubiera reconocido o podido reconocer lo injusto de su hecho–, proponía el ejemplo de un extranjero que no habría tenido tal posibilidad y en consecuencia no se habría podido motivar en la norma. En efecto, con base en el pretérito delito de homosexualidad del derecho alemán, sugería el caso de un individuo suizo (en Suiza la homosexualidad simple no era delito) que ejecutara acciones homosexuales en Alemania, como supuesto de alguien que no hubiera podido reconocer lo injusto de su actuar¹⁸⁸². Si bien este caso, según los parámetros sociales actuales, resulta inconcebible en Occidente, lo cierto es que el delito de homosexualidad existía en Alemania y que el extranjero del ejemplo había actuado motivado en una valoración normativa ajena al del ordenamiento de referencia, de modo que es de imaginar que la solución de WELZEL en términos de reprochabilidad podría haber sido extensiva a muchos casos de extranjeros culturales.

Más claro es el ejemplo de la jurisprudencia del BGH, que también propuso para ilustrar el mismo asunto, del joven campesino “algo primitivo” que tiene relaciones sexuales con una mujer enferma mental esterilizada, en conocimiento de su condición, pero sin conocimiento de la norma punitiva del § 176.2¹⁸⁸³.

Lo interesante de estos ejemplos de WELZEL es que daban la pauta de que si la norma no era asequible para el autor, el error de prohibición debería haber sido inevitable, porque el autor no habría tenido chances de reconocer la contrariedad de su obra con el ordenamiento jurídico. Respecto de lo que aquí interesa, sostenía que los contenidos de la conciencia se formaban esencialmente con convicciones de la cultura vivida, es decir que al autor se le podría reprochar la antijuridicidad cuando pudiera cerciorarse de la adecuación de su conducta a los valores ético-sociales mediante la propia reflexión de la vida comunitaria de su medio¹⁸⁸⁴. A ello agregamos que tal verificación no sería siempre posible y muchas veces sería más complicada en el extranjero

el error de prohibición en Suiza, ver POZO HURTADO; *Derecho penal y diferencias culturales*; pp. 84 y ss.

¹⁸⁸² WELZEL; *Derecho penal alemán*; pp. 240-241.

¹⁸⁸³ WELZEL; *Derecho penal alemán*; p. 245.

¹⁸⁸⁴ WELZEL; *Derecho penal alemán*; p. 259.

cultural, recién llegado a un país de acogida. Según la posición aquí sostenida, en la idea de WELZEL nos parece contenido el germen de que en tales supuestos, como los ejemplos concretos que él mismo proponía, no habría deslealtad al derecho. En efecto, respecto del caso del sujeto homosexual procedente de Suiza consideraba que, como “sólo ha tenido un contacto insuficiente con las especiales concepciones ético-sociales en Alemania, su error de prohibición puede ser exculpable”¹⁸⁸⁵. En cambio, cuando el extranjero tenga motivos para informarse de los preceptos del país receptor, el error podría ser reprochado¹⁸⁸⁶. Ello va en sintonía con idea de WELZEL expresada con relación a los delitos no centrales, respecto de que la ausencia de motivos para informarse hace que el error sea inevitable¹⁸⁸⁷.

2. STRATENWERTH es uno de los autores que considera que la comprensión de lo ilícito puede quedar imposibilitada, entre otras razones, por las derivadas de la trayectoria vital del sujeto, como por ejemplo provenir de otra cultura¹⁸⁸⁸. Cuando explica el carácter obsoleto de la regla *error iuris nocet*, agrega que ese criterio podría haber tenido algún basamento, cuando el derecho penal se limitaba a sancionar un catálogo reducido de infracciones a normas sociales elementales, es decir cuando solo existía lo que hoy llamamos derecho penal nuclear, contexto en el que era casi inimaginable que concurriera una ignorancia excusable de la ley penal. Pero desde que esta se ha ampliado enormemente hasta abarcar conductas cuyo disvalor social no es evidente para el ciudadano y desde

que el atravesar fronteras culturales forma parte de lo cotidiano, la regla de que el error de prohibición no exonera al autor porque es inexcusable, hubo de mutar para convertirse en la regla distinta de que el error de prohibición no exonera al autor cuando es inexcusable¹⁸⁸⁹.

3. JAKOBS, por su parte, al tratar lo que llama error de prohibición “sobre los fundamentos”, que no es otra cosa que el error respecto del núcleo de las normas centrales del ordenamiento, señala que si al autor le falta consciencia de la antijuridicidad sobre aspectos medulares “que solo se pueden revocar mediante un acto de revo-

¹⁸⁸⁵ WELZEL; *Derecho penal alemán*; p. 260.

¹⁸⁸⁶ WELZEL; *Derecho penal alemán*; p. 260.

¹⁸⁸⁷ Como destaca NIETO MARTÍN, WELZEL es quien sienta las bases que luego desarrollará la doctrina sobre los criterios de evitabilidad del error. En efecto, cuando se refiere a los delitos del ámbito no nuclear, es decir aquellos que no pueden derivarse de los valores sociales, la antijuridicidad solo podrá conocerse por vía de información. Pero, para informarse, el autor deberá tener algún motivo, es decir alguna razón para indagar acerca de la compatibilidad de su conducta con el derecho. Sin motivo alguno que lo lleve a informarse, su error deberá ser reputado como invencible (ver NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; pp. 117-118).

¹⁸⁸⁸ STRATENWERTH; *Derecho Penal*; p. 295.

¹⁸⁸⁹ STRATENWERTH; *Derecho Penal*; p. 296.

lución estatal o social”¹⁸⁹⁰, la inevitabilidad solo será concebible en personas pertenecientes a otras culturas. En ese contexto, no es solo el error lo que fundamenta la inculpabilidad, sino que ese estado se añade a un estado psíquico al que denomina “socialización exótica”. Para JAKOBS, este es un caso extremo de inimputabilidad en el que el autor está motivado de modo diferente a cualquiera¹⁸⁹¹.

En su sistema, como la evitabilidad del error está dada por la responsabilidad o injerencia del autor en su propio defecto en el conocer, en principio toda persona imputable es responsable por sí misma del conocimiento de las normas centrales. De modo que si invoca razones especiales por las que se le dificulta la comprensión de lo ilícito, tendrá que ser por razones de socialización exótica¹⁸⁹², que podrían exculpar. Para que esto ocurra, el autor tiene que haber sido “en parte no responsable de la falta de conocimiento”¹⁸⁹³.

3. En sintonía con lo anterior, ROXIN también pone de resalto que, si bien ello es concebible con menor frecuencia, es posible que alguien pueda infringir preceptos nucleares del código penal, si es que no tiene motivos para examinar la antijuridicidad de su conducta. Grafica ese supuesto con el caso de los dos labradores¹⁸⁹⁴ que habían tenido relaciones sexuales repetidamente con una mujer enferma mental y esterilizada, con asentimiento de ella. Los autores invocaron que no se les había ocurrido en absoluto que ese hecho pudiera estar prohibido y el BGH sustentó la concurrencia de un error de prohibición invencible en la circunstancia de que los sujetos estaban poco desarrollados mental y moralmente, a pesar de ser imputables. A criterio de ROXIN, lo decisivo, en verdad, era que los autores no habían tenido en modo alguno dudas de que la conducta podría no haber estado permitida (de hecho, se probó que hasta el alcalde del lugar creía que la conducta no era antijurídica), a lo que se sumaba que habían actuado creyendo que se movían en un ámbito privado no regulado jurídicamente y que habían creído no perjudicar a la mujer, quien había estado de acuerdo con los contactos sexuales. Todo ello, para ROXIN, había contribuido a que los autores

¹⁸⁹⁰ JAKOBS; *Derecho Penal*; p. 659.

¹⁸⁹¹ JAKOBS; *Derecho Penal*; p. 659.

¹⁸⁹² Para JAKOBS entre los contextos que hacen a la socialización exótica están los casos de personas formadas o influidas por regímenes fuertemente autoritarios, en particular el del nacional-socialismo. En casos de injustos cometidos por sujetos procedentes de ese sistema, estima que “el autor ha obrado bajo condiciones sociales que, si bien pueden haber dejado subsistente el conocimiento de la antijuridicidad, sin embargo han dificultado el conocimiento del significado de la infracción de la norma, o más exactamente: El autor es en parte no responsable de la falta de conocimiento” (JAKOBS; *Derecho Penal*; p. 660).

¹⁸⁹³ JAKOBS; *Derecho Penal*; p. 660.

¹⁸⁹⁴ BGH, JR 1954, 188.

carecieran de motivos para reflexionar sobre la posible antijuridicidad de su conducta¹⁸⁹⁵.

De ese ejemplo, y con miras a este trabajo, nos interesa destacar especialmente el primer argumento que brinda ROXIN, que entendemos vinculado con el entorno cultural en el que vivían los labradores. Aparentemente, su escenario de pertenencia no les habría permitido plantearse siquiera que la conducta pudiera ser antijurídica, a tal punto que se aclara que el propio alcalde del pueblo tampoco sabía que esa clase de contactos sexuales fueran contrarios al ordenamiento jurídico. Sería una suerte de “socialización exótica” –apelando a la terminología de JAKOBS–, con relación a la valoración efectuada por el derecho. La consecuencia, sería un error de prohibición invencible, ya que no había habido asequibilidad normativa¹⁸⁹⁶.

ROXIN se ocupa también de destacar que no hay que temer a una posible expansión del error de prohibición a ámbitos más centrales del derecho penal, máxime cuando el yerro afecte a sujetos en los que la situación y la instrucción sean suficientes para preservarlos de repeticiones, por lo que la paz jurídica no sufriría por una renuncia a sancionar¹⁸⁹⁷. En esta idea encontramos que está presente, no solo la constante preocupación de ROXIN por los fines preventivos del sistema, único factor que justificaría la imposición de sanción, sino también la idea de lealtad al derecho. En efecto, si el autor no se ha mostrado desleal como actitud general frente al ordenamiento, no habrá problema en resignar la imposición de pena, en tanto se le informe –vía disuasión– del perjuicio que ha causado y de su deber de no replicar conductas de ese tenor.

4. Llaman la atención, a partir de la idea de lealtad al derecho, posiciones como la de MANSO PORTO que, tras sostener que el desconocimiento inevitable de la norma¹⁸⁹⁸ es plausible incluso en personas generalmente fieles al derecho, no incluya

¹⁸⁹⁵ ROXIN; *Derecho Penal*; pp. 887-888.

¹⁸⁹⁶ ROXIN; *Derecho Penal*; p. 878.

¹⁸⁹⁷ ROXIN; *Derecho Penal*; p. 888.

¹⁸⁹⁸ Ese desconocimiento inevitable, para MANSO, tendría lugar cuando el autor ha cumplido con el nivel de exigencias que dentro de su rol se consideran necesarias y suficientes para garantizar el seguimiento de las normas (MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 95). En lo personal, creemos que hablar de “rol” puede ser un arma de doble filo o, al menos, que tal noción requiere de muchas precisiones para no caer en lagunas de imputación excesivas por falta total de justicia material, si solo se atiende una función específica que el autor esté desempeñando en el momento del hecho, sin atender a que, en todo momento, todos debemos cumplir el rol de buen ciudadano. No obstante, más adelante, la misma autora se muestra más cauta, al aclarar que el derecho no atiende exclusivamente a roles y estándares, sino que individualiza más allá de estos, para posibilitar un mayor distanciamiento entre el sujeto activo y su hecho. Ello permite determinar si, presuponiendo en el autor una voluntad óptima dirigida al cumplimiento de la norma, el sentido antijurídico del comportamiento no es cognoscible, en cuyo caso no habrá habido infidelidad al derecho y la pena no tendría sentido. En efecto, criticando la opinión de TIMPE, considera que al contemplar la disculpa en caso de error de prohibición invencible, el derecho presupone voluntad para seguir las normas, pero no presupone el conocimiento de las mismas. Incluso en ámbitos regulados, reconoce que el recurso a los conocimientos propios del “rol” puede resultar en ocasiones demasiado estricto. Sin embargo, vuelve a apelar a la noción de rol para

en los grupos de casos comprendidos en esa situación (actuación dentro de ámbitos sujetos a regulación especial, desconocimiento de límites marginales de las normas y actuación en el marco de normas meramente contingentes) a quienes viven un proceso de socialización exótica¹⁸⁹⁹. Por el contrario, a esos supuestos los trata como escenarios de inimputabilidad, en sintonía con la opinión de JAKOBS¹⁹⁰⁰. Menos aún se comprende ese punto de vista, cuando al justificar la razón de la disculpa que los ordenamientos jurídicos alemán y español contemplan, la autora asume que el legislador ha tomado en cuenta que los contactos sociales se han vuelto cada vez más complejos y difícilmente abarcables y que el ciudadano no los puede dominar sin lagunas. A ello agrega la dificultad actual para reconocer las valoraciones preponderantes y, con cita de KÜCHENHOFF, comenta entre las razones de esas dificultades que el individuo se encuentra a menudo indefenso, frente “al pluralismo de grupos e ideas, expuesto a los modernos medios de comunicación de masas” y que frente a la multiplicidad de valores e ideas en danza, el ciudadano no puede constatar siempre con seguridad cuáles son aquellos que el Estado ha elegido y amparado en sus leyes penales. Para MANSO, la disculpa persigue el efecto positivo de impedir que esa pluralidad y contingencia del derecho operen como una amenaza para el ciudadano, en lugar de ampliar sus horizontes de acción. Tras esa fundamentación, llama la atención que MANSO no haya incluido dentro de los errores de prohibición invencibles por in-asequibilidad valorativa a los casos cometidos por individuos movidos por razones de pertenencia cultural divergente¹⁹⁰¹.

De todos modos, la posición comentada podría relativizarse, si se siguiera la idea de Armin KAUFMANN en punto a que inimputabilidad y error son dos caras de la única causa de exclusión de la culpabilidad que puede relevarse, es decir, de la ausencia de motivación del individuo. Desde esa perspectiva, lo único trascendente a considerar es si el sujeto era motivable en la norma, que es lo que justifica la atribución personal de responsabilidad¹⁹⁰².

afirmar que no todo conocimiento grava al autor automáticamente, si se trata de saberes adquiridos privadamente y en exceso de su rol, debido a una exagerada escrupulosidad de aquel. Estas idas y vueltas sobre la noción de rol, a nuestro entender, ponen en evidencia que ese criterio puede ser traicionero a los fines de delimitar la cognoscibilidad individual (MANSO PORTO; *Desconocimiento*; pp. 118-119 y 129-130).

¹⁸⁹⁹ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; pp. 95 y ss, en especial pp. 98-99.

¹⁹⁰⁰ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 87; JAKOBS; *Derecho penal*; p. 659.

¹⁹⁰¹ También critica la posición de MANSO PORTO sobre la inimputabilidad por socialización exótica CESANO, si bien reconoce que la raíz de esa concepción puede estribar en que el Código Penal de Colombia, de donde es oriunda la autora, contempla la inimputabilidad por diversidad cultural (ver CESANO; *Diversidad cultural*).

¹⁹⁰² NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; pp. 66 y 69.

5. MUÑOZ CONDE, por su parte, postula que las previsiones en materia de error de prohibición son aplicables al caso del extranjero que cree permitido en España aquello que lo está en su país de origen o al campesino “inculto” que, por desconocer ciertas leyes de protección de la fauna, realiza hechos objetivamente típicos en la creencia de que obra lícitamente. Esta clase de ejemplos –continúa– se tornan mucho más complejos cuando la creencia errónea no pasa por el total desconocimiento de las normas, sino por la “falsa o por lo menos discutible interpretación de las mismas”, como podría ocurrir si el campesino ocupara pacíficamente una finca cuyo cultivo tuviera abandonado un terrateniente o si un padre de familia ocupara una vivienda vacía. Esos sujetos podrían tener dudas fundadas sobre el carácter delictivo de sus hechos¹⁹⁰³.

Si bien a criterio de MUÑOZ CONDE esos comportamientos resultan directamente atípicos, entiende que las oscilaciones jurisprudenciales avalan que se los trate como casos de error de subsunción que, para la opinión mayoritaria, es una especie de error de prohibición, dado que el sujeto conoce el contenido objetivo de los elementos del tipo, pero yerra sobre su significado jurídico-penal¹⁹⁰⁴.

Incluso, considera que esos conflictos también cabrían ser resueltos como casos de error sobre la existencia de una causa de justificación, en atención a que en muchas ocasiones sus autores se encuentran en situaciones parecidas al estado de necesidad o entienden que por encima del derecho del propietario están sus derechos a la vivienda, a un puesto de trabajo, a la justa distribución de la riqueza o a la función social de la propiedad, reconocidos constitucionalmente. Este modo de ver la cuestión, conduce a la solución por vía del llamado error de validez, que es otra variedad del error de prohibición, conforme la cual el autor conoce la prohibición, pero cree que no es válida, por estimar que infringe una norma positiva de rango superior, como la propia constitución un principio metapositivo¹⁹⁰⁵.

Para solucionar los conflictos penales derivados de razones de conciencia o de discrepancia de valores, MUÑOZ CONDE destaca la importancia de superar un concepto de culpabilidad meramente formal, que se contente con el criterio de la libertad de voluntad, según el cual el sujeto que realiza un tipo delictivo en conciencia debe ser reputado culpable, en la medida en que no respetó un ley cuando podría haberlo hecho. A su juicio, esta no es la única ni la mejor fundamentación de un concepto material de culpabilidad, que esté en consonancia con las exigencias de un Estado de derecho, que proclame el pluralismo como uno de sus valores primordiales. Si la decisión realmente ha sido tomada en conciencia y no pone en juego un bien jurídico indiscutible

¹⁹⁰³ MUÑOZ CONDE; *El error*, p. 78.

¹⁹⁰⁴ MUÑOZ CONDE; *El error*, p. 79.

¹⁹⁰⁵ MUÑOZ CONDE; *El error*, p. 80. Ver la crítica a este punto de vista en OLAIZOLA NOGALES; *El error*, pp. 122-123.

–vida, integridad física, libertad– una mirada preventiva debería desaconsejar la respuesta penal¹⁹⁰⁶.

Repárese en que esta clase de ejemplos y la solución desde el prisma del error sobre la existencia de una causa de justificación remiten a lo que se ha planteado desde el comienzo de ese capítulo, en cuanto a que el error de prohibición en el que se incurre desde un contexto cultural divergente podrá revestir las formas de error directo sobre la atipicidad e la conducta o de yerro sobre la existencia o extensión de una causa de justificación. El caso del grupo indígena que toma por vías de hecho un predio que es propiedad privada, en la creencia de que está autorizado a hacerlo para recuperar la propiedad ancestral que la Constitución le reconoce es muy cercano a los dos ejemplos propuestos por MUÑOZ CONDE que se acaban de comentar¹⁹⁰⁷.

Con relación al pluralismo y al multiculturalismo, ya hemos tenido oportunidad de señalar que MUÑOZ CONDE fue uno de los primeros autores en advertir que el error de prohibición podía ser una de las instituciones dogmáticas que podría abrir las puertas del derecho penal al principio de tolerancia. En la misma tónica se inscribe NIETO MARTÍN, quien asigna relevancia significativa a los principios de pluralismo y tolerancia para determinar la vencibilidad del error en conductas cuya punibilidad resulte polémica, lo cual también ya ha sido objeto de comentario¹⁹⁰⁸.

¹⁹⁰⁶ MUÑOZ CONDE; *La objeción*; pp. 287-288.

¹⁹⁰⁷ MUÑOZ CONDE también considera aplicable el error de prohibición a los casos de “creencia diferente”, es decir a la problemática del delincuente por convicción, en la que el sujeto conoce la norma que infringe, pero la cree injusta por lo que no debe ser cumplida. En otras palabras, no le reconoce fuerza vinculante. Sin embargo, para que el error de prohibición tenga cabida, la discrepancia deberá radicar en la creencia de que existe un derecho superior prevalente, como una forma de error de validez, semejante al del ejemplo del campesino y del padre de familia. En cambio, si el incumplimiento obedece a una franca rebelión contra el ordenamiento jurídico, el error no puede tener cabida, puesto que de lo contrario se debilitaría la vigencia de las normas hasta el punto de hacer depender su validez de la opinión de los ciudadanos (MUÑOZ CONDE; *El error*; pp. 81-82).

¹⁹⁰⁸ NIETO MARTÍN asigna a los principios de pluralismo y tolerancia gran significación de cara a determinar la vencibilidad del error con relación a conductas cuya punibilidad resulte polémica. A su criterio, ambos principios pueden llegar a colisionar con necesidades preventivas, haciéndolas disminuir, lo que efectivamente ha sucedido a lo largo de la historia. En efecto, afirma que la necesidad de superar la máxima *error iuris nocet* coincide históricamente con la pérdida de homogeneidad de los valores sociales. El pluralismo democrático es incompatible con un ordenamiento en el que el error de prohibición ocupe un lugar irrelevante, al modo de las sociedades autoritarias. Por eso es que los órganos punitivos deben estar prestos a ceder y a ser más tolerantes en la determinación de la concurrencia del error que sea consecuencia de una opinión disidente, cuando exista una corriente importante de opinión que no comparta sus puntos de vista (*El conocimiento*; pp. 187-188).

Incluso, si bien NIETO califica a su propio punto de vista de restrictivo, ya que la tolerancia y la libertad ideológica solo en pocas ocasiones podrán determinar un menor merecimiento de pena frente a un error personalmente evitable, llega a afirmar que si el autor, en razón de su conciencia o de su ideología, ni siquiera ha dudado de la antijuridicidad de su conducta, el error será directamente inevitable. Desde su punto de partida psicologista, funda ello en que “la duda o motivo actúa también como barrera de garantía de la autonomía moral y el pluralismo” (*El conocimiento...*; p. 188 y nota 470). Para decidir una disminución de merecimiento de pena, junto con la tolerancia y el pluralismo, estima que habrá que atender a la importancia de la lesión al bien jurídico, la claridad con que la conducta puede considerarse típica, la permisividad de los órganos encargados de la persecución penal. Los criterios de la tolerancia y del pluralismo para valorar el error no deben ser entendidos como una manifestación de un derecho de desobediencia, sino como baremos para evaluar casos extremos en los que valga disculpar el error de quien no conoce con seguridad la antijuridicidad de su comporta-

Sin embargo, la contemplación de la discrepancia estará limitada por la magnitud del bien jurídico que la decisión en conciencia lesione o afecte, de modo que ante ataques a bienes jurídicos fundamentales no cabrá más que la respuesta penal. Ello ocurrirá cuando respetar la decisión en conciencia equivalga a admitir la lesión de bienes jurídicos que pongan en riesgo la existencia del propio Estado o de sus sistema político u orden constitucional. De lo contrario, el Estado estaría consintiendo la posibilidad de su propia destrucción. Este es el principal argumento contra el terrorismo, ya que el empleo de violencia contra bienes jurídicos estatales no se puede justificar por razones de conciencia¹⁹⁰⁹.

MUÑOZ CONDE tampoco considera posible admitir decisiones de conciencia que directamente conculquen bienes jurídicos individuales de máxima jerarquía, como la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad, puesto que son más importantes que la propia libertad de conciencia (resulta llamativo que asigne mayor relevancia a la propiedad que a la libertad de conciencia) y resultan indispensables para el desarrollo de los demás ciudadanos que también tienen derecho a su protección por el derecho¹⁹¹⁰. Entre los ejemplo de actos rechazables incluye a los asesinatos rituales practicados por miembros de sectas, lo que lleva a pensar que también podrían incluirse en estas consideraciones las mutilaciones femeninas.

El fundamento en base al cual MUÑOZ CONDE considera que el Estado no puede tolerar ni los ataques contra bienes jurídicos que comprometan su propia existencia y orden político, como tampoco bienes jurídicos de terceros reposa en que una cosa es que el Estado respete la libertad de conciencia individual y otra que lo haga hasta el punto de hacerla suya, aun cuando sea contraria a sus propias leyes, lo que equivaldría a dejar librada su aplicación a la aceptación de las normas por parte del ciudadano. Ello sería contrario a la propia esencia del derecho, entendido como conjunto de normas objetivas de validez general. El ejercicio de un derecho fundamental reconocido por la constitución nunca puede ser ilimitado, puesto que no hay derechos absolutos. La libertad de conciencia debe ser entendida como una exigencia de que el Estado respete la conciencia individual y no obligue al ciudadano a actuar en contra de ella,

miento y además se encuentra en desacuerdo o le parece intolerable que el Estado pueda castigar esa clase de conductas (*El conocimiento*; pp. 188-189).

¹⁹⁰⁹ MUÑOZ CONDE; *La objeción*; pp. 281-282.

¹⁹¹⁰ MUÑOZ CONDE; *La objeción*; p. 283. Es digno de mención que este autor hace la salvedad de que podría admitirse la impunidad aun frente a hechos típicos que afecten bienes jurídicos fundamentales, cuando la decisión en conciencia entre autor y víctima fuera coincidente (p. 284), matiz para nada menor y que en materia de delitos cometidos desde una motivación cultural diversa puede llegar a tener significación en la búsqueda de respuestas prescindentes de la aplicación punitiva, si ello no se presenta necesario de acuerdo a finalidades preventivas. Siempre, claro está, que se trate de contextos en los que los intervinientes sean adultos, plenamente responsables.

pero no como una obligación estatal de legalizar todos los puntos de vista subjetivos fundados en conciencia¹⁹¹¹.

6. Por su parte, CORCOY BIDASOLO, al prologar una reciente edición de la obra de CÓRDOBA RODA, destaca que la actualidad del tema del error está dada, entre otros factores, por las consecuencias colaterales de la globalización. Una de ellas, a su juicio, es la coexistencia en nuestros países de culturas muy diferentes con valores diferentes, que propician la incidencia del error de prohibición¹⁹¹².

7. La indiscutible ruptura que el error provoca entre el autor y su hecho, está presente de manera patente cuando la divergencia cultural bloquea la posibilidad de acceso a la valoración antijurídica. Esta idea parece estar contenida también en la opinión de BUSTOS RAMÍREZ, cuando sostiene que es necesario analizar si al sujeto se le puede exigir una determinada conciencia del derecho en relación al hecho concreto realizado, porque podría suceder que, en razón de las condiciones personales, la actitud valorativa frente al injusto no hubiera coincidido con la exigida por el ordenamiento jurídico. A esta constatación la considera una exigencia del principio de dignidad humana para ver si el respeto a este es compatible con la exigibilidad de una determinada conciencia valorativa para la imposición de una pena,

lo que necesariamente plantea la problemática de una creencia diferentes sobre la licitud. Imponer una pena, a pesar de que tal creencia diferente impedía al sujeto coincidir con la conciencia exigida significaría no respetar la dignidad de la persona, la pena perdería toda su legitimidad y también carecería de sentido la pena como opción¹⁹¹³.

8. Partiendo de una concepción material de la culpabilidad de filiación en la teoría de ROXIN acerca de la necesidad preventiva de la pena, también MONGE FERNÁNDEZ postula que los casos de delitos cometidos en virtud de valoraciones culturales diversas deben ser considerados casos de errores culturales, a ser resueltos en sede del error de prohibición. Ahora bien, a su criterio, ese error no debe ser reputado directo, es decir relativo a la norma en sí misma y a la representación de la valoración jurídica del acto conforme a la norma prohibitiva; sino como error de prohibición indirecto, ya que el autor actúa en la falsa convicción de estar amparado por una causa de justificación. De todos modos, deja fuera de las excepciones culturales merecedoras de un tratamiento penal morigerado a todas aquellas tradiciones incompatibles con la dig-

¹⁹¹¹ MUÑOZ CONDE; *La objeción*; p. 286.

¹⁹¹² CORCOY BIDASOLO; *Prólogo*; en CÓRDOBA RODA; *El conocimiento*; p. X.

¹⁹¹³ BUSTOS RAMÍREZ; *El tratamiento*; p. 704.

nidad humana y con los derechos humanos en general, entre las que enuncia a la mutilación genital y a la lapidación de viudas¹⁹¹⁴.

9. En relación a la aplicabilidad de este instituto para el caso de los inmigrantes –a los que cabe agregar a los indígenas–, VÁZQUEZ GONZÁLEZ ha dicho que en orden a establecer su procedencia habrá que atender al grado de adaptación al medio local europeo del país del que se trate, que cada autor en concreto presente. No se medirá con la misma vara a quien esté medianamente integrado a la sociedad de acogida que a quien sea un recién llegado y conozca escasamente el ordenamiento jurídico del lugar. En el primer caso, difícilmente pueda alegarse error de prohibición, puesto que es probable que el sujeto conozca las normas de ambos sistemas culturales y elija *ex profeso* cuál cumplir y cuál transgredir¹⁹¹⁵.

[a]l inmigrante más o menos integrado en nuestra comunidad –trabaja, tiene a sus hijos escolarizados, ha obtenido un permiso de residencia, tarjeta sanitaria, etc.– se le puede y debe exigir que adecue su conducta a las normas del Estado. Por lo tanto, este puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobársela cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad de acogida, con la cual mantiene una relación más o menos estrecha¹⁹¹⁶.

De todos modos, también para este tipo de casos se ha sugerido como posible que la diversidad cultural autorice igualmente a reconocer la existencia de un conflicto valorativo y permita prescindir de la pena en el caso concreto, en orden a fines preventivos¹⁹¹⁷.

Si, en cambio, el culturalmente diverso desconoce o no conoce de manera bastante la normativa oficial, los mínimos contactos que pueda tener con la sociedad de acogida darán lugar a valorar el posible desconocimiento de la norma, por vía del error de prohibición.

Como se ha dicho, postulado del error de prohibición es la posición más difundida en la doctrina, pero si se pretende que el instituto pueda tener alguna incidencia concreta para solventar conflictos culturales con relevancia penal, atendiendo al pluralismo y a la tolerancia, creemos que será necesario efectuar una cierta renovación a la forma de aplicar el error de prohibición invencible en este tipo de casos. De lo contrario, sería prácticamente inviable recurrir a ese expediente, en un universo jurisprudencial ya de por sí reacio a aceptar esa figura como exculpante.

Es que en la situación del mundo actual en términos absolutamente reales –vale decirlo una vez más, al margen de los discursos políticamente correctos que se preocupan por aportar soluciones teóricas que luego resultan alejadas de lo que los

¹⁹¹⁴ MONGE FERNÁNDEZ; *El extranjero*; pp. 111-114.

¹⁹¹⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 198.

¹⁹¹⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; p. 198.

¹⁹¹⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; pp. 198-199.

jueces estarían dispuestos a hacer— es casi inimaginable que exista un ser humano que haya migrado de un país a otro, por muy precarias que hayan sido sus condiciones socioculturales de origen, y que por el solo hecho de llegar no haya tenido un mínimo contacto con la sociedad de acogida. Si se aplican parámetros excesivamente dogmáticos para apreciar la concurrencia de error, cualquier juez llegaría a la conclusión de que la personas imaginada tuvo motivos para dudar e informarse sobre la legitimidad de su conducta. Máxime si se piensa en el desarrollo global actual de las comunicaciones y de la informática, a mano de prácticamente todo el mundo, así sea con un nivel precario de acceso directo o a través de terceros. Así el error pasaría a ser letra muerta.

Otro tanto puede decirse de las comunidades indígenas. Aquellas que no han tenido prácticamente ningún contacto con la civilización mayoritaria son un número francamente muy reducido, si bien existente¹⁹¹⁸. En el común de los casos, se ha producido —al margen de los aciertos y errores de los procesos históricos que nos han conducido hasta este punto del desarrollo intercultural— un intercambio de patrones culturales y de conductas de unos grupos a otros, de modo que es difícil encontrar culturas indígenas en estado puro, es decir como antes de la llegada de los colonizadores.

Sobre este punto, son dignas de transcribir las palabras que HURTADO POZO emplea para referirse a la situación del Perú, en un comentario sobre diversas interpretaciones a las que ha dado lugar el art. 15 del C.P. de ese país, que contempla el error por motivos culturales. No obstante, lo que interesa destacar en este punto versa sobre el llamado de atención sobre la necesidad de una adecuada mirada histórica sobre la cuestión indígena en ese país, donde la presencia de comunidades originarias tiene una significación muy elevada en su composición poblacional. Así, efectúa la siguiente apreciación, que comienza por criticar

el esquema maniqueísta en el que [se postula] la alternativa fatal entre “mundo indígena” y “mundo occidental u oficial” (...) sin llegar a considerar suficientemente los cambios que se han producido y se producen actualmente debidos a la cohabitación e influencias recíprocas (aunque no igualitarias) iniciadas brutalmente con la Conquista. [La] defensa de los indígenas, que comprendemos y compartimos, no debe hacer olvidar la complejidad y riqueza del proceso histórico y social que ha dado lugar al Perú actual. Por ejemplo, el pedido de ciudadanía por los caciques y *ayllus* consistió en exigir tanto sus plenos derechos de fieles «vasallos” del rey de España como su *status* de plena humanidad. Lo que tenía como consecuencia evitar que un sector de los grupos dominantes encerrase el mundo indígena en su “indianidad”, para continuar discriminando y explotando a sus miembros¹⁹¹⁹.

Si los datos que aportan la realidad histórica y presente se dejan de lado y además se olvida la poca inclinación de los jueces que deberán resolver al recurso a ciertos institutos dogmático, entonces nunca podría mediar un error de prohibición, y

¹⁹¹⁸ Como los indios selváticos de Perú o los amazónicos.

¹⁹¹⁹ HURTADO POZO; *Impunidad de personas con patrones culturales distintos*; p. 165.

menos aún invencible, determinado por la procedencia cultural. Es por eso que aquí trataremos de ofrecer una mirada renovada del instituto que lo convierta en una herramienta pasible de aplicación y que concilie el pluralismo cultural con la tutela a los pilares de la sociedad y el Estado.

III. C) 5. ii) Error de comprensión como una forma de error de prohibición.

Como ya hemos anticipado, la doctrina mayoritaria se inclina por resolver el contrapunto entre el hecho cometido desde una motivación cultural diversa y el derecho penal del Estado a partir de la exclusión de la culpabilidad por vía de una especie de error de prohibición: el de comprensión.

En el medio argentino, sin dudas la voz más resonante desde el lado de los planteos por falta de culpabilidad ha sido la de ZAFFARONI. No obstante, con relación al situación del indígena, este autor ha rechazado enfáticamente la posibilidad del recurso a la inimputabilidad, que finca en considerarlo un individuo inferior. La tesis del indígena inimputable no podría ser receptada válidamente, por afectar el principio constitucional de igualdad. Agrega que el indígena puede ser inimputable, pero como puede serlo cualquier otro ciudadano y por las razones que puede serlo cualquier otro ciudadano; no por su condición de indígena¹⁹²⁰.

La propuesta de ZAFFARONI toma la senda de la categoría del error culturalmente condicionado como la mejor solución para esta problemática, pero admitiendo –a nuestro juicio de manera poco consistente con su propio planteamiento– la posibilidad de que, cuando ello sea estrictamente necesario, se aplique al indígena una medida de seguridad, del tipo de las que se aplican a los sujetos inimputables.

Si bien la propuesta de ZAFFARONI se aproxima en algunos aspectos a la que aquí se postulará –por ejemplo, al tomar en cuenta la comprensión (o su ausencia) de los valores que encarna la norma oficial– no podemos compartirla totalmente. Incluso, por nuestra parte preferiremos recurrir al criterio de la “aceptación” de la norma, en sentido propuesto por HART, que a la noción de “comprensión”. En efecto, ya hemos tenido oportunidad de comentar que la aceptación, como actitud normativa, es la disposición permanente de los individuos a adoptar las normas como guía de su propia conducta futura¹⁹²¹.

Para comprender su posición, hay que decir que, entre los errores directos de prohibición, ZAFFARONI ubica al error de comprensión como una forma de aparición de aquel. Es decir que, a su juicio, el error directo no se agota con el desconoci-

¹⁹²⁰ ZAFFARONI; *Art. 34*; p. 552.

¹⁹²¹ HART; *El concepto*; pp. 69 y ss.

miento de la existencia de la prohibición o del alcance de la misma, sino que abarca también los supuestos en los que, mediando conocimiento, está ausente la comprensión de aquella¹⁹²².

En ese sentido, señala que la comprensión de la antijuridicidad penal implica no solo el conocimiento, sino también la introyección de las pautas de derecho. Es muy interesante destacar que ZAFFARONI remarca que tal introyección de ningún modo importa la pretensión de internalización de tales pautas, sino que solo es una aspiración de que ello ocurra. Por eso entiende que el derecho penal es un *orden coactivo con aspiración ética*, que permanecerá indiferente si tal aspiración no se logra, salvo que ello se traduzca en la comisión de un injusto, lo que hará reprochable la conducta del autor por no haber internalizado las pautas¹⁹²³.

En nuestra opinión, esa faceta es relevante, en términos de respeto al pluralismo, ya que si bien el Estado al asumir parámetros valorativos tiene la aspiración de que sean aceptados en tanto los considera expresión de bases compartidas por la mayoría de sociedad, no puede *imponer* tales valores a quienes no los consideran propios, para gobernar su propia vida, pero sí puede tener el anhelo de que sean aceptados como modos de asegurar mínimamente la convivencia pacífica colectiva. Si el no reconocimiento de esos valores se concreta en una conducta penalmente relevante y que además supera las barreras de lo tolerable, habrá que apelar a la respuesta penal.

Volviendo a la posición de ZAFFARONI, el *error de comprensión* importa un mayor esfuerzo para la comprensión y por lo tanto siempre disminuirá el reproche de culpabilidad. Sin embargo, si es invencible esta quedará excluida por completo. Este fenómeno tendrá lugar ante los errores que condicionan culturalmente la comprensión de la antijuridicidad, en atención a que no se lo podrá reprochar a un sujeto la falta de internalización de pautas de conducta que ocurre por razones culturales, incluso cuando conozca la norma prohibitiva¹⁹²⁴.

Ello ha llevado a GARCÍA VITOR a afirmar que esta forma de error de comprensión por condicionamiento cultural es una excepción a la regla que el propio ZAFFARONI sostiene de que el error de comprensión no excusa, por cuanto el derecho no exige la internalización de la norma, sino que aspira éticamente a ello se produzca. Como mucho, podrá incidir en la mensuración de la pena. Y con cita de MUÑOZ CONDE, agrega que la responsabilidad penal exige el conocimiento de la antijuridicidad o de las normas que la determinan, pero no el reconocimiento de ellas¹⁹²⁵.

¹⁹²² ZAFFARONI; *Art. 34*; pp. 550-551.

¹⁹²³ ZAFFARONI; *Art. 34*; p. 551.

¹⁹²⁴ ZAFFARONI; *Art. 34*; p. 551.

¹⁹²⁵ GARCÍA VITOR; *Diversidad cultural*; p. 29 y nota 46.

Retomando la propuesta de ZAFFARONI, esta clase de error de comprensión exculpante se verifica ante algunas prácticas de comunidades indígenas. Sin embargo, agrega que no todo error cultural será de prohibición, ya que si recae sobre el proceso causal podrá ser de tipo o, aun siendo de prohibición, podrá no ser directo en caso de que se trate de un supuesto de justificación putativa. Para ilustrar su punto de vista, recuerda a los médicos medievales que infectaban heridas con ungüentos extraños, sin realizar ninguna conducta final de lesión o de homicidio, sino, por el contrario, en el afán de curar (atipicidad). Como ejemplo de error de prohibición indirecto, propone el de los miembros de la cultura *Ahuaca*, oriundos del este de Ecuador, quienes atacaban a los blancos, en la creencia de que el hombre blanco los eliminaría en cuanto los viera. También, como caso de defensa putativa, trae a colación el del indígena africano que, con la intención de eliminar un espíritu maligno que lo perseguía, mató a una anciana. Este caso fue resuelto por la Corte de Sudán, tribunal que afirmó que faltaba la *mens rea*¹⁹²⁶.

Explicando la posición de ZAFFARONI, GARCÍA VITOR, quien –como ya se ha visto– considera que la solución a estos casos debe buscarse en las causas de justificación, admite que el camino propuesto por aquel no es desafortunado. En tal sentido, entiende que quien concreta una acción contraria a derecho condicionado por su cultura, en verdad, no comprende que su obrar sea malo, incluso cuando conozca la norma penal. Se trata de supuestos excepcionales en los que, sin caer en una causal de inimputabilidad, ya que el sujeto es “normal” dentro de su medio, no se le puede exigir que comprenda la criminalidad del acto, en tanto subjetivamente sus acciones son buenas o no son socialmente desvaloradas. En cambio, si comprendiese la dañosidad social de su proceder, desaparecería el error y se estaría ante un caso de conciencia disidente, relevante para graduar la pena según el esfuerzo que se haya requerido para internalizar la norma¹⁹²⁷.

Como corolario de su tesis sobre este asunto, ZAFFARONI concluye que el error de comprensión culturalmente condicionado, que excluye la culpabilidad del autor no significa dejar indefensa a la comunidad, si el autor se muestra peligroso, proponiendo como ejemplo el caso extremo de un jíbaro de extremada peligrosidad, respecto de quien estima absurda la pretensión de dejarlo en libertad¹⁹²⁸.

Esta solución la extrae del propio Código Penal Argentino, digesto en el que, cuando se absolviese a un procesado por error, está prevista su reclusión en un establecimiento adecuado hasta la desaparición de las condiciones que lo hicieran peli-

¹⁹²⁶ “Sudan, Government vs. Absullah, Maklitar Nur”, 1959, citado por ZAFFARONI; *Art. 34*; p. 552.

¹⁹²⁷ GARCÍA VITOR; *Diversidad cultural*; pp. 31-32.

¹⁹²⁸ ZAFFARONI; *Art. 34*; pp. 552-553.

groso¹⁹²⁹. En cambio, quien obre en error cultural de comprensión sin ser peligroso no podrá ser internado.

Esta última solución no nos resulta convincente, en tanto acaba aplicando una medida de seguridad, que es la consecuencia jurídica por antonomasia dirigida a quienes son declarados inimputables, a sujetos que no tienen ningún déficit psíquico, sino que pertenecen a un medio cultural distinto al mayoritario, con lo que se acaba, en última instancia, retornando a una mirada peyorativa y discriminatoria de la diversidad cultural. Personalmente, estimamos que si el error cultural es inevitable no queda más alternativa que la absolucón sin más; ni pena ni medida de seguridad pueden corresponder. A lo sumo, podría preverse legalmente, para casos de extrema peligrosidad el recurso a alguna instancia dialogal sin connotación sancionatoria ni curativa, como por ejemplo el acercamiento a la víctima o la realización de algún taller para acercar posiciones y tratar de hacer asequible –que no significa compatible– el por qué el Estado decide criminalizar ciertas conductas, al margen de toda pertenencia cultural del autor. Máxime cuando se está en un tiempo histórico de revisión de todo lo que tiene que ver con las medidas de seguridad y se tiende a evitarlas al máximo, aún para situaciones de enajenación psiquiátrica¹⁹³⁰.

Hay que señalar que la posición de ZAFFARONI respecto del error culturalmente condicionado importa un contrapunto con su propuesta para los casos de conciencia disidente. En efecto, su punto de vista sobre ese particular es que la conciencia de la antijuridicidad no puede depender de la conciencia individual, puesto que ello importaría dejar librada la vigencia del derecho a cada sujeto. Así, no toda objeción de conciencia por razones morales, políticas o religiosas puede resultar idónea para pretender la existencia de un error de prohibición. Aquella solo tendrá relevancia cuando conduzca al autor a suponer falsamente la existencia de una causa de justificación no reconocida por el derecho.

Sobre lo anterior, considera que la autoría por conciencia será siempre un supuesto de disminución de la culpabilidad, debido al mayor esfuerzo que debe realizar

¹⁹²⁹ **ARTICULO 34.-** No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso.

¹⁹³⁰ También crítico de esta posición de ZAFFARONI, GARCÍA VITOR; *Diversidad cultural*; pp. 26-27.

el sujeto, que se siente compelido por un deber a la realización del injusto. Esto último lo distingue del mero objeto¹⁹³¹.

En su más reciente formulación sobre esta cuestión, es decir en la obra publicada en coautoría con ALAGIA y SLOKAR, ZAFFARONI mantiene su punto de vista sobre la médula de este asunto. En efecto, ese trío de profesores no duda en emplazar los injustos cometidos por quien ajustó su conducta a una motivación cultural diversa dentro del marco de los errores de prohibición directos, y más precisamente en la subespecie de los *errores directos de comprensión*. Ello por cuanto a quien está condicionado por una diversa cosmovisión no puede exigírsele la comprensión de la norma, es decir, su introyección o internalización como parte de su *equipo valorativo*¹⁹³². La culpabilidad exige que el sujeto haya tenido la posibilidad de internalizar en un grado razonablemente exigible los valores que fundamentan el injusto¹⁹³³. Precisan que “estos supuestos tienen lugar especialmente cuando el agente pertenece a un cultura o subcultura diferenciada, donde ha internalizado valores diferentes e incompatibles”¹⁹³⁴.

Con una raíz psicologista en cuanto a la forma de entender el error de prohibición, son de opinión de que se degradaría el principio de culpabilidad al estándar de una mera ficción si se equiparara *conocimiento* de la antijuridicidad con *comprensión* de la misma. Un derecho penal antropológicamente fundado y que se base en principios reductores del poder punitivo debe tomar en cuenta la efectiva posibilidad de comprensión que el autor del injusto haya tenido. En caso de que se concluya que la comprensión era jurídicamente exigible, el injusto será reprochable y el grado de reprochabilidad se remitirá al grado de exigibilidad y al respectivo grado de esfuerzo que el sujeto hubiese debido realizar. Esto ayudará a resolver las distintos grados de exigibilidad con los cuales mensurar las conductas de los autores de convicción y de conciencia disidente, reservando para este último siempre una culpabilidad menguada que no siempre considerarán aplicable a aquel¹⁹³⁵.

¹⁹³¹ ZAFFARONI; *Art. 34*; pp. 553-554.

¹⁹³² ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 704.

¹⁹³³ En efecto, para ellos, el principio de culpabilidad es un derivado del de legalidad. Este último tiene el sentido de que los ciudadanos puedan conocer y comprender la conminación penal de su conducta antes de su realización. El principio de culpabilidad es su necesaria consecuencia al asegurar que, cuando por cualquier causa, al agente le fuese imposible o no le fuese razonablemente exigible en las circunstancias concretas tal comprensión o conocimiento, no podría ejercerse el poder punitivo (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 692). Téngase en cuenta que estos autores conciben al principio de legalidad con el sentido y alcance que tuvo en tiempos del Iluminismo y que, en orden al conocimiento y comprensión de la antijuridicidad, consideran que el sujeto tiene que haber captado la dimensión *penal* (no solo contraria a derecho) de su hecho.

¹⁹³⁴ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 704. Agregan a lo dicho en el texto su opinión acerca de que no siempre la comisión de un delito refleja un conflicto entre el sujeto y la norma, sino que en ocasiones ese contrapunto puede ser la manifestación de la ausencia de legitimación de la norma, ya que en toda sociedad compleja existen tensiones entre distintas formas de modelos sociales y modos de entender la vida, ante lo cual la democracia se presenta como la herramienta para posibilitar la coexistencia pacífica entre distintas valoraciones (p. 704).

¹⁹³⁵ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 705.

Ahora, si el esfuerzo que el autor hubiese debido realizar hubiese sido de tal magnitud que se evidencie su inexigibilidad jurídica, quedará excluida la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad. En otros términos, el error de prohibición será invencible, situación esta que se verificará principalmente cuando la comprensión esté culturalmente condicionada: “principalmente cuando la dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente: cuando el sujeto conoce la norma prohibitiva pero no la puede internalizar por razones culturales, por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización (comprensión)”¹⁹³⁶. En cambio, en caso de que se concluya que la comprensión era jurídicamente exigible, el injusto será reprochable y el grado de reprochabilidad se remitirá al grado de exigibilidad y al respectivo grado de esfuerzo que el sujeto hubiese debido realizar.

El error de comprensión sostenido por este triduo de autores permitiría eludir la teoría que ellos mismos catalogan de absurda, relativa a inimputabilidad o estado peligroso de los indígenas. A su criterio, tampoco el recurso a la inexigibilidad sin más resuelve los casos conflictivos, porque aquella no es una causa autónoma de inculpabilidad, sino la característica última de todas ellas. Critican la propuesta del preventivismo de relevar el error de prohibición invencible solo cuando fuera tolerable desde la perspectiva de la prevención, por entender que refleja el argumento político de fondo de que se excusa cuando la sentencia “no se erija en una incitación a la desobediencia a la voz del estado”¹⁹³⁷.

Tampoco aceptan que se eleve a la categoría de regla inobjetable el argumento de que el error de prohibición sería inaceptable cuando el injusto afectara bienes jurídicos elementales. Si bien admiten que los casos en los que está en juego la vida y la integridad física serán más complejos de resolver, por cuanto a mayor gravedad de la lesión también será más grave el reproche, para que proceda una exculpación el ámbito de auto-determinación deberá estar reducido por motivos más fuertes. Sin embargo, reconocen que no cabe descartarlo sin más¹⁹³⁸.

Ahora bien, con relación a la aplicación de medidas de seguridad a los indígenas o quienes obren en error culturalmente condicionado, nada dicen, de modo tal que permanecen en pie las críticas que hemos formulado respecto de la posición favorable a la imposición de ese tipo de consecuencias jurídicas.

También en el medio argentino, BOTANA destaca la importancia del error culturalmente condicionado, al que atribuye gran relevancia de cara a la oleada migratoria propia de nuestro tiempo, que obliga a repensar lo extranjero, elemento que ya no

¹⁹³⁶ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 705.

¹⁹³⁷ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 706.

¹⁹³⁸ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; *Derecho Penal*; p. 706.

tiene un cariz excepcional, sino que integra la realidad cotidiana, transformando poco a poco la identidad socio-económica local de nuestras sociedades¹⁹³⁹. Así lo muestra la inquietud experimentada en algunos países de Europa, reflejada en la jurisprudencia, por ejemplo, de Francia, donde el Tribunal Superior, ya en 1983, debió resolver que la ablación de clítoris era punible¹⁹⁴⁰ para la madre autora de la escisión, quien había justificado su actuar en que siempre se había hecho así y en que continuaba las tradiciones de su padres. El caso da pie a BOTANA para destacar que las costumbres sociales y religiosas resultan, en el contexto de ciertas minorías culturales, más importantes que las normas del país donde residen.

