

Prof. Dr. Javier Augusto De Luca

Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Buenos Aires. Ex presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Presidente del Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal. Socio de la FICP.

~Derecho penal y Derecho de los pueblos originarios o indígenas~

I. INTRODUCCIÓN.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Carta de la Organización de Estados Americanos (1948) son los principales instrumentos de reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y, a su vez, de obligaciones por parte de los Estados miembros de promover, proteger y garantizar tales derechos.¹

En este marco normativo regional, quedaron tutelados: el derecho de profesar libremente sus ideas y creencias religiosas, de manifestarlas y practicarlas pública y privadamente; el derecho a la preservación de la salud y el bienestar; a los beneficios de la cultura; al reconocimiento de su personalidad jurídica y de los derechos civiles; a participar y ser electo para cargos gubernamentales y públicos; el derecho a la honra y la dignidad; el derecho de asociación para promover ejercer y proteger sus derechos de cualquier naturaleza y a las garantías judiciales y debido proceso².

Por ejemplo, la Constitución Argentina desde 1994 reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios (art. 75 inc. 17). La diversidad cultural tiene jerarquía constitucional en casi todos los países de la región, y algunas legislaciones establecieron diferencias en el tratamiento por la justicia penal conforme al origen de las personas involucradas en el marco del respeto a la igualdad ante la ley y la no discriminación³.

¹ CIDH. Informe N° 62, 20 octubre 2000, Original: en Español, disponible en internet: <http://www.cidh.org>.

² Idem. Otros instrumentos que conforman el plexo normativo regional son: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 1 y 27, PIDCP); la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5 y ss., CERD) y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 11 y 12 PIDESC). También el Convenio 169 de la OIT, en Argentina por ley 24071.

³ AA.VV., La justicia penal en las comunidades originarias, Da Rocha, J. / De Luca, J. (Coordinadores), Ad. Hoc., Bs.As., 2010, pp. 11-12.

No hace mucho tiempo los colonizadores de América se preguntaban si los aborígenes, a quienes llamaban indios, eran personas⁴. Después, en todo el mundo vino el tratamiento jurídico moderno de la esclavitud y situaciones análogas⁵. Pero en la práctica, estas cuestiones están vigentes, aunque bajo otras formas. En muchas situaciones confluyen los dos universos, el del derecho penal como lo conocemos aquí y el de las expresiones de la cultura de los pueblos originarios y también de otras minorías.

Latinoamérica se ha regido desde la colonización europea por las normas de ese origen, con escasa atención de la experiencia y antecedentes de las culturas de las comunidades originarias. Esta situación nos obliga a hacer un replanteo de su conocimiento y eventual aplicación a la problemática penal actual. Curiosamente, algunas de las formas alternativas a la pena para la resolución de casos, como la reparación, la conciliación, el principio de oportunidad, los trabajos para la comunidad, etcétera, que hoy aparecen como novedades, ya eran practicadas cientos de años atrás por los habitantes originales de estas latitudes, con la enorme ventaja de evitar la reproducción del conflicto.

Nos decimos democráticos y que, por ello, reconocemos constitucionalmente otras culturas preexistentes y/o coexistentes, ¿pero, no implica ya eso una toma de posición de superioridad ética, de quien tiene el poder de reconocer/prohibir/tolerar algunos comportamientos a los grupos minoritarios? Hablamos de “nuestros derechos humanos”, producto de la cultura dominante, pero poco sabemos de los derechos de los otros. A fines del siglo pasado, pensadores calificados como posmodernistas observaron la falacia de hablar de superioridad ética de nuestras culturas, porque desde nuestro lugar se han producido las más grandes masacres de la historia, no menores que las que hemos podido conocer de aquellos pueblos que muchas veces fueron considerados inferiores o bárbaros.

II. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS.

Específicamente, la Constitución Argentina reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas; 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 ocupan; y regula la entrega de

⁴ La “Junta de Valladolid” fue un debate que se llevó a cabo entre los años 1550-1551, en la ciudad de Valladolid, España. A consecuencia de la llegada de los españoles a tierras americanas, se discutía acerca de qué trato se le debía dar a los indios que estaban sometidos al dominio hispánico. Los principales contendientes en aquella controversia fueron Bartolomé de las Casas y Ginés de Sepúlveda.

