

MULTICULTURALIDAD Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL
EN UNA SENTENCIA PENAL: ANÁLISIS
DESDE JOSEPH RAZ

["Multicultural and Judicial Discretion in a Criminal Sentence:
Analysis from Joseph Raz"]

JUAN PABLO ZAMBRANO TIZNADO*
CLAUDIO AGÜERO SAN JUAN**

RESUMEN

A partir del razonamiento judicial utilizado en una sentencia penal mostramos cómo el juez acudió a una moral particular para justificar su fallo y discutimos si tenía discrecionalidad para ello. Planteamos que la coacción no se justifica como sanción a una práctica cultural, aunque dicha práctica atente contra el principio del daño, si no se satisface además el principio de culpabilidad, así, trabajamos la hipótesis de que los jueces confundieron la función de aplicar la ley con la de neutralizar prácticas culturales opresivas.

Finalmente, analizamos si la doctrina moral elegida por el juez es coherente con una moralidad pública centrada en

ABSTRACT

From the judicial reasoning used in a penal judgment, we show how the judge came to a particular morality to justify the sentence and evaluate he had discretion for it. We raise that the constraint does not justify itself as sanction to a cultural practice, though the above mentioned practice commits an outrage against the principle of the damage, if the principle of guilt is not satisfied in addition, this way, we work the hypothesis of which the judges confused the function to apply the law with it of neutralizing cultural oppressive practices.

Finally, we analyze if the moral doctrine chosen by the judge is coherent with a public morality centred on the

* Bachiller en Ciencias Religiosas por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Casilla D-6, Temuco, Chile. Correo electrónico: juanpablo.zambranotiznado@gmail.com

** Magíster en Educación mención Evaluación Educacional por la Universidad de la Frontera. Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco. Dirección postal: Casilla D-6, Temuco, Chile. Correo electrónico: aguero@uct.cl

la autonomía utilizando para ello, tanto el liberalismo multicultural como el positivismo excluyente de Joseph Raz.

PALABRAS CLAVE: Discrecionalidad Judicial - Moralidad Pública – Sentencia penal - Multiculturalidad - Joseph Raz.

autonomy using for it, both the multicultural liberalism and Joseph Raz's exclusive positivism.

KEY WORDS: Judicial discretion - Morality Publishes – Criminal sentence -Multiculturalidad - Joseph Raz.

I. INTRODUCCIÓN

En la sentencia RIT 101-2005¹ el mapuche Juan Ñanco es condenado como autor del delito de violación en perjuicio de la menor de 13 años U.C.H.R. según el artículo 362 CP. El acusado forma parte de la comunidad “El Naranjo”, ubicada en la comuna de Lonquimay, la que tiene una particular concepción del bien, según la cual, las mujeres están sexualmente disponibles desde la menarquia², el tribunal al condenar a Juan Ñanco, asume una concepción del bien según la cual, las mujeres están sexualmente disponibles desde que alcanzan cierta madurez que les permita consentir, esto es, a los 14 años.

Este caso nos permite ilustrar la tensión de una sociedad multicultural en que conviven concepciones del bien que son incompatibles entre sí³. Como es esperable, esta tensión se expresa de diferentes maneras, en el Derecho Penal, “las colisiones se presentan más bien entre lo que dispone el sistema penal del Estado receptor y las costumbres divergentes de ciertos grupos culturales”⁴, sin embargo, el propio ejercicio de la libertad individual que se expresa en vivir de acuerdo al plan de vida que se ha elegido, ha obligado al Derecho a buscar alguna solución al conflicto.

Si Chile es un país multicultural sería esperable encontrar, sino una

¹ Sentencia RIT. 101-2005, RUC. 0400415571-3, de la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, Chile, sobre violación de menor, de 23 de noviembre de 2005. Imputado: Juan Ñanco Ñanco; Víctima: U.C.H.R.; Jueces: Aner Padilla B. (Presidente), Oscar Viñuela A., Jorge González S.; Condena: 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos.

² En el considerando 7 de la sentencia en comento, se dice que el perito antropólogo concluyó: “[...] *la llegada de la menarquia, primera menstruación, hace a la mujer accesible a los hombres adultos de la comunidad* [...]”.

³ RAZ, Joseph, *La Ética en el ámbito público* (traducción al castellano de M. L. Melón, Barcelona, Gedisa, 2001), pp. 193 ss.

⁴ CARNEVALLI, Raúl, *El Multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno*, en *Revista Política Criminal* 3 (2007), p. 5.

jurisprudencia abundante, por lo menos una cantidad de fallos importante que discorra sobre la base del error de prohibición fundado en condicionamientos culturales; no obstante, existe muy poca jurisprudencia en que haya sido admitido⁵. En el presente trabajo, a partir de la causa RIT 101- 2005, tratamos de explicar esta paradoja.

Es posible, justificar esta escasez en una asimilación cultural, sin embargo no será el punto a profundizar, diremos, que esta escasez es explicada porque los jueces se sienten responsables de mantener la confianza en el sistema penal por parte de la sociedad y que, al recurrir a justificar conductas típicas en razón de la multiculturalidad estarían, precisamente, socavando dicha confianza. Este presupuesto lo daremos por sentado. Hipotetizamos que el tratamiento que el Estado debe dar a las prácticas culturales que considera dañinas, es confundido con la respuesta que los jueces deben dar a conductas que, siendo definidas como delictivas, son ejercitadas en un contexto cultural. Si nuestra hipótesis es correcta, los jueces tienen (o deben tener) discrecionalidad para restringir la aplicación del error de prohibición.