Los interrogantes acerca de cómo resolver ese tipo de conflictos, es decir si inclinarse a favor de la norma consuetudinaria o de la estatal del país receptor, son trasladables, según BOTANA –con apoyo en toda la normativa constitucional y supranacional¹⁹⁴¹–, a los conflictos entre cultura y derecho penal que pueden suscitarse con las comunidades indígenas. En efecto, la aceptación de todas las garantías de raigambre constitucional relativas a la justicia indígena, comprensivas del respeto a la diversidad de culturas, a su forma de organización social y a su propia estructura legal, no puede reducirse a un grupo de normas escritas, ya que ese derecho se transmite de generación en generación de forma oral¹⁹⁴². De tal suerte y tras descartar –con cita de GARÓFALO– la posibilidad de asumir la existencia de delitos naturales, entendidos como cierto número de acciones que, en todos los tiempos y lugares, hayan sido consideradas delictuosas, remarca que se impone preguntarse por la relevancia del error de prohibición culturalmente condicionado¹⁹⁴³, derivado de pertenecer a una cultura o etnia “diferente a la imperante en el momento y lugar de comisión del hecho”¹⁹⁴⁴.

Si bien la autora expresa que tal categoría de error está ausente en la legislación argentina, entiende que su reconocimiento es de vital importancia, conforme las referidas pautas constitucionales¹⁹⁴⁵. En efecto, BOTANA considera que se trata de yerros que impiden comprender la criminalidad del acto, conforme el texto del art. 34.1 del C.P.¹⁹⁴⁶

Con relación al instituto del error culturalmente condicionado ideado por ZAFFARONI se ha dicho que no es sencillo deslindarlo del error de prohibición y del

¹⁹³⁹ BOTANA; *El error*; p. 152.

¹⁹⁴⁰ A tenor del art. 312, 3º párrafo, del C.P., que prevé la privación de libertad perpetua para los progenitores que realicen el ritual y de 10 a 20 años, en caso de complicidad (BOTANA; *El error*; p. 152, con cita de CÁRCOVA, Carlos María; *La opacidad del derecho*; Trotta; Madrid; 1998; pp. 84-85).

¹⁹⁴¹ Arts. 14 y 75, inc. 22, de la C.N. argentina; la CADH; el PIDCP; el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros.

¹⁹⁴² BOTANA; *El error*; p. 155.

¹⁹⁴³ BOTANA; *El error*; p. 156.

¹⁹⁴⁴ BOTANA; *El error*; p. 159.

¹⁹⁴⁵ BOTANA; *El error*; p. 159.

¹⁹⁴⁶ BOTANA; *El error*; pp. 160-161.

autor de convicción y que las regulaciones en los códigos penales que lo han asumido plantean múltiples dudas. Además, se ha cuestionado que sea posible trasladarlo sin más a los delitos cometidos por extranjeros culturales en Europa, ya que la situación de los migrantes es una realidad muy alejada de la de los indígenas latinoamericanos¹⁹⁴⁷.

Otra clásica voz referente en la materia del indígena y la ley penal es la de YRURETA, quien también toma partido por la solución a través del error de comprensión. No obstante, deja abierta la puerta a la posibilidad de que la cuestión se resuelva en el plano de la justificación putativa. Es que, a criterio de esa autora, la inculpabilidad por error puede ser declarada tanto cuando el indígena ignoraba que su conducta contravenía las reglas penales vigentes, como cuando supuso que las circunstancias de hecho permitirían la realización legítima de la acción que se le imputa¹⁹⁴⁸. Ambas soluciones –creemos– podrían ser extensibles a los casos de extranjeros.

Entre los autores argentinos, CESANO también se declara partidario de que esta problemática sea resuelta mediante el instituto del error de prohibición directo, en su modalidad de error de comprensión, con el alcance que ZAFFARONI otorga a ese concepto¹⁹⁴⁹. Con apoyo en la teoría sociológica de BERGER y LUCKMANN, afirma que el proceso de socialización consiste en la internalización, es decir, la aprehensión o interpretación inmediata de un acontecimiento objetivo en cuanto expresión de significado, que se vuelve subjetivamente significativo. Esa socialización reconoce dos fases. La primaria, que es la que tiene lugar durante la infancia, y la secundaria, que tiene lugar como un proceso posterior que induce al individuo ya socializado a internalizar nuevos sectores del mundo objetivo de su sociedad.

De esas dos fases, la socialización primaria es la más determinante para la configuración del individuo. En abono de esa afirmación, CESANO trae a colación estudios realizados en comunidades aborígenes chaquenses actuales, en cuyo seno se

¹⁹⁴⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Inmigración, diversidad*; pp. 159-160. Sobre las soluciones dogmáticas a los delitos cometidos por autores de conciencia o convicción, ver OLAIZOLA NOGALES; *El error*; p. 116 y ss. Tras analizar las distintas respuestas dogmáticas que se han sugerido, la autora rechaza la viabilidad del error de prohibición. A su juicio, este supone el desconocimiento de la valoración negativa y de la prohibición jurídica de la conducta; en cambio, el delincuente de conciencia y/o por convicción conoce perfectamente la valoración negativa de su comportamiento que realiza el ordenamiento jurídico, lo que evidencia que no hay error, por falta de equivocación. El sujeto se enfrenta deliberadamente al ordenamiento jurídico, precisamente, porque le parece injusto y quiere cambiarlo. Concluye, con cita de RUDOLPHI y distanciándose de MUÑOZ CONDE, que el error de prohibición en estos casos, podría llevar a la más pura anarquía (p. 121). No obstante, deja abierta la puerta para que, en algunos casos particulares se pueda producir un auténtico caso de error de prohibición: cuando el sujeto crea que la norma a infringir choca con otra de mayor rango que sí es respetuosa de su convicción (error de validez) y cuando el delincuente de conciencia considere que su derecho a la libertad de conciencia es más amplio de lo que verdaderamente es y se considere legitimado para actuar como lo hace (error de prohibición indirecto). Según OLAIZOLA, en estos casos el error de prohibición es admisible, pero no porque el sujeto haya actuado conforme a su conciencia o a sus convicciones, sino porque verdaderamente yerra sobre la prohibición prevista por el ordenamiento jurídico (pp. 122-123).

¹⁹⁴⁸ YRURETA, Gladys; *El indígena ante la ley penal*; Universidad Central de Venezuela; Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas; Caracas; 1981, p. 130; citada por CESANO; *Delito y diversidad*; p. 66.

¹⁹⁴⁹ CESANO; *Diversidad cultural*; IV. Aproximación a una respuesta; CESANO, *Delito y diversidad*.

verifica que a pesar de que su mundo cultural ha experimentado el choque con la cultura nacional, el proceso de socialización primaria de esos grupos transcurre bajo el imperio de lo que subsiste de la cosmovisión nativa, transmitida en su propio idioma. Ello se traduce en que los significados, valores y normas que se le transmiten desde la sociedad mayor no logran hacer mella en la identidad que el sujeto ha forjado en el seno de su sociedad de origen, cuando sus principales interacciones las continúa manteniendo dentro de esta.

Esta misma situación se verifica –continúa CESANO– en algunas comunidades de inmigrantes con se asientan en países occidentales, cuando en esos grupos subsiste una fuerte identidad étnica. Pone como ejemplo el de la escisión de clítoris en grupos inmigrantes africanos de religión musulmana, para quienes las costumbres del propio pueblo constituyen una obligación social y religiosa mucho más fuertemente coercitiva que la legislación penal del país de acogida¹⁹⁵⁰.

A juicio de CESANO, cuando un actor social se encuentra inmerso en una subcultura con fuerte identidad étnica, incluso cuando pueda tener conocimiento formal de la ley penal que desapruueba una conducta, le será muy complicado internalizar los valores de la norma (comprensión). En consecuencia, será difícil plantear un reproche de culpabilidad, salvo que el sujeto haya estado en situación de reconocer la antijuridicidad de su hacer, lo cual es difícil que suceda cuando las percepciones valorativas culturales del endogrupo posean tal firmeza que sus miembros no puedan admitir reglas jurídicas enfrentadas con aquella pautas.

Continúa señalando que el mundo vital cotidiano del autor de un ilícito no es otro que el de la subcultura donde se desarrolla. Todas sus significaciones se vuelven inteligibles dentro de los patrones culturales que, desde la socialización primaria, ha ido adquiriendo en el endogrupo. Por eso estima que sería equivocado definir su mundo vital a partir de los significados propios de la sociedad mayor.

Si bien reconoce que actualmente es casi imposible concebir subculturas completamente ajenas a las pautas de la sociedad mayor, ese argumento tampoco es convincente para tratar de imponer los parámetros de concepción del mundo mayoritarios a quien pertenece a un grupo cultural más reducido en número. Para fundar su posición, describe a la aculturación como un proceso de cambio que emerge del contacto de grupos que participan de culturas distintas¹⁹⁵¹. Su nota característica es un continuo conflicto de fuerzas, entre formas de vida de sentido opuesto, que se manifiesta en niveles variados de contradicción. Es decir que la aculturación lleva insito el con-

¹⁹⁵⁰ CESANO; *Diversidad cultural*; punto “IV. Aproximación en a una respuesta”; en particular nota 76.

¹⁹⁵¹ CESANO cita a COLOMBRES, Alfredo; *La colonización cultural de la América indígena*; serie Antropológica; Ediciones del sol – CEHASS; Buenos Aires; 1987; p. 56 (ver CESANO; *Diversidad cultural*; nota 83).

flicto cultural. Sin embargo, la imposición de pautas culturales por parte de la sociedad mayor no ocurre de manera instantánea, sino por vía de prolongados proceso de penetración (por ejemplo, la escolarización; la sustitución de la lengua madre por el idioma oficial; mediante injerencias religiosas). Esos intentos de penetración, por su parte, serán más o menos resistidos entre los miembros de la subcultura, pero llevarán siempre a algún grado de tensión entre los intentos de avance de pautas culturales extrañas y el rechazo a aquellos reforzando la propia identidad.

La lentitud con la que se desarrollan los procesos de aculturación descritos hace que las significaciones propias de la socialización primaria persistan y sigan dando pie a condicionamientos culturales que constituyan la base fáctica de posibles conflictos para la internalización de las normas.

Partidario entonces de la teoría del error de comprensión, CESANO señala que para que ese yerro tenga efectos excusantes será preciso que sea invencible. Para apreciar esa inevitabilidad deberá ponderarse la incidencia de los procesos de aculturación en el sujeto a juzgar¹⁹⁵². Será el juez quien deba desvirtuar el error invocado por la defensa¹⁹⁵³.

Sin embargo, CESANO admite que la tesis que propone tiene un flanco débil que es tratar de responder al interrogante de si todo condicionamiento cultural que pueda incidir en la realización de una conducta típica debe ser tratado desde la perspectiva del error como causa de inculpabilidad. El interrogante de tinte dilemático se presenta ante la realidad innegable de que algunos comportamientos típicos y antijurídicos cometidos desde la diversidad cultural tensan valores legítimos de la sociedad que él califica de hegemónica, sobre todo con algunos que la mayoría concibe como universales y propios de la condición humana (por un lado, por ejemplo, la integridad del cuerpo, la igualdad de los sexos, la protección de la infancia y, por el otro, la defensa de las minorías, el derecho a ser diferente, el pluralismo).

Responde a este contrapunto a partir de la concepción de que el derecho a la diversidad cultural no es absoluto. Si bien merece ser resguardado, no puede hacerse valer por encima de otros derechos humanos fundamentales. Todo el aparato conceptual de los derechos humanos descansa sobre un imperativo moral, a saber: el valor de la vida, la libertad y la dignidad humana. En el logro de este deben complementarse todos los derechos individuales y colectivos. Por eso concluye que, solo si la conducta

¹⁹⁵² CESANO; *Diversidad cultural*; nota 88.

¹⁹⁵³ Desde el aspecto netamente procesal sobre la forma de sustentar el alegado error o de desvirtuarlo, CESANO destaca que la invencibilidad o la vencibilidad deberán determinarse a través de la evaluación pericial especializada (antropológica) e interdisciplinaria y que, en caso de duda, deberán regir los principios generales del proceso penal. Es decir, que se deberá considerar que el sujeto actuó con un condicionamiento cultural tal que le impidió la comprensión de la norma (ver CESANO; *Diversidad cultural*; IV.3).

inspirada en un patrón cultural distinto no significa una alternación a un derecho fundamental individual básico, la falta de comprensión de la norma podrá recibir un trato diferenciado. A propósito de eso, es interesante la cita de VILLAR BORDA que efectúa CESANO, de la que se deriva que se deben procurar estándares mínimos de tolerancia, que cubran diferentes sistemas de valores. Esa cobertura debe abarcar un ámbito axiológico común, lo que significa que al amparo del derecho a la diversidad no se puede tolerar ningún atentado contra derechos fundamentales esenciales del hombre¹⁹⁵⁴.

Esta posición está en sintonía con lo que ya se ha anticipado en esta obra en punto a que, si bien el derecho en general y el penal en particular, tienen que ser ocasión de diálogo intercultural y que los conflictos de este tenor deben ser resueltos apelando a la tolerancia como virtud política y como principio limitador del *ius puniendi*, el Estado no puede tolerar lo intolerable. Y ese límite está dado, precisamente, por el núcleo de derechos humanos fundamentales, de los que lo público no puede nunca claudicar. Sin embargo, nos parece oportuno efectuar una precisión con respecto al límite que suponen los derechos fundamentales de terceros respecto de la diversidad cultural y el derecho penal. Cuando en estas líneas remarcamos que, frente al núcleo elemental de derechos fundamentales el Estado en general y el derecho penal en particular no pueden permanecer inertes en salvaguarda del derecho a la identidad cultural, que tiene menor jerarquía y en consecuencia debe ceder frente a aquellos bienes imprescindibles para la vida individual, no pretendemos significar que, si el error de prohibición hubiera sido invencible, igualmente deba ser merecedor de pena. Tal forma de ver las cosas implicaría una violación inadmisibles al principio de culpabilidad. Por el mismo fundamento, si el error fuera vencible, también podría caber una disminución de la culpabilidad. De ahí que no compartamos la afirmación de CESANO en punto a que la falta de comprensión de la norma podrá recibir un trato diferenciado, únicamente si la conducta inspirada en un patrón cultural diverso no viola un derecho fundamental individual básico.

El riesgo de fomentar la apuntada confusión en materia de respeto a derechos fundamentales básicos y error de prohibición es la que nos lleva a no adoptar el parámetro de la “comprensión” valorativa de la norma como punto de inflexión en la determinación de la concurrencia de esta clase de error. Como dice el propio ZAFFARONI, el derecho penal importa una aspiración ética, pero no puede obligar a los ciudadanos a internalizar o aprehender los valores asumidos por el ordenamiento jurídico. Esto hace que la mera referencia a la no comprensión –en el sentido de no asun-

¹⁹⁵⁴ VILLAR BORDA; *Derechos humanos; responsabilidad y multiculturalismo*; Bogotá; Universidad Externado de Colombia; Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho; N° 9; 1998; pp. 39-40; citado por CESANO; *Diversidad cultural*; nota 96.

ción de los valores jurídico-penales como propios— no sea del todo conveniente para resolver conflictos de tensión con los derechos humanos básicos. Para ilustrar con un ejemplo, supongamos el caso de un ciudadano extranjero con seis años de residencia en España que, a pesar de conocer que el derecho penal sanciona la mutilación genital de clítoris, de igual modo se la hace practicar a su hija recién nacida, en razón de que no ha internalizado los valores de la norma penal para gobernar su vida familiar. La sola referencia a la no introyección de los valores que inspiran el tipo penal de mutilación genital, no parece del todo clara para la solución de un conflicto, en el que el autor se ha mostrado desleal a un derecho que conocía o tenía posibilidades de conocer, por llevar un tiempo prolongado insertado en el medio social español, donde trabaja e interactúa con personas culturalmente diversas. Si solo importara la no comprensión de los valores —que damos por supuesta en el ejemplo—; es decir, la no asunción como propios; la aplicación a rajatabla del error de comprensión culturalmente condicionado¹⁹⁵⁵ podría llevar a excluir el reproche penal, cuando nos parece imposible que en un caso semejante el *ius puniendi* no deba reaccionar, así sea para a la postre imponer una pena morigerada o una respuesta alternativa al conflicto. Otro riesgo frente al mismo caso sería que, desde una perspectiva como la de CESANO, la falta de introyección de los valores no mereciera ninguna consideración atenuatoria, por estar en juego el derecho fundamental a la integridad física de la menor, lo que tampoco podría ser una solución automática, por exigencia del principio de culpabilidad, tal como ya se ha explicado.

Por todo ello es que nos parece preferible apelar al principio de lealtad/deslealtad al derecho como indicador de la vencibilidad o invencibilidad de errores de prohibición motivados en razones culturales. Ese parámetro de fidelidad permitiría concluir que, en el ejemplo que se acaba de proponer, el padre que, con conocimiento de la sanción penal de la mutilación genital en el país en cuyo medio social se encuentra viviendo —al margen de su mayor o menor asunción de los valores del tipo penal en cuestión— fue desleal al derecho al haberlo rechazado como modelo de orientación de conductas para regir su vida familiar. En ese caso sí, dada la preeminencia que el derecho a la integridad física y a la libertad sexual de su hija menor tienen, no podría privile-

¹⁹⁵⁵ Recordemos que más arriba se ha explicado que ZAFFARONI ha sostenido que el error de comprensión invencible, excluyente completamente de culpabilidad, tendrá lugar ante los errores que condicionan culturalmente la comprensión de la antijuridicidad, en atención a que no se le podrá reprochar a un sujeto la falta de internalización de pautas de conducta que ocurra por razones culturales, incluso cuando conozca la norma prohibitiva: “hay supuestos de error de prohibición invencibles que determinan la eliminación de la culpabilidad por la imposibilidad de formular reproche. Se trata de los errores que condicionan culturalmente la comprensión. Así, no se le puede reprochar a un sujeto la falta de internalización de pautas de conducta cuando ello se opera por razones culturales, aunque conozca la norma prohibitiva” (ZAFFARONI; *Art. 34*; p. 551). Esta posición ha sido mantenida por ZAFFARONI en su más reciente exposición conjunta con ALAGIA y SLOKAR (*Derecho Penal*; p. 705).

giarse ni el derecho a la identidad cultural ni el derecho a la vida privada, la familia, o la educación de los hijos.

También en el medio argentino, BASÍLICO se suma a la lista de autores que adhieren al error de comprensión culturalmente condicionado como respuesta preferible para los delitos cometidos especialmente por indígenas, en razón de su pertenencia cultural diversa. Al respecto, entiende por cultura a un sistema de normas o pautas de comportamiento que condiciona la manera correcta cómo las persona deben reaccionar en una situación determinada; son esas normas exógenas las que el autor de esta clase de delitos no ha internalizado¹⁹⁵⁶. Consecuente con ese punto de vista, rechaza abiertamente la posibilidad de considerar inimputables a los indígenas, posición a lo que califica de “estocada arterial” a la dignidad humana¹⁹⁵⁷. A su juicio, lo ideal es que el error de comprensión culturalmente condicionado sea receptado en una norma específica del Código Penal¹⁹⁵⁸.

La tesis del error de comprensión culturalmente condicionado ha sido receptada expresamente, bajo esa denominación, por el Código Penal peruano de 1991. En efecto, el Capítulo I, denominado “Bases de la punibilidad”, contiene un dispositivo específico bajo el subtítulo “Error de comprensión culturalmente condicionado”:

Artículo 15.- El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Como se advierte de su sola lectura, el legislador peruano no se ha conformado con el mero conocimiento intelectual acerca de la existencia de la norma para la atribución de responsabilidad penal en los casos de diversidad cultural del autor, sino que, en sintonía con la propuesta de ZAFFARONI, que fue el inspirador de la norma¹⁹⁵⁹, requiere un plus: la comprensión del carácter delictuoso. Y, aún comprendiéndola, si el sujeto, en virtud de su cultura de origen, no pudiera determinarse según esa comprensión tampoco estaría llamado a responder penalmente. A eso se añade que el precepto no está referido exclusivamente a los indígenas, a quienes no menciona, sino que la amplitud de su redacción, que no hace alusión a cultura alguna en particular, podría ser aplicable al miembro de cualquier minoría cultural. Finalmente, mientras el error de comprensión invencible exime de responsabilidad; el evitable solo atenúa la pena.

¹⁹⁵⁶ BASÍLICO; *La comprensión*; pp. 588-589. La posición del autor también está contenida en BASÍLICO; *Sistema penal*; pp. 179-239.

¹⁹⁵⁷ BASÍLICO; *La comprensión*; p. 587.

¹⁹⁵⁸ BASÍLICO; *La comprensión*; p. 588.

¹⁹⁵⁹ HURTADO POZO; *Art. 15 del Código penal peruano* y VILLAVICENCIO TERREROS; *Tratamiento penal*; p. 559; nota 2.

La solución peruana resulta bastante armónica con la que hemos considerado que hubiera sido preferible que tomara la Corte Constitucional de Colombia, al analizar la compatibilidad con la Carta de la inimputabilidad por diversidad cultural¹⁹⁶⁰. Sin embargo, la redacción del texto no nos parece clara en cuanto a cuáles serían los supuestos en lo que alguien que comprendiera el carácter delictivo de su hecho, no pudiera determinarse conforme esa comprensión por motivos culturales. Si comprendiera, aunque no compartiera, debería determinarse conforme a derecho; de lo contrario mostraría una actitud desleal merecedora de reproche penal.

Sobre el espíritu que inspira ese dispositivo legal, se ha dicho que si la conducta es vista como un comportamiento normal en el seno de la cultura en la que se lleva a cabo, mientras que es delictiva para el derecho oficial, debe predominar la valoración del grupo minoritario. Así, si el autor determinado por razones culturales creía equivocadamente que su hecho no estaba prohibido, porque no conocía la norma o la conocía mal, el conocimiento de la antijuridicidad no es exigible y en consecuencia, la acción no puede ser reprochada¹⁹⁶¹.

La incorporación de esta clase de error al Código Penal ha sido recibida con gran beneplácito por gran parte de la doctrina, puesto que se ha creído ver en ella un importante avance del Estado peruano, en el marco del reconocimiento de la diversidad cultural, incluso con anterioridad a que el pluralismo jurídico y la jurisdicción especial, tuvieran recepción en el actual artículo 149 de la Constitución Política de 1993¹⁹⁶².

VILLAVICENCIO TERREROS sigue prácticamente a pie juntillas la posición de ZAFFARONI, cuyas palabras cita, y concluye que, en el marco de la culpabilidad de acto, los casos de error culturalmente condicionado se ocupan del individuo que se ha desarrollado en una cultura distinta y que ha interiorizado desde pequeño los patrones conductuales y valores de esa cultura. Propone como ejemplo el del miembro de una comunidad nativa de la Amazonía que practica actos sexuales con una menor de 14 años, a raíz de que en su comunidad es costumbre permitida la convivencia incluso con menores de 12 años. En casos como el planteado, se podría responsabilizar penalmente al infractor con pautas culturales diferentes. Sin embargo, como el sujeto tal vez pudo

¹⁹⁶⁰ Sentencia C-370 de 2002, profusamente comentada en este mismo capítulo.

¹⁹⁶¹ PEÑA CABRERA, Raúl; *El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2° párrafo) y 15 del Código Penal Peruano*; en AA.VV.; "De las penas, Libro Homenaje al Profesor Isidoro De Benedetti"; Ed. Depalma; Buenos Aires; 1997; p. 395; citado por CESANO; *Delito y diversidad*; p. 67.

¹⁹⁶² VILLAVICENCIO TERREROS; *Tratamiento penal*; pp. 559-560.

Art. 149 de la Constitución Política del Perú: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

haber conocido la prohibición de la norma pero no internalizarla o interiorizarla, en razón de su condicionamiento cultural, no se le podrá reprochar el comportamiento realizado a pesar de haber conocido la prohibición¹⁹⁶³.

Para ilustrar su posición, trae a colación un caso en el que la jurisprudencia de su país afirmó que

[...]la sola posesión de objetos presumiblemente usados en sesiones de curanderismo es prueba suficiente para demostrar el ejercicio ilegal de la medicina. Siendo la práctica de la medicina folclórica un hecho habitual en las zonas de la serranía, es de aplicación el error de comprensión culturalmente condicionado para absolver al inculpaado¹⁹⁶⁴.

En opinión de VILLAVICENCIO, en casi todos los casos, el error de comprensión culturalmente condicionado será un error invencible de prohibición, que eximirá de responsabilidad penal y de la aplicación de una consecuencia jurídica al sujeto. En efecto, estima que la vencibilidad no sería de aplicación para los sujetos provenientes de comunidades campesinas o nativas, porque significaría la imposición de "otra cultura" e importaría propugnar la asimilación obligatoria de los valores de la cultura predominante. Por eso es que se inclina porque en estos casos solo quepa hablar de invencibilidad del error. No obstante, no puede sino reconocer que la descripción normativa del artículo 15 del código penal peruano acoge la tesis contraria, al establecer que la vencibilidad operará como atenuante de la pena, lo que además es receptado por la jurisprudencia del Perú¹⁹⁶⁵. Por nuestra parte, ya hemos formulado nuestra crítica a la posición que postula la invencibilidad para todos los casos de error de prohibición por motivos culturales.

Como síntesis de su posición, VILLAVICENCIO, a la luz de la legislación de su país, concluye que de todas las fórmulas o planteamientos teóricos que pretenden dar una solución al problema de delito cometido en razón de la diversidad cultural del autor, la prevista en el artículo 15 del código penal vigente es la menos permeable a las críticas y puede ser interpretada como casos de inexigibilidad originados por el condi-

¹⁹⁶³ VILLAVICENCIO TERREROS; *Tratamiento penal*; p. 561.

¹⁹⁶⁴ Exp. 98-93 Lambayeque en Serie de Jurisprudencia 3, 2000, p. 183, citado por VILLAVICENCIO TERREROS; *Tratamiento penal*; p. 562.

¹⁹⁶⁵ VILLAVICENCIO TERREROS; *Tratamiento penal*; p. 562. En efecto, en un precedente de la jurisprudencia peruana se ha sostenido: "[q]ue el imputado es natural del Distrito de Margos, Provincia de Ambo, Departamento de Huánuco, pero vino a radicar a Lima desde hace más de tres años antes de ocurridos los hechos; que el Tribunal de Instancia, sin fundamento científico alguno, ni pericial, en el fundamento jurídico sexto considera que el imputado actuó como lo hizo en función a su procedencia cultural, afirmando que en el ámbito geográfico cultural del que es oriundo el imputado los jóvenes se unen sexualmente a muy temprana edad; que a ello se agrega que no ha explicado, lo que incluso deviene imposible por la falta de una evaluación antropológica, por qué el supuesto error de comprensión culturalmente condicionado fue invencible y, por ende, por qué se descarta el error vencible; que, de conformidad con el artículo ciento sesenta del Código de Procedimientos Penales, debe nombrarse peritos cuando sea necesario conocer o apreciar algún hecho importante que requiera conocimientos especiales; que esta norma se ha incumplido en el caso de autos, pues la evaluación del condicionamiento cultural del imputado requiere informe pericial" (Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del 5 de octubre de 2004, R. N. 3598-2003 Cono Norte de Lima).

cionamiento cultural, de dos formas. La primera, a través del error de comprensión culturalmente condicionado del artículo 15 del Código penal. La segunda, como inexigibilidad por el condicionamiento cultural del sujeto no originada por error (artículo 45.2 Código penal)¹⁹⁶⁶.

Asimismo, considera que el supuesto del artículo 15 solo sería aplicable para los casos en que el infractor campesino o nativo cometiera el delito fuera de su ámbito territorial y contra bienes jurídicos que no son valorados por su cultura. De tal modo, el precepto en cuestión quedaría reducido en su ámbito de aplicación y para tales hipótesis tendría que eximir de pena al sujeto. Estima que la solución más adecuada sería fortalecer los sistemas jurídicos campesinos o nativos para la solución de estos conflictos¹⁹⁶⁷.

Sin embargo, no todos los autores creen ver en la norma un auténtico caso de error, sino una causa de inculpabilidad. Tal es la posición de HURTADO POZO, quien pone de relieve que, pese a haber tenido una intención diversa –tributaria de la posición de ZAFFARONI– sobre el error culturalmente condicionado, el legislador peruano no supo plasmar su propósito. Así, en vez de engarzar en su digesto penal esa clase de yerro, introdujo en verdad una causa de inimputabilidad por diversidad cultural. Finca su posición en un análisis exegético comparativo del transcripto art. 15 con el 20, inc. 1, del mismo cuerpo legal, que regula la capacidad de culpabilidad. Según su parecer, una interpretación armónica y sistemática del código peruano conduce a que ambos preceptos tratan sobre las facultades de comprender el carácter delictuoso del acto y de determinarse conforme a ello. Así, para HURTADO POZO, aunque la propuesta de ZAFFARONI sea preferible de *lege ferenda*, no es la que puede interpretarse de la integridad del código de su país, incluso cuando toda la doctrina local siga las interpretaciones del jurista argentino y crean ver en el art. 15 la encarnación de su tesis.

HURTADO estima que la equivocación general en la interpretación de la norma pasa porque ZAFFARONI creó la categoría del error culturalmente condicionado a partir del art. 34, inc. 1, del Código Penal argentino, que no es trasladable sin más a su par peruano, por cuanto en el primero el error determina la capacidad de comprensión del agente, lo que no ocurre en el segundo, ya que la capacidad de culpabilidad está regulada de manera autónoma. Así, a su criterio, en Perú el error no puede ser analizado como una circunstancia que excluya la capacidad del agente para comprender el carácter delictuoso de su acto y determinarse según esa apreciación. El sujeto capaz

¹⁹⁶⁶ VILLAVICENCIO TERREROS; *Tratamiento penal*; p. 570.

¹⁹⁶⁷ VILLAVICENCIO TERREROS; *Tratamiento penal*; p. 570.

de actuar, en el momento de obrar, debe tener posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento. Si esto no se da, estará en error de prohibición¹⁹⁶⁸.

También hay que decir que HURTADO marca una diferencia entre los miembros de culturas diversas que no han tenido contacto alguno con la mayoritaria, de aquellos que sí lo han tenido. En el primer caso, estima que sería irracional intervenir y someter al responsable del acto típico a una sanción penal. Sin embargo, para ello no es necesario acudir al error de prohibición o de comprensión, en tanto aquellos sujetos ignoran completamente las normas oficiales. Por lo tanto, señala que no se les puede exigir que hagan los esfuerzos necesarios para conocer dichas prohibiciones. Agrega que tampoco puede decirse que se equivoquen, ya que el error parte siempre de una falsa representación de realidad material o de valores que se ha interiorizado; en cambio, los autores motivados culturalmente del ejemplo no hacen sino comportarse conforme a su sistema comunitario. HURTADO considera que, en realidad, la clave pasa por determinar si es necesaria la intervención del derecho penal en casos semejantes, a lo que responde negativamente.

De adverso, en el caso de las comunidades indígenas más integradas al sistema oficial o de inmigrantes andinos que habitan la periferia de los centros urbanos más importantes, HURTADO advierte que se puede hablar con más facilidad de error de prohibición, en la medida en que han tenido la posibilidad de conocer la prohibición y si no la respetan es porque no la han interiorizado, sino que creen que actúan debidamente cuando se comportan siguiendo sus propias pautas culturales. Obrando de esta manera, estiman que actúan lícitamente. Como síntesis de estas consideraciones, HURTADO concluye que no resulta, entonces, conveniente recurrir a la noción de error de comprensión culturalmente condicionado¹⁹⁶⁹.

Tal como VILLAVICENCIO pone de relieve, se alzan muchas voces críticas respecto de la solución por vía del error culturalmente condicionado. Es que resulta dudoso que todos los casos que puedan presentarse en torno a la diversidad configuren supuestos de error, en el sentido psicológico del término. Respecto de la norma penal, los sujetos infractores, condicionados por su cultura, pueden ni equivocarse ni desconocer. Perfectamente pueden conocer pero no entender lo que se les quiere comunicar con la norma. De ser así, actuarán con pleno conocimiento y convencimiento de que su actuar es correcto y de acuerdo a sus parámetros culturales, incluso, exigible¹⁹⁷⁰.

¹⁹⁶⁸ Para mayor profundidad, HURTADO POZO; *Art. 15; Derecho penal y diferencias culturales*; p. 90 y ss e *Impunidad de personas*.

¹⁹⁶⁹ HURTADO POZO; *Art. 15*. En ese artículo marca un contrapunto con la posición de VILLAVICENCIO TERREROS, que este autor recoge en VILLAVICENCIO TERREROS; *Tratamiento penal*.

¹⁹⁷⁰ VILLAVICENCIO TERREROS; *Tratamiento penal*; p. 563.

Como representante de esas posiciones, VILLAVICENCIO cita profusamente la opinión de KALINSKY, quien coincide con ese punto de vista, al que agrega algunas salvedades. Cuestiona que se reproche que ciertas personas no internalicen las normas, haciéndolas suyas y obrando en consecuencia. Sin embargo, si bien la norma es el patrón de comparación de donde nace la responsabilidad y culpabilidad jurídicas, hay grados y calidades de asunción de las normas que dependen, muchas veces, de los lugares sociales donde esas normas rigen y exigen ser depositarias de los acuerdos de convivencia. En otras palabras, no son las normas en sí mismas sino los ambientes donde adquieren legitimidad los que deben ser considerados socioculturalmente. En ese contexto, la noción de ‘internalización de la norma’ se presenta insuficiente para explicar las causas de una infracción en contextos de interculturalidad. A ello agrega KALINSKY que los contenidos culturales nunca pueden ser evaluados con los baremos de verdad/falsedad, corrección/incorrección. A su criterio, son hechos y valen por sí mismos. En todo caso –afirma– las fuentes de legitimidad serán múltiples y no necesariamente tal legitimidad estará dada por la decisión unilateral de un Estado. Sostiene que “[n]o podría hablarse con seriedad de un “error cultural”, por más que jueces, abogados y juristas traten de convencer y convencerse de que es un error jurídico y no cultural, pero que a ese error lo ha llevado su propio condicionamiento cultural”. Como el error de comprensión culturalmente condicionado pretende disminuir la responsabilidad penal en el caso de delito, que de otro modo acarrearía una responsabilidad penal total, esta autora considera que en verdad se trata de promover una minusvalía para cierto tipo de personas que no son incapaces de culpabilidad y que pueden llegar a comprender la criminalidad del hecho, “pero que carecen de un completo dominio de la racionalidad ‘occidental, civilizada, blanca’ para proponerse comportarse según la norma y no cumplir, entonces, con el tipo penal”¹⁹⁷¹.

También BECERRA, al comentar la posición de ZAFFARONI, repara en que hay sectores que ponen en duda que estos sean verdaderos casos de error. En efecto, puede darse la situación de que el autor del hecho no haya obrado en error, debido a su especial nivel de información sobre el derecho oficial, y que, a pesar ello, por respeto al pluriculturalismo, su conducta no deba ser sancionada si no reviste ningún nivel de violación ético-social. Es decir que, aunque conozca la antijuridicidad de su conducta, en el marco de un entorno cultural que no la valora de ese modo, tiene derecho a responder según la valoración de ese obrar, desde su propio contexto socio-

¹⁹⁷¹ KALINSKY; *Pluralidad cultural y derecho penal: la ley como factor de conocimiento*; Tesis UBA; 2000; pp. 94-98; citado por VILLAVICENCIO TERREROS; *Tratamiento penal*; pp. 564-565.

cultural. No se trata de una mayor benignidad en la valoración de la capacidad de comprender el ilícito del sujeto, como del respeto íntegro a sus valoraciones¹⁹⁷².

En la jurisprudencia peruana relevada por HURTADO POZO, antes de la vigencia del actual art. 15 del código penal, se trató el caso del *serinacuy*, que es una costumbre indígena relativa al matrimonio, conforme a la cual la pareja cohabita antes de celebrar la unión conyugal. En ocasiones, la mujer es menor de 14 años de edad, en cuyo caso, conforme al derecho penal oficial del Estado, ese tipo de relaciones sexuales constituyen una acción típica. Por haberse tratado de comportamientos permitidos en el contexto sociocultural de la comunidad, se exculpó al imputado por error de prohibición¹⁹⁷³.

Asimismo se resolvió –ya tras la sanción del art. 15 de digesto penal– otro caso muy interesante, que también es relevado por HURTADO¹⁹⁷⁴, con espíritu sumamente crítico de la solución a la que se arribó. En cuanto a la plataforma fáctica, una mujer perteneciente a una comunidad indígena había hecho abandono de su hogar conyugal, dejando a su marido y a sus ocho hijos, porque su esposo la maltrataba. Al irse, se trasladó a otro pueblo, donde conoció a un hombre a quien se unió. Los procesados, actuando como ronderos, detuvieron a la mujer y a su nueva pareja, los sometieron a tratos humillantes e inhumanos, los obligaron a pagar una suma de dinero y, finalmente, la mujer tuvo que entregar a su marido abandonado la casa que ella había recibido como herencia de su padre.

La Sala Penal de la Corte Superior local absolvió a los procesados, fallo que luego fue confirmado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Perú, con remisión al dictamen del Fiscal Supremo en lo penal. Este había dictaminado que los procesados habían actuado con la finalidad de resolver la denuncia conyugal-familiar interpuesta por el esposo, aplicando normas del derecho consuetudinario y ancestral, que no citó ni explicó en qué consistían, pero a las que consideró contempladas en el art. 149 de la Constitución Política. El fiscal admitió que hubo algunos excesos por parte de los procesados, pero que al respecto debía considerarse el ámbito cultural y geográfico donde ocurrieron los hechos y que posteriormente los imputados hubieran devuelto las pertenencias de las víctimas, lo que daba a entender que no habían obrado con malicia, sino con el ánimo de mantener unidad de la familia. Culminó su dictamen afirmando que lo sucedido podría ser considerado como un caso de error culturalmente condicionado.

Destaca HURTADO que el fiscal, a cuyo dictamen la Corte remitió sin más, peca de excesiva vaguedad en los términos y conceptos empleados. Si bien reconoce

¹⁹⁷² BECERRA; *Derecho penal y*, p. 29.

¹⁹⁷³ RF, 1939, p. 587; AJ, 1943, p. 441; BJ, 1972, N.º 4, p. 211; citado por HURTADO POZO; *Art. 15*.

¹⁹⁷⁴ DELGJ Lima 2001; p. 35; citado por HURTADO POZO; *Art. 15*.

que los comportamientos de los procesados encuadran en múltiples tipos penales, los califica de “excesos” contra los ofendidos. Además, afirma que obraron sin malicia, sin explicar si se refiere a falta de dolo lo cual, en atención al contexto en el que todo sucedió, resulta cuento menos inverosímil. Nada de esto le mereció mayores consideraciones de corte dogmático, a pesar de la importancia de los bienes jurídicos comprometidos (integridad corporal, libertad individual, honor, patrimonio). Tampoco la circunstancia de que, en un momento post-consumativo, los imputados hubieran devuelto las pertenencias de las que se habían apropiado y pedido disculpas tuvo entidad alguna como desistimiento voluntario o modificación en la calificación de los hechos sometidos a juicio.

Parece tener razón HURTADO cuando afirma que si la intención, del fiscal primero y de la Corte después, era llegar al dictado de una absolución deberían haber apelado a herramientas dogmáticas, tales como la concurrencia de una causa de justificación o de una causal de falta de culpabilidad que permitiera exonerar de responsabilidad. Por ejemplo, se podría haber explicado en base a qué normas ancestrales actuaron creyendo que estaban habilitados para hacerlo o por qué no comprendieron o comprendieron mal la colisión de aquellas con el ordenamiento oficial. Sin embargo, el dictamen no recoge nada de esto.

Llama la atención que se haya resuelto de ese modo, en un caso que comprometía derechos fundamentales de las víctimas, quienes habían sido sometidas a maltratos y humillaciones que afectaban su dignidad, es decir a violaciones a sus derechos humanos. Esto es así en atención a que el art. 149 de la Constitución, que sí invoca el fiscal, admite expresamente la jurisdicción indígena, en tanto no se violen los derechos fundamentales de las personas.

Además, al afirmar que podría haberse tratado de un caso de error culturalmente condicionado, el Fiscal no confrontó lo probado en la causa con las previsiones del art. 15 del Código Penal, para chequear que se diera algunos de los supuestos contemplados en la norma, a lo que se agrega que los imputados no habían alegado haber actuado en error. De haber sido el caso, los autores habrían tenido que explicar por qué habían creído que obraban conforme a derecho, lo que es muy difícil de afirmar cuando se está ante violaciones a derechos fundamentales.

En cuanto a la posibilidad de haber fundado lo decidido en una causa de justificación, tal como propone HURTADO POZO entre las alternativas a las que habría sido mejor recurrir, tampoco nos parece adecuado, por razones a las que ya nos hemos referido. En efecto, el hecho de que constitucionalmente se reconozca el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas –como es el caso de varios países de la región, entre ellos Perú– no puede ser entendido como una causa de justificación gene-

ral, que autorice a actuar en todos los casos en violación al sistema oficial y, lo que ya constituiría el paradigma de lo intolerable, que ello se haga en detrimento de derechos fundamentales de terceros.

En primer lugar, porque los derechos humanos tienen una jerarquía, que hace que el derecho a la identidad cultural deba ceder frente a la vida, la integridad física o la libertad de terceros. En segundo, porque las causas de justificación deben estar siempre caracterizadas por un contexto de necesidad, extremo este que está ausente en la pretensión y reconocimiento constitucional de aplicar siempre y en primer término el derecho comunitario en el seno de los grupos. No es ese el espíritu que inspira el permiso conocido como “ejercicio de un derecho”, en el que debe primar la idea de excepcionalidad propia de la necesidad. Es evidente que, en el caso que se comenta, no había necesidad alguna de humillar, maltratar y despojar a las víctimas, al extremo de atarlos a una picota, sino que se trató de actos dolosos y no permitidos llevados a cabo con la intención de dañarlos, nada menos que en sus derechos fundamentales.

La norma que reenvía al derecho indígena no fue incorporada para poner en jaque el ordenamiento jurídico oficial en sus bases más elementales, sino para reconocer el derecho a la identidad cultural en todo aquello que sea tolerable por el Estado, con la mira puesta siempre en el debido respeto al núcleo elemental de derechos humanos. Entenderlo de otro modo abriría las puertas a que todo fuera admisible, por ejemplo, la mutilación de clítoris, contra la que se alzan voces no solo en Occidente, sino en los mismos países donde se practica.

En temas tan sensibles, en los que todavía falta mucho camino por recorrer y en los que, por razones hasta de corrección política, hay que medir cada palabra que se emplea, el verdadero pluralismo democrático y el respeto a las comunidades diversas culturalmente, exige que cada conflicto concreto a resolver sea analizado de manera pormenorizada y con rigor técnico-penal, para no provocar el efecto adverso de rechazo de la mayoría por lo diverso. En ese sentido, cabe traer a colación las palabras de HURTADO POZO cuando critica con dureza la ligereza en el análisis y la vaguedad de lenguaje empleado por el Fiscal Supremo en el precedente que se acaba de comentar, como así también la actitud de la Corte Suprema de haberse limitado a resolver por remisión al dictamen de aquel:

[...]a manera como se invoca el art. 149 de la Constitución, los usos y costumbres de los procesados e, implícitamente, el art. 15 del Código penal constituye un pésimo servicio al movimiento dirigido a hacer respetar el carácter multicultural de la sociedad peruana, así como a garantizar la protección de los derechos humanos¹⁹⁷⁵.

¹⁹⁷⁵ HURTADO POZO; *Art. 15*.

III. C) 5. iii) Toma de posición.

Ya hemos dicho que, en nuestra opinión, hay error de prohibición invencible cuando el hecho se trata de un *comportamiento excusado que niega el injusto penal, en razón de que la infracción por parte del autor obedeció a un contexto de inadvertencia normativa, en el que no medió una disposición individual de deslealtad al derecho como modelo de orientación de conductas*. Por el contrario, de haber mediado algún grado infidelidad al ordenamiento jurídico, el error será vencible.

También hemos dicho que, en materia de delitos cometidos desde una motivación cultural diversa, los casos especialmente relevantes serán aquellos en los que la inadvertencia de la norma infringida –el error– haya sido de carácter invencible.

Es decir que la idea que aquí se sostiene comporta la realización de un juicio normativo, para determinar, justamente, si quien ha actuado lo ha hecho sin perder su vocación de fidelidad o reconocimiento del derecho como fuente de modelos de conducta¹⁹⁷⁶. Para ello, no se deberá perder de vista que la motivación individual solo podrá calibrarse en función de los motivos atribuibles al autor para dudar o para preguntarse por la compatibilidad de su conducta con el derecho, según sus particulares circunstancias personales, a nivel social e intelectual¹⁹⁷⁷. En efecto, se ha dicho que la carencia de un motivo es tan determinante para la no evitación del resultado como la falta de capacidad física o intelectual, para agregar que un sistema de imputación penal respetuoso de tales limitaciones personales no podría exigir obediencia al derecho, cada vez que el autor tuviera otros motivos capaces de ejercer sobre su motivación individual un efecto más poderoso que la voluntad de seguir las normas¹⁹⁷⁸. Y sobre esos eventuales motivos individuales se ha afirmado que el derecho no puede permitirse una individualización, porque él mismo debe constituir siempre el mejor de los motivos. Por eso es que la falta de predisposición al seguimiento de las normas, entendida como falta de fidelidad al derecho, grava al autor¹⁹⁷⁹. En cambio, en lo relativo a las restantes condiciones para el seguimiento de las normas, MANSO PORTO destaca que el derecho penal sí puede permitirse una individualización, precisamente, porque pretende garantizar mediante la pena la disposición al cumplimiento de las normas y no comportamientos estandarizados. Según esa autora, el derecho penal prescinde del estándar, permitiendo al sujeto activo un distanciamiento de su hecho lo más amplia

¹⁹⁷⁶ PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones*; pp. 202 y 206.

¹⁹⁷⁷ Se ha dicho que los motivos deberán integrarse con el intelecto y la aptitud y fuerza física del autor (MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 33; con cita de JAKOBS).

¹⁹⁷⁸ Ver MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 33, con cita de JAKOBS.

¹⁹⁷⁹ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; pp- 33-34.

posible. Es por eso que la imputación penal no puede prescindir, al menos en alguna medida, de las capacidades individuales¹⁹⁸⁰.

Volviendo a la posición que aquí sostenemos, cuando la motivación del autor individual, en el caso concreto, no haya estado orientada por una motivación desleal al derecho, sino inspirada por razones que le hayan impedido advertir (el error es un contexto de inadvertencia) la contrariedad de su conducta con el modelo propuesto por el sistema jurídico (ya sea porque haya creído que la conducta no estaba vedada en absoluto o porque la creyera autorizada para él), la errada falta de adecuación a la norma deberá ser valorada como invencible. En efecto, ese autor no habrá tenido razones de peso para advertir su transgresión. Quiere decir entonces que lo valorativo que traduce ese marco individual debe ser analizado como una situación contextual y no solo como un fenómeno psíquico del autor, en un momento determinado¹⁹⁸¹. Esta situación puede darse en algunos conflictos originados en una motivación cultural diversa a la del Estado.

Que el error de prohibición invencible sea un concepto, tal como aquí se sostiene, en torno a la vocación de fidelidad al derecho significa, en definitiva, que el error inevitable y el evitable constituyen en verdad dos situaciones valorativamente muy diversas. En efecto, es evidente que debe ser valorada de manera muy diferente la situación de quien en un caso particular lleva a cabo una conducta en principio reñida con el modelo propuesto por el ordenamiento, pero todavía con respeto a este como sistema que ofrece modelos de comportamiento para asegurar la convivencia social, que la de quien, en mayor o menor medida, lo desprecia al emprender un accionar sin dar la debida relevancia a su inadecuación valorativa, asequible para el autor, con el modelo propuesto por el derecho. La deslealtad frente a la norma radica en lo evitable del error y en la falta de atención a la desaprobación jurídica del comportamiento (*imprudencia iuris*), extremos que podrían haber sido neutralizados con diligencia en la observancia del derecho. Por eso se ha llegado a decir que, por más que a los fines prácticos las soluciones legislativas y jurisprudenciales de uno y otro error hagan parecer que entre ellos solo medie una diferencia de grados de culpabilidad, en tanto uno la excluye y el otro la morigera, en realidad se trata de dos situaciones completamente diferentes, al extremo de que el primero excluye el injusto penal¹⁹⁸².

En contextos de fidelidad al derecho como modelo de orientación de conductas, el error de quien ha sido incompetente (no responsable) para acceder a la valoración de la norma y motivarse en ella, justifica la exclusión del injusto penal. Por un

¹⁹⁸⁰ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 34.

¹⁹⁸¹ PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones*; p. 203.

¹⁹⁸² PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones*; p. 230.

lado, por exigencia del principio de culpabilidad, en tanto a nivel valorativo la conducta del autor debe ser vista como equivalente a un no quebrantamiento individual del derecho, es decir, en el caso particular el autor ha sido incompetente por su error. Por otro, dado que la acción es valorativamente equiparable a un no-injusto la renuncia a la pena es conteste con los fines preventivos del sistema. Dicho de otro modo, imponer una sanción penal cuando no ha habido culpabilidad y cuando, en consecuencia, no hay nada que prevenir (mucho menos, que retribuir), sería un sinsentido. El derecho y la sociedad no se ven amenazados en su estabilidad por la prescindencia de la respuesta punitiva.

En la posición que aquí se sostiene, los delitos motivados por la pertenencia cultural de su autor deben ser analizados como contextos normativos (no meramente psicológicos, como se explicó *supra*), para cuya solución se deben tomar en cuenta tanto elementos individuales del autor, como exigencia del principio de culpabilidad criminal, y datos valorativos que permitan, en cada caso, establecer si la norma fue inadvertida, pero sin dejar de reconocer al derecho como fuente de orientación de conductas. En síntesis, sin que el autor haya actuado de modo desleal al ordenamiento jurídico como tal.