⁵ En 1948 la Organización de Naciones Unidas tuvo la necesidad de expresarlo en su famosa Declaración Universal de Derechos Humanos Art. 4: “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”.

otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten (art. 75 incisos 17 y 22).

Pero ese reconocimiento normativo supralegal no resolvió de manera automática todos los problemas reales que trae la diversidad cultural⁶.

Los modos de vida de las comunidades originarias, pueden colisionar con el orden jurídico vigente en el territorio del Estado Nación. Para colmo, no están establecidos con claridad cuáles son esos valores y principios de normas escritas o consuetudinarias que rigen la vida de estos pueblos, de modo de poder respetarlos en los hechos, y evitar fraudes de etiquetas.

Por esa razón, creo que las normas de reconocimiento de las culturas de los pueblos originarios funcionan como meras autolimitaciones del Estado Nación, es decir, dirigidas a los miembros de nuestra cultura dominante que las establecieron.

Es que hay muchos problemas de los que los juristas penalistas casi no hablan, que se consideran “cosas de los antropólogos”, pese a que su incidencia en el ámbito penal es determinante. En cada caso deberíamos preguntarnos si un determinado corpus normativo es el producto de una evolución interna de ese pueblo originario: si rigen las mismas costumbres a través de los siglos; o si conviven distintas concepciones dentro de los mismos grupos; si las reglas son aceptadas por todos los miembros de una comunidad o si existen grupos minoritarios, disidentes, etc.

Por ejemplo, la protección del derecho de propiedad de las comunidades aborígenes tiene especial relevancia, porque la relación de ellas con la tierra, no sólo es un asunto de derechos reales, o una cuestión de unidad económica productiva, sino que implica una relación cultural⁷. Pero ¿qué se puede o debe hacer y quién, cuando existen conflictos, que

⁶ DEGANUT, C., El sistema punitivo frente a los pueblos originarios, en AA.VV., La justicia penal en las comunidades originarias, cit., 2010, pp. 120-128.

⁷ Tanto la Corte como la Comisión Interamericanas de DD.HH. consideran que la garantía del derecho de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe abordar que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias y el derecho consuetudinario. Entienden, por tanto, que su protección es imprescindible para la supervivencia de las comunidades aborígenes. El Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas, expresamente prevén el deber estatal de salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas de utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

pueden ser muy graves, sobre el mismo territorio entre distintas ramas de un mismo pueblo originario?

Más grave es el asunto cuando se producen conflictos a partir de la interacción entre miembros de una cultura y de la otra. Un miembro del Estado Nación que es víctima o victimario de un delito cometido por o contra un miembro de un pueblo originario. Si se produce un hecho que no es “delito” (entiéndase, censurable) para esa comunidad o que tiene consecuencias distintas con juzgamientos distintos, ¿quién debe entender en el caso?; si lo hace una comunidad, ¿rige la prohibición de doble juzgamiento?

Los problemas procesales son infinitos. ¿Cómo se prueba en cada caso concreto que un determinado territorio pertenece o corresponde a una determinada comunidad? Se establece un sistema de estudio de los antecedentes, que incluye prueba documental, antropológica, histórica, etc., pero no siempre hay buena información al respecto, y puede ocurrir que algunas comunidades no reconozcan esa actividad oficial del Estado Nación.

III. CÓMO ENCARAR LA MIRADA PENAL.

Para encarar el tratamiento del Derecho Penal de estos asuntos, debemos despojarnos de todo prejuicio acerca de que un universo es mejor o más desarrollado que el otro. Cuando se habla de una sociedad más desarrollada que otra, siempre se lo hace desde un lugar, y debemos tener en cuenta que ello no necesariamente será compartido. Por ejemplo, hoy en día está ocurriendo algo similar con la protección del ambiente, y la diferente visión del asunto entre los países desarrollados y los que están en vías de desarrollo.

En la moderna teoría internacional de los derechos humanos existe el paradigma de *la diversidad cultural*, cuyo principio es que cada cultura tiene un valor en sí misma y que no hay una superior a otra. Es decir, se debe respetar la cosmovisión de los pueblos indígenas y sus sistemas normativos; así como el desarrollo de mecanismos de interacción entre distintas culturas (interculturalidad)⁸.

