

# UN CASO DE DIVERSIDAD CULTURAL INDÍGENA EN LOS DELITOS DE ÍNDOLE SEXUAL

RUBÉN E. FIGARI

**Sumario:** I.- El caso. II.- El voto mayoritario. III.- La disidencia. IV.- Evolución histórica de la legislación penal y la diversidad cultural en Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú. V.- El aspecto constitucional en Perú, Bolivia, Colombia y Ecuador. VI.- La regulación constitucional y penal en nuestro país. VII.- Posición de Zaffaroni. VIII.- Posición de Campos Calderón. IX.- Posición de García Vitor. X.- Posición del abolicionismo. XI.- Opinión y conclusión. XII.- Bibliografía.

## I.- El caso

La Suprema Corte de Justicia de Salta (<sup>1</sup>) rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de José Fabián Ruíz en contra de la resolución de la sala III, de la Cámara de Acusación que no hizo lugar al recurso de apelación deducido oportunamente, impugnando el auto de procesamiento por el delito de abuso sexual con acceso carnal en forma reiterada en perjuicio de la menor Estela

---

<sup>1</sup> SCJ Salta, 29/09/06, “C/C.R., J.F.- rec. de casación” en [www.lexisnexus.com.ar](http://www.lexisnexus.com.ar) del 29/09/06

Tejerina (de nueve años de edad u once años), quien como consecuencia de ello quedó embarazada. La denuncia la efectuó la madre de ésta, Teodora Tejerina – ex concubina de Ruíz –, ante la Fiscalía Penal N° 2.-

La defensa sustenta el agravio en que el fallo de la alzada vulnera normas constitucionales al no respetar las costumbres y normas imperantes en el pueblo Wichí al que pertenece el imputado y sostiene que la situación que se verifica en autos se trata de una unión matrimonial realizada con el consentimiento de las partes y de conformidad con las costumbres de su comunidad e inmerso en un sistema de derecho consuetudinario del pueblo Wichí. Se alega también, que Estela Tejerina es mayor de lo que indica el documento de identidad y que debe considerarse que el imputado carecía de la capacidad de la criminalidad del acto atento a que, de conformidad con la cultura de su pueblo, la mujer, a partir de su primera menstruación, es libre de tener relaciones con quien quiera, siendo aquéllas las que eligen al hombre para que sea su esposo. Que dentro de dichas pautas culturales ello se denomina como “matrimonio privignático”. En definitiva, considera que se habría conculcado el derecho que le asiste a los miembros de las comunidades indígenas a que se respete su identidad cultural en orden a lo dispuesto por los arts. 75 incs. 17 y 22 de la C.N., 1.4 y 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial, Art. 27 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y los Proyectos de Declaración sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas de la ONU y de la OEA.-

## **II.- El voto mayoritario.**

En el voto mayoritario (Dres. Antonio Omar Silisque, María Rosa I. Ayala y Guillermo A. Posadas) se resaltan algunas críticas en cuanto al contenido del auto de procesamiento en orden a ciertas falencias (Consid. 5°, 6° y 7°), en este último aluden que “estos elementos de juicio no constituyen cuestiones baladíes ni meras presunciones, toda vez que ellas se ven fuertemente avaladas por el informe de fs. 221/222 (2), incorporado con posterioridad al auto de procesamiento que, dicho

---

<sup>2</sup> En la causa, un informe antropológico elaborado por Víctor Márquez, de la Universidad Nacional de Salta, señaló que “la joven madre ya gozaba de plena libertad sexual a partir de su primera menstruación”. “Es la joven quien lleva a su pretendiente a su núcleo de familia y lo presenta ante el jefe del clan, quien es el que consiente la relación”, expresó. “Con esta libertad sexual que se da desde la primera menstruación, la chica elige compañero. Generalmente la elección se da entre chicos de su mismo rango de edad, aunque no es una cuestión condicionante”, indica. El antropólogo señaló que “la atracción en una pareja wichí se da mutuamente, pero ella, al tener libertad sexual, ostenta un poder de decisión en este aspecto que no lo tiene el pretendiente, sobre todo si es menor de edad”. [www.iruya.com/content/view/526/148/](http://www.iruya.com/content/view/526/148/)

