

## Error de comprensión culturalmente condicionado

Un enfoque crítico desde la óptica de un Estado democrático de Derecho \*

Por: Agustín T. Márquez •.

**Resumen:** En esta oportunidad abordaré las problemáticas que se suscitan en los sistemas penales cuando los infractores, pertenecen a culturas no hegemónicas, o no imperantes dentro de la sociedad civil mayoritaria de un Estado. A su vez, trataré de poner de manifiesto – a grandes rasgos – la realidad latinoamericana actual respecto a las disyuntivas en cuestión. Cabe destacar que, nuestro querido país, no está exento de estas vicisitudes tanto fácticas como jurídicas, que embisten – en nuestro caso – con la manda constitucional, la cual consagra – como debe ser en todo Estado democrático de Derecho – el reconocimiento pluricultural o multicultural reinante en las sociedades – principalmente en nuestras tierras americanas, donde se puede avizorar un conglomerado de diversas culturas – heterogéneas y su debido respeto. Por último, me inmiscuiré en erigir la debida elucubración jurídico–penal, y me esforzare por arribar a una eventual solución tanto dogmática como legislativa, para esta contienda, la cual en Argentina aún no se encuentra regulada.

**Palabras claves:** Derecho Penal – Error de comprensión culturalmente condicionado – multiculturalismo – Estado democrático de Derecho – Culpabilidad.

**Abstract:** In this opportunity, I will address the problems that arise in penal systems when the offenders belong to non-hegemonic cultures or not prevailing cultures within most of civil society from a State. Besides, I will try to highlight - in broad strokes - the current Latin American reality regarding the dilemmas in question. It should be noted that our beloved country is not exempt from these factual and legal vicissitudes, which in our case, are charged with the constitutional mandate, which consecrates - as it should be in any democratic State of Law – multicultural recognition that prevails in societies - mainly in our Latin American lands, where you can see a conglomerate of diverse cultures - heterogeneous and their due respect. Lastly, I will interfere in formulating the due penal-legal lucubration, and I will strive to arrive at an eventual solution, both dogmatic and legislative, for this contest, which in Argentina is not regulated yet.

**Keys words:** Criminal law - Culturally conditioned comprehension mistake – multiculturalism - Democratic rule of law – Culpability

**Sumario:** 1. Introducción; 2. Derecho Penal como control social; 3. Principio de culpabilidad como garantía y freno al poder punitivo estatal; 4. La problemática del

error en el Derecho Penal; 5. Error de prohibición; 6. Error de prohibición culturalmente condicionado, 6.1. La disyuntiva cultural enfocada desde el prisma de la justicia como valor, 6.2. Análisis concreto del error de prohibición culturalmente condicionado; 7. Tratamiento en el Derecho comparado; 8. Reflexión final.

## **1. Introducción:**

Como he adelantado en el resumen, la idea rectora de este artículo académico, es abordar de manera lacónica, pero no por ello no integral, las problemáticas que se presentan en las sociedades pluriculturales. El principal inconveniente – el cual me abocare a lo largo del escrito – radica en aquellos casos donde, personas pertenecientes a otras culturas no “dominantes” o no “mayoritarias”, infringen la normativa penal del lugar donde se encuentran, no por el hecho de querer generar tal lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico, sino por una falsa comprensión respecto de los hechos o de la antijuridicidad de la conducta desplegada. Es por ello que, debemos atender a dos cuestiones o directrices con la cual, el lector se encontrara a lo largo de este ensayo. La primera es que, el sistema jurídico penal – argentino o de algunos otros países – está conformado y destinado al control social de la totalidad de la población destinataria de las normas, pero partiendo de la premisa de que todos estamos entrometidos en el mismo sistema cultural – cuestión que tratare de poner de manifiesto que, tal abordaje es incorrecto y pernicioso para los integrantes de culturas no hegemónicas –. El segundo lineamiento a tener en cuenta son – por lo menos en las cuestiones relacionadas a nuestro país – los mandatos constitucionales, principalmente lo dispuesto en los artículo 16 (1) y 75, inciso 17 (2), como también uno de los valores fundantes contenido en el conglomerado axiológico – el preámbulo – que es

“afianzar la justicia”. Estos serán útiles para entender cuál es el eje de la cuestión, servirán también para elucidar si se enfoca a estas conductas y su correcto tratamiento jurídico, desde la óptica teleológica de un Estado democrático de Derecho.

## **2. Derecho Penal como control social:**

Para abordar este acápite, considero de suma importancia, iniciar el periplo analítico del mismo, aclarando ¿Qué es esto de concebir al Derecho Penal como control social? Y segundo ¿Qué rol o qué relación tiene el Derecho Penal en el magma social o en la sociedad como tal? Muy bien, para comenzar con una aproximación lo más elocuente posible respecto al primer interrogante, seguiré lo que ha expuesto Carlos J. Lascano (h), el cual parte de la idea de que el Derecho Penal, es un artilugio o mecanismo de control social, que se reconoce en si mismo como el más fuerte y más formal de todas las manifestaciones que pueda haber de control social (3). Ahora bien, para el reconocido estudioso del Derecho Winfried Hassemer, el control social es una condición básica e irrenunciable de la vida social, mediante el cual todo grupo o comunidad asegura las normas y expectativas de conducta de sus miembros indispensables para seguir existiendo como tal, a la par pone límites a la libertad del hombre y conduce a su socialización como integrantes del grupo (4). Para que existan control social como tal es necesario que comprenda tres aspectos: normas colectivas, sanciones sociales y procesos de control (5). También, podemos distinguir al control social por sus distintas modalidades – las cuales se pueden diferenciar atendiendo a las características y finalidades intrínsecas del órgano que lo ejerce – y puede ser caracterizado por ser, primario o directo o también, puede ser, secundario o difuso. Este último, se vislumbra en aquel control que ejercen las familias, los institutos educativos o las religiones, los cuales son secundarios,