Aclarado lo anterior, hay que agregar que del catálogo de errores de prohibición inevitables que tradicionalmente ha enumerado la doctrina, los delitos motivados culturalmente engarzarán en dos constelaciones de casos. El error de prohibición directo que conduce al juicio equivocado acerca de la existencia de una autorización general del orden jurídico para actuar, es decir cuando el autor cree que su comportamiento no es típico. El individuo directamente desconoce la desaprobación jurídica de la conducta; no puede reconocer la antijuridicidad general del comportamiento. Dicho de otro modo, sabe lo que hace, pero supone erróneamente que no es contrario a derecho, por lo que no ha podido reconocer lo injusto de su hecho¹⁹⁸³.

La segunda clase de error de prohibición que será aquí relevante será aquella que consiste en la equívoca suposición de que la conducta de ese autor en particular está autorizada; es decir, la falsa creencia de que existe una causa de justificación que en verdad el derecho no contempla (error de prohibición indirecto sobre la existencia de una causa de justificación).

Va de suyo que, en función de lo que ya se ha dicho al tratar las posiciones psicologistas y normativistas, el error de prohibición, según cada caso, podrá revestir la forma de falsa representación de que la conducta no es contraria a derecho, como la ausencia de representación de su antijuridicidad. En la determinación del carácter invencible, por su parte, la clave pasará por la evitabilidad. La conjunción de estos facto-

¹⁹⁸³ WELZEL; *Derecho penal alemán*; pp. 241 y 252.

res subjetivo-individuales y valorativos determinará que el juicio a formular sobre el yerro sea, en definitiva, normativo.

En efecto, PÉREZ DEL VALLE destaca que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, otorgan un lugar de relevancia a la manifestación del acusado de haber obrado en error. Cuando se decide otorgar crédito a esa invocación, los factores normativos ceden a favor de los psicológicos o en verdad, amalgamando ambas ideas, PÉREZ DEL VALLE destaca que “lo creíble lo es porque es normativamente aceptable”¹⁹⁸⁴. Sobre esa base, se cae de maduro que los errores groseros no serán creíbles, lo que ocurrirá cuando recaiga sobre infracciones de carácter elemental, cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada¹⁹⁸⁵.

En cuanto a los factores que permiten deslindar el error inevitable del evitable, para PÉREZ DEL VALLE concurrirá un yerro de la primera clase cuando el autor no haya tenido motivos para dudar sobre la adecuación de su conducta a los modelos propuestos por el orden jurídico. Comprobarlo requerirá de un juicio normativo del que se desprenda el esfuerzo emprendido en pos del seguimiento del derecho y, por tanto, que el sujeto activo no fue desleal con el derecho como fuente de normas de conducta¹⁹⁸⁶.

En cuanto a la concurrencia del error de prohibición invencible, creemos que la misma tendrá lugar cuando el autor extranjero cultural: a) no haya podido advertir la exigencia normativa, lo que ocurrirá cuando *no haya tenido razones para dudar* de que su conducta podría estar reñida con el ordenamiento jurídico o b) de haber tenido motivos para dudar, en función de su proximidad al ordenamiento jurídico oficial o su cercanía con la sociedad mayoritaria (por ejemplo, por llevar años viviendo en la sociedad de acogida o por tratarse de un individuo de origen indígena pero en contacto con la sociedad mayoritaria), cuando, tras recurrir a las fuentes de información adecuadas (sean instancias oficiales o personas de referencia tanto de la sociedad de acogida como la de pertenencia, como pueden ser líderes de comunidades indígenas en contacto con la autoridad pública), la información obtenida no le hubiera permitido sortear adecuadamente la situación de error o inadvertencia normativa.

Un concepto normativo requiere, desde luego, analizar, entre otros factores, las posibilidades de reflexión e información¹⁹⁸⁷ a las que el sujeto haya tenido acceso,

¹⁹⁸⁴ PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones*; p. 205.

¹⁹⁸⁵ STS 128/2010 de 17 de febrero; citada por PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones*; p. 205.

¹⁹⁸⁶ PÉREZ DEL VALLE; *Lecciones*; pp. 205-206. A su juicio, habrá motivos para dudar y, por ende, el error será evitable, cuando la conducta del autor haya puesto en riesgo concreto bienes o intereses de terceros y cuando el autor se desempeñe en ámbitos concretos caracterizados por regulaciones especiales (derecho penal accesorio); en tanto del contexto se derive que el autor no haya intentado salir de la duda utilizando todas las fuentes de información a su alcance (si hubiese apelado a tales fuentes, el error sería inevitable).

¹⁹⁸⁷ Así lo ha entendida la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán en BGHSt, t. 2, p. 194 (209); t. 9, p. 164 (172); t. 21, p. 18 (20), citadas en STRATENWERTH; *Derecho Penal*; p. 30t; nota 96.

según sus particulares circunstancias de vida –sociales, formativas, nacionales–¹⁹⁸⁸. Ello es conteste con la idea de que el error de prohibición invencible priva al autor de la posibilidad de orientarse según el deber ser jurídico¹⁹⁸⁹. Quien directamente no haya tenido habilitado el acceso a elementos o fuentes informativas que le permitieran salir de su estado de imposibilidad de acceder valorativamente a la norma, en un tiempo razonable para no frustrar su capacidad de acción y a través de medios claros para despejar dudas, no podrá ser llamado a responder penalmente por el ilícito; así lo exige el principio de culpabilidad.

En esa lógica, quien no haya podido siquiera acceder desde estándares valorativos mínimos a la norma ético-social, mal podría darse cuenta de que hubiera tenido que informarse, incluso cuando, de haberlo advertido, hubiera podido contar con medios para hacerlo. La inaccesibilidad normativa extrema releva del deber de información, puesto que el sujeto y la norma directamente no han entrado en contacto y por tanto aquel no ha tenido razones para actuar de otro modo¹⁹⁹⁰: aunque existe una salvedad: los casos en los que la inadvertencia obedezca a indiferencia extrema u hostilidad frente al derecho que, por ser vencibles, no excluyen la responsabilidad del autor.

Trasladado lo anterior al caso de los delitos cometidos por quien obra motivado por las normas y valores de un sistema cultural diferente, debe analizarse en cada caso si el individuo pudo efectivamente acceder al sistema ético-social del Estado y de la sociedad en la que vive y motivarse en el mismo. En tal sentido, es importante analizar si el propio Estado receptor de migrantes, por ejemplo, se ha ocupado de hacer asequible el ordenamiento jurídico y los valores que lo informan a quienes llegan a asentarse en su territorio. Es decir, pertenece a la esfera de competencia del Estado el deber de integrar por vía de información y educación a los extranjeros y, en especial, a los extranjeros culturales a quienes da acogida. A su vez, quien llega a un nuevo país de cultura extraña a la suya de origen y pretende asentarse y desarrollar su vida personal y familiar en ese sitio tiene también un deber de precaución mínimo de informarse sobre las normas sociales y jurídicas del nuevo hogar, para adecuar su conducta en lo que sea pertinente, sin claudicar de su pertenencia cultural. Ello es consecuencia del principio de responsabilidad penal, según el cual las personas serán responsables por la corrección de sus decisiones dentro de los límites de su capacidad-ético social y no solo por su conocimiento¹⁹⁹¹. Eso significa que el establecimiento en un nuevo sitio,

¹⁹⁸⁸ También será de relevancia la competencia en ámbitos específicos de actividad regulada, pero no en los casos de delitos cometidos desde una motivación cultural diversa, que aquí interesan.

¹⁹⁸⁹ STRATENWERTH; *Derecho Penal*; p. 303.

¹⁹⁹⁰ MIR PUIG; *Derecho Penal*; p. 554.

¹⁹⁹¹ BACIGALUPO; *Derecho penal*; p. 434. Del principio de culpabilidad, señala BACIGALUPO, se deriva la punibilidad del error de prohibición evitable, en tanto el autor pudo haber tenido la conciencia

puede hacer las veces de motivo suficiente (en sentido no psicológico, sino normativo) para que el autor se pregunte por la adecuación de su obrar al derecho, determinando la inevitabilidad de su error en caso de actuar sin la debida diligencia.

En efecto, para poder seguir una norma se precisa no solo estar motivado a seguirla, sino también conocerla. Pero, aunque se tenga toda la voluntad de seguir los modelos propuestos por el derecho, ello no servirá para constatar la actitud que se espera de un ciudadano fiel, si este no está dispuesto tomar conocimiento de las normas que integran el ordenamiento jurídico. En este contexto, la capacidad de motivarse a seguir la norma no se constata empíricamente en el autor en concreto –lo cual sería una empresa imposible–, sino que se trata de establecer si ese baremo medio construido socialmente –el ciudadano fiel al derecho, según la propuesta de este trabajo, o cualquier otro de los modelos establecidos por la doctrina–, en la situación del autor (instancia individualizadora), se habría debido cuestionar acerca de la licitud de su comportamiento. Si se concluye que el ciudadano fiel no habría tenido razones para profundizar en la constatación de la adecuación a derecho de su conducta, entonces el error de prohibición debe reputarse invencible, al margen de la potencialidad material del autor para haber podido salir de su error. El derecho decide no gravarlo, en tanto normativamente no ha sido desleal, puesto que no estuvo en una situación en la que se habría esperado de él que se motivara a conocer la norma.

Ahora bien, ya se ha dicho que las capacidades individuales son trascendentes para poder respetar la instancia individualizadora. Esto significa que cuando se dice “si este autor en concreto habría podido”, se alude a esa persona, con su concreta realidad existencial. En consecuencia, además de sus capacidades físicas e intelectuales al tiempo del hecho, en la evaluación de si habría podido conocer la ilicitud de su conducta, son muy relevantes los conocimientos normativos previos del autor para poder predicar su actitud fiel o infiel al derecho, porque esos conocimientos previos deberían activar la motivación por conocer¹⁹⁹². Volviendo al ejemplo de la mutilación genital femenina, quien, a pesar de creer en la corrección de esa práctica, tuviera referencias del cuestionamiento que suscita en otros ámbitos culturales diferentes del suyo, mal podría ampararse en un error para justificar su práctica; incluso cuando pensara que la disputa no eliminara el permiso para llevarla a cabo a quienes pertenecen a ciertos grupos religiosos o étnicos. Así, es poco probable –o será un caso francamente excepcional– que quien se traslade a vivir a un país de Occidente en busca de una mejor vida, no tenga algún elemento para advertir que ciertas tradiciones de grupo serán rechaza-

de la antijuridicidad que realmente no tuvo al ejecutar el hecho; o sea, pudo haber obrado de otra manera.

¹⁹⁹² Ver al respecto, CÓRDOBA; *La inevitabilidad*; p. 123.

das por la sociedad y el derecho de acogida. Ese contexto debería llevar a albergar dudas y a informarse antes de actuar. Ello es especialmente evidente respecto de las normas fundamentales e incluso del alcance de estas en diferentes medios culturales; por ejemplo, todas las culturas respetan la vida humana; sin embargo, no todas lo hacen en la misma medida o reconocen las mismas excepciones a su protección. Es a esto a lo que se refiere JAKOBS cuando alude a que el autor resulta incompetente y, por ende, su error es inevitable cuando carece de un resto de conocimientos normativos latentes, actualizable y concretado en la disposición a seguir el derecho¹⁹⁹³. Cosa difícil que ocurra –agregamos– respecto del derecho penal nuclear. Empero, tampoco es imposible que suceda.

En la misma dirección, es indudable que quienes lleven poco tiempo en el país de acogida y procedan de una cultura exótica, tardarán en hacer de ese entorno su mundo vital cotidiano. Es probable que por largo tiempo e incluso por siempre, no todas las cosas del mundo exterior tengan para ellos el mismo significado que para los nativos o para los occidentales allí afincados. Como dice MANSO PORTO, en el mundo vital cotidiano se constituye un entorno comunicativo al que pertenecen, junto con los objetos materiales, el mundo cultural y social en el que cada uno se halla inmerso y que le ha correspondido históricamente; es necesario tiempo y repetición de comportamientos para que las normas sociales adquieran fiabilidad y se transformen en un conocimiento sedimentado que adquiera la calidad de saber evidente, siempre presente, incluso cuando no sea actual¹⁹⁹⁴. Solo un enfermo mental o “alguien que pertenezca a una cultura ajena a la de referencia, podría tener una imagen de la sociedad totalmente distinta”¹⁹⁹⁵, incluso en ámbitos de la vida cotidiana¹⁹⁹⁶.

En nuestra opinión, este entorno cotidiano y, en especial la pertenencia histórica, serán una experiencia de la que carezcan algunos extranjeros culturales y que tendrán que ir construyendo poco a poco, en especial en lo que haga la internalización de valores de convivencia. Les faltará la reserva de conocimientos caracterizados por la incuestionabilidad, cuya fiabilidad y el carácter lícito que llevan ínsito son de origen social con base en la experiencia¹⁹⁹⁷.

Estas reflexiones nos convencen de que es evidente, entonces, que para evaluar la admisibilidad de un error de prohibición invencible o inevitable derivado de inaccesibilidad cultural a las normas del Estado será necesario efectuar un análisis caso

¹⁹⁹³ “[E]l autor no puede escudarse, pues, en que no ha podido desplegar más disposición a observar la norma, pero sí que deja de ser responsable cuando le falta un resto de conocimiento de la norma latente, que se pudiera actualizar y concretar mediante la disposición a observar la norma” (JAKOBS; *Derecho penal*; p. 675).

¹⁹⁹⁴ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 84 y 86-87; con cita de SCHÜTZ/LUCK.

¹⁹⁹⁵ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 86.

¹⁹⁹⁶ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 87.

¹⁹⁹⁷ MANSO PORTO; *Desconocimiento*; pp. 84-85; con cita de lo que SCHÜTZ/LUCKMANN.

por caso, para tratar de determinar si el sujeto ha podido determinarse en la norma, ya que en un Estado de derecho solo pueden sancionarse los comportamientos que puedan evitarse mediante motivación. Para que el sujeto pueda motivarse en la norma que protege el bien jurídico, es preciso que ese individuo tenga chances de poder aceptar¹⁹⁹⁸ que su acción va en perjuicio de un bien amparado por el derecho¹⁹⁹⁹, para lo cual la norma le tiene que resultar accesible y asequible. Ahora bien, no podrá invocar el mismo nivel de inaccesibilidad quien acabe de llegar a un país de cultura diferente a la suya, que quien lleve años viviendo allí.

Tampoco será lo mismo una infracción a las normas jurídicas más elementales que atenten contra los bienes jurídicos básicos –la vida, la integridad física, la libertad ambulatoria, la libertad sexual–, normalmente protegidos en mayor o menor medida, en todos los contextos culturales y por eso mismo normalmente arraigadas en los ciudadanos, que otras infracciones menos relevantes que atenten contra bienes que podrán ser más o menos importantes y hasta contingentes, pero cuyas lesiones el Estado y la sociedad pueden llegar a tolerar penalmente, en pos del pluralismo, la integración y la paz social, procurando soluciones dialogales menos drásticas que las que brinda el *ius puniendi*, al menos desde la imposición de la pena. Desde esta óptica, la tolerancia como actitud constitucional jugará un rol protagónico, determinando los límites de aquello en lo que el Estado no podrá ceder de ningún modo, aún de cara a la divergencia cultural más radical.

Cuando el error sea tolerable, lo ideal será procurar por vías dialogales alternativas, la internalización valorativa de la norma, para evitar reiteraciones a su vulneración, que en ese caso posiblemente ya no podrían ser disculpadas. Normalmente, durante las primeras fases de un proceso de inserción social de quien procede de otro medio cultural, habrá que pensar que los errores admisibles serán un estado transitorio, debido a la ajenidad del sistema jurídico receptor. Ello justificaría la prescindencia, por impertinente, del recurso extremo a la sanción penal²⁰⁰⁰.

No obstante, aún de cara a las normas penales nucleares y a los preciados bienes jurídicos que aquellas tutelan, siempre deberá resguardarse el principio de culpabilidad. Eso significa que –si bien es poco probable que ello ocurra– de verificarse un error de prohibición invencible en un comportamiento que afecte a un derecho fundamental esencial de la víctima, el injusto penal quedará excluido. Sólo que el juicio de

¹⁹⁹⁸ En el sentido en el que HART alude a la aceptación del derecho, a lo que ya nos hemos referido en este capítulo.

¹⁹⁹⁹ En sentido similar, MIR PUIG; *Derecho Penal*; p. 559.

²⁰⁰⁰ Una fundamentación concordante, si bien para otros casos de error de prohibición inevitable, en MANSO PORTO; *Desconocimiento*; p. 99.

vencibilidad/invencibilidad se deberá efectuar con especial cautela, por el tenor de los derechos comprometidos.

Para complementar la concepción de error de prohibición invencible para solventar delitos cometidos desde una motivación cultural diversa que postulamos, bien vale insistir sobre un aspecto fundamental que ya ha sido tratado en este trabajo: los conflictos penales que aquí interesan no son cometidos por tendencias o móviles afectivos de repulsa cultural, en el sentido de una tendencia interna del autor que le genera una animosidad hacia la víctima por la pertenencia de esta a una cultura exógena²⁰⁰¹, cercanos a los delitos cometidos por odio racial o religioso. Al contrario, se trata de casos en lo que, normalmente, autor y víctima pertenecen a un mismo colectivo cultural, por lo que hemos dicho que el autor trata a la víctima como un *amigo* y actúa en la creencia de esta haciéndole un bien a aquella o a la comunidad de pertenencia, en resguardo de los valores tradicionales del grupo. Es decir que los hechos no se cometen por un rechazo o animadversión hacia otra cultura, sino porque el autor motiva o ciemienta su conducta en parámetros valorativos distintos de aquellos en los que se apoya el ordenamiento jurídico estatal. Por eso denominamos a estos casos *delitos cometidos desde una motivación cultural diversa*, entendiendo por tal “motivación cultural” la adecuación de la conducta del autor a un sistema normativo exótico.

También es oportuno reiterar algo que se dijo al comienzo de estas líneas: no basta la condición de extranjero del autor para que podamos encontrarnos frente a uno de estos casos. La nacionalidad diversa a la del estado no es suficiente, en tanto uno puede ser nacional de otro país, pero con la misma pertenencia cultural de matriz judeo-cristiana que la de nuestros Estados. La extranjería que aquí interesa es la cultural, por eso es que insisto con el sistema cultural exógeno y exótico, cuya raíces históricas, religiosas y en materia de costumbres y tradiciones sea diversa a la cultura occidental.

Todo lo anterior marca un contrapunto entre los delitos cometidos por quien se motiva en un sistema normativo propio de una cultura diferente y el caso del tradicionalmente llamado autor de conciencia o autor de convicción²⁰⁰². En efecto, estos últimos, incluso cuando aparezcan motivados por los valores de su religión que puede ser minoritaria, no son sujetos pertenecientes a un universo cultural disímil, que no les permita conocer el ordenamiento jurídico y sus valores elementales, por lo que los casos que puedan presentarse no se resuelven por la vía del error de prohibición, sino en todo caso por una exclusión de la culpabilidad autónoma, como podría ser el estado de

²⁰⁰¹ MIR PUIG; *Derecho Penal*; p. 288; STRATENWERTH; *Derecho Penal*; p. 205.

²⁰⁰² Para este comentario, son irrelevantes las diferencias que se han marcado en el capítulo II entre autor de conciencia y autor de convicción.

necesidad exculpante. En cambio, los autores pertenecientes a un sistema valorativo cultural exótico no pueden motivarse en las normas jurídicas del Estado, porque no tienen acceso –en sentido normativo– a las mismas y, en tanto no medie deslealtad al derecho, esa inaccesibilidad no les es reprochable ni habrá motivos preventivos que indiquen la necesidad de pena.

Creemos oportuno enfatizar –por obvio que parezca– que el error de prohibición inevitable en el que cae quien obra por una motivación cultural ajena a la del Estado nada tiene que ver con la actitud de indiferencia frente al derecho. En primer lugar, esta última refiere a una manifestación de la evitabilidad del obrar antijurídico, como posibilidad de conocer la norma (cognoscibilidad individual normativa) y de dominar la propia motivación para no quebrantar el ordenamiento jurídico. En efecto, la indiferencia sería algo así como un grado extremo de infidelidad equivalente valorativamente al de quien obra adrede de manera antijurídica, aún cuando el autor a quien la norma le era cognoscible no hubiera reparado en ella en lo absoluto, precisamente debido a su reprochable desapego de las normas. Se trata de una elevado grado de infidelidad al derecho, individualizado como exige todo juicio de culpabilidad. En cambio, cuando el injusto es normativamente incognoscible, no cabe hablar de indiferencia, sino de inaccesibilidad, *a pesar* de la motivación fiel al derecho que ha guiado el obrar del autor en el caso concreto. Siempre, absolutamente siempre, se debe respetar la dimensión individualizadora del juicio de culpabilidad, en resguardo de la garantía de imputación subjetiva²⁰⁰³.

²⁰⁰³ No podemos compartir la opinión de MANSO PORTO en el sentido de que si se quisiera tratar la indiferencia también dentro del ámbito del injusto incognoscible como razón de la pena, entonces se estaría castigando la infidelidad o la indiferencia general al derecho, en violación a los límites de la culpabilidad por el hecho (MANSO PORTO; *Desconocimiento*; pp. 81-82). A decir verdad, creemos que la cuestión es más simple y de sentido común: en el injusto incognoscible, por definición, no se ha podido conocer o no se lo ha podido hacer con relevancia jurídica, de modo tal que no hay culpabilidad a reprochar; en el cognoscible, por el contrario, la *imprudencia iuris* ha menguado la capacidad individual de conocer en el caso concreto. El injusto indiferente es una versión de este último, en el que el desprecio total al ordenamiento jurídico lo hace merecedor de un reproche total de culpabilidad (en lo que MANSO, desde luego, coincide; ver p. 129). El motivo por el que la noción de indiferencia no es aplicable al injusto incognoscible no pasa por la fidelidad o infidelidad a la norma en particular o al ordenamiento en general, como entendemos que sugiere MANSO –puesto que la individualización es exigencia ineludible del principio de culpabilidad en todos los casos–, sino porque normativamente el indiferente *conoce* (y, desde una perspectiva normativa, conoce plenamente), mientras que el autor que obra en error invencible *no ha podido conocer en absoluto* la desaprobación de su conducta. Sería un contrasentido lógico fundamentar un error de prohibición invencible en una actitud indiferente, evitable por definición. Asiste razón a NIETO MARTÍN cuando, desde una perspectiva preventiva, afirma que si los criterios que miden la utilidad social del castigo evidencian la impertinencia de su aplicación, el error vencible, aún en un contexto de indiferencia, debería ser tratable como inevitable. Ello ocurriría, según NIETO, si un hombre responsable puesto en la misma situación y con las mismas facultades del autor, tampoco hubiese llegado a conocer la antijuridicidad del hecho (NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; p. 274).

Al margen de la solución dogmática que propone, coincidimos con NIETO MARTÍN en que la indiferencia es un problema que conecta con el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, pero que no puede ser resuelto por vía del recurso a la culpabilidad por la conducción de vida o, al menos, no exclusivamente. Tal cosa sería violatoria del principio de responsabilidad por el hecho,

El error de prohibición, institución tradicionalmente resistida por la jurisprudencia, ya que los jueces han sido siempre reacios a la aplicación del instituto por considerar que abrirle las puertas podría significar tanto como dejar la antijuridicidad en manos del autor del hecho, cobra especial relevancia en el marco de Estados plurales y multiculturales como en los que hoy vivimos. Esa es una de las razones por las que se tiende a enfatizar tanto la separación entre moral y derecho, en tanto no basta ni puede bastar con el conocimiento de quebrar un precepto moral para que se pueda predicar el conocimiento de la antijuridicidad²⁰⁰⁴, a lo que se suma la enorme cantidad de conductas típicas moralmente neutras en el marco de cualquier sistema ético.

Las exigencias del pluralismo y el multiculturalismo entroncan con la relevancia que cabe asignar al principio de tolerancia como limitador del *ius puniendi*, conforme se ha anticipado en el capítulo anterior. MUÑOZ CONDE fue pionero en advertir esta posibilidad, al señalar que el error de prohibición podía ser una de las instituciones del la teoría del delito en la que se materializaran las exigencia del principio de tolerancia²⁰⁰⁵. Agrega que lo que caracteriza a una sociedad democrática es la posibilidad de coexistencia pacífica de distintos sistema de valores, a veces contradictorios y que muchas veces la comisión de un delito no refleja un conflicto entre el individuo y la sociedad, sino entre distintas formas de entender la vida. A partir de esas ideas, asume que el principio de culpabilidad debe ser conjugado con finalidades preventivas, lo que demandará alejarse del derecho positivo para buscar fundamentos meta-jurídicos de aquel, que autoricen a negar la culpabilidad. Sin embargo, la tendencia habitual es que, en el contrapunto culpabilidad-prevención, en general se sacrifique a aquella a favor de los intereses preventivos; en otras palabras la tensión entre el individuo y la sociedad se suele resolver a favor de la sociedad²⁰⁰⁶. Las palabras que siguen, por su relevancia, ameritan ser transcritas:

[s]i se entiende el pluralismo como pluralismo pacífico habrá que admitir un cierto grado de discrepancia con el sistema jurídico formalmente vigente y solucionar esta discrepancia, siempre

ya que nunca puede renunciarse a la individualización que, en el complejo caso de la indiferencia, se traducirá, como mínimo, en que el hecho desaprobado tendrá que transmitir la indiferencia previa. Es claro, entonces, que las razones por las que la despreocupación por el derecho no puede ser aplicable al injusto incognoscible no son las que brinda MANSO, por el hecho de tratarse esencialmente de un caso de error evitable en el que el sujeto se ha colocado, respecto de un hecho concreto y en un caso dado (principio de coincidencia) en ejercicio de su libertad (ver NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; pp. 39-40 y 269 y ss. Acerca de la problemática de principio de coincidencia, ver también CÓRDOBA; *La evitabilidad del*; capítulo X).

²⁰⁰⁴ Es de la misma idea NIETO MARTÍN; *El conocimiento*; p. 73.

²⁰⁰⁵ No obstante, hay que decir que MUÑOZ CONDE estaba pensando en los objetores de conciencia y en los autores por convicción. En sentido discrepante con la solución de MUÑOZ CONDE, OLAIZOLA NOGALES; *El error*; p. 122.

²⁰⁰⁶ MUÑOZ CONDE; *El error*; pp. 84-85 y 120-121 y MUÑOZ CONDE; *La objeción*; pp. 293-294.

que no sea violenta, por otros derroteros que no sean los Derecho Penal (principio de intervención mínima del Derecho penal)²⁰⁰⁷.

Nótese como esta idea remite a lo que en este trabajo se ha llamado “soluciones dialogales”²⁰⁰⁸, como vías previas de soluciones de conflictos culturales, cuando sea posible eludir el recurso extremo al *ius puniendi*.

Por todo lo hasta aquí dicho entendemos que el error de prohibición inveniible, entendido como un contexto de inadvertencia de la norma penal, en el que el autor no ha sido desleal al derecho, es la puerta que el derecho penal puede abrir a los principios de tolerancia y pluralismo, como forma de reconocer la diferencia cultural y darle un tratamiento acorde al sistema valorativo del sujeto. De ese modo, el derecho penal actuará como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, solo cuando la discrepancia normativo-cultural cruce la frontera de lo intolerable, en términos de jerarquía de derechos fundamentales.

III. D) Excurso sobre delitos cometidos desde una motivación cultural diversa en Argentina.

III. D) 1. El derecho penal y el indígena.

En Argentina, desde donde escribimos estas líneas, la mayor incidencia de los delitos cometidos en razón de la diversidad cultural tienen que ver con la pertenencia indígena de sus autores²⁰⁰⁹. Por eso, previo a comentar algunos casos interesantes que ofrece la jurisprudencia local, es necesario efectuar un abordaje constitucional que permita conocer el estatus jurídico de los grupos indígenas en el país.

A diferencia de lo que sucede respecto de los colectivos minoritarios extranjeros, los pueblos originarios están reconocidos por su condición de tales –es decir, como grupo, comunidad o, mejor dicho, como pueblos– en la Constitución Nacional, a partir de su última reforma, ocurrida en 1994. También lo están en muchas otras constituciones de la región, que también fueron parte del movimiento de reformas de leyes fundamentales que tuvo lugar entre las décadas del '80 y del '90 del siglo XX. Esa situación les confiere, en su dimensión grupal, un estatus jurídico diferencial respecto del

²⁰⁰⁷ MUÑOZ CONDE; *El error*, p. 86. La misma idea está presente en MUÑOZ CONDE; *La objeción*; p. 293.

²⁰⁰⁸ En efecto, dice MUÑOZ CONDE que de cara a los conflictos de conciencia –opinión que podríamos hacer extensiva a los conflictos de valores– el Estado solo puede sancionar legítimamente el hecho cuando no pueda alcanzar sus fines con alternativas que respeten esa conciencia (MUÑOZ CONDE; *La objeción*; p. 280).

²⁰⁰⁹ Por el momento, la presencia de inmigrantes procedentes de culturas exóticas no es tan nutrida como para que se hayan registrado casos de prácticas tan ajenas a nuestro sistema valorativo como, por ejemplo, la mutilación genital femenina.

extranjero, cuyos derechos, incluso a la ciudadanía y residencia, están reconocidos en su carácter de individuo.

A través de la referida reforma constitucional y de la ratificación y aprobación de una serie de documentos internacionales, Argentina ha reconocido jurídicamente ser multiétnica²⁰¹⁰. Tal como ya ha sido mencionado²⁰¹¹, en Argentina ese reconocimiento se produjo a través del art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional, según texto reformado en 1994. Ese dispositivo, que se ocupa de la atribuciones del Poder Legislativo de la Nación, textualmente dice:

Corresponde al Congreso: (...) 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

El nuevo texto del inc. 17 realmente significa un cambio de paradigma, en tanto suplanta la escueta redacción original efectuada por el constituyente de 1853, que, en base a una concepción radicalmente diferente de la actual, enumeraba entre las atribuciones del Congreso la de “conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”²⁰¹².

Por oposición a esa versión primigenia, que colocaba a los indígenas en un lugar completamente relegado y pasivo, sin hacer referencia alguna a que tuvieran particulares derechos por haber ocupado previamente los territorios conquistados, y cuya libertad de culto y su derecho a la identidad cultural estaban seriamente comprometidas frente a un Estado que asumía el deber de hacerlos abrazar el catolicismo²⁰¹³, el nuevo texto da un salto sideral en el estatus de esas comunidades²⁰¹⁴.

Por un lado, establece que es deber del Congreso de la Nación *reconocer* su preexistencia étnica y cultural. No se trata del deber de sancionar una ley que cree o establezca un estatus jurídico, sino de una declaración, de una descripción de un hecho

²⁰¹⁰ Ello no ocurrió por generación espontánea, sino que fue el resultado de presiones y movilizaciones sostenidas por años por los propios pueblos indígenas. Para mayor detalles de las razones que derivaron en este cambio de paradigma, ver CESANO; *Diversidad cultural*; en especial nota 12.

²⁰¹¹ En el capítulo I. D).

²⁰¹² Art. 67, inc. 15, C.N., texto 1853-1860.

²⁰¹³ BIDART CAMPOS señala que, si bien la Constitución de 1853 asumió la confesionalidad del culto católico, la promoción de la conversión de los indígenas implicaba una tarea misional impropia del Estado, que en el mejor de los casos correspondía a la Iglesia con ayuda y cooperación indirectas de aquel (BIDART CAMPOS; *Tratado elemental*; Tomo VI; p. 371).

²⁰¹⁴ “En 1994, la cláusula resultaba anacrónica, desactualizada, y hasta reñida con una libertad religiosa y un ecumenismo que, más allá del ámbito estatal, son propugnados por el magisterio postconciliar de la misma Iglesia Romana” (BIDART CAMPOS; *Tratado elemental*; Tomo VI; p. 371).

verificado con anterioridad a la llegada de la cultura europea. Por otro lado, reconocida esa preexistencia, es deber del Poder Legislativo garantizar y reconocer una serie de derechos de los pueblos indígenas, lo que se debe traducir en el respeto y resguardo de su identidad y de su lengua; en asignar personería jurídica a grupos y en el aseguramiento del derecho a la posesión y propiedad de las tierras ocupadas ancestralmente²⁰¹⁵. Además, se les asegura la participación en la gestión de los recursos naturales y otro intereses que tengan que ver con sus comunidades y sus vidas.

Ahora bien, del texto constitucional comentado interesa destacar especialmente dos aspectos que pueden ser –a nuestro juicio– reveladores a la hora de interpretarlo adecuadamente. Primero, el artículo hace mención a los pueblos indígenas “argentinos” y, segundo, establece el deber de garantizar el derecho a la educación “bilingüe e intercultural”.

El gentilicio “argentinos” reviste máxima relevancia, ya que despeja las inquietudes que se levantaron entre los constitucionalistas ni bien operada la reforma, ya que un sector entendió que la Constitución, al hablar de pueblos indígenas, había pasado a reconocer la existencia de una nación dentro de otra nación. En un primer momento, la doctrina se alarmó ante la imprecisión de la norma²⁰¹⁶, por considerar que el tenor literal del artículo parecería admitir que fueran poseedores de un estatus jurídico diferente del de los demás ciudadanos argentinos, lo que habría implicado admitir la existencia de otra nación dentro de la nación argentina. En ese sentido, se criticó el precepto, por entender que la preexistencia de un grupo no debería ir más allá de lo declarativo, si no se quería alterar las bases fundacionales del Estado Argentino, al violarse la “unidad nacional” de la que habla el preámbulo de la Constitución. Se dijo que el pluralismo democrático no podía ser fuente de separatismo o secesionismo; si se distinguía, tenía que ser para unir. Es más, si bien la Constitución Argentina no incluyó en el inciso en trato la delicada cuestión del reconocimiento de la jurisdicción indígena, se destacó que la incorporación al texto supremo de la “preexistencia” podía dar pie a un reclamo ulterior de libre determinación como “derecho de primeros ocupantes de los territorios que poseen”, lo que podría suscitar conflictos entre el derecho oficial positivo y el consuetudinario o la práctica de usos y costumbres reñidos con los de las poblaciones blancas. Por eso se sostuvo que hubiera sido deseable que se obviara la cuestión de la preexistencia.

Sin embargo, a la par de ese modo de ver las cosas, BIDART CAMPOS al analizar la reforma sobre este punto específico, afirma que la modificación constitucio-

²⁰¹⁵ Ya largamente tratado en el Capítulo I.D).

²⁰¹⁶ Ver al respecto CESANO; *Delito y diversidad*; pp. 53-54 y ss; CESANO; *Diversidad cultural*; donde se refiere a la posición de los SEGOVIA en el sentido comentado en el texto.

nal trasunta un sentido humanista y superador de la mirada que en 1853-1860 se tenía acerca de las poblaciones indígenas, las que eran vistas como muy primitivas y reacias a la integración en la sociedad, tal como lo revela el texto original al aludir a depararles un “trato pacífico”²⁰¹⁷.

Para este autor, el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos presenta dos aspectos destacables. Uno, simbólico y reparador; otro, histórico, en cuanto hace preceder a las comunidades aborígenes autóctonas al español anterior a nuestra independencia y al torrente inmigratorio posterior a la constitución originaria²⁰¹⁸. Afirma BIDART CAMPOS que Argentina, cuya mirada históricamente estuvo puesta en el europeísmo y en lo foráneo en general, nunca exaltó el indigenismo, sino que renegó de él, sumiéndolo en el olvido y el ocultamiento. De tal suerte, la cláusula de la constitución reformada sería una reivindicación tardía de nuestro ancestro primero, “luego tan cuantitativamente reducido”²⁰¹⁹.

Pero no se agota ahí el significado de la norma, que –a su juicio– al margen del valor reparatorio, tiene también implicancias prácticas, desde el momento que significa que no solo negativamente sea imposible desconocer y contrariar el acervo cultural de sus comunidades y su impronta en nuestra sociedad toda, sino que positivamente importa el deber de promoverlo, tal como evidencia también el giro “desarrollo humano” que el mismo inciso utiliza al referirse a la entrega de otras tierras a más de las que originariamente ocuparon²⁰²⁰.

La primera obligación que surge del deber de promoción es el de integrar a los pueblos indígenas al resto de la sociedad, es decir depararles un trato igualitario, sin reclamarles la renuncia o la abolición de su estilo de vida, es decir, de sus diferencias, de su idiosincrasia y de su cultura²⁰²¹.

En punto a la cuestión de la alusión del texto constitucional a “pueblos indígenas”, que tanta perturbación causó en algunos sectores del pensamiento jurídico,

²⁰¹⁷ BIDART CAMPOS; *Tratado elemental*; Tomo VI; pp. 370-371. La cuestión indígena, referida tanto a la posibilidad de “civilizarlos”, a cómo hacerlo y a cuál debería ser el trato hacia esas poblaciones, ha dado lugar a fuertes controversias en la historia argentina que llegan hasta nuestros días. No es este el lugar, por no tratarse de un texto de historia política ni de antropología, para abordar un tema tan vasto y del cual hay grandes especialistas en la doctrina local. Solo nos limitaremos, sin emitir ulteriores juicios de valor, a destacar que la expresión “trato pacífico” también puede obedecer a la indudable circunstancia de que gran parte de las tribus que ocupaban los extensísimos territorios que hoy componen la Argentina, se caracterizaban por su bravura, con la que –como, por lo demás, es lógico– no dudaron en hacer frente al conquistador, primero, y, una vez producida la independencia de España, a las campañas oficiales en sus dominios.

Una prieta síntesis de los antecedentes históricos de la actitud que asumió el Estado de cara a las indígenas, desde la época colonial hasta el desarrollo del reconocimiento y de la legislación actuales, puede verse en RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; p. 57.

²⁰¹⁸ BIDART CAMPOS; *Tratado elemental*; Tomo VI; p. 371.

²⁰¹⁹ BIDART CAMPOS; *Tratado elemental*; Tomo VI; p. 371.

²⁰²⁰ BIDART CAMPOS; *Tratado elemental*; Tomo VI; p. 374.

²⁰²¹ BIDART CAMPOS; *Tratado elemental*; Tomo VI; p. 372.

BIDART CAMPOS se ocupa de desestimar los temores de quienes vieron en ese giro un riesgo de desmembración o desintegración –a partir del significado habitual de la locución “autodeterminación de los pueblos”–. Para ello, destaca que la adición del adjetivo gentilicio “argentinos”, no solo da a entender la pauta integrativa en cuanto a territorialidad y nacionalidad, sino que presupone que, como pueblos, hacen y son parte de nuestra sociedad:

[t]al vez, de nuevo, “pueblo” sería aquí equivalente a población y, con ese sentido, los “pueblos aborígenes argentinos” vienen a definir los sectores de población o comunidades grupales que componen al conjunto humano que es elemento de nuestro estado²⁰²².

Según BIDART CAMPOS el respeto a su identidad que el Congreso debe garantizar a estas poblaciones es el de integrarse con sus diferencias, es decir a ser diferentes a los demás para ser iguales a sí mismos. En efecto, ve en esta cláusula el reconocimiento constitucional a las minorías, exigido por el pluralismo democrático. Este demanda que se depare tutela a sus derechos de acuerdo a las características que les son propias, exigencia impuesta también por el derecho internacional de los derechos humanos que así lo ha asumido, incluso en tratados con jerarquía constitucional²⁰²³. Todo cuanto una minoría tiene de diferente necesita, de acuerdo al principio constitucional de igualdad²⁰²⁴, un trato también diferente, para que se cumpla aquello de que tratar igual a quienes no son iguales, lejos de satisfacer la igualdad, la lesiona²⁰²⁵.

En sentido similar opina RAMÍREZ, para quien el objetivo de construir un Estado unitario no es incompatible con el reconocimiento de la diversidad cultural y el pluralismo jurídico, ambos indispensables para alcanzar la pacificación social. Para esta autora, aceptar la plurinacionalidad no implica reconocer la existencia de estados paralelos dentro del propio Estado, sino de reconocer a cada ciudadano el derecho de vivir dentro de su propia cultura²⁰²⁶. Sin embargo, desde su punto de vista, la construcción de un Estado pluralista, significa dejar de lado la concepción monista, según la cual el Estado está conformado por una sola nación, para admitir que pueden coexistir en él múltiples naciones²⁰²⁷.

Así, el art. 75, inc. 17, de la C.N. significa el reconocimiento del Estado de que la sociedad no es homogénea, por lo que, a pesar de la unidad, no se puede legislar para todos los ciudadanos del mismo modo. Paradójicamente –según RAMÍREZ– es necesario marcar diferencias para evitar discriminaciones. Por ello es que, hablando del

²⁰²² BIDART CAMPOS; *Tratado elemental*; Tomo VI; p. 372.

²⁰²³ Art. 75, inc. 22, de la C.N. argentina.

²⁰²⁴ Art. 16 de la C.N. argentina.

²⁰²⁵ BIDART CAMPOS; *Tratado elemental*; pp. 373 y 376-377.

²⁰²⁶ RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; p. 60.

²⁰²⁷ RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; p. 62.

dualismo entre el derecho oficial y el consuetudinario, afirma que los conflictos solo podrán superarse si se busca un “punto de encuentro” entre ambos sistemas jurídicos, para lo que propone leyes de compatibilización que permitan coordinar el derecho indígena con el oficial²⁰²⁸.

Coincidimos con la posición de BIDART CAMPOS, en un doble sentido. Por un lado, en cuanto a que la norma reconoce y repara la relegación histórica que las comunidades indígenas padecieron durante siglos y contra la cual han perseverado en la conservación de su identidad y de su cultura; por otro, en cuanto a que promueve su integración al resto de la comunidad, de un modo respetuoso de sus diferencias, consagrando un caso particular de la general igualdad entre iguales o –parafraseando a GARCÍA VITOR– del trato desigual a los desiguales²⁰²⁹.

Ahora bien, a nuestro juicio, esta particular forma de reconocer la idiosincrasia y la cultura de este tipo particular de minorías –los grupos indígenas– sí les confiere un particular estatus jurídico (extremo que tanto preocupa a algunos sectores de la doctrina), desde el momento que son los únicos grupos a quienes se les reconoce personería jurídica en razón de su naturaleza de grupo étnico y/o cultural diferenciado de la mayoría de la población que conforma el pueblo de la nación. Dicho llanamente, ese reconocimiento no se hace a las colectividades judía, italiana, española, siria, china, coreana, etc., que más tarde vinieron a poblar la patria perfilando la definitiva composición multi-racial de nuestro país (el tan debatido *crisol de razas*); tampoco se les reconoce a los distintos grupos de extranjeros por el hecho de serlo. Una cosa es que miembros de estas minorías, identificados con ciertas características tradicionales y de pertenencia al legado de sus ancestros o a los países de los que provengan, decidan unirse, asociarse y tramitar la personería jurídica que, en caso de ser otorgada, no lo será a la colectividad como tal, sino al particular grupo que se cohesione. Aquí se trata de un reconocimiento que reconoce raíces mucho más profundas, por la condición de los indígenas como primemos ocupantes históricos del país, relegados por el conquistador español y más tarde por el Estado independiente, de los dominios que les eran propios y de la cultura de cada tribu. Lo que de ningún modo creemos es que el reconocimiento de dicha personería a los indígenas tenga sesgo secesionista, sino una especial forma de respeto a su identidad diferenciada y a su valía histórica en la conformación de lo que es Argentina²⁰³⁰.

²⁰²⁸ RAMÍREZ; *Diversidad cultural*; pp. 60-61.

²⁰²⁹ GARCÍA VITOR; *Diversidad cultural*; p. 11.

²⁰³⁰ Así parece entenderlo también BIDART CAMPOS, quien destaca que el hecho de que las comunidades indígenas obtengan personería jurídica, como tantas otras agrupaciones y entidades colectivas, implica admitir su organización como sujetos de derecho, pero con la peculiaridad asociativa que les imprime la índole indigenista (BIDART CAMPOS; *Tratado elemental*; t. VI; p. 373).

En sintonía con lo anterior, otro aspecto que es digno de remarcarse es el hecho de que el inciso bajo análisis hable del “derecho a una educación bilingüe e intercultural”. Esta faceta es sumamente relevante, desde la perspectiva de integración que aquí se sostiene, puesto que denota que a los indígenas se les respetará su cultura también desde la educación pública, pero asegurando el derecho a la plena inserción social a través de la lengua y la cultura mayoritarias, no para sustituir las propias, sino para garantizar la igualdad de acceso a la instrucción y a las instituciones del país, en paridad con el resto de los ciudadanos. Es decir, no se les asegura una educación exclusiva en el marco de “su” cultura, sino una formación intercultural.

A la par y en atención a la pretensión última de este trabajo que –lo decimos una vez más– es procurar dar una respuesta dogmática a los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa, se debe detener la mirada en la cuestión de la llamada justicia indígena²⁰³¹. En este sentido hay que comenzar por resaltar que el texto constitucional argentino no ha mencionado entre los derechos reconocidos a los pueblos originarios la aplicación de su derecho consuetudinario ni la llamada jurisdicción indígena, a diferencia de constituciones de otros países de la región²⁰³². Sin embargo, esas comunidades bien pueden reclamar su aplicación, no solo a partir de una interpretación amplia de la cláusula constitucional que deja abierta tal posibilidad (en efecto, al reconocer su preexistencia, sus tradiciones, su cultura, su derecho a las tierras ancestrales y a ser consultados sobre los asuntos que les competen también habla de la posibilidad de reconocer sus instituciones de justicia), sino fundamentalmente en sintonía con instrumentos internacionales, en particular con el “Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos indígenas y tribales en países

²⁰³¹ Si bien aquí lo haremos sucintamente, ya que el tema ha sido tratado en mayor detalle en el capítulo I. D).

²⁰³² En tal sentido, las Constituciones de Paraguay (art. 63), Colombia (art. 246); México (art. 2).

independientes”, que expresamente reconoce la jurisdicción comunitaria²⁰³³ y que es derecho vigente en el país, con jerarquía superior a las leyes²⁰³⁴.

Otro instrumento de quilates sobre la cuestión es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁰³⁵, que también reconoce la justicia indígena²⁰³⁶. Y, por supuesto, a los documentos específicos sobre pueblos originarios se suma el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que integra el bloque de constitucionalidad federal (art. 75, inc. 22, de la C.N.), dispositivo que reconoce los derechos de las minorías étnicas, religiosas y culturales, en general, es decir sin limitación a los grupos indígenas²⁰³⁷.

Sin embargo, lo cierto es que, salvo casos aislados²⁰³⁸, todavía no se ha generalizado y lejos se está de hacerlo, el reconocimiento y, sobre todo, el ejercicio de la jurisdicción indígena. El dato no es menor y tiene relevancia a la hora de decidir qué hacer frente al delito cometido por un miembro de una comunidad indígena, en infracción al derecho oficial del Estado. Como anticipo, baste por ahora señalar que las solu-

²⁰³³ Según el art. 8 de dicho convenio, “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o **su derecho consuetudinario**.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de **conservar sus costumbres e instituciones propias**, siempre que éstas no sean incompatibles con los **derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos**. Siempre que sea necesario, **deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio**.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes” (la negrita es del presente).

Por su parte, el art. 9.1 establece que “[e]n la medida en 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 ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”, a lo que el numeral 2 agrega que “[l]as autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia” (la negrita es del presente).

²⁰³⁴ Argentina ratificó dicho convenio mediante la ley N° 24.071, sancionada el 4/3/1992 y promulgada el 7/4/1992. El depósito de dicha ratificación tuvo lugar bastante tiempo después, el 3/7/2000, en Ginebra, a raíz de lo cual entró en vigor en julio de 2001 (art. 38, inc. 2, del propio Convenio). De tal suerte, ese instrumento es parte del cuerpo legal del Estado Argentino, lo que implica el reconocimiento de mayores derechos a los pueblos indígenas que los enumerados en la Constitución.

Si bien el Convenio no tiene rango constitucional (hubo un par de proyectos de ley que pretendieron otorgarle esa jerarquía, pero finalmente no cuajaron en la sanción de una norma por parte del Congreso de la Nación), el propio Convenio 169 establece que, en caso de vigencia de normativa de distinto rango, internacional o doméstica, relativa a derecho indígenas, regirá la que garantice mayores derechos y ventajas a los pueblos indígenas (art. 35).

²⁰³⁵ Votada por la Asamblea General en la sesión del 13 de septiembre de 2007.

²⁰³⁶ En su art. 34 expresa que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, **costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos**” (el destacado es propio).

²⁰³⁷ Art. 27 del PIDCP.

²⁰³⁸ En rigor, hasta ahora, Argentina cuenta solo con un ejemplo paradigmático, por haber sido el primero y, por el momento, el único caso de reconocimiento formal de justicia indígena en el país. Se trata de la Declaración de Pulmarí, firmada en agosto de 2014, en la provincia de Neuquén, en virtud de la cual el Ministerio Público Fiscal provincial comenzó a reconocer la justicia indígena para resolver conflictos penales. Nos hemos referido a este tema con mayor detalle en el capítulo I.C, al que remitimos.

ciones propuestas se han abierto camino por dos sendas: a) por una parte, la renuncia a la persecución oficial del hecho penalmente relevante, dejando librada la solución del conflicto a las instituciones consuetudinarias de cada grupo; b) por otra, la persecución estatal, pero mediante la adaptación de algún elemento de la teoría del delito (sea la tipicidad, la antijuridicidad, en virtud de que habría una causa de justificación por ejercicio de un derecho constitucional, o la culpabilidad, por vía del error o de una menor exigibilidad, por citar algunos ejemplos) según las exigencias propias del tenor que esta clase de contrapuntos entre el derecho de la minoría con el del Estado provocan²⁰³⁹.