sea de paso, debió ser abordado oportunamente, toda vez que de él se desprende la existencia del puntual contexto de convivencia del imputado y de la víctima en un marco de costumbre ancestrales que resulta útil para apreciar una posible distorsión de la comprensión de la conducta atribuida como un injusto penal...”. Refieren que cuando la ley impone que el juez debe motivar sus resoluciones, le está sugiriendo mucho más que una simple enunciación de los elementos colectados, sino un ejercicio racional que involucre una apreciación equilibrada de la prueba de la que se deriven conclusiones en función del derecho vigente y que no se soslayen elementos útiles para la solución del caso, lo que ocurrió en el *sub – iudice*, en el momento de dictarse el procesamiento entendiéndose que los aspectos indiciarios de un particularismo etno – cultural, no eran sino componentes de una trama de encubrimiento basada en la entidad cultural de los aborígenes. “Desde esa óptica no ha sido razonable la evaluación que el juez hiciera de la influencia que tendrían en el supuesto a juzgar, la multiplicidad de datos acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino, pudiendo suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan en la culpabilidad del imputado”. Luego, resaltan que la resolución que convalida el procesamiento dictado contra Ruíz destaca que las circunstancias relativas a la forma de vida de comunidad Wichí “a lo sumo pueden tener en su momento alguna relevancia en cuanto hace a su aspecto subjetivo” olvidando que el procesamiento debe basarse en la existencia de elementos de convicción suficientes acerca de todos y cada uno de los componentes del delito, y no sólo a los que hacen a su tipicidad. No es dable procesar al imputado dejando la comprobación de su culpabilidad para la etapa plenaria, lo que podría traer aparejado gravamen irreparable (Consid. 8°). Finalmente, a modo de corolario y a los efectos de reafirmar la decisión, consideran que la situación *ut supra* descrita cobra especial trascendencia en tanto los Arts. 75 inc. 17 de la C.N. y 15 de la Constitución Provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aún provisoriamente, su particularidades sociales deben ser objeto de una ponderación concreta, cosa que no ha ocurrido en autos. Resolviendo

en consecuencia, declarar la nulidad del auto de procesamiento, de la resolución que lo confirma y de todos los actos que de ellos dependan.-

### **III.- La disidencia.**

En lo que a este comentario concierne, en mi concepto resulta relevante el voto en disidencia de la Dra. María Cristina Garro Martínez, luego de narrar las secuencias del juicio, reconoce en el considerando 10° que “los hechos del presente caso revelan con certidumbre una gran densidad cultural y suscitan una particular línea de reflexión, dado de que conllevan la necesidad de analizar la tensión que se plantean entre los distintos puntos que entran en conflicto cuando deben resolverse cuestiones acerca de comunidades indígenas o sus miembros, requiriéndose para ello de una perspectiva que, sin dejar de reconocer sus derechos fundamentales, en modo alguno se desconozca o niegue derechos vinculados, de otra naturaleza o alcance, que le asistan al resto de los individuos involucrados, como tampoco se relativicen las obligaciones que es dable exigir a todos los actores del conflicto”.-

Señala asimismo, que de acuerdo a los diferentes fallos de la CSJN la vigencia de los Tratados de Derechos Humanos no implica la derogación de los principios, derechos y garantías reconocidos en la parte dogmática de la Constitución. Por ende, la interpretación de las normas constitucionales se deben hacer de modo tal que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Se alude también, de acuerdo a la jurisprudencia del tribunal cimero, que no existen derechos constitucionales absolutos ya que todos deben operar atendiendo a su razón de ser, teleológica y al interés que protegen.-

De allí que, desde dicho punto de vista la recurrente “no puede pretender con éxito la inaplicabilidad de la ley penal nacional respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición indígena y de su identidad cultural, a menos que se confiera a estos últimos una condición de derechos constitucionales absolutos que no poseen, y mucho menos cuando una decisión en tal sentido tendría como consecuencia el desconocimiento de otros derechos individuales cuya esencialidad surge de la interpretación integral de las normas que componen el complejo constitucional aplicable al caso”.-