porque no apuntan directamente al efectivo control social, sino a la adecuación del comportamiento humano a las pautas intrainstitucionales de las diversas organizaciones. Ahora bien, por su parte, el control social primario se caracteriza, según Bacigalupo, por ser este tipo de control social – y refiriéndome estrictamente al Derecho Penal como tal – que está altamente formalizado, porque el mismo prevé un conglomerado de disposiciones jurídicas que indican la némesis a aplicar en aquellos supuestos de hechos – *prima facie* abstractos – que se materializan concretamente, por otro lado, el procedimiento en el cual se develará dicha constatación de si realmente la conducta materializada es delito y que sanción corresponde aplicar – atendiendo a la especie y monto de pena – en dicho caso concreto, como también, la encarnación con gran vehemencia las garantías constitucionales que detenta todo ciudadano que transita dicho proceso penal. Por último, el Derecho Penal como control social primario, ineludiblemente deberá preestablecer, cuales son los órganos estatales que intervendrán en dicha persecución y cumplimiento institucionalizado de las normas infringidas. Apotegma de lo vertido, Bacigalupo comprende que, el Derecho Penal como control social primario, se caracteriza por la imposición de sanciones de mayor entidad aflictiva para el destinatario o sujeto pasivo de dicha némesis (6).

Juzgo correcto abandonar el abordaje del primer interrogante que he planteado, para adentrarme en el segundo, es decir ¿Qué rol o qué relación tiene el Derecho Penal en el magma social o en la sociedad como tal? Muy bien, considero que esta incógnita se puede resolver siguiendo lo que ha planteado Teresa Manso Porto. Esta encumbrada estudiosa entiende que “las normas que gozan de validez nos muestran una parte de la realidad social, o lo que es lo mismo, la realidad social se ve reflejada – al menos en buena medida – en el Derecho vigente, es decir en las

normas constitutivas de la sociedad. El Derecho Penal es un subsistema en desarrollo dentro de otro sistema: la sociedad misma” (7). Es más que elocuente la construcción lógica que elabora dicha autora, ya que debemos entender, en líneas generales, que el Derecho Penal, si bien, es el control social de mayor envergadura punitiva del Estado, sus reglas de procedencia e interpretativas, deben estar subordinadas a las directrices del sistema general al cual pertenece este subsistema, que es, precisamente, la sociedad.

### **3. Principio de culpabilidad como garantía y freno al poder punitivo estatal:**

Este punto está íntimamente ligado con el anterior, ya que en el acápite 2 se puede observar, a grandes rasgos, como está constituido este control social de la más alta intensidad sancionatoria, que es precisamente el Derecho Penal. Como contracara a este gran poder punitivo, el mismo ordenamiento jurídico, prevé frenos u óbices al despliegue de – en términos de Zaffaroni – la *potentia puniendi*, que son nada más y nada menos que los principios rectores del Derecho Penal y las respectivas garantías constitucionales. En esta oportunidad, solo abordare el principio de culpabilidad, porque el mismo me servirá de derrotero, para escudriñar de manera sistemática, el porque de que el error de prohibición culturalmente condicionado, deba tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico, como instituto respetuoso de la letra constitucional.

Para no seguir dilatando este breve preámbulo que he hecho si se quiere, respecto a este punto 3, diré que el principio de culpabilidad surge del adagio latino “*nullum crimen sine culpa*”, el cual, como lo sostiene el Dr. Mariano Cúneo Libarona, es un pilar fundamental en todo Estado de Derecho, ya que el mismo constituye una barrera inquebrantable para que se torne operativo el poder punitivo estatal (8).

Ahora bien, es correcto destacar entonces, que para que este principio se mantenga incólume y a su vez, se habilite la puesta en marcha de la materialización de la capacidad sancionatoria penal del Estado, se debe analizar que, la persona a la cual se le enrostra una conducta delictiva, sea imputable – es decir, que la conducta desplegada, sea atribuible a un tipo legal, entiéndase, que se debe dar una correcta subsunción – y reprochable – la posibilidad de recriminarle al agente del injusto penal por no motivarse de acuerdo a Derecho –(9).

Por su parte, el maestro Marco Antonio Terragni, es más que elocuente al poner de manifiesto que, este principio es de raigambre constitucional, al elucubrar que, en materia criminal solo se puede imponer pena a un sujeto sobre el cual puede elaborarse el juicio de reproche del injusto penal materializado, el cual determinará si hay culpabilidad o no. Este principio, como lo he adelantado, emana del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, cuando refiere a la persona sometida a quien se incrimina – “*Nadie*” – y a la obligación de instaurar contra ella un “*juicio previo*” a la aplicación de pena. En este proceso concreto se deberá determinar si existió o no culpabilidad, y en el eventual caso que resultado arrojado sea positivo, se deberá determinar el grado de la misma. Por último, el maestro que he traído a colación, aclara que para que la persona que ha cometido el injusto penal sea culpable, también debe poder recriminársele su responsabilidad subjetiva. Sintetiza esto pregonando que “... solo se puede ser responsable por una actitud subjetiva de falta de respeto a la ley, no obstante la posibilidad personal de acatarla.” (10).