Al margen de las soluciones que se adopten, en nuestra opinión, es indudable que el reconocimiento constitucional de la diversidad cultural tiene incidencia en el plano penal. Ello, en verdad, no es más que una consecuencia lógica de cualquier reconocimiento de tal jerarquía: si algo se reconoce con la máxima entidad jurídica posible, sus consecuencias no pueden sino expandirse a todas las áreas del derecho, con las implicancias que sean propias de cada rama. En lo que hace a la diversidad cultural, se ha dicho que su reconocimiento en la Ley Fundamental otorga nuevas dimensiones a los principios de legalidad, igualdad ante la ley y culpabilidad, ya que la administración de justicia penal y el modelo teórico que le da sustento han sido pensados de espaldas a los orígenes culturales de la región²⁰⁴⁰. A eso se suma que el derecho penal de un Estado democrático, que ha consagrado el pluralismo entre sus valores constitutivos, no debe criminalizar la diversidad cultural, sino tratar, en la medida de lo posible, de respetar las conductas que provengan de valoraciones culturales diversas y preexistentes²⁰⁴¹.

Como sea, resulta oportuno recordar lo ya adelantado en otra parte de este trabajo. Creemos que es posible encontrar soluciones que conjuguen adecuadamente la visión indigenista con la mayoritaria, frente a un determinados conflictos penales, de forma tal que, cuando sea posible, se respete la idiosincrasia de la comunidad, de modo que el derecho penal también pueda ser un elemento de integración cultural. Ello es una exigencia de entender que, en el marco de la teoría de los derechos fundamentales, el derecho a la autodeterminación cultural en general o una de sus manifestaciones en particular integran el elenco de aquellos. Sin embargo, como también consideramos que los derechos fundamentales tienen una jerarquía, estos deben ceder si entran en colisión con el núcleo duro de derechos humanos esenciales (vida, libertad, integridad física). En el marco del derecho liberal, estos son expresión de la autonomía de los individuos y del principio de dignidad humana que está por encima de cualquier otro

²⁰³⁹ Ver CESANO; *Delito y diversidad*; pp. 58-62.

²⁰⁴⁰ BECERRA; *Derecho penal y*; p. 9.

²⁰⁴¹ BECERRA; *Derecho penal y*; p. 18.

principio de protección individual. En definitiva –en sintonía con la posición que ya hemos sentado en este trabajo– aun cuando los pueblos indígenas sean el único colectivo cultural reconocido por la Constitución Nacional en su calidad de grupo, siempre los individuos deben privilegiarse en su individualidad, rechazando cualquier clase de restricción interna que implique cercenar derechos fundamentales nucleares de algún miembro.

Coincide en este punto CESANO, quien afirma que los derechos de una comunidad a la preservación de sus costumbres y tradiciones no significa que, a su amparo, se autorice la disminución o violación de derechos individuales de terceros, sean estos miembros del propio grupo o quienes, sin serlo, tengan contacto con el mismo²⁰⁴². Bajo esa premisa, se pronuncia a favor de que, eventualmente, cuando dentro de la comunidad, uno de sus miembros realice una conducta reprochable tanto en el seno de la comunidad como para el derecho penal ordinario, debería ser juzgada exclusivamente por el derecho consuetudinario de la comunidad. Sin embargo, continúa, esto no significa que frente a determinadas normas culturales que puedan comprometer el núcleo de derechos humanos básicos universales, el sistema normativo oficial deba permanecer inactivo. Aun cuando incluso en tales hipótesis no puedan dejar de tomarse en consideración las circunstancias derivadas de la pertenencia a un grupo cultural determinado, la intervención del derecho estatal resulta ineludible²⁰⁴³.

Hemos creído necesario poner atención en el marco constitucional de la cuestión indígena, porque el análisis penal que se proponga deberá inexorablemente engarzarse en ese contexto. Ahora sí, se podrá pasar a comentar una serie de casos que ha ofrecido la jurisprudencia.

III. D) 2. Lo que ha dicho la jurisprudencia: casos en los que se valoró la diversidad cultural del infractor penal.

1. La jurisprudencia argentina registra escasísimos precedentes en los que se haya tratado el tema del error de comprensión culturalmente condicionado. Uno de ellos –en los que en rigor el tema se trató tangencialmente, ya que a la postre se decidió por vía de atipicidad²⁰⁴⁴– fue resuelto por ZAFFARONI hace casi cuarenta años,

²⁰⁴² CESANO; *Delito y diversidad*; p. 56.

²⁰⁴³ CESANO; *Delito y diversidad*; pp. 56-57.

²⁰⁴⁴ En efecto, la sentencia consideró que la conducta de los procesados había sido atípica, con fundamento en que a) la tenencia de estupefacientes para consumo personal, en tanto no afectara la salud pública, era atípica (criterio que, muchos años después, en 2009, fue adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con ZAFFARONI como uno de sus miembros, en el caso “ARRIOLA”; Fallos: 332:1963); b) las hojas de coca no podían ser consideradas ontológicamente como *estupefacientes*, en el sentido asignado por la ley.

cuando ocupaba el cargo de Juez de Sentencia²⁰⁴⁵. La legislación vigente por entonces ha sido modificada, de modo que hoy en día el supuesto de hecho del caso está previsto expresamente como una situación de atipicidad²⁰⁴⁶. El hecho sometido a juzgamiento era la tenencia para consumo personal de hojas de coca, por parte de un matrimonio boliviano que llevaba veinticinco años de residencia en Argentina. Ambos manifestaron que mascaban coca por costumbre, solo que mientras el marido reconoció que conocía la prohibición; la esposa manifestó lo contrario. Al resolver, ZAFFARONI consideró que el conocimiento de la prohibición admitido por el imputado era meramente intelectual, pero no era el conocimiento de la criminalidad exigido por el art. 34, inc. 1, del C.P. argentino, que implicaba comprender la relevancia penal de la prohibición y no su sola existencia. Consideró que nuestro ordenamiento requería la posibilidad efectiva de comprensión, no excluida ni por error ni por inimputabilidad (incapacidad psíquica) y sostuvo su conocida opinión de que *compresión* es diferente de *conocimiento*, en tanto significa internalizar, introyectar la pauta cultural. A criterio del juez, aun de haber habido un injusto (circunstancia que finalmente rechazó), la conducta no podría reprocharse porque los imputados no pudieron motivarse en la norma, por mas que la hubieran conocido. El peso cultural de una tradición de siglos determinó un error culturalmente condicionado que excluiría toda posibilidad de reproche normativo de culpabilidad.

No obstante la decisión de la sentencia sobre la atipicidad de la conducta imputada, de tal modo que las consideraciones sobre la culpabilidad resultaron –en

²⁰⁴⁵ Caso "PRIETO HUANCA, TIMOTEO"; Doctrina Penal; Año 2; 1979; pp. 957-975. Esa publicación incluye los fallos de primera instancia y de Cámara.

²⁰⁴⁶ A la fecha de los hechos, mascar hojas de coca, costumbre propia de los pueblos quichuas del noroeste argentino –en especial los de las provincias de Salta y Jujuy– que pervive con fuerza hoy en día, estaba prohibido en Argentina. En cambio, en la actualidad, la ley de estupeficientes N° 23.737, en su artículo 15, prevé: “La tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupeficientes”. El legislador llegó a cristalizar ese dispositivo no sin un arduo debate previo. El peso de la costumbre logró imponerse, a pesar de que Argentina había asumido un compromiso internacional al ratificar la Convención Única de Estupeficientes de 1961, ya que se consideró que la práctica no lesionaba el bien jurídico (GARCÍA VITOR; *Diversidad cultural*; p. 17).

En rigor y como lo evidencia el hecho de que los imputados del fallo en comentario no eran argentinos, sino bolivianos, el coqueo es un hábito propio de toda la zona andina. El coqueo es una particular costumbre de origen indígena, ya que ha recorrido el camino inverso de trascender incluso a los salteños y jujeños (en el territorio argentino) no descendientes de pueblos originarios. Así, es raro que alguien no indígena oriundo de esas provincias no haya probado –para adoptarla o no– esa tradición. Incluso el té do coca se sirve como una infusión más en cualquier mesa de aquella zona de Argentina. En ese sentido, es interesante transcribir un fragmento de la sentencia de ZAFFARONI, en el caso en cuestión, en el que dice que no puede dejar de traer a colación “el recuerdo de una cordial invitación del colegio de magistrados de una provincia norteña, hace varios años, para dictar un cursillo. Antes de la última clase asistimos a un “asado” en que se hallaba la mayor parte del Poder Judicial de la Provincia, al término del cual se colocó una bolsa con hojas de coca en medio de la mesa y me enseñaron a masticarla, siendo la única vez que lo hice, tal como lo hacían todos los señores camaristas, ministros y jueces presentes. Recuerdo que si alguno no lo hacía, particularmente las damas aducían sólo que era porque producía mal aliento (...) Si me retrotraigo más atrás en mis recuerdos, no puedo tampoco dejar de recordar a mi abuelo, lombardo con cincuenta años de residencia en el país, haciendo buches de “agua de coca” para el dolor de muelas, con el producto que compraban en la farmacia del barrio”.

palabras del propio juez ZAFFARONI– el recurso a una mera hipótesis para el caso de que se tuviera al comportamiento por típico, creemos que el caso sirve para reflexionar sobre las perspectivas *dialogales*, en términos de acercamiento intercultural, que el proceso penal puede representar. Sostenemos lo anterior, a partir de la análisis de las palabras del magistrado respecto de su experiencia personal a la hora de entrevistarse personalmente con los imputados, vivencia que también incluyó en los fundamentos de su fallo y que vale la pena transcribir parcialmente, a pesar de su extensión:

Debo confesar que en el transcurso de la audiencia de conocimiento personal, que hice con ambos procesados... me he sentido altamente incómodo... por primera vez, he tenido la clara impresión y he experimentado el desagrado de ser tratado con miedo, que no era miedo a la investidura ni a la represión, sino el miedo ante lo imprevisible que puede producirse por parte de alguien que no sabemos cómo puede reaccionar. En otras palabras –valga el símil–, se trataba de una actitud análoga a la del miedo que se siente frente a un enfermo mental... A lo largo de la conversación... logré inspirarles cierta confianza a los procesados... Cuando les pregunté cuándo y cómo habían adquirido el hábito de masticar coca, tuve que dar varios rodeos porque sistemáticamente me respondían que ya nunca lo harían, que no se explicaban cómo les había pasado todo, pero juraban que no lo harían más. Finalmente, logré que comprendiesen –o al menos así lo creí– la situación y me relataron... que él había comenzado a coquear trabajando en las minas en Bolivia, con el agua hasta la rodilla, y que ella lo había hecho, también desde muy joven, cuando cuidaba ganado en Bolivia²⁰⁴⁷.

De lo anterior, nos interesa destacar el camino de confianza que el juez manifiesta haber tenido que tratar de construir, para ganarse la confianza de los imputados para relatar circunstancias de su historia personal no relativas a la imputación y, en todo caso, que podrían mejorarles la situación procesal. Sin embargo, cuando el magistrado creía haber desmantelado, aunque fuera mínimamente, los temores del matrimonio, el marido le preguntó, con el pretexto de que a su mujer le hacía mal el frío de Buenos Aires, donde vivían hacía veinticinco años, si habría algún problema en que ellos se marchasen de regreso a Bolivia. Solapada y tal vez ingenuamente, le estaba preguntando sobre las chances que había de darse a la fuga. Con relación a esto último, el juez continuó:

La ciudad de Buenos Aires tiene una cantidad tal de infragrupos y subculturas, que a quienes nacimos en ella frecuentemente nos resulta difícil comprender sus pautas de conducta (...) Teniendo en cuenta esa dificultad, no puede caberme la menor duda de lo tremendamente insólito que puede resultar para dos personas humildes, que apenas saben leer y escribir, trabajadoras y que se hallan en un país en el que vivieron largos años en condiciones un poco mejores que la de su lugar de origen, que, de pronto, se ven envueltos en un proceso penal, con toda la secuela traumatizante de intervención policial, identificación, calabozo, etc., en el ocaso de sus vidas y, lo que es más grave, por haber hecho algo que les enseñaron a hacer sus padres y que hicieron sus antepasados durante siglos. Aunque me resulte incómodo, no puedo menos que explicarme la reacción de miedo y de constatación precaución adoptada en la entrevista, como también el deseo de marcharse antes de que les

²⁰⁴⁷ Caso "PRIETO HUANCA, TIMOTEO"; Doctrina Penal; Año 2; 1979; pp. 957-975.

pase algo peor y que ya no saben qué puede ser. Me pregunto cómo reaccionaría si mañana viajo a un hipotético país en el que, como resultado del primer cigarrillo que fume o del primer café que beba, termine ante un juez de sentencia.

Por cierto, no puedo menos que pensar en Kelsen, en la violación a la norma y la imputación, en la relación de deber ser entre infracción y sanción, y alarmarme –cada vez más seriamente– de que se siga explicando introducción al derecho en nuestras universidades con ese criterio. Son casos como el presente los que muestran al más frío lógico que el eximio profesor vienés había simplificado demasiado el problema que tenemos entre manos²⁰⁴⁸.

La Cámara de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia. No solo consideró que la conducta era típica conforme la ley de estupefacientes, sino que rechazó la posibilidad de admitir el error culturalmente condicionado. Respecto de la primera cuestión, el juez ANDEREGGEN en su voto que lideró el acuerdo unánime, consideró que la hojas de coca eran estupefaciente, de acuerdo a la expresa decisión del legislador, y que estimar lo contrario era la mera opinión discrepante del juez de primera instancia. No le tocaba a los jueces determinar si un producto era o no perjudicial para la salud²⁰⁴⁹.

Con relación al asunto de la falta de culpabilidad por error culturalmente condicionado, rechazó de plano la procedencia de un instituto semejante. Con remisión al dictamen del fiscal de cámara, el juez que lideró el acuerdo sostuvo que con aquel criterio tampoco habría que sancionar a un caníbal que a pesar de conocer que el homicidio estuviera reprimido por el derecho penal se devorara a alguien que se cruzara por su camino ni tampoco al hijo y al nieto de carteristas.

Estimó que el fallo de primera instancia estaba construido sobre un razonamiento inadmisibles y peligroso, irreconciliable con el art. 34, inc. 1, del C.P. Según el punto de vista que rechazó, los imputados que antes del proceso no habrían podido motivarse en la norma, tampoco habrían podido motivarse después, por lo que podrían seguir teniendo hojas de coca. Desde esa lógica, también podrían traficarla, sin ser declarados culpables, puesto que no habrían podido “internalizar” las razones de la prohibición, en razón del peso cultural de siglos. Así, se podría hacer extensiva esa posición a todos los tenedores y traficantes de otras drogas, en tanto provinieran de

²⁰⁴⁸ Caso "PRIETO HUANCA, TIMOTEO"; Doctrina Penal; Año 2; 1979; pp. 957-975.

²⁰⁴⁹ Si bien esa parte del voto no es la relevante en cuanto aquí interesa, es destacable el pasaje en el que el juez ANDEREGGEN se ocupó de la crítica del juez ZAFFARONI a la influencia jurídica de KELSEN, desde una cuestionable interpretación tomista, que termina cayendo –a nuestro juicio– en un también cuestionable positivismo extremo: “Estoy muy lejos de adscribirme al positivismo kelseniano, pero con todo respeto hacia la cultura jurídica del señor juez considero que confunde ese positivismo con acatamiento a la ley positiva, en aquellos aspectos que no contrarían al derecho natural y están librados a la prudencia política del que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad, para usar una expresión de la antigua sabiduría (...) Y en lo que concierne al café, ninguna duda tengo que la autoridad sanitaria competente (...) no habrá hoy de incluirlo en las listas de la ley que reprime la tenencia y el tráfico de estupefacientes, pero, si lo hiciera, aceptaría la plena validez de la resolución respectiva, aun convencido de la falta de acierto de su dictado”.

países donde su consumo estuviese permitido. De tal suerte, las finalidades de la ley resultarían plenamente frustradas. Agregó que sostener que una persona, no obstante el conocimiento de que determinada conducta estuviera sancionada por la ley no tuviera alteradas sus facultades mentales, no podría dejar de transgredir la norma significaría dudar de la naturaleza específica del ser humano.

Conforme se viene sosteniendo en este trabajo, los temores que expresa el fallo de Cámara resultan aventados ni bien se piense en el límite que impone el núcleo básico de derechos fundamentales. Así, el ejemplo del caníbal resulta casi una reducción al absurdo, puesto que ningún Estado occidental –de nuestro tiempo, al menos– podrían tolerar un homicidio sobre la base de la pertenencia cultural de un determinado sujeto por parte de alguien que tuviera conocimiento de la prohibición.

Sin embargo, en el supuesto fáctico que ofrecía el caso sometido a juicio evidenciaba –en nuestra opinión– la inconveniencia de la reacción penal y de la imposición de una pena. Por eso nos ha interesado poner de relieve la experiencia narrada por el juez de primera instancia, sobre su acercamiento dialogal los imputados. El hecho no ponía en riesgo a terceros y, además, era dudoso que afectara los propios imputados (al margen de la intrincada cuestión de los límites impuestos por el principio de reserva y de la existencia o no de bienes jurídicos indisponibles); los imputados tampoco ponían en jaque la seguridad pública con su proceder y se trataba de sujetos cuyas características personales los mostraban perfectamente engarzados en la sociedad de acogida. En un caso así, la respuesta –a nuestro criterio, innecesaria por desproporcionada– de una pena acarrea más desventajas que provecho para los propios imputados y para la sociedad toda. El *ius puniendi*, lejos de ser *ultima ratio* se usa como instrumento coercitivo de rechazo y sanción a una simple costumbre cultural y familiar, en vez de apelar antes –si es que esa conducta verdaderamente fuera rechazada por lo público– a otras instancias mucho más apropiadas y menos dañinas para procurar la comprensión del por qué se castigan ciertos comportamientos.

2. El segundo caso que se comentará merece que se le dedique una consideración extensa, porque –a nuestro parecer– deja en evidencia el delicado equilibrio que supone la tensión entre derechos fundamentales, pero también el ineludible análisis de jerarquía entre ellos que corresponde efectuar cuando los derechos culturales entran en colisión con el núcleo duro de derechos humanos, que son atributos de la personalidad. Se trata de un ejemplo emblemático que encarna la discusión filosófica entre las posiciones que afirman la universalidad de los derechos humanos y las que sostienen su carácter particular, acortando toda distancia entre las especulaciones teóricas y la crudeza de la realidad. La seriedad del hecho y la gravedad de la sentencia que se co-

mentará tuvieron el insólito resultado de que las consecuencias de ésta se extendieran más allá del proceso en el que fue dictada. En efecto, un fallo que pretendió tutelar los derechos indígenas del imputado, incurrió en la paradoja de lesionar la sensibilidad de una parte importante de la comunidad indígena a la que el autor pertenecía –en particular, mujeres– la que apeló a instancias administrativas para denunciar al tribunal judicial por discriminación.

En la provincia argentina de Salta, la madre de una niña de nueve años –pertenecientes ambas a la comunidad Lapacho Mocho, del pueblo indígena *wichí*– efectuó una denuncia ante una fiscalía, en la que dio cuenta de que su ex concubino había violado a la hija de la denunciante, como consecuencia de lo cual la menor estaba embarazada²⁰⁵⁰. En el acta se consignó también que la mujer refirió que había sido amenazada por el cacique de la comunidad, quien le había dicho que, si denunciaba al autor, ella también quedaría presa y sería echada de la comunidad. La mujer también manifestó que, aunque sentía temor al hacer la denuncia, la hacía de todos modos porque tenía miedo de que su ex pareja llevara a cabo conductas similares con sus otras hijas. Por último, en el acta de exposición se consignó además que, al radicar la denuncia, la madre se encontraba acompañada de la directora de la escuela a la que asistía la víctima.

En sede judicial, cuando fue citada para ratificar la denuncia, la madre de la menor modificó sustancialmente sus dichos originales. En efecto, afirmó que había efectuado la denuncia ante la fiscalía porque la directora de la escuela a la que asistía su hija la había obligado a hacerlo. Agregó que ella no estaba enojada con su ex concubino y que sabía que él vivía con su hija desde hacía un año, situación esta que era costumbre entre los aborígenes. Dijo también que lo único que quería era que el denunciado acompañara a su hija y que no había recibido amenaza alguna del cacique de la comunidad.

Al promover la acción penal, la fiscal de instrucción tuvo en cuenta las declaraciones de la propia niña, vertidas ante la jefa de servicio social de un hospital público de la zona²⁰⁵¹, lo que determinó que la acusación pública calificara los hechos como abuso sexual agravado, con acceso carnal, reiterado.

Llegado el momento de decidir la situación de mérito del imputado, el juez de instrucción resolvió dictar auto de procesamiento a su respecto, sin atribuir relevan-

²⁰⁵⁰ Corte de Justicia de Salta; Expte. CJS 28.526/06; “RUIZ, JOSÉ FABIÁN – RECURSO DE CASACION”; rto. 29/09/2006.

²⁰⁵¹ La fiscal tomó en cuenta los dichos de la niña, en atención a que había un vicio formal en la denuncia (la madre, al no saber firmar, debería haber estampado su firma en el acta, circunstancia que se había omitido; ver considerando 7° del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ). Aquí no interesa ese aspecto adjetivo, sino destacar que la propia menor había dicho ante la asistencia sanitaria pública que había sido violada por el concubino de su madre.

cia al peritaje antropológico ni a la prueba testimonial que explicaba ciertos aspectos consuetudinarios de las uniones sexuales en el medio *wichí* que tenían que ver con lo que se ventilaba en el expediente, por cuya valoración *favor rei* bregaba la defensa. El juez, en cambio, sostuvo que el análisis de esos elementos, que podían tener alguna clase de incidencia en materia de culpabilidad, debía quedar reservado para al momento del plenario²⁰⁵².

La defensa apeló el auto de procesamiento, por una serie de agravios de tenor diverso. En cuanto aquí interesa, se agravió de que esa decisión de mérito vulneraba normas constitucionales, al no respetar las costumbres y normas del pueblo *wichí*, al que pertenecía el imputado. Explicó que la plataforma fáctica acreditada en el expediente constituía un tipo de unión marital, realizada con el consentimiento de las partes y de conformidad con las costumbres comunitarias; es decir, inmersa en el sistema de derecho consuetudinario *wichí*. Asimismo, sostuvo que el imputado había carecido de la capacidad para comprender la criminalidad del acto, en razón de que, de conformidad con la cultura de su pueblo, la mujer, a partir de su primera menstruación, es libre de tener relaciones sexuales con quien quiera y es ella quien elige al hombre para que sea su esposo. Adujo también que, en el marco de las pautas culturales de la comunidad *wichí*, la conducta imputada con fundamento en el Código Penal conformaba un modo de vida conocido como “matrimonio privignático”; por tanto, el imputado no había tenido conciencia de incumplimiento de norma jurídica alguna durante su trato íntimo con la menor, por lo que resultaría penalmente “inimputable” (sic)²⁰⁵³ del delito que se le atribuía. La Cámara de Apelaciones no hizo lugar al recurso de apelación del auto de procesamiento, lo que dio lugar a que la defensa interpusiera recurso de casación que, al ser rechazado, motivó la articulación de un recurso de queja ante la Corte de Justicia de Salta, máximo autoridad judicial de la provincia; este último tribunal, finalmente, declaró

²⁰⁵² El Código Procesal Penal de la Nación argentino prevé una fase investigativa previa o preliminar, denominada instrucción del sumario, en la cual se colectan elementos de convicción para determinar si existe semi-plena prueba respecto de la responsabilidad del imputado para que las actuaciones sean elevadas a juicio oral y público, extremo éste último que inexorablemente debe ser solicitado, en el momento procesal oportuno, por el Fiscal, quien es el titular de la acción penal. En la etapa de juicio tiene lugar el plenario, en el que se produce un contradictorio amplio y una valoración también amplia de la prueba por el tribunal de juicio, previo al dictado de la sentencia definitiva. Es decir que, si el juez de instrucción entiende provisoriamente acreditada la responsabilidad del imputado, dicta un auto interlocutorio, llamado auto de procesamiento, en el que se pronuncia sobre la calificación legal del hecho y la calidad en la que aquel habría intervenido en el comportamiento ilícito, es decir si lo habría hecho a título de autor o de partícipe. Sin embargo, al decidir sobre el mérito del imputado, el juez de instrucción no debe limitarse a constatar puramente si el hecho investigado fue típico, sino que, de advertir causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad, puede y debe dictar un auto de sobreseimiento. Cuestión distinta es que, durante el plenario, por las propias particularidades de esta etapa procesal, haya más posibilidades de que se incorporen elementos o se adviertan circunstancias excluyentes del injusto o de la culpabilidad que no se hayan advertido durante la instrucción.

²⁰⁵³ Considerando 9º del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ.

admisible el recurso de casación y es el fallo dictado en consecuencia el que se está comentando.

A su turno, el fiscal ante la Corte dictaminó en contra de los agravios de la defensa. Sostuvo que los preceptos constitucionales que invocaba el recurrente debían ser ponderados en consonancia con el principio de igualdad y señaló que las excepciones a la aplicación del régimen legal eran un cometido específico del legislador, cuyos requisitos no se verificaban en el caso. Antes bien, de hacerse lugar a las pretensiones de la defena –sostuvo– ello no habría implicado el respeto de un derecho, sino la consagración de un privilegio, que habría atentado contra la unidad nacional perseguida en los textos constitucionales.

La mayoría de la Corte de Justicia provincial²⁰⁵⁴, en un voto conjunto bastante exiguo, señaló que cuando el juez de instrucción había resuelto procesar al imputado, ya se había incorporado a las actuaciones el informe pericial antropológico que, dada su particularidad, habría requerido un especial abordaje; sin embargo, ese elemento de juicio había sido objeto tan sólo de una valoración peyorativa para el imputado, sin que se hubieran tenido en cuenta aspectos especialmente importantes que surgían de su contexto. Entre esos elementos relevantes, los jueces enumeraron la aceptación social que en la comunidad de pertenencia del imputado habría tenido que las mujeres mantuvieran relaciones sexuales a partir de la primera menstruación y un conjunto de manifestaciones efectuadas por referentes de la comunidad indígena que habrían evidenciado, como denominador común, una cierta perplejidad por la consideración penal de la conducta atribuida al imputado. Entre esas declaraciones, la mayoría relevó no solo la del cacique de la comunidad, sino la de la madre de la menor víctima, a pesar de que –agregamos– no estaba claro en qué contexto había formulado la denuncia. Mejor dicho, si su parecer como madre y miembro de la comunidad había sido el manifestado al efectuar la denuncia o el contenido en la versión modificada vertido al ser citada a ratificar aquella.

Los jueces también tuvieron en cuenta un informe agregado con posterioridad al auto de procesamiento y –según su parecer– debería haber sido objeto de análisis por parte de la Cámara de Apelaciones. Lamentablemente, en su voto no brindan mayores detalles de ese informe ni de qué partes del mismo motivan su fallo; simplemente se limitaron a decir que daba cuenta de un “contexto de convivencia del imputado y de la víctima en un marco de costumbres ancestrales que resulta útil para apreciar una posible distorsión de la comprensión de la conducta atribuida como un injusto

²⁰⁵⁴ La mayoría estuvo integrada por los jueces Antonio Omar SILISQUE, María Rosa I. AYALA y Guillermo A. POSADAS; mientras que la minoría fue conformada por la jueza María Cristina GARROS MARTÍNEZ.

penal²⁰⁵⁵. A ello agregaron que en el auto de mérito no se había hecho una valoración razonable de la multiplicidad de datos colectados acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino y que habría posido suscitar distorsiones en la comprensión del imputado con incidencia en su culpabilidad²⁰⁵⁶. Sin embargo, los jueces no explicitan cuáles habrían sido esa “multiplicidad de datos”, más allá de las escuetas referencias que hemos consiguando en el párrafo precedente.

Para dar cierre a esas –en nuestra opinión– ligeras consideraciones, concluyeron que, toda vez que

“los arts. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas (...) cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aún provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta²⁰⁵⁷,

lo que a su juicio no se había efectuado en el auto de procesamiento. En función de ello, declararon la nulidad de aquella resolución de mérito y del fallo de la Cámara que lo había confirmado –a la que se consideró arbitraria por haber descuidado la incidencia en la imputación subjetiva de la pertenencia cultural– y de todo lo obrado en consecuencia.

En sentido diametralmente opuesto al de sus colegas, la jueza GARROS MARTÍNEZ conformó la minoría, emitiendo un voto en disidencia, nutrido de una profundidad y solvencia técnicas apabullantes, si se lo compara con la mucho menos elaborada argumentación del voto mayoritario, a tenor del cual se derivaron consecuencias violatorias de derechos fundamentales básicos de una niña y se hizo gala de un relativismo cultural que no pareció discriminar entre jerarquías de derechos; máxime cuando a partir de la prueba, minuciosamente analizada por la disidencia, parecía difícil sostener la inaccesibilidad a la norma penal vulnerada por parte del autor. Se impone entonces analizar en detenimiento el voto minoritario.

La jueza GARROS MARTÍNEZ comenzó por sostener que los hechos de la causa hacían necesario analizar los puntos de tensión que se planteaban cuando debían resolverse cuestiones acerca de comunidades indígenas o de sus miembros. Ante conflictos de ese tenor, se requería de una perspectiva que, sin dejar de reconocer los derechos fundamentales indígenas, tampoco desconociera o negara derechos vinculados, de otra naturaleza o alcance, que le asistieran al resto de los individuos involucrados ni que se relativizaran las obligaciones exigibles a todos los actores del conflicto.

²⁰⁵⁵ Considerando 7° del voto de la mayoría.

²⁰⁵⁶ Considerando 7° del voto de la mayoría.

²⁰⁵⁷ Considerando 11° del voto de la mayoría.

La jueza comenzó su análisis señalando que la defensa no podía pretender la inaplicabilidad de la ley penal nacional respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de la condición de indígena del imputado y de su identidad cultural, puesto que ello implicaría conferir a estos la condición de derechos constitucionales absolutos que no poseían; y, menos aún, cuando una decisión que les reconociera tal alcance comportaría la consecuencia del desconocimiento de otros derechos individuales, cuya esencialidad surgía de la interpretación integral de las normas que componían el complejo constitucional aplicable al caso²⁰⁵⁸. Así, la jueza sostuvo que la pretensión del recurrente encontraba un valladar en el Convenio N° 169 de la OIT, a tenor de cuyo art. 8, sin perjuicio de tomarse debidamente en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de la comunidad indígena a la que perteneciese el imputado, resultaba ineludible confrontar ese sistema comunitario con los bloques de legalidad y constitucionalidad. Esto era una consecuencia derivada que asistía a los pueblos indígenas: el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que no fueran incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos²⁰⁵⁹. Incluso, la jueza remarcó que el citado Convenio dejaba establecido que los métodos a los que los pueblos nativos recurrieran tradicionalmente para reprimir o no los delitos cometidos por sus miembros, deberían respetarse, en la medida en que ello fuera compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos²⁰⁶⁰.

Luego la jueza hizo referencia a que, a pesar del indudable beneficio que supone el reconocimiento del “complejo jurídico garantístico de los aspectos elementales de la persona humana”²⁰⁶¹, ello a veces suponía contradicciones que debían ser resueltas de modo equilibrado y concomitante, a la luz de los principios *pro homine* y *favor debilis*. Por imperio de tales principios, la vigencia de la costumbre comunitaria invocada por el recurrente como circunstancia apta para que el caso fuera resuelto de conformidad con “el supuesto derecho consuetudinario wichí y no de acuerdo al Código Penal Argentino”²⁰⁶², no constituía una razón apta para enervar la regla contenida en los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT. Ello, porque dicha costumbre no resulta-

²⁰⁵⁸ “Que el bloque de constitucionalidad al que debe atenderse en el sub lite se encuentra conformado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, su art. 75, incs. 12 y 17, los tratados mencionados por el art. 75, inc. 22 (en las condiciones señaladas en el art. 75, inc. 23), y el art. 15 de la Constitución Provincial. Asimismo cabe determinar la aplicabilidad del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la 76ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989, ratificado por ley 24071 de 1992; en vigencia en este país con rango constitucional desde el depósito de la ratificación, en el año 2000” (considerando 11 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ).

²⁰⁵⁹ Art. 8.2 del Convenio N° 169 de la OIT.

²⁰⁶⁰ Art. 9.1 del Convenio N° 169 de la OIT.

²⁰⁶¹ Considerando 12 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ.

²⁰⁶² Considerando 12 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ.

ba sólo contradictoria con el sistema jurídico nacional, sino también con el plexo de derechos humanos internacionalmente reconocidos; así, se pretendía subordinar un derecho esencial de la naturaleza humana a una cultura determinada, para lo cual la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituía un óbice, ya que, desde su preámbulo, remarcaba la prevalencia de los derechos que hacían a los atributos de la persona humana por sobre los demás. Al respecto dijo la jueza que el acceso carnal a menores de edad, “de modo reiterado hasta alcanzar [el] embarazo”²⁰⁶³, bajo un supuesto consentimiento en virtud de relaciones matrimoniales aceptadas en ciertas comunidades indígenas, resultaba objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano, tutelados en pactos internacionales de jerarquía constitucional²⁰⁶⁴, que no debían dejar de aplicarse por la circunstancia de que tanto la víctima como el imputado pertenecieran a la etnia *wichí*.

En la misma tesitura, la jueza sostuvo que el principio del interés superior del niño a la hora de analizar la relación niños-cultura-derechos humanos,

se centra en la aplicación práctica de dicho principio, de acuerdo o con prescindencia de la tesis del “relativismo-cultural”, dado que uno de los puntos de indeterminación de su alcance se sitúa en vinculación con la cultura, precisamente porque constituye tanto un conducto potencialmente importante para los valores culturales, como una rendija potencialmente explotable a través de la cual se busca la aceptación de ciertas prácticas incompatibles con los derechos humanos²⁰⁶⁵.

Y, a renglón seguido, afirmó que el fallo que estaba revisando esa Corte había adscripto a la postura que, precisamente, considerando la relación existente entre los valores culturales y los derechos humanos, descartaba los argumentos del llamado relativismo cultural en sus variadas opciones, de lo cual se agraviaba la defensa en atención a que ello significaba dar cabida a concepciones occidentales que intentaban combatir ciertas prácticas consideradas aberrantes de comunidades nativas, que no obstante constituían parte irrenunciable de su identidad y patrimonio cultural; según el relativismo cultural, dichas prácticas identitarias deberían ser admitidas²⁰⁶⁶. Sin embargo

²⁰⁶³ Considerando 12 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ.

²⁰⁶⁴ Arts. 5 y 11 CADH; art. 12 PIDESC.

²⁰⁶⁵ Considerando 12 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ.

²⁰⁶⁶ “Dicha teoría afirma que todos los sistemas culturales son intrínsecamente iguales en valor, y que los rasgos característicos de cada uno tienen que ser evaluados y explicados dentro del sistema en el que aparecen (cfr. Harris, Marvin; “Introducción a la Antropología General”; Ed. Alianza Universidad – Madrid, 1991), y defiende la postura según la cual toda pauta cultural es intrínsecamente tan digna de respeto como las demás. A la luz de estas dos afirmaciones, la actividad de organizaciones “occidentales” (como denomina la defensa a la cultura que supuestamente impide el desarrollo de la cultura *wichí*), tales como Amnistía Internacional UNICEF, etc., que intentan combatir ciertas prácticas consideradas aberrantes de comunidades nativas dentro de las cuales constituyen parte irrenunciable de su identidad cultural, es entendida como un acto destinado a destruir ese patrimonio cultural; según el relativismo cultural, en cambio, debería admitirse que dichas prácticas identitarias (como la mutilación genital femenina –clitoridectomía- o las relaciones sexuales de hombres mayores con niñas con las que se convive en razón de la unión parejal con la madre -matrimonio privignático-), son intrínsecamente tan dignas de respeto como cualquier otra, y tienen valor por el mero hecho de existir y de enriquecer la diversidad cultural mundial. Bajo tal premisa, concretamente, las niñas y mujeres que

—continuó la jueza— otra opinión expresaban las propias mujeres indígenas cuando tenían oportunidad de expresarse sobre estos temas, circunstancia que, en el marco de los agravios formulados por el recurrente, merecía ser destacada. Para avalar esta última afirmación, la jueza se valió de una larga lista de ejemplos acerca de “publicaciones especializadas que recogen conclusiones (...) de numerosos talleres e investigaciones llevados a cabo en comunidades americanas diversas”, en los que se había debatido la realidad de las mujeres indígenas en distintos ámbitos de su vida y su relación con los derechos humanos. En esas experiencias, constaba el testimonio de diversas mujeres que se habían pronunciado acerca de su deseo de que se mantuvieran ciertas tradiciones de su cultura, a las que no miraban con ojos críticos acerca de sus propias vivencias, siempre que se respetaran sus derechos. A propósito de ese material de análisis no vinculado con los hechos de la causa ni específicamente con la etnia *wichí*, sino relativo a indígenas de diversas latitudes americanas²⁰⁶⁷, pero que de todos modos sirvió a la magistrada para nutrir su voto de una visión antropológica integral, surgía un valioso elemento que la magistrada relevó. Los documentos en cuestión contenían testimonios de mujeres que habían diferenciado costumbres que les gustaban de otras que no les gustaban. Vale la pena transcribir la parte del considerando en cuestión, en la que la jueza dijo que era necesario hacer la siguiente aclaración en relación a la costumbre:

en los talleres las indígenas hablan de las costumbres que les gustan y las que no les gustan; es importante ver entre la lista de las costumbres que ‘sí nos gustan’ las siguientes: ‘cuando

han sufrido aquellas mutilaciones, o que a partir de los 8, 9, 10, 11 años contraen matrimonio o son “tomadas” por la pareja de la madre para formar una “forma típica de unión matrimonial”, vivirían en plenitud su identidad cultural. Las razones que dan los nativos para justificar estas prácticas son muy variadas, y de manera general se repiten en culturas muy diversas (Amnistía Internacional, informe 1998 “La mutilación genital femenina y los derechos humanos”, EDAI, Madrid; Goonesekere, “Interests of de Child”, en Ed. UNICEF, Alston y Gilmour-Walsh, “El matrimonio infantil”, p. 34). Las razones que la defensa del imputado brinda para convalidar este tipo de costumbres están resumidas en la frase “modo de vivir de la comunidad *wichí*” (considerando 13 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ).

²⁰⁶⁷ “Ilustran debidamente sobre el punto publicaciones especializadas que recogen conclusiones (textuales, en numerosos casos) de numerosos talleres e investigaciones llevados a cabo en comunidades americanas diversas, en los que se debatió lo relativo a realidades de las mujeres indígenas, opresión y discriminación, costumbres, cómo se dividen el trabajo las mujeres y los hombres, anhelos y esperanzas; reflexión y acercamiento entre las mujeres indígenas acerca de sus derechos, usos y costumbres; Convenio 169 de la OIT; tierra, proceso productivo, educación, salud y violencia; situación, derechos y cultura de la mujer indígena; comunidad y autonomía; educación; garantías de justicia a los indígenas, promoción y desarrollo de la cultura indígena; derechos humanos para las mujeres indígenas; maltrato hacia las mujeres; posibilidades de las mujeres indígenas. En estos ámbitos, en los cuales éstas exteriorizan sus sentimientos y experiencias, manifiestan su intención de mantener tradiciones y cultura pero miran a ésta con los ojos críticos de sus propias vivencias, pidiendo “respeto a las tradiciones que no afectan o agreden a las mujeres indígenas” y dicen que “en diferentes eventos hemos manifestado que los usos y costumbres deben mantenerse siempre y cuando garanticen el respeto a las mujeres y que tenemos que seguir discutiendo y analizando detenidamente los derechos que queremos que se nos respeten en nuestras comunidades” (...)” (considerando 13 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ).

los padres no obligan a las niñas a casarse (pero no deben irse con el novio)' o 'que nos dejen estudiar' o, más interesante, 'que caminen por igual, hombres y mujeres'²⁰⁶⁸.

Esta última demarcación de límites efectuada por las propias mujeres acerca de su deseo y expectativa de ser respetadas en su libertad sexual, intelectual, de desarrollo personal y de igualdad evidencian —a nuestro juicio— que al margen de todo relativismo o particularismo cultural, había un común denominador en el universo femenino de exigencia de reconocimiento de sus derechos individuales. Al respecto, la propia jueza agregó:

[s]e colige de ello que la noción de costumbre parece bastante flexible y no se identifica siempre con lo antiguo —en comparación con lo nuevo—, sino más bien representa el comportamiento que se considera aceptado por la comunidad²⁰⁶⁹. Las mujeres indígenas piden que la justicia se imparta según los usos y costumbres, pero rechazando los que las perjudican, en el sentido de que la ley no debe proteger y promover el desarrollo de todos los usos y costumbres.

A eso agregó que había que evitar la tendencia a caer en un determinismo social, que impidiera o retrasase la mejora de las condiciones de vida de los indígenas sobre la base de falsos prejuicios acerca de que la pobreza o la degradación humana formaban parte de la cultura de los nativos, pasando por alto que se trataba de una población que anhelaba “insertarse en un proceso de modernización, que ha comenzado incluso a acceder a algunos de sus beneficios, pero sin posibilidades de progreso”²⁰⁷⁰. Recién al final de todas estas consideraciones relativas a los indígenas en general, la jueza hizo alusión al caso concreto de la etnia *wichí*, al afirmar que de la comunidad relacionada con los hechos de la causa solo se podía conocer que aceptaban que “para las mujeres, éstas deciden desde los doce años, con quién quiere tener una relación, porque muchas chicas se perdieron (conocieron a otra gente y se quedaron en la ciudad y no regresaron)”²⁰⁷¹.

Asimismo, la jueza recordó que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia había reconocido la importancia y el respeto que merece el derecho consuetudinario indígena para regular las relaciones de los miembros de las comunidades entre sí y con sus bienes, también había establecido que la invocación de las manifestaciones culturales no podía atentar contra los estándares universalmente

²⁰⁶⁸ Considerando 13 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ.

²⁰⁶⁹ Esta idea conecta con la aceptación interna de las normas en HART, como el elemento característico de las reglas jurídicas.

²⁰⁷⁰ Considerando 13 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ.

²⁰⁷¹ Considerando 13 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ. El párrafo completo de la magistrada es el siguiente: “[d]e la comunidad indígena que nos ocupa, sólo podemos conocer que aceptaron que “para las mujeres, éstas deciden desde los doce años, con quién quiere tener una relación, porque muchas chicas se perdieron (conocieron a otra gente y se quedaron en la ciudad y no regresaron)” (fs. 233), situación que aparece como contrapuesta con la aceptación que las mayores parecieran demostrar a través de sus testimonios (fs. 119, entre otras constancias), actitud que, en lo que aquí interesa, se relacionaría más con un cierto determinismo cultural que con la convalidación de una costumbre buena o positiva, que justifique su tolerancia frente a la norma penal contraria”.

reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana y había rechazado expresamente el relativismo cultural²⁰⁷².

En base a esas consideraciones y a que los derechos y consideraciones culturales debían ceder cuando entraran en conflicto con derechos humanos de mayor jerarquía, ponderación en la que el interés superior del niño debía ser un principio rector de análisis, la juez concluyó que no se habían verificado en caso circunstancias que permitieran descartar la opatividad del Código Penal con relación a la práctica sexual o social alegada por la defensa, precisamente porque de configurar efectivamente una costumbre propia de la comunidad *wichí* a la que pertenecía el imputado, resultaba violatoria de los derechos que la comunidad internacional reconocía en cabeza de la niña víctima²⁰⁷³.

A resultas de esas consideraciones, la jueza se pronuncia de manera contundente avalando el fallo de la Cámara de Apelaciones que estaba revisando, al que le asigna una “profunda connotación ética” sobre el acceso carnal por parte del adulto imputado respecto de una niña, hija de su concubina. El valor ético del pronunciamiento del *a quo* –a criterio de la jueza– estaba dado no solo por considerar que la víctima era una niña, sino especialmente por haber entendido que los derechos éticos protegidos por la integralidad de los tratados de derechos humanos eran universales “por su estructura lógico-material, a pesar de que la Filosofía y, consiguientemente, la Ética como disciplina racional filosófica, tuvieron origen y desarrollo”²⁰⁷⁴. Así, al haber estimado que la pautas culturales invocadas por la defensa eran condenables y vedar al Estado que –al amparo del supuesto respecto a la identidad cultural indígena– se abstuviera de aplicar las normas jurídicas oficiales que codenaban una práctica degradante, el fallo revisado se había traducido en el respeto por el grupo humano “niñas indígenas”, por lo que resultaba adecuado al bloque de constitucionalidad y a la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En orden a la universalidad de los derechos humanos –tema al que nos hemos dedicado en estas líneas al tratar el debate suscitado al respecto entre liberales y comunitaristas– jueza hizo una diferenciación entre normas éticas y morales. Así, sostuvo que las normas éticas en las que se apoyaba la decisión de la Cámara de Apelaciones eran las “comunes a todos los pueblos”; mientras que las morales eran las

²⁰⁷² Considerando 14 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ. La magistrada citó el siguiente párrafo de un fallo de la Corte IDH: “[a]l mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado “Relativismo Cultural” (voto razonado conjunto de los jueces Cancado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli en el caso de la Comunidad Mayagna), conclusión relevante en la especie”.

²⁰⁷³ Considerando 15 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ.

²⁰⁷⁴ Considerando 16 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ.

“particulares de cada pueblo”²⁰⁷⁵. Según la magistrada, a veces ambas clases de normas coexistían pacíficamente y hasta coincidían, pero en otras ocasiones entraban en conflicto. Pero los derechos humanos universales amparaban, justamente, a los seres humanos frente a la vulnerabilidad y precariedad de su condición. Al contrario del lo sostenido por el relativismo cultural y de conformidad con la doctrina sobre derechos de las comunidades indígenas elaborada por la Corte Interamericana, los derechos humanos universales eran enriquecidos por las múltiples experiencias culturales, las cuales, a su vez, se beneficiaban de su propia apertura a los estándares mínimos universales de tratamiento del ser humano²⁰⁷⁶, doctrina esta que reafirmaba la legitimidad universal de los derechos humanos, en un mundo marcado por el pluralismo y la angustia común a todos los seres humanos frente al respeto por su propia dignidad.

En cuanto a la prevalencia de un derecho respecto de otro, la jueza estimó que, en el tema sometido a su consideración, no se trataba

de poner en marcha un mecanismo de ponderación de derechos –derecho a la integridad personal, derechos del niño, derecho a la cultura, derechos de los indígenas–, sino de ordenar el centro de gravedad del problema planteado, para recién decidir el pretendido conflicto que pudiere suscitarse en relación a la posibilidad de defensa de uno u otro, intentando evitar razonamientos que

²⁰⁷⁵ Considerando 16 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ.

²⁰⁷⁶ La jueza citó el precedente CorteIDH; *caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. En efecto, en el párrafo 28 de su voto razonado emitido en dicho precedente, el juez CANÇADO TRINDADE afirmó: “Los derechos humanos universales encuentran respaldo en la espiritualidad de todas las culturas y religiones, están arraigados en el propio espíritu humano; como tales, no son la expresión de una determinada cultura (occidental o cualquier otra), sino de la propia conciencia jurídica universal. Todos los avances mencionados, debidos a esta conciencia jurídica universal, se han dado en medio a la diversidad cultural. Al contrario de lo que pregonan los voceros del llamado -y distorsionado- “relativismo cultural”, las manifestaciones culturales (al menos las que se conforman con los estándares universalmente aceptados de tratamiento del ser humano y de respeto a sus muertos) no constituyen obstáculos a la prevalencia de los derechos humanos, sino todo al revés: el substratum cultural de las normas de protección del ser humano en mucho contribuye para asegurar su eficacia. Dichas manifestaciones culturales -como la del respeto a los muertos en las personas de los vivos, titulares de derechos y de deberes- son como piedras sobrepuestas con las cuales se erige la gran pirámide de la universalidad de los derechos humanos”. Para llegar a esa afirmación, el mismo juez CANÇADO TRINDADE, en los párrafos 25 y 26 del mismo voto, había dicho: “Los adeptos del llamado “relativismo cultural” parecen olvidarse de algunos datos básicos incuestionables, a saber: primero, las culturas no son estáticas, se manifiestan dinámicamente en el tiempo, y se han mostrado abiertas a los avances en el dominio de los derechos humanos en las últimas décadas; segundo, muchos tratados de derechos humanos han sido ratificados por Estados con las más diversas culturas; tercero, hay tratados más recientes, -como la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)- que, en sus travaux préparatoires, tomaron en debida cuenta la diversidad cultural, y hoy disfrutan de una aceptación virtualmente universal; cuarto, la diversidad cultural jamás obstaculizó la formación de un núcleo universal de derechos fundamentales inderogables, consagrado en muchos tratados de derechos humanos; quinto, las Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario también cuentan con una aceptación virtualmente universal (...) Como si estos datos no fueran suficientes, en nuestros días la diversidad cultural no ha frenado la tendencia contemporánea de criminalización de las violaciones graves de los derechos humanos, ni los avances en el derecho penal internacional, ni la consagración de la jurisdicción universal en algunos tratados de derechos humanos (a ejemplo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984), entre otros), ni el combate universal a los crímenes contra la humanidad. En efecto, la diversidad cultural tampoco ha impedido la creación, en nuestros días, de un verdadero régimen internacional contra la tortura, las desapariciones forzadas de personas, y las ejecuciones sumarias, extra-legales y arbitrarias”.

lleven a obviar la instrumentalidad que uno de los derechos tiene respecto del otro, pues cualquier reconocimiento a favor de la persona en sí misma carece de finalidad si no se efectiviza el respeto a ésta²⁰⁷⁷.

A su criterio, sin perjuicio del derecho a preservación de la cultura de cada comunidad particular, cualquier agresión a los intereses superiores del niño afectaban su libertad en relación a la esencialidad de la persona, consagrados en los preámbulos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A los profusos argumentos jurídicos de fondo que acaban de resumirse, la jueza agregó –desde luego– una valoración detallada de la prueba del caso agregada al expediente, que la llevó a concluir que no se había acreditado que las relaciones sexuales con menores de edades inferiores a los 13 o 14 años integren las prácticas habituales de la comunidad *wichí* a la que pertenecía el imputado. Al contrario, una prueba pericial daba cuenta de una entrevista realizada al Presidente de la Comunidad, en la que este había manifestado que "dichas relaciones son frecuentes y consideradas normales dentro de la comunidad aborígen", pero que la madre se había separado del imputado y que "la menor tiene 11 años, en diciembre de este año cumplirá 12 años; por lo que le habían recomendado [al imputado] que no tuviera relaciones con la niña, porque podría tener problemas". También valoró los dichos de un testigo miembro de la comunidad, quien había referido que se encontraba triste "porque esto ya lo veía venir. No van a defender personas que tienen delitos graves"²⁰⁷⁸. Además, el informe antropológico agregado al legajo, si bien consignaba la iniciación de la vida sexual a partir de la menarca, no daba cuenta de la institucionalización en la cultura *wichí* de formas conyugales tales como el matrimonio privignático invocado por la defensa; en cambio, el peritaje reportaba como pauta cultural de la comunidad la exclusión de uniones con hombres mayores.