Puede suceder que el juez considere que goza de discrecionalidad cuando efectivamente no la tiene, o por el contrario, considerar que no la tiene cuando efectivamente la posee, entonces al analizar la sentencia RIT 101-2005 habrá que responder las siguientes preguntas:

¿Existe evidencia en la sentencia para estimar que el juez utilizó consideraciones morales? (pues si lo hizo podemos intuir que pensó estaba autorizado para ello). Por otro lado, ¿estaba efectivamente autorizado para utilizar consideraciones extra jurídicas? De responder afirmativamente ambas cuestiones, nos preguntamos ¿qué doctrina moral utilizó? (para finalmente contrastar la argumentación con una moral pública centrada en la autonomía propia de una sociedad multicultural).

Para cumplir los objetivos propuestos, asumimos tanto el multiculturalismo liberal como el positivismo excluyente de Joseph Raz y en particular su tesis de la adjudicación.

II. TEORIA DEL DERECHO Y TEORIA DE LA ADJUDICACIÓN: J. RAZ

Es necesario comenzar distinguiendo entre razonamiento para establecer el “contenido del derecho” y el razonamiento “con

⁵ CARNEVALLI, Raúl, cit. (n. 4), p. 28, cita una sentencia en que se acoge el error de prohibición por razones culturales, se refiere a la sentencia RIT 025-2005 del Tribunal Oral de Villarrica.

arreglo a derecho”⁶. El primero se refiere a una teoría sobre la naturaleza y los límites del Derecho y en especial, en la obra raziana, a la tesis de las fuentes sociales⁷, el segundo supone establecer el “contenido del derecho”, pero además permite utilizar otro tipo de consideraciones, pues si la norma otorga discrecionalidad al juez es el propio Derecho quien lo autoriza a utilizar consideraciones morales; esto implica que siempre se hace un razonamiento moral, porque siempre se debe determinar si en un caso concreto se tiene o no discrecionalidad⁸.

Esta última afirmación merece un comentario: existe un razonamiento moral para determinar la existencia de discrecionalidad, en este sentido siempre el razonamiento jurídico incluye un razonamiento moral, pero además, de existir dicha discrecionalidad el juez está autorizado para fallar utilizando consideraciones morales.

En síntesis, según el positivismo excluyente en su versión raziana “cuando el derecho apela a la moralidad, concede a los jueces discreción para decidir los casos”⁹, de allí que sea necesario distinguir entre “¿cómo debería resolverse el caso de acuerdo con el Derecho?”¹⁰, “¿cuál es el Derecho aplicable al caso?”¹¹ y “¿cómo debería resolverse el caso, teniendo todos los factores en cuenta?”¹², sólo la última pregunta es siempre una pregunta moral.

III. ERROR DE PROHIBICIÓN Y SENTENCIA RIT 101- 2005

Durante el juicio oral se argumentó el error de prohibición¹³ mediante

⁶ RAZ, Joseph, *La autonomía del razonamiento jurídico* (1993), ahora, en EL MISMO, *La Ética en el espacio público* (Barcelona, 2001), p. 355.

⁷ RAZ, Joseph, *Autonomía*, cit. (n. 6), p. 355.

⁸ BAYÓN, Juan, *Derecho, convencionalismo y controversia*, en NAVARRO, Pablo - REDONDO, Cristina (compiladores), *La relevancia del Derecho* (Barcelona, 2002), pp. 64 ss.

⁹ MORESO, José, *Derecho, convencionalismo y controversia*, en NAVARRO, Pablo - REDONDO, Cristina (compiladores), *La relevancia del Derecho* (Barcelona, 2002), p. 95.

¹⁰ RAZ, Joseph, *Autonomía, tolerancia y el principio del daño*, en *Revista de Estudios Públicos* 76 (1999), p. 350.

¹¹ RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), nota 391

¹² RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), p. 350.

¹³ Según ROXIN, Claus, *Problemas actuales de dogmática penal* (traducción al castellano de M. Abanto, Lima, Ara Editores, 2004), p. 126, el “error de prohibición se presenta cuando, en el momento de cometer el hecho, al autor le falta la comprensión de cometer un injusto [] o cuando se encuentra en un error respecto de la ilicitud de la conducta...” para excluir la culpabilidad requiere que este error sea invencible.

la prueba pericial¹⁴, desechándose en la sentencia la argumentación planteada por la defensa¹⁵.

El Tribunal debe llegar a la convicción, más allá de toda duda razonable, de que Juan Ñanco conocía de manera invencible la ilicitud de su actuar y para cumplir este estándar utiliza tres argumentos:

i) Vinculación con Chile y el mundo a través de la radio y la televisión y a su comunidad a través de la cercanía con la localidad de Lonquimay.

ii) Ensalzamiento de la virginidad de las religiones presentes en la comunidad “El Naranjo”.

iii) Desvirtuación del peritaje antropológico por el testimonio de la madre de la ofendida (en adelante la madre).

Como se aprecia en el primer argumento, contar con medios de comunicación implica que el acusado conozca que acceder carnalmente a una menor de 14 años es un ilícito, admitido esto, el tribunal no se hace cargo de dos cuestiones: que conocer la norma no implica su comprensión¹⁶, esto es, que sabiendo que la ley chilena condena una determinada acción, el acusado, no comprende la ilicitud de su acto por sus condicionamientos

