

La diversidad cultural en el Sistema de la Teoría del Delito

Sebastián Andrés Lipari¹

SUMARIO: I.- Sociedades Complejas y su Diversidad Cultural; II.- Teoría del Delito y Derecho Penal de un Estado Pluricultural, democrático y de derecho; III.- Argentina: Estado-Nación pluricultural; IV.- Infracciones cometidas dentro de la comunidad por parte de sus integrantes; V.- Aplicación de criterios de imputación a sujetos que pertenecen a las comunidades originarias; VI.- Aproximaciones Finales; VII.- Bibliografía.

RESUMEN: La propuesta formulada en este artículo es la de aplicar el sistema de la teoría del delito para resolver la atribución de responsabilidad penal a un sujeto de una cultura diversa reconocida por el Estado Nacional desde el enfoque multidisciplinario del funcionalismo, específicamente de áreas del conocimiento como la antropología y la sociología, y desde la perspectiva del Derecho Penal de un Estado pluricultural, democrático y de derecho, que respeta principios fundamentales surgidos de normas de jerarquía constitucional. Así y en el caso concreto, mediante esta propuesta se podrá advertir que la conducta realizada por el sujeto culturalmente diverso perteneciente a los pueblos originarios puede devenir en atípica, justificada, o bien se puede determinar la imposibilidad del

¹ Sebastián Andrés Lipari, Abogado. Secretario de Sumarios e la Corte de Justicia. JTP de Derecho Penal Parte General en la Facultad de Derecho y en la Carrera de Perito en Criminalística UNCa. Ex Fiscal de Instrucción de Quinta Nominación de la Primera Circunscripción Judicial de Catamarca.

sujeto activo de comprender la antijuricidad de su accionar (error de prohibición o de comprensión culturalmente motivado) que excluyen o eliminan la culpabilidad

PALABRAS CLAVE: Teoría del Delito - Diversidad Cultural - Error de Tipo - Ejercicio Legítimo de un derecho - Error de Prohibición Culturalmente Motivado.

I.- Sociedades complejas y su diversidad cultural

La noción de cultura es inherente a la reflexión de las ciencias sociales. Estas las necesitan para pensar de alguna manera, en la unidad de la humanidad en la diversidad, sin hacerlo en términos biológicos. Parece proporcionar la respuesta más satisfactoria a la cuestión de la diferencia de los pueblos, y el hombre es esencialmente un ser de cultura.

El encuentro de culturas no se produce sólo entre sociedades complejas sino también entre grupos sociales que pertenecen a una misma sociedad de estas características. Es posible observar que las jerarquías sociales determinan las jerarquías culturales, lo que no significa que la cultura de un grupo dominante determine la cultura de los grupos dominados.

Roger Bastide, formado tanto en la sociología como en la antropología, parte de la idea de que lo cultural no puede estudiarse independientemente de lo social: las relaciones culturales deben ser estudiadas tanto, en el interior de los diferentes marcos de relaciones sociales, que pueden favorecer relaciones de integración, de competencia, de conflicto, etc. (1).

Por su parte, según Ariel Garavano la cultura hoy en día emerge como una categoría construida en gran medida a partir de la problemática que planteaba la expansión colonialista y su correspondiente visión del mundo: el cruento y asimétrico encuentro con la diversidad respecto a Occidente(2).

II.- Teoría del Delito y Derecho Penal de un Estado Pluricultural, democrático y de derecho

En nuestra sociedad desarrollada dentro de los cánones y pautas de la cultura occidental, respetamos, comprendemos y nos adecuamos a un sistema que implica la configuración de un Estado de Derecho, la división de funciones o poderes y el sistema democrático de gobierno. En este sistema, es el Estado quien administra justicia.

Y si el modelo de Estado debe determinar una concepción del Derecho Penal, ésta ha de ofrecer el soporte de sus dos componentes básicas: *la pena y el delito*. Estado, Derecho penal, pena y delito se hallan en una estricta relación de dependencia. La teoría del delito constituye, en efecto, la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido y penado por el Derecho Penal, y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea jurídico-penalmente prohibible y punible (3).

El sistema de la teoría del delito es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley penal abstracta a un caso concreto. La teoría de la aplicación de la ley penal cumple con una doble función mediadora: media entre la ley y el caso concreto y entre la ley y los hechos objeto del juicio ya que cada una de las categorías de la teoría del delito hacen referencia a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe aplicar la ley.

La teoría del delito entonces es un sistema metodológico y técnico que permite establecer la existencia del delito, cómo, cuándo, en qué medida se aplica la ley penal dentro de un caso concreto y su eventual sanción determinando su responsabilidad.

Consistiendo en una teoría mediante la cual el juez trata de establecer cuando el actuar de un sujeto que provoca la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico puede serle imputado como un delito (teoría fundada en reglas de imputación) (4), debe decirse que una vez comprobada la existencia de un injusto penal, esto es, la existencia de un tipo penal (activo u omisivo) antijurídico, restará determinar a los efectos de establecer si media la comisión de un delito, el marco vivencial personal y el contenido subjetivo con que fue ejecutado el injusto, lo que implicará la posibilidad de reprochar dicho injusto criminal al autor.

El delito como un ente jurídico que no se limita a una mera descripción de conductas con relevancia penal, sino que introduce juicios acerca de las conductas descriptas por el tipo conforme al principio de legalidad y en esos juicios, no solo encontramos la comprobación de situaciones fácticas y jurídicas, sino también de méritos acerca de esas situaciones y de sus intervinientes.

Ahora, ¿que sucede si en el caso concreto debe aplicarse la ley penal a un sujeto de una cultura diversa reconocida por el Estado Nacional?

En este caso, la respuesta debe darse desde el enfoque multidisciplinario del funcionalismo, específicamente de áreas del conocimiento como la antropología y la sociología, las cuales acuden en auxilio de la dogmática penal para la interpretación de conductas.

III.- Argentina: Estado-Nación pluricultural

El art. 75 inc. 17 de la CN textualmente reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. María Angélica Gelli advierte que la primera frase del inc. 17 art. 75 CN constituye un equívoco porque en realidad el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas argentinos fue realizado por el convencional constituyente de 1994 por lo que en consecuencia, el Congreso Federal no debe efectuar ninguna manifestación posterior al respecto. Solo queda la obligación de garantizar a través de la legislación, los derechos reconocidos. Esta fórmula quiso ser una síntesis de inclusión nacional, resguardo de la propia identidad originaria, consagración de la pluralidad cultural y mantenimiento de un único Estado. (5)

La nueva cláusula no implica la admisión de otra nación dentro de la Nación Argentina, en base a que el dispositivo responde a una naturaleza descriptiva que se deriva de su propia estructura lingüística. Hubo quienes pensaron que “pueblo”, en plural, podía incitar a la desmembración o desintegración, por aquello que en el Derecho Internacional se ha hecho corriente la locución “autodeterminación de los pueblos”.