En el considerando 11° remarca que el convenio 169 de la OIT sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptados por la 76ª Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra en 1989 ratificado por

la ley 24.071 (04/03/1992, B.O. 20/04/1992 - ADLA 1992 - B, 1551) en vigencia y con rango constitucional desde el depósito de la ratificación del año 2000 especifica en el Art. 8.2 que a los pueblos en cuestión les asiste el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” y que los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para reprimir, o no, los delitos cometidos por sus miembros deberán respetarse “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (Art. 9.1), aún cuando, a la hora de imponerse sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, se tengan en cuenta sus características económicas, sociales y culturales (Art. 10.1).-

Así las cosas, la magistrada en el considerando 12° sostiene que de acuerdo a lo mencionado en el Convenio 169, la costumbre invocada basada en el derecho consuetudinario Wichí no sólo resulta contradictoria con nuestro sistema jurídico nacional sino con el plexo de derechos humanos internacionalmente reconocidos. Es así que “... el acceso carnal a menores cuya edad que, aunque fuere de modo impreciso, pueda situarlas en una franja entre los nueve y once años – como ocurre en el caso, sin que la recurrente haya logrado modificar este presupuesto fáctico –, de modo reiterado hasta alcanzar su embarazo, bajo la modalidad de supuesto consentimiento en virtud de relaciones matrimoniales aceptadas en ciertas comunidades indígenas, resulta objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano (arts. 5 y 11 Pacto SJCRC, 12 Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que no deben dejar de aplicarse a la menor Estela Tejerina por la circunstancia de que ambos – víctima y procesado – pertenecen a la etnia Wichí, ya que el complejo garantístico de los derechos humanos debe ser aplicado por los Estados Nacional y Provinciales de modo igualitario a todos sus habitantes (arts. 24 Pacto SJCRC, 26 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, 5 Conv. S/ Discriminación y 16 de la C.N. y Constitución Provincial)”.-

Canaliza su decisión fundada en el interés superior del niño, en la primacía de los derechos fundamentales de la persona, rechaza las distorsiones del “Relativismo Cultural” pues de acuerdo a la doctrina de la Corte Interamericana se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren

en conflicto con los derechos humanos. “Una de cuyas manifestaciones es la jerarquización del principio de “Protección del interés superior del niño” por lo que se debe concluir que no se advierten en autos las circunstancias que permitan descartar la operatividad, respecto de José Fabián Ruíz, de las normas del Código Penal en virtud de la práctica sexual o social alegada, precisamente porque la misma, de configurar una costumbre propia de la comunidad wichí a la que pertenece, resulta violatoria de los derechos que la comunidad internacional reconoce en cabeza de Estela Tejerina” (Consid. 15°).-

En definitiva, se rechaza el recurso de casación interpuesto.-

#### **IV.- Evolución histórica de la legislación penal y la diversidad cultural en Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú.**

Aquí se plantea el problema de la relación existente entre la cuestión relativa a la diversidad cultural y su interrelación con el Derecho Penal, más precisamente con la legislación penal. Esta es una problemática que ha suscitado numerosos planteos y abordamientos doctrinarios en nuestro continente debido a la incursión de la cultura occidental en el proceso de colonización y su colisión con las costumbres y el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas.-

De hecho, desde aquel entonces se instauraron leyes que rigieron a la Nueva Granada e instituciones tales como las encomiendas, los repartimientos y la mita tratando, de esa manera, al menos desde el punto de vista legal, de cuidar al indígena. Asimismo, la poligamia, bigamia, atentado a los principios católicos, obviamente estaban en manos de las entidades eclesiásticas en base a castigos por faltas a la moral. Pero, además de esta jurisdicción eclesiástica se hallaba la figura del cacique quien constituía un enlace entre las autoridades españolas y las costumbres y tradiciones indígenas a los fines de condenar o liberar al aborigen. En realidad, esto se daba en las crónicas ya que, de hecho, el conquistador sojuzgaba férreamente al indígena.-

Con el advenimiento de la independencia y el florecimiento de las diversas Constituciones de los nuevos países americanos se puso énfasis en la igualdad de la ley, circunstancia ésta que aunque parezca contradictoria, no benefició a los grupos

indígenas, de allí que “no es raro que de las personas más reacias en la lucha de independencia, el indígena fuera el primero, junto con los esclavos negros” (3).-