La organización del Estado-Nación, se basa en la idea de un modelo idealizado de polis, en el que los ciudadanos que tienen el poder de decidir los rumbos de una sociedad comparten unos ancestros, un lenguaje y una cultura comunes. Sin embargo, no es posible

⁸ MPF Cuadernillo N° 8, “Derechos de los pueblos indígenas, Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017)”, pág. 14. Paradigma que quedó cristalizado en la “Declaración Americana de los Pueblos Indígenas”, aprobada por la OEA, el 15 de junio de 2016. Este instrumento es de aplicación a los pueblos indígenas de las Américas y garantiza su libertad de autodeterminación política, económica, social y cultural.

aseverar que esto haya existido así en algún tiempo y lugar, de forma pura. La evidencia histórica demuestra que para alcanzar homogeneidad los grupos minoritarios que no se sincretizaban fueron desplazados o eliminados o se los forzó a asimilarse a la cultura de la mayoría⁹. En el plano jurídico, teórico diría yo, quedaron reguladas bajo el axioma que TARELLO definió como “la unidad del sujeto de derecho” en el cual todos los sujetos del ordenamiento tienen los mismos derechos, las mismas obligaciones, las mismas libertades, las mismas prerrogativas y son iguales ante la ley penal¹⁰.

Lo curioso es que en ninguno de estos instrumentos existe una definición precisa de “pueblo indígena”. Eso puede estar muy bien desde el punto de vista político, para evitar obstáculos en la protección de los derechos de todos ellos, pero desde la mirada de derecho penal la indefinición puede traer muchos problemas y desigualdades. Algunas pautas para su identificación surgen de Convenio 169 OIT, en cuanto establece que “a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban 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 todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (Art. 1.1). En el artículo 1.2 establece que “[l]a 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”¹¹.

El multiculturalismo también puede referir al hecho social en sí mismo de coexistencia de distintas culturas en un mismo territorio o sociedad; o a una ideología que predica la convivencia o coexistencia de la sociedad pluralista que promueve el sueño de una convivencia marcada y enriquecida por las diferencias de cada grupo¹². Sin embargo, en las sociedades actuales, bajo el concepto de Estado Nación, se sigue promoviendo una homogenización cultural que diluye las diferencias y anula las distintas culturas¹³.

⁹ KYMLICKA WILL, Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías, Barcelona, Paidós, 1996.

¹⁰ DE MAGLIE, CRISTINA, Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 47 y sus citas.

¹¹ La Argentina, además, dictó la ley n° 23.302 sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades, en la que reconoció personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país; y, luego, la ley n° 26.160 (y sus sucesivas prórrogas), en la que declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas.

¹² DE MAGLIE, Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales, 2012.

¹³ CIDH informe 56/09, 30 diciembre 2009, “Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”, en <http://www.cidh.org>. En definitiva, se verifica a través de elementos

Desde la moderna concepción de las democracias y de los DD.HH. el problema es cómo lograr en los actuales Estado-Nación la representación, la libre determinación y el desarrollo económico-social de comunidades que antes de una conquista y su colonización gozaban de autogobierno¹⁴.

Por eso se observa que el camino de la universalización de los DD.HH. no proporciona una solución definitiva. Unos derechos terminan chocando con otros como, por ejemplo, algunas prácticas religiosas con la vida e integridad corporal¹⁵ o sexual, y su prevalencia debe decidirse en cada caso en concreto. Así, la prohibición de portar el velo que rige en las escuelas públicas de Francia. Ello equivale a la imposición de una cultura (por medio del Derecho), al igual que lo sería la obligación de llevarlo, que es contraria a la libertad y al derecho de cada persona de vestirse como decida. En el caso francés, la prohibición es el establecimiento de una concepción, una ética y una cultura laica, impuesta por medio del derecho.

Lamentablemente, entre nosotros no existe un sistema que permita la coexistencia con una justicia indígena y su catálogo de derechos o normas consuetudinarias¹⁶.

objetivos que incluyen: 1.) la continuidad histórica; 2) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; 3) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte y subjetivo, el que corresponde a la auto-identificación colectiva en tanto pueblo indígena.

¹⁴ Art. 1.1 PIDESC.