La jueza recordó, además, que la Corte Interamericana había consagrado el principio según el cual la Convención Americana debe significar un sistema normativo de protección segura para los indígenas de nuestro continente, pero no menos que para

²⁰⁷⁷ Considerando 17 del voto de la juez GARROS MARTÍNEZ.

²⁰⁷⁸ El mismo testigo agregó: "Pero hay algo que les preocupa que es la injusticia, porque nadie es perfecto. Su preocupación, que viene de tiempo atrás, porque no hay integración entre aborígenes y la justicia. Se siente que están afuera de la justicia. Y la palabra cacique no es factible para la justicia y no se los escucha. Ellos tienen una ley cultural que va en contra de la Ley Argentina. En la partida de nacimiento de la chiquita es una violación porque tiene nueve años, pero él comunica que desgraciadamente, que por tanta tragedia que hay en los barrios, ellos adoptaron sus costumbres. Para las mujeres, éstas deciden desde los doce años, con quien quiere tener una relación (...) Adoptaron esta decisión porque muchas chicas se perdieron (conocieron a otra gente y se quedaron en la ciudad y no regresaron) (...) se les da la libertad de decidir a los doce años". Sin embargo, el testigo agregó que, no obstante, "ellos quieren que se casen por la Iglesia Evangélica". Hay que decir que en el caso había una discusión acerca de la edad de la nena, en tanto no estaba claro si tenía 9 u 11 años, dado que la fecha obrante en su partida de nacimiento no habría coincidido con su edad biológica.

los otros pobladores de los países americanos a los que llega el sistema tutelar de la Convención²⁰⁷⁹. A ello agregó que la aplicación al caso del Código Penal, en razón de la naturaleza de la conducta sancionada y de la entidad de los derechos en juego, de acuerdo al artículo 8° del Convenio 169 OIT, se adecuaba al principio de unidad nacional consagrado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, sin que ello obstara a la efectivización de los compromisos asumidos por el Estado Nacional con la firma de tratados internacionales, en virtud de la interpretación integradora que exigía el texto constitucional²⁰⁸⁰.

La jueza analiza también otro elemento que –a nuestro juicio– es muy significativo y al que ya nos hemos referido en estas líneas, en sentido concordante con el expresado en el voto que se comenta: los indígenas son ciudadanos en paridad de condiciones con los demás, aun cuando se les reconozcan diferencias culturales. En consecuencia, gozan de iguales derechos individuales y cargan con los mismos deberes que el resto de los ciudadanos. Una interpretación contraria a este punto de vista significaría una discriminación negativa de su cultura y de sus valores de pertenencia, ya que se los consideraría con menores posibilidades de asumir el derecho que al resto de los individuos. Esta misma idea, en efecto, es tratada por la jueza GARROS MARTÍNEZ, al contestar el agravio por arbitrariedad por supuesta discriminación esgrimido por la defensa, en detrimento de los derechos del imputado en tanto indígena. En opinión de la magistrada, el fallo revisado, lejos de configurar una discriminación en contra de un individuo perteneciente a un grupo indígena determinado, había comportado el reconocimiento de la igualdad de condiciones para ser receptores y deudores de los derechos y obligaciones establecidos en los pactos internacionales de derechos humanos; de otro modo, no se respetaría la cultura indígena, sino que se la desvalorizaría de manera discriminatoria, al tratarla como un impedimento al acceso a condiciones de progreso del grupo al que pertenece, única finalidad que podría justificar el reconocimiento de un derecho distinto²⁰⁸¹. En consecuencia, el fallo de la Cámara de Apelaciones no había infringido –contrariamente a los sostenido por el recurrente– el deber del Estado de asegurar el pleno desarrollo de los derechos y libertades fundamentales de un grupo indígena, ni obstado al derecho a que los integrantes de la comunidad *wichí* a la que pertenecía el imputado tuviera su propia vida cultural, sino que había estado orientado a considerar el ser humano dentro del medio social en que vivía y sus derechos en relación con el medio social en que eran ejercidos. Como corolario de todo ello,

²⁰⁷⁹ Corte IDH; *caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

²⁰⁸⁰ Considerando 20 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ.

²⁰⁸¹ Considerando 21 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ. El texto anotado fue respaldado en el art. 1.1 y 1.4 de la Convención Internacional sobre todas las formas de Discriminación Racial.

la juez afirma la inviabilidad de considerar al factor cultural como eximente de la aplicabilidad respecto del imputado de las normas contenidas en el Código Penal²⁰⁸².

Por último, la jueza respondió al argumento de la defensa según el cual el imputado no habría estado en condiciones de conocer que los hechos cometidos por él se encontraban incriminados por la normativa penal. Al efecto, efectuó el juicio de individualización que –tal como ya hemos dicho en estas líneas– resulta ineludible, aún para perspectivas que sostengan el carácter normativo del conocimiento de la antijuridicidad. La magistrada hizo la valoración individual por una doble vía: atendiendo al autor en particular, como persona individual, y atendiendo a la pequeña comunidad en particular de la que él formaba parte. De ese modo –a nuestro modo de ver– fue respetuosa del principio de culpabilidad estrictamente personal, pero engarzado en la comunidad indígena de la que el autor formaba parte; es decir, tomando en cuenta su pertenencia grupal en tanto indígena de un grupo *wichí* determinado.

Así, la jueza tuvo en cuenta que el imputado había cursado hasta tercer grado del nivel escolar primario y era beneficiario de un subsidio social para personas desempleadas, lo que evidenciaba que había tenido contacto con las instituciones estatales. En ese contexto, nada demostraba que no hubiera estado en condiciones de comprender la ilicitud de los hechos cometidos. Asimismo, afirmó que de la prueba reunida no podía concluirse que *Misión Wichí* importara un grupo étnico totalmente cerrado que mantuviera sus principios culturales en forma totalmente pura. En aval de ese aserto valoró que, en una audiencia celebrada ante la fiscalía, se había acreditado que el grupo había presentado denuncias ante la policía para que se investigara “lo que estaba pasando en la comunidad” (sic); recibían la “influencia” (sic) de la Iglesia Evangélica; deseaban conocer más sobre las leyes porque, cuando se le presentaba un problema al Cacique, éste escuchaba a las personas y decidía lo que era más conveniente, reunía a la comunidad de ser necesario y, recién entonces “iba a la ley”, para dar intervención a un juez; los niños iban a la escuela; etc. A partir de todos esos elementos, la jueza infirió la apertura social del grupo que la llevó a rechazar el agravio referido “a la inimputabilidad de Ruiz” (sic) por desconocimiento de la prohibición²⁰⁸³.

A pesar de los argumentos de peso dados en la disidencia, el auto de procesamiento fue declarado nulo, como así también el fallo por el que la Cámara de Apelaciones había confirmado aquél y todo lo actuado en consecuencia. Recién once años después de los hechos²⁰⁸⁴, el Tribunal de Juicio del Distrito Orán, provincia de Salta, encontró al imputado penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso

²⁰⁸² Considerando 23 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ.

²⁰⁸³ Considerando 24 del voto de la jueza GARROS MARTÍNEZ.

²⁰⁸⁴ Los hechos ocurrieron en 2005; el fallo de la Corte de Justicia de Salta fue dictado en septiembre de 2006 y la sentencia de condena fue dictada en 2016.

carnal calificado por la convivencia preexistente y le impuso una pena de ocho años de prisión de cumplimiento efectivo²⁰⁸⁵.

Ahora bien, inmediatamente después de declaración de nulidad del auto de procesamiento, el caso cobró resonancia nacional e internacional. El revuelo que se armó alrededor de la sentencia de la Corte provincial llevó a que Octorina ZAMORA, cacique de la comunidad *wichi* de Honat Le les, de Embarcación, Salta, hiciera declaraciones en apoyo del voto minoritario, en el sentido de que "es realmente una aberración pensar que el pueblo wichi acepta el abuso sexual de las niñas como una costumbre ancestral"²⁰⁸⁶ y, en referencia al fallo, agregó que "es un precedente nefasto. No es cierto que nuestra cultura esté a favor de las relaciones prematuras ni tampoco del incesto. Basándose en el desconocimiento, la Corte no hizo más que profundizar la discriminación de la que somos víctimas las mujeres de los pueblos originarios"²⁰⁸⁷. La nombrada Octorina ZAMORA, además, hizo una presentación en el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo de Argentina (INADI), en la que expresó, en referencia al fallo de la Corte provincial, que "[c]omo mujeres, madres, hermanas, es doloroso desde las propias entrañas aceptar un dictamen como éste, poniendo a nuestros hijos y mujeres en total desamparo, porque la misma consideración muestra un racismo y actitud xenofóbica, porque la Corte utiliza una fábula, para justificar vaya a saber qué intereses". Esa denuncia ante el INADI dio lugar a un dictamen²⁰⁸⁸, en el que ese ente sostuvo "que en la resolución del conflicto debe prevalecer el supremo interés de la niña sobre los derechos [del imputado]", en consonancia con el voto minoritario de la jueza GARROS MARTÍNEZ.

En su comentario al fallo de la Corte de Salta, al tratar el tema que denomina "el derecho al propio derecho", CIANCIARDO destaca la importancia, en casos como este, de conocer bien las circunstancias fácticas. En ese sentido, integra al estudio del caso el cuestionamiento al encuadre fáctico que hizo la mayoría de la Corte, efectuado por un grupo de caciques y representantes de las comunidades *wichis* de Salta, con posterioridad al fallo, con firma de Octorina ZAMORA, al que ya nos hemos referido. Según CIANCIARDO, el cuestionamiento de miembros del grupo ante el INADI dejó en claro que no todos los indígenas aceptaban el matrimonio privagnático y que muchos de ellos se oponían de modo frontal a su existencia²⁰⁸⁹. Destaca que, en este tipo de casos suele ser difícil determinar con precisión a qué norma o costumbre cultural se

²⁰⁸⁵ Dato obtenido del portal web www.fiscalespenalesalta.gov.ar; [<http://www.fiscalespenalesalta.gov.ar/tras-11-anos-se-llego-a-una-condena-en-un-polemico-caso-de-abuso/>]; fecha de consulta 09/04/2017.

²⁰⁸⁶ GARROS MARTÍNEZ; *¿Recuerdan a la niña wichi violada?*; en "El Tribuno"; 26/08/2014.

²⁰⁸⁷ *Denuncia wichi contra la Corte salteña*; en La Nación; 24/01/2007.

²⁰⁸⁸ Dictamen INADI 85/07.

²⁰⁸⁹ CIANCIARDO; *Universalidad*; p. 239.

está haciendo referencia. En su opinión, la primera crítica que puede hacerse al voto de la mayoría es la de no haber tenido en cuenta que la vigencia del matrimonio privagnático y su aceptación lejos estaban de ser hechos notorios, que no necesitaran de una prueba contundente²⁰⁹⁰.

Creemos que a la luz de la posición que se ha ido desarrollando a lo largo las líneas que componen este trabajo, es obvia nuestra adhesión al voto de la minoría. En primer lugar, desde un marco general, en cuanto a la gestión del multiculturalismo en términos respetuosos del derecho constitucional, podemos decir que el caso ofrece un claro ejemplo de lo que es una restricción interna²⁰⁹¹ inadmisibles de cara a los derechos individuales de los miembros de una minoría. En efecto, se privilegió un supuesto hábito comunitario violatorio de uno de los derechos fundamentales básicos de un miembro –nada menos que la libertad sexual de la víctima– del grupo minoritario –la comunidad *wichi* “Lapacho Mocho”–, con la agravante de que el sujeto pasivo del ilícito era una menor de edad, de tan solo nueve años. Es decir alguien sobre quien el derecho oficial debía velar especialmente, en razón de su vulnerabilidad por su condición de niña, por la que no podía prestar su consentimiento válidamente para aceptar o rechazar la unión sexual. Siempre la autonomía personal debe prevalecer por sobre los derechos o pretendidos derechos del grupo como tal; ya lo hemos dicho e insistimos en eso: los grupos se protegen y sus derechos son reconocidos en función de la dignidad de sus miembros, cuyos intereses individuales en términos de derechos fundamentales deben prevalecer por sobre a identidad cultural, en caso de tensión²⁰⁹². Los hombres, como fines en sí mismos, son el centro de gravitación de toda protección jurídica.

Desde el plano estrictamente penal y como ya hemos adelantado al comentar el voto en disidencia, este caso ofrece la posibilidad de hacer un ejercicio de aplicación de la concepción del error de prohibición asumida en este trabajo, que llevará sin duda, no solo a descartarlo en su forma inevitable, sino también en la evitable. En efec-

²⁰⁹⁰ CIANCIARDO; *Universalidad*; p. 239.

²⁰⁹¹ Conforme la teoría de KYMLICKA que hemos explicado y a la que hemos adherido en el capítulo I.A. Ver también KYMLICKA; *Ciudadanía*; pp. 57 y ss.

²⁰⁹² En la misma dirección y comentando el mismo precedente jurisprudencial, CIANCIARDO sostiene que: “el derecho a la identidad cultural no tiene como contenido todos los rasgos de una identidad cultural determinada, sino sólo aquellos rasgos cuya defensa resulta compatible con el tratamiento de cada uno de los miembros del grupo como un fin en sí mismo (...) debe tenerse presente que el respeto incondicionado por parte del grupo de cada uno de los miembros que lo componen, su consideración como fines-en-sí-mismos, es una exigencia formal que carece de sentido si no se la dota de un contenido más o menos concreto. De allí la necesidad de acudir a los derechos humanos para entender de qué se está hablando cuando se afirma que determinado disenso interno no puede ser legítimamente combatido por un grupo. Los disensos internos cuyo combate es inaceptable son aquellos que resultan del ejercicio de un derecho humano” (*Universalidad*; p. 240). Y, tras rechazar la posibilidad de restricciones internas cuando comprometan la realización de un derecho humano, agrega: “Lo que es más oscuro, es si el grupo tiene el derecho de imponer un modo de realización real de algún bien humano básico. Mi opinión es que no, porque otro de los bienes humanos básicos es, precisamente, el de elegir caminos personales de realización (cómo realizar en uno su condición de hombre)” (*Universalidad*; p. 242).

to, desde el punto de vista del juicio normativo del contexto de advertencia o inadvertencia de la norma, puede decirse que el imputado quebró el deber de fidelidad al derecho que el ordenamiento jurídico tenía como expectativa a su respecto, en sus particulares circunstancias. Ello así por cuanto las condiciones personales y de pertenencia grupal del autor –educación formal oficial, aunque fuera de bajo nivel; contacto con la iglesia evangélica; posibilidad de acudir a autoridades comunitarias que a su vez estaban en contacto con las estatales para averiguar acerca de las consecuencias de su eventual contacto sexual con la niña; etc.– evidencian que su comportamiento fue desleal al derecho como modelo de orientación de conducta. Además, toda vez que de la prueba colectada en el expediente se desprendía que las mujeres de la comunidad –o al menos algunas de ellas– cuestionaban la iniciación sexual de las niñas a tan corta edad como su primera menstruación y que el cacique, como autoridad de referencia, conocía las leyes oficiales, es evidente que el error resultaba evitable, en atención a que el imputado debería haberse informado, precisamente a raíz de las diferentes opiniones al interior del grupo sobre las relaciones íntimas con menores. La consecuencia de este juicio de evitabilidad derivan en la culpabilidad penal plena.

3. La jurisprudencia de la provincia argentina de Neuquén tuvo ocasión de resolver, con arreglo a la doctrina de la justificación putativa, un caso en el que un miembro de una comunidad mapuche había destruido una serie de estacas colocadas en tierras de la comunidad –con autorización del *lonco*; es decir del cacique–, para la demarcación de un estudio hídrico. En primera instancia se condenó al imputado por el delito de daño²⁰⁹³, pero esa sentencia fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia, al resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, absolviendo al imputado²⁰⁹⁴.

Dicho tribunal consideró que el autor había obrado en la creencia de que estaba ejerciendo legítimamente un derecho. Para ello tuvo en cuenta que, a pesar de que la colocación de las estacas había sido lícita y hecha con permiso de la autoridad comunal, el juez de primera instancia debería haber profundizado el análisis de uno de los aspectos subjetivos incorporados al expediente por la alegación del imputado y por el aporte de dos testigos, relativo a que el autor había destruido los parantes en el entendimiento de que habían sido colocados en tierras de su propiedad y que, no obstante ello, no se había requerido su autorización. Según el fallo, esta alegación que, en otro

²⁰⁹³ Art. 183, C.P. argentino.

²⁰⁹⁴ Tribunal Superior de Justicia de Neuquén; “PUEL S/DAÑO”; Acuerdo N° 8/1999; rto. el 12/3/1999.

contexto, podría parecer una mera excusa exculpatoria, en el contexto de un miembro de la comunidad Mapuche requería una especial lectura²⁰⁹⁵.

A criterio del órgano jurisdiccional el sujeto había obrado creyendo que su a conducta desajustada a derecho le asistía la justificante de legítimo ejercicio de un derecho (art. 34, inc. 4, C.P. argentino), por lo que entendió que había concurrido una causa de justificación putativa; es decir, que el agente había dado a una “situación jurídica determinada” (sic), una extensión que en realidad no había tenido. Para el tribunal, el error versó en que el imputado había creído que la tierras eran suyas, sin reparar en que en verdad eran de la comunidad. Además, consideró que tal yerro era no imputable al sujeto debido a sus particularidades culturales, a pesar de que existía un decreto provincial que había transferido las tierras a favor de la “Agrupación Mapuche Puel”²⁰⁹⁶.

Si bien el recurso al expediente del error –se lo considere de tipo o de prohibición– es encomiable, el fallo parece traslucir una fuerte impronta de la concepción psicologicista, en la que se privilegiaron las manifestaciones sobre el yerro del autor, si bien es cierto, apoyadas por las de dos testigos. Sin embargo, la sentencia nada dice acerca del conocimiento que autor tenía o debería haber tenido del decreto provincial que había transmitido las tierras a la comunidad y no a sí mismo; tampoco la sentencia trasunta que los testigos hayan hecho referencia a ese extremo. De modo tal que

²⁰⁹⁵ Textualmente, en el considerando c) de la sentencia se afirma: “Esta circunstancia, que en otro contexto, podría (lícitamente) ser considerada como una mera excusa exculpatoria, en este caso, por las particularidades culturales que conforman la “identidad” del imputado, debieron haber merecido, por parte del juzgador, un tratamiento más detallado (en rigor, algo de esto intuye el señor Juez “a-quo” cuando a fs. 92 del decisorio expresa: “Sin duda, este conflicto aparentemente aislado, se inscribe dentro de la problemática general entre el Pueblo Mapuche y su más centenario reclamo a la posesión de las tierras que tradicionalmente vienen ocupando (...).” Y se afirma que tal circunstancia debió merecer un análisis más profundo, por cuanto constituye una realidad, demostrada a partir de las investigaciones antropológicas de base llevadas a cabo respecto a este grupo la de que: “Aunque la dinámica comunitaria tradicional, en muchos aspectos haya desaparecido, el hábitat unido al concepto de identidad y su inusual capacidad de convocatoria, sigue siendo el elemento que le devuelve significación a la vida cotidiana de estos hombres y mujeres. Campesinos o proletarios, residentes en el campo o en la ciudad, viven entrañablemente vinculados a la tierra (Mapu) y a su gente (che), porque en el mundo de lo simbólico, ambos elementos son inseparables y dimensionan el sentido del ser, el espacio y el tiempo”. (Confr. Ingrid de Jong, su colaboración en: Isabel Hernández y otros, “La identidad enmascaradas. Los Mapuches de Los Toldos”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1993, pág. 156. Los subrayados me pertenecen”).

²⁰⁹⁶ Las palabras textuales del juez VIDAL, cuyo voto lideró el fallo, sobre este aspecto, fueron: “interpreto –porque así surge de las constancias de la sentencia- que Puel, procedió a la destrucción de las tareas realizadas (levantamiento de estacas) porque consideró que, al no haberse solicitado su autorización y tratándose de tierras que ‘consideraba’ como propias, estaba –al obrar de esta manera– ejerciendo un legítimo derecho (art. 34 inciso 4 del Código Penal), sin reparar que, tales tierras, en rigor –y como lo puntualiza el “a-quo”– pertenecían a la comunidad. De esta forma, el imputado, creyó estar en su derecho (art. 34 inciso 4º) de no permitir la realización de los estudios que se practicaban; empero, tal creencia –en el caso– se vio viciada por un error no imputable (art. 34 inciso 1º) – por las particularidades a las que se aludiera (advértase, en este sentido, la atinada observación de Kalinsky-Arrúe al expresar que: “El título de propiedad da derechos comunitarios pero el uso real de esas tierras tiende a ser individual/ familiar”. (confr. “Se ha cometido un delito. Cultura y procesos de conocimiento en el ámbito jurídico penal. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 157. El énfasis me pertenece) – que lo llevaron a actuar en la forma en que lo hizo, no obstante que el propio decreto 863/1996 transfería las tierras a favor de la “Agrupación Mapuche Puel” y no de él (como titular dominial exclusivo”).

la invencibilidad del error nos parece fundada con cierta ligereza, en tanto no permite saber el grado de fidelidad al derecho como modelo de orientación de conductas del autor del agente.

Por último, agregamos que tampoco queda claro –al menos no nos parece– si la plataforma fáctica había sido de justificación putativa o la de un error sobre la existencia misma de una causa de justificación que en verdad no existía. Ya hemos tenido oportunidad de comentar nuestra opinión respecto de que las causas de justificación llevan ínsito un contexto de necesidad que en el caso no parece haber estado presente. Es decir, incluso si las tierras hubieran sido de propiedad exclusivamente suya, quizás el autor debería haber recurrido a otras instancias administrativas para lograr la remoción una obra pública, antes de apelar a las vías de hecho, en tanto no mediaba un cuadro que requiriera una actuación urgente. En definitiva, el fallo carece de elementos suficientes como responder a estas cuestiones que resultan inciertas.

4. También la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal tuvo oportunidad de tratar el alegado error de prohibición invencible culturalmente condicionado, en un caso sobre reducción a servidumbre y abuso sexual agravado por la convivencia, en el que el tribunal oral interviniente²⁰⁹⁷ había condenado a dos matrimonios que habían explotado sucesivamente a una niña llevada desde Bolivia hasta Argentina. En efecto, primero la menor había sido recibida por uno de los matrimonios, el que, después de un tiempo de tenerla trabajando como esclava, la cedió a la otra pareja imputada. En ambos domicilios familiares, la menor –quien pertenecía a un sector altamente vulnerable por ser inmigrante, de tan solo once años de edad y carente de estudios– fue mantenida encerrada y obligada a hacer las tareas de limpieza de la casa; a cuidar niños; a hacer compras y a preparar la comida, sin permitírsele salir ni disponer de su tiempo libre ni darle tiempo para el estudio y el esparcimiento²⁰⁹⁸. En efecto, se la tuvo sometida a jornadas laborales de quince horas, de domingo a domingo, por las que no se le pagó remuneración alguna; todo ello le impidió ir a la escuela, a control médico²⁰⁹⁹ y tener la vida social propia de una niña de su edad. En ese contexto, en el juicio oral se había tenido por acreditado que los dos matrimonios imputados habían tratado a la me-

²⁰⁹⁷ Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata; C.N° 3505/13; caratulada “HOYOS NOGUERA, Juan Pablo; MERCADO MARTÍNEZ, Evelia; MERCADO MARTÍNEZ, Delina; RUEDA FLORES, Jaime Bedamil y ZOLANO ROCABADO, Ricardo s/ inf. arts. 119 inc. f) y 145 ter del C.P. y arts. 3 y 4 Ley 26.364” ; rta. el 4/12/2013.

²⁰⁹⁸ Si bien la imputación inicial a los condenados había sido por el delito de trata de personas, finalmente fueron condenados por reducción a servidumbre.

²⁰⁹⁹ A la postre, los hechos se descubrieron, dando inicio a la causa, a raíz de la internación de la niña en un hospital público, al que llegó con un cuadro de leucemia avanzado que –conforme se acreditó–, de haber sido tratado a tiempo, no la hubiera llevado al grado de deterioro en el que fue hospitalizada.

nor como una sierva, con el propósito de mantenerla en esa condición, anulando su libertad, dignidad y niñez.

En su recurso de casación contra la sentencia de condena, las defensas alegaron –entre muchos otros agravios que no revisten interés en el presente– la concurrencia de un error de prohibición invencible, que hacía que la condena fuera violatoria del principio de culpabilidad. Este mismo argumento ya había esgrimido por los letrados defensores al momento de alegar en el juicio oral²¹⁰⁰. En aquel sentido, habían sostenido que sus defendidos “no tuvieron oportunidad de representarse la punibilidad de su conducta por encontrarse culturalmente condicionados”, extremo que consideraron acreditado no solo a través de los dichos de los imputados, sino también de los testigos. En aval de su posición, las defensas agregaron que los propios imputados habían trabajado desde niños realizando tareas domésticas similares a las que había llevado a cabo la menor víctima del presunto delito. Asimismo, las defensas criticaron la decisión del tribunal de juicio de desestimar la invencibilidad del error, en virtud de la cantidad de años que los imputados llevaban viviendo en Argentina y por el hecho de ser oriundos de un país cuya legislación también sancionaba conductas similares a las investigadas en el proceso; a su entender pretender que por esos extremos se pudiera tener por probado el conocimiento de la punibilidad de su conducta implicaba exigirles el deber de informarse, lo cual –a juicio de las defensas– no era válido. Además, valoraron a favor de su posición que la causa se hubiera iniciado a raíz de que dos de los procesados hubieran llevado a la niña al hospital, lo cual no se condecía con que hubieran sospechado que su conducta fuera punible.

Al tratar este alegato de las defensas, la mayoría del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Plata, estimó que el planteo tenía apoyatura en una costumbre enraizada en la realidad boliviana, caracterizada por una enorme brecha entre ricos y pobres, que condenaba a un amplio sector de esa población a iniciar su vida laboral desde muy temprana edad. En efecto, se valoró que las defensas habían destacado que todos los imputados habían debido abandonar muy rápidamente el proceso de escolarización para insertarse en la actividad laboral, dado que el pueblo del que eran oriundos (el mismo al que pertenecía la menor víctima) carecía de un sistema de escolaridad que permitiera completar los estudios primarios y, además, que la apremiante situación económica que atravesaban los había empujado a trabajar entre los ocho y los doce años de edad, respectivamente. Sobre esa base, se había alegado que, al haber experimentado ellos mismos la necesidad de desempeñar labores desde niños y

²¹⁰⁰ El tribunal oral sometió a juicio a los cuatro integrantes de los dos matrimonios –más una quinta persona–; sin embargo, solo la defensa de una de las parejas interpuso recurso de casación (además, de la de la quinta persona, cuya situación no reviste interés para este comentario).

al ser muy común que la mayoría de los niños de esa zona transitaran las mismas experiencias, era lógico que los imputados hubieran internalizado desde muy pequeños esas pautas culturales, lo que les habría negado la posibilidad de vivenciar como disvalioso lo que había pasado con la víctima. Así, se planteó que dicha realidad les había impedido comprender el carácter ilícito del trato que le habían dispensado a la víctima y que esa falta de comprensión no les era imputable, por hallarse fuertemente condicionados por sus propios patrones culturales. Ese contexto conformaba un caso de error de prohibición invencible que debía conducir a una pronunciamiento absolutorio.

La mayoría del tribunal oral consideró al respecto que las articulaciones cristalizadas por las defensas intentaban convencer al Tribunal acerca de la imposibilidad que habían tenido sus asistidos de tomar conciencia de la ilicitud, en virtud de su pertenencia cultural informada por valores diversos. Y reconoció la trascendencia de esta problemática en la sociedad contemporánea, en razón de la movilidad horizontal creciente y de las frecuentes migraciones, como también por el reconocimiento de la pluriculturalidad en el derecho constitucional comparado contemporáneo.

Con relación al caso a resolver, la mayoría estimó dable apreciar que los imputados pertenecían a un entorno socio-cultural en el que el trabajo infantil no parecía ser una triste realidad de carácter meramente excepcional, pues las dificultades propias de una situación económica apremiante generaba las condiciones de posibilidad para que muchos niños asumieran fuertes cargas laborales. Todos ellos habían manifestado haber dejado la escuela muy tempranamente por carecer de medios para seguir estudiando y por la necesidad de procurarse lo básico para la subsistencia mediante sus fuerzas de trabajo, extremos todos que habían sido acreditados mediante informes sociales agregados a la causa.

Ante tales factores biográficos, la mayoría del tribunal oral valoró:

[s]in dudas, todos ellos han de estar claramente condicionados por sus propias historias, así como también por aquellas necesidades insatisfechas en un medio en que han vivido buena parte de sus vidas y que ha de ser el mismo al que pertenecía [la víctima].

A ello agregaron que se les hacía difícil, como jueces, ignorar semejante comprobación y no pensar que, en alguna medida, la comprensión acerca de la antijuridicidad de lo que habían hecho los enjuiciados había estado condicionada culturalmente, como lo evidenciaba la prueba colectada acerca de lo naturalizadas que estaban, para la comunidad boliviana, prácticas del tipo de la investigada. Por ello, la mayoría valoró que los imputados, muy probablemente, hubieran reeditado en la víctima el modelo de vida que ellos mismos habían tenido, extremo que exigía de su parte un esfuerzo mayor para internalizar la ilicitud de las acciones por ellos desplegadas. Sin embargo, descartaron que tal error fuera invencible.

Tras afirmar que la evitabilidad o no de la falta de comprensión de la criminalidad de la conducta debía valorarse siempre con relación a un sujeto en concreto según una serie de pautas: a) la posibilidad de conocer la conminación penal de la conducta; b) si el sujeto, al momento del hecho, había tenido oportunidad de acudir a algún medio de información acerca de ello y c) si al autor le había sido exigible imaginarse la criminalidad de su comportamiento, conforme a su capacidad intelectual, descartaron la invencibilidad del error.

Para ello, los jueces de la mayoría del tribunal oral entendieron que era necesario oponer la real circunstancia de que todos los imputados llevaban varios años viviendo en Argentina al momento de practicar las conductas incriminadas; que el trabajo infantil y la reducción a servidumbre constituían delitos también para la legislación boliviana y que el desarrollo de sus vidas en Argentina les había dado la oportunidad de tomar consciencia acerca del carácter ilegal de reducir la vida de una niña de once años a la condición de sierva²¹⁰¹.

Superadas las llamadas “teorías del dolo”, la mayoría estimó que no cabía sino asumir que los errores de prohibición proyectaban sus efectos en el estrato de la culpabilidad, excluyéndola en caso de ser invencibles o insuperables para sus autores y mitigándolas para el supuesto de resultar un error evitable, tal como, según lo entendemos, se aprecia en la especie. Así, en atención a los rasgos de los autores del caso que tenían que juzgar, los jueces que conformaron la mayoría concluyeron que habían actuado fuertemente condicionados por una historia, un medio y un entorno económico y sociocultural que, ciertamente, debían traducirse en una mitigación de la reprochabilidad, lo que habría de reflejarse en el *quantum* de la reacción punitiva estatal a imponer.

A las resultas de la sentencia del tribunal oral, por mayoría, los dos matrimonios que habían reducido a la víctima a condición de sierva fueron condenados por el delito de reducción a servidumbre, el que tenía una pena prevista –al momento de los hechos– de tres a quince años de prisión²¹⁰². Sin embargo, para la fijación de la pena, se tuvo en cuenta que el art. 41 del C.P.²¹⁰³ fijaba también como pauta de individualiza-

²¹⁰¹ Incluso, en el voto en disidencia, se afirmó que el alegato de un error de prohibición inevitable podría haber tenido sentido “si los hechos hubieran tenido lugar en un aislado asentamiento originario del Mato Grosso brasileiro o de alguna selva remota en la que sus habitantes vivieran en condiciones prehistóricas o de ausencia total de normas de convivencia, alejados de todo centro civilizado urbano o rural. Obviamente no es el caso de la ciudad de La Plata, Gonet, Ringuet o cualquier otro lugar de la Provincia de Buenos Aires donde se movían los acusados, quienes como se dijo se desplazaban en distintos medios de locomoción por el interior de nuestro país y sus fronteras”.

²¹⁰² La redacción actual del tipo penal de reducción a servidumbre en el C.P. es:

ARTÍCULO 140.- Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil.

²¹⁰³ **ARTICULO 41.-** A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

ción punitiva “la calidad de los motivos que lo determinaron [al autor o partícipe] a delinquir”, lo que permitía reducir el poder punitivo cuando se diera un supuesto de fuerte condicionamiento cultural que llevara a un error de prohibición evitable, para lo cual era importante no solo tomar en cuenta aspectos sociales, sino también los reveladores de su personalidad. Al respecto aclararon que ello

[n]o implica en modo alguno que al autor le sea reprochada su personalidad, sino que sólo pretende subrayarse el dato claro de que ella constituye un indicador del ámbito de autodeterminación del autor. En definitiva, se evalúa la personalidad en el contexto situacional del hecho, para lo cual sirven las pautas relativas a la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente, por lo que no puede prescindirse de la biografía personal del autor .

Sobre esa plataforma valorativa, la mayoría concluyó, en razón del alto grado de vulnerabilidad de los enjuiciados, conjugado con el fuerte condicionamiento cultural en materia de trabajo infantil en el que se habían criado en Bolivia, extremo este que había reducido significativamente sus respectivos espacios de autodeterminación (error de comprensión vencible), que la pena no debía superar el mínimo legal y, en los casos de tres de ellos, debía dejarse en suspenso.

Hemos adelantado ya que, al interponer recurso de casación contra la sentencia condenatoria, la defensa del único de los matrimonios que se agravió de la condena reeditó el planteo del error de prohibición inevitable, por motivos culturales. En ese sentido, sostuvo que sus asistidos no habían tenido oportunidad de representarse la punibilidad de su conducta por encontrarse culturalmente condicionados, extremo avalado por sus propios dichos y por testigos. Hizo hincapié en que ellos mismos en su infancia habían tenido que desempeñar labores similares a las que se había hecho realizar a la víctima. Asimismo, cuestionó que, en razón los años que llevaban viviendo en Argentina y de que tanto este país como Bolivia tuvieran legislaciones similares, se gravara a los imputados con un deber de información que en verdad no habían tenido. Además, como este matrimonio era el que había llevado a la víctima al hospital, la defensa argumentó que esa circunstancia había sido la evidencia cabal de que no habían siquiera sospechado la punibilidad de su conducta. Por todo ello, solicitó la absolución por el delito de reducción a servidumbre.

A su turno, el fiscal ante la Cámara Nacional de Casación Penal –previo a dejar en claro su discrepancia con la mayoría del tribunal oral que había sentenciado a

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

favor de la concurrencia de un error de prohibición directo de carácter vencible— expresó su opinión en punto a que

todo el asunto del error de prohibición fue una creación de la defensa, acogida por la mayoría del Tribunal, sin un real sustento en las constancias de la causa y con razonamientos que se apartan de las leyes de la lógica, la experiencia y el sentido común, y que puede generar responsabilidad internacional del Estado Argentino por incumplimiento de los compromisos asumidos convencionalmente, de rango constitucional. No puede afirmarse seriamente que una persona, hoy en día, en cualquiera de los dos países [Bolivia y Argentina], desconozca la prohibición de la esclavitud. Una cosa es que la practiquen, otra que no sean conscientes de su ilicitud.

Sin embargo, como el fiscal ante el tribunal oral no había introducido recurso alguno para cuestionar la existencia misma del error, el fiscal ante la Cámara de Casación no pudo más que limitarse a fundamentar la vencibilidad del error acerca de que el trabajo esclavo estuviera permitido. En esa dirección, señaló que los imputados tenían conciencia de que la vida que llevaba la víctima no era la deseable para una niña de su edad, desde el momento que a sus hijos les daban un trato diferente: iban al colegio y no se encargaban de las tareas domésticas, las cuales le eran asignadas exclusivamente a la víctima. A lo anterior, el fiscal agregó que no podía alegarse la existencia de una subcultura boliviana que permitiera el trabajo infantil esclavo, cuando la misma niña víctima, también perteneciente a la misma supuesta subcultura, había sido quien había denunciado los hechos al estar internada en grave estado de salud. Esto último lo llevó a sostener:

no es posible construir las reglas de una supuesta comunidad sobre la base de actitudes unilaterales de personas que identifican a los niños como seres sin derechos. Ante ello, corresponde concluir que aún de advertirse la forzada y peregrina hipótesis acerca de la existencia de una cultura divergente a la que pertenecerían los imputados, ello de manera alguna posibilita legitimar ni disculpar los hechos que son materia de la presente causa.

Recordó el fiscal que el propio tribunal oral había tenido por probado que la niña víctima había estado en condición de sierva, trabajando sin percibir salario, durante jornadas tremendamente extensas, que en verdad no tenían final, ya que vivía en la misma casa donde laboraba, con impedimento de contacto con sus familiares residentes en Bolivia y bajo amenazas y malos tratos (escasez de alimentos y agresiones físicas).

Además, se diferenció del argumento del tribunal oral en cuanto a que los imputados había tenido dificultades para conocer la ilicitud de su conducta, en razón de haber trabajado desde pequeños. En efecto, el fiscal se ocupó de marcar un contrapunto entre la situación de aquellos y los de la víctima, toda vez que los imputados habían manifestado en el juicio haber trabajado junto a sus familias de origen y en procura de dinero para el sustento, lo que evidenciaba una situación mucho más favorable que la

de los hechos a juzgar. Esto último impedía sostener que aquella experiencia de vida les hubiera impedido comprender parcialmente la ilicitud de su conducta.

A ello agregó que tampoco era del todo correcto equiparar la situación de los imputados, en otro país, en otra época, en trabajos de campo, con los que se había hecho realizar a la víctima de los hechos, en Argentina y en una zona urbana, donde no era común que los niños fueran reducidos a servidumbre; antes bien, algo semejante era repudiable por toda la comunidad donde los imputados habían elegido vivir, lo que tornaba sencillo advertir la ilicitud de su conducta; “[m]áxime cuando los imputados no vivían aislados sino que tenían trabajos que los mantenían vinculados con la comunidad donde vivían que claramente rechaza este tipo de conductas”.

El fiscal también valoró como evidencia de la comprensión de la ilicitud de su conducta, el hecho de que, habiendo sido víctimas de trabajo infantil y deserción escolar, los imputados hubieran elegido otro destino para sus propios hijos, pero no para la víctima²¹⁰⁴. Y, para definirse por el rechazo al agravio relativo a la concurrencia de un error de prohibición invencible, remató:

[la]s consideraciones expuestas por el Tribunal parecen partir de haber observado los hechos con la mirada etnográfica de quien intenta comprender aquello que en definitiva le es ajeno. Así presentan a los imputados como “condicionados culturalmente” y sustraen a los habitantes de ese sector del contexto cultural en el que están insertos. Resulta inadmisibles sostener que los condenados, por ser bolivianos, se hayan visto impedidos de comprender que no tienen derecho a tratar así a una niña de once años, toda vez que no existe una regla general que establezca aquella permisión ni en la República Argentina ni tampoco en el Estado Pluricultural de Bolivia; muy por el contrario, las convenciones sobre derechos humanos de los niños y la prohibición de trabajo esclavo se encuentran vigentes en ambos países.

Al resolver el recuso de casación, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal²¹⁰⁵ retomó en parte los argumentos del tribunal oral respecto de la vencibilidad del error y, a su vez, hizo suyas las palabras del fiscal ante esa Cámara, respecto del distinto trato propinado por el matrimonio a la menor víctima y a sus propios hijos.

²¹⁰⁴ Agregó el fiscal: “[e]n suma, no es posible hablar de una “subcultura” que no tenga ningún sustento objetivo, independizada por completo de la realidad social y legal. Con este argumento, deberían declararse impunes los crímenes cometidos por quienes se crean pertenecientes a una cultura que genera sus propias reglas. El asunto es muy grave y no tiene punto de contacto con los derechos de los pueblos originarios y su reconocimiento en la sociedad Argentina actual.

La convalidación judicial de las mentadas convicciones en orden al desconocimiento del trabajo esclavo compromete seriamente los objetivos convencionales fijados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la esclavitud de 1926, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos de jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) y puede generar responsabilidad internacional del Estado argentino, pues lejos de cumplir con los estándares constitucionales refuerza la convicción de que el trabajo esclavo puede ser aceptado en algunos supuestos”.

²¹⁰⁵ CNCP; Sala II; C.Nº FLP 91003505/2013/TO1/CFC1; “HOYOS NOGUERA, Juan Pablo; MERCADO MARTÍNEZ, Evelina; MERCADO MARTÍNEZ, Delina; RUEDA FLORES, Jaime Bedamil y ZOLANO ROCABADO, Ricardo s/recurso de casación”; rta. el 23/10/2015.

Todo ello, llevó al tribunal de casación a rechazar el agravio relativo al error de prohibición invencible.

Sintetizando el caso en cuanto aquí interesa, personalmente estimamos que, en el contexto en el que obraron los dos matrimonios imputados en lo relativo al hecho de reducción a servidumbre de una menor de once años, en el caso debería haberse estimado un conocimiento –en el sentido normativo sostenido en este trabajo– completo de la antijuridicidad. En efecto, no nos parece acertado apreciar un error de prohibición culturalmente condicionado, siquiera de tipo vencible, en tanto los imputados no pertenecían estrictamente a otra cultura (nótese que se no invocó su pertenencia indígena, por ejemplo) o, si hubiera podido considerarse tal al medio rural de origen en el que se habían criado, habían abandonado el mismo hacía mucho tiempo, para insertarse en un contexto urbano en el que se habían desarrollado como familias, criando hijos pertenecientes al nuevo entorno cultural. Por más que, en su infancia, hubieran atravesado experiencias de vida análogas a aquellas a las que sometieron a la menor víctima, había evidentes indicios de que más tarde habían comprendido que esa no era la vida deseable ni saludable para un niño. De lo contrario, sus propios hijos habrían sido sometidos a los mismos tratos y también privados de salud, educación y esparcimiento. Por lo demás, el hecho de vivir en las cercanías de un centro urbano –la ciudad de La Plata– capital de la provincia más grande e importante en términos de desarrollo económico y demográfico de Argentina –la provincia de Buenos Aires–, con acceso a medios de comunicación social y con lazos de conocimiento con amigos y vecinos engrazados en la realidad actual respecto del respeto a la niñez, hacía impensable que no hubieran tenido, como mínimo, motivos para dudar de la ilicitud de su conducta y, por eso mismo, para informarse mínimamente, lo que les habría permitido salir de su –muy improbable– error de manera sumamente sencilla.

Pero –insistimos–, en especial, la diferencia de trato entre la víctima y sus propios hijos, mostraba que las conductas de los autores habían sido realizadas en un contexto de advertencia de la norma, es decir, de deslealtad al derecho, excluyente –a nuestro criterio– de todo posible error de prohibición: vencible o invencible.

5. La Cámara Federal de Resistencia, provincia de Chaco, revocó el auto de procesamiento dictado contra un grupo de imputados²¹⁰⁶, tras haberse tenido por acreditado que aquellos, junto con otros manifestantes, todos pertenecientes a la etnia wichi, se habían apostado sobre una ruta nacional de la provincia de Formosa y habían

²¹⁰⁶ Cám. Fed. Resistencia; C.Nº 49928, caratulada “SANTILLÁN, AGUSTÍN Y OTROS S/INTERRUPCIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y TRANSPORTE POR TIERRA – ART. 194 C.P.A.”, rta. el 03/08/2012.

instalado carteles y pasacalles que habían impedido totalmente el tránsito por el lugar, para luego habilitarlo solo para el paso de ambulancias y transportes de agua y gas. Esa conducta fue encuadrada en uno de los tipos penales contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y comunicación del C.P. (impedir, estorbar, entorpecer el transporte por tierra y la provisión de servicios públicos²¹⁰⁷), toda vez que las medidas adoptadas por los manifestantes impidieron y luego entorpecieron el normal desplazamiento vehicular, lo que obligó a los demorados a detenerse y a modificar su ruta; en tanto que a los transportes de cargas y de pasajeros los obligó a degradar la prestación que estaban llamados a cumplir.

Contra el auto de procesamiento dictado por el juzgado de instrucción por tales hechos, la defensa alegó que las conductas de protesta y ocupación del espacio público llevadas a cabo por los imputados habían sido consecuencia directa de la falta de respuesta por parte del Estado de la provincia de Formosa a diversos reclamos efectuados por la comunidad. Tras ello, adujo que esa situación vulneraba derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que el Estado tenía la obligación de garantizar a los indígenas en función del Convenio 169 de la OIT. Asimismo, agregó que el juzgado de instrucción no había realizado un análisis adecuado del conflicto que se planteaba entre el derecho de reunión y de protesta y la libertad de tránsito y que los hechos ventilados en el proceso de modo alguno podían reputarse una infracción penal, pues el derecho de reunión y petición a las autoridades hacía a la esencia del sistema republicano. El fiscal ante la Cámara Federal de Resistencia adhirió al recurso de la defensa, argumentando que la manifestación ordenada y pacífica en ningún caso podía considerarse infracción penal, pues el derecho de reunión y petición a las autoridades pertenecía a la esencia del sistema de gobierno.

El juez de cámara AGUILAR, que votó en primer término, comenzó por señalar que, cuando debía juzgarse a un integrante de los pueblos indígenas, resultaba imprescindible evaluar la incidencia de su idiosincrasia en la imputación subjetiva que pudiera atribuírsele, a lo que agregó que ello

cobra especial trascendencia, en tanto los artículos 75 inc.17 CN y 15 de la Constitución Provincial, garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas. lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aun provisoriamente, sus particularidades sociales deben ser objeto de una ponderación concreta.

Según su parecer, el juez de instrucción había perdido de vista la diversidad cultural “en una suerte de exaltación kantiana” (sic) de la limitación de los derechos

²¹⁰⁷ **ARTICULO 194.** - El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años.

subjetivos de terceros, dejando de lado el principio de protesta social responsable, que prevalecía como derecho social frente al derecho individual. A su juicio, se había criminalizado la protesta social, que en el caso revestía carácter especial en razón de la diversidad cultural, ya que la protesta en cuestión, además, de social, había sido cultural: frente a la protesta social y cultural no se podía adoptar un criterio criminalizante.

A su turno, la jueza ORDER destacó que los imputados, al prestar declaración indagatoria, habían manifestado y acreditado que dos años antes de los hechos de la causa habían efectuado su primer reclamo, de quince días de duración, solicitando a las autoridades mejores condiciones de vivienda, salud y educación para su comunidad, el cual había sido cerrado con el acta del acuerdo sellado con las autoridades. Ante el incumplimiento de estas a lo convenido, dos años más tarde insistieron en su reclamo con idéntica medida de protesta, a las resultas de la cual fueron procesados.

Tras afirmar que el reconocimiento de derechos y garantías constitucionales a los pueblos indígenas constituía el límite y fundamento para que las autoridades efectuaran las políticas necesarias para asegurar la efectividad de la protección constitucional, la jueza afirmó que, en ese contexto jurídico, ante la falta de respuestas concretas a sus demandas por parte del poder político, la comunidad afectada había reiterado el modo de reproche dos años más tarde de su primer reclamo.

A juicio de la magistrada, los imputados habían obrado en la creencia de que se habían encontrado amparados por los derechos de reunión y petición,

[t]odo ello valorado dentro del contexto social y particular en que la conducta se produjo, porque tanto la reflexión como la posibilidad de información dependen del contenido valorativo que la circunstancia concreta provee a la persona en su singular situación.

Tras ello, con cita de ROXIN, agregó que los encartados habían tenido razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho.

Finalmente, la jueza SPESSOT, adhirió a los votos de sus colegas propiciando la revocación del auto de procesamiento, sobre la base de que el juez de instrucción no había considerado suficientemente los derechos constitucionales en juego, pues si bien era cierto que el Código Penal protegía la libertad de tránsito, no lo era menos que en el caso también se encontraban comprometidos los derechos de reunión y de peticionar ante las autoridades y, en especial, la protección que tanto las constituciones de la nación y de la provincia y el Convenio N° 169 de la OIT dispensaban a los pueblos originarios.

En nuestra opinión, este caso versa mucho más sobre el derecho de reunión y petición a las autoridades y sobre la conveniencia o no de criminalizar cualquier tipo de protesta social, que sobre una cuestión de diversidad cultural. Sin embargo, por la fuerza de los tiempos y las justificadas luchas de reconocimiento de derechos

de los pueblos originarios, los jueces colaron –a nuestro parecer– forzosamente y merced a los argumentos de la defensa y de la fiscalía, la cuestión étnica en un caso que podría haberse resuelto perfectamente con prescindencia de ese elemento. En efecto, no vemos demasiada diferencia entre cómo se abordó esta cuestión a cómo se lo podría haber hecho si, por caso, se hubiera ventilado una protesta docente con toma de espacio público por parte de maestros y profesores que hubieran reclamado mejoras salariales, escenario muy habitual en Argentina. La prueba está en que una sola de los tres jueces aproximó su argumentación, a los fines de resolver el caso, al escenario dogmático del delito cometido desde una motivación cultural diversa, del tenor de los que interesan en este trabajo. Creemos que el conflicto era más bien entre el contrapunto que se produce ante el derecho de protesta –de cualquier ciudadano y al margen de toda pertenencia étnica o cultural–, ejercido individual o colectivamente (derecho social), y el derecho individual a la libre circulación por el espacio público.