#### **4. La problemática del error en el Derecho Penal:**

Para abordar este acápite es necesario conceptualizar – prefiero establecer un concepto o idea genérica del mismo, más que una rígida definición, por el simple hecho que se torna más didáctico y es una herramienta que denota mayor carácter

heurístico – que es el error como tal. Básicamente el error es un falso conocimiento que se tiene sobre algo, y por su parte, la ignorancia es la falta de conocimiento que se detenta sobre alguna cuestión. Aquí se puede ver con gran claridad la diferencia entre ambos. Ahora bien, encausando este punto 4) a su aspecto neurálgico, considero que es necesario llenar este “sobre algo” que recae el error en el Derecho Penal. Este falso conocimiento que se tiene puede ser sobre los elementos objetivos del tipo penal, es lo que se conoce como error de tipo, o puede recaer sobre el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta – o sobre el injusto penal en toda su totalidad o específicamente sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación – el cual lo conocemos como error de prohibición.

Muy bien, ahora me permitiré una breve digresión, para luego retomar estos errores, y principalmente – como se puede anticipar al avizorar el título del presente artículo académico – analizar estrictamente el error de prohibición como tal. El breve excursus que quiero dejar plasmado radica en la problemática jurídica que ha generado el “*error iuris nocet*” y como hoy en día al analizar los errores en materia penal se deja de lado. El “*error iuris nocet*” se puede traducir como que el “error de Derecho perjudica”. Sin ánimos de alongar esta breve digresión, debo aclarar que antes se distinguía en Derecho Penal entre el error de hecho y el error de Derecho, lo cual el segundo, no era posible considerarlos como un atenuante o eximente de la reprochabilidad penal – en materia civil, el error de Derecho es inconcebible, salvo excepciones que prevea el ordenamiento jurídico, porque rige la presunción de que la ley es conocida por todos, tal como se encuentra legislado en nuestro Código Civil y Comercial, en su articulado número 8 (11)– (12). El mentado catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León, España, Miguel Díaz y García Conlledo, marca que ha quedado firme esta idea superadora, de que no es más concebible en el

Derecho Penal – por lo menos – esta idea de la operatividad del “*error iuris nocet*” como tal. Este reconocido profesor deja clara esta cuestión cuando expresa que, el error de prohibición pues al afectar la culpabilidad del sujeto que la sufre, elimina este adagio o aforismo latino del “*error iuris nocet*” porque no se puede tornar irrelevante en el Derecho penal, este instituto jurídico – error de prohibición – como tal (13).

Retomando con el meollo de este acápite, ahora si me sumergiré en el tratamiento del error de prohibición en el Derecho Penal. Siguiendo la línea de razonamiento del reconocido jurista alemán, padre del finalismo, Hans Welzel, en el primer párrafo del § 22, acápite II, 3, B. de su reconocida obra “Derecho Penal alemán”, 11<sup>a</sup> edición, entiende que “El objeto de la conciencia del injusto y del error de prohibición es la antijuridicidad de la conducta – planeada –. El autor tiene que poder ser consciente de la contradicción de su conducta con el orden de la comunidad, sobre el que descansa la prohibición penal y puesta de manifiesto por ésta. No es necesario, sin embargo, que el autor conozca o pudiera conocer el concepto jurídico mismo – luego, ley penal –, o incluso la conminación de pena. Por el contrario, no es suficiente que el autor pudiera ser consciente de la mera inmoralidad de su conducta. El extranjero que en cuya patria no es antijurídica la homosexualidad simple, sabe, sin duda, que sus acciones homosexuales son inmorales, pero por ello no sabe todavía que la ejecución de tales acciones en Alemania es considerada como infracción inadmisibile del orden comunitario. Se encuentra, por eso, en error de prohibición.” (14). Por su parte Enrique Bacigalupo elucubra que “...tener la posibilidad de conocer la punibilidad es tener la posibilidad de conocer que el hecho es punible, pero no significa que se requiere también el conocimiento de la gravedad de la amenaza, de allí que el error sobre la cuantía de

la pena no sea relevante” (15). Por último, creo que es correcto resaltar la distinción que hace Eugenio R. Zaffaroni, entre conocer y comprender, el primero implica saber la existencia de que la conducta que ha efectuado está prohibida por el ordenamiento jurídico, y la segunda, es más profunda, ya que implica una introyección de que esas pautas infringidas, realmente es incorrecto o antijurídico su accionar. Es decir, la comprensión es un esfuerzo superior al conocimiento, ya que le debe ser posible la exigibilidad de la internalización de dichas pautas de conductas como correctas, y que conculcarlas es contrario al ordenamiento jurídico (16).

## **5. Error de prohibición:**

Como ya he adelantado ciertos aspectos medulares de error de prohibición, en este punto, me dedicare a tratar de lleno al mismo. Es por ello que debo decir que este error de prohibición, detenta diversos matices, porque las circunstancias humanas y fácticas en la que se puede desarrollar son múltiples. Lo podemos clasificar o dividir en distintos supuestos o tipos. Alberto Bovino divide a este error de prohibición como directo – aquel que recae sobre la norma prohibida o su alcance – e indirecto – este se solventa o basa en la falsa suposición de que se actúa justificadamente –. Este autor continua con este itinerario clasificativo, y comprende que los casos de error de prohibición directo, se pueden subdividir en, error de subsunción – autor conoce la norma pero no sabe que su conducta es contraria a ella por efecto de un error de interpretación –, error de validez – el autor conoce la norma pero la considera invalida por algún motivo –, error de conocimiento – implica el desconocimiento de la existencia de la norma prohibitiva – y error de comprensión – como ya he adelantado, este implica la existencia del conocimiento de la norma pero lo que falta es su comprensión debido a que ha internalizado otras pautas que el Derecho Penal no puede reprocharle –. Por otra parte, en aquellos supuestos donde

se torna operativo el error de prohibición indirecto, este autor entiende que puede adoptar dos formas, la primera consiste en la creencia de que se actúa amparado por una causa de justificación que el ordenamiento jurídico vigente no contempla, y la segunda radica en aquella suposición errónea de estar ante una situación objetiva exigida por una justificante (17).