¹⁵ A modo de ejemplo, en el interior de la selva Amazonas, la tribu Sateré-Mawé practica un ritual de iniciación milenario que conlleva la picadura de decenas de hormigas bala. Es la prueba final que deben pasar todos los varones para "convertirse en hombres", en línea:

<https://culturacolectiva.com/historia/ritual-de-las-hormigas-bala-mas-cruel-y-doloroso-del-mundo>, consultado el 12/08/2020.

¹⁶ En Costa Rica, en cambio, en el artículo 339 del CPP prevé que “cuando el juzgamiento del caso o la individualización de la pena requieran un tratamiento especial, por tratarse de hechos cometidos dentro de un grupo social con normas culturales particulares o cuando por la personalidad o vida del imputado sea necesario conocer con mayor detalle sus normas culturales de referencia, el tribunal podrá ordenar un peritaje especial, dividir el juicio en dos fases y, de ser necesario trasladar la celebración de la audiencia a la comunidad en que ocurrió el hecho, para permitir una mejor defensa y facilitar la valoración de la prueba”.

El Código de procedimiento del Estado Plurinacional de Bolivia, en el artículo 391, establece que “cuando un miembro de un pueblo indígena o comunidad indígena o campesina sea imputado de la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, se observaran las normas ordinarias de este código y las siguientes reglas especiales: 1) el fiscal durante la etapa preparatoria y el juez o tribunal durante el juicio serán asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas; el mismo podrá participar en el debate; 2) antes de dictarse sentencia, el perito elaborará un dictamen que permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal; este dictamen deberá ser sustentado oralmente en el debate”. En cuanto a la extinción de la acción penal, en el caso de aplicación del derecho indígena el artículo 28 dispone: “se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena o campesina, por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales haya 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”.

Por otra parte, cabe relevar que las personas interactuamos, y que no nacemos y permanecemos estancados en una sola cultura. Muchos supuestos del derecho internacional parecen estar pensados para miembros de comunidades aborígenes sin contacto con el derecho del Estado Nacional. En estos casos, cuando existen conflictos que involucran al derecho penal, es más sencillo analizar si a los actores les es exigible la realización de otra conducta, distinta de la considerada delictiva para la ley oficial¹⁷

En tal sentido, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en su artículo 10 dice: “1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos¹⁸ deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

En nuestra región tenemos ejemplos modernos, más complejos que los tradicionales del indígena que en el territorio tradicionalmente habitado por su gente realiza una conducta ancestral que constituye un delito contra la vida o integridad corporal o sexual para la ley del Estado Nación¹⁹.

Así, en la actividad empresarial dedicada a las industrias extractivas, que afectan los DD.HH. de los pueblos originarios que habitan las zonas donde aquellas se desarrollan²⁰.

¹⁷ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, Derecho Penal. Parte General, Ediar, Bs. As., 2000, p. 237. Sobre la culpabilidad de los indígenas, remiten a la problemática del error de comprensión sobre el que se fundamenta la inexigibilidad de la comprensión de la criminalidad, cuando el error es invencible. Ello, importa que exista el error de comprensión cuando el sujeto que realiza una conducta típica conoce la norma prohibitiva, pero por encontrarse inmerso en un grupo de diversidad cultural, no puede exigírsele la comprensión de la norma, no se le puede enrostrar la introyección de los valores y su internalización.

¹⁸ El art. 1 del Convenio de la OIT establece que será aplicable: 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 habitaban 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 todas 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.

¹⁹ CIDH, Audiencia sobre la Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina, 144° Período de Sesiones, 23/03/2012.

²⁰ La Comisión y la Corte Interamericana de DDHH han desarrollado numerosos informes y jurisprudencia relativos a la tutela del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales frente a planes y proyectos de industrias extractivas. Vid. Informe de la Comisión Interamericana de DDHH, *Pueblos indígenas, Comunidades afrodescendientes, Industrias extractivas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15, 31/12/2015. La Comisión Interamericana observó que en contextos en que estos planes o proyectos se llevan a cabo en oposición a los pueblos indígenas y tribales y comunidades afrodescendientes afectados, han tenido lugar actos de hostigamiento, amenazas y agresiones. Tales actos se dirigen principalmente contra sus dirigentes u otras

También los grandes emprendimientos que implican el desplazamiento de poblaciones enteras en algunas regiones, encuadra perfectamente en el delito internacional de genocidio.