6. No ya desde el plano de las decisiones jurisdiccionales, pero sí desde otro relevante ámbito de los operadores del sistema de justicia argentina, no podemos dejar de detener la atención en las propuestas que el Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación²¹⁰⁸ ha elaborado para colaborar con los de-

²¹⁰⁸ El art. 120 de la C.N. argentina establece el Ministerio Público como un órgano extrapoder, con una estructura bicéfala, cuyas cabezas son el Procurador General de la Nación, autoridad máxima de los fiscales, y el Defensor General de la Nación, autoridad máxima de los defensores oficiales. En ese contexto, la defensa oficial en materia penal se garantiza, con carácter gratuito, a toda persona imputada de un delito que solicite el servicio. En casos de víctimas de delitos especialmente vulnerables, también ejerce el patrocinio jurídico de quien desee constituirse como parte querrelante en el proceso. Los defensores oficiales, al igual que los jueces y que los fiscales, son magistrados, equiparados en jerarquía, remuneración y sistema de designación y remoción a aquellos, lo que asegura un sistema de defensa pública de alta calidad técnica y dedicación exclusiva, no solo por parte de los magistrados que la ejercen, sino también de los funcionarios y empleados que los asisten, quienes, de igual modo, tienen incompatibilidad funcional con el ejercicio privado de la profesión de abogado.

En la órbita de la Defensoría General de la Nación se han creado una serie de programas y comisiones para atender problemáticas particulares, tanto para brindar defensa y asistencia en materias específicas, como para colaborar con la labor de los defensores en sus respectivas competencias funcionales. En ese marco actúa el Programa sobre Diversidad Cultural al que se hace referencia en este numeral.

Los textos legales específicos establecen:

Art. 120 de la C.N.: “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.

Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

Art. 1 de la ley 27.149 (Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación): “*Función principal*. El Ministerio Público de la Defensa es una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la presente ley. Promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad”.

fensores oficiales en materia penal, para que, en el ejercicio de su actuación, hagan valer el factor cultural que pueda haber sido determinante de la conducta de sus asistidos.

Entre ese material, se destacan especialmente una serie de dictámenes²¹⁰⁹, en los que se han volcado sugerencias para una defensa penal en perspectiva cultural, en los que, entre muchos otros ribetes de la cuestión, se han abordado las diferentes soluciones que se han desarrollado para lo que se ha denominado el problema de la inexigibilidad de otra conducta por causa de condicionamiento cultural. Para ello, se ha comenzado por definir al “delito culturalmente motivado” como

aquella conducta subsumida en la norma penal, cuya motivación subjetiva por parte del infractor se encuentra en los valores y parámetros de la cultura a la que pertenece –de pueblo indígena o minoría étnica–, en virtud de los cuales se presenta como legitimada y exenta de responsabilidad. La manifestación de esta contradicción cultural no requiere disidencia absoluta con el sistema normativo estatal, sino solo en el aspecto que resulte relevante para condicionar la motivación de la conducta²¹¹⁰.

Nótese que la frase final de esa descripción es coincidente con la posición volcada en este trabajo, en punto a que quien obra en contradicción con la norma oficial desde una motivación cultural diversa estará en un contexto de inadvertencia de esa norma subsumible en el instituto del error de prohibición invencible, cuando no se muestre desleal al ordenamiento jurídico, al que todavía reconozca como un modelo de orientación de conducta.

En el mismo dictamen que acaba de citarse, al hacer un relevo de las distintas soluciones dogmáticas que la doctrina ha ofrecido a este problema, se destaca que, como la legislación argentina carece de una norma expresa que contemple el condicionamiento cultural del indígena, normalmente se ha recurrido a los principios generales del C.P. contenidos en el art. 34, relativos a los supuestos de no punibilidad, en las formas de causales de justificación o de inculpabilidad, desde el condicionamiento

Art. 41 de la ley 27.149 (Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación): “*Funciones*. Los Defensores Públicos Oficiales son los magistrados del Ministerio Público de la Defensa que llevan la gestión de casos ante los fueros asignados en virtud de cada rol funcional y brindan asistencia o defensa técnica en los diversos fueros e instancias, conforme los requisitos y según la materia que se trate”.

Finalmente, en lo atinente a programas del tenor del de Diversidad Cultural que aquí interesa, el art. 10.i.6 de la misma Ley Orgánica contempla en la estructura de la Defensoría General de la Nación la creación de áreas de colaboración, entre las que se cuentan programas y comisiones relacionados sobre temáticas vinculadas con sectores vulnerables, en especial detenidos; víctimas de violencia institucional; niños, niñas y adolescentes; migrantes; refugiados y solicitantes de refugio; género; derechos económicos, sociales y culturales; diversidad cultural; personas con discapacidad; adultos mayores; mecanismos alternativos de resolución de conflictos y trata de personas.

²¹⁰⁹ Que pueden consultarse en <http://www.mpd.gov.ar/index.php/dictamenes>; última consulta 22/05/2017.

²¹¹⁰ AZZALI, Javier; *Aportes para una defensa penal con enfoque cultural. Criterios de actuación y estrategias posibles*; para el Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación.

cultural. Así, se ha apelado a los expedientes justificantes de ejercicio legítimo de un derecho o de un deber o, desde el ámbito de la culpabilidad, a las exculpantes de error de prohibición o de comprensión culturalmente condicionado. También se ha encuadrado el caso de quien actúa conforme a las pautas normativas propias de su cultura de pertenencia dentro del supuesto de “conciencia disidente”, que podría encuadrar en un error de prohibición indirecto, por la falsa suposición de la existencia de una justificante no reconocida por el derecho. Según esta óptica, la conciencia disidente es consecuencia del pluralismo normativo; no comporta un desconocimiento o equivocación sobre los elementos fácticos o normativos del tipo penal, sino que puede mediar conocimiento normativo penal, pero sin la adecuada comprensión que permita interiorizar el mensaje normativo. Según se dice en el dictamen en comentario, en este caso el sujeto guía su conducta exclusivamente de acuerdo a los parámetros culturales de su cultura nativa, convencido de que su comportamiento es el correcto e incluso orientado por el cumplimiento de alguna regla de conducta comunitaria. Se trataría de un supuesto de incumplimiento de una norma por entenderlo como un deber de conciencia “disidente”, excluyente de la culpabilidad.

Finalmente, en el mismo dictamen también se pone de realce que no han faltado soluciones que busquen la respuesta para los conflictos normativo-culturales desde el prisma de la atipicidad de la conducta por ausencia de dolo, en razón de la dificultad o impedimento del sujeto para reconocer los elementos constitutivos del tipo penal, debido a motivaciones culturales. De ese modo, se configuraría un error de tipo culturalmente condicionado excluyente de la tipicidad; en este supuesto se han subsumido, mayormente, casos de tratamientos curativos con resultado de lesiones.

En lo referente a conflictos con la ley penal con relación a la propiedad como bien jurídico protegido, el dictamen ha considerado el ejercicio de la posesión colectiva del territorio indígena ocupado de manera tradicional como un supuesto de ejercicio legítimo de un derecho constitucional. Para ello, se ha sostenido que la interpretación de la ley penal requiere de una adecuación a la norma prescripta en el art. 75, inc. 17, de la C.N. y a los estándares jurisprudenciales del sistema interamericano de derechos humanos, por parte del derecho penal tradicional, el cual brinda protección a la propiedad como un derecho real individual, exclusivo, absoluto y objeto de comercio y pasible de extinción. Se ha dicho que este último concepto guarda notas características sustancialmente diferentes al de la propiedad comunitaria indígena, de carácter colectivo, indivisible, fuera del comercio, inenajenable, inembargable y perpetua, cuyo eje es la dimensión vital, simbólica y cultural.

Sobre este particular, el dictamen pone de realce que el último proyecto de reforma del Código Penal argentino proponía, como criterio de determinación de la pena, que

el juez podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, o incluso prescindir de ésta, en los siguientes casos: (...) b) Pueblos originarios: sanciones. Cuando el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres. Se atenderá a la magnitud de la sanción sufrida y a la gravedad del hecho. c) Hechos conforme a la cultura originaria. Cuando la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria, salvo que se tratare de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana²¹¹¹.

En cuanto a la forma de acreditar la invencibilidad o no del error de prohibición culturalmente condicionado, el dictamen remarca a los defensores oficiales la importancia procesal de una evaluación pericial especializada (antropológica) o interdisciplinaria y enfatiza que, en caso de duda, deberán regir los principios generales del proceso penal que conduzca a considerar, en definitiva, que el sujeto actuó con un condicionamiento cultural tal que le impidió la comprensión del mandato. Y concluye con la advertencia de que en estos casos suele verificarse un elevado grado de tensión entre el derecho a la diversidad cultural y el imperativo de respetar los derechos fundamentales.

El mismo Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación de Argentina, en ocasión de emitir un dictamen técnico sobre diversidad cultural y derecho penal con especial referencia a la cultura gitana-rom en la provincia de

²¹¹¹ Art. 19, inc. 2, b) y c) del anteproyecto del Código Penal elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por el Decreto 678/2012. Agrega el dictamen en comentario: “[e]n la Exposición de Motivos del anteproyecto se fundamentaba en lo siguiente. “*Si por comprensión de la criminalidad no se entiende el simple conocimiento de la prohibición con relevancia penal, sino la única forma en que un valor se comprende, es decir, internalizándolo y haciéndolo parte del propio equipo cultural, lo cierto es que estos casos plantean un serio problema respecto del grado de exigencia de esa comprensión y, por lo tanto, de la culpabilidad del agente. En otras palabras: se cuestiona hasta qué punto puede exigírsele a una persona que comparte una cultura, que introyecte los valores de otra, sin caer en una reiteración de imposiciones colonialistas, que serían inadmisibles, partiendo del reconocimiento —tímido pero existente— de tales culturas en la Constitución Nacional (artículo 75° inciso 17°), de los compromisos internacionales asumidos por la Nación y de los múltiples tratados celebrados con estas comunidades y nunca respetados. Cabe observar que nuestras culturas originarias no son muy diferenciadas, de modo que raramente se presentarán casos extremos. No obstante, preventivamente se excluyen los supuestos de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y la libertad sexuales, pero incluso éstos sólo en la medida en que importen una lesión grave a la dignidad humana. De cualquier modo, cabe insistir en que estos casos excepcionales no son muy previsibles en nuestras culturas originarias. Algunos hechos que se han registrado constituyen más bien errores de tipo que excluyen el dolo, como supuestos tratamientos curativos que provocan la muerte o lesiones, por ejemplo, que plantean una cuestión que nada tiene que ver con la aquí señalada, pues se resuelven conforme a la regulación del error. En rigor, es difícil —sino imposible— formular un reproche de culpabilidad a quien realmente no puede exigírsele la incorporación del desvalor del hecho a su mundo valorativo, porque implicaría el abandono de su cultura que, por otra parte, está protegida por la Constitución y por el derecho internacional”.*

Buenos Aires²¹¹², también se ha ocupado de señalar una serie de aspectos vinculados con el derecho de acceso a la justicia. En tal sentido, ha destacado que es deber de los juzgadores tomar en consideración las especificidades culturales y étnicas para el acceso a la justicia²¹¹³. Consiste en cumplir con la obligación judicial de garantizar el pleno acceso a la justicia de un modo culturalmente adecuado, como derivación del derecho a la igualdad, a la no discriminación y al respeto a la diversidad cultural y étnica, y consagra un ejercicio de la jurisdicción penal con perspectiva intercultural, en razón de la pertenencia étnica de las personas sometidas a proceso:

[e]n los casos judiciales en que se encuentren involucradas personas indígenas o pertenecientes a minorías étnicas o culturales, constituye un principio de orden público la obligación de considerar las especificidades culturales relevantes para ser tenidas en cuenta para adoptar decisiones por parte de los jueces. Este principio adquiere especial importancia en los procesos penales, **en ocasión de determinar responsabilidades y descartar o confirmar que las especificidades culturales pudieran haber sido un factor de atenuación o liberación, por lo que el respeto al debido proceso en estos casos obliga al juzgador y al operador judicial a considerar en forma expresa las consecuencias jurídicas liberatorias o atenuantes derivados de la especificidad cultural.** De lo contrario se afecta de modo fulminante el derecho a la defensa, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia, de acuerdo a lo establecido en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²¹¹⁴.

También se ha dicho en ese dictamen que, durante todo el proceso penal, el reconocimiento y la protección de los derechos de las minorías étnicas y culturales

²¹¹² Disponible en <http://www.mpd.gov.ar/index.php/dictamenes>. La cultura rom ha sido uno de los grupos tradicionalmente estudiados en materia de delito y diversidad cultural, por su particular cohesión y por ser refractario a todo intento de asimilación. Así, por ejemplo, MAGLIE, en su libro dedicado a los delitos culturalmente motivados, le consagra un apartado específico cuando trata la cuestión del empleo de menores en la mendicidad (MAGLIE; *Los delitos culturalmente*; pp. 86-89).

²¹¹³ Cuyo sustento constitucional se halla en los arts. 16 (que consagra el principio de igualdad) y 75, incs. 17 y 19, de la C.N. y, en el ámbito internacional, en el Convenio 169 de la OIT (arts. 8, 9 y 12); en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (arts. 13 y 40) y en el art. 8 de la CADH.

²¹¹⁴ Respecto del tema de acceso a la justicia, recientemente el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en los autos N° 627/2016, caratulados "MB, R", rto. el 29/12/2016, absolvió a una mujer indígena que había sido acusada por el homicidio de su concubino. Durante la instrucción penal preparatoria, la imputada no había contado con un traductor del idioma quichua, su lengua originaria. Por el mismo motivo, algunos testigos habían tenido dificultades para declarar. En el marco del juicio oral, su defensa oficial había alegado que la imputada había sido víctima de violencia de género y que el delito que se le atribuía había sido consecuencia directa de una discusión con su pareja fallecida. El tribunal oral la condenó a la pena de prisión perpetua, contra la cual se interpuso recurso de casación. Para revocar la condena, como se ha dicho, el Tribunal de Casación provincial tuvo en cuenta la falta de acceso al proceso en la lengua original de la encausada, lo que había implicado un trato que no había tomado en consideración su particular situación de vulnerabilidad, basada en su idioma y en su etnicidad, lo que había significado un serio menoscabo al derecho de acceso a la justicia, que había hecho mella en la garantía de defensa en juicio. El voto del juez MAIDANA, que lideró el acuerdo, agregó: "se evidencia una contextualización sociocultural y de género insuficientes en referencia a la acusada, que inevitablemente conduce a la formación de ciertos prejuicios sobre ella y cuyo resultado es una ausencia de credibilidad sobre su manejo del idioma castellano y acerca de la violencia de género de la que fuera víctima y, en consecuencia, sobre su versión de lo ocurrido la noche del hecho en cuestión. Es decir [agregó], tal presunción de mendacidad acerca de sus circunstancias personales influye en la construcción de su culpabilidad como coautora de la muerte de quien fuera su pareja".

deben darse en condiciones de igualdad y dignidad, respetando las diferencias y particularidades de cada cultura, sin que quepa menguar aquellas tutelas en función del “mayor o menor grado de integración a las normas y pautas culturales predominantes por parte del grupo social o de las personas pertenecientes al mismo”.

Con particular referencia a la cultura gitana y sus posibilidades de representación normativa conforme los parámetros mayoritarios, en el dictamen se ha sostenido que

[] la construcción cognoscitiva de la subjetividad de la persona perteneciente a una minoría étnica condiciona, en buena medida, su posibilidad de comprensión de las figuras simbólicas de la cultura predominante y, por ende, de los elementos normativos tipificados por la ley penal.

En ese contexto, la exigencia de comprensión a los miembros del colectivo gitano de ciertos aspectos normativos de su conducta y del reproche penal –continúa el dictamen– parte de las bases de una cultura letrada que no repara en lo inadecuado de exigirle a un pueblo nómada que actúe conforme a patrones para los que no está preparado. No es lo mismo tener una representación mental de la vida, construida desde la escritura, que imparte valores desde la escuela primaria, la documentación estatal, jurídica, religiosa y artística. Los gitanos, en cambio, si bien han conocido la escritura, no han sido constituidos por ella. En esta perspectiva, la característica ágrafa de la cultura gitana es constitutiva de su subjetividad y explica en muchos casos la condición analfabeta y las consecuentes dificultades para internalizar representaciones simbólicas de la cultura occidental. Ello, llevado al derecho penal, se traduce en obstáculos para la comprensión de elementos normativos, tales como el registro de marcas o de propiedad intelectual, sin posibilidad cognoscitiva de aproximarse a conceptualizar la línea divisoria de lo lícito, cuya frontera entre lo legal y lo ilegal se torna difusa²¹¹⁵. Así –concluye el dictamen– en clave de dogmática penal, el error de prohibición o culturalmente condicionado, constituye una solución adecuada para casos de diversidad cultural.

Como es evidente, estos dictámenes exceden la perspectiva dogmática que ha sido la clave de la solución propuesta en este trabajo para el delito cometido desde una motivación cultural diversa, para abordar también cuestiones procesales, sobre todo en materia de acceso a la justicia y de la relevancia que cabe asignar al peritaje antropológico, como así también propuestas alternativas a la privación de libertad. Ello es lógico, desde el momento que se trata de sugerencias producidas en un marco institucional y dirigidas a defensores oficiales, con el propósito de contribuir al abordaje integral del factor cultural en el ejercicio de su ministerio, es decir, tanto en lo

²¹¹⁵ Justamente el dictamen en comentario fue emitido en el contexto de una causa penal en la que se investigaba a una mujer gitana por infracción a las leyes de marcas y de propiedad intelectual (22.362 y 11.723).

sustantivo como en lo adjetivo, ofreciendo un abanico de estrategias de defensa lo más amplio posible.

IV. Conclusiones.

A) Sociedades multiculturales.

Hoy en día, las sociedades occidentales tienen una fuerte impronta multicultural. Las grandes ciudades, y también pueblos más pequeños, albergan múltiples etnias, lenguas, religiones y costumbres. Grupos culturales de lo más disímiles se ven obligados a convivir en la diversidad, configurando la nueva fisonomía de Occidente. Cuando la diversidad cultural incluye la presencia de sujetos procedentes de culturas exóticas –extranjeros, no política, sino culturalmente–, respecto de la sociedad de acogida pueden surgir una serie de conflictos, algunos con relevancia penal.

La extranjería cultural no solo está dada por la llegada de grandes oleadas de inmigrantes a los países occidentales, sino también por la presencia en toda América Latina de los pueblos originarios que, contrariamente a lo que sucede con los protagonistas del fenómeno anterior, han estado asentados en esos territorios con anterioridad a la colonización europea y al surgimiento de los Estados que hoy conforman el continente. Se trata en algunos casos de la presencia de naciones culturalmente diferenciadas; naciones indígenas dentro de Estados latinoamericanos. Los habitantes originarios han perseverado en la conservación hasta hoy de costumbres religiosas, sociales, institucionales, jurídicas que también conviven con las actualmente mayoritarias de cada Estado, contribuyendo a la configuración del paisaje multicultural.

Si bien la inmigración y el indigenismo son fenómenos diversos, existe un paralelismo entre ellos, en lo que hace al proceso de reconocimiento de derechos multiculturales. En efecto, ambos supuestos ponen sobre el tapete el siempre complejo debate acerca del universalismo o no de los derechos, a la hora de reconocer sus costumbres y tradiciones al interior de sus propios grupos de pertenencia, cuando esas prácticas entran en colisión con el sistema jurídico estatal.

Los conflictos sobre los que se ha reflexionado en estas líneas son aquellos en los que, ya sea por pertenecer a una nación nativa u originaria o por proceder de una cultura relativamente recién llegada y portadora de determinados valores religiosos o tradiciones completamente divergentes, el sujeto activo de un hecho penalmente relevante no comparte los rasgos culturales fundamentales de la sociedad de acogida y no tiene intención de integrarse –al menos en términos de asunción de los valores ajenos o de renuncia a los propios– a la comunidad mayoritaria o a la que los recibe.

El hecho de que diversas culturas se vean obligadas a compartir un espacio físico no implica *per se* que ello contribuya al enriquecimiento mutuo en la civilización. Tampoco que la coexistencia sea sinónimo de tolerancia, comprensión, respeto. Con frecuencia, tales procesos son rechazados, tanto por las mayorías de los países

que acogen como por las propias minorías que se ven obligadas a migrar o por los pueblos originarios que siempre han estado ahí y se sienten históricamente desplazados o “invisibilizados”. Los llegados de países exóticos se sienten mermados culturalmente; los vernáculos, en cambio, aunque hayan conservado su identidad cultural durante siglos, experimentan que ello ha sido lograda a fuerza de no haber cejado en la lucha por su defensa, contra la indiferencia o el desconocimiento mayoritario de sus tradiciones y hasta de su misma presencia territorial. Si el multiculturalismo es vivenciado como “impuesto” u “obligado” o “ajeno” bien puede más bien desencadenar procesos des-civilizatorios que ensanchen las brechas entre los grupos, antes que encuentros culturales de mutuo enriquecimiento.

No hay duda, en definitiva, de que la posmodernidad en Occidente está siendo sacudida por fenómenos de complejidad extrema, que colocan al hemisferio en estado de alerta, pero también de perplejidad sobre cuáles son las vías adecuadas para lograr, entre otras cosas, el acercamiento cultural que permita la convivencia pacífica y, sobre todo, evitar llegar a un estado de colapso, que ponga en peligro la seguridad planetaria. El cultural es sin duda uno de los desafíos más agudos y enmarañados que presenta esta época que parecería ser un punto de inflexión hacia algún cambio determinante de la historia, que todavía no se vislumbra con claridad, siquiera entre los filósofos políticos. De lo que no caben dudas es de que se ha pado del Estado-nación al Estado como entidad multinacional, multiétnica o multicultural.

A pesar de todas estas complejidades que supone la inmigración, es dable pensar en la necesidad de tratar de procurar, por lento y difícil que sea, algún tipo de acercamiento cultural. La diversidad cultural, con vocación dialogal —a la que ya no hay duda que se tiene derecho, tal como se reconoce actualmente en el ordenamiento jurídico internacional y en los ordenamientos nacionales, en materia de derechos humanos—, puede ser ocasión de enriquecimiento humano. A tal punto, que no es errado afirmar que exista un interés superior en hacer valer el derecho a la diferencia, sin renuncia a la igualdad. Los Estados están obligados a procurar ese acercamiento cultural, si no por verdadera vocación de aceptar e integrar la diferencias que se manifiestan en el género humano, como sería deseable, al menos por la necesidad de evitar mayores escaladas de violencia y deshumanización de las que ya estamos siendo testigos.

En esa dirección, para poder encarnar verdaderamente el valor de la tolerancia, los Estados deben cuidarse de caer en un occidentalismo extremo, que, en lugar de recibir y respetar, pretenda imponer y modificar los hábitos, tradiciones y costumbres que sean indiferentes o no negadores de los valores fundamentales de la mayoría, es decir que sean *tolerables*, a la luz de los valores mayoritarios del Estado. No obstante, la realidad de las sociedades multiculturales de acogida muestra que el instinto más

elemental del Estado-nación y de la sociedad local que recibe es exigir que las culturas minoritarias que van llegando o las originarias que reivindican derechos –al ser vistas como una amenaza u obstáculo para el conjunto–, se asimilen a la sociedad mayoritaria. Estas actitudes, en definitiva, fomentan fenómenos opuestos a los deseados, que terminan siendo germen de separaciones irreconciliables, de violencia, miedo y delito.

En materia de multiculturalismo, el *conflicto* es un dato insoslayable. Se trata, en definitiva, de una tensión de intereses reivindicatorios en términos de reconocimiento y respeto de lo que se consideran valores medulares para cada una de las comunidades en conflicto. Sin embargo, aunque muchas veces es agudo, desgarrador y sanguinario, el conflicto también puede ser ocasión para desarrollar una convivencia tolerante.

B) Gestión de la diversidad.

Ahora bien, las razones que pueden suscitar tensión entre una sociedad mayor y una subcultura son, desde luego, múltiples. No obstante, en general, el *quid* de la cuestión pasa por la percepción por parte de la minoría de la falta de legitimación que tiene la mayoría para imponerse de una manera que aprecia como arbitraria, suplantando su cultura por la del grupo más poderoso.

Una explicación posible para estos fenómenos y que aquí hemos asumido, parte del contrapunto que se puede dar entre los derechos individuales *versus* los derechos colectivos. En tal contexto de tensión, un grupo étnico o nacional minoritario puede llevar adelante dos clases de reivindicaciones. La primera es la reivindicación del grupo contra sus propios miembros; la segunda, contra la sociedad en la que la minoría está englobada. Las primeras son las *restricciones internas*, que buscan preservar al grupo de la desestabilización que provoca el disenso interno, que se produce, por ejemplo, cuando un miembro decide abandonar costumbres y tradiciones de la cultura de pertenencia. El segundo tipo de reivindicaciones, en cambio, conforma las *restricciones externas*, que buscan proteger al grupo del impacto de decisiones externas, tomadas desde la sociedad mayor, en cuestiones que conciernen a su vida, incluso si afectan a materia política o económica.

Si bien todas las sociedades imponen deberes y cargas –en definitiva, *restricciones*– a sus miembros, debe diferenciarse entre las limitaciones impuestas en las sociedades liberales y democráticas, con la finalidad de *mantener* los derechos liberales y las instituciones democráticas; y las restricciones en nombre de la tradición cultural o la ortodoxia religiosa, que coartan las libertades políticas básicas de los miembros del grupo y que son algo muy diferente de aquellas limitaciones. En cuanto a las restricciones externas o *intergrupales*, se procura defender la existencia e identidad de la colecti-

vidad minoritaria ante el embate de las decisiones de la sociedad en la que está englobado.

De cara al multiculturalismo, adherimos una posición liberal receptora del dato comunitario, según la cual el liberalismo, sin renunciar a la supremacía de los derechos individuales, no puede obviar la necesidad de reconocer rasgos particulares y diferenciadores de pertenencia cultural, lo que dará lugar a derechos colectivos que no tienen por qué estar reñidos con la posición liberal. En esa perspectiva, son aceptables algunas restricciones o protecciones externas, pero deben rechazarse las restricciones internas. Ello por cuanto las limitaciones internas en materia de aplicación de derechos constitucionales culturales constituyen un serio riesgo de conculcación de derechos individuales. En efecto, dan lugar que cada cultura o subgrupo, en nombre de la solidaridad grupal o de la pureza cultural, pueda limitar derechos fundamentales de sus miembros, cuando estos tengan pretensiones de diferenciarse o de cuestionar al grupo, hasta extremos intolerables desde el punto de vista constitucional.

En este sentido, en aquellas cuestiones en las que el Estado entienda que no pueda ni daba claudicar, puesto que de lo contrario estaría derribando los pilares de los derechos fundamentales de los ciudadanos en los que está asentado, deberán ser asumidas por quienes lleguen desde otras latitudes a asentarse dentro de sus confines o por quienes constituyan el colectivo minoritario. Para lograr tal cometido, será imprescindible apelar a recursos comunicacionales que generen una instancia de diálogo con el culturalmente exótico, de modo tal que pueda llegar a aprehender el sentido del sistema valorativo al que deberá adaptarse. Si la aprehensión no fuera posible, al menos deberá procurarse la aceptación; esto es el asumir que para vivir en el Estado al que se le pide acogida será inexorable respetar ciertos límites que no son solo culturales, sino que, de tan arraigados, se han convertido ya en jurídicos y en infranqueables.

El multiculturalismo como sistema de gestión pública de la diversidad –no ya como descripción fenoménica de una realidad social– es una forma de poner en práctica el pluralismo cultural que parte del reconocimiento y respeto del diferente y de los diversos colectivos culturales. Asumir el multiculturalismo significa reivindicar el derecho a la diferencia y a ser diferente, en tanto forma de valorar positivamente la diversidad cultural, a la que se aprecia como un fenómeno enriquecedor.

Es decir que el multiculturalismo, cuando se concreta en un modelo de gestión, exige de políticas tolerantes y pluralistas que garanticen a los pueblos nativos y a los inmigrantes poder conservar al máximo posible su acervo cultural. Ello deberá verse plasmado en medidas concretas que fomenten y salvaguarden el derecho a practicar cultos diversos, a vestir conforme las tradiciones de cada grupo y trabajar para mermar la discriminación de las que son objeto las minorías étnicas y culturales. Todo ello, con

los límites que pongan la libertad individual de los miembros de cada grupo, de poder decidir si respetan el legado de sus ancestros o si asumen total o parcialmente una cultura nueva. Lo intolerable será el límite de aquello que la sociedad está en condiciones de acoger y uno de cuyos últimos bastiones será la libertad de elegir *ser miembro* o dejar de serlo.

A partir de lo anterior queda claro que de los diversos sistemas de gestión de la diversidad, preferimos el modelo multicultural que pretende buscar la convivencia, a través del intercambio e interacción de todos los grupos, sin difuminar las diferencias que definen su identidad. El modelo multicultural se apoya en la tolerancia, en tanto procura que los extranjeros culturales puedan conservar buena parte de sus costumbres y tradiciones, incluso sancionando normas tendentes a ese fin en la vida cotidiana. Pero para que el modelo sea aceptable, es necesario que se rechace, como límite a la conservación de la identidad cultural, las restricciones internas que conculquen los derechos individuales de sus miembros, como expresión de la autonomía personal. Solo son aceptables las restricciones externas en defensa de los embates de la sociedad mayoritaria.

El norte para procurar un multiculturalismo compatible con el sistema del Estado occidental debe buscarse con la brújula de los derechos fundamentales, cuya aguja será el principio de tolerancia. Este debe ser el calibre que permita discernir hasta qué punto el sano propósito de la integración pueda admitir diferencias compatibles con nuestro ordenamiento jurídico, que es reflejo de nuestras valoraciones sociales.

La tolerancia –que a nuestro criterio es la actitud base del multiculturalismo como método adecuado y limitado para gestionar la diversidad, en contextos multiculturales como los actuales– es un deber moral y una necesidad para asegurar la convivencia pacífica y respetuosa en el marco del respeto a la diferencia. Ello, con el límite de la intolerancia bien ejercida, respecto de aquello que la sociedad de acogida no esté dispuesta a sacrificar ni permitir. Esta frontera debe estar demarcada por los derechos fundamentales elementales.

C) La dimensión del conflicto jurídico.

En las sociedades occidentales descritas es inevitable que se produzcan contrapuntos entre cultura y derecho. En efecto, la presencia de minorías culturales en el contexto del sistema ideológico y de valores que mana de la Constitución, importa la coexistencia de comportamientos, justificaciones de esas conductas y pretensiones de soluciones, todos ellos fundados en motivaciones culturales muchas veces en pugna con el orden jurídico del Estado.

Todo el catálogo de conflictos que ha sido abordado en el texto revela tensiones *ad intra* de los derechos fundamentales, en términos de jerarquía entre ellos o de conflictos de prevalencia entre las distintas clases de derechos fundamentales. Si el derecho a la identidad cultural es considerado hoy en día un derecho fundamental, los conflictos que se estudian al hablar de delitos cometidos desde una motivación cultural diversa interpelan acerca de qué lugar asignarle a los derechos culturales, cuando entran en colisión con el núcleo duro de los derechos fundamentales (vida, libertad, integridad física y sexual). Además, una característica propia de toda la problemática multicultural es la de la relación del grupo minoritario con sus propios miembros, cuando se afectan los derechos individuales de estos, en pos de la salvaguarda cultural. Así, la mutilación genital femenina, un celo extremo en las medidas de corrección de los hijos, la obligatoriedad de contraer matrimonio con alguien del grupo, la iniciación sexual en plena infancia presentan encrucijadas entre la defensa de los derechos culturales de la minoría y bienes jurídicos primordiales y vitales de sus miembros. Proteger los primeros, permitiendo o tolerando ciertos actos, implicaría aceptar o tolerar la destrucción de los segundos, desmoronando la estructura del Estado liberal. Privilegiar siempre y en todos los casos los derechos de los grupos, importará tanto como renunciar a la tutela de los derechos individuales; al contrario, la exaltación del individuo, puede tornar ilusorio el desarrollo del multiculturalismo que asegure las diferencias y las identidades de los grupos y que también es una exigencia constitucional. En definitiva, este tipo de tensión no es sino la manifestación de uno de los problemas más serios que enfrentan las teorías de los derechos fundamentales: el de determinar si estos son o no universales y si existe una jerarquía entre ellos.

Habrá que ver entonces cómo tendrá que responder el Estado para dar una respuesta a nivel institucional y jurídico, ante las diferentes pretensiones de validez, siempre en clave de derechos fundamentales. A nuestro criterio, como las diferentes categorías de aquellos están supeditadas jerárquicamente, si los reclamos reivindicatorios de costumbres y tradiciones resultan refidos con los derechos nucleares, son estos los que deben prevalecer sobre los derechos culturales o colectivos en los que se trate de justificar la pretensión de reconocimiento.

En este punto vale destacar que la titularidad de los derechos humanos liberales es atribuida de modo exclusivo a individuos; en tanto que la titularidad de los culturales o comunitarios lo es a grupos, culturas o colectivos. Con esa lógica, la igualdad propia de los derechos humanos liberales es igualdad entre individuos; mientras que la igualdad de los derechos humanos comunitarios es igualdad entre grupos. Desde esta óptica, la cuestión debe ser leída y resuelta al amparo del principio de dignidad personal, pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. Es la dignidad de los indi-

viduos lo que otorga el valor a los grupos a los que pertenecen o, mejor dicho, los grupos gozan de protección por el valor intrínseco de los individuos que los componen. Pero, en sí mismas consideradas, las culturas o algunas de sus tradiciones deben ser modificadas y dejadas de lado si atentan contra o perjudican a los individuos que integran las minorías.

D) La dimensión del conflicto penal.

A nivel penal, el multiculturalismo presenta la problemática de ciertos delitos, en ocasiones gravísimos, que no son percibidos como tales por sus autores debido a razones culturales. Se trata de supuestos en los que la pertenencia a un grupo con tradiciones, costumbres y valores propios legitima –y hasta puede llegar a promover– dichas conductas, por más atroces que resulten a los ojos de la mayoría.

En todo caso, la discrepancia cultural con relevancia penal puede manifestarse de dos modos: bien como un enfrentamiento directo a la cultura de la que se discrepa, incluso con la finalidad de erradicarla; bien como manifestación de conflictos en la convivencia de diversas culturas en un mismo territorio. La conocida explicación doctrinal sobre el derecho penal del enemigo nos permite aquí acudir a esta expresión, en una forma solo descriptiva, para oponer dos visiones de la víctima en la perspectiva del autor con motivación en la discrepancia cultural: la víctima contemplada como enemigo o como amigo.

Respecto de lo primero, el terrorismo cultural constituye la máxima expresión de enfrentamiento o conflicto en el que se pretende exterminar o erradicar a aquel que es considerado enemigo cultural en razón, precisamente, de su diferencia. El disidente radical procura eliminar una etnia, una confesión religiosa o directamente un modelo de Estado y de sociedad que considera reñido con sus propios valores y concepción del mundo. Es perpetrado no por defensa y respeto de lo propio, sino por odio a lo ajeno; por extrema hostilidad hacia lo que se engloba en el concepto de “cultura occidental”. Como consecuencia de las motivaciones explicadas, una especificidad de estos delitos es que sus autores perciben al hecho como un *mal* infligido al *enemigo* cultural.

Ante el tenor de la afrenta, el *ius puniendi* no solo está legitimado, sino que lo está de una manera muy particular, para avanzar en castigo de estos hechos de un modo más intenso que de cara a otros delitos. Desde este punto de vista, no habría mayor conflicto en cuanto a la pertinencia de aplicar rigurosamente el derecho penal del Estado o de los Estados víctimas. Es que, tanto el agresor como el agredido convergen en saber y en asumir que las atrocidades que lleva a cabo el terrorismo transnacional y transcultural –de darse con sus autores– serán sometidas a la jurisdicción penal.

En contraposición a los conflictos de enfrentamiento entre culturas, se ubican los casos en los que la agresión no se da entre grupos diversos, sino *dentro* de un mismo colectivo cultural, que no comparte los valores de la mayoría. En estos supuestos, el grupo mayoritario ya no percibe una agresión contra su propia subsistencia o seguridad común, sino que aprecia que el hecho significa una violación a los derechos fundamentales de la víctima individual, aun cuando esta forme parte del colectivo minoritario e incluso cuando no se considere a sí misma agredida, al compartir la misma concepción del mundo que su matriz de pertenencia originaria. No obstante, ese tipo de afrentas daña de forma mediata a toda la sociedad, en tanto configura ataques a valores medulares que hoy Occidente no pone en tela de juicio.

Son estos los delitos que han dado lugar a la propuesta dogmático-penal aquí desarrollada. Se trata de casos en los que el autor obra motivado en las tradiciones y costumbres de su grupo cultural de pertenencia, que es su referente valorativo o bien en resguardo de la propia pertenencia cultural. En otras palabras, actúa en función de su pertenencia y en defensa de esta, pero no con animosidad o enemistad específica hacia el ordenamiento jurídico del Estado o por desprecio hacia la cultura mayoritaria. El autor no puede internalizar el derecho oficial como propio, por una diversa valoración de su sentido y alcance o por considerar que la vigencia de aquel no condiciona ni elimina el deber superior de cumplir con las tradiciones y normas de la cultura de origen. Por eso, por lo general, se trata de conflictos entre particulares pertenecientes, tanto víctima como victimario, al mismo universo cultural; por ello, los casos suelen quedar confinados al seno del grupo.

El conflicto aquí está dado por la circunstancia de que el agresor procura hacer un *bien* a favor de quien considera su "amigo" o su par cultural, ya sea en beneficio de este exclusivamente y/o de este y del conjunto; o bien en resguardo y respeto de las tradiciones colectivas, colaborando así en la configuración del mundo según el prisma de sus valores. El respeto a la tradición puede alcanzar incluso la forma de sometimiento o de dominación, imponiendo a la voluntad de la víctima el deber de permanecer cohesionada al grupo; se la obliga a ser *miembro* (restricciones internas).

El agente, lejos de considerar a su acto como lesivo, lo estima saludable para quien lo padece y para el grupo. Por eso es que, aun sabiendo que el derecho penal del Estado lo prevé como delito, no detiene su actuación, ya que el motor espiritual que lo impulsa tiene para él mayor entidad y merece mayor respeto que las normas estatales, que le son culturalmente ajenas. El agente no puede compartir (o entender culturalmente) por qué ese bien practicado sobre el *amigo* en tanto miembro del grupo es reputado pernicioso por el Estado.

En la perspectiva del Estado como expresión del sentir mayoritario, estos hechos cometidos por razones culturales configuran, en verdad, violaciones a los derechos fundamentales de quienes padecen esas conductas, especialmente cuando estas afectan bienes tutelados de manera suprema por el derecho. En particular, cuando se trata de la vida, la integridad física, la integridad sexual, la libertad ambulatoria de alguien que vive bajo su jurisdicción, a quien debería asegurársele la tutela de esos derechos y garantías básicos, integrantes de un núcleo, en principio, indisponible o respecto de cuya protección el Estado no debería claudicar.

Estos hechos motivados en el factor cultural, además, pueden suponer un conflicto para el autor del delito integrado al país de acogida y conocedor de su sistema de valores. En efecto, para él, el conflicto pasará por la imposibilidad de ser simultáneamente observante de las normas culturales y de las del Estado, cuando actuar conforme a las primeras sea violar las segundas o viceversa. Se trata evidentemente de un conflicto normativo, ya que dos sistemas de valores entran en tensión.

Actos tales como la mutilación genital de las mujeres y niñas; la iniciación sexual de los menores por parte de parientes; la corrección de los niños mediante procedimientos violentos o crueles; hechos de violencia de género; la esclavitud sexual o laboral; las prácticas de los chamanes y curanderos; la aplicación de penas corporales a quienes cometan hechos reprobados dentro de ciertos grupos religiosos y tribus, llevan a la sociedad de acogida o grupo mayoritario y en definitiva al Estado a interpelarse acerca de cómo tratar esos casos, a la luz del derecho penal. Sin duda, tales conductas están tipificadas como delitos a tenor de una valoración normativa que las entiende reñidas con la tutela que exigen ciertos bienes jurídicos, en el actual estadio de desarrollo de la civilización occidental y, en particular, de la teoría de los derechos humanos.

Sin embargo, no puede obviarse el dato medular de la motivación que ha orientado tales comportamientos, que bajo ningún punto de vista puede compararse con la intención de hacer el mal que caracteriza al terrorismo: el autor de delitos motivados culturalmente cree que hace un bien, al tal punto que no está dispuesto a abandonar determinadas prácticas, aunque ello le valga el máximo rigor estatal. En otros términos, no considera su acto como delictivo ni contrario a derecho; es más, en ocasiones puede entenderlo obligatorio moral, social y hasta jurídicamente según los parámetros de su grupo de pertenencia, a lo que se suma no en pocas ocasiones el aval de la víctima a la conducta supuestamente violatoria de sus propios derechos fundamentales.

El Estado no puede menos que tratar de buscar respuestas que, sin menegar la tutela de los derechos fundamentales de sus habitantes, procuren también comprender e integrar las divergencias culturales que, a la postre, configuran la propia so-

ciudad. Con ese norte deberá buscar, precisamente, aplacar el conflicto mediante el diálogo intercultural, en vez de azuzarlo a través de la imposición de soluciones percibidas como extrañas o exóticas.

En este contexto de multiculturalismo, el sentido comunicativo que deben tener las normas, en el caso, con miras a lograr la integración cultural, invita a pensar en interpretaciones alternativas de institutos del derecho penal clásico, tanto a nivel de la dogmática del delito como de su consecuencia jurídica, la pena. Esas vías hermenéuticas no convencionales podrán ser desarrolladas y aceptadas en la medida en que se perciba a la coexistencia cultural como un elemento socio-político positivo y enriquecedor de nuestras sociedades, que exige caminos de reconocimiento mutuo.

Pero, de todas maneras, el Estado se reserva el derecho a marcar el límite de lo intolerable en sus confines y, en casos tan extremos para los valores constitucionales como la mutilación genital femenina, el *ius puniendi* debe entrar en escena, en su condición de *ultima ratio*, para resolver lo que no pueda ser zanjado de otro modo menos invasivo.

Por lo demás, que el delito cometido desde una motivación cultural diversa sea alcanzado por el *ius puniendi* no significa que la solución penal que se busque para cada caso concreto no deba atender al factor cultural. La valoración del contexto, podrá traducirse en: la imposición de una pena proporcional o ajustada a la realidad cultural e, incluso en no la imposición de pena alguna, de acuerdo a lo que exija el principio de culpabilidad; la búsqueda de una salida alternativa al proceso de tinte educativo en los valores de la sociedad y el Estado de acogida; en la implementación al infractor de alguna de las políticas públicas de formación y educación sobre los valores que imperan en el país sobre ciertos derechos y libertades, que previamente deberían diseñarse; en que se propenda a salvaguardar el respeto y la unidad de la familia y del grupo de origen, mediante la selección de respuestas penales que eviten incrementar la tensión entre las partes en conflicto; y, en todo caso, en que se trate de proponer un modelo de vida que se pueda considerar adecuado a los valores de la sociedad de acogida, sin imponer abandonar la cultura de origen ni menospreciándola, sino conciliando culturas a partir de los elementos sobre los que haya consenso en ambas cosmovisiones. Creemos que esta es la forma de encarnar el ejercicio dialogal entre culturas, que permita el mutuo enriquecimiento, médula vertebral del auténtico multiculturalismo, sin dejar de marcar los límites a través de una “tolerancia demarcada”: si usted vive en los confines de este Estado, debe saber que aquí no todo es posible. El multiculturalismo entendido desde una perspectiva liberal, pero receptiva de los valores de la comunidad particular de pertenencia –como la que aquí se sostiene–, no acepta todo, pero procura la transformación cultural desde un espacio de intercambio mutuo, en el que la toleran-

cia asume un rol protagónico como vehículo a las posibilidades reales, no ilusorias ni infantiles.

Recapitulando, los conflictos penalmente relevantes que hacen a la médula de estas líneas son aquellos que constituyen conductas tipificadas en el ordenamiento punitivo del Estado, pero en los que el autor obra desde una motivación cultural diversa y en razón de valores propios de su identidad cultural. En suma, son los casos en los que el sujeto actúa estando en un conflicto normativo-cultural entre su sistema de valores y el oficial. La característica emblemática de estos supuestos es que el autor considera a la víctima de su hecho como *amigo*; es decir, como un miembro de su grupo de pertenencia, de lo que se deriva que la conducta reprobada por el Estado habrá sido cometida –desde su mirada– o por el bien de la víctima o por el bien de toda la comunidad cultural de la que ambos forman parte. El autor obra en el convencimiento de que hace lo correcto.

E) La propuesta dogmático-penal para los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa.

1. Desde los derechos fundamentales.

La respuesta dogmático-penal al problema de los conflictos derivados de la diversidad cultural debe buscarse sobre una base sustentable de derecho general, de raigambre filosófica y constitucional. Esa solución debe tomar especialmente en cuenta el elemento *diversidad*, puesto que de lo contrario no se trataría de una respuesta específica para esta clase de delitos sobre la base del pluralismo exigido por las sociedades multiculturales, y el elemento *víctima como amigo*, que como ya se ha explicado es el factor que delimita la clase de hechos penalmente relevantes que conforman el objeto de atención de esta investigación. A nuestro criterio, si no se contemplan esos dos factores, toda la reflexión habrá carecido de sentido puesto que no se habrá llegado a ninguna respuesta diferenciadora de las ofrecidas tradicionalmente por la teoría del delito para determinar la culpabilidad *lato sensu* de cualquier infracción penal.

La columna vertebral de toda esta problemática debe estructurarse a partir del juego armónico de tres elementos constitucionales que hacen a la esencia del Estado de derecho y que permitirán tejer la red de contención de los conflictos penales suscitados por razones culturales; ellos son, en orden de prelación jerárquica: el hecho de que existen derechos fundamentales o un núcleo básico de derechos humanos respecto de los que el Estado no puede menguar su tutela; la exigencia del pluralismo democrático y el principio de tolerancia. Este último, concebido como un principio constitucional que permite concretar el pluralismo y el reconocimiento de la diversidad cultural

como un derecho fundamental. En definitiva, la tolerancia es un principio general sin el cual no pueden aceptarse, asumirse ni respetarse los derechos fundamentales. Sin embargo, no es un principio ilimitado; por el contrario, tal como aquí se lo entiende, lleva ínsito el coto de lo intolerable, como una barrera infranqueable. Uno de esos derechos fundamentales es precisamente el derecho a la identidad cultural. No obstante, este no puede ser entendido como un derecho absoluto, sino que encuentra su límite en otros derechos fundamentales de mayor jerarquía que integran el núcleo duro de derechos de la persona.

Entonces, a partir del engranaje de esos tres elementos, entre los que el principio de la tolerancia puede ser entendido como la amalgama entre los otros dos – es decir, como el principio rector para la concreción del pluralismo y para el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, de los cuales se impone reconocer su jerarquía–, hemos tratado de buscar la fórmula dogmática que resuelva los conflictos suscitados por los delitos cometidos con una motivación cultural diversa.

Ahora bien, para poder construir esa respuesta sobre la base de los derechos fundamentales ha sido necesario tomar posición en el encendido debate acerca de las formas de gestionar la diversidad cultural, que abreva en dos corrientes de pensamiento que tratan de responder a la cuestión de si los valores morales y, en términos jurídicos, los derechos humanos son o no universales. El comunitarismo engloba a un grupo de autores que consideran que la moral es el producto de pautas nacidas, practicadas y aprendidas dentro de la cultura de una sociedad concreta, es decir históricamente real, que no es otra que aquella en la que el sujeto desenvuelve su vida. Visto así, la moral sólo tiene sentido dentro de esa particular comunidad, puesto que a partir de sus pautas se configura el punto de vista moral, que es constitutivo y motivacional para el individuo. Tal moral de cuño comunitario determina que los deberes hacia el grupo prevalezcan sobre todos los demás deberes y derechos; en verdad, mientras el sujeto último de imputación de la moral liberal es el individuo, para el comunitarismo lo es el grupo. En las antípodas de esa mirada, el liberalismo prioriza al sujeto individual, por lo que su concepción de toda la sociedad es individualista y, en esa dirección, defiende la igualdad jurídica de todos y cada uno de sus integrantes, sin que haya espacio para diferencias de tipo cultural; en el modelo liberal la autonomía individual es prioritaria a todo fin colectivo. En definitiva, la existencia de sociedades plurales conduce al debate entre las posiciones que plantean el universalismo de los derechos humanos y quienes sostienen que tales derechos son relativos, en tanto dependientes de un contexto cultural. Ante estas visiones extremas, hemos sostenido que es necesario tratar de localizar el núcleo mínimo de consenso en el que estén de acuerdo sujetos de distin-

tas procedencias culturales, para poder, desde esa base común, instaurar un diálogo intercultural.

En esa dirección, no es imposible zanjar, en alguna medida, la brecha entre ambas concepciones. En efecto, se ha dado andamiaje a construcciones liberales que limitan el alcance individualista y universalista que está en su origen; es decir que hay teóricos de los derechos humanos que han cedido terreno a elementos comunitaristas, algunos de ellos dando lugar a un fuerte reconocimiento de los elementos particularistas y culturales. Esta es, en efecto, la dirección que aquí asumimos, ya que nos parece posible encontrar un término medio en el que los derechos individuales no sean presentados como adversarios de los derechos comunitarios y viceversa, asegurando la defensa de los derechos fundamentales de las personas y la diversidad del grupo, que también es un derecho fundamental, pero de menor jerarquía que los nucleares.

En efecto, estamos convencidos de que resulta positivo que la matriz de la teoría de los derechos humanos hayan encontrado algún grado de matización por los aportes del comunitarismo; es decir, que hayan debido reconocer que es imposible la total prescindencia del elemento particular o comunitario, que configura la tradición de una nación, a través de su historia y de su cultura. Ese lugar o punto de encuentro inicial ideal del que hablan los liberales –al margen del nombre que cada autor le asigne: estado de naturaleza, estado de libertad, principio originario– no solo no ha existido históricamente, sino que no es más que el puntapié inicial para la reflexión acerca de un mundo ideal, que exige ser concretado en las sociedades particulares.