¹⁴ Roberto Anselmo Álvarez San Martín, antropólogo, quien efectuó un peritaje a objeto de acreditar el aislamiento social del imputado y su comunidad, recurrió a los antecedentes de la defensoría mapuche, concurrió a la comunidad Bernardo Ñanco. Es una comunidad con identidad cultural Pehuenche, unas 100 familias, estructura cultural basada en el patriarcado, exogamia, hablan mapudungun, presencia fuerte de la iglesia Pentecostal, Instituciones con vínculos Público: la Municipalidad, Hospital, CONADI; CONAF e Integra. La mencionada Iglesia tiene un delegado de la comunidad. Como acceso a la información poseen dos tipos: la televisión (3 canales) y radio (3 emisoras), no llegan diarios en forma normal. Test de conocimiento cultural a distinto nivel. El conocimiento está en un nivel medio, el imputado tiene conocimiento menor al de la comunidad (7a 4). Concluyó que la mencionada comunidad mantiene patrones culturales ancestrales, la descendencia es vía paterna, la familia reside en el lugar del esposo, la llegada de la menarquia, primera menstruación, hace a la mujer accesible a los hombres adultos de la comunidad, se habla mapudungun. en la veranada se traslada la familia a la cordillera en noviembre y vuelven entre marzo a abril, quedando aislados. De Lonquimay al Naranjo hay entre 2 a 3 kilómetros. Terminó señalando que la Comunidad desconocía que tener relación con la menor, haya estado prohibido y penado por la ley chilena”. Considerando séptimo de la sentencia RIT 101- 2005.

¹⁵ “Finalmente, respecto a que en la idiosincrasia pehuenche o mapuche en general, la llegada de la menarquia o menstruación en la mujer, la hace disponible sexualmente para los varones adultos de la comunidad y por lo tanto los hechos deben ser analizados desde este punto de vista y de acuerdo a la legislación indígena, ello en caso alguno ha sido acreditado y mal aun, fue desvirtuado por los dichos de la propia madre de la víctima. Por todo ello, no se dará lugar a la petición de absolución solicitada por la defensa” (Considerando 11º de la sentencia RIT 101- 2005).

¹⁶ CARNEVALLI, Raúl, cit. (n. 4), p. 27

culturales y, en segundo lugar, que creyera erróneamente que la ley chilena no es aplicable a acciones en materia sexual propias de su cultura¹⁷, por lo cual podía conocer que su acción era ilícita, pero creer que sólo era aplicable a chilenos¹⁸ y no a personas de origen mapuche.

El segundo argumento considera que determinadas religiones permiten las relaciones sexuales sólo dentro del matrimonio y muestra como Juan Ñanco podía saber (o sabía), que su acción era moralmente mala; pero en ningún caso, el conocer que una acción es pecado implica el conocimiento de su ilicitud.

En el tercer argumento no vemos razón para otorgar mayor valor probatorio al testimonio de la madre; a priori el testimonio imparcial del antropólogo debiese tener mayor valor probatorio que aquél.

Podemos afirmar que el juez actuó con un cierto grado de discrecionalidad. Ello implicó asumir que quien tiene televisión y radio está conectado a Chile y al mundo y conoce y comprende la ilicitud de su actuar; que pertenecer a una determinada religión que cree en la virginidad conlleva adherir a dicha creencia y finalmente, que el testimonio respecto a una determinada práctica cultural que realiza un miembro de la comunidad –la madre– debe ser valorado por sobre el testimonio de un perito.

Siendo el Tribunal discrecional para arribar a la convicción, más allá de toda duda razonable, de que Juan Ñanco conocía la ilicitud de su conducta, debemos entender que la propia ley les otorga dicha discrecionalidad o el Tribunal creyó tenerla.

Sintetizando lo dicho, la doctrina moral presente en la sentencia es:

- i) Las relaciones sexuales prematrimoniales son moralmente malas.
- ii) Tanto los medios de comunicación como las iglesias cristianas transmiten la enseñanza i).
- ii) Las prácticas sexuales de la comunidad “El Naranjo” son expresión de la forma en que la comunidad adhiere a la tesis i).

IV. DISCRECIONALIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Hemos mostrado cómo el juez actuó discrecionalmente en la sentencia, ahora contrastaremos dicha actuación con los paradigmas discrecionales

¹⁷ De hecho la Ley N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la corporación nacional de desarrollo indígena en su artículo 54 considera la costumbre indígena como fuente del Derecho siempre que no contravenga la *Constitución Política de la República*.

¹⁸ Nótese que el peritaje habla de un desconocimiento de la ley chilena y es claro que muchos mapuches son chilenos por nacionalidad aunque culturalmente no lo son.

(D) que se desprenden de la teoría de la adjudicación¹⁹ en la obra *razia-na*.

Llamaremos D1 a la discrecionalidad que surge de la autorización que el Derecho otorga al juez para actuar conforme a sus creencias morales. Dice Raz: “El Derecho mismo orienta habitualmente a los tribunales para que apliquen consideraciones extrajurídicas. El derecho italiano puede ordenar a sus tribunales la aplicación a un caso particular del Derecho comunitario (de la Unión Europea), o del Derecho Internacional, o del derecho de China. Puede ordenar a los tribunales resolver determinada controversia por referencia a los estatutos de una sociedad anónima, o de una asociación, o por referencia a las prácticas comerciales o a normas morales”²⁰.

En la teoría de la adjudicación los jueces pueden utilizar consideraciones extrajurídicas independiente del “contenido del derecho”, actuando incluso contra la ley, llamaremos D2 a esta forma de discrecionalidad. Añade Raz: “En primer lugar, nada de lo anterior concierne a lo que los jueces deberían hacer, o como deberían decidir los casos. Se trata del tema de la naturaleza y los límites del derecho. Si el argumento que se adelanta aquí es razonable, esto implica que la función de los tribunales de aplicar y hacer respetar las leyes coexiste con otras”²¹. Así, “los tribunales aplican tanto consideraciones jurídicas (v.gr. positivistas autoritativas) como no jurídicas”²² esto implica no sólo la posibilidad de aplicar principios morales cuando el derecho no autoriza a ello, sino también la posibilidad fáctica de incumplir la obligación de actuar de acuerdo “al contenido” o “con arreglo a Derecho” e incluso obrar en contra de principios morales.