En ese contexto se producen todo tipo de delitos menores como usurpación, desacato a la autoridad, instigación, delitos relacionados al terrorismo, rebelión, delitos contra la seguridad del Estado, invasión de propiedad privada, secuestro, asociación ilícita para delinquir, etc.²¹

Y allí aparece también la criminalización de las protestas.

La CIDH también señaló que con frecuencia se ha hecho uso indebido del derecho penal para criminalizar las acciones de manifestación y protesta social de los pueblos indígenas y tribales²².

La CIDH observa que la criminalización favorece la estigmatización de los procesos de defensa de estos pueblos, al ser calificados como “grupos criminales” o “desestabilizadores” cuando buscan defender sus territorios de los impactos causados por los proyectos extractivos o de desarrollo²³.

IV. LAS SOLUCIONES PROPUESTAS.

El marco en el que tradicionalmente se han tratado los delitos cometidos por miembros de los pueblos originarios en el ejercicio de alguna práctica ancestral, es el de los delitos culturalmente motivados o condicionados. Es una idea bienintencionada. En esa categoría entran los comportamientos de sujetos que pertenecen a grupos étnicos minoritarios, que en el grupo al que pertenece el autor son perdonados, aceptados como normales, aprobados, impuestos, o sujetos a composición, reparación, conciliación, acuerdos, etc.

personas involucradas en los procesos de defensa de sus derechos. Por ejemplo, el uso de mecanismos del sistema de persecución penal en contra de autoridades, líderes y miembros de comunidades indígenas; así como su estigmatización. Ello en un contexto marcado por la falta de acceso efectivo de los pueblos indígenas y tribales a los órganos de administración de justicia.

²¹ CIDH. Audiencia sobre la Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina, 144º Período de Sesiones, 23 de marzo de 2012.

²² En particular, el Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, afirmó con preocupación que “sigue aumentando el número de detenciones y causas abiertas por delitos presuntamente cometidos en el transcurso del ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación”. Además, advirtió que los recursos jurídicos más utilizados son “los mandatos judiciales, las demandas por daños y perjuicios y las denuncias por allanamiento y difamación para coartar la labor de las organizaciones de la sociedad civil y de quienes defienden los derechos en el contexto de la explotación de los recursos naturales. ONU. Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, 28 de abril de 2015, A/HRC/29/25.

²³ CIDH. Audiencia sobre la Situación de derechos económicos, sociales y culturales de campesinos en América Latina, 149º Período de Sesiones, 29 de octubre de 2013.

Sin embargo, como indica DE MAGLIE²⁴, modelos como el de la “*cultural evidence*” adoptado por los tribunales estadounidenses, tan solo aparentan ser tolerantes con las diferencias culturales. En realidad, no solucionan los choques ideológicos, y las motivaciones culturales suelen ser tratadas como patologías y elementos estigmatizantes.

En cualquier caso, el art. 10 del Convenio 169 de la OIT dice que: “1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos²⁵ deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

Pero nuestra legislación penal no estableció diferencias en el tratamiento por el origen de las personas involucradas en un conflicto y la naturaleza de esos actos.

Generalmente las conductas individuales de los miembros de un grupo originario se analizan en la culpabilidad porque se trata de sujetos que experimentan como deber la necesidad de realizar una conducta que constituye un delito para la cultura oficial y, por ello, seguramente deberá realizar un esfuerzo mucho mayor para evitarlo que aquel que comete el injusto sin experimentar esa vivencia²⁶. Se lo trata como un supuesto de conciencia

²⁴ DE MAGLIE, Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales, 2012, p.133.

²⁵ El art. 1 del Convenio de la OIT establece que será aplicable: 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 habitaban 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 todas 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.

²⁶ OUVIÑA, Guillermo. El orgasmo como bien jurídicamente protegido. Revista La Ley, Buenos Aires, Tomo 110, pág. 602, se refiere a un caso real de ablación del glande del clítoris, de clitoroctomía. Pero nos recuerda sobre la clitoroctomía como pauta cultural. Los antropólogos nos dieron a conocer mutilaciones colectivas practicadas en comunidades enteras del África y del Asia. Son pautas reales que persiguen finalidades perceptibles para el observador científico, pero que seguramente responden a la internalización individual de pautas sociales transmitidas por tradición. También son conocidos los usos sociales destinados a formalizar la iniciación sexual de los adolescentes, rodeados de ceremonias rituales y religiosas de cada sociedad. La castración. La circuncisión del prepucio en el hombre y la ablación del mamelón. Hay una suerte de paralelo cultural con respecto a las niñas. Al llegar a la pubertad se realiza una ceremonia destinada a extirpar el clítoris. No se percibe con claridad el sentido o significado social de esta cirugía colectiva. Son simbolismos irracionales. Ahí entra la cuestión de la relatividad de los valores jurídicos. Aquí es delito, pero en esas comunidades es una obligación jurídica. África. Abisinios. Somalíes. Concepciones teocráticas.