Éste no es el alcance con que se ha incorporado la palabra, ya que a “pueblo” se le añade el adjetivo “argentinos” lo que está dando una pauta de integración – en cuanto a territorialidad y nacionalidad – y “pueblo” sería equivalente a población de modo tal que “los pueblos aborígenes argentinos” vienen a definir los sectores de población o comunidades grupales que componen al conjunto humano que es el elemento de nuestro Estado.

De acuerdo al Art. 75 inc. 17° en el 2° párrafo, se reconoce a los pueblos indígenas “la personería jurídica” lo cual implica que ello de ningún modo puede significar erigir “Estados” dentro del estado o segmentar a éste en parcialidades dislocadas. Por ende, el hecho que las comunidades indígenas obtengan una personalidad jurídica como tantas otras agrupaciones y entidades colectivas implican emitir su organización acorde con su característica propia de tales sujetos de derechos pero, a la vez, con la peculiaridad asociativa que le imprime la índole indigenista. (6)

Mediante este reconocimiento de carácter constitucional, la Nación Argentina es una sociedad multiétnica y pluricultural pero única, integrada e indivisible, acentuando que la preexistencia de los pueblos originarios implica en primer lugar el reconocimiento de las comunidades originarias como sujetos de derechos.

Pero son los individuos que integran este colectivo son quienes le dan sentido a su propia existencia, según la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *“Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua”*. Dicha jurisprudencia, aplicable a nuestro sistema, requiere por un lado la determinación de la existencia de la eventual comunidad, su ocupación ancestral en el territorio reclamado, y el respeto de los derechos de quienes pudieran resultar afectados. (7)

En ese sentido, en Expte. S 4-07-154 autos *“López, Clemente y Sayhueque, Hipólito s/ Usurpación”* el juez de instrucción N° 2 de Bariloche provincia de Río Negro dicta con fecha 26/05/2008 el sobreseimiento de los imputados fundando su decisión en el error en la conducta de los mismos y en que el tema del derecho indígena excede al derecho penal. Sostiene *“que los derechos se garantizan colectivamente a los pueblos e individualmente a sus miembros, aún en su ejercicio individual se trata de derechos que se ejercen grupalmente y que protegen la identidad, prácticas e instituciones diferenciadas de los pueblos indígenas...”*.

Por ello, la respuesta a la pregunta antes formulada no debe darse únicamente desde el punto de vista dogmático, sino socializando conocimientos dogmáticos y político - criminales, desde una perspectiva democrática compatible con el paradigma Constitucional y Convencional de los Derechos Humanos.

No olvidemos que el Derecho Penal ocupa un segundo lugar dentro del ordenamiento jurídico, es decir, por debajo del Derecho Constitucional, que establece las condiciones bajo las cuales el Estado debe ejercer el poder sancionador. Como bien dice Bacigalupo, la ley penal es una expresión de una determinada concepción del Estado y también de la sociedad, es por ello que la idea de Estado ejerce una función que podríamos llamar decisiva en su configuración. (8)

Lo dicho cobra dimensión a la hora de determinar la existencia o no de la comisión de un delito cuando el sujeto activo se reconoce como perteneciente a un pueblo o comunidad originaria.

Todos, en forma individual tenemos los derechos particularmente reconocidos por la CN en todos y cada uno de los casos, pero lo que se reconoce con esta nueva norma es a los pueblos indígenas como entidades colectivas, como construcciones colectivas que a lo largo de la historia han producido y reproducido un valor étnico y cultural. Este reconocimiento genera como se dijo, un nuevo sujeto de derechos, distinto del individuo.

A este nuevo sujeto de derechos en la misma normativa se le reconoce una serie de derechos específicos entre los que se encuentran, en primer lugar, el derecho a garantizar su identidad étnica histórica y cultural.

Siendo que los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación, y tienen jerarquía superior a las leyes nacionales (Constitución, arts. 31 y 75, párrafo 22), el Convenio 169 de la OIT, incorporado a nuestro ordenamiento con jerarquía suprallegal, otorga a los pueblos indígenas fuertes derechos respecto de los recursos naturales que les pertenecen y, además, respecto de aquellos sobre los cuales tengan “intereses” como ser su identidad étnica y cultural.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a la que la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha descripto como de importante relevancia para interpretar cómo debe aplicarse la Convención Americana de Derechos Humanos en nuestro ordenamiento, ha sostenido que los principios consagrados en el Convenio 169 también se encuentran protegidos por otros instrumentos internacionales. Los tribunales superiores de diversos países de Latinoamérica han exigido el cumplimiento de los derechos que el Convenio otorga a los pueblos indígenas respecto de los recursos naturales. En Argentina la cuestión no está tan desarrollada como en otros (Bolivia y Costa Rica, por ejemplo). Sin embargo, la Corte se ha hecho eco del Convenio en cuestiones relativas a la propiedad de las tierras.

La Ley 24.071 (que se promulga de hecho en 7/4/1992 pero que recién entro en vigor el 3/7/2000 al publicarse en el BO a través de la Ley N° 24.080), incorpora al ordenamiento interno el Convenio N° 169 de la OIT que en su art. 10 dice: *“cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos originarios deberá tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales”*.