En tercer lugar, otra forma de discrecionalidad (D3) es aquella que surge de la indeterminación del lenguaje y que permite al juez actuar conforme a D2: “Siempre existirán conflictos que escapen al ámbito de

¹⁹ “Resulta claro que la teoría de la adjudicación constituye una teoría moral. Se ocupa de todas las consideraciones que afectan el razonamiento de los tribunales, tanto jurídicas como no jurídicas”, véase: Raz, Joseph, *La cuestión de la naturaleza del derecho* (1983), ahora, en EL MISMO, *La Ética en el espacio público* (Barcelona, 2001), p. 226. Respecto de la tesis de la adjudicación se ha dicho: “¿Qué más se puede pedir? Nada, solamente que se reconozca que es sustancialmente la misma idea clásica según la cual los ciudadanos, y especialmente los jueces, están ligados tanto por las leyes positivas como por la ley natural, como quiera que las denominemos”, véase ORREGO, Cristóbal, *La ley natural bajo otros nombres: De nominibus non est disputandum*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 23 (2005), p. 85.

²⁰ RAZ, Joseph, *Autonomía*, cit. (n. 6), p. 355

²¹ RAZ, Joseph, *Autoridad, derecho y moral* (1985), ahora, en EL MISMO, *La Ética en el espacio público* (Barcelona, 2001), p. 252.

²² RAZ, Joseph, *Naturaleza*, cit. (n. 19), p. 224.

las normas específicas, por cuidadosa y exhaustivamente que estuvieran redactadas. Esto surge de los argumentos normales sobre la textura abierta y la vaguedad del lenguaje y de la intención”²³.

Mientras D3 plantea un problema fáctico de discrecionalidad D2 soluciona dicho problema; la actuación del juez no es posible de calificar “ni conforme ni con arreglo a Derecho”. D1 permite actuar al juez “con arreglo a Derecho” pues la propia norma lo autoriza a fallar según sus convicciones morales; es el Derecho el que orienta al juez a utilizar otras consideraciones.

Para Joseph Raz una norma discrecional (N) sería: “se prohíben las penas crueles”²⁴, en este caso, producto de la ambigüedad de N -D3- el juez tiene D2 para determinar la crueldad de las penas, en tanto, N referida al error de prohibición podría expresarse: “se prohíbe condenar si el autor no conoce la ilicitud de su actuar”, este es un caso de D3 pues, el juez producto de la indeterminación de la expresión “conoce la ilicitud de su actuar” puede actuar según D2.

Determinado el contenido de N el juez deberá subsumir el hecho en el concepto “conoce la ilicitud de su actuar” justificando su decisión en los medios de prueba presentados por las partes. Entonces, para determinar los medios de prueba admisibles no tiene discrecionalidad, debiendo fallar conforme al “contenido del derecho” que determina las reglas de admisibilidad y, respecto al resultado probatorio tiene D1 siempre que entendamos que ella está constituida no sólo por una remisión directa a los principios morales v. gr., sino también, por ciertos límites a la discrecionalidad que la propia ley establece como serían los conocimientos científicamente afianzados, los principios de la lógica y las máximas de la experiencia (artículo 297 CPP.) así, actuar en contra de estos límites o no cumplir con la obligación legal de fundar su decisión son casos de D2 pues, el juez actúa sin estar autorizado.

La textura abierta de N es un caso de D3 que remite a D2. La acción de valorar los medios de prueba es un caso de D1 y la obligación de fundar la decisión es un caso de actuación de acuerdo al “contenido del Derecho”, y de no hacerlo, un caso de D2.

Si la textura abierta de la expresión “conoce la ilicitud de su actuar” es un caso de D3 y, en nuestro problema, el juez no explicita (según D2) que entiende por aquella expresión las partes no podrán impugnar la resolución pues ella no consigna las razones que fundan la atribución de sentido de N. La acción de valorar los medios de prueba que es un caso de D1 es

²³ RAZ, Joseph, *Autonomía*, cit. (n. 6), p. 353.

²⁴ RAZ, Joseph, *Autoridad*, cit. (n. 3), p. 252.

realizada, sin embargo, según D2 ya que las máximas de la experiencia indican que el testimonio de la madre carece de la imparcialidad necesaria para derrotar al del antropólogo y, además, el principio de razón suficiente²⁵ impone al juzgador valorar las afirmaciones del perito por sobre las de la madre pues no da razones que expliquen la proposición: “Juan Ñanco no conoce la ilicitud de su actuar”²⁶ y, a mayor abundamiento, el contenido del testimonio del experto podría considerarse un conocimiento científicamente afianzado. Así, la ausencia de justificación nos muestra cómo el juez actúa nuevamente según D2²⁷.

Admitiendo que los jueces actuaron discrecionalmente, nos queda determinar nuestra hipótesis: los jueces al fallar la sentencia RIT 101-2005 confundieron el tratamiento que el Estado debe dar a una práctica cultural con el tratamiento penal que debe darse a quien realiza una conducta culturalmente motivada. En los párrafos que siguen caracterizamos el tratamiento de este tipo de prácticas mostrando la confusión en que incurrió el juez.

V. MULTICULTURALISMO Y TEORÍA POLÍTICA LIBERAL: LA PROPUESTA DE J. RAZ

Según Raz, una sociedad o comunidad multicultural es aquella en que conviven en un mismo territorio diversas comunidades culturales estables con voluntad y capacidad para perpetuarse, asumiendo la tensión que ello provoca en el desarrollo de las sociedades²⁸. La política multicultural o multiculturalismo es aquella que acepta la sociedad multicultural; su carácter liberal está dado porque rechaza el individualismo propio de esta teoría y valora la cultura como un espacio en que se ejercen las libertades;

²⁵ Según este principio nada es sin razón, entonces una proposición debe explicar porque algo fue de un modo y no de otro, véase: LEIBNIZ, Gottfried, *Monadología: opúsculos* (2ª edición, traducción castellana de Antonio Zozaya, Madrid, 1889), p. 18.

²⁶ La proposición Juan Ñanco no conoce la ilicitud de su actuar sería: Juan Ñanco no conoce la ilicitud de su actuar porque está culturalmente condicionado para ello; como se ve, hay que distinguir entre principios que se refieren a la realidad y aquellos que se refieren a como se entiende dicha realidad, el principio de razón suficiente se encuentra entre los segundos. Véase: GAMARRA, Severo, *Lógica jurídica: principio de razón suficiente* (Lima, Fondo Editorial, 2004), p. 25.

²⁷ “El deber de fundamentación rige para las sentencias en general, sean o no dictadas en asuntos en que se faculta al juez a apreciar la prueba en conciencia”, véase González, Joel, *La fundamentación de las sentencias y la sana crítica*, en *Revista Chilena de Derecho* 33 (2006) 1, sección 7ª, párr. 1.

²⁸ RAZ, Joseph, *Ética*, cit. (n. 3), pp. 193 ss.

sólo siendo miembro pleno de una cultura próspera se puede llevar a cabo el programa liberal²⁹.

En una sociedad valóricamente plural³⁰, la tensión entre diversas concepciones del bien se refiere a elecciones tales como ser músico o jardinero³¹, ambas opciones parecen buenas y sin embargo, desarrollan virtudes incompatibles entre sí³². En las sociedades multiculturales la tensión se refiere además, a diversas prácticas que pueden ser valiosas para una comunidad y negativas para otra³³. Veamos un ejemplo.

En la antigüedad algunas culturas como la cananea consideraban buena la práctica de la prostitución sagrada entre personas del mismo sexo; sin embargo, otro grupo cultural que habitaba el mismo territorio la consideraba abominable. Este ejemplo permite mostrar cómo el conflicto es inevitable en una comunidad que multicultural y moralmente plural.

Otro punto que dejamos asentado es el siguiente: las comunidades multiculturales son un lugar común en la historia, lo que constituye un fenómeno moderno es la política que promueve su aceptación³⁴.

La importancia de calificar las prácticas culturales radica en que “algunas culturas o aspectos de ellas son inaceptables y no deberían beneficiarse de una actitud positiva hacia una pluralidad de culturas que propicia el multiculturalismo”³⁵. La dificultad estriba en determinar qué prácticas culturales son aceptables para una comunidad multicultural y cuáles no lo son,³⁶ éstas últimas deben ser neutralizadas mientras las primeras aunque desagradables deben ser toleradas.

Además, hay que precisar que una “cultura opresiva” es distinta a una “práctica cultural opresiva”. En el primer caso, deberá desalentarse la existencia de la cultura mientras que en el segundo, deberá neutralizarse

²⁹ RAZ, Joseph, *Ética*, cit. (n. 3), p. 192.

³⁰ Para RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), p. 96: “[...] el pluralismo moral no solo sostiene qué formas de vida incompatibles son moralmente aceptables, sino también que ellas despliegan virtudes diferentes, cada una de las cuales es digna de perseguirse por su propio valor”. En otra parte, Raz, Joseph, *Ética*, cit. (n. 3), p. 194, expresa que esta idea está en la base del multiculturalismo.

³¹ RAWLS, John, *Teoría de la Justicia* (2ª edición, traducción al castellano de M. Dolores Gonzáles, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1997), p. 96, en el mismo sentido expresa: “[...] cada individuo tiene un plan racional de vida, hecho según las condiciones a que se enfrenta y también para permitir la satisfacción armónica de sus intereses [...]”.

³² RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), p. 96.

³³ RAZ, Joseph, *Ética*, cit. (n. 3), pp. 193 ss.

³⁴ RAZ, Joseph, *Ética*, cit. (n. 3), p. 188.

³⁵ RAZ, Joseph, *Ética*, cit. (n. 3), p. 199.

³⁶ RAZ, Joseph, *Ética*, cit. (n. 3), pp. 201 ss.

aquella práctica sin afectar a las demás prácticas culturales de dicha comunidad³⁷.

El carácter opresivo de una práctica o cultura justifica su neutralización o incluso permite desalentar su existencia³⁸. Si aplicamos los límites de la tolerancia basada en la autonomía el fundamento para neutralizar o desalentar una práctica opresiva en una sociedad moralmente plural será que reprime formas de vida moralmente aceptables disminuyendo el rango adecuado de alternativas que se debe tener para una elección autónoma, así, una práctica opresiva no debe ser tolerada, justificándose su neutralización por atentar contra el principio del daño³⁹. Una práctica desagradable debe ser tolerada; no se puede prohibir, sancionar o castigar una práctica que no produce daño y tampoco se puede usar una mayoría para legislar en contra de una práctica que, aunque nos desagrade debemos tolerar.

Según Raz⁴⁰, una práctica es opresiva cuando reprime a miembros de su propio grupo o a extraños, en razón de raza, sexo, preferencia sexual, religión o nacionalidad y da algunos ejemplos como las culturas que aceptan la esclavitud o aquellas que condenan la homosexualidad. Aunque Raz no define la represión que debe producir la práctica cultural, creemos que es coherente con sus planteamientos entenderla como toda intolerancia cultural que daña la autonomía de los miembros de la comunidad multicultural. Siguiendo con el ejemplo de la cultura semita, no nos parece, en este caso, represiva la práctica que consiste en manifestar una opinión negativa respecto de otras prácticas. Al respecto Raz sostiene que “la expresión de una opinión hostil puede constituir comportamiento intolerante”⁴¹, esto porque la tolerancia se refiere a “modos de conducta por sus fundamentos y objetos, no por los medios empleados”⁴² lo que significa que independiente del medio empleado, la conducta puede ser intolerante sólo en función de su fundamento u objeto. Sin embargo, también a través de los medios se puede afectar la autonomía del otro causándole daño. Con todo, ni el medio ni el fundamento u objeto de la práctica fue intolerante pues, no afectó la autonomía de los cananeos constituyéndose sólo en una práctica desagradable.

Si admitimos que las relaciones sexuales consentidas entre personas de un mismo sexo no producen daño, debemos admitir que no pueden ser sancionadas; de lo contrario estaríamos realizando una práctica opresora.

³⁷ RAZ, Joseph, *Ética*, cit. (n. 3), p. 199.

³⁸ RAZ, Joseph, *Ética*, cit. (n. 3), p. 200.

³⁹ RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), pp. 106 ss.

⁴⁰ RAZ, Joseph, *Ética*, cit. (n. 3), p. 200.

⁴¹ RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), p. 100.

⁴² RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), p. 100.

El argumento para tolerar prácticas desagradables está en el principio del daño, así se hace necesario mostrar la conexión entre este principio y la tolerancia.

Por tolerancia⁴³ basada en la autonomía se entiende: “La represión de una actividad que posiblemente sería mal recibida por su destinatario, o la represión de una inclinación a actuar de esa manera, que en sí misma es moralmente valiosa, que está basada en un desagrado o un antagonismo hacia dicha persona o hacia un rasgo de su vida y que refleja la opinión de que éstas representan limitaciones o deficiencias de ella, con el objeto de permitir a tal persona llevar adelante su vida o para permitirle ganar o mantener alguna ventaja”⁴⁴.

La tolerancia es un deber basado en la autonomía, por ello, la práctica cultural que, infringiendo el deber, cause daño⁴⁵ debe ser neutralizada por el Estado⁴⁶.

La autonomía además, en tanto perfeccionista⁴⁷, “no tiene como objetivo lograr que las personas adopten efectivamente decisiones valiosas, sino generar las condiciones de posibilidad para ello”⁴⁸.

VI. LA PRÁCTICA DE LA COMUNIDAD “EL NARANJO” COMO PRÁCTICA OPRESORA

Para argumentar el carácter opresor de la práctica según la cual las mujeres están sexualmente disponibles desde la menarquía, necesitamos afirmar cualquiera de estas dos opciones:

i) Esta práctica estructural de la cultura mapuche atenta contra los deberes de autonomía y siendo así, debe ser neutralizada bajo el supuesto de que sea dañina.

ii) Fue una práctica valiosa para esta cultura, pero producto de la propia multiculturalidad “ha perdido su significación siendo redefinida como dañina”⁴⁹.

⁴³ En contra de la idea perfeccionista de tolerancia planteada por Raz, GRAY, John, *Pluralismo de valores y tolerancia liberal*, en *Revista de Estudios Públicos* (2000) 80, p. 79, la comprende como “un proyecto de *modus vivendi* humano entre diferentes modelos de vida, el que se puede promover bajo un régimen liberal como también bajo otro que no lo sea”.

⁴⁴ RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), p. 100.

⁴⁵ RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), pp. 102 ss.

⁴⁶ RAZ, Joseph, *Ética*, cit. (n. 3), pp. 187 ss.

⁴⁷ RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), p. 110.

⁴⁸ BARDAZANO, Gianella, *Liberalismos: Algunas consideraciones sobre el pluralismo de valores y los fines de la vida en Berlin y Raz*, en *Revista Actio* 9 (2007), p. 180.

⁴⁹ RAZ, Joseph, *Ética*, cit. (n. 3), p. 202.

Admitiendo cualquiera de estas dos afirmaciones la neutralización se encuentra justificada porque no hay razón para tolerar prácticas que dañan a miembros de una comunidad multicultural.

Ahora argumentaremos a favor del daño que provoca esta práctica.

El multiculturalismo como política se justifica por el papel fundamental que tienen las culturas como lugar en que se desarrollan efectivamente las libertades individuales. Las culturas constituyen el antecedente de la libertad individual, y ésta supone la posibilidad de optar y sólo cuando la cultura es próspera, la elección se vuelve posible⁵⁰. Desde los deberes de la autonomía⁵¹, esta práctica cultural atenta contra el deber de ayudar a las mujeres mapuche menores de 14 años a tener “las capacidades interiores necesarias para una vida autónoma”⁵², pues, en principio, esta práctica les impediría tener un desarrollo pleno de la sexualidad⁵³; además nos parece que se atenta contra el deber de crear un “rango adecuado de opciones para que aquel pueda elegir”⁵⁴. Nos referimos a que esta práctica elimina dentro de las chances elegibles a la virginidad, pues si las menores de 14 años pueden tener relaciones sexuales sin que necesariamente posean la madurez óptima, es posible que alguna menor mantenga relaciones sexuales sin que tenga la posibilidad real –por falta de madurez– de optar por la virginidad. Por lo anterior, siendo dañina la práctica cultural de la comunidad “El Naranjo” debe ser neutralizada por el Estado⁵⁵.

Finalmente, aunque la idea de neutralización de una práctica pueda ser criticada porque implica que el Estado deje de ser neutral⁵⁶, es coherente con el liberalismo perfeccionista que defiende Joseph Raz⁵⁷, de tal forma que el Estado debe “alentar y facilitar las acciones del tipo deseado, o desalentar los modos de conducta indeseados”⁵⁸.

⁵⁰ RAZ, Joseph, *Ética*, cit. (n. 3), p. 188.

⁵¹ Además de los dos deberes a que hago referencia, también está el deber de evitar forzar o manipular, véase RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), p. 103.

⁵² RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), p.103.

⁵³ Esto no implica que efectivamente haya menores de 14 años que tengan la suficiente madurez para consentir en mantener una relación sexual.

⁵⁴ RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), p.103.

⁵⁵ Una reflexión a partir de los deberes de la tolerancia nos lleva a sostener que el fundamento del artículo 362 CP. es posibilitar las condiciones para un ejercicio autónomo de la sexualidad.

⁵⁶ GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls* (Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1999), pp. 146 ss.

⁵⁷ RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), p. 110.

⁵⁸ RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom* (Oxford, Oxford University Press, 1986), p. 161.

VII. EL JUEZ FRENTE AL MULTICULTURALISMO: EL CASO ÑANCO

El juez de la sentencia RIT 101-2005 no tiene ante sí una práctica cultural opresiva que como representante del Estado deba neutralizar, y no cabe pensar tampoco que la forma de realizar dicha neutralización sea condenando al acusado, el propio carácter de la sanción penal que implica “una invasión global e indiscriminada de la autonomía”⁵⁹, obliga al juez a asumir que tiene ante sí un caso donde debe ponderar el principio del daño en concreto. Sin embargo, la satisfacción de este principio no basta para justificar la coacción; también se debe satisfacer el principio de culpabilidad⁶⁰. Si Juan Ñanco no comprendía la ilicitud de su actuar ya que, según su cultura, dicho acto está permitido, el juez debe dictar sentencia bajo este supuesto, lo que no implica negar la existencia de un posible daño en concreto, ni negar la necesaria neutralización de la práctica cultural dañina; sólo significa que Juan Ñanco pudo no ser culpable de su conducta. Así, el principio de culpabilidad debe ser plenamente satisfecho para justificar la pena.

Cabe preguntarse por tanto, si la menor vio mermado su desarrollo sexual pleno por la actuación de Juan Nanco y si efectivamente vio disminuido su rango adecuado de opciones al no poder abrazar la virtud de la virginidad. En el caso de responder afirmativamente, es necesario preguntarse si el acusado conocía la ilicitud de su actuar siendo penalmente responsable de su conducta⁶¹.

Según Raz, el principio del daño no sólo “confina el dañar a una persona a la acción que resulta en que después de la acción la persona queda peor que antes”⁶², sino también “los actos y omisiones cuyo resultado es que la persona está peor después de ellas de lo que debería entonces estar”⁶³ en orden a lo anterior, el juez debió justificar si una relación sexual consentida concretada en el contexto de una relación de pareja –como es la del caso

⁵⁹ RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), p. 111.

⁶⁰ Según ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general* (traducción al castellano de D. Luzón, M. Díaz y J. de Vicente, Madrid, Civitas Ediciones, 1997), I, p. 100: “La sensación de justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídico-penal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merece; y merecida es solo una pena acorde con la culpabilidad”.

⁶¹ En el considerando 7 de la sentencia RIT 101-2005, el antropólogo que efectuó el peritaje “a objeto de acreditar el aislamiento social de imputado y su comunidad [...] terminó señalando que la comunidad desconocía que tener relación con la menor haya estado prohibido y penado por la ley chilena”.

⁶² RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), p. 109.

⁶³ RAZ, Joseph, *Tolerancia*, cit. (n. 10), p. 109.

en comentario— crea la convicción de que la víctima quedó peor que antes o está peor de lo que debió estar; respecto de la posibilidad de abrazar la virginidad, en la sentencia se dice que al momento de ser accedida por Juan Ñanco la menor tenía un “desarrollo cognitivo normal”, lo que nos hace pensar que tenía capacidad para consentir.

Respecto de la responsabilidad penal del autor, la dogmática estadounidense ha desarrollado la idea de delito culturalmente motivado y de “cultural defences”⁶⁴. Según Carnevalli⁶⁵, los delitos culturalmente motivados requieren una motivación cultural que determine las razones para actuar, además de “una coincidencia cultural —que no requiere ser absoluta— entre el obrar del sujeto y el grupo de pertenencia”⁶⁶, como tercer requisito se requiere que efectivamente exista conflicto entre la práctica cultural y la norma jurídica en cuestión. Por otra parte, por “cultural defences” se entiende al conjunto de factores que por razones culturales excluyen o disminuyen la responsabilidad penal.

Siguiendo el desarrollo doctrinal norteamericano, si Juan Ñanco cometió un delito culturalmente motivado, se debió aplicar alguna defensa cultural; en Chile, el juez pudo aplicar la institución del error de prohibición usando razones culturales para absolver al acusado⁶⁷.

VIII. CONCLUSIONES

La actuación del tribunal en la causa RIT 101-2005 nos hace concluir que confundieron su tarea, pues como funcionarios del Estado parecen creer que una de sus labores consiste en neutralizar prácticas opresivas; no obstante, corresponde al poder legislativo y no al judicial determinar las prácticas que se deben neutralizar. De más esta decir que en una comunidad multicultural todas las culturas que forman parte de ella deben participar en igualdad de condiciones e independiente de su posible carácter minoritario en el establecimiento de las prácticas que el Estado desea neutralizar.

Respecto de la sentencia, en primer lugar se argumenta que contar con radio y televisión implica que Juan Ñanco podía conocer que su acción era ilícita; dando esto por supuesto, de ello no se sigue la comprensión invencible de la ilicitud de su actuar.

En segundo lugar, la sentencia alude a la religiosidad del acusado. Se dice, que tanto la religión que profesa como la otra religión presente en la comunidad creen que la virginidad es moralmente buena, esto explica

⁶⁴ CARNEVALLI, Raúl, cit. (n. 4), p. 27.

⁶⁵ CARNEVALLI, Raúl, cit. (n. 4), pp. 24-25.

⁶⁶ CARNEVALLI, Raúl, cit. (n. 4), p. 25.

⁶⁷ CARNEVALLI, Raúl, cit. (n. 4), pp. 27-28.

porque se acoge el testimonio de la madre y no el peritaje antropológico, pues el juez deduce que las prácticas sexuales de la comunidad “El Naranjo” son expresión de dicha creencia religiosa.

No apreciamos cómo el juez deriva de la supuesta creencia religiosa de la comunidad, que el acusado podía conocer y comprender la ilicitud de su actuar, de hecho, pertenecer a una religión no implica necesariamente adherir a todos sus mandatos. Juan Nanco es ejemplo de ello. Esto último nos permite usar los mismos argumentos del juez para llegar a una conclusión diversa: realizar una acción calificada como pecado puede implicar varias cuestiones: que se conozca y comprenda la norma moral y sin embargo se infrinja, o que se infrinja precisamente por falta de conocimiento o comprensión, o incluso que se conozca y comprenda y sin embargo se actúe creyendo que se está eximido de cumplirla en la convicción, por ejemplo, de que la moral de la propia cultura está por sobre la doctrina moral de la religión a la que se pertenece.

La argumentación anterior muestra cómo el juez pudo –con los mismos elementos– llegar a una conclusión distinta, pues es posible que Juan Nanco no comprendiera la ilicitud de su actuar o, creyera erróneamente que ante el conflicto de normas, una de origen cultural y otra de origen legal, tenía supremacía la norma cultural o incluso, pudo creer que la propia ley le permitía eximirse de cumplir una norma penal por ser mapuche.

El juez basó su argumentación en la creencia moral de que la virginidad es buena y la colaboración en su pérdida es moralmente mala, sin embargo imponer esta creencia se opone en un Estado perfeccionista a la posibilidad de ejercer la propia autonomía mientras no se atente contra el principio de daño, de tal forma que la sociedad –y los jueces– están obligados a tolerar dichas conductas.

Podemos concluir que el Derecho Penal no es el espacio para imponer –en base a D2– ni doctrinas morales particulares que se opongan a una moralidad pública, ni prácticas culturales que el tribunal crea se deban neutralizar.

La satisfacción del principio de daño y de culpabilidad se erige así como límite a la discrecionalidad judicial. Finalmente, todo lo dicho requiere, tal como plantea Sheff⁶⁸, postular a la autonomía como elemento fundante de una moralidad pública.

[Recibido el 15 de diciembre de 2008 y aceptado el 19 de enero de 2009].

⁶⁸ SHEFF, León, *Comentario al artículo de Joseph Raz*, en *Revista de Estudios Públicos* 76 (1999), pp. 118 ss.

BIBLIOGRAFÍA

- BARDAZANO, Gianella, *Liberalismos: Algunas consideraciones sobre el pluralismo de valores y los fines de la vida en Berlín y Raz*, en *Revista Actio* 9 (2007) [visible en: <http://www.fhuce.edu.uy/public/actio/Textos/9/Bardazano9.pdf>]
- BAYON, Juan, *Derecho, convencionalismo y controversia*, en NAVARRO, Pablo - REDONDO, Cristina (compiladores), *La relevancia del Derecho* (Barcelona, 2002).
- CARNEVALLI, Raúl, *El Multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno* en *Revista Política Criminal* 3 (2007) [visible en http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf]
- GAMARRA, Severo, *Lógica Jurídica: principio de razón suficiente* (Lima, Fondo Editorial, 2004).
- GARGARELLA, Roberto, *Las Teorías de la justicia después de Rawls* (Barcelona, Paidós Ibérica, 1999).
- GONZÁLEZ, Joel, *La fundamentación de las sentencias y la sana crítica*, en *Revista Chilena de Derecho* 33 (2006) 1, pp. 93-107 [visible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100006&lng=es&nrm=iso]
- GRAY, John, *Pluralismo de valores y tolerancia liberal*, en *Revista de Estudios Públicos* 80 (2000), pp. 77- 93.
- LEIBNIZ, Gottfried, *Monadología: opúsculos* (2ª edición, traducción castellana de Antonio Zozaya, Madrid, 1889) [visible en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/monadologia.pdf>]
- MORESO, José, *Derecho, convencionalismo y controversia*, en NAVARRO, Pablo - REDONDO, Cristina (compiladores), *La relevancia del Derecho* (Barcelona, 2002), pp. 93- 116.
- ORREGO, Cristóbal, *La ley natural bajo otros nombres: De nominibus non est disputandum*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 23 (2005), pp. 75-90.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia* (2ª edición, traducción al castellano de Ma. Dolores Gonzáles, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1997).
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom* (Oxford, Oxford University Press, 1986).
- RAZ, Joseph, *Autonomía, tolerancia y el principio del daño*, en *Revista de Estudios Públicos* 76 (1999), pp. 91- 113.
- RAZ, Joseph, *La cuestión de la naturaleza del derecho* (1983), ahora, el EL MISMO, *La Ética en el espacio público* (Barcelona, 2001).
- RAZ, Joseph, *Autoridad, derecho y moral* (1985), ahora, en EL MISMO, *La Ética en el espacio público* (Barcelona, 2001).
- RAZ, Joseph, *La autonomía del razonamiento jurídico* (1993), ahora, en EL MISMO, *La Ética en el espacio público* (Barcelona, 2001).
- RAZ, Joseph, *La Ética en el Ámbito Público* (traducción al castellano de M. L. Melón, Barcelona, Gedisa, 2001).
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal parte general* (traducción al castellano de D. Luzón, M. Díaz y J. de Vicente, Madrid, Civitas, 1997), I.
- ROXIN, Claus, *Problemas actuales de dogmática penal* (traducción al castellano de M. Abanto, Lima, Ara Editores, 2004).
- SHELEFF, León, *Comentario al artículo de Joseph Raz*, en *Revista de Estudios Públicos* 76 (1999), pp. 115- 125.