Nos parece que el liberalismo, como toda corriente de pensamiento fuerte y configuradora de una época, ha sido llevado a un extremo de atomización tan fuerte que, como todo ciclo histórico, ha hecho un movimiento pendular, que ha conducido al extremo opuesto del rechazo por parte de corrientes varias; una de ellas ha sido el comunitarismo. No obstante, creemos saludable que la matriz liberal pueda ser matizada por las aportaciones del comunitarismo, como salvaguarda de las identidades particulares, sin renegar ni menguar en la conquista de derechos individuales. Puesto que el Estado ideal, habitado por una población que comparta la misma visión moral no existe, es necesario –y posible– que los ideales liberales se realicen a través del reconocimiento de lo comunitario y de la identidad de cada sociedad. Además, es también necesario –y posible– que se tomen en cuenta las necesidades grupales o sociales, en pos de proteger en especial a los menos favorecidos que, en casos extremos, pueden llegar a necesitar un aporte mayor del grupo, incluso en detrimento –por lo menos provisorio– de algún derecho individual que no implique daño a la dignidad ni al principio de autonomía.

Sobre la base de esas premisas, estimamos que para encontrar una respuesta a los conflictos penales a los que da lugar la diversidad cultural que responda a las necesidades de la sociedad plural multicultural no es necesario encontrar una solución categórica al interrogante acerca de si esos derechos son universalmente válidos, en el sentido de si rigen y deben hacerse respetar en el seno de culturas y de países no occidentales. Desde nuestro punto de vista, es claro que reina consenso en que los derechos fundamentales son “universalmente válidos” *en Occidente* y, para más señas, que en cada uno de nuestros Estados, por la idiosincrasia de sus respectivas sociedades particulares, se está en general de acuerdo en que hay un mínimo de derechos que son ineludables por su peso moral; por tanto, ante cualquier atisbo de afectación por parte de terceros, se deberá reaccionar para restablecer el orden solucionando el conflicto, si es necesario, con la ley penal. Esto significa que el reconocimiento de tales derechos nucleares no puede ser puesto en tela de juicio en *nuestros* países, que es donde estas líneas pretenden ofrecer una respuesta a los delitos cometidos desde una motivación cultural diversa. En particular, el núcleo esencial de derechos fundamentales no puede ser cuestionado ni cercenado culpablemente por la conducta de terceros, siquiera cuando estos puedan alegar la pertenencia cultural diversa desde la que obraron. En este sentido, ese grupo medular de derechos constituye el límite absoluto de lo tolerable porque –insistimos– en nuestro medio valen de manera universal. De tal suerte, los derechos humanos de menor rango, incluida la identidad cultural, no pueden ser ejercidos de manera absoluta, si comprometen aquel reducto infranqueable.

2. Desde la teoría del delito.

Nuestra propuesta de solución dogmática para el delito cometido desde una motivación cultural diversa está dada por el instituto del error de prohibición invencible, en una perspectiva normativa. En efecto, entendemos por tal al *comportamiento excusado que niega el injusto penal, en razón de que la infracción de la norma del autor no obedeció a una disposición individual de deslealtad al derecho como fuente de modelo de orientación de conductos.*

Dicho de otro modo, el error responde a un contexto de inadvertencia de la norma, que no le permite al sujeto reconocer el significado ilícito de su conducta (no hay *comprensión* valorativa de la norma, término este más adecuado que *conocimiento* como fenómeno cognoscitivo). En ese contexto, el autor no pudo conocer la ilicitud o, incluso de haber podido hacerlo en virtud de sus facultades personales, no le era exigible que se informara –o que se informara más allá de cierto límite– acerca de la adecuación de su conducta al ordenamiento jurídico.

En cuanto a la fundamentación de nuestro punto de vista, la razón por la que nos embarcamos en un posicionamiento no psicologista del error es que estamos convencidos de que existe una imperiosa necesidad de apelar a conceptos normativos, en orden a apreciar la concurrencia de conocimiento o desconocimiento de la antijuridicidad, como de todo dato subjetivo. En efecto, si se apelara solo a las representaciones psicológicas, casi todos los delitos del ámbito no nuclear resultarían derogados en la práctica, ya que es imposible que el ciudadano común pueda conocer o sospechar la existencia de figuras penales, en muchas ocasiones completamente neutras a la valoración ético-social y casi siempre cargadas de tecnicismos ajenos a la ciudadanía en general. Dar por sentado que cualquier desconocimiento o falsa representación psicológicos sobre la existencia misma de esas normas penales diera, sin más, lugar a desconocimiento y en consecuencia a un error de prohibición inevitable equivaldría a la neutralización de supuestos de hecho que, por razones de política criminal, el legislador ha considerado conveniente tipificar y sancionar. Además, fomentaría la posición descuidada o indolente de no informarse, como mecanismo de inmunización penal gracias al desconocimiento psicológico. No obstante, cierto es que el desconocimiento de la prohibición puede importar una culpabilidad disminuida. Eso explica la necesidad de efectuar análisis valorativos en cada caso concreto para determinar si el sujeto tenía razones para dudar; de ser así, estaría satisfecha la noción de conocimiento de la antijuridicidad por no haber ajustado la conducta a derecho. Estas afirmaciones solo pueden hacerse dejando de lado el psicologismo puro y duro.

En definitiva, el tamiz para valorar la concurrencia de error de prohibición es establecer si el sujeto, en la valoración global de la conducta que llevó a cabo, fue leal o fiel al derecho. La única forma de meritar tal extremo es a través de parámetros normativos que son consideraciones axiológicas que se comportan elásticamente con relación al hecho psíquico de la conciencia o de su ausencia. En caso contrario, habría que asumir que solo concurriría un error de esta naturaleza e invencible si mediara una imposibilidad material absoluta de conocer la antijuridicidad, lo cual es casi imposible en el escenario de la vida real, ya que casi siempre habrá alguna instancia que permita el acceso a la información, sin perjuicio de lo cual aun de no haberse agotado aquella podría darse un escenario de error de prohibición invencible.

El recurso a la idea de lealtad al derecho se muestra como un criterio normativo plausible para determinar la concurrencia de un error. Mediante ese parámetro, se enriquecen los conceptos psicológicos, corrigiéndolos y aportándoles cualidades relevantes a los fines penales –qué conocimiento interesa a los fines del *ius puniendi*; qué debe entenderse por conciencia de la antijuridicidad de cara a los propósitos del sistema; etc.– a la vez que se respeta la calidad de *ultima ratio* del ordenamiento jurídi-

co, toda vez que no siempre será necesario imponer pena. La sanción no será precisa, justamente, cuando el autor no se haya mostrado hostil con el ordenamiento jurídico; siquiera en medida mínima, como sería en el caso de error de prohibición vencible, merecedor todavía de punición. Es que, desde una perspectiva normativista como la que aquí se sostiene, lo importante no es tanto si el autor ha conocido algo o nada de la antijuridicidad de su hecho, sino si ha sido responsable de ese déficit de conocimiento.

Desde el prisma de la fidelidad al derecho y como clara muestra de normativización de los conceptos, siempre que el contexto haya ofrecido razones suficientes, valederas, serias, para que el sujeto se haya creído autorizado a actuar como lo hizo o para estimar que lo que hizo no estaba vedado por el derecho penal, no habrá perdido su disposición de lealtad al derecho, sino que este continuará siendo para él un modelo de orientación de conducta. De tal suerte, estará habilitada la vía para apreciar la concurrencia de un error de prohibición inevitable y, en consecuencia, la exención de responsabilidad penal. A tal efecto, será un factor iluminador analizar si, en el caso concreto, el hecho puede ser tolerado sin conmoción de la conciencia jurídica general, lo cual revelará la innecesaridad de pena.

Normativizar es dar sentido jurídico a los conceptos; así, error de prohibición invencible implicará que el sujeto no tuvo razones para dudar de la disconformidad de su hecho con el derecho. Eso se dará tanto cuando haya sido imposible abrazar dudas o bien cuando el sujeto tenía razones para suponer que su obrar estaba permitido; en ninguno de esos casos será necesaria la sanción. La valoración normativa, entonces, se integra con la idea de necesidad de pena y esto es de suma relevancia de cara a los delitos que se llevan a cabo por discrepancia cultural.

De lo dicho se desprende que la propuesta aquí sostenida constituye una posición moderada, que introduce una objetivación a los fenómenos psicológicos, mediante límites normativos, que no solo amplíen la punibilidad a representaciones psicológicas no equiparables en su realidad como fenómeno mental a pleno conocimiento, sino que también –con una función de garantía– la limite, cuando la pena no sea necesaria, conforme los fines preventivos.

En cuanto al concepto “eje” de la noción de error de prohibición invencible aquí asumida, entendemos por *lealtad al derecho a la actitud de quien tiene a este como modelo de orientación de conducta*. Haciendo foco en el derecho penal, una vez que el Estado decide reprobado las conductas que atenten contra ciertos bienes socialmente preciados, el *ius puniendi* se transforma en una parcela en la que la posibilidad de evidenciar la fidelidad al derecho se patentiza de modo particular, al margen de que para que haya conocimiento de la ilicitud no sea preciso que el autor conozca ni el carácter delictivo propiamente dicho ni la punibilidad del hecho. En efecto, la internaliza-

ción valorativa de que ciertas conductas están reprobadas por el ordenamiento que regula la convivencia coadyuva a poder apreciar la disposición individual, ante un hecho concreto, de quien decide adecuar sus patrones de comportamiento social a la propuesta modélica que le llega desde el derecho. Si el autor con su hecho no muestra rebelión contra la norma de reprobación, no habrá deslealtad y el hecho no podrá imputarse subjetivamente.

El derecho solo puede castigar a quienes, en la realización de hechos puntuales, se muestran desleales con el derecho, en mayor o menor grado. En cambio, quien es fiel, o trata de serlo, a los modelos de conducta propuestos no puede recibir como reacción ante su obrar, aun deficitario por anti-normativo, la respuesta de la pena. Eso marca una diferencia no ya cuantitativa entre error vencible e invencible, sino directamente una separación cualitativa, en tanto reflejo de dos fenómenos diversos: uno es expresión (errada) de lealtad; mientras que el otro (en grado a determinar) es expresión de deslealtad frente al ordenamiento jurídico. En síntesis, la diferencia medular entre el error vencible y el invencible pasa por la idea de fidelidad al derecho.

Ahora bien, esta posición normativa no pretende esquivar la ineludible exigencia de individualización; que consistirá en verificar el quebrantamiento o no de las expectativas en concreto; es decir, de las que recaían sobre ese autor en particular, al momento de comisión del hecho. Para poder determinar esas expectativas, seguramente deban tomarse en cuenta sus capacidades físicas e intelectuales, entre las cuales se puede enumerar a sus conocimientos normativos previos, las razones para dudar, el tiempo disponible para la reflexión y la información, la educación y, por supuesto, a su procedencia cultural. Esos factores individualizadores deberán ser tomados en cuenta para establecer si ese autor en concreto, supuesta su capacidad de motivación frente al derecho como modelo de orientación de conductas (la cual es empíricamente indemostrable, por lo que se imputa normativamente, o sea como una atribución social), tuvo una actitud de fidelidad normativa o no. En definitiva, las expectativas de rol respecto de ese autor en particular, permitirán determinar la evitabilidad o la inevitabilidad del error.

En este contexto, el de ciudadano fiel al derecho es un baremo normativo generalizador o estandarizado que permite comparar el comportamiento del sujeto en concreto con el que se habría esperado de quien, en iguales condiciones físicas, intelectuales y culturales que él, habría mostrado disposición suficiente para seguir los modelos de conducta propuestos por el derecho. El ciudadano fiel al derecho es la persona de quien se espera que se motive suficientemente a seguir las normas.

En materia de error de prohibición invencible, la determinación de que el autor ha obrado sin desconocer ese carácter modélico del derecho, sino en un contexto de inadvertencia del sentido la norma infringida, implica tanto como decir que no ha sido

desleal al ordenamiento jurídico en el caso concreto. En este sentido es que destacamos, y en particular por su importancia en materia de delitos cometidos desde una valoración cultural diversa, que más importante que el conocimiento puro y duro de la existencia de una norma como fenómeno cognoscitivo es su aprehensión valorativa; es decir, si se aceptan y comprenden las razones que llevaron al legislador a tipificar la conducta. Quiere decir entonces que en este análisis normativo individualizado, y en particular de cara a los delitos cometidos desde una perspectiva cultural diversa, será clave atender a la “aceptación” o no de la norma, como modelo de orientación de conducta.

Este recurso a lo normativo no puede ser más respetuoso del principio de culpabilidad, que exige tratar al hombre de acuerdo a su dignidad. En efecto, en ningún momento se renuncia a la necesidad de individualizar para llegar a la solución del caso, puesto que no existen errores de prohibición objetivamente invencibles. Es decir, a partir de los datos fácticos y personales (nivel social, cultural, nacionalidad, procedencia, biografía, acceso a la información, etc.) del sujeto, se hace la aplicación del referido parámetro normativo para determinar si esa persona y no otra, ante ese hecho concreto y no ante otro, se manifestó leal al derecho como modelo de orientación de conductas.

A los fines de la individualización, la clave será determinar si el sujeto, en sus particulares circunstancias personales y fácticas, tuvo motivos para dudar de la conformidad de su comportamiento con el ordenamiento jurídico. De haberlos tenido, habrá que evaluar qué actitud adoptó para tratar de mantenerse fiel al derecho, conforme una valoración normativa, es decir de contexto. En los casos de delitos motivados en la diversidad cultural, solo cuando el sujeto no haya tenido motivos para dudar, el error de prohibición podrá ser considerado invencible y causa de exclusión del injusto penal. En cambio, si las circunstancias contextuales evidencian que tuvo motivos para dudar, entonces habrá quebrado el deber de fidelidad y el error habrá pasado a ser vencible; en este caso, el elemento cultural solo podrá ser de utilidad para graduar la culpabilidad. Es que, salvo en casos absolutamente excepcionales, quien tenga razones para dudar por motivos culturales y por ello se informe adecuadamente, no podrá más que salir de su duda o error.

Partiendo de esa premisa, el error de prohibición implica siempre la invocación de un contexto subjetivo de excepción. Ello por cuanto, evidentemente, lo corriente será que quien cometa un hecho penalmente relevante lo haga sabiendo, en mayor o menor grado, que ese actuar no se compadece con el ordenamiento jurídico. Sin embargo, si el autor invoca que ese comportamiento no debe ser reputado como obra suya, en tanto no tuvo posibilidad alguna –error de prohibición inevitable– de motivarse en la norma, de modo que no se le pueda atribuir subjetivamente, lo que se estará alegan-

do no será otra cosa que un fenómeno psíquico deficitario del conocimiento en sentido natural.

La tarea del jurista a nivel dogmático y del juez a nivel procesal será recurrir a parámetros valorativos e indiciarios, respectivamente, para determinar si dicho hecho psíquico puede ser explicado a partir de aquellos baremos objetivadores del conocimiento y de la inevitabilidad de su déficit, de ser el caso. De ese modo se podrá establecer si es posible la renuncia a la pena, sin mella para la estabilidad social; es decir, sin escándalo jurídico. Se trata de conjugar criterios dogmáticos sin descuidar propósitos de política-criminal, en un sano maridaje que permita compatibilizar los fines del sistema, respecto del individuo autor y del conjunto de la sociedad.

Normativizar no es crear una ficción irreconciliable con la realidad, sino una aplicación analógica necesaria para que a ciertos fenómenos psíquicos que en el mundo natural *no son conocimiento* se les pueda asignar normativamente el valor de tal. En efecto, no hay dudas de que para el psicólogo, el psiquiatra, el neurólogo y, sobre todo, para el hombre de a pie, dudar no es lo mismo que conocer. Tampoco “poder llegar a conocer” es conocer ahora mismo. Sin embargo, son los fines y principios que informan el sistema penal los que habilitan y justifican que se pueda asimilar, por vía de analogía, esos diversos fenómenos mentales, asignándoles a todos el valor de conocimiento.

Esta no es una propuesta excesivamente expansiva de la figura del error de prohibición invencible, que pueda hacer temer que la extranjería cultural sea siempre una forma de eludir el ordenamiento penal. Solo habrá tal error, cuando haya razones que evidencien que quien pertenece a una cultura diversa, debido a esa pertenencia, no pudo reconocer la norma infringida como modelo de orientación de conductas, sin por ello dejar de tener al ordenamiento jurídico en sí mismo como modelo general; es decir, sin haber sido desleal a aquel. Esto, por cierto, ocurrirá en muy limitados casos. Para determinar, ante cada supuesto particular, si el autor ha sido realmente leal al derecho, habrá que recurrir a indicadores externos que revelen su subjetividad –tal como sucede respecto de todos los elementos subjetivos del hecho penal. Ni bien se advierta que el sujeto haya tenido alguna razón para dudar de la conformidad a derecho de la conducta que iba a emprender y que la duda no haya sido adecuadamente despejada, la noción de lealtad/fidelidad será desplazada por la de deslealtad/infidelidad; se estará, como hipótesis de mínima, ante un error de prohibición vencible o, como hipótesis de máxima, ante un comportamiento realizado en abierta contradicción al derecho como modelo de orientación de conductas.

La motivación individual solo podrá calibrarse en función de los motivos atribuibles al autor para dudar o para preguntarse por la compatibilidad de su conducta con el derecho, según sus particulares circunstancias personales, a nivel social e inte-

lectual. Cuando la motivación del autor individual no haya estado orientada por una motivación desleal al derecho, sino inspirada por razones que le hayan impedido advertir (el error es un contexto de inadvertencia) la contrariedad de su conducta con el modelo propuesto por el sistema jurídico (ya sea porque haya creído que la conducta no estaba vedada en absoluto o porque la creyera autorizada para él), la errada falta de adecuación a la norma deberá ser valorada como invencible. En efecto, ese autor no habrá tenido razones de peso para advertir su transgresión. Quiere decir entonces que lo valorativo que traduce ese marco individual debe ser analizado como una situación contextual y no solo como un fenómeno psíquico del autor, en un momento determinado. Esta situación puede darse en algunos conflictos originados en una motivación cultural diversa a la del Estado.

En la posición que aquí se sostiene, los delitos motivados por la pertenencia cultural de su autor deben ser analizados como contextos normativos (no meramente psicológicos, como se explicó *supra*), para cuya solución se deben tomar en cuenta tanto elementos individuales del autor, como exigencia del principio de culpabilidad criminal, y datos valorativos que permitan, en cada caso, establecer si la norma fue inadvertida, pero sin dejar de reconocer al derecho como fuente de orientación de conductas. En síntesis, sin que el autor haya actuado de modo desleal al ordenamiento jurídico como tal.

Aclarado lo anterior, hay que agregar que del catálogo de errores de prohibición inevitables que tradicionalmente ha enumerado la doctrina, los delitos motivados culturalmente engazarán en dos constelaciones de casos. El error de prohibición directo que conduce al juicio equivocado acerca de la existencia de una autorización general del orden jurídico para actuar, es decir cuando el autor cree que su comportamiento no es típico. El individuo directamente desconoce la desaprobación jurídica de la conducta; no puede reconocer la antijuridicidad general del comportamiento. Dicho de otro modo, sabe lo que hace, pero supone erróneamente que no es contrario a derecho, por lo que no ha podido reconocer lo injusto de su hecho.

La segunda clase de error de prohibición que será aquí relevante será aquella que consiste en la equívoca suposición de que la conducta de ese autor en particular está autorizada; es decir, la falsa creencia de que existe una causa de justificación que en verdad el derecho no contempla (error de prohibición indirecto sobre la existencia de una causa de justificación).

En cuanto a la concurrencia del error de prohibición invencible, creemos que la misma tendrá lugar cuando el autor extranjero cultural: a) no haya podido advertir la exigencia normativa, lo que ocurrirá cuando *no haya tenido razones para dudar* de que su conducta podría estar reñida con el ordenamiento jurídico o b) de haber tenido

motivos para dudar, cuando, tras recurrir a las fuentes de información adecuadas (sean instancias oficiales o personas de referencia tanto de la sociedad de acogida como la de pertenencia, como pueden ser líderes de comunidades indígenas en contacto con la autoridad pública), la información obtenida no le hubiera permitido sortear adecuadamente la situación de error o inadvertencia normativa.

Un concepto normativo requiere, desde luego, analizar, entre otros factores, las posibilidades de reflexión e información a las que el sujeto haya tenido acceso, según sus particulares circunstancias de vida –sociales, formativas, nacionales–. Ello es conteste con la idea de que el error de prohibición invencible priva al autor de la posibilidad de orientarse según el deber ser jurídico. Quien directamente no haya tenido habilitado el acceso a elementos o fuentes informativas que le permitieran salir de su estado de imposibilidad de acceder valorativamente a la norma, en un tiempo razonable para no frustrar su capacidad de acción y a través de medios claros para despejar dudas, no podrá ser llamado a responder por el ilícito penal; así lo exige el principio de culpabilidad.

Trasladado lo anterior al caso de los delitos cometidos por quien obra motivado por las normas y valores de un sistema cultural diferente, debe analizarse en cada caso si el individuo pudo efectivamente acceder al sistema ético-social del Estado y de la sociedad en la que vive y motivarse en el mismo. En tal sentido, es importante analizar si el propio Estado receptor de migrantes, por ejemplo, se ha ocupado de hacer asequible el ordenamiento jurídico y los valores que lo informan a quienes llegan a asentarse en su territorio. Es decir, pertenece a la esfera de competencia del Estado el deber de integrar por vía de información y educación a los extranjeros y, en especial, a los extranjeros culturales a quienes da acogida. A su vez, quien llega a un nuevo país de cultura extraña a la suya y pretende asentarse y desarrollar su vida personal y familiar en ese sitio tiene también un deber de precaución mínimo de informarse sobre las normas sociales y jurídicas del nuevo hogar, para adecuar su conducta en lo que sea pertinente, sin claudicar de su pertenencia cultural. Eso significa que el establecimiento en un nuevo sitio, puede hacer las veces de motivo suficiente (en sentido normativo) para que el autor se pregunte por la adecuación de su obrar al derecho, determinando la evitabilidad de su error en caso de actuar sin la debida diligencia.

En este contexto, la capacidad de motivarse a seguir la norma no se constata empíricamente en el autor en concreto –lo cual sería una empresa imposible–, sino que se trata de establecer si ese baremo medio construido socialmente –el ciudadano fiel al derecho, según la propuesta de este trabajo–, en la situación del autor (instancia individualizadora), se habría debido cuestionar acerca de la licitud de su comportamiento. Si se concluye que el ciudadano fiel no habría tenido razones para profundizar en la

constatación de la adecuación a derecho de su conducta, entonces el error de prohibición debe reputarse invencible, al margen de la potencialidad material del autor para haber podido salir de su error. El derecho decide no gravarlo, en tanto normativamente no ha sido desleal, puesto que no estuvo en una situación en la que se habría esperado de él que se motivara a conocer la norma.

Ahora bien, ya se ha dicho que las capacidades individuales son trascendentes para poder respetar la instancia individualizadora. Esto significa que cuando se dice “si este autor en concreto habría podido”, se alude a esa persona, con su concreta realidad existencial. En consecuencia, además de sus capacidades físicas e intelectuales al tiempo del hecho, en la evaluación de si habría podido conocer la ilicitud de su conducta, son muy relevantes los conocimientos normativos previos del autor para poder predicar su actitud fiel o infiel al derecho, porque esos conocimientos previos deberían activar la motivación por conocer. Tomando ejemplo de la mutilación genital femenina, quien, a pesar de creer en la corrección de esa práctica, tuviera referencias del cuestionamiento que suscita en otros ámbitos culturales diferentes del suyo, mal podría ampararse en un error para justificar su práctica; incluso cuando pensara que la disputa no eliminara el permiso para llevarla a cabo a quienes pertenecen a ciertos grupos religiosos o étnicos. Así, es poco probable –o será un caso francamente excepcional– que quien se traslade a vivir a un país de Occidente en busca de una mejor vida, no tenga algún elemento para advertir que ciertas tradiciones de grupo serán rechazadas por la sociedad y el derecho de acogida. Ese contexto debería llevar a albergar dudas y a informarse antes de actuar.

En la misma dirección, es indudable que quienes lleven poco tiempo en el país de acogida y procedan de una cultura exótica, tardarán en hacer de ese entorno su mundo vital cotidiano. Es probable que por largo tiempo e incluso por siempre, no todas las cosas del mundo exterior tengan para ellos el mismo significado que para los nativos o para los occidentales allí afincados. Ese entorno cotidiano y, en especial la pertenencia histórica, serán una experiencia de la que carezcan algunos extranjeros culturales y que tendrán que ir construyendo poco a poco, en especial en lo que haga la internalización de valores de convivencia. Les faltará la reserva de conocimientos caracterizados por la incuestionabilidad, cuya fiabilidad y el carácter lícito que llevan ínsito son de origen social con base en la experiencia.

Estas reflexiones nos convencen de que es evidente, entonces, que para evaluar la admisibilidad de un error de prohibición invencible o inevitable derivado de inaccesibilidad cultural a las normas del Estado será necesario efectuar un análisis caso por caso, para tratar de determinar si el sujeto hubiera podido determinarse en la norma, ya que en un Estado de derecho solo pueden sancionarse los comportamientos

que puedan evitarse mediante motivación. Para que el sujeto pueda motivarse en la norma que protege el bien jurídico, es preciso que ese individuo tenga chances de poder aceptar que su acción va en perjuicio de un bien amparado por el derecho, para lo cual la norma le tiene que resultar accesible y asequible. Ahora bien, no podrá invocar el mismo nivel de inaccesibilidad quien acabe de llegar a un país de cultura diferente a la suya, que quien lleve años viviendo allí.

Tampoco será lo mismo una infracción a las normas jurídicas más elementales que atenten contra los bienes jurídicos básicos –la vida, la integridad física, la libertad ambulatoria, la libertad sexual–, normalmente protegidos, en mayor o menor medida, en todos los contextos culturales y por eso mismo normalmente arraigadas en todas las personas, que otras infracciones menos relevantes que atenten contra bienes que podrán ser más o menos importantes y hasta contingentes, pero cuyas lesiones el Estado y la sociedad pueden llegar a tolerar penalmente, en pos del pluralismo, la integración y la paz social, procurando soluciones dialogales menos drásticas que las que brinda el *ius puniendi*, al menos desde la imposición de la pena. Desde esta óptica, la tolerancia como actitud constitucional jugará un rol protagónico, determinando los límites de aquello en lo que el Estado no podrá ceder de ningún modo, aún de cara a la divergencia cultural más radical.

Cuando el error sea tolerable, lo ideal será procurar por vías dialogales alternativas, la internalización valorativa de la norma, para evitar reiteraciones a su vulneración, que en ese caso posiblemente ya no podrían ser disculpadas. Normalmente, durante las primeras fases de un proceso de inserción social de quien procede de otro medio cultural, habrá que pensar que los errores admisibles serán un estado transitorio, debido a la ajenidad del sistema jurídico receptor. Ello justificaría la prescindencia, por impertinente, del recurso extremo a la sanción penal.

No obstante, aún de cara a las normas penales nucleares y a los preciados bienes jurídicos que aquellas tutelan, siempre deberá resguardarse el principio de culpabilidad. Eso significa que –si bien es poco probable que ello ocurra– de verificarse un error de prohibición invencible en un comportamiento que afecte a un derecho fundamental esencial de la víctima, el injusto penal quedará excluido. Sólo que el juicio de vencibilidad/invencibilidad se deberá efectuar con especial cautela, por el tenor de los derechos comprometidos.

Todo lo anterior marca un contrapunto entre los delitos cometidos por quien se motiva en un sistema normativo propio de una cultura diferente y el caso del tradicionalmente llamado autor de conciencia o autor de convicción. En efecto, estos últimos, incluso cuando aparezcan motivados por los valores de su religión que puede ser minoritaria, no son sujetos pertenecientes a un universo cultural disímil, que no les per-

mita conocer el ordenamiento jurídico y sus valores elementales, por lo que los casos que puedan presentarse no se resuelven por la vía del error de prohibición, sino en todo caso por una exclusión de la culpabilidad autónoma, como podría ser el estado de necesidad exculpante. En cambio, los autores pertenecientes a un sistema valorativo cultural exótico no pueden motivarse en las normas jurídicas del Estado, porque no tienen acceso –en sentido normativo– a las mismas y, en tanto no medie deslealtad al derecho, esa inaccesibilidad no les es reprochable ni habrá motivos preventivos que indiquen la necesidad de pena.

3. Tolerancia y error de prohibición invencible.

Nos parece innegable que el derecho asume valores y al hacerlo propone modelos de comportamiento como bases mínimas para asegurar la pacífica convivencia. Es una falacia decir que se vive en un estado neutro a los valores o amoral. Los principios mismos de pluralismo y tolerancia –como cualquiera de los otros pilares básicos constitucionales– tienen una connotación ética y pretenden regular, desde sus directrices, la convivencia social a partir de criterios mínimos de consenso ético. En ese sentido, no tememos a que se aluda a la cuestionada dañosidad social o a valores ético-sociales, en tanto sean aquellos que el Estado haya asumido sin pretensión de imponer una moral. En efecto, la libertad de conciencia y de religión está cargada de una pretensión ética, como lo está la misma noción de dignidad humana de la que deriva. Al asumir valores, el Estado, precisamente, los normativiza, de modo que creemos que el reprobar conductas contrarias a los valores contenidos en el ordenamiento jurídico no importa en absoluto confundir derecho con moral.

Entre esos valores, se encuentra la tolerancia que, como *mediating principle* del derecho penal puede ser la clave hermenéutica para la propuesta dogmática que aquí se efectúa. En efecto, el error de prohibición invencible, entendido como un contexto de inadvertencia de la norma que no obedeció a una disposición individual de deslealtad al derecho como fuente de modelo de orientación de conductas, al ser aplicado a los delitos cometidos por quien obra motivado en una valoración cultural diversa, puede ser la expresión penal del principio constitucional de tolerancia.

Según creemos, la tolerancia es uno de los principios *limitadores* del *ius puniendi*, en tanto el pluralismo que caracteriza a nuestras sociedades occidentales, reconocido como valor constitucional en nuestros estados y como fenómeno social constatable empíricamente, exige más que nunca que la respuesta penal al delito llegue solo cuando sea necesaria. El carácter de *ultima ratio* del derecho criminal está llamado a recordarnos que, si la integración cultural y social puede llegar por vías prescindentes

de la pena (genéricamente las hemos llamado *dialogales*), debe procurarse solucionar los conflictos penales de origen cultural por esas vías, que miren más allá de las cortas perspectivas de imposición reactiva de una pena. No debe olvidarse que ésta quizás no sea ese el camino más fecundo de integración y concreción del pregonado pluralismo, que corre permanente riesgo de quedar relegado a la categoría de mero enunciado políticamente correcto.

Quizás podría decirse que los principios de adecuación social, insignificancia y tolerancia social bastaran ya para resolver estos conflictos. Sin embargo, a nuestro criterio, si bien aquellos pueden contribuir a solventar los mentados conflictos, creemos que las tensiones surgidas por divergencias culturales, en especial con base en el fenómeno migratorio tan característico de este tiempo histórico, obliga a especificar el contenido de tales principios para apuntar específicamente a la concreción de un pluralismo verdaderamente tolerante, por contraposición a un *pluralismo impuesto*, que no sea sino una convivencia obligada en un mismo lugar y momento, más de una vez, a regañadientes.

Cada época impone sus desafíos y clama por respuestas a sus propios problemas. Quienes invocan que la dogmática penal ya tiene todo dicho y que bien se podría echar mano de viejas herramientas para solucionar nuevos problemas sin hacer las adecuaciones pertinentes, olvidan que la dinámica de las sociedades impone también la dinámica de la dogmática. Esta no puede ser un recurso de laboratorio que desestime los conflictos que van emergiendo en cada época. Para resolverlos es menester desarrollar nuevos elementos y también, claro está, re-elaborar los instrumentos tradicionales. Pero esa re-elaboración implicará incorporar datos de la actualidad, que se traducen en desafíos que exigen un plus a lo ya conocido, re-significándolo.

En ese sentido, el viejo error de prohibición invencible, entendido como *inadvertencia de la norma en ausencia de deslealtad al derecho*, con el alcance explicado, puede ser la puerta de entrada al principio de tolerancia, que permita renunciar a la pena cuando sea menester privilegiar el pluralismo y la integración cultural, sin mella para la cohesión social y sin llevar el mensaje de que existe carta blanca para disponer a gusto de la vigencia del ordenamiento penal.

El aporte de esta obra pretende ser una contribución a *entender al error de prohibición invencible como una posible expresión del principio de tolerancia, ante ciertos delitos cometidos desde una motivación cultural diversa*.

Bibliografía.

Doctrina.

Acceso a la justicia de los pueblos indígenas; editado la Defensoría General de la Nación, Programa de Diversidad Cultural; Buenos Aires; 2010.

AGATÓN SANTANDER, Isabel; *MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN COLOMBIA: trato cruel, inhumano y degradante*; en Revista Unimar; fecha de aprobación: 25/06/2009; [http://www.umariana.edu.co/ojs-editorial/index.php/unimar/article/viewFile/127/107]; fecha de consulta 8/1/2015.

ALEXY, Robert; *Una defensa de la fórmula de Radbruch*; traducción del original alemán de José Antonio SEOANE; Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña; ISSN 1138-039X; Nº 5; 2001; pp. 75-96; [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf]; fecha de consulta 25/5/2015.

ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía; *La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional*; Guatemala; 2004.

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*; Deloitte; 2008; iBooks.

ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert; *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*; San José, Costa Rica; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 2010.

ARRESE IRIONDO, Ma. Nieves; *Multiculturalidad y vida familiar en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: la reagrupación familiar*; en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Director); "Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi"; Pamplona-Iruña; LETE argitaletxea; 2004; pp. 197-214.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier; *Aproximación a la relación entre estado y religión en el ámbito escolar en Alemania*; en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Director); "Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi"; Pamplona-Iruña; LETE argitaletxea; 2004; pp. 215-253.

AZZALI, Javier; *Aportes para una defensa penal con enfoque cultural. Criterios de actuación y estrategias posibles*; para el Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación.

BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General*; Buenos Aires; Hammurabi; 2009.

BACIGALUPO, Enrique; *Sistema de error sobre la antijuridicidad en el Código Penal*; en revista Nuevo Pensamiento Penal N° 1; enero-abril e 1972; editorial ASTREA; Buenos Aires; pp. 45 y ss.

BANEYTO, José María; *Comentarios a las leyes políticas*, dirigidos por Oscar ÁLZAGA VILLAMIL, Tomo II, EDERSA, Madrid, 1984 (comentario al art. 16, pp. 333 y ss).

BASÍLICO, Ricardo; *La comprensión de la norma como garantía en el sistema penal (la cuestión de la diversidad cultural en el derecho penal latinoamericano de hoy)*; en DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos; GRACIA MARTÍN, Luis; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe; "La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir"; Madrid; Editorial Tecnos; 2002; pp. 555-592.

BASÍLICO, Ricardo Ángel; *Sistema Penal y Diversidad Cultural. La comprensión de la norma como garantía en el sistema penal actual*; en FERRAJOLI, Luigi... [et. al.]; Buenos Aires; Ediar; 2012; pp. 179-239.

BAUCELLS I LLADÓS, Joan; *La delincuencia por convicción*; Tirant lo Blanch; Valencia; 2000.

BAEZA, Brígida; *Trabajadores migrantes bolivianos y paraguayos en la construcción: Comodoro Rivadavia, Chubut, Argentina*; en "Trayectorias"; año 15, núm. 37; julio-diciembre 2013; pp. 31-52.

BECERRA, Nicolás; *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*; Buenos Aires; Ediciones Ciudad Argentina; 1997.

BELOFF, Mary; *Artículo 17. Protección a la familia*; en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*; STEINER, Christian; URIBE, Patricia (editores); KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.; 2014; p. 386 y ss.

BEITZ, Charles; *La idea de los derechos humanos*; Marcial Pons; 2012.

BENENCIA, Roberto; *Participación de los inmigrantes bolivianos en espacios específicos de la producción hortícola en la Argentina*; en "Política y Sociedad"; 2012; Vol. 49; Núm. 1: 163-178.

BERTONI, Lilia Ana; *Construir la nacionalidad: héroes, estatuas y fiestas patrias, 1887-1891*; en Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana "Dr. E. Ravignani"; tercera serie, núm. 5; 1er semestre de 1992; pp. 77-111.

BERTONI, Lilia Ana; *Patriotas, cosmopolitas y nacionalistas. La construcción de la nacionalidad argentina a fines del siglo XIX*; Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A.; Buenos Aires; 2001.

BETRISEY NADALI, Débora; *Inmigración y discriminación en la frontera argentino-paraguaya*; en *Migraciones Internacionales*; Vol. 4, Núm. 1, enero-junio de 2007.

BIDART CAMPOS, Germán J.; *Tratado elemental de derecho constitucional argentino.*; Tomo VI *La reforma constitucional de 1994*; Buenos Aires; EDIAR; 1995.

BOBBIO, Norberto; *Las razones de la tolerancia*; en "El tiempo de los derechos"; Madrid; Editorial Sistema; 1991; pp. 243-256.

BOLOGNA, Eudardo León; *Migraciones entre países del sur: Los cambios y las continuidades en los flujos limítrofes hacia Argentina*; en "Migraciones internacionales"; Vol. 5; Núm. 3, enero-junio de 2010; pp. 175-209.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano; *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*; en *Nuevo Foro Penal* No. 73; Universidad EAFIT ; julio-diciembre de 2009; pp. 11-46.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano; *¿Existe el derecho penal indígena?*; México D.F.; Instituto Nacional de Ciencias Penales; 2005.

BOTANA, María Fernanda; *El error de prohibición en el derecho penal*; Buenos Aires; Fabián J. Di Plácido Editor; 2010.

BOUAZZA ARIÑO, Omar; *Notas de jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*; en "Revista de Administración Pública"; Madrid; 2006; enero-abril; N° 169; pp. 233-248.

BRANDT, Hans-Jürgen; VALDIVIA, Rocío Franco; *El tratamiento de conflictos: un estudio de actas en 133 comunidades indígenas y campesina en Ecuador y Perú* en la serie "Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador"; Lima; Instituto de Defensa Legal; 2006.

BRUNO, Sebastián F.; *Cifras imaginarias de la inmigración limítrofe en la Argentina*; en NOVICK, Susana; *Migraciones y MERCOSUR: una relación inconclusa*; Buenos Aires; Catálogos; 2010.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; *El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a*; en "Anuario de derecho penal y ciencias penales"; 1985; pp. 703-719.

CABEZAS SALMERÓN, Jordi; *La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales*; Tesis doctoral; Universidad de Barcelona; 2003; Servei de Publicacions UB; Ed. Electrónica Col·lecció Tesis Doctorals; TDX-0610103-112012.

CABEZAS SALMERÓN, Jordi; *La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales. Puesta en evidencia y crítica de una omisión: la no consideración de los condicionantes socioculturales y económico del justiciable en la determinación de su culpabilidad*; Barcelona; Anthropos Editorial; 2014.

CAGGIANO, Sergio; *Fronteras múltiples: Reconfiguración de ejes identitarios en migraciones contemporáneas a la Argentina*; en "Cuadernos del ides"; Buenos Aires; Instituto de Desarrollo Económico y Social; N° 1, septiembre 2003.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel; *Las sociedades paralelas en Europa en el contexto de la inmigración y su eventual influencia en la radicalización islamista de sus miembros*; en BERNAL DEL CASTILLO, Jesús (Director); ROCA DE AGAPITO, Luis; GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta (Coordinadores); "Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos"; Barcelona; Atelier; 2012; pp. 207-229.

CARDUCCI, Michele; *El multiculturalismo. Entre círculo hegeliano y constitucionalismo de la alteridad*; en CORNACCHIA, Luigi; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo coordinadores; "Multiculturalismo y derecho penal"; Editorial Aranzadi S.A.; Cizur Menor (Navarra); 2012; pp. 83-93.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl; *El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno*; en "Política Criminal"; no 3; 2007; A6; pp. 1-28; [<http://www.politicacriminal.cl>]; fecha última consulta: 28/02/2017.

CARPIO RODRÍGUEZ, Columba del; *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*; Cizur Menor (Navarra); Editorial Aranzadi S.A.; 2014.

CASSELS, Nancy G; *Bentinck: Humanitarian and Imperialist-the Abolition of Suttee*; Journal of British Studies; 5.1; 1965; pp. 77-87.

CASTIGLIONE, Celeste; *El fenómeno migratorio en la agenda: políticas públicas y mundo virtual*; en NOVICK, Susana (dir.); "Migración y políticas públicas. Nuevos escenarios y desafíos"; Buenos Aires; Catálogos; 2012; pp. 117-142.

CASTRO CID, Benito de; *La universalidad de los derechos humanos: ¿dogma o mito?*; en Derechos y Libertades; II; 5; pp. 385-404.

CATTARUZZA, Manuel; *Los usos del pasado*; Buenos Aires; Sudamericana; 2012.

CEREZO MIR, José; *La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código Penal peruano*; en homenaje a Ruperto Núñez Barbero; PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; GARCÍA ALFARAZ, Isabel (Coord.); *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*; Ediciones Universidad de Salamanca; 2007; págs. 101-108.

CESANO, Daniel José; *Delito y diversidad cultural: Algunas reflexiones sobre el caso argentino*; Revista del CESLA; N° 6; pp. 49-70.

CESANO, Daniel José; *Diversidad cultural y teoría del error*, en HORIZONTES Y CONVERGENCIAS. Lecturas históricas y antropológicas sobre el Derecho. Publicación de investigaciones científicas de actualización continua; fecha de publicación: 23/08/2009;

[[http://horizontesyconvergencias.com.ar/archivos/1251126095/DIVERSIDAD_CULTURAL_Y_TEO%
%CDA_DEL_ERROR.pdf](http://horizontesyconvergencias.com.ar/archivos/1251126095/DIVERSIDAD_CULTURAL_Y_TEO%C3%81%20%20CDA_DEL_ERROR.pdf)]; última consulta: 16/10/2016.

CHIU, Daiana C.; *The Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism*; en California Law Review; Volume 82; Issue 4; July 1994; pp. 1053-1125.

CIANCIARDO, Juan; *Universalidad, multiculturalismo y derechos de los pueblos originarios. Una aproximación desde el caso argentino*; en Dikaion; Chía; Colombia; Año 23; Núm. 18; diciembre 2009; pp. 205-246.

CLINTON, Olabisi L.; *Cultural differences and sentencing departures*; en "Federal Sentencing Reporter; Vol. 5; No. 6; Local Conditions; May/June 1993; pp. 348-352.

Código Civil de la República Argentina redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield y sancionado como ley por el Honorable Congreso de la República. Completo en un tomo con las notas; Buenos Aires; Pablo E. Coni editor; 1874; pp. 28-29.

COMANDUCCI, Paolo; *Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado* en "Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho"; Instituto Tecnológico Autónomo de México; N° 3 (octubre 1995); pp. 21-42.

CÓRDOBA, Fernando Jorge; *La inevitabilidad del error de prohibición*; Madrid; Marcial Pons; 2012.

CÓRDOBA RODA, Juan; *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*; Montevideo-Buenos Aires; Bdef; 2013.

CORNACCHIA, Luigi; *Justicia transicional en una sociedad multicultural*; en "Multiculturalismo y derecho penal"; Editorial Aranzadi S.A.; Cizur Menor (Navarra); 2012; pp. 69-80.

CURTIS, Corina; *Migración y Discriminación en la Argentina: Un diagnóstico participativo*; en "Cuadernos Judaicos"; N° 27; diciembre 2010.

DALLE, Pablo; *Sociologando: Aproximación al origen étnico y movilidad social intergeneracional en Argentina*; Boletín Científico Sapiens Research; Vol. 4(1)-2014.

DELGADO RUIZ, Manuel; *¿Quién puede ser inmigrante en la ciudad?*; Donostia-San Sebastián; Gipuzkoako SOS Arrazakeria; 2002.

DE PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón; *Tolerancia y liberalismo*; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid; 1993.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; *El error sobre elementos normativos del tipo penal*; Madrid; La Ley; 2008.

DOMENECH; Eduardo; *“Las migraciones son como el agua”: Hacia la instauración de políticas de “control con rostro humano” La gobernabilidad migratoria en la Argentina*; en “Polis”; 35; 2013.

DOTTORI, Ariel Oscar; *La ontología de lo social: Una aproximación a partir de John Searle* [en línea]; Tesis doctoral por la Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación; en Memoria Académica; disponible en [<http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.1100/te.1100.pdf>]; 2015.

DWORKIN, Ronald; *A Matter of Principle*; Cambridge, Mass; Harvard University Press; 1985.

DWORKIN, Ronald; *Los derechos en serio*; Barcelona; Editorial Planeta S.A.; 2012.

EPPS, Daniel; *The consequences of error in criminal justice*; Harvard Law Review; Vol. 128; Nº 4; febrero 2015; pp. 1065-1151.

ERASMO DE ROTTERDAM; *Formación del príncipe cristiano*; Deloitte, S.L.; 2010; iBook; descargo el 31 de enero de 2016.

FACCHI, Alessandra; *Mujeres inmigrantes, libertad individual y políticas sociales*; en “Revista internacional de filosofía política”; 27 (2006); pp. 117-127.

FACTOR, Roni; MAHALEL, David; RAFAELI, Anat; WILLIAMS, David R.; *Una perspectiva de resistencia social al comportamiento delictivo entre los grupos minoritarios no dominantes*; en BERNAL DEL CASTILLO, Jesús (Director); ROCA DE AGAPITO, Luis; GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta (Coordinadores); “Delito y minorías en países multi-culturales. Estudios jurídicos y criminológicos”; Barcelona; Atelier; 2012; pp. 125-150.

FELIP I SABORIT, David; *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal*; Barcelona; Atelier; 2000.

FERRAJOLI, Luigi; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*; Madrid; Editorial Trotta; 2001.

FERRAJOLI, Luigi; *Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo*; en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado"; nueva serie; año XLI; núm. 122; mayo-agosto de 2008; pp. 1135-1145.

FERREIRA MONTE, Mario; *Multiculturalismo y Derecho penal en el espacio lusófono. Prueba de una solución de restarucción para el problema de los delitos motivados culturales*; en CORNACCHIA, Luigi; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo coordinadores; "Multiculturalismo y derecho penal"; Cizur Menor (Navarra); Editorial Aranzadi S.A.; 2012; pp. 117-130.

FINNIS, John; *Natural Law & Natural Rights*; 2nd edition; Oxford University Press; 2011.

FINNIS, John; *Natural Law Theories*; en "The Stanford Encyclopedia of Philosophy"; Edward N. Zalta (ed.); Winter 2016 edition; [<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/natural-law-theories/>].

FOBLETS, Marie-Claire; *Los Delitos culturales: de la repercusión de los conflictos de cultura sobre el comportamiento Delincuente. Reflexiones sobre la contribución de la antropología del derecho a un debate contemporáneo*; en "Droit et Cultures"; vol. 35; No 1; 1998, p. 195 y ss. Traducido del francés por Luis Taylor Navas; disponible en [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2006_15.pdf]; última consulta: 28/02/2017.

FRISCH, Wolfgang; *El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad*; en FRISCH... [et al.]; *El error en el derecho penal*; Buenos Aires; Ad-Hoc; 2010; pp. 11-85.

FRISCH, Wolfgang; *¿La tolerancia como principio limitador del derecho penal?*; en VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (ed. alemana); ROBLES PLANAS, Ricardo (ed. española); *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*; Atelier; Barcelona; 2012; pp. 145-161.

GALLINATI, Carla; *¿Inmigrantes o ciudadanos? La construcción del "verdadero" modelo de política migratoria en el marco de la "patria grande"*; en "Pensares"; N° 5; noviembre de 2008; pp. 479-500.

GAMBINO, Alberto María; *Inmigración, ciudadanía y estatus: ¿nuevos valores y antiguas categorías? La contribución de la ciencia civilista*; en CORNACCHIA, Luigi; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo coordinadores; "Multiculturalismo y derecho penal"; Cizur Menor (Navarra); Editorial Aranzadi S.A.; 2012; pp. 153-167.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina; *La mutilación genital femenina en Italia: antecedentes criminológicos, políticas de prevención y tutela penal*; en ADPCP; vol. LXII; 2009; pp. 517-539.

GARCÍA GUERRERO, José Luis; *Implicaciones constitucionales de la adhesión de la unión europea al convenio europeo de derechos humanos*; en Revista Direito Mackenzie; v. 5; n. 2, p. 175-190.

GARCÍA URETA, Agustín; *Neutralidad del Estado y libertad religiosa en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*; en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Director); "Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi"; Pamplona-Iruña; LETE argitaletxea; 2004; pp. 255-282.

GARCÍA VITOR, Enrique; *Culturas diversas y sistema penal*; en "Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados"; editado por GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; México D.F.; Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México; 2005; pp. 117-177; [https://es.scribd.com/fullscreen/57119426?access_key=key-kp73r1ylctk000w1jxm]; última consulta: 28/11/2016.

GARCÍA VITOR, Enrique; *Diversidad cultural y derecho penal (aproximación al tema). Aspectos Criminológicos, Político-criminales y Dogmáticos*; Santa Fe; Universidad Nacional del Litoral; Colección Jurídica y Social; N° 36; 1994.

GARZÓN VALDES, Ernesto; *No pongas tus sucias manos sobre Mozart: algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia*; en Claves de razón práctica; ISSN 1130-3689; N° 19; 1992; pp. 16-23.

GAVAZZO, Natalia; *Inmigrantes en el imaginario de la nación. Una visión desde las organizaciones de tres comunidades latinoamericanas en la Argentina del siglo XXI*; en Colección; Nro. 18/19; 2007/2008.

GELLI, María Angélica; *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*; Buenos Aires; La Ley; 4ª edición; 2011.

GELLI, María Angélica; *El caso de los Menonitas: Entre el derecho a la libertad y los deberes del Estado en materia educativa*; La Ley; 1998-C, 1111.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.; *La polémica "sentencia del crucifijo" (Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 16 de mayo de 1995)* en "Revista Española de Derecho Constitucional"; Año 16; Núm. 47; Mayo-Agosto 1996.