Por su parte el gran jurista Günther Jakobs, clasifica en dos grandes aspectos a este tipo de error. Esto se puede vislumbrar cuando plasma que “A semejanza de la ausencia del dolo de tipo, así también la ausencia de consciencia del injusto se puede mostrar de dos formas: El autor puede suponer erróneamente que su comportamiento no constituye injusto (idea equivocada positiva) o puede no pensar en absoluto en el injusto (ausencia de idea). Ambas formas han de tratarse del mismo modo, ya que lo esencial es el elemento común de la ausencia de la idea correcta sobre el injusto existente” (18).

Ahora bien, de lo vertido hasta el momento, se puede observar que a grandes rasgos ambos autores coinciden en que el error de prohibición tiene distintas formas de manifestarse por decirlo de alguna manera. Los elementos conceptuales que más me servirán en este trabajo como derrotero para tratar el aspecto más álgido del mismo, son aquellos que se encuentran presente en el error de prohibición en general, ya sea directo o indirecto. Concibo esto así, porque como pondré de manifiesto más adelante, el error de prohibición culturalmente condicionado o motivado – o el error de comprensión culturalmente condicionado en general –, se puede manifestar de ambas maneras, o en el mismo puede recaer en ambas facetas. Por último, me queda por mencionar que al igual que el error de tipo, el error de prohibición puede ser invencible o vencible – es decir, esto atiende a los efectos que genera –. El primero se materializa en aquellos casos donde el agente del injusto penal, tomando todos

los recaudos exigibles a un hombre promedio, y sin embargo no haya podido soslayar el mismo. El efecto que produce, respecto al enfoque analítico de la teoría del delito, es la exclusión total de la culpabilidad. El segundo mencionado, se da en aquellos supuestos en los cuales si el sujeto poniendo la debida diligencia hubiese podido soslayar tal equivoco cognoscitivo en el cual ha caído. El efecto que genera este instituto jurídico, atendiendo a esta vencibilidad o evitabilidad de la caída en dicho error, produce una disminución punitiva, es decir, se disminuye el monto penal del injusto endilgado o el grado de reprochabilidad (19).

**6. Error de prohibición culturalmente condicionado:**

Esta elaboración dogmática encuentra su apogeo cuando fue estudiada y explicada por Eugenio R. Zaffaroni – por lo menos en nuestro país – al tomarla como un auxiliar para brindar resoluciones o soluciones más justas cuando, el infractor de la norma penal, no sea coterráneo de los integrantes de la cultura hegemónica sobre la cual se erige el sistema penal vigente en un Estado. Si bien, me adentrare a ejercer las cavilaciones pertinentes con mayor amplitud en el punto 6.2., quiere aclarar que dicho tipo de error debe tener gran jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, por la gran diversidad étnica que detenta. Por su parte, no tomar este auxiliar dogmático interpretativo, en aquellos casos que lo ameriten y, por supuesto, el no observarlo en los problemas suscitado, indica que la óptica de enfoque parte desde un etnocentrismo discriminador. En prieta síntesis puedo decir que, si este operador analítico, que es quien tiene que decidir – juez – no tiene en cuenta la multiplicidad cultural hoy viviente en nuestras tierras, será totalmente parcial ergo un operador injusto, y sabemos el gran daño directo y colateral, que eso genera en un Estado democrático de Derecho. Esta invitación a escudriñar detenidamente este tema, no

es privativa de los juzgadores, creo, que todos los operadores jurídicos deben dimensionar la realidad imperante en nuestro país y en nuestra Latinoamérica.

### **6.1. La disyuntiva cultural enfocada desde el prisma de la justicia como valor:**

Parto de la base clásica de que la justicia es, dar a cada uno lo suyo, es la *res iusta* – la cosa justa – (20). Este valor jurídico de tan alta valía, como he mencionado *ut supra*, se encuentra inmerso en el compacto conjunto axiológico constitucional, es decir, nuestro preámbulo.

Ahora bien, tomando este valor como norte, debo decir que, si la justicia es dar a cada uno lo suyo, debemos analizar los casos concretos, y tratar de otorgarle el tratamiento más justo. Un auxiliar hermenéutico de índole constitucional, que puede tener gran utilidad a la hora de escudriñar el evento concreto, que se ha judicializado, es precisamente el principio de igualdad – el cual también lo he manifestado a la hora de hacer el resumen de este artículo –.

Como bien sabemos, este principio se traduce en dar un tratamiento igualitario a aquellos que se encuentran en igualdad de condiciones. También, es válido y respetuoso de la amplitud que ostenta el mismo, al elucubrarlo de manera inversa. Lo quiero decir es, que también se debe dar un trato desigual, a aquellos que se encuentren en condiciones desiguales (21).

Otro aspecto a conceptualizar o tratar de poner de manifiesto, es que es la cultura comprendida desde la óptica penal.

Según Miguel Ángel Basílico, quien sigue a Beatriz Kalinsky y a José Hurtado Pozo, entiende que “La cultura, en su relación con el Derecho Penal, la sociología y la antropología social, debe ser comprendida, como un sistemas de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera correcta en que las personas deben reaccionar en una situación determinada. En este sentido, el

profesor peruano – alude a Hurtado Pozo – opina que las costumbres forman parte de la cultura. Desde su nacimiento en un grupo social, el individuo comienza un proceso de adaptación al sistema cultural mediante la imitación o el aprendizaje; de manera que asume modelos culturales, lo que determina la formación de su personalidad. El individuo tiene entonces la capacidad de comportarse de conformidad con las pautas culturales de su grupo social.” (22).

León Olivé acuña un concepto más amplio de cultura, o le da un sentido más extensivo a la misma, ya que sentencia que es “el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o grupos social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, lo Derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.” (23).

Es por lo expuesto, que solo me resta decir que, si queremos dar una respuesta justa a aquellos supuestos donde los infractores a la norma son regnícolas de otras culturas no hegemónicas en relación a la tñe al sistema penal – cultura hegemónica o “dominante” – no debemos eludir, el respeto de la misma, y ejecutar el tratamiento más justo e igualitario posible atendiendo a las pautas culturales del infractor.

## **6.2. Análisis concreto del error de prohibición culturalmente condicionado:**

Este tipo de error ha sido abordado con gran seriedad y elocuencia por el profesor Eugenio R. Zaffaroni. Analiza este supuesto que aquellos casos donde si bien, el agente del injusto puede conocer la antijuridicidad del mismo, no le es exigible que pueda comprenderlo por el hecho de que los patrones o pautas culturales reinantes en su sistema interno son disimiles a la que rigen o dirigen el sistema penal que evaluara su caso concreto.

El autor citado, aclara – según mi criterio le asiste mucha razón – que “... no todo error culturalmente condicionado es un error de prohibición directo, pues el condicionamiento cultural puede provocar errores sobre la causalidad que pueden dar lugar a delitos imaginarios, pero también a atipicidades – errores de tipo – y justificaciones putativas. El planteo general del error culturalmente condicionado excede, pues, en mucho, al del error de comprensión, solo que entendemos que, el error de comprensión elimina la culpabilidad únicamente en el caso en que coincide esta calidad con la del error culturalmente condicionado.” (24).

Para dejar más claro lo expuesto, es dable, dilucidar que a la hora que el Derecho Penal, debe ejercer el correcto reproche al autor del injusto, no le es exigible la efectiva comprensión de la antijuridicidad – porque esto llevaría a infinidad de impunidades – sino lo que basta es la posibilidad que pueda internalizar dichas pautas de conductas con relevancia jurídicas. Demás de claro está que, el conocimiento implica un grado anterior a la comprensión, porque esta última, requiere la introyección de dichas reglas – esto implica, que la norma o pauta, pase a formar parte del andamiaje anímico del sujeto – (25).

Para traer más luces que sombras al tópico bajo abordaje, tomare los ejemplos vertidos por Zaffaroni, el cual grafica esta temática, y distingue con dos supuesto en los casos de error de prohibición culturalmente condicionado de los supuestos de error de comprensión culturalmente condicionado. Este último, el autor mencionado, invoca aquel supuesto en el cual un integrante de nuestra sociedad – o nuestro país – visita a un esquimal en su aldea y este, de acuerdo a su cultura, le ofrece a su mujer perfumada en orines. Es claro que – esta persona nativa de Argentina – la rechazara aunque conozca que su actuar constituye una

injuria grave en ese sistema social. Para Zaffaroni, es más que ostensible que, el juez esquimal, no podría exigirle a nuestro coterráneo que introyecte o internalice esa pauta de conducta como correcta, aunque conozca que su conducta es contraria a las directrices.

Ahora bien, para ejemplificar, como podría materializarse un error de prohibición culturalmente condicionado, este jurista, plasma el caso de – adelante que es un supuesto de error de prohibición indirecto, que se encuentra motivado por la estructura interna cultural del agente del injusto – los miembros de la cultura Ahuca, en el oriente de Ecuador, respecto de sus ataques a los blancos. Los integrantes tienen internalizado, por su largo vínculo con sus propios lineamientos culturales, que los hombres blancos los eliminarán cuando los vean y, por lo tanto comprenden que ese caso – el exterminar o matar al blanco – están actuando en legítima defensa (26).

Pues bien, Zaffaroni es consciente que esta concepción con la que el encara esta temática puede ser objetada o criticada entendiendo que, en el caso que esta persona, integrante de dicha cultura, es traído a nuestro país, no dudaría en matar a cualquier persona – “blancos” – que se le cruce – entiendo que hay un error de prohibición indirecto invencible – sin que el ordenamiento jurídico puede enrostrarle tal conducta. Ahora bien, no cabe duda que estamos ante un supuesto de falta de culpabilidad, pero esto no quiere decir que se deje librada a esa persona a que asesine bajo error. La solución a la que arriba este jurista, es que para ese caso nuestro código penal prevé una medida de seguridad en el tercer párrafo del inciso 1º del artículo 34 del Código penal (27). Textualmente Zaffaroni expone “El presente inciso entre sus causales menciona el error y la ignorancia. Por supuesto que cuando el absuelto por error o ignorancia no

ofrezca peligro, faltara el presupuesto para la aplicación de la medida, pero cuando lo ofrezca corresponderá su internación” (28).

Cambiando de autor, y planteando otro posible abordaje, Enrique Garcia Vittor – citado por Basilico – entiende que el correcto tratamiento de estos supuestos facticos y jurídicos, es en el estamento de la antijuridicidad y debe obrar como una justificante o causal de justificación, argumentando que el artículo 75, inciso 17 de Constitución Nacional “aporta a la discusión, en el ámbito nacional, un importante elemento que nos permitiría solucionar el problema de la diversidad cuando se sustenta en las culturas abarcadas, construyendo una causa de justificación marginada de un solo asentamiento en la actuación por conciencia. Es indudable que en la disyuntiva de cumplir con un deber que surge de la propia cultura u otro impuesto por una norma de la cultura hegemónica, si se opta por el primero, el actuar que incumple el segundo está justificado” (29).