En nuestra sociedad occidental actual, tal ablación no es simplemente un daño en el cuerpo, el de un órgano, doloso o culposo, sino de la privación de la posibilidad de satisfacción sexual, que va más allá de la posibilidad de un goce menos intenso y de la capacidad de reproducir.

El médico ginecólogo congolés Denis MUKWEGE, al que llaman “el reparador” por reparar esas mutilaciones del clítoris, ganó el premio Nobel de la Paz en 2018, junto con y Nadia Murad.

disidente que disminuye la culpabilidad²⁷.

Aparece la problemática del error de comprensión sobre el que se fundamenta la inexigibilidad de la comprensión de la criminalidad, cuando el error es invencible. Ello ocurre cuando el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero por encontrarse inmerso en un grupo de diversidad cultural, no se le puede exigir que comprenda la norma, no se le puede enrostrar la introyección de los valores y su internalización²⁸.

Cabe aclarar que no se trata de desconocimiento de la antijuridicidad de la prohibición, sino de falta de introyección de los valores sociales que ella informa. Y tampoco se trata de inimputables. Es otra cosa. La solución es cómoda, porque deja con valor y efecto ambos universos jurídicos y el tema es derivado a un plano individual, conformado por el contexto y antecedentes del autor del hecho.

Pero en realidad, un verdadero reconocimiento sería tratar los casos como una causal de atipicidad, cuando la conducta responda a un orden jurídico donde el comportamiento no esté prohibida o directamente esté ordenada, y que ese orden jurídico esté reconocido por el Estado en pie de igualdad con el dominante. Quizás no estemos preparados para ello. Pero nosotros tampoco somos perfectos y “de este lado” existen muchas conductas cuyo tratamiento es dilemático y ponen en evidencia que siempre hay un costo que pagar. Por ejemplo, el castigo o la impunidad del aborto.

Otros autores defienden la tesis de que estos casos deben tratarse como una causa de justificación, específicamente el legítimo ejercicio de un derecho, como consecuencia de que un orden jurídico no prevalece sobre el otro²⁹.

Y también hay propuestas de que no se haga una aplicación absoluta de la justicia indígena, de sus procedimientos del sistema de usos y costumbres, sino una aplicación limitada, acotada por criterios democráticos, de respeto a los derechos humanos y a las garantías individuales³⁰.

El reconocimiento de la justicia comunitaria e indígena puede ser visto también como una forma de reparación. El doble sistema de juzgamiento en un mismo territorio no es algo

²⁷ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2000, p.237.

²⁸ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, ob. Cit.

²⁹ Recuerdo la concepción del fallecido profesor Enrique GARCÍA VITOR.

³⁰ Como la de Moisés MORENO HERNÁNDEZ.

novedoso. Recuérdese que el Fuero Juzgo regía para los visigodos, mientras que los romanos se regían por el derecho romano, y los dos supieron convivir y resolver sus conflictos.

V. CONCLUSIÓN.

Es necesario adecuar los sistemas penales para dar respuesta a los conflictos que surgen en sociedades multiculturales.

Un sistema penal que sea verdaderamente sensible a las diferencias culturales, no puede permanecer inalterado. Por el contrario, debe diseñar e incorporar formas de reconocimiento específicas de los elementos culturales. De esta manera, se lograría un sistema judicial más justo en el cual los eximentes culturales en vez de estar sujetos a la discrecionalidad de los jueces, estén disponibles para todas aquellas personas que actuaron en sintonía con lo que establece su cultura.

De esta manera, el sistema penal estará verdaderamente adecuado a las necesidades de una sociedad multicultural, en la que se exige el reconocimiento de la diversidad cultural y sus sistemas de justicia en los casos concretos.