Es así que en nuestro país, diversos tribunales han entendido que el Convenio 169 de la OIT está por arriba de las leyes federales como ser los códigos. El control de convencionalidad efectuado por dichos tribunales, teniendo en cuenta las cláusulas de la CADH, más las interpretaciones que de ello y del mencionado

convenio ha hecho la Corte IDH en sus sentencias y opiniones consultivas, les ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

La Sala N° I de la Cámara en lo Civil y Comercial de Jujuy en Expte. N° B-36.559/98 caratulado: “*Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente- Pueblo Cochinoca c/ Estado Provincial S/Prescripción Adquisitiva*” de fecha 14/09/2001 señala que nuestro derecho positivo ha incorporado un concepto nuevo de propiedad, el de propiedad comunitaria, conforme el cual, el ejercicio de la posesión no se hace por una persona física determinada, sino por el grupo que forma esa comunidad. A partir de prueba testimonial y de la visita a la comunidad, el tribunal consideró que el sujeto intergeneracional “comunidad indígena” no sólo cumplía con el requisito de posesión pacífica e ininterrumpida por veinte años, sino que había estado en posesión de sus territorios desde épocas prehispánicas. Por ende, da por probada la posesión pacífica e ininterrumpida de la comunidad, y acepta la demanda, concediendo a la comunidad la titularidad colectiva de la parcela reclamada.-

Por su parte, la Corte de Justicia de Salta en autos “*Comunidad Indígena Hoktek T’Oi Pueblo Wichi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo - recurso de apelación*” de fecha 8 de septiembre de 2003 examinó la cláusula constitucional aludida. Los miembros de la comunidad indígena Hoktek T’Oi impugnaron, a través de una acción de amparo, dos decretos emitidos por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta, que autorizaba actividades de desmonte (tala de árboles) en el territorio ancestral de la comunidad. Así, el tribunal superior expresó que a partir de la admisión de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, se estableció “el reconocimiento a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan” y se dispuso “asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten”, lo que a su entender constituía un núcleo normativo operativo.(...) Invocó diversas leyes nacionales y provinciales vinculadas con la cuestión y ponderó que la ley 24.071 había aprobado el convenio 169 de la OIT sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes”.

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5. Secretaría única, IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro. Caso: “*Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otro s/desalojo*” (expte. 14012-238-99) de fecha 12 de agosto de 2004 trata una demanda de desalojo dirigida por propietarios privados de una finca contra miembros de una comunidad indígena. Los miembros de la comunidad indígena Kom Kiñe Mu de la reserva Ancalao habían desempeñado labores para los actores, y la relación laboral había concluido. Los miembros de la

comunidad indígena se oponen al desalojo, señalando la posesión ancestral de sus tierras comunitarias. El Tribunal da por probada la pertenencia de los demandados a la comunidad indígena, y señala que la existencia de la comunidad y la posesión comunitaria de sus tierras ancestrales están reconocidas por la ley argentina, y emplea el Convenio núm.169 de la OIT para fijar el criterio de pertenencia a la comunidad indígenas (la autoidentificación), (Convenio que según el tribunal, “*constituye la reglamentación actual de la cláusula constitucional*”) y para interpretar la noción de título sobre las tierras, señalando que basta la preexistencia de la comunidad y la posesión comunitaria para que se configure la noción de título. Por estas razones, el Tribunal rechaza la demanda de desalojo de los miembros de la comunidad indígena.

Establece en su sentencia que: “*(e)l derecho reconocido por el constituyente es plenamente operativo (...)*. Entiende que el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad de sus tierras ancestrales surge de normas constitucionales y del Convenio núm.169. El fallo señala también que la propiedad comunitaria de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas constituye un nuevo tipo de propiedad, regida en gran medida por el derecho público, y que por ende es necesario adaptar algunas nociones del derecho privado para aplicarla. Es interesante destacar la declaración del tribunal de que “la ratificación del C 169 constituye la reglamentación actual de la cláusula constitucional”.

Como se ve, la justicia de nuestro país a través de la jurisprudencia ha comenzado a hacer efectivo el mandato constitucional, adaptando conceptos normativos e instituciones del derecho común a las exigencias establecidas el marco de esta Argentina multiétnica y pluricultural, única, integrada e indivisible, y en particular al reconocimiento de las comunidades originarias como sujetos de derechos.

El Convenio 169 incluye también aspectos vinculados con la aplicación del derecho penal, que han sido igualmente objeto de consideración por parte de tribunales de distintos países de América Latina. Puede señalarse que el Convenio 169 requiere por un lado, el respeto del sistema de justicia propio de los pueblos o comunidades indígenas, con el límite de la observancia de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución y por los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 9.1). Por otro lado, en aquellos casos en que personas indígenas sean sometidas a la justicia penal estatal, impone algunas garantías específicas, como el derecho a un intérprete (artículo 12), la preferencia por las penas no privativas de libertad, cuando ello sea posible (artículo 10.2), y *el*

deber de las autoridades judiciales de tener en cuenta las costumbres y características culturales de los pueblos indígenas en materia penal (artículos 9.2 y 10.1).

Con lo hasta aquí razonado resulta pertinente reformular aquella primera pregunta de la siguiente manera ¿se puede imponer una pena a una persona que por sus propias características individuales al momento de realizar la conducta no la identificó como delito? y como primera aproximación, la respuesta es que en ningún supuesto corresponde aplicar una pena a quien no haya podido por lo menos comprender que estaba llevando a cabo un delito.

De lo reseñado, vemos que el objeto del presente trabajo comprende dos campos de acción: Las “infracciones” cometidas dentro de la comunidad indígena por sus mismos integrantes y, particularmente, los hechos cometidos por los integrantes de la comunidad originaria por fuera de ésta es decir, a personas que no integran la misma y por ende se encuentran sujetas a la aplicación del derecho común y son objeto de estudio de la dogmática.

IV.- Infracciones cometidas dentro de la comunidad por parte de sus integrantes

La mayoría de nosotros ignoramos que en nuestro país existen pueblos originarios regidos por sus propias costumbres y prácticas sociales y por ende, desconocemos que su cultura cuenta con sistemas de solución de conflictos para los miembros de sus comunidades, el cual generalmente tiene la característica de reparador y resulta incluso más efectivo.

Gladys Yrureta (9) postula la perspectiva preservacionista de las culturas nativas. Según esta posición los grupos humanos no integrados a la civilización occidental no deben ser regidos por las leyes ajenas a su cultura, elaboradas por el hombre civilizado en base a esquemas culturales que no han sido asimilados (y que resultan difícil de serlo) por los nativos. Dichos grupos humanos no deben ser sometidos a la jurisdicción del Estado que los domina, se deben crear jurisdicciones especiales a cargo de las comunidades nativas. (10)

Países como México, Perú, Colombia, Nicaragua o Paraguay receptaron constitucionalmente el hecho de se tomarán en cuenta las prácticas y costumbres jurídicas de los pueblos originarios. En argentina, uno de los principios de soberanía territorial se encuentra establecido en el art. 4 CCyC: *“Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales”*

y en el art. 1 del Código Penal con el principio de territorialidad de la Ley Penal que prescribe la validez de la ley penal Argentina “...*para los delitos cometidos en el territorio de la Nación Argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción*”.

Sin embargo, dado que la norma fundamental receptó el reconocimiento a la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios, se le debe otorgar preeminencia, ya que el reconocimiento jerárquico de la cultura de los pueblos aborígenes abarca necesariamente su sistema normativo ya sea escrito o consuetudinario por el que se rigen o se han regido, y ello no debe ser dejado de lado si se intenta un análisis serio de la cuestión, con la única barrera limitante para su aplicación de que ello no sea contrario al orden público. (11)

En esa inteligencia, el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (Ley N° 24.071) en su art. 9.1 establece que “*en 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 recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros*”, agregando el artículo 10.2 que “*deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento*”.

Por su parte, el Anteproyecto del Código Penal de la Nación del 2014 elaborado por la comisión integrada por Eugenio Raúl Zaffaroni, León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo estableció en el Libro Primero Título III denominado de las Penas y Medidas art. 19, las causales de exención y reducción de la pena, refiriéndose puntualmente en el inc. b) que se eximirá de pena o se aplicará una pena por debajo del mínimo “*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*”.

En la exposición de motivos del Anteproyecto (p. 94) la Comisión fundamenta dicho supuesto en que en el caso de conflicto entre miembros de la comunidad originaria, el hecho de imponer una pena prevista en el Código Penal desconociendo la circunstancia de que éstas cuentan con sistemas de solución de conflictos para los suyos, importa admitir en el plano material, una doble punición (la originaria y al estatal). Por tales razones, se prevé que en esos supuestos el juez pueda disminuir la pena o prescindir de ella para evitar dicha consecuencia.

Por ello, si tenemos en cuenta que el mandato constitucional del art. 75 inc. 17 de la CN como lo viene sosteniendo la jurisprudencia nacional es plenamente operativo, y que el Convenio N° 169 de la OIT importa el reglamento de la

cláusula constitucional de la norma con jerarquía suprallegal, resulta necesario establecer normas de fondo y de forma para este tipo de infracciones de naturaleza penal pero siempre teniendo en cuenta como límite los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos (Convenio de la OIT art. 8.2).

V.- Aplicación de criterios de imputación a sujetos que pertenecen a las comunidades originarias

El objeto de la teoría del delito es formular reglas generales que sin afectar las particularidades de cada caso, sirvan para imputar cualquier hecho punible a determinadas personas a las que se atribuye responsabilidad en su comisión. Se trata en consecuencia de presentar aquellas exigencias que en todos los casos deben cumplirse para que una determinada acción sea punible.

Consecuentemente, es una teoría que obliga a una abstracción, que sin embargo no responde a un interés puramente teórico o especulativo, pues está destinada a cumplir una función práctica: como la teoría del delito enuncia una serie de presupuestos o condiciones de imputación, favorece una jurisprudencia nacional, objetiva e igualitaria. Si no existieran esos principios generales, exigibles en todos los casos, fiscales y jueces formularían sus imputaciones en función a criterios emocionales inseguros, los que inevitablemente generaría inseguridad jurídica. (12)

Si bien en la legislación comparada se han desarrollado -en el ámbito de los elementos negativos de la culpabilidad- fórmulas que consagran la inimputabilidad (por ejemplo el Código Penal de Bolivia de 1973 dispuso en su artículo 17 inciso 5° que: *"Son inimputables: (...) el indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización"* y el Código Penal de Colombia de 1980, si bien no se refiere de manera expresa a la situación del indígena en el artículo relativo a la inimputabilidad, cuando se ocupa de las medidas de seguridad (Libro Primero – Título Quinto), incluye bajo el epígrafe *"Otras medidas aplicables a los inimputables"* (art. 96), la siguiente disposición: *"Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural"* esta solución a mi juicio sería desconocer a la persona perteneciente a una etnia determinada como sujeto de derechos al asimilárselo a un menor de edad o un enfermo por su falta de capacidad (ver 34 inc 1).

Siguiendo a Mir Puig, el delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible. Sus dos pilares básicos son la antijuridicidad -el comportamiento humano y su tipicidad pueden verse como condiciones de la antijuridicidad penal- y la culpabilidad. *Antijuridicidad* significa aquí objetiva contrariedad al Derecho Penal (como juicio inter-subjetivo, esto es, válido para todo sujeto), mientras que *culpabilidad* significa posibilidad de imputación personal del hecho antijurídico a un sujeto responsable.

Francisco Javier Pascua en su trabajo *Reprochabilidad Penal de la Culpa Psicológica a la Culpa Funcional* (13) sostiene que la teoría del delito se compone de dos etapas:

La primera abarca el denominado *injusto penal* esto es, la determinación de la ley aplicable a la acción u omisión lesiva y peligrosa (encuadramiento del tipo) y en su caso, si el hecho se opone al ordenamiento jurídico (antijuridicidad).

En esta etapa el juez realiza *un juicio objetivo de verificación y de atribución*, (la antijuridicidad de Mir Puig) determinando la acción u omisión típica, si existe el resultado y en su caso su vínculo desde lo causal (una verificación desde la relación causal) y normativo (imputación objetiva), con el hecho estableciendo el autor del injusto personal y si tal acontecer trastoca o se enfrenta al orden jurídico (conducta típica y antijurídica).

La segunda etapa es la atribución del hecho a su autor de acuerdo a su conducta, basado en el deber jurídico no observado por el mismo es decir, *desde el reproche*. El juez realizará un juicio de desvalor objetivo-subjetivo (o de reprochabilidad) tomando en cuenta dos criterios: el de exigibilidad o inexigibilidad en derecho de otra conducta del autor y el de motivación o falta de la misma en la norma jurídica conforme la capacidad de comprensión de la criminalidad del acto.

Entonces, la conducta del sujeto será reprochable cuando dándose el juicio de verificación, medie *responsabilidad* por el hecho (deber de exigibilidad de la conducta) y *culpabilidad* (falta de motivación en la norma cuando pudo motivarse).

Para un importante sector de la doctrina, el concepto de reprochabilidad sería *el tercer estamento analítico del delito* (Maurach lo denominó atribuibilidad como estrato central del delito junto con tipo y antijuridicidad). (14)

Pero en realidad la reprochabilidad no es ni más ni menos que un juicio de valor en cabeza del operador judicial por la que se establece la calidad disvaliosa del hecho y del autor, que constituye la desaprobación jurídico penal.

Partiendo de que el delito es un ente jurídico que no se limita a una mera descripción de conductas con relevancia penal, sino que introduce juicios acerca de las conductas descriptas por el tipo penal conforme el principio de legalidad y en esos juicios se demanda no sólo la comprobación de situaciones fácticas y jurídicas, sino también de méritos acerca de esas situaciones y de los sujetos intervinientes, el juez debe realizar dos pasos: a) Un juicio de verificación que demanda la comprobación de la existencia de una acción u omisión típica que afecta a bienes jurídicos tutelados penalmente, su atribución objetiva a una o más personas y la verificación de si esa conducta es contraria al orden jurídico (antijuricidad). A posteriori, la existencia o no de la responsabilidad por el hecho y de la culpabilidad, y b) un juicio valorativo (de reprochabilidad) que se ha de integrar con la previa verificación de la responsabilidad por el hecho y de la culpabilidad. (15)

Desde la propuesta de aplicar la Teoría del Delito con un enfoque funcionalista/multidisciplinario en un Derecho Penal de un Estado pluricultural, democrático y de derecho, respetando principios fundamentales que surgen de normas de jerarquía constitucional, la solución puede darse partiendo del análisis verificadorio que se le formula al autor de un injusto penal perteneciente a los pueblos indígenas (es decir si existió acción y ésta es típica y antijurídica), y valorativo al no haberse comportado observando la norma jurídico penal (motivación) cuando de acuerdo a las circunstancias de exigibilidad del caso, y conforme a la comprensión de la criminalidad de su proceder, le es requerido.

Desde ese enfoque, se puede considerar a la conducta realizada por el sujeto culturalmente diverso perteneciente a los pueblos originarios como *atípica* (ausencia de tipicidad subjetiva o error de tipo), *justificada* (en razón del ejercicio legítimo de un derecho o la colisión de deberes), o bien establecer la imposibilidad del sujeto activo de comprender la antijuricidad de su accionar (*error de prohibición o de comprensión culturalmente motivado*) que excluyen o eliminan la culpabilidad.-

a) La conducta atípica o error de tipo

La adecuación típica de los delitos dolosos se caracteriza porque el hecho descrito en el tipo penal registra una coincidencia entre la voluntad del autor y la realización de la acción.

En la acción se dan elementos exteriores objetivos, y elementos subjetivos que transcurren en la conciencia del autor como el dolo o los especiales elementos subjetivos de la autoría (homicidio *criminis causa*) o del ánimo (homicidio por placer).

El dolo se caracteriza por el conocimiento y la voluntad de realización del tipo objetivo por lo que el autor, para obrar con dolo debe haber tenido conocimiento de la realización del tipo objetivo y ese conocimiento debe ser actual es decir, en el momento que se ejecuta la acción: deben conocerse los elementos del tipo objetivo, los descriptivos que se conocen por medio de los sentidos, o los normativos que requieren de una valoración jurídica (p.ej. Cheque, documento público, derecho real) pero del hombre medio no del técnico jurídico. -

Si el autor tiene una falsa representación de un elemento del tipo objetivo (error) o si directamente ignora su existencia faltará el conocimiento del tipo objetivo, desaparecerá la voluntad de realizar un hecho que no es el típico según su conocimiento excluyendo en consecuencia el dolo.

Ejemplo de ello es el caso del art. 181 CP: el verbo típico es el que *despojare a otro total o parcialmente del uso y goce 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.*

Se verifica en el tipo la existencia de una gran cantidad de elementos normativos (posesión clandestinidad, tenencia, inmueble, derecho real) que, en caso de formar una imputación a miembros de comunidades originarias, oscurecen conceptos en lugar de aportar mayor certeza respecto de la conducta incriminada y debilitan así la legalidad del tipo penal.

Muchos de esos conceptos están definidos en el Código Civil y Comercial, y los restantes como la clandestinidad, dependerán de la valoración que haga el juez en el caso concreto, además de los amplios márgenes de indeterminación que esta valoración judicial representa, aplicándose valores y significados de la cultura dominante.

Para los miembros de las comunidades originarias inmueble es hábitat y territorio, es un vínculo histórico religioso y espiritual con la tierra sin límites determinados, el uso del mismo es distinto al sistema de producción, como es el uso comunero de la tierra.- Claudia Ibañez, Rodrigo P. Freire Méndez.

En el fallo perteneciente al **Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional de II Nominación de Bariloche, Rio Negro, Expte. n° 428/04 - "Guarda Fidel psa. usurpación" de fecha 10/11/2004** en la que se procedió a la imputación de una persona perteneciente a la cultura Mapuche, que había construido su vivienda de características precarias para uso familiar dentro de una

estancia, se resalta la falta del elemento subjetivo (dolo) en cabeza del sujeto activo y en consecuencia la atipicidad de su conducta. Hace referencia al respeto de las tradiciones, creencias y actuales formas de vida de la comunidad originaria, resaltando la importancia ancestral del lugar, el derecho a la tierra y el derecho de la población aborigen a la "autodeterminación".

En el fallo de mención el juez señala que *"el letrado defensor de Guarda expuso con claridad los motivos y las circunstancias que permiten considerar que la presencia del prevenido y su grupo familiar en el lugar que nos atañe pueda ser calificada como histórica. Para ello efectuó una pormenorizada descripción de los instrumentos públicos que registran la presencia de sus ancestros desde hace muchísimos años atrás en el lugar, así como de los valores que suponen para la comunidad Mapuche de la cual forman parte, el cuidado de la naturaleza -en este caso, de los pocos árboles existentes en el sitio-, y la protección del cementerio que aloja a sus parientes y seres queridos."...(...)"Ello guarda relación con la imputación que se le efectuara y con los descargos que virtiera Guarda a la hora de deponer en indagatoria."...(...)"Tampoco se ha verificado que se consumaran algunos de los supuestos previstos en el artículo 181 del Código Penal. Ello por cuanto si bien es cierto que Guarda habría iniciado una construcción precaria en el sector denominado Tres Picos, dónde conviviría con su familia, no lo es menos el hecho de ser un antiguo poblador de esas tierras, las cuales a esta altura del partido resultan litigiosas, y sobre las cuales legítimamente se considera titular de derechos."...(...)"Al respecto la jurisprudencia ha sido clara al señalar que: "Como la forma imprudente o negligente no está prevista para la usurpación, al existir un error de tipo excusable -que excluye el dolo, dejando subsistente la culpa-, por falta del aspecto subjetivo, la conducta del encausado es atípica" (CNCC, sala IV, 27-9-90, "B., D. H.", c.38.292).*

Mas allá de la jurisprudencia analizada, considero que la solución para este tipo de situaciones es la formulada por Enrique García Vitor quien sostiene que, para los casos en que un sujeto perteneciente a una cultura minoritaria (le agregaría reconocida por el Estado nacional) realiza una conducta que para su entorno no es típica pero si lo es para la sociedad donde se encuentra inserto, será necesario encontrar soluciones alternativas a la problemática que surge de la contradicción de la norma en que se expresan los valores de la cultura hegemónica, con otra que valorativamente se encuentra sustentada en la cultura minoritaria o diversa, revisando para ello las estructuras jurídicas (propias de la teoría del delito) donde se advertirá en qué casos y con cuales alcances la obligatoriedad de la norma puede excepcionarse. (16)

b) Ejercicio legítimo de un derecho o Colisión de Deberes como Causa de Justificación

Ha sido el profesor García Vitor quien ha desarrollado, en forma más orgánica, una propuesta a esta problemática desde la perspectiva de las causas de justificación. Considera que el ámbito de la antijuridicidad resulta el más apropiado para resolver la cuestión, correspondiéndose con los principios que sustentan un auténtico orden político democrático. (17)

En estos casos, uno de los interrogantes que se presentan en un primer plano es el de sí, el deber incumplido, constituye un injusto merecedor de pena o, si se está en presencia de un actuar justificado.

Refiere el autor que la reciente reforma constitucional Argentina ha incluido dentro de las atribuciones del Congreso (art. 75) una norma por la que dispone reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizando el respeto a la identidad. La disposición constitucional 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 su sólo asentamiento en la actuación por conciencia. Es indudable que en la disyuntiva de cumplir con un deber que surge de la propia cultura y otro impuesto por una norma de la cultura hegemónica, si se opta por el primero, el actuar que incumple el segundo, estará justificado. (18)

Por ello, como principio, cree que cuando se buscan las soluciones sólo en la culpabilidad, elípticamente se está aceptando la preeminencia de una cultura sobre otra. Expresa Vitor que "cuando no se puede circunscribir territorialmente a los miembros de una etnia, permitiendo que rija su propio sistema de castigos (...), en la confrontación de las culturas nos podemos encontrar con una colisión de deberes, entendida ésta como una exigencia que se impone a un sujeto de cumplir, en una misma situación, con obligaciones inherentes a su forma de vida en el marco de su identidad cultural, y las impuestas por la ley.

La pertenencia a una cultura diferente cuya preexistencia se encuentra reconocida y amparada por la Constitución (una comunidad correspondiente a un pueblo originario) puede condicionar culturalmente la cognoscibilidad del injusto, pero si no la afecta no será captable como error directo de prohibición, a salvaguarda que sea admisible que pueda configurarse una causa de justificación por ejercicio de un derecho. (19)

En otro fallo del Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional de II Nominación de Bariloche, Rio Negro (**Expte. S.3-10-393 Ñancunao, Mirta**

y Otros S/ Usurpación J.I. 2 S. 4, S.C.Bariloche), una mujer mapuche, denunciada penalmente por cerrar un camino para evitar que talaran un bosque de cipreses considerado sagrado por la comunidad Huayteka, fue sobreseída. El conflicto inició en junio de 2010, aunque el territorio de las Huaytekas era codiciado desde hace tiempo. Un grupo de peones con motosierras, dirigidos por un empresario local entraron en los terrenos de la comunidad, en El Foyel, 73 kilómetros al sur de Bariloche, y colocaron un cartel que decía “Prohibido pasar. Propiedad privada” y comenzaron a talar el bosque de cipreses que la comunidad mapuche de los Huaytekas considera sagrado y que es el único bosque de esas características de este lado de la cordillera a la altura de la provincia de Río Negro. La comunidad realizó una asamblea y encomendó a una representante a trabar el ingreso y prohibir la entrada a la empresa Servicio Forestal Andino con sus máquinas viales y los camiones de transporte de materiales. Después de presiones, presencia policial de El Bolsón sin que la actitud mapuche cediera, se presentó una denuncia penal contra la mapuche acusada de colocar la tranquera e impedir el paso. La causa llegó a la Justicia de instrucción penal de Bariloche.

El por entonces titular del juzgado, Martín Lozada sobre la denunciada señaló que *“no es posible afirmar (...) que hubiera estado en condiciones de inspirarse en la expectativa subyacente a la previsión normativa prevista en el artículo 181 del Código Penal, y ello por cuanto, en lo esencial, su sistema de creencias la llevó a hacer prevalecer lo que entendió como un bien jurídico de mayor trascendencia”*.

El artículo 181 del CP, que trata sobre la usurpación, castiga con prisión de seis meses a tres años a quien mediante “violencia, amenazas, engaños o 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; 2) el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; 3) el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble”.

Lozada indicó que *“estamos en ausencia de cualquier forma de culpabilidad penal en virtud de encontrarse frustrado el normal proceso motivacional de la nombrada, quien de acuerdo con la tradición en la cual abrevia, sus códigos culturales, y la percepción del mundo que la circunda y su orden social, se encontró llamada a responder del modo en que lo hizo, priorizando así los bienes jurídicos que estimó trascendentes y llamados a proteger de modo activo”*. La sentencia en cuestión quedó firme, al ser consentida tanto por el agente fiscal como por la parte querellante.

c) El error de prohibición o de comprensión culturalmente motivado

Ya en el ámbito de la culpabilidad, existe un importante sector de la doctrina jurídico-penal latinoamericana, que viene proponiendo una solución para esta problemática a partir del error de comprensión (entendido como una especie del error de prohibición).

El error de prohibición a diferencia del error de tipo, no pertenece a la tipicidad ni tiene vinculación con ella sino que está relacionado con un problema de culpabilidad. Se denomina error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad.

Hay error de prohibición cuando hay un desconocimiento de la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal es decir, el error de prohibición recae sobre el conocimiento de la criminalidad. Dicho error sobre el conocimiento de tal objeto debe estar determinado por su desconocimiento total, parcial o equivocado, o la falsa apreciación de la criminalidad de la acción.

Mayer, citado por Basílico, refiere que: “La afirmación de que la ley se dirige al pueblo se enfrenta con al indiscutida verdad de que el pueblo no conoce las normas jurídicas... Que algunos sepan algo del derecho, no desmiente el hecho de que la gran mayoría no lo conoce. Por cierto, cualquiera sabe que está prohibido perjudicar el cuerpo, la vida, la libertad y la honra del prójimo; para todos es conocido que se deben observar obligaciones de toda clase; pero este conocimiento no es oriundo de la ley, sino desde la educación que cada uno recibe en la escuela, hogar, la profesión y el trato con los demás; en la tradición cultural es donde se funda el conocimiento de los mandatos y las prohibiciones que conforman el derecho”.

En el ámbito penal si bien el conocimiento resulta una condición esencial para la validez real de las normas, la fuerza motivadora del derecho positivo estriba en el hecho de ser reconocido como tal. Ello, sin duda, está relacionado con la capacidad de culpabilidad – imputabilidad – y el conocimiento de la antijuridicidad. “... el conocimiento de la antijuridicidad como el resto de los elementos subjetivos de la teoría del delito, requiere de quien evalúa (operador judicial) una valoración de los componentes psicológicos y sociales que inciden en el actuar de un individuo”. (20)

El autor de un hecho antijurídico se encuentra en error de prohibición cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad material de su conducta. Habrá error de prohibición *directo* cuando el sujeto desconoce la existencia del mandato o sus alcances es decir, desconoce que el hecho está jurídicamente desaprobado por una norma que lo prohíbe, e *indirecto* cuando cree contar con una causa de justificación (que no existe). Para Jescheck, hay error de prohibición directo cuando el autor no conoce la existencia de la prohibición. A su turno, habrá error indirecto cuando el autor supone un precepto permisivo, el cual no existe. (21)

Por su parte, dentro del error de prohibición cabe distinguir los evitables de los inevitables o *invencibles*. Como bien lo expresa Donna “la esencia de la evitabilidad en el error de prohibición reside en la idea del poder-conocer la antijuridicidad de la conducta concreta”. En el error de prohibición evitable, el autor del hecho es culpable porque “no ha utilizado la capacidad de reconocer la antijuridicidad de su acto, y con ello ha perdido la posibilidad de reconocer el deber al que su conducta estaba sujeta” por lo que en este caso estamos ante un hecho típico antijurídico y culpable y deberá al momento de mensurarse la pena, acudir a las pautas establecidas en el art. 41 del Código Penal.

Existen supuestos en los que el sujeto conocerá la prohibición y la falta de autorización y no obstante la internalización de la pauta normativa que conoce no le será exigible de la misma manera que al común denominador de los ciudadanos. (22)

Cuando el individuo se ha desarrollado en un ámbito social y cultural diferente al nuestro y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de ese ámbito, generalmente la comisión delictiva bajo esas pautas dará lugar a un error invencible de prohibición que eliminará la culpabilidad de la conducta. (23)

A este error invencible de prohibición la doctrina lo denomina *error culturalmente motivado*. Se trata de un comportamiento realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico minoritario que es considerado delito por las normas del sistema de la cultura dominante. El mismo comportamiento en la cultura de grupo al que pertenece es por el contrario perdonado, aceptado como normal o aprobado en determinadas situaciones, incluso impuesto. (24)

Sostiene Yrureta que la solución técnicamente apropiada para excluir de la calificación como delito a la conducta de un integrante de un grupo étnico que en un caso concreto no estuvo en la posibilidad de conocer que su acción estaba reprobada por el ordenamiento jurídico nacional, es “acudir a una causa de

inculpabilidad basada en ausencia del conocimiento de la antijuridicidad de la acción. Y conforme a la amplitud que opera el error de prohibición excusante en la teoría, la inculpabilidad puede ser declarada tanto cuando el indígena ignoraba que su acción contravenía las reglas penales vigentes, como también cuando él supuso que las circunstancias de hecho permitían la realización legítima de la acción que se le imputa”. (25)

Eugenio Zaffaroni, como titular del **Juzgado Nacional en lo Criminal de Sentencia (letra "V")**, el 30 de Marzo de 1979, in re "**Prieto Huanca, Timoteo y otra**". sostuvo que: (...) *El conocimiento de la prohibición es un mero conocimiento intelectual y no es por sí mismo el conocimiento tampoco de la criminalidad, tal como lo requiere el art. 34 inc. 1, de nuestro código, puesto que el conocimiento de la criminalidad implica el conocimiento de la relevancia penal de la prohibición, y no de la simple prohibición. De cualquier manera, para nuestro código, (...) no basta el simple conocimiento para que el autor sea culpable, sino que requiere la posibilidad efectiva de comprensión, que no debe estar excluida ni por error ni por inimputabilidad, es decir, ni por error ni por incapacidad psíquica, y ‘comprensión’ es algo diferente de ‘conocimiento’ puesto que ‘comprender’ es internalizar, introyectar la pauta cultural. Resulta muy evidente que en el caso no hay ninguna posibilidad de reprochar la conducta de los procesados, suponiendo que la misma fuese un injusto, porque no pudieron motivarse en la norma, por más que tuviesen conocimiento de ella. Un error de comprensión, fundado en el peso cultural de siglos, es razón más que suficiente para hacer inexigible que el sujeto se motive en la norma por mucho que la conozca. Se trata de una imposibilidad de internalizar la pauta cultural fundada en un error culturalmente condicionado que en modo alguno puede reprochárselo al autor, de manera que se excluiría también, en este caso la delictividad de la conducta, por ausencia de reproche normativo de culpabilidad...”.*

VI.- Aproximaciones finales

Coincidiendo con García Vitor y Ricardo Ángel Basílico, en un sistema penal de un estado democrático (y pluricultural), que acoja los principios garantizadores mínimos del derecho penal liberal, es indudable que se impone el respeto a las autonomías culturales, que se traduce en la imposibilidad de criminalizar conductas aceptadas socialmente en culturas minoritarias. (26)

El principio de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana, (Pro Homine) de progresividad de los derechos y de no regresividad que da fundamento a la culpabilidad (y que tiene raigambre constitucional Art. 75, incs. 19 y 22 CN; Convención Americana sobre Derechos Humanos -[Arts. 26, 29, inc. b](#)-; [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Art. 2.1, 5.2, 51](#)-; [Pacto Internacional de Derechos Civiles y](#)

[Políticos -Art. 5.2\)](#) implica que la sanción penal únicamente pueda imponerse cuando en la situación concreta, el autor era motivable por la norma y capaz de conducir su comportamiento de modo adecuado a derecho.

Basándonos en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales que resulta de aplicación directa en atención al estricto control de convencionalidad que debe llevarse adelante al momento de resolver una cuestión penal cuando un sujeto perteneciente a cultura diversa reconocida por el Estado nacional es imputado, se parte que el mismo, en su artículo 3 establece, en el marco del Principio “pro homine” que los pueblos indígenas *“tienen el derecho de gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación”*.

Luego, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8.2, los pueblos indígenas *“deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias”* cuyo límite estará en que *“éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”*, cerrando esta regla de interpretación con la siguiente afirmación: *“Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”*.

Concluye en esta cuestión el Convenio refiriendo en su artículo 9.2. que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales *“deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”* y en el caso de que se impongan sanciones penales previstas por la legislación argentina a miembros de los pueblos indígenas (reconocidos por el Estado Nacional) se deberá tener en cuenta *“sus características económicas, sociales y culturales”*.

En esa línea, el jurista ecuatoriano Víctor Rivadeneira refiere que no obstante las reglas establecidas en el Convenio N° 169 de la OIT, es necesario comprender de forma intercultural la nueva interpretación de los derechos humanos, ya que al tratar estos hechos desde una concepción occidental es necesario amoldarlos a un solo estado en diversidad, sin que choquen. (27)

Es así que el operador judicial en el caso concreto, partiendo del principio pro homine y de las reglas establecidas en el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, luego del juicio de verificación o comprobación de la existencia de una acción u omisión típica que afecta a bienes jurídicos tutelados penalmente, de la atribución objetiva a una o más personas, y la confirmación de que esa conducta es contraria al orden jurídico (antijurídica), debe establecer la existencia o

no de la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad del sujeto culturalmente diverso es decir, realizar el juicio valorativo (o como se dijo un juicio de reprochabilidad) que parta de su situación particular, observando el nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de las normas de la cultura dominante en la persona del sujeto culturalmente diverso, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto delictivo.

“De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que esta es producto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas...”. (28)

Más allá del reconocimiento de su identidad cultural y sus derechos basado en la justicia histórica, se está hablando de que los individuos que integran los pueblos indígenas que habitan nuestro territorio nacional son argentinos y por ende están sujetos a todas las normas, empezando por la Constitución Nacional, que rigen la vida en comunidad en dicho territorio.

Por ello, les alcanzan las disposiciones contenidas en el Código Penal de conformidad con el Art. 1º de dicho cuerpo legal y no se prevé una norma específica, tal como la que se contemplan en otros códigos penales de Sudamérica. Y la forma de solucionar el conflicto en el área de la diversidad cultural debe provenir desde el sistema de la teoría del delito y la interpretación del derecho penal en un Estado pluricultural, democrático y de derecho.

VII.- Bibliografía

1. Denis Cuche, La noción de cultura en las ciencias sociales, ed. Nueva Visión Bs. As págs. 05, 73).
2. Ariel Garavano La cultura como concepto central de la Antropología. pág. 2.
[file:///C:/Users/Administrador/Downloads/GRAVANO%202008%20-%20La%20cultura%20como%20conepto%20central%20de%20la%20Antropologia%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Administrador/Downloads/GRAVANO%202008%20-%20La%20cultura%20como%20conepto%20central%20de%20la%20Antropologia%20(1).pdf)).
3. Mir Puig Santiago. Derecho Penal Parte General Ed. Reppertor pág. 148.
4. Donna E.A. Teoría del Delito y de la Pena. Bs As, Ed. Astrea 1995 t III prólogo)
5. Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada t. II Ed. La Ley pág.190, 192.

6. Cesano José Daniel, "Sistema Penal y diversidad cultural", Ed. Lerner, Córdoba, 2006 págs. 41/43.
7. CIDH 31/08/2001. La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Bs. As. 21/04/2003 pág. 65.
8. Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal Parte General, Hammurabi, Bs As. 1987 p.78.
9. Yrureta. Gladys. El indígena ante lo Ley Penal. Carocas: Universidad Central de Venezuela. 1981 pp. 116.
10. Pérez Arroyo, Miguel Rafael, Derecho Penal y diversidad cultural: El condicionamiento cultural en el Derecho Penal. Minorías étnico-culturales y Derecho Penal. Mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú. Ponencia presentada al "1 Congreso de Derecho de la cultura". Organizado por la Universidad Carlos 111 de Madrid, Universidad Nacional a Distancia (UNED) y la UNESCO. Madrid, 29 de noviembre-2 de diciembre de 1999.
11. Degnaut, Carolina Morales, El Sistema Punitivo Frente a los Pueblos Originarios, La Justicia Penal en las Comunidades Originarias p. 122 Ed. AdHoc.
12. Righi, Esteban, Derecho penal Parte General Ed. Abeledo Perrot. pág. 95.
13. Pascua Francisco Javier Reprochabilidad Penal de la Culpa Psicológica a la Culpa Funcional Ed. De la univ. Del Aconcagua Mendoza Argentina pág. 69 y sstes.)
14. Maurach R. ; Zipf, H (1994) Derecho Penal Parte General Bs As. Astrea tI parágrafo 31 Donna E.A. 1996 Teoría del Delito y de la Pena Astrea Bs As 2da edición tI p.243.
15. Pascua, Francisco Javier. Ob. Cit. pág 77, 78.
16. Vitor, Enrique García. Diversidad cultural y derecho penal (aproximación al tema). Aspectos criminológicos, político – criminales y dogmáticos", Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Colección Jurídica y Social, N° 36, Santa Fe, 1994, pág. 19.
17. Cesano, José Daniel Delito y diversidad cultural: Algunas reflexiones sobre el caso argentino <https://www.redalyc.org/pdf/2433/243359071006.pdf>.
18. Vitor, Enrique García Ob. Cit., pág.23, 24.
19. De la Rúa Jorge, Tarditti Áida, Derecho Penal Parte General, vol II Ed. Hammurabi, Bs. As. 2014 pág. 217.

20. Basílico Ricardo Ángel, “Norma y error en el derecho penal. La cuestión de la diversidad cultural”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2004. pág. 25.
21. Donna, Edgardo Alberto, Teoría de delito y de la pena, t. 2, Imputación delictiva, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, pag. 284.
22. Zaffaroni E.R. Derecho Penal Parte General. Bs. As. Ed. Ediar pág. 549 y sstes.
23. Pascua, Francisco Javier. Reprochabilidad Penal, de la Culpa Psicológica a la Culpa Funcional Ed. Univ. Aconcagua pág. 207.
24. Basílico Ricardo Ángel, El error de prohibición culturalmente motivado, Ed. Cátedra Jurídica. Pág. 54.
25. Yrureta, Gladys, El Indígena ante la ley penal. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2001>
26. Basílico Ricardo Ángel. Ob. Cit., pág. 97.
27. “Rivadeneira, Víctor (2014). La justicia indígena en el Ecuador y sus bases jurídicas constitucionales. Tesis para obtener el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados del Ecuador. Universidad Central del Ecuador, Quito, p. 46.
28. Chimbo Villacorte, Diego Fernando, El Error de Prohibición en la Justicia Indígena. pag. 44 link: [error de prohibicion en la justicia indigena\[2647\].pdf](#).