La situación especial de los aborígenes, tomando en cuenta a guisa de ejemplo, lo ocurrido en **Colombia**, no se tuvo en consideración en el primer proyecto de Código Penal de 1823 como así tampoco en el Código de 1837 y leyes posteriores – 1887, 1890 y 1892 – relacionan la conducta de los indígenas con su adoctrinamiento religioso.-

En el proyecto Concha del Código Penal de 1912 se toma en consideración las políticas extranjeras y no los estatutos especiales para los indígenas a quienes se les otorga la calificación de carecedores de libre albedrío y por ende la pena “más que finalidad retributiva exhibe un carácter represor” (4).-

En 1924 se establece que los indígenas responden por los delitos comunes ante los jueces ordinarios, en tanto, los alcaldes, gobernadores y cabildos castigan las faltas contra la moral (5).-

Esta situación se revierte – aunque no de un modo adecuado – en 1927 cuando se le confiere al indígena el estado de menor edad en el caso de que no hayan sido reducidos a la vida civilizada. La justificación de esta posición fue que ninguna ley hasta ese momento había considerado la circunstancia especial del indígena y que por tanto, era necesario asimilarlo como menores de edad para que fueran juzgados paternalmente por carecer de condiciones – la conciencia o libertad moral por lo cual podía comprender la criminalidad de sus actos – comunes a los demás nacionales. Si bien, como se adelantó *ut - supra*, ésta no era la solución más afortunada para afrontar el tema, lo relevante en este período fue la separación de la cuestión eclesiástica reservada para los indígenas, del estado.-

El Código Penal de 1936 impuso, que rigen las mismas leyes para todos los habitantes del territorio nacional, haciendo una salvedad con respecto a los acuerdos internacionales firmados con la OIT (6). La particularidad del código fonal fue el cambio conceptual del indígena ya que se consideraba que la imputabilidad de

---

<sup>3</sup> Florez Ana María, “Situación jurídica del indígena frente al Derecho Penal colombiano”, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1992, p. 41

<sup>4</sup> Benítez Naranjo Hernán “Tratamiento Jurídico del Indígena Colombiano ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?”. Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1988. p. 112

<sup>5</sup> Guzmán Hartmann Erika, “Legislación Penal indígena desde la colonia hasta 1980: ¿Imputabilidad o inimputabilidad?” [www.elcentro.unidades.edu.co/cr/antropología/eguzman/imputabilidad/imputabilidad.doc](http://www.elcentro.unidades.edu.co/cr/antropología/eguzman/imputabilidad/imputabilidad.doc)

<sup>6</sup> *In extenso* Benítez Naranjo Hernán (ob. cit. ps. 114 / 116 )

éste no se basaba en el criterio de carencia de libre albedrío sino el de la actividad psicofísica que presenten como fundamento de la imputabilidad penal y la peligrosidad como medida de la pena, de modo tal que no hay razón para que se excluya de una sanción represiva adecuada a los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, los menores, etc., que, en su condición de seres peligrosos para la sociedad deban estar también sometidos a la acción del Código Penal de la misma manera que los normales o sanos de mente (7).-

Siguiendo con este racconto histórico atinente a la Legislación Penal Colombiana se observa que en el proyecto de 1976 se estipula como inimputable a los indígenas que no estaban integrados a la colectividad nacional – los que de acuerdo a la ley 89 de 1890 se consideran como salvajes o semi salvajes –.-

El proyecto de 1980 establece la igualdad ante la ley y en el Art. 96 inc. 3° se consigna la siguiente disposición: “cuando se tratare de indígenas inimputables por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la integración a su medio natural. Según algunos comentaristas, este Código dejó muchas controversias ya que no se establecen los parámetros para considerar a un indígena inimputable, de modo tal que las decisiones judiciales se tornan en un producto subjetivo del operador judicial (8).-

Finalmente, se llega a la actual redacción del Art. 33 donde se habla de la inimputabilidad y en el contexto del mismo se hace alusión a la “diversidad sociocultural o estados similares”. Se trata de un concepto omnicompreensivo en el cual se

---

<sup>7</sup> Florez Ana María, (ob. cit. p. 55)

<sup>8</sup> Guzmán Hartmann Erika, (ob. cit). Estrada Vélez, en su carácter de presidente de la Comisión Asesora del gobierno dijo que: “El indígena que ha permanecido secularmente en su medio natural alejado del mundo de la civilización, sin contacto alguno con el mundo de los valores éticos, culturales y sociales de las comunidades desarrolladas, padece grandes limitaciones y deficiencias en la esfera cognoscitiva que afecta todo su comportamiento y que lo convierten, sin duda alguna, en sujeto psicológicamente inmaduro. El juicio de inimputabilidad, se hará, sin embargo, clínicamente, teniendo en cuenta las particulares condiciones socio-culturales de cada uno, la formación y el desarrollo moral, la influencia del medio ambiente, etc.” (Cfme. Reyes Echandía Alfonso, “Imputabilidad”, Ed. Temis, Bogotá, 1997, p. 178 citando al “Nuevo Código Penal”, Edición Oficial, Bogotá, Ministerio de Justicia, 1980, p. 34. Todo ello citado por Cesano José Daniel, “Sistema Penal y diversidad cultural”, Ed. Lerner, Córdoba, 2006, ps. 51/52). No objeta la inimputabilidad del indígena Velázquez Velázquez Fernando, “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Temis, Bogotá, 1997, ps. 574 y 575, aunque no proclama la inimputabilidad “automática” del indígena, no afirma que el aborigen es imputable por su sola condición y se enrola entre aquéllos que postulan una necesidad de no revisión crítica del concepto tradicional de inimputabilidad (Cfme. Idem, ob. cit. p. 53). Se oponen Soto Mayor Acosta Juan Oberto, “Inimputabilidad y sistema penal”, Ed. Temis, Bogotá, 1996, ps. 261/262, nota 153; Reyes Echandía Alfonso, (ob. cit. ps. 178/179) (Cfme. Idem, ob. cit. p. 54)



incluye la situación del indígena <sup>(9)</sup>. Es decir que la legislación colombiana sitúa – desde el punto de vista penal – al hecho ilícito cometido por un indígena dentro de la inimputabilidad haciendo caso omiso de las críticas que se le habían hecho a la anterior legislación pues ya específicamente se mencionan la diversidad cultural o estados similares para consagrar la inimputabilidad.-

Hurtado Pozo, señala y critica los inconvenientes de prever la inimputabilidad en razón de la diversidad cultural de acuerdo a lo dispuesto por el mencionado Art. 33 el cual funciona en forma concordante con el art. 73 de la misma ley que dispone la “reintegración al medio cultural propio” cuando “el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural”. Apunta, que esta medida consistirá, conforme a esta misma disposición, “en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca” y que tales disposiciones fueron impugnadas como inconstitucionales, por un lado, por que implican desconocer las atribuciones de las autoridades indígenas, las cuales, según el art. 246 de la Constitución, ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos. Considera entonces que “son las autoridades indígenas quienes investigan y juzgan las conductas presuntamente ilícitas de los miembros de su comunidad”, y por ende esa potestad no puede ser trasladada a los jueces ordinarios. Por otro, por ser discriminatorias y por que vulneran el pluralismo, puesto que consideran a los indígenas inimputables, sólo por poseer “una cosmovisión diferente” y por no “no compartir los valores y sistema occidentales”. Por último, se afirmaba que la medida de seguridad era inconstitucional porque no puede ser una sanción ya que “es un derecho constitucional fundamental del indígena a ser parte de su conglomerado social, de su comunidad ancestral, de sus valores y de su diferente cosmovisión”.-

Continúa comentando que el Tribunal Constitucional, en una extensa e interesante sentencia, llega a la conclusión de que es exequible el art. 33 en la parte que prevé la falta de capacidad de culpabilidad por razones socioculturales, en la medida en que dicha incapacidad no sea comprendida en sentido peyorativo sino más bien como la ocasión para que las autoridades oficiales respeten y protejan la

---

<sup>9</sup> Art. 33. Inimputabilidad. “Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”.-

diversidad cultural de la población colombiana. Sin embargo, considerando que esta solución puede dar lugar a injusticias debido a que, tratándose de indígenas, éstos deberían ser sometidos a una medida de seguridad, mientras que quienes no lo son escaparían a toda represión, el Tribunal Constitucional considera que, primero, debería comprobarse que el procesado indígena no ha incurrido en un error de prohibición inevitable.-

Entiende, que si este es el caso, debería ser absuelto por falta de culpabilidad. En caso contrario, debería constatarse si no era incapaz, por su diferente cosmovisión, de comprender el carácter delictuoso de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. Si se trata de un incapaz, en este sentido, el indígena debe ser remitido a su comunidad, donde las autoridades nativas se encargarán de procesarlo.-

Aduna, que los esfuerzos de los jueces colombianos son notables. Sin embargo, todas sus argucias interpretativas hubieran sido evitadas si las disposiciones penales hubieran sido mejor concebidas. En realidad, ellos admiten que la solución es, en primer lugar, la toma en consideración del error de prohibición. Asimismo, que la noción de incapacidad de culpabilidad no implica necesariamente un tratamiento peyorativo de las personas consideradas como tales por razones culturales, ya que en buena cuenta la declaración de inimputables con relación a los enfermos mentales no constituye tampoco un juicio de valor negativo sobre su dignidad personal. Por último, señala, que los jueces colombianos, como los juristas peruanos, incurren en el mismo defecto de considerar la noción de “error de comprensión culturalmente condicionado” como una realidad, a la que es indispensable encontrar un lugar en la legislación vigente. De los argumentos que ellos exponen, se llega a percibir que, en su opinión, de lo que se trata es “de que en esos casos debe absolverse, por error de prohibición culturalmente condicionado”. Al respecto, se puede decir que, entendido de esta manera el error de comprensión, no es diferente del error de prohibición y que éste está siempre culturalmente condicionado <sup>(10)</sup>.-

Otro ejemplo de la regulación penal de la situación del indígena es el caso de la República de **Bolivia** que no lo incluye en las causales de inimputabilidad como en el caso visto anteriormente, sino como una circunstancia de atenuación. Así el

---

<sup>10</sup> Hurtado Pozo José, “Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?” en [www.unifr.ch/derechopenal/anuario](http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario)

Art. 40 de la ley de fondo establece: “Podrá también atenuarse la pena: 4. Cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley”.-

En **Ecuador** merece igual tratamiento que el caso de Bolivia ya que, de acuerdo al Art. 29 se establece que: “Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes... 8. Rusticidad del delincuente, de tal naturaleza que revele claramente que cometió el acto punible por ignorancia; 9. Obrar impulsado por motivos de particular valor moral o social...”.-

Resulta apropiado cómo se ha tratado la cuestión en el Anteproyecto de Código Penal para el Ecuador (parte general) de marzo 1993, elaborado con el asesoramiento de Manuel de Rivacoba y Rivacoba y Eugenio R. Zaffaroni, donde se regula el denominado error de comprensión culturalmente condicionado. Para comprender la técnica empleada, hay que señalar, ante todo, que se determina la falta de capacidad de culpabilidad. Así, en el art. 18, inc. 5, se prevé: “El que por cualquier motivo carezca, en el momento del acto, de la capacidad de representarse las consecuencias de su obrar, de comprender su criminalidad o de adecuar su conducta a dicha representación o comprensión”. Sin entrar a analizar si la definición es correcta o no, se señala que se precisa muy bien que se trata de la capacidad que tiene el agente al momento de actuar. Lo que permite a los autores del proyecto, en las disposiciones siguientes, regular, primero, el error “acerca de algún elemento constitutivo de la infracción” (art. 18, inc. 7: error de tipo legal); segundo, el error “acerca de la criminalidad de su obrar” (art. 18, inc. 7: error de prohibición) y, tercero, la circunstancia de que el agente “por su cultura o costumbres no comprende la criminalidad de su obrar o no se le puede exigir que adecue su conducta a dicha comprensión” (art. 18, inc. 9) <sup>(11)</sup>.-

Adquiere relevancia en este comentario el tratamiento que le brinda a la situación de que se trata, el Código Penal del **Perú** pues lo regula expresamente en la parte general bajo la rúbrica de “Error de comprensión culturalmente condiciona-

---

<sup>11</sup> Idem (ob. cit.)

do” y en el Art. 15 dispone: “El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”.-