Para concluir con este acápite, según mi entendimiento, al igual que lo elucubrado por Basilico y Zaffaroni, estas problemáticas se tienen que tratar en el campo del error, y establecer un parangón analítico con los elementos estructurales de los diversos tipos de error que conviven en el Derecho Penal, porque lo que hay es un conocimiento o comprensión – dependiendo el caso concreto – deficiente o nulo, que lo que acarrea es la caída en error.

#### **7. Tratamiento en el Derecho comparado:**

Si bien este trabajo apunta a elucubrar la situación de nuestro país y la realidad latinoamericana vinculada a esta cuestión, considero fructífero traer a colación como se enfrenta esta problemática en Europa – principalmente en Francia, Inglaterra y España –, que atienden a modelos asimilacionistas, es decir, que parten de un

principio de igualdad formal, el cual conlleva a prescindir del tratamiento desiguales en casos desiguales.

En Francia cabe destacar que hay una vacuidad de normas expresas que prevean los delitos culturalmente condicionados, esto es producto del criterio asimilacionista, que ineludiblemente desemboca en la no normativización de diferente tratamiento cuando el infractor a la ley penal es participe de otra cultura. No obstante, este país europeo, se viene resolviendo dichas cuestiones de manera pretoriana, elaborando y dejando sentada una exegesis *pro reo*, en aquellos embastes entre normas y cultura. Esto sucede primordialmente en los supuestos de mutilación genital femenina.

En Inglaterra, apunta a una política multiculturalista, pero tampoco detenta normativas específicas para estos supuestos donde un tratamiento igualitario entre desiguales acarrearía ostensibles disimilitudes. Lo que ha optado por hacer este país es, ser tolerante respecto a los componentes culturales de los infractores, y ejecutar una interpretación también *pro reo*, pero limitada a la no vulneración de Derechos fundamentales de los integrantes de la “cultura dominante”.

El modelo español, tampoco recepta positiva o legislativamente el reconocimiento de estos supuestos culturales. Nada dice en su código penal, ni en la parte general como tampoco en la especial, lo cual arroja que su política criminal, es culturalmente neutra. De Maglie, citado por Basílico, expone que “el legislador no puede seguir permaneciendo insensible a estos signos de tiempo, rechazando afrontar de modo razonable el problema de los conflictos culturales, a menos que no quiera ser adelantado por la historia” (30).

Sumergiéndome otro de los tópicos principales del trabajo, debo decir que, esta contienda étnica o cultural, se ve enraizada con gran fervor en Latinoamérica. Esto se pone de manifiesto al avizorar el Derecho comparado de dichos países

latinoamericanos, donde las bases culturales y sociales, encuentran sus primeros vestigios en los pueblos originarios de dichas tierras, que obviamente, tenían y tienen pautas culturales distintas a las que imperan hoy.

Las Constituciones latinoamericanas de Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia, aun con diferencias terminológicas, reconocen tres aspectos relevantes del Derecho indígena. En primer lugar la normatividad, la cual apunta al reconocimiento del derecho consuetudinario de los integrantes de las comunidades indígenas, y el permiso de establecer el marco normativo sobre el cual se va a regir esa cultura, por supuesto, siempre y cuando esto no vaya en desmedro de Derechos fundamentales. Esto les permitirá a las comunidades indígenas, diagramar cómo será su control social interno.

Lo segundo a lo que apuntan es, a la institucionalidad, lo cual está íntimamente ligado a la posibilidad de seleccionar y erigir como serán los grupos que dirigirán dichas comunidades.

Tercero y último, indican el reconocimiento a la jurisdicción, este no reviste mayores particularidades para su comprensión, ya que apunta a la predeterminación interna que tendrán las comunidades aludidas, en la estructura jurisdiccional (31).

Ahora bien, respecto a la circunscripta o ceñida positivización del error de comprensión culturalmente condicionado, quien lo ha concretado ha sido Perú. Tal es así que, si leemos su código penal, en el artículo 15, el mismo reza “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 disminuido se atenuara la pena”. Para comprender el alcance de esta norma, juzgo correcto seguir lo que ha expresado el comentarista del código penal peruano, Felipe Villavicencio,

cuando alude a “el error de comprensión culturalmente condicionado se presenta cuando, el infractor se desarrolló en una cultura distinta a la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conductas de esa cultura. Verbigracia, el miembro de una comunidad nativa de amazonia que práctica actos sexuales (32) con una menor de 14 años, pues en su comunidad es costumbre la convivencia incluso con menores de 12. Generalmente, el error de comprensión culturalmente condicionado es un error invencible de prohibición que exime de responsabilidad. Sin embargo, el condicionamiento cultural no siempre da lugar a un error de prohibición, sino que puede originar distintas clases de errores – errores sobre la causalidad, errores de tipo, justificaciones putativas –. Ejemplo, ciertas comunidades de amazonia peruana actúan en defensa en el convencimiento de que los hombres extraños le agredirán – justificación putativa y no error de comprensión –.”.

#### **8. Reflexión final:**

Como corolario de todo lo que he escrito, entiendo que, es correcta la incorporación en el ámbito legislativo de este instituto jurídico elucubrado en reiteradas oportunidades, porque coadyuva en gran medida a ser respetuoso de los lineamientos constitucionales, y a la vigencia integra de un Estado democrático de Derecho, en miras de la tutela de la dignidad humana en todo su esplendor, acobijado por el principio de igualdad – con los alcances que ya he expresado –.