HABERMAS, Jürgen; *La idea Kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de doscientos años*; en Revista Isegoria; N° 16; 1997; pp. 61-90.

HALPERN, Gerardo; *Neoliberalismo y migración: paraguayos en Argentina en los noventa*; en "Política y Cultura"; primavera 2005; núm. 23; pp. 67-82.

HARRIS, Marvin; *Antropología cultural*; Madrid; Alianza Editorial S.A.; 2ª edición; 2011.

HART, Herbert L. A.; *El concepto de Derecho*; Buenos Aires; AbeledoPerrot; 2012.

HARVARD LAW REVIEW; *Fresh pursuit from indian country: tribal authority to pursue suspects onto state land*; Vol. 129; N° 6; pp. 1685-1708; [<http://harvardlawreview.org/2016/04/fresh-pursuit-from-indian-country-tribal-authority-to-pursue-suspects-onto-state-land/>]; última consulta: 09/03/2017.

HARVARD LAW REVIEW; *Tribal executive branches: a path to tribal constitutional reform*; Vol. 129; N° 6; pp. 1662-1684; [<http://harvardlawreview.org/2016/04/tribal-executive-branches-a-path-to-tribal-constitutional-reform/>]; última consulta: 09/03/2017.

HERRERA, Lucio Eduardo; *El error en materia penal*; Buenos Aires, ABEDELEDO PERROT; 1991.

HERVADA, Javier; *Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica*, en "Persona y Derecho"; 1984; pp. 13 y ss.

HIDALGO TUÑÓN, Alberto; *La identidad cultural como factor de exclusión social*; en "Eikasía. Revista de Filosofía"; año III; 18 (mayo 2008); pp. 67-92.

HIRSCH, Hans Joachim; *Acerca de los errores y extravíos en la teoría contemporánea de la culpabilidad*; DPCP; VOL LX; 2007; online en Dialnet; fecha de consulta: 27 de julio de 2016.

HÖFFE, Otfried; *Derecho intercultural*; Editorial Gedisa S.A.; Barcelona; 2008.

HUACO PALOMINO, Marco; *Artículo 12. Libertad de conciencia y religión*; en en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*; STEINER, Christian; URIBE, Patricia (editores); KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.; 2014; p. 289 y ss.

HURTADO POZO, José; *Art. 15 del Código penal perurano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?*; [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_15.pdf]; última consulta: 19/11/2016.

IBAN, Iván; *La libertad religiosa como derecho fundamental*, en A.D.H. 3-1985, pp. 163 y ss.

HURTADO POZO, José; *Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano*; en *Revista de Derecho Penal y Criminología*; Universidad Externado de Colombia; núms. 86-87; vol. XXIX; enero-diciembre 2008; pp. 59-94.

HURTADO POZO, José; *Impunidad de personas con patrones culturales distintos*; en DERECHO-PUC; número 49; diciembre de 1995; pp. 157-167.

HURTADO POZO, José; DU PUIT, Joseph; *Derecho Penal y diferencias culturales: perspectiva general con respecto a la situación en el Perú*; en "Anuario de Derecho Penal 2006"; pp. 211-243.

JAKOBS, Günther; *Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría d la imputación*; Madrid; Marcial Pons; 1995.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel; *Derecho penal del enemigo*; Cizur Menor (Navarra); Editorial Aranzadi S.A.; 2006.

JERICÓ OJER, Leticia; *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*; La Ley; 2006.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *Tratado de derecho penal*; Buenos Aires; Losada; 1962.

JORDÁN VILLACAMPA, Ma. Luisa; *Grupos religiosos e inmigración*; en JORDÁN VILLACAMPA, Ma. Luisa (dir.); "Multiculturalismo y movimientos migratorios"; Valencia; Tirant lo Blanch; 2003; pp. 21-79.

KALINSKY, Beatriz; *Diversidad sociocultural y formas punitivas del Estado. En busca de respuestas antropológicas al sistema jurídico penal en el sur de la Provincia del Neuquén, Argentina*; en "Alteridades"; Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa Distrito Federal, México; vol. 6; núm. 11; 1996, pp. 89-95.

KALINSKY, Beatriz; *El contexto de la ofensa: un concepto significativo para el análisis del delito*; en "Urbe et ius: revista de opinión jurídica"; N° 2; 2004; pp. 160-175.

KALINSKY, Beatriz; *Una construcción antropológica del tratamiento jurídico-penal de madres imputadas de masacre familiar*; en *Gazeta de Antropología*; 2003; 19.

KAMEN, Henry; *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa moderna*; Madrid; Alianza Editorial S.A.; 1987.

KAUFMANN, Arthur; *Filosofía del derecho*; Bogotá; Universidad Exterando de Colombia; 1997.

KELSEN, Hans; *Teoría pura del derecho*; México D.F.; Universidad Nacional Autónoma de México; 1979.

KIM, Jounyoung Verónica; *Desarticulando el "mito blanco": inmigración coreana en Buenos Aires e imaginarios nacionales*"; en *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*; año XXXVI; N° 71; Lima-Boston; 1º semestre 2010.

KIM, Nancy S.; *The cultural defense and the problem of cultural preemption: a framework for analysis*; New Mexico Law Review; Vol. 27; pp. 101-139.

KYMLICKA, Will; *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*; Barcelona; Paidós; 1996.

KYMLICKA, Will; *Estados, naciones y culturas*; Córdoba (España); Editorial Almuzara, S.L.; 2004.

KYMLICKA, Will; *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*; Barcelona; Paidós; 2003.

LABAYLE, Henry; *El informe Stasi: Origen y contenido*; en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Director); "Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi"; Pamplona-Iruña; LETE argitaletxea; 2004; pp. 17-29.

LARUTA BUSTILLOS, Carlos Hugo; *Ley de deslinde jurisdiccional N° 073. Definición de justicia indígena y límites de su vigencia* en "Fichas Constitucionales"; N° 45; Instituto Prisma; www.institutoprisma.org; 15/08/2011; consultado el 01/02/2015.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki; *Jurisprudencia europa sobre la prohibición de llevar velo islámico*; en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Director); "Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi"; Pamplona-Iruña; LETE argitaletxea; 2004; pp.91-120.

LOCKE, John; *Escritos sobre la tolerancia*; edición de Luis PRIETO SANCHÍS y Jerónimo BETEGÓN CARRILLO; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid; 1999.

LOCKE, John; *Ensayo y Carta sobre la tolerancia*; traducción y prólogo de Carlos MELLIZO; Alianza Editorial S.A.; Madrid; 1999.

LOMBRAÑA, Andrea N.; *Un análisis sobre la eficacia de la construcción jurídica de inimputabilidad en la matanza de Lonco Luán. El poder de perdonar*; en "Revista del Museo de Antropología"; Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; N° 4; 2011; pp. 249-260; [<http://publicaciones.ffyh.unc.edu.ar/index.php/antropologia/index>].

LUCAS, Bénédicte; *Aproximación antropológica a la práctica de la ablación o mutilación genital femenina*; en "Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho"; N° 17; 2008; [http://www.uv.es/CEFD/17/blucas_antropo.pdf]; última consulta: 29/03/2017.

LUCAS, Javier de; *Inmigración y globalización acerca de los presupuestos de una política de inmigración*; en "REDUR"; 2003; núm. 1; pp. 43-70.

LUCAS, Javier de; *La inmigración como res política*; en “Cuadernos electrónicos del filosofía del derecho” (CEFD); 2004; 10; pp. 1-44.

LUCAS, Javier de; *La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)*; Madrid; Jueces Para La Democracia; Información y Debate; 1998; pp. 3-9.

LUCAS, Javier de; *Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (a propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)*; en “Derechos y libertades”; II; 3; pp. 259-312.

LUZÓN PEÑA; Diego-Manuel; *Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción*; Barcelona; InDret; enero de 2013; www.indret.com

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio; *Derecho de la libertad de conciencia*; Editorial Aranzadi; Cizur Menor (Navarra); 2011; t. I y II.

MACINTYRE, Alasdair; *Ethics and politics. Selected Essays, Volume 2*; Cambridge University Press; 2006.

MACINTYRE, Alasdair; *Is patriotism a virtue?*; The Lindley Lecture, University of Kansas, March 26, 1984; [<https://kuscholarworks.ku.edu/bitstream/handle/1808/12398/Is%20Patriotism%20a%20Virtue-1984.pdf>]; última consulta: 13/12/2016.

MACINTYRE, Alasdair; *Tras la virtud*; Barcelona; Crítica; 2013.

MACRAE, Charles Colin; *The law of divorce in India being the Indian divorce Act*; Calcuta; 1871.

MAGLIE, Cristina de; *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*; Madril; Marcial Pons; 2012.

MALLIMACI BARRAL, Ana Inés; *Moviéndose por Argentina: Sobre la presencia de bolivianos en Ushuaia*; en “Migraciones internacionales”; vol. 6, núm 4, julio-diciembre de 2012; pp. 173-207.

MANSO PORTO, Teresa; *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*; Bogotá; Universidad Externado de Colombia; 1999.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier; *La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo*; [http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestor/archivos/07_10_41_980.pdf]; última consulta: 07/02/2017.

MILL, John Stuart; *Sobre la libertad*; traducción y edición de César RUIZ SANJUÁN; Ediciones Akal S.A.; Tres Cantos, Madrid; 2014.

MILTON, John; *Aereopagítica*; iBook; descargado el 31 de enero de 2016.

MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*; Barcelona; Editorial Reppertor; 2011.

MODOOD, Tariq; *¿Ha muerto el multiculturalismo?*; en "Plaza Pública"; N° 27; [<http://www.bristol.ac.uk/media-library/sites/ethnicity/migrated/documents/modoodspanish.pdf>]; fecha de consulta: 16/01/2017.

MONCLÚS MASÓ, Marta; *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Del Puerto; 2008.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; *El extranjero frente al derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*; Barcelona; Librería Bosch, S.L; 2008.

MORE, Thomas; *Utopia*; iBooks; descargado el 30 de enero de 2016.

MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; *El error sobre la punibilidad*; Valencia; Tirant lo Blanch; 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco; *El error en Derecho Penal*; Buenos Aires; Rubinzal - Culzoni Editores; 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco; *La objeción de conciencia en derecho penal*; en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (editor); *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*; JM Bosch Editor; 1997; pp. 279-294.

NAVARRO FLORIA, Juan G.; *Objeción de conciencia en la Argentina* en MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y NAVARRO FLORIA, Juan G. (Coords.); *La libertad religiosa en España y Argentina*; Madrid; Fundación Universitaria Española; 2006; pp. 314/326; [<http://www.libertadreligiosa.org/articulos/OBJECION%20DE%20CONCIENCIA.pdf>]; fecha de consulta: 3/1/2016.

NICOLAO, Julieta; *El Estado argentino ante el reto de las migraciones internacionales: reflexiones del reciente cambio de rumbo en la política migratoria argentina*; Revista Convergencia; N° 53, mayo-agosto 2010.

NIETO MARTÍN, Adán; *El conocimiento del derecho (Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición)*; Barcelona; Atelier; 1999.

NINO, Carlos Santiago; *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*; Buenos Aires; Editorial Astrea; 1989.

NINO, Carlos Santiago; *Liberalismo “versus” comunitarismo*; en “Revista del Centro de Estudios Constitucionales”; N° 1; septiembre-diciembre 1988; pp. 363-376; [<http://www.stafforini.com/nino/Nino%20-%20Liberalismo%20versus%20comunitarismo.pdf>]; última consulta: 6/1/2017.

NOVICK, Susana; *Introducción*; en NOVICK, Susana (dir.); “Migración y políticas públicas. Nuevos escenarios y desafíos”; Buenos Aires; Catálogos; 2012; pp. 13-38.

NOVICK, Susana; *Transformations and Challenges of Argentinean Migratory Policy in Relation to de International Context*; en Migraciones internacionales; Vol. 6; N° 3; enero-junio de 2012; p. 207.

NUEVO LÓPEZ, Pablo; *La constitución educativa del pluralismo. (Una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales)*; UNED-Netbiblo; 2010.

NÚÑEZ LADEVÉZE, Luis; *Comunidad, identidad y derechos humanos*; en “Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)”; Núm. 125; Julio-Septiembre 2004; pp. 227-254.

OLAIZOLA NOGALES, Inés; *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*; Madrid; La Ley; 2007.

OLMOS ORTEGA, María Elena; *El matrimonio y la familia de los miembros de las minorías religiosas en la Comunidad Valenciana*; en JORDÁN VILLACAMPA, Ma. Luisa (dir.); “Multiculturalismo y movimientos migratorios”; Valencia; Tirant lo Blanch; 2003; pp. 184-220.

OLLERO, Andrés; *Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*; Cizur Menor (Navarra); Editorial Aranzadi, S.A.; 2009.

PAPAYANNIS, Diego Martín; *La Virgen de Tribunales: un ensayo sobre la tolerancia de las minorías*; [<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/la-virgen-de-tribunales-un-ensayo-sobre-la-tolerancia-de-las-minorias.pdf>]; fecha de consulta: 4/1/2016.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos; *Conciencia y derecho penal. Límites a la eficacia del derecho penal en comportamientos de conciencia*; Granada; EDITORIAL COMARES; 1994.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos; *¿Es posible la protección de la familia a través del derecho penal? Reflexiones a propósito de la sanción penal de la bigamia*; en BENEYTO BERENGUER, Remigio; TORRERO MUÑOZ, Magdalena; LLOPIS GINER, Juan Ma-

nuel (coord.); "Retos del siglo XXI para la familia"; Valencia; Práctica de Derecho; 2008; pp. 311-336.

PEREZ DEL VALLE, Carlos; *Impunitas y el derecho "en sentido subjetivo". Una teoría de las causas de excusa*; en prensa en *Indret penal* (aparición en 2017).

PÉREZ DEL VALLE, Carlos; *Imputabilas y teoría de la imputación*; en *Indret*; Barcelona; 2/2015.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos; *La discusión actual sobre la delincuencia por convicción* en *Cuadernos de Política Criminal*; Nº 71; Madrid; 2000.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos; *La imprudencia en el Derecho Penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*; Barcelona; Atelier; 2012.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos; *Lecciones de derecho penal. Parte general*; Dykinson; 2016.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos; *Límites a la autonomía personal: ¿Existen bienes jurídicos indisponibles? Reflexiones a partir del debate doctrinal sobre el consentimiento en el s. XIX*; en CORNACCHIA, Luigi; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo coordinadores; "Multiculturalismo y derecho penal"; Cizur Menor (Navarra); Editorial Aranzadi S.A.; 2012; pp. 95-116.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos; *Límites a la tolerancia y función del derecho penal*; en SANTOS, José Antonio; HERMIDA DEL LLANO, Cristina (coords.); *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al Profesor Andrés Ollero*; Madrid; Congreso de los Diputados; pp. 893-911.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; *Las generaciones de derechos humanos*; en *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*; v. 2; n. 1; enero-junio 2013; pp. 163-196.

PÉREZ MANZANO, Mercedes; *Dificultad en la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo*; en GARCÍA VALDEZ, Carlos; MARISCAL DE GANTE, Margarita Valle; CUERDA RIEZU, Antonio Rafael; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; ALCÁCER GUIRAO, Rafael (Coords.); "Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat"; Madrid; Edisofer; vol. 2; 2008; pp. 1453-1486.

PÉREZ-NIEVAS MONTIEL, Santiago; VINTILA, Cristina Daniela; *La reagrupación familiar en España y en Europa*; *afduam* 15 (2011).

PIZARRO, Cynthia Alejandra; *El racismo en los discursos de los patrones argentinos sobre inmigrantes laborales bolivianos. Estudio de caso en un lugar de trabajo en Córdoba, Argentina*; en "Convergencia. Revista de Ciencias Sociales"; UAEM; núm. 60; septiembre-diciembre 2012; pp. 255-285.

POMORSKI, Stanislaw; *On Multiculturalism, Concepts of Crime, and the De Minimis Defense*; en "Brigham Young University Law Review"; N° 51; 1997; pp. 51 y ss.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; *Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria*; en BERNAL DEL CASTILLO, Jesús (Director); ROCA DE AGAPITO, Luis; GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta (Coordinadores); "Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos"; Barcelona; Atelier; 2012; pp. 231-252.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian; *Transitional Justice as Ordinary Justice*; 117 Harvard Law Review 762; 2003.

PRIETO DE PEDRO, Jesús; *Cultura, culturas y Constitución*; Madrid; Ed. Centro de Estudios Constitucionales; 1992.

TAMARIT SUMALLA, Josep María; *Art. 149*; en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.); MORALES PRATS, Fermín; *Comentarios a la Para Especial del Derecho Penal*; Cizur Menor (Navarra); Editorial Aranzadi S.A.; 2005; pp. 120-125.

The Cultural Defense in the Criminal Law; Harvard Law Review; Vol. 99; No. 6 (Apr., 1986); pp. 1293-1311.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David; *¿Cómo se hicieron los derechos humanos? Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas*; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Didot; 2013.

RADBRUCH, Gustav; *El delincuente por convicción*; traducción y notas de GUZMÁN DALBORA, José Luis; en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*; ISBN 1695-0194; 07-r4 (2005); [<http://criminet.ugr.es/recpc>].

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón; *El dolo y su prueba en el proceso penal*; Barcelona; José M. Bosch editor; 1999.

RAMÍREZ, Silvina; *Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario*; en "Pensamiento Jurídico", [S.I.], N° 13; julio 2000; ISSN 2357-6170; pp. 55-68; [<http://www.revistas.unal.edu.com/index.php/peju/article/view/3924>]; última consulta: 27/11/2016.

RAMÍREZ NAVALÓN, Rosa María; *Protección de las minorías religiosas en el Derecho Internacional: La declaración de Naciones Unidas y el Convenio marco del Consejo de Europa*; en JORDÁN VILLACAMPA, Ma. Luisa (dir.); "Multiculturalismo y movimientos migratorios"; Valencia; Tirant lo Blanch; 2003; pp. 81-109.

RASHMI, Goel; *Can I Call Kimura Crazy? Ethical Tensions in Cultural Defense*; en "Seattle Journal for Social Justice"; Vol. 3; Iss. 1; Article 42; 2004; pp. 443-464;

[<http://digitalcommons.law.sea.leu.edu/sjsj/vol3/iss1/42>]; fecha última consulta: 22/01/2017.

RAWLS, John; *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*; en "Philosophy and Public Affairs"; vol. 14, N° 3; (Summer, 1985); pp. 223-251; [<http://links.jstor.org/sici?sici=0048-3915%28198522%2914%3A3%3C223%3AJAFPM%3E2.0.CO%3B2-0>]; última consulta: 18/12/2016.

RAWLS, John; *Kantian Constructivism in Moral Theory*; en "The Journal of Philosophy"; 77.9 (1980); pp. 515-572.

RAWLS, John; *Liberalismo político*; México: FCE, UNAM; 1995.

RAZ, Joseph; *The morality of freedom*; Oxford; Clarendon Press; 1986.

RESTON, María Inés; *Los delitos de infracción de deber. ¿Es admisible un doble criterio de determinación de autoría?*; Buenos Aires; B de f; 2014.

ROBLES PLANAS, Ricardo; *Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al derecho penal*; en VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (ed. alemana); ROBLES PLANAS, Ricardo (ed. española); *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*; Atelier; Barcelona; 2012; pp. 19-47.

ROCA, María J.; *La tolerancia en el derecho*; Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Madrid; 2009.

ROCA DE AGAPITO, Luis; *Delitos culturalmente motivados*; en BERNAL DEL CASTILLO, Jesús (Director); ROCA DE AGAPITO, Luis; GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta (Coordinadores); "Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos"; Barcelona; Atelier; 2012; pp. 177-205.

ROHT-ARRIAZA, Naomi; *The new landscape of transitional justice*; en ROHT-ARRIAZA, Naomi; MARIEZCURRENA, Javier (Eds.); "Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice"; Cambridge; Cambridge University Press; 2006; pp. 1-16.

ROMERO, José Luis; *Breve historia de la Argentina*; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Fondo de Cultura Económica 2014.

ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*; Madrid; Civitas Ediciones; 1997.

RUIZ, Osvaldo; DONOSO, Gina; *Sección especial: Pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo y reparaciones* en “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario”; STEINER, Christian; URIBE, Patricia (editores); KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.; 2014.

RUIZ MIGUEL, Alfonso; *Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate*; en “Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho”; N° 12; 1992; pp. 95-114; [http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_03.pdf]; última consulta: 3/1/2016.

SABINE, George H.; *Historia de la teoría política. Revisada por Thomas Landon Thorson*; Fondo Cultura Económica, México; tercera edición en español; 1994.

SANCINETTI, Marcelo A.; *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*; Buenos Aires; Editorial Hammurabi S.R.L.; 1990.

SALAS, Horacio; *El centenario*; Buenos Aires; Planeta; 2009.

SALGUERO, Manuel; *El laicismo y la neutralidad como instancias de legitimación. A propósito de la prohibición del velo islámico en Francia*; en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Director); “Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi”; Pamplona-Iruña; LETE argitaletxea; 2004; pp. 31-91.

SAMS, Julia P.; *The Availability of the "Cultural Defense" as an Excuse for Criminal Behavior*; Georgia Journal of International and Comparative Law; 1986; pp. 335-354.

SANABRIA MARTÍN, Francisco; *Inmigración y cultura: convivencia, integración, asimilación*; en “Cuadernos de pensamiento político”; octubre-diciembre 2006; pp. 181-208.

SÁNCHEZ OSTIZ, Pablo; *Principios y reglas como base para un modelo argumentativo intercultural de derecho penal*; en “Multiculturalismo y derecho penal”; Cizur Menor (Navarra); Editorial Aranzadi S.A.; 2012.

SANDEL, Michel J.; *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*; Barcelona; Penguin Random House Grupo Editorial; 2016.

SANDRO, Jorge Alberto; *Error de tipo y error de justificación*; Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal; La Ley 2004; pp. 1-5.

SANTOS, José Antonio; *Tolerancia y relativismo en las sociedades complejas*; en “Persona y Derecho”, 56 (2007); pp. 177-190.

SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R.; *Responding to the Demands of Difference: An Introduction*; en SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. (editors); “Cultural Pluralism, Identity Politics, and the Law”; University of Michigan Press; 1999; pp. 1-26.

- SARTORI, Giovanni;. *Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*; Madrid; Taurus; 2001.
- SASSEN, Saskia; *La formación de las migraciones internacionales: implicancias políticas*; en Revista Internacional de Filosofía Política; N° 27; 2006; pp. 19-39.
- SCHWABE, Jürgen; *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*; Konrad Adenauer Stiftung e.V.; Programa Estado de derecho para Latinoamérica; Berlín-México; 2009.
- SCHUMAN, Jacob; *Indian Canon Originalism*; en "Harvard Law Review"; Vol. 126; No. 4; p. 1100; 20/02/2013; [<https://ssrn.com/abstract=2222256>]; última consulta: 09/03/2017.
- SEARLE, John R.; *La construcción de la realidad social*; Barcelona-Buenos Aires; Paidós; 1997.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel; *Comentarios a la Constitución*, de GARRIDO FALLA, CAZORLA, ENTRENA CUESTA y otros; 1980, (comentarios a los arts. 16 y 30).
- SHEYBANI, Malek-Mithra; *Cultural Defense: One Person's Culture Is Another's Crime*; en 9 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review; 751 (1987); pp. 751-783; [<http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1126&context=ilr>]; fecha última consulta: 21/01/2017.
- SILVA SÁNCHEZ; Jesús María; *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*; Buenos Aires; Bdef; 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas*; en "El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario"; Bogotá; EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT Y JOSÉ ANTONIO CARO JOHN (EDITORES); 2008; pp. 201/213.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Prólogo a la edición española*, en VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (ed. alemana); ROBLES PLANAS, Ricardo (ed. española); *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*; Atelier; Barcelona; 2012; pp. 13-17.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Observaciones sobre el conocimiento "eventual de la antijuridicidad"* en Anuario de derecho penal y ciencias penales; ISSN 0210-3001, Tomo 40, Fasc/Mes 3, 1987, pp. 647-664.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal*; en “Revista de derecho penal y criminología”; 2ª Época; N° 9 (2002); pp. 83-101.

SPIVAK, Gayatri Chakravorti; *Can the subaltern speak?*; en NELSON, Cary; GROSSBERY, Lawrence; “Marxism and the interpretation of culture”; Urbana: University of Illinois Press; 1988; pp. 271-313.

STORY, José; *Comentario sobre el conflicto de las leyes*; Buenos Aires; Félix Lajouane Editor; 1891.

STRATENWERTH, Günter; *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*; Buenos Aires; Hammurabi; 2008.

TASSARA ZEVALLOS, Vanessa; *Multiculturalismo “liberal” y multiculturalismo “comunitarista”. ¿Cuál es la propuesta iusfilosófica en la que debe fundamentarse la interpretación de una Constitución multicultural en un Estado constitucional?*; [<http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Multiculturalismo%20liberal%20y%20%20multiculturalismo%20comunitarista%20VTZ.pdf>]; última consulta: 05/02/2017.

TEITEL, Ruti G.; *Global Transitional Justice*; Arlington VA; Center for Global Studies; George Mason University; 2010.

THOMMEN, Marc; *Tolerancia y comportamiento antisocial*; en VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (ed. alemana); ROBLES PLANAS, Ricardo (ed. española); *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*; Atelier; Barcelona; 2012; pp. 177-191.

TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena; *La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado*; [<http://www.uv.es/cefd/17/torres.pdf>]; fecha de consulta: 14/01/2015.

TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena; *Viejos ritos, nuevos conflictos: la circuncisión masculina. Estado de la cuestión*; en BERNAL DEL CASTILLO, Jesús (Director); ROCA DE AGAPITO, Luis; GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta (Coordinadores); “Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos”; Barcelona; Atelier; 2012; pp. 151-175.

TAYLOR, Edward B.; *Primitive Culture: researches into the development of mythology, philosophy, religion language, art, and custom*; London; John Murray; Albemarle Street, W.; 1920.

TORRY, William I.; *Multicultural jurisprudence and the culture defense*; en “Journal of legal pluralism”; 1999; no. 44; pp. 127-161.

VALERO HEREDIA, Ana; *Libertad de conciencia, neutralidad del estado y principio de laicidad: un estado constitucional europeo*; Madrid; Ministerio de Justicia; 2008.

VAN BROECK, Jeroen; *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*; en "European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice"; Vol. 9/1; 2001; pp. 1-32.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos; *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*; Madrid; Editorial Dykinson S.L.; 2010.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A.; *Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú*; en *Revue internationale de droit pénal*; 2011/3 (Vol. 82), p. 559-573.

VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime; *Ley orgánica de cooperación y coordinación entre la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria ecuatoriana: ¿un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?*; Quito; Cevallos editora jurídica; 2012.

VIOR, Eduardo; *Los bolivianos en Buenos Aires fortalecen la democracia. Derechos Humanos, inmigración y participación democrática*; en [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/13422_Cached.pdf]; fecha de consulta: 8/1/2015.

VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang; *Introducción. ¿Qué son los "mediating principles"?* en VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (ed. alemana); ROBLES PLANAS, Ricardo (ed. española); *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*; Atelier; Barcelona; 2012; pp. 55-61.

VON HIRSCH, Andrew; *Tolerancia como mediating principle*; en VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (ed. alemana); ROBLES PLANAS, Ricardo (ed. española); *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*; Atelier; Barcelona; 2012; pp. 163-176.

WALZER, Michael. *On Toleration*; New Haven: Yale University Press; 1999.

WALZER, Michael; *Philosophy and Democracy*; en "Political Theory"; vol. 9; Nº 3 (Aug., 1981); pp. 379-399; [<http://www.jstor.org/stable/191096>]; fecha última consulta: 17/12/2016.

WALZER, Michael; *Shared Meanings in a Poly-Ethnic Democratic Setting: A Response* en *The Journal of Religious Ethics*; 1994; 22, no. 2: 401-405.

WALZER, Michael; *The Politics of Difference: Statehood and Toleration in a Multicultural World* en *The Morality of Nationalism*; edited by Robert McKim & Jeff McMahan; 1997.

WALZER, Michael; *Tratado sobre la tolerancia*; Barcelona; Paidós; 1998.

WELZEL, Hans; *Derecho Penal Alemán. Parte General*; Chile; Editorial Jurídica de Chile; 2011.

WELZEL, Hans; *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y Justicia material*; Montevideo-Buenos Aires; editorial B de f; 2005.

YACOBUCCI, Guillermo J.; *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*; Buenos Aires; Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma; 2002.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Zonia; *Hacia una jurisprudencia pluralista*; en "Derecho penal y pluralidad cultural"; Anuario de derecho penal 2006; Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad de Friburgo; Suiza; pp. 377-415.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte General*; EDIAR; Buenos Aires; 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Art. 34, inc. 1º Disposiciones Generales. Error*; en BAIGÚN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dirección); TERRAGNI, Marco Antonio (coordinación); *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*; Buenos Aires; Hammurabi; 2007; tomo 1; pp. 550-555.

ZIFFER, Patricia; *Artículos 40/41*; en BAIGÚN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dirección); TERRAGNI, Marco Antonio (coordinación); *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*; Buenos Aires; Hammurabi; 2007; tomo 2A; pp. 67 y ss.

ZHOU, Y. Carson; *The Incest Horrible: Delimiting the Lawrence v. Texas Right to Sexual Autonomy*; en "Michigan Journal of Gender and Law"; Vol. 23; 2016; pp. 187-245; [<http://repository.law.umich.edu/mjgl/vol23/iss1/4>].

Legislación.

Código de Procedimiento Penal de Bolivia; Ley 1970 del 25/3/1999; [https://www.unodc.org/res/cld/document/bol/codigo-penal_html/Bolivia_Codigo_Penal.pdf]; última consulta: 25/10/2016.

Código Penal de Bolivia; Ley 1768 del 10/3/1997, texto ordenado por Decreto Supremo

Nº 0667, del 8/10/2010; [https://www.unodc.org/res/cld/document/bol/codigopenal_html/Bolivia_Codigo_Penal.pdf]; última consulta: 25/10/2016.

Código Penal de Colombia; Ley 599 de 2000; [http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388]; última consulta: 25/10/2016.

The Commission of Suti (Prevention) Act, 1987 (No. 3 of 1988); [http://wcd.nic.in/commissionofsutiprevention.htm]; fecha de consulta: 18/5/2016.

Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972; [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/38/contents]; fecha de consulta: 16/01/2017.

Jurisprudencia.

Audiencia Provincial de Barcelona; Procedimiento Abreviado 110/15; rta el 5/7/2016.

Audiencia Provincial de Castellón, nº. 355/2006, de 21 de septiembre.

“BUI v. STATE”, 551 So. 2d 1094 (Ala. Crim. App. 1988).

Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH; *caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

Corte IDH, *Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C Nº. 124.

Corte IDH, *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C Nº. 105.

TEDH; “STÜBING V. GERMANY”; No. 43547/08 (2012).

TEDH, Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido, (No. 21830/93), Sentencia de 22 de abril de 1997.

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Recomendación General Nro. 21, *La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares* (1994).

Corte Constitucional de Colombia; T 254/94; rta. 30/05/94.

Corte Constitucional de Colombia; Sentencia No. C-139/96.

Corte Constitucional de Colombia; sentencia T-349/96; 08/08/96.

Corte Constitucional de Colombia; sentencia No. T-523/97; rta. 15/10/1997.

Corte Constitucinal de Colombia; sentencia No.-510/98.

Corte Constitucional de Colombia; sentencia C-370 de 2002, rta. 14/5/2002.

Corte Constitucional de Colombia; sentencia No. T-903/09.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana s. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Doc. OEA/ Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 diciembre 2009.

CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999.

CorteIDH; *caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. SerieC No. 179.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.

ES:APB:2006:7591, rta. 18/09/2006.

N.R.G. 7314/2005; [<http://www.irc-crema.net/files/CdS---Crocifisso-nelle-aule--Sent.-n.-7314-2005-.pdf>]; fecha de consulta: 13/04/2016.

“PEOLPLE v. CHEN”, nº 87-7774 (Sup. Ct. N.Y. County, Dec 2, 1988).

“PEOPLE v. FUMIKO KIMURA”, Nº A-091133 (Cal. Sup. Ct. 1985).

“PEOPLE v. MOUA”, Nº 315972-0 (Fresno County, 1985).

“PEOPLE v. RHINES”, 131 Cal. App. 3d 498 (1982).

SAP L 800/2014; rta el 01/10/2014.

SAP Teruel, Secc. 1ª, 26/2011, de 15 de noviembre.

SAP Z 1513/2010; rta el 15/02/2010.

Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del 5 de octubre de 2004, R. N. 3598-2003 Cono Norte de Lima; en *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de derecho penal 2006*; pp. 443-444; disponible en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_21.pdf]; fecha última consulta: 14/05/2017.

Tribunal Constitucional español, sentencia 15/1982.

Tribunal Constitucional español, sentencia 120/1990.

Tribunal Constitucional español, sentencia 137/1990.

“STATE v. KARGAR”, 679 A2d 81 (Me 1996); [<https://h2o.law.harvard.edu/cases/1940/>]; última consulta: 21/01/2017.

STS, Sala Segunda de lo Penal, Nº 336/2009 de 2 de abril.

STS, Sala Segunda de lo Penal, 1399/2009 de 8 de enero de 2010.

STS, Sala Segunda de lo Penal, Nº 996/2011, de 4 de octubre.

Jurisprudencia argentina

Cám. Fed. Resistencia; C.Nº 49928, caratulada “SANTILLÁN, AGUSTÍN Y OTROS S/INTERRUPCIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y TRANSPORTE POR TIERRA – ART. 194 C.P.A.”, rta. el 03/08/2012.

Cám. Nac. Fed. Crim. y Corr., Sala II, 30 de marzo de 1979, causa “PRIETO, HUANCA, TIMOTEO Y OTRA”; publicado en *Doctrina Penal*; Año 2; 1979; pp. 957-975 (incluye fallos de primera instancia y de Cámara).

CNCP; Sala II; C.Nº FLP 91003505/2013/TO1/CFC1; “HOYOS NOGUERA, Juan Pablo; MERCADO MARTÍNEZ, Evelina; MERCADO MARTÍNEZ, Delina; RUEDA FLORES, Jaime Bedamil y ZOLANO ROCABADO, Ricardo s/recurso de casación”; rta. el 23/10/2015.

Corte de Justicia de Salta; Expte. CJS 28.526/06; “RUIZ, JOSÉ FABIÁN – RECURSO DE CASACIÓN”; rto. 29/09/2006.

CSJN; Fallos 304:1524; “LOPARDO, FERNANDO GABRIEL S/INSUBORDINACIÓN”; rto 26/10/82.

CSJN; Fallos 312:496; “PORTILLO, ALFREDO S/INFRACCIÓN ART. 44 LEY 17.532”, rto 18/04/89.

CSJN; Fallos 327:2309.

CSJN; Fallos: 302:604; “CARRIZO COITO, SERGIO C/ DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES”; rto 28/09/79.

CSJN; Fallos: 331:1660; Expte Nº 1317/06; “LOF CASIANO C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”; rta. 15/07/2008.

CSJN; Fallos: 332:1963; “ARRIOLA, SEBASTIÁN S/Y OTROS S/ CAUSA Nº 9080”, rta. el 25/08/2009.

CSJN; Fallos: 334:1754.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería No. 5 de la ciudad de Bariloche, provincia de Río Negro, Argentina; Expte Nº 14012-238-99; “SEDE ALFREDO Y OTROS C/VILLA HERMINIA Y OTRO S/DESALOJO”, rto. 12/8/2004.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro; Expte. Nº 21617; “LOF MAPUCHE ‘PEDRAZA-MELIVILO’ C/PROVINCIA DE RÍO NEGRO S/AMPARO S/APELACIÓN”; sentencia Nº 159; rta. el 21/11/2006.

Superior Tribunal de Justicia de Neuquén; Expte Nº 2642/9; “COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES C/CORPORACIÓN MINERA DEL NEUQUÉN S.E S/ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. n° 2642/9, del 28/09/09.

Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en los autos Nº 627/2016, caratulados “MB, R”, rto. el 29/12/2016

Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de La Plata; C.Nº 3505/13; caratulada “HOYOS NOGUERA, Juan Pablo; MERCADO MARTÍNEZ, Evelia; MERCADO MARTÍNEZ, Delina; RUEDA FLORES, Jaime Bedamil y ZOLANO ROCABADO, Ricardo s/ inf. arts. 119 inc. f) y 145 ter del C.P. y arts. 3 y 4 Ley 26.364” ; rta. el 4/12/2013.

Tribunal Superior de Justicia de Neuquén; "PUEL S/DAÑO"; Acuerdo N° 8/1999; rto. el 12/3/1999; [<http://indigenas.bioetica.org/fallos/fallo5.htm>]; fecha última consulta: 6/11/2016.

Obras de consulta de carácter general.

AHMAD, Nehaluddin; *Sati Tradition – Widow Burning in India: A Socio-legal Examination*; [2009]2 *Web JCLI*; [<http://webjcli.ncl.ac.uk/2009/issue2/ahmad2.html>]; fecha de consulta: 18/5/2016.

Alemania mantiene la ley que criminaliza el incesto; *El País*; 13/03/2008; [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/03/13/actualidad/1205362812_850215.html], última consulta: 22/05/2016.

AMAYA, Sol; *Inmigrantes y delito: qué dicen las cifras*; *La Nación*; edición impresa del 31/01/2017; [<http://www.lanacion.com.ar/1980510-inmigrantes-y-delito-que-dicen-las-cifras>]; fecha última consulta: 11/02/2017.

AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS; *Circumcision Policy Statement*; en *PEDIATRICS*; Volume 130; Number 3; September 2012; [<http://pediatrics.aappublications.org/content/pediatrics/early/2012/08/22/peds.2012-1989.full.pdf>]; fecha última consulta: 14/01/2017.

Asamblea General de Naciones Unidas; Resolución A/C.3/59/L.25: 15; octubre de 2004.

Asamblea Parlamentaria Europea; Resolución 1327/2003; [<http://www.assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta03/ERES1327.htm>]; fecha de consulta: 23/01/2015.

Asamblea Parlamentaria Europea; Resolución 1681/2009; [<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta09/ERES1681.htm#1>]; fecha de consulta: 23/01/2015.

BADHWAR, Inderjit; *Sati: A pagan sacrifice* en *indiatoday*; 15/10/1987; [<http://indiatoday.intoday.in/story/roop-kanwars-sati-greeted-with-shock-across-india-deorala-became-a-place-of-worship/1/337582.html>]; fecha de consulta: 28/07/2015.

BBC England; 03/08/2012; [<http://www.bbc.com/news/uk-england-19068490>]; fecha de consulta: 22/01/2015.

BBC News; *India wife dies on husband's pyre*; 22/08/2006; [http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/5273336.stm]; fecha de consulta: 28/07/2015.

Caborverdianos: vientos de cambio en el diario La Nación, edición del 03/12/2006 [<http://www.lanacion.com.ar/862751-caboverdianos-vientos-de-cambio#top>]; fecha de consulta: 8/1/2015.

CARRIÓN, Franciso; *El Estado Islámico ordena la ablación de todas las mujeres y niñas en el norte de Irak*; El Mundo; 27/07/2014; [<http://www.elmundo.es/internacional/2014/07/24/53d0fc2ae2704eb3108b457e.html>]; última consulta: 09/03/2017.

Circuncisión masculina para la prevención de la adquisición del VIH en hombres heterosexuales; [<https://extranet.who.int/rhl/es/topics/hiv-aids-0>]; fecha última consulta: 14/01/2017

CNN; 28/06/2014; [<http://cnnespanol.cnn.com/2014/06/28/decapitan-a-unos-recien-casados-en-pakistan-en-un-crimen-de-honor/>]; consultado el 22/01/2015.

Denuncia wichi contra la Corte salteña; en La Nación; 24/01/2007; [<http://www.lanacion.com.ar/877844-denuncia-wichi-contra-la-corte-saltena>]; última consulta: 09/04/2017.

Diccionario de la Real Academia Española; Vigésima Segunda Edición; 2001.

Dictámenes del Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación de Argentina; [<http://www.mpd.gov.ar/index.php/dictamenes>]; última consulta: 22/05/2017.

Doctors opposing circumcision; [<http://www.doctorsopposingcircumcision.org>]; fecha última consulta: 14/01/2017.

El Constitucional alemán mantiene la penalización del incesto; *abc.es*; 13/03/2008; [http://www.abc.es/hemeroteca/historico-13-03-2008/abc/Internacional/el-constitucional-aleman-mantiene-la-penalizacion-del-incesto_1641720915947.html], última consulta: 22/05/2016.

En el mundo, ya hay tantos refugiados como durante la Segunda Guerra en La Nación; edición impresa del 21/06/2015; [<http://www.lanacion.com.ar/1703219-en-el-mundo-ya-hay-tantos-refugiados-como-durante-la-segunda-guerra>]; fecha de consulta: 24/01/2015.

Entrevista a Günter JAKOBS publicada en el diario La Nación, el 27/7/2006; [<http://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs>]; última consulta: 15/10/2016.

Fondo de Población de las Naciones Unidas, *El estado de la población en el mundo 2005: La promesa de igualdad: Equidad de género, salud reproductiva y los Objetivos de Desarrollo del Milenio*; FNUAP; NuevaYork; 2005.

FRAU, J.M.; *Un veto judicial a la circuncisión indigna a los judíos en Alemania*; en El Periódico; 15 de julio de 2012; [<http://www.elperiodico.com/es/noticias/sociedad/veto-judicial-circuncision-indigna-los-judios-alemania-2081903>]; última consulta: 13/01/2017.

GARROS MARTÍNEZ, María Cristina; *¿Recuerdan a la niña wichi violada?*; en “El Tribuno”; 26/08/2014; [<http://www.tribuno.info/salta/nota/2014-8-26-1-30-0--recuerdan-a-la-nina-wichi-violada-cultura>]; última consulta 09/04/2017.

GOWLAND MITRE, Alberto Jorge; *Los menonitas y la obligación escolar* en diario La Nación; edición impresa del 13/6/1998; [<http://www.lanacion.com.ar/99855-los-menonitas-y-la-obligacion-escolar>]; fecha de consulta: 3/1/2016.

HALL, Allan; *Switzerland considers repealing incest laws*; The Telegraph; 13/12/2010; [<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/switzerland/8198917/Switzerland-considers-repealing-incest-laws.html>]; última consulta: 09/03/2017.

HURTADO, LLuís Miquel; *Carcajadas de mujeres contra el gobierno turco*; en El Mundo; 29/07/2014; [<http://www.elmundo.es/internacional/2014/07/29/53d7988e268e3e56238b4588.html>]; última consulta: 12/03/2017.

Incesto: ¿ilegal e inmoral?; DW.com; 12/04/2012; [<http://www.dw.com/es/incesto-ilegal-e-inmoral/a-15877424>]; fecha de consulta: 22/05/2016.

Informe Stasi; texto traducido al español en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Director); “Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi”; Pamplona-Iruña; LETE argitaletxea; 2004; pp. 311-376.

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Argentina (INDEC); [<http://www.censo2010.indec.gov.ar>]; última consulta: 07/03/2017.

La justicia indígena que unió a los colombianos en Semana; edición impresa de 12/11/2014; [<http://www.semana.com/nacion/articulo/como-los-nasa-hacen-frente-las-farc-con-latigazos/408728-3>]; fecha de consulta: 25/01/2015.

LAMRABET, Asma; *El velo, Occidente y la escuela: unas perspectivas de diálogo*; en www.asma-lamrabet.com; [<http://www.asma-lamrabet.com/articles/el-velo-occidente-y-la-escuela-unas-perspectivas-de-dialogo/>]; fecha última consulta: 12/02/2017.

La Nación; *El drama de las familias que matan a sus hijas*; Buenos Aires; edición impresa del 02/06/2014; [<http://www.lanacion.com.ar/1697727-el-drama-de-las-familias-que-matan-a-sus-hijas>].

La OMS y el ONUSIDA anuncian las recomendaciones de una reunión consultiva sobre la circuncisión masculina como forma de prevenir la infección por VIH; [<http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2007/pr10/es/>]; fecha última consulta: 14/01/2017.

La sonrisa rebelde de las mujeres turcas; en Telecinco.es; 02/08/2014; [http://www.telecinco.es/informativos/internacional/Turquia-resisteyrie-Twitter-sonrisa-sonrisa-mujeres-rebelion_2_1838055041.html]; última consulta: 12/03/2017.

Male circumcision for HIV prevention; [<http://www.who.int/hiv/topics/malecircumcision/en/>]; fecha última consulta: 14/01/2017.

PARIHAR, Rohit; *Nothing but embers* en indiatoday; 29/11/1999; [<http://indiatoday.intoday.in/story/sati-roop-kanwar-was-cheered-as-she-burnt-on-her-husbands-pyre-now-shes-a-faint-memory/1/254755.html>]; fecha de consulta: 28/07/2015.

Parlamento Europeo; Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades; "Proyecto de informe sobre las mutilaciones genitales femeninas" (2001/2035 (INI)); de 31 de mayo de 2001.

POCH, Rafael; *Movilización judía por una sentencia contra la circuncisión en Alemania*; en La Vanguardia; 14/07/2012; [<http://www.lavanguardia.com/internacional/20120714/54324406746/movilizacion-judia-sentencia-circuncision-alemania.html>]; fecha última consulta: 13/01/2017.

Se inaugurará el primer hospital intercultural en Neuquén; www.telam.com.ar; edición del 29/09/2016; disponible en [<http://www.telam.com.ar/notas/201609/165058-hospital-mapuche-neuquen-alumine.html>]; fecha última consulta: 05/03=2017.

Servicio de Salud de O'Higgins incorpora medicina tradicional mapuche a usuarios de CESFAM; en El Ciudadano; edición del 28/10/2014; disponible en [<http://www.elciudadano.cl/2014/10/28/122684/servicio-de-salud-de-ohiggins-incorpora-medicina-tradicional-mapuche-a-usuarios-de-cesfam/>]; fecha última consulta: 05/03/2017.

Sito web del Ministerio Público Fiscal de Neuquén; *Histórico: acuerdan el reconocimiento de la justicia indígena*; 29/08/2014; [<http://www.mpfneuquen.gob.ar/index.php/78-mpf->

general/610-historico-acuerdan-el-reconocimiento-de-la-justicia-indigena]; fecha de consulta: 25/01/2015.

SOKOL, Daniel; *What's so wrong with incest? The case of Stübing v Germany*; UK Human Rights Blog; 15/04/2012; [<https://ukhumanrightsblog.com/2012/04/15/whats-so-wrong-with-incest-the-case-of-stubing-v-germany/>]; última consulta: 09/03/2017.

Times of India; *All accused in Roop Kanwar case acquitted*; 31/01/2004; [<http://timesofindia.indiatimes.com/india/All-accused-in-Roop-Kanwar-case-acquitted/articleshow/467759.cms>]; fecha de consulta: 28/07/2015.

UNFPA; [<http://www.unfpa.org/search/node/marriage>]; fecha de consulta: 8/1/2015.

UNICEF; *Cambiar una convención social perjudicial: la ablación o mutilación genital femenina*; en "Innocenti DIGEST"; 2005; [<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/fgm-e.pdf>]; última consulta: 20/02/2017.

UNICEF; *Matrimonio infantil*; Hojas informativas sobre la protección de la infancia; [http://www.unicef.org/spanish/protection/files/FactSheet_childmarriage_sp.pdf]; fecha de consulta: 8/1/2015.

UNICEF; *La mutilación genital/ablación femenina*; [http://www.unicef.org/spanish/protection/57929_58002.html]; fecha de consulta: 8/1/2015.

UNICEF; *Mutilación/ablación genital femenina*; [http://www.unicef.org/spanish/protection/index_genitalmutilation.html]; fecha de consulta: 8/1/2015.

United Explanations; *Crímenes de honor: peligro de muerte a mujeres que se rebelan contra el mandato familiar*; [<http://www.unitedexplanations.org/2014/07/21/peligro-muerte-mujeres-que-se-rebelan-contra-el-honor-familiar/>]; fecha de consulta: 22/01/2015.

Un grupo mapuche dice que es dueño de un Yacht Club; La Nación; 16/11/2014; [<http://www.lanacion.com.ar/1744286-un-grupo-mapuche-dice-que-es-dueno-de-un-yacht-club>]; última consulta: 09/03/2017.

Un tribunal Alemán condena la circuncisión si se efectúa por motivos religiosos y no médicos; en ABC.es; 27 de junio de 2012; [<http://www.abc.es/20120627/sociedad/abci-circuncision-alemania-prohibicion-judios-201206262027.html>]; fecha última consulta: 13/1/2017.

VENTURA, Laura; *Demasiado jóvenes para casarse* en La Nación Revista; Buenos Aires; 14/12/2014; edición impresa y [<http://www.lanacion.com.ar/1751877-demasiado-jovenes-para-casarse>]; fecha de consulta: 8/1/2015.

XIMÉNEZ DE SANDOVAL, Pablo; *Un juez legaliza parcialmente la poligamia en el Estado de Utha*; El País; 29/08/2014; [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/08/28/actualidad/1409249720_122802.html]; última consulta: 09/03/2017.

www.fiscalespenalesalta.gob.ar; *Tras 11 años se llegó a una condena en un polémico caso de abuso* ; [<http://www.fiscalespenalesalta.gob.ar/tras-11-anos-se-llego-a-una-condena-en-un-polemico-caso-de-abuso/>]; fecha de consulta 09/04/2017.

Abreviaturas.

ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

Art.: artículo

BGH: Tribunal Supremo Federal Alemán

BGHSt: Sentencia del Tribunal Federal Alemán

BVerfG: Tribunal Constitucional Federal Alemán

BverfGE: Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán

C.E.: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CFCP: Cámara Federal de Casación Penal (Argentina)

C.N.: Constitución Nacional (Argentina)

C.P.: Código Penal

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)

LO: Ley Orgánica (España)

OIT: Organización Internacional del Trabajo

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

RDA: República Democrática Alemana

RFA: República Federal Alemana

rto o rta: resuelto o resuelta

StGB: Código Penal Alemán

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo español