

**AL MARGEN DE LA LEY
O LA LEY EN LOS MÁRGENES.**
El delito y las diferencias culturales.
Un enfoque crítico

VICTOR E. ARRANOVICH COLEARI*

ALBERTO BOVINO**

"¡La ley! ¡el derecho! ¿Qué sabemos de eso? Cuando un hacendado habla de derecho es que algo está torcido y si existe ley, es sólo la que sirve pa fregarlos. Ojalá que a ninguno de los hacendados que hay por los linderos de Rumi se le ocurra sacar la ley. ¡Comuneros, témanle más que a la peste!"

(Ciro Alegria, *El mundo es ancho y ajeno*)

1. Introducción

Procuraremos analizar desde una perspectiva crítica las diversas soluciones que brinda la dogmática penal al problema de la transgresión de las normas del derecho estatal cometida en virtud de condicionamientos culturales.

Partimos de considerar desde un punto de vista iusfilosófico la estrecha relación que existe entre el derecho y el poder. En tal sentido, vinculamos la suerte de las referidas soluciones dogmáticas con las estrategias concretas del poder.

En este tema en particular, la dupla derecho-poder aparece con mayor evidencia, por cuanto en este tipo de conflictos es clara la relación de dominación que enfrenta a dos culturas. En dicho marco se pone de manifiesto cómo

* Abogado. Ex redactor de la Revista "Lecciones y Ensayos".

** Redactor de la Revista "Lecciones y Ensayos".

la cultura dominante, que necesita conservarse y expandirse, impone bajo el disfraz de lo jurídico, sus propios valores en desmedro de aquellos que integran la cultura sometida. Así, la sanción penal se transforma en el instrumento más eficaz y doloroso para "civilizar" al "salvaje".

El presente trabajo¹ se divide en cinco partes: a) el relato de dos casos que evidencian el conflicto entre derecho consuetudinario aborigen y normas estatales en el Perú; b) la enunciación meramente descriptiva de algunas soluciones que brinda la dogmática penal; c) una visión crítica del discurso jurídico en general a partir de su vinculación con el poder; d) un análisis del discurso dogmático penal y en especial de los conceptos de culpabilidad y error desde la perspectiva antes mencionada; y e) la exposición tentativa de una estrategia dogmática para el tratamiento de la marginalidad cultural a partir de la evaluación de los efectos prácticos de cada una de las soluciones analizadas.

2. DOS CASOS QUE ILUSTRAN EL PROBLEMA

a) Perú es un país en donde conviven diversas culturas y, si bien no hay demarcaciones étnicas y culturales netas, se pueden reconocer tres grandes horizontes socioculturales: el andino, el amazónico y el costeño, siendo este último el que tradicionalmente ha dominado a los otros dos.

El horizonte andino está compuesto por las comunidades campesinas que habitan los valles interandinos². En estas comunidades la unión de parejas se realiza mediante el *servinakuq*, según las reglas de un ordenamiento consuetudinario ajeno casi por completo al derecho estatal³. El *servinakuq* representa la unión de la pareja conyugal reco-

¹ Esta elaboración surge de una ponencia presentada por sus autores en el II Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal y Criminología, en la comisión sobre "Delito, error y cultura", que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad del Comahue, entre los días 15 y 18 de noviembre de 1989.

² Lengua, cultura y región - Diálogos y conflictos en el sur andino peruano. Documento Base y Conclusiones del Taller sobre Lengua, Cultura y Región Sur Andino Peruana, Centro de Estudios Rurales Andinos Bartolomé de las Casas, Cuzco, 1987, p. 18.

³ Investigación sobre el "servinakuq" en el departamento de Puno, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1987, p. II.

nocida por la sociedad, que implica la colaboración económica de las partes, su cohabitación residencial y sexual, y las consecuencias vinculadas a la herencia y a la filiación legítima⁴. Su principal diferencia con el matrimonio civil, tal como nosotros lo conocemos, es que no se realiza en un solo acto, sino que es un proceso complejo que se desarrolla a través del tiempo⁵.

En un caso reciente, un chico de catorce años y una chica de doce se unieron en *serwinakuy* en su comunidad. Así, se realiza la ceremonia, se intercambian regalos entre las respectivas familias, y la pareja se instala a vivir con la familia del marido. Posteriormente, los dos jóvenes se van a vivir a Lima, en donde él consigue un trabajo. Un sábado por la noche, el marido vuelve ebrio y golpea a su mujer, por lo que ella decide acudir a la comisaría con la intención de que la policía hable con él para que la situación no se repita. En un primer momento, el agente le aclara que van a detener a su marido, a lo que la muchacha replica que ella no quiere que lo detengan, que sólo desea que alguien hable con él. Durante el transcurso de la declaración, la muchacha cuenta inocentemente que mantiene relaciones sexuales con su marido, con quien está unida en *serwinakuy*, desde los doce años. Con estos datos, la policía detiene al muchacho y se inicia un proceso en su contra por el delito tipificado en el art. 199 del Cód. Penal peruano, que impone una pena de encierro con un mínimo de cinco años a quien hubiera sufrido el acto sexual o un acto análogo a una menor de entre ocho y catorce años⁶.

⁴ Núñez, Oscar. *El hombre y la familia: su matrimonio y organización política-social en Q'ero*, citado por Corrajo Chávez, Héctor. *La familia en la ley y en la realidad del Perú*, en AAVV, "Para leer el Código Civil", Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, t. I, p. 82.

⁵ Esta institución del derecho consuetudinario de las comunidades serranas es un buen ejemplo de incomprensión de normas jurídicas por parte de los miembros de nuestra cultura, lo que pone de relieve que este fenómeno no sólo se da en los integrantes de las culturas aborígenes respecto de las normas del derecho "occidental". El hecho de que este "matrimonio" no se realice en un solo acto, como nuestro matrimonio civil, sino a través de un complejo proceso que se extiende en el tiempo, ha provocado que se le denomine "matrimonio a prueba", cuando en realidad no es más que un matrimonio por etapas, en cada una de las cuales van aumentando los derechos y obligaciones de los miembros de la pareja.

⁶ Entrevista a Fernando de Trasaquilas, en "Lecciones y Ensayos", Bs. As., Astrea, 1988, n° 52, p. 187-188.

b) A fines de julio de 1978 Donato desapareció de la comunidad campesina de Marias, y su conviviente, Alipia, consiguió como nuevo compañero a Cirilo. Esto hizo sospechar a las autoridades de la comunidad que tanto Alipia como el suegro, Teófilo (conocido como brujo), habían asesinado a Donato. El juez de paz mandó a detener a los convivientes, a quienes encarceló. Al tener conocimiento de este hecho Teófilo se presentó para gestionar la libertad de los detenidos, circunstancia en la que también fue apresado.

Esa noche, las autoridades de la comunidad interrogaron a los detenidos, como no obtuvieron respuesta favorable comenzaron a golpearlos. Durante las tres noches siguientes, los detenidos fueron sometidos a diversas torturas físicas para hacerlos confesar. Los tuvieron desnudos, los privaron de alimentos, los azotaron con ortiga y los hicieron comer tierra y pólvora. A Teófilo, por insistir en su inocencia, le introdujeron agujas entre las uñas, le quemaron el cuerpo con fuego y le agujerearon las orejas. La pareja, ante las torturas, se declaró culpable del delito, no así Teófilo, lo que motivó torturas con mayor enañamiento. Posteriormente, las autoridades reunieron a la comunidad para que se presenciase el castigo. Sacaron a los detenidos amarrados y desnudos, los pasearon y los hicieron bailar, siendo víctimas de golpes no sólo de parte de las autoridades, que se encontraban completamente embriagadas, sino también de algunos comuneros. En principio se acordó quemar vivo a Teófilo, pero como los campesinos se opusieron, el juez cambió la pena por la de enterrarlo vivo junto con la pareja. La muerte de estos últimos no fue aceptada. A Cirilo se le hizo cavar la fosa e introdujeron a Teófilo en la sepultura, la que después de ser tapada sirvió a manera de tarima para iniciar una frenética danza de las autoridades. La pareja fue liberada previa amenaza de sufrir igual pena si denunciaban los hechos.

Al día siguiente apareció una comisión policial que realizó las primeras investigaciones y puso el caso en conocimiento del juez de instrucción. Durante el proceso, Donato (el presunto muerto) apareció vivo contando que sin mediar discusión con sus familiares, viajó a la selva para trabajar.

Si bien la sentencia del tribunal reconoce que existió premeditación, crueldad, alevosía, enañamiento, admite como atenuantes que los autores son de escasa cultura, supersticiosos; que actuaron bajo la influencia del alcohol, en

masa y ante el temor de sufrir daños efectivos en sus propias personas por quien se suponía que era un hechicero acostumbrado a dar muerte a las personas que deseaba. El juez de paz y el gobernador de la comunidad fueron condenados a diez años de penitenciaría por el homicidio de Teófilo¹.

3. ALGUNAS SOLUCIONES PROPUESTAS POR LA DOGMÁTICA PENAL

a) Inexcusabilidad del error de derecho

Quiénes sustentan esta opinión establecen la diferencia entre error de hecho y error de derecho, alegando que nuestra ley (art. 34, inc. 1^o, Cód. Penal), sólo le otorga poder excusante al error de hecho. Por ello, el error de derecho no puede ser invocado, ya que la ley se presume conocida por todos, y su ignorancia no excusa, tal como lo establece el art. 20 del Cód. Civil. El Código Penal reforzaría este principio de la ley civil al referirse exclusivamente al error de hecho.

Sobre el tema, Soler opina que "la exclusión terminante del error de derecho en la ley penal suscita en la doctrina algunas dudas y dificultades porque, en general, comporta una excepción al principio *nullo poena sine culpa*", agregando que ya en el derecho romano se admitía la excusa para casos excepcionales, eximiéndose de pena a las mujeres y a los rústicos en transgresiones de leve entidad, por presumirse en ellos el desconocimiento de los preceptos jurídicos².

En realidad, se sostiene que la ignorancia de la ley penal será inexcusable, no por increíble, dado el carácter grosero de las prohibiciones penales, sino porque solamente sobre la presunción de su conocimiento puede fundarse la autoridad del precepto penal, o, dicho de otro modo, la eficacia del derecho no puede subordinarse a su conocimiento o ignorancia³.

¹ Brandt, Hans-Jürgen, *Justicia popular*, Lima, Fundación Friedrich Naumann, 1987, p. 188-191.

² Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Ed. Az., Tea, 1987, t. II, p. 191.

³ Doctrinas citadas por Soler, op. cit., t. II, p. 193-198.

b) El error de prohibición

La moderna doctrina finalista, partiendo de un concepto normativo de culpabilidad y distinguiendo entre error de tipo y error de prohibición, admite que por este último se excluya o se atenúe el reproche.

Stratenwerth sostiene que: "para justificar la sanción no es suficiente... que alguien haya obrado típica y antijurídicamente. Por el contrario, el juicio de disvalor implicado en la pena sólo puede pronunciarse cuando además es posible formular un reproche al autor, en el sentido de que en el momento del hecho ha tenido la posibilidad de determinarse de otra manera"¹⁰.

En el mismo sentido, Bacigalupo afirma que "para la teoría finalista de la acción, la reprochabilidad presupone la capacidad de motivarse por la norma. El que realizó una acción típica y antijurídica será culpable si podía motivarse por la norma, es decir, si podía obrar de otra manera"¹¹.

Partiendo de este concepto normativo de culpabilidad, se plantea la incidencia del error de prohibición que impide la comprensión de la criminalidad del hecho. Sus efectos son: excluir el reproche cuando el error es invencible, o bien disminuirlo en el caso del error vencible, en ambos supuestos sin afectar la tipicidad dolosa o culposa.

Parte de la doctrina clasifica al error de prohibición en: directo, cuando se ignora la existencia de la norma prohibitiva; e indirecto, cuando el error recae sobre la permisión de la conducta. A su vez, el error indirecto se divide en dos supuestos distintos: cuando el sujeto actúa creyéndose amparado por una causa de justificación que el ordenamiento jurídico no contempla, o bien cuando la causa de justificación existe pero no está dada la situación necesaria para su aplicación, y el sujeto actúa suponiendo dicha situación.

Así, apelando a la antigua clasificación romana, puede decirse que un sujeto obra con error de prohibición cuando por un desconocimiento del derecho (trátase de normas prohibitivas o permisivas), o por una falsa interpretación de los hechos, no puede comprender la criminalidad de su conducta.

¹⁰ Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Edersa, 1982, p. 142.

¹¹ Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, B. A., Harvmarubi, 1987, p. 295.

c) El error condicionado culturalmente

Esta categoría dogmática, elaborada por Zaffaroni, parte de la distinción entre conocimiento y comprensión de la norma.

Par comprender no puede entenderse sólo conocer. El conocimiento es un grado anterior a la comprensión, pero ésta requiere, además, la internalización de las normas, el hacerlas parte del propio equipo psicológico¹³.

Pero como esta efectiva comprensión casi nunca se da, lo que la ley exige es la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, que depende del esfuerzo que el sujeto hubiese debido realizar para internalizar la norma¹⁴.

Cuando esta no internalización sea producto de un condicionamiento cultural, es decir, cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura diferente, y, por lo tanto, ha internalizado las pautas de conductas de esa cultura, será difícil formularle un reproche porque no internalizó "nuestra" antijuridicidad¹⁵.

Finalmente, cabe aclarar que el condicionamiento cultural no siempre provocará un error de prohibición directo, pues también puede producir un caso de justificación putativa basado en un error sobre la concepción de la causalidad, o bien un error de tipo, por idénticas razones¹⁶.

4. UN ENFOQUE CRÍTICO PARA ABORDAR EL PROBLEMA

Podemos formularnos esta pregunta: ¿por qué resulta tan difícil para el derecho estatal asumir la despenalización de las conductas de aquellos individuos que, por su pertenencia a un grupo cultural diferente, no alcanzan a comprender las normas del sistema, ni a internalizar la moral que lo informa? ¿Qué intereses persigue el discurso jurídico al extender el ámbito de aplicación de las normas hasta donde los condicionamientos culturales lo tornan incomprensible?

¹³ Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 1987, t. IV, p. 529-530.

¹⁴ *Ibidem*, p. 530.

¹⁵ *Ibidem*, p. 540.

¹⁶ Zaffaroni, Eugenio R., *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. IV, p. 309-301.

El estudio del problema no puede sino partir de la consideración del derecho como discurso legitimante del poder. Como señala Alicia Ruiz, el derecho le proporciona al poder su discurso legitimante, aun en aquellos casos en que su ejercicio alcance los máximos grados de arbitrariedad y discrecionalidad. Lo dota de cierta dignidad a la que nadie puede dejar de tomar en cuenta. Sea que nos refiramos al poder estatal, o al poder como situación estratégica, como relación de fuerza determinante de los múltiples sometimientos, de las múltiples sujeciones, de las múltiples obligaciones que tienen lugar y funcionan en la estructura social, observaremos cómo la función legitimante del discurso jurídico se ejerce, no sólo cuando determina quiénes son los detentadores reconocidos del poder, sino también cuando con mayor sutileza, establece que sólo mediante ciertos mecanismos es posible producir actos jurídicos, que sólo algunos y en ciertas ocasiones y bajo determinados requisitos pueden contratar, disponer de sus bienes, casarse, reconocer a sus hijos, acceder al desempeño de funciones específicas, y aun matar o morir legalmente. En síntesis, el derecho, cada vez que consagra y reconoce alguna conducta, algún hecho, alguna palabra, en el marco que él mismo determina, está revelando cómo y dónde se instalan las relaciones de poder, cómo está distribuido el poder en la sociedad, legitimando al poder con mayúsculas en el Estado, y expandiéndose por todos los intersticios de cada nivel de la vida social¹⁸.

La determinación del ámbito de aplicación de las normas resulta en este marco de vital importancia, en tanto importa establecer nada menos que la vocación comprensiva del poder, su autolimitación, su interés estratégico. Y si todo poder genera resistencias, si es relación de fuerzas, si debe ser analizado en términos de lucha, de enfrentamiento y de guerra, el problema del ámbito de aplicación del derecho no es otro que el problema de las resistencias o desobediencias que el poder castigará o tolerará, según su estrategia. Corresponde aclarar que cuando nos referimos al ámbito de aplicación de las normas, no lo hacemos en sentido formal (p.ej., arts. 1º y 2º, Cód. Penal), sino real y efectivo, esto es, a la aplicación de las normas a determinadas

¹⁸ Ruiz, Alicia, *La ilusión de lo jurídico*, en "Crítica Jurídica", Puebla, 1988, n.º 4, p. 184.

conductas, a la represión concreta por los órganos del Estado, de ciertas y específicas transgresiones.

Y así como el discurso jurídico legitima el poder, también es el instrumento más útil para su ocultamiento. El derecho, si bien ostenta como el centro de la regulación jurídica la organización del poder institucional (parte orgánica de las Constituciones), no reconoce al poder en las prácticas sociales que lo implican y constituyen, no lo reconoce en los procesos sociales que lo originan y lo distribuyen, no lo reconoce en la finalidad de las manipulaciones jurídicas. Asume, en consecuencia, una doble postura, pues lo ostenta y a la vez lo niega y lo oculta¹⁷. Detrás de todo discurso jurídico existe una compleja trama de relaciones de dominación que ese discurso legitima y oculta. No sólo dominación a nivel global (de un grupo, clase o cultura sobre otra), sino dominación a nivel microfísico, esto es, "los múltiples sometimientos" que tienen lugar en los puntos más pequeños de la sociedad (familia, escuela, fábrica, etcétera).

A fin de responder a aquellos interrogantes resulta de suma utilidad poner de manifiesto la relación de dominación que integran la cultura central y la aborigen. Tomar esta concreta relación de poder como punto de partida para encarar luego el análisis jurídico, nos conducirá a conclusiones que estimamos importantes para un nuevo enfoque del problema. No siempre el pensamiento jurídico se ha hecho cargo de esta estructura de poder subyacente, perdiendo una valiosa perspectiva crítica ante las soluciones doctrinarias y legislativas. "Que hombres dominen a otros hombres, es así como nace la diferenciación de los valores"¹⁸. Esto es, la referida relación de dominación es el origen de la disidencia axiológica, punto básico del problema. Asimismo, las conclusiones "verdaderas" de la ciencia jurídica, en tanto conocimiento que integra la cultura dominante, no escapa a otra máxima foucaultiana: "Estamos sometidos a la producción de la verdad desde el poder y no podemos ejercitar el poder más que a través de la producción de la verdad"¹⁹.

¹⁷ Entelman, Ricardo, *Discurso normativo y organización del Poder. La distribución del Poder a través de la distribución de la palabra*, en "Crítica Jurídica", Puebla, 1988, n° 4, p. 110.

¹⁸ Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1980, p. 17.

¹⁹ *Ibidem*, p. 146.

Resulta evidente, en la historia de la dominación, la pretensión del poder de imponer "valores" y "verdades". Bastan las argumentaciones teológicas de la conquista española como los primeros discursos que disfrazaron la crueldad y la violencia. Patético resulta el abogado de la Corona Don Martín Fernández de Enciso, quien leía con puntos y comas a los caciques su requerimiento explicándoles: "que Dios ha venido al mundo y ha dejado en su lugar a San Pedro, que San Pedro tiene por sucesor al Santo Padre y que el Santo Padre, Señor del Universo, ha hecho merced al Rey de Castilla de todas las tierras de las Indias"²⁰, para con el transcurso del tiempo limitarse a la lectura desganada, en latín y a media legua de las poblaciones, de aquel ingenuo preludeo de la sangre y la muerte de un pueblo.

Patético resulta en igual sentido el mandato constitucional que ordena: "conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo" (art. 67, inc. 15), pues en su "referencia implícita"²¹ no habla más que de la dominación por la supresión de la cultura, de la conservación en la medida de lo posible de la mano de obra barata, de la integración de los territorios en poder del "salvaje" al proyecto económico agroexportador.

Sin embargo, tan patético como aquellos viejos discursos legitimantes de la imposición de valores y verdades, ocultadores de la relación de fuerzas, consentidores de la violencia, resulta en la actualidad el más moderno y científico discurso jurídico, en tanto pretende analizar el problema sin develar la relación de dominación subyacente, sin entender al derecho como la expresión de una determinada cultura, de sus valores, de su forma de verdad, de su representación de la realidad, de su lenguaje, de sus mitos.

En aquellos Estados en donde la pluralidad cultural es un problema para el ejercicio del poder, la aplicación del derecho en general y del derecho penal en particular a los ciudadanos de las culturas dominadas, resulta una estrategia para la estabilidad del sistema. El discurso jurídico cumple en dicho ámbito la doble función de legitimar y ocultar la estrategia del poder. Su propia estructura le permite encubrir, desplazar y distorsionar el conflicto cultural subya-

²⁰ Galeano, Eduardo, *Memoria del Fuego*, Bs. As., Siglo XXI, 1986, p. 70-71.

²¹ Estelman, op. cit., p. 112.

cente, ayudando al derecho a instalarse como legitimador del poder, en tanto lo disfraza y lo torna natural. Y si bien todas las soluciones que brinda el discurso jurídico penal derivan de ese enfrentamiento de intereses opuestos y contradictorios entre la cultura dominante y las culturas marginadas, la relación de dominación, la lucha, el conflicto, aquí como en todos los ámbitos de lo jurídico, no debe emerger, permanece en otra extraña dimensión, generándose una fractura entre el proceso de producción del discurso jurídico y este discurso como producto final¹⁰.

El discurso jurídico goza, sin embargo, de enorme fuerza persuasiva, se muestra ordenado, racional y coherente, su forma típica de referencia será lo implícito, su forma típica de organización será el "desplazamiento referencial"¹¹. Cuando la Constitución dice "convertir al estolicismo" está diciendo "dominar y aculturizar", cuando un juez peruano pena por estupro al serrano que vive en *servinaky* está conservando una relación de poder, y el destinatario del mensaje no es sólo el hombre privado de su libertad.

En aquellos Estados en donde la pluralidad cultural es un problema que afecta al poder, la lógica de su estrategia impedirá despenalizar la disidencia axiológica, y reconocer los condicionamientos culturales. La penalización de los miembros de las culturas marginadas, el castigo que recaerá en definitiva sobre sus cuerpos, afectando su libertad o su vida, tendrá el carácter simbólico de un "sacrificio" que garantizará la conservación de los lugares del poder que el discurso jurídico mantiene como "sagrados"¹².

La imposibilidad real de conocer las normas, de internalizar los valores que las informan, el derecho a conservar sus propias normas y valores, serán circunstancias extrañas al ejercicio del poder, e indiferentes para el discurso que lo legitima y encubre. Tanto más, cuanto mayor sea la necesidad estratégica del poder frente al problema de la pluriculturalidad. Las soluciones de la dogmática penal no serán más o menos éticas, más o menos científicas, sino más o menos convenientes, reproduciendo en la geometría foucaultiana el triángulo "poder, derecho, verdad"¹³.

¹⁰ Mari, Enrique, citado por Ruiz, op. cit., p. 183.

¹¹ Ernsman, op. cit., p. 112.

¹² *Ibidem*, p. 114.

¹³ Foucault, op. cit., p. 129.

Es ilustrativo en tal sentido el art. 44 del Cód. Penal peruano que dice, textualmente: "Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años.

Cumplidos dos tercios del tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario, continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los veinte años".

Aquí los fines resultan explícitos: la aculturación, el carácter simbólico del castigo, el valor de la mano de obra agrícola. Trabajar la tierra de otro, resignar la libertad ambulatoria, dejarse robar la cultura, no es más que la sumatoria terrible de castigos que el indio debe soportar en función del interés estratégico del poder. Basta considerar su conducta como delito. El complejo mecanismo de razonamientos que integran el edificio jurídico, los conceptos que inventa, desarrolla y relaciona el discurso jurídico penal, servirán a posteriori para brindar una cobertura científica a la satisfacción de la necesidad del poder.

En ocasiones, el grado de afianzamiento alcanzado por el poder que ejerce la cultura central, en la relación de fuerzas, permite como solución estratégica tolerar la disidencia condicionada culturalmente, como forma de reafirmar la dominación, brindando entonces el discurso jurídico el marco argumental adecuado para la solución del problema.

En síntesis, todas y cada una de las soluciones que brinda el discurso jurídico penal al problema de las transgresiones originadas en condicionamientos culturales, tendrán su principio y fin en el estado de la relación de dominación entre la cultura central y las culturas marginales.

5. CRÍTICA AL DISCURSO DOGMÁTICO PENAL

La dogmática penal ha colocado el tema de la cultura aborigen en el "casillero conceptual" de la culpabilidad, en la lógica de este concepto ha pretendido abordar el problema.

Una de las opciones es considerar a quien actúa sin posibilidad de comprensión de la criminalidad del acto debido a un condicionamiento cultural, inimputable. Así lo ha sostenido en nuestro medio Marcelo Sancinetti²⁴, quien agrega que ésta es la única solución dogmática adecuada para quien conoce la norma pero no la ha internalizado, reservando la aplicación del error al caso de efectivo desconocimiento de la prohibición. Este mismo criterio ha sido receptado por el art. 17 del Cód. Penal boliviano, que establece la inimputabilidad del indio selvático sin contacto con la civilización.

Esta postura resulta sin duda la que más se adecua a la lógica interna de la dogmática finalista, pues a ella se arriba a partir del significado y alcance tradicionalmente asignados a los conceptos de inimputabilidad y error.

Esta solución, de ser consagrada legislativamente, aseguraría en forma genérica la no aplicación de la pena, prescindiendo de los posibles vaivenes jurisprudenciales. Por otra parte, excluiría ab initio del proceso al sujeto, confiando certeza a su situación procesal.

Sin embargo, resulta indispensable formular a esta solución dos fuertes objeciones. Por un lado, no puede obviarse el carácter peyorativo y la carga disvaliosa que el término inimputable conlleva, máxime cuando desde el derecho que expresa la cultura dominante, se califica como tal a quien pertenece a la cultura marginada, asimilándolo al niño y al loco. Sin duda, puede interpretarse tal calificativo como un mensaje ideológico de superioridad cultural de claro tono etnocentrista. Además, y principalmente, la consecuencia más temible de la referida solución, es la aplicación de medidas de seguridad con total prescindencia de las garantías individuales, ya sea en cuanto al procedimiento previo a su determinación, como a su posterior ejecución.

También la solución podría brindarse, dentro del concepto de culpabilidad, en el marco de la teoría del error. El juicio que la culpabilidad presupone, se sustenta en la posibilidad de comprender la antijuridicidad de la propia conducta. El concepto de culpabilidad nos remite, entonces, directamente al problema del conocimiento y la comprensión del derecho.

²⁴ Esta opinión del doctor Sancinetti fue vertida en el transcurso de una conferencia que dió sobre el tema del error, durante el II Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal y Criminología.

Como señala Carlos Cárcova: "En la producción de su vida social los hombres realizan cotidianamente una enorme cantidad de actos de sentido y efectos jurídicos, buena parte de los cuales (sin duda la mayoría) no son percibidos como tales. Esto es, dichos actos no son comprendidos en sus alcances y significaciones legales. El derecho, que actúa como una lógica de la vida social, como un libreto, como una partitura, paradójicamente no es conocido o no es comprendido por los actores en escena. Ellos cumplen ciertos rituales, imitan algunas conductas, reproducen ciertos gestos, con escasa o nula percepción de sus significados o alcances"²¹.

Tanto el desconocimiento como la no comprensión del derecho (entendida esta última como la imposibilidad de internalizar los valores, las pautas de conducta, los criterios de justicia, el lenguaje del discurso jurídico), si bien pueden entenderse como un fenómeno generalizado, adquieren niveles de grave magnitud, cuestionadores de la lógica de la culpabilidad, en individuos que pertenecen a culturas diferentes a aquella que expresa el derecho estatal. El fenómeno de la no comprensión y del desconocimiento del discurso jurídico, obliga a propiciar una nueva mirada filosófica y crítica sobre el concepto tradicional de culpabilidad.

6. LA CULPABILIDAD COMO FICCIÓN

"Desde el derecho se construye toda una ilusión, un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta una otra imagen como real. Tan real que sólo cabe pensar, juzgar, actuar, en consecuencia... Actuar 'como si' fuéramos libres e iguales, 'como si' contratáramos en paridad de condiciones con el otro, 'como si' conociéramos las normas que debemos conocer. Juzgar 'como si' nuestra sentencia tuviera garantía de justicia y el fundamento de la verdad, 'como si' la realidad fuera como el discurso del derecho dice que es"²².

En tanto el concepto de culpabilidad, eje del discurso jurídico penal, se basa en una noción del sujeto que lo ca-

²¹ Cárcova, Carlos. *Sobre la comprensión del derecho*, en "Crítica Jurídica", Puebla, 1987, n° 7, p. 77 y siguientes.

²² Ruiz, op. cit., p. 187.

racteriza libre y autónomo, que no es más que una categoría histórica, otra ilusión sin correlato real, bien puede cuestionarse críticamente, asimilándolo a otra de las tantas ficciones de que se vale el derecho.

El sujeto libre y autónomo es una ilusión²², que actúa como presupuesto de la culpabilidad. La culpabilidad es una ficción de particulares características, que tiene un presupuesto ilusorio (el sujeto), y cumple, en el marco conceptual de la teoría del delito, el peso de ser el último control que atraviesa el castigo. Es un cimiento de arena que sostiene un edificio jurídico. Y es una ficción particular, porque a diferencia de las demás ficciones del derecho, no es tomada como tal por los operadores del discurso jurídico. Las obligaciones *propter rem*, el pago por subrogación, la cosa juzgada, la teoría de los comorientes, la muerte civil, la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley, son algunos ejemplos de ficciones legales, conscientemente falsas. La culpabilidad es una ficción hecha con otra madera.

Y como la culpabilidad se puede ver afectada por el error en el "rompecabezas" de la teoría del delito, la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley no es más que una ficción que sustenta a otra ficción. Sin embargo, este ingenioso juego de ficciones produce en el plano de lo real la violencia del castigo.

La ficción de la culpabilidad se ha enunciado de distintas maneras, todas ellas imprecisas y gelatinosas. ¿En qué consiste la "posibilidad de determinarse de otra manera" de Stratenwerth²³; la "capacidad de motivarse por la norma" de Bacigalupo²⁴; la "acción del sujeto en condiciones de motivabilidad normal" de Mir Puig²⁵; o la "posibilidad exigible de actuar conforme a derecho" de Zaffaroni²⁶?

Stratenwerth nos saca de dudas, resignándose a afirmar que, en realidad, dicha fórmula "no debe originar el malentendido de que tal libertad pueda ser realmente comprobada"²⁷. La culpabilidad, tal como se define, no sólo requiere

²² *Ibidem*, p. 187. Ver Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, México, Gedisa, 1988, p. 13-33.

²³ Stratenwerth, *op. cit.*, p. 182.

²⁴ Bacigalupo, *op. cit.*, p. 365.

²⁵ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, PPU, 1983, p. 400.

²⁶ Zaffaroni, *Tratado*, t. IV, p. 10.

²⁷ Stratenwerth, *op. cit.*, p. 184.

como presupuesto de un sujeto ilusorio, libre y autónomo, capaz de motivarse por las normas, sino también de un juzgador ilusorio (también libre y autónomo), con aptitud para verificar la efectiva capacidad de motivación del sujeto.

Se trata de actuar "como si" el sujeto fuera libre y autónomo, "como si" pudiese motivarse por las normas, "como si" el juez estuviera en condiciones de verificarlo.

7. EL ERROR Y LA ARBITRARIEDAD

No menos endebles son las categorías con que la dogmática maneja el error de prohibición. Además de la ficción, conscientemente falsa, de la inexcusabilidad del error de derecho, las concepciones que admiten el error, también contienen elementos ficticios, no siempre conceptualizados como tales.

Aceptado el error de prohibición como causa de exclusión o atenuación del reproche, el camino a seguir se ve fácil y la solución parece surgir obvia y evidente. Pero en este punto nos encontramos con una nueva clasificación dogmática que vuelve a transformar el problema en oscuro e impreciso. Nos referimos a las categorías de error vencible e invencible o evitable e inevitable. ¿Cuándo podemos afirmar que un error es invencible o inevitable? El discurso dogmático contesta con la siguiente fórmula: el error será inevitable cuando sea imposible exigirle al sujeto que lo supere¹⁸. Lo que sucede, ante un caso concreto, es que el juzgador decide, atendiendo a diversas circunstancias, si el procesado merece pena, y después de tomada esta decisión, la justifica con un "dibujo" dogmático acerca de la evitabilidad o inevitabilidad del error.

Por ello, lo importante no es la admisión del error de prohibición como causa de exclusión o atenuación del reproche, sino las condiciones impuestas para considerar a un error como inevitable o invencible, ya que por esta vía se puede llegar, en la práctica, a privar de efectividad a esta categoría del discurso dogmático. En este sentido, la evitabilidad del error, entendida como la posibilidad de exigir al sujeto que lo supere, importa un nuevo enunciado incon-

¹⁸ Zaffaroni, *Tratado*, t. IV, p. 218.

trastable con la realidad, y que deja al individuo a merced de la arbitrariedad del jugador²⁶.

En definitiva, el reproche se extiende más allá del acto, a la no realización de un esfuerzo de comprensión e información.

Como fuera dicho, el fenómeno del desconocimiento y la no comprensión del derecho, es en las sociedades modernas, generalizado. Deviene de la omisión de difundirlo²⁷, de manera que el esfuerzo por conocer y comprender no depende únicamente de la decisión del sujeto, sino también de la inactividad del poder.

Para Zaffaroni, el término "comprensión" asume un significado más amplio, contemplando un supuesto no previsto por la concepción generalizada del error de prohibición. Así, trata como tal no sólo a un error que impide la comprensión de la antijuridicidad por desconocimiento de normas o de la situación de hecho que presupone la aplicación de una norma, sino también a la disidencia axiológica con el derecho estatal proveniente de la diferencia cultural. En verdad, este supuesto equivale a una disidencia axiológica y no a un error, pues el sujeto conoce la norma a la cual debe adecuar su conducta, y no lo hace en virtud de que dicha norma contiene una pauta de comportamiento valorativamente diferente a la impuesta por su propia cultura.

La concepción del autor, si bien en el plano de la dogmática, fuerza la categoría del error, y desde fuera de ella, adolece de los mismos ingredientes ilusorios que se señalaban, genera una perspectiva interesante para el tratamiento de la transgresión del derecho estatal originada en diferentes pautas culturales, en tanto permite la tolerancia de la disidencia axiológica.

El efecto positivo de esta postura se extiende a aquellos casos en los que intervienen individuos de la cultura estatal y aborigen, superando, en cuanto a su efecto limitador del castigo, a las soluciones de política legislativa que propician

²⁶ En similar sentido, las opiniones vertidas por el doctor Sarcinetti durante el Congreso mencionado en notas 1 y 28, en cuanto a la imprecisión para definir la evitabilidad del error y a la imposibilidad del jugador para verificar los requisitos impuestos por el discurso dogmático para sostener la culpabilidad del sujeto.

²⁷ Cárcova, op. cit., p. 178. Para este autor, esta omisión no es involuntaria sino estratégica.

la inaplicabilidad del derecho estatal exclusivamente a las relaciones entre aborígenas²⁴.

8. UNA ESTRATEGIA DOGMÁTICA PARA EL TRATAMIENTO DE LA MARGINALIDAD CULTURAL

Una crítica posible a la concepción de Zaffaroni es que no agota todas sus posibilidades, pues limita las consecuencias del razonamiento a la hipótesis de la cultura aborígena. En tal sentido, puede afirmarse que el desconocimiento y la no comprensión del derecho es también un producto de la marginalidad social.

En consecuencia, puede hablarse tanto de las culturas jurídicas nativas, que aún hoy subsisten, en las que rigen prescripciones que operan con fuerza derogatoria respecto de las normas del derecho estatal, como de aquellas otras culturas que emergen en las periferias urbanas, originadas por el atraso y la pobreza, y donde no penetra el mensaje de los aparatos ideológicos del Estado.

Sobre el particular, Lewis sostiene que la "cultura de la pobreza" es una cultura "en el sentido antropológico tradicional", que proporciona a las personas un esquema de vida con un conjunto de soluciones y también con una función altamente adaptativa. Asimismo, señala que la mera pobreza no implica una "cultura de la pobreza". En el curso de sus investigaciones, ha identificado unos setenta rasgos que la caracterizan, pudiendo describirse los principales en un sistema de cuatro dimensiones: la relación existente entre esta cultura y la cultura dominante; la naturaleza de la comunidad de los barrios bajos; la naturaleza de la familia; y las aptitudes, valores y conductas del individuo²⁵.

La pertenencia a diferentes culturas importa una forma diversa de representar la realidad misma, la asignación de significados distintos a objetos, hechos y palabras. Lo testimonian aquellos seis aborígenas que en 1498 ardieron en

²⁴ Esta opinión es sustentada por Irureta, Gladys, *El indigeno ante la ley penal*. Ver comentario bibliográfico de Hendler, Edmundo, en "Doctrina penal", año 5, 1962, p. 774. En el mismo sentido, el proyecto *Livingstone para Louisiana*, ver Zaffaroni, *Tratado*, t. IV, p. 304.

²⁵ Lewis, Oscar, *La cultura de la pobreza*, en "Revista de la Unesco", 1965.

el quemadero de Haití, por castigo y escarmiento, al hundir bajo tierra las imágenes de Cristo y la Virgen, que Fray Ramón Pané les había dejado para su protección y consuelo. Nadie les preguntó por qué enterraron las imágenes. Ellos esperaban que los nuevos dioses fecundaran las siembras de maíz, yuca, ñoños y frijoles⁴⁸.

Si admitimos que el fundamento del error de comprensión no es la pertenencia a una cultura aborigen, sino la imposibilidad de comprender motivada en condicionamientos culturales, nada impide extender su alcance a las transgresiones al derecho estatal cometidas por los integrantes de esta "cultura de la pobreza", también diferente.

En esta hipótesis, sólo existirá error respecto de aquellas conductas tipificadas por el derecho penal, que en la "cultura de la pobreza" se vivencien como habituales, naturales, permitidas o impuestas, obstaculizando la internalización de la prohibición estatal. De qué conductas se trata en cada caso, es un tema que excede las pretensiones de este trabajo, y que requiere de investigaciones antropológicas, pudiendo señalarse a modo de ejemplo, el delito de estupro y estupro agravado por el vínculo (arts. 120 y 123, Cód. Penal), motivados en una diferente manifestación de la sexualidad y de los vínculos familiares.

De lo contrario, el poder que ha marginado a un sector de individuos de la estructura social y de cualquiera de sus beneficios, no encontraría en el derecho impedimento alguno para castigar aquellas conductas que no son sino el resultado de la marginación, esto es, el poder castigarla a través de la sanción penal, la injusticia originada en su propio ejercicio. Se produciría un fenómeno de doble castigo, ambos igualmente arbitrarios, primero la marginación social, y luego la criminalización del marginado.

Aun cuando se disienta, desde un punto de vista antropológico, en calificar como cultura las circunstancias particulares referidas por Lewis, ello no obstaría a encuadrar la situación de los sujetos que obran condicionados por dichas circunstancias como error de comprensión, al que se calificaría, no ya como culturalmente condicionado, sino como "social" o "políticamente" condicionado. Y esta, por cuanto la marginalidad social, origen de la transgresión, deviene de la forma de ejercicio del poder.

⁴⁸ Galeano, *op. cit.*, p. 118.

9. NO NOS CUREN LA LOCURA

Si bien partimos de considerar al discurso jurídico penal como legitimante y encubridor del poder, y a su vez, deslegitimado por la forma en que éste es ejercido⁴¹, nos vemos forzados a agotar las posibilidades que brindan sus propios conceptos en el marco de una estrategia limitadora del castigo.

En tal sentido, en el tema que nos ocupa, creemos conveniente resaltar con carácter previo la concreta relación de dominación que subyace en el fenómeno de la aplicación de las normas del derecho estatal a los individuos de las culturas sometidas (trátese de la cultura aborígen o de la "cultura de la pobreza"), partiendo de dicha relación a fin de analizar los diversos aspectos del problema.

Propiciamos, en el plano del discurso jurídico penal, la utilización del concepto de error de comprensión culturalmente condicionado (o, en su caso, social o políticamente condicionado) con los alcances que se le dieran oportunamente. Consideramos que encuadrar el caso en la categoría de la inimputabilidad, sólo resultaría útil en la referida estrategia si se prescindiera de las medidas de seguridad.

La utilización, como último recurso, de los conceptos que previamente descalificáramos, nos emparenta con aquel personaje que pobre, desesperado y solo, suplica a su analista: No me curen la locura, ¡es lo último que tengo!

⁴¹ Sobre la deslegitimación del discurso jurídico penal y el ejercicio del poder del sistema penal, ver Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de los peores perdidos*, Bs. As., Ediar, 1988.