Considero correcto traer a colación las tres fases que el juez debe verificar para tener la certeza si se encuentra ante supuesto subsumibles en errores de comprensión culturalmente condicionados. En primer lugar, valorar el motivo cultural que ha empujado al sujeto, en segundo, demostrar dicha motivación cultural y que ella responde a una dimensión objetiva y no solo a una cultura individual, tercera, comparar la cultura del grupo étnico del sujeto con la cultura del sistema poniendo

de relieve las diferencias (33). También es dable resaltar otras cuestiones a probarse en el marco del proceso judicial pertinente, como lo son el motivo cultural, pero entendido, como la causa psíquica que ha determinado al sujeto, el cual encuentra su sustento o explicación en la base cultural que porta. Otra cuestión a probarse es, la coincidencia de reacción, entendida como el deber de determinar que la motivación cultural no solo tiene una dimensión personal o individual del sujeto, sino que es parte de la forma de expresar la cultura del grupo étnico al que pertenece. Por supuesto, también deberá acreditarse, la diversidad cultural, la cual deberá compararse la cultura a la que pertenece el autor con la reinante en el país o lugar que lo acoge y así determinar las diferencias entre ambos sistemas (34).

Todas estas cuestiones, podrían acreditarse a través de las pericias técnicas correspondientes, que serán de raigambre antropológica y sociológica.

Respecto a cómo estructurar el proceso penal en estos supuestos, el reconocido jurista Alberto Binder ha sido muy claro al pregonar que “el proceso penal debe ser permeable a la diversidad cultural. Ello significa tanto un tratamiento específico de las diferentes etnias, en especial las aborígenes, como el establecimiento de estructuras procesales más sensibles a las búsquedas valorativas, extendiendo el principio de contradicción hacia esas esferas” (35).

Por último, concluyo en que, este instituto jurídico debe ser incorporado – de *legere ferenda* – en los ordenamientos jurídicos al igual que Perú, porque permite la aplicación reglada del mismo, la cual genera mayor certeza de su alcance. A su vez, juzgo correcto que se materialice una suerte de principio de especialidad – como ocurre en materia de Derecho Penal juvenil –, que atienda a las pautas culturales del caso concreto de aquella persona que se encuentra en conflicto con la ley penal. Esto, insoslayablemente desembocaría en un cambio radical de los sistemas penales

y, por supuestos, en sus operadores. A su vez, implica un exhorto a los mismos, a formarse en el correcto estudio de los componentes culturales imperantes en las sociedades no hegemónicas – en términos culturales – que eventualmente podrían encontrarse en contradicción con las normas penales características de la cultura “dominante” que tiñen al sistema penal vigente como tal. Solo me resta por resaltar que, nunca debemos observar a estas personas pertenecientes a las culturas “minoritarias”, como objetos de tutela, sino como sujetos de derechos, que es lo que son al igual que todos los que integramos la cultura hegemónica.

### **Bibliografía:**

- BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal. Parte general, ed. Hammurabi, 1987, Buenos Aires.
- BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal. Parte general, ed. Temis, 1996, Bogotá.
- BASILICO, Miguel Ángel, Error de prohibición culturalmente motivado, ed. Cathedra, 2017, Ciudad autónoma de Buenos Aires.
- BECERRA, Nicolás, Derecho Penal y diversidad cultural, ed. Ediciones ciudad argentina, 1997. Buenos Aires
- BINDER, Alberto, Diez tesis sobre la reforma de la justicia penal en América Latina, Revista Contribuciones nº 3, 1996, Buenos Aires.
- BOVINO, Alberto, THEMIS: Revista de Derecho, ISSN 1810-9934, Nº. 15, 1989.
- CÚNEO LIBARONA, Mariano, Procedimiento penal. Garantías constitucionales en un Estado de Derecho, ed. La Ley, 2012, Buenos Aires.
- DIAZ y GARCIA CONLLEDO, Miguel, El error sobre los elementos normativos del tipo penal, ed. La Ley, 2008, Madrid.

- GENTILE BERSANO, Fernando, Derecho Penal. Parte general, ed. Librería Cívica, 2019, Santa Fe.
- HERVADA, Javier, “Apuntes para una exposición del Realismo Jurídico Clásico”.
- JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, ed. Marcial Pons, trad. Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis, 1997, Madrid.
- LASCANO, Carlos J., Derecho Penal. Parte general, ed. Advocatus, 2005, Córdoba.
- MANSO PORTO, Teresa. Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal, Cuadernos Luis Jiménez de Asua, n° 2, ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- OLIVÉ, León, Multiculturalismo y pluralismo, ed. Paidós, 1999, México.
- TERRAGNI, Marco Antonio, Tratado de Derecho Penal, ed. La Ley, 2012, Buenos Aires, Tomo I.
- VILLAVICENCIO, Felipe, Código Penal, Antecedentes, fuentes, concordancias, comentarios, jurisprudencia, ed. Grijley, 1997, Lima.
- VILLAVICENCIO, Felipe, Derecho Penal básico, ed. Fondo Editorial, 2019, Lima.
- WELZEL, Hans, Derecho Penal alemán, ed. Editorial jurídica de Chile, trad. Bustos Ramírez, Juan y Yañez Pérez, Sergio, 1997, Santiago de Chile, edición 11ª y 4ª castellana.
- ZAFFARONI, Eugenio R., Manual de Derecho Penal, parte general, ed. Ediar, 2002, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, Eugenio R., Tratado de Derecho Penal, Parte general, ed. Ediar, 1982, Buenos Aires, Tomo IV.

### **Notas:**

\* Quiero agradecer a mi compañera y amiga Sofía López Rosas, por su grata y desinteresada cooperación, en la corrección de las reglas gramaticales inglesas del presente ensayo.

Extiendo el agradecimiento a mi amigo peruano Walter Joe Pascual Sánchez, quien me ha proveído material bibliográfico de su país.

- Diplomado en Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad Católica de Santa Fe), Diplomatura en Derecho Penal. Parte especial en curso (EDUTIC, Villa María, Córdoba), Diplomatura en Investigación Criminal en curso (Universidad Nacional del Litoral), Estudiante avanzado de la carrera de Derecho (Universidad Católica de Santa Fe), Ponente en Congresos relacionados al Derecho Penal, Autor de artículos académicos vinculados a la misma rama del Derecho en diversos sitios web (“Pensamiento Penal”, “Juristas con futuro” España, “Editorial Juris” y “MicroJuris”). Practicante en el Servicio Público Provincial de Defensa Penal (Santa Fe, 1º circunscripción).

(1) Artículo 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”

(2) Artículo 75, inciso 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 lo afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

(3) LASCANO, Carlos J. (AAVV), “Derecho Penal. Parte general”, ed. Advocatus, 2005, Córdoba, p. 15

(4) LASCANO, Carlos J. (AAVV), *ibídem*, nota 6.

(5) GENTILE BERSANO, Fernando, (AAVV), “Derecho Penal. Parte general”, ed. Librería Cívica, 2019, Santa Fe, p. 9.

- (6) BACIGALUPO, Enrique, “Manual de Derecho Penal. Parte general”, ed. Temis, 1996, Bogotá, p.1.
- (7) MANSO PORTO, Teresa. “Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal”, Cuadernos Luis Jiménez de Asua, nº 2, ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- (8) CÚNEO LIBARONA, Mariano, “Procedimiento penal. Garantías constitucionales en un Estado de Derecho”, ed. La Ley, 2012, Buenos Aires, p.141.
- (9) ABRALDES, Sandro, in voce en “Cuestiones actuales de la Teoría del Delito”, charla dictada vía zoom en el marco de la capacitación del Instituto de Magistrados y funcionarios de Lomas de Zamora, en fecha 6 de Mayo de 2020.
- (10) TERRAGNI, Marco Antonio, “Tratado de Derecho Penal”, ed. La Ley, 2012, Buenos Aires, Tomo I, p. 51.
- (11) Artículo 8: Principio de inexcusabilidad: La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico.
- (12) Cabe aclarar – según mi entendimiento – que en este caso la palabra ignorancia, también sería asimilable como error.
- (13) DIAZ y GARCIA CONLLEDO, Miguel, “El error sobre los elementos normativos del tipo penal”, ed. La Ley, 2008, Madrid.
- (14) WELZEL, Hans, “Derecho Penal alemán”, ed. Editorial jurídica de Chile, trad. Bustos Ramírez, Juan y Yañez Pérez, Sergio, 1997, Santiago de Chile, edición 11ª y 4ª castellana, p. 202.
- (15) BACIGALUPO, Enrique, “Derecho Penal. Parte general”, ed. Hammurabi, 1987, Buenos Aires, p. 270.
- (16) ZAFFARONI, Eugenio R., “Manual de Derecho Penal, parte general”, ed. Ediar, 2002, Buenos Aires, ps. 541 y 542.
- (17) BOVINO, Alberto, THEMIS: Revista de Derecho, ISSN 1810-9934, N°. 15, 1989, págs. 31-36
- (18) JAKOBS, Günther, “Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”, ed. Marcial Pons, trad. Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis, 1997, Madrid, p. 673.
- (19) GENTILE BERSANO, Fernando (AAVV), op.cit., p. 259.
- (20) HERVADA, Javier, “Apuntes para una exposición del Realismo Jurídico Clásico”, p. 281.

- (21) BECERRA, Nicolás, “Derecho Penal y diversidad cultural”, ed. Ediciones ciudad argentina, 1997, Buenos Aires, p. 21.
- (22) BASILICO, Miguel Ángel, “Error de prohibición culturalmente motivado”, ed. Cathedra, 2017, Ciudad autónoma de Buenos Aires, p. 40
- (23) OLIVÉ, León, “Multiculturalismo y pluralismo”, ed. Paidós, 1999, México, Ps. 41 y 42.
- (24) ZAFFARONI, Eugenio R., “Tratado de Derecho Penal, Parte general”, ed. Ediar, 1982, Buenos Aires, Tomo IV, ps. 200 y 201.
- (25) BOVINO, Alberto, op.cit., p. 34.
- (26) ZAFFARONI, Eugenio R., op.cit., p. 201.
- (27) “En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenara la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieran peligroso”.
- (28) ZAFFARONI, Eugenio R., op.cit., ps. 549 y 550.
- (29) BASILICO, Miguel Ángel, op.cit., ps. 99 y 100.
- (30) BASILICO, Miguel Ángel, op.cit, p. 70.
- (31) BASILICO, Miguel Ángel, op.cit., p. 87.
- (32) VILLAVICENCIO, Felipe, “Derecho Penal básico”, ed. Fondo Editorial, 2019, Lima, p.92.
- (33) BASILICO, Miguel Ángel, op. cit., p. 110.
- (34) BASILICO, Miguel Ángel, op. cit., ps. 54 y 55.
- (35) BINDER, Alberto, Diez tesis sobre la reforma de la justicia penal en América Latina, Revista Contribuciones n° 3, 1996, Buenos Aires.