Peña Cabrera se refiere a esta disposición vertiendo los conceptos siguientes: “Habida cuenta de la consagración positiva del error de prohibición, y atendiendo a la heterogeneidad étnico – cultural de nuestro país, se hizo necesario que el nuevo Código Penal resaltase normativamente el respeto por los valores culturales distintos – nunca mejores ni peores a los de la sociedad occidental – en el sentido de que no se criminalice conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales. Según esta norma, (Art. 15) si la conducta es vista como “normal” dentro de su propio espacio cultural, y ante los ojos del Derecho oficial, ella es respetada como delictiva, predominará la valoración del grupo cultural. Si el autor, de acuerdo con sus pautas (personales, culturales y sociales), tenía una creencia equivocada de que el hecho no estaba prohibido, porque no conocía la norma o la conocía mal, entonces al no serle exigible el conocimiento de la antijuridicidad de su acción, ella no se le puede reprochar” (12).-

Hurtado Pozo, si bien apoya la idea en el sentido que este cambio implica la búsqueda de nuevas formas de tratamiento de los miembros de comunidades culturales diferentes en caso que cometan un acto considerado delictuoso por el sistema penal predominante. El objetivo ha sido el de abandonar todo criterio étnico o cultural para calificar a estas personas como incapaces. El resultado obtenido no ha sido el deseado. Si bien parece que los redactores del texto legal buscaron regular, en tanto causa de no culpabilidad, el denominado “error de prohibición culturalmente condicionado”, lo que hicieron fue prever la incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre. Esta incapacidad no se debe, como en el caso de la inimputabilidad (Art. 20, inc. 1º), a una anomalía síquica, a una alteración grave de la conciencia o a alteraciones de la percepción que afectan gravemente el concepto de realidad por parte del autor. En lugar de estas circunstancias, en el Art. 15, son los patrones culturales del agente, diferentes a los que se hallan en la base del Código

---

<sup>12</sup> Peña Cabrera Raúl, “El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2º párrafo) y 15 del Código Penal peruano”, en A.A.V.V. “De las penas”, Libro homenaje al Profesor Isidoro De Benedetti, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 384

penal, los que “afectan gravemente su concepto de la realidad”, en tal medida que no puede ser tratado de la misma manera que quien se haya debidamente integrado a la cultura dominante. Es decir, aun cuando no sabe que comete un acto delictuoso, se le exime de pena no porque obra bajo la influencia de “un error inevitable sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal” (Art. 14, párraf. 2), sino porque es incapaz de comportarse de acuerdo con cánones culturales que le son extraños <sup>(13)</sup>.-

A título de ejemplo menciona el caso del “servinacuy” que constituye una etapa previa al matrimonio, en la cual la pareja cohabita antes de formalizar la unión conyugal. Si la mujer es menor de 14 años, las relaciones sexuales practicadas comportan, según el Derecho Penal vigente, la comisión de un delito sexual; siendo por el contrario y según la pauta cultural de la comunidad, un comportamiento justificado por haber tenido lugar en un contexto socialmente positivo. La práctica de esta costumbre constituye un buen ejemplo para poner en evidencia los inconvenientes que tiene la regulación prevista en el Art. 15 del Código Penal. Para no reprimir al varón que cohabita con la menor debería declarársele incapaz, por razones culturales, de comprender el carácter ilícito de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. Lo que podría ser factible con relación a los miembros de las comunidades de indígenas que permanecen relativamente aisladas, pero no respecto a los miembros de estas comunidades que, por ejemplo, han emigrado y viven en las barriadas de la capital o de otras ciudades importantes <sup>(14)</sup>.-

Asimismo, Hurtado Pozo al realizar un comentario crítico sobre una obra de Francia <sup>(15)</sup> entre otras consideraciones, señala la similitud que existe entre el art. 15 con el inc. 1° del art. 20 C.P.. Según este último, se exime de responsabilidad a quien “por anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”. En el Art. 15, se establece la misma consecuencia en relación a quien “por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin po-

---

<sup>13</sup> Hurtado Pozo José, “El indígena ante el derecho penal: caso peruano” en “La ciencia penal en el umbral del siglo XXI”, (Coordinador) Moreno Hernández Moisés, México, 2001, ps. 29 /45.

<sup>14</sup> Idem. (ob. cit. p. 44)

<sup>15</sup> Francia Luis, “Pluralidad cultural y derecho penal”, in Derecho. PUCP, n°. 47, Lima 1993,

der comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión”. De modo que, a pesar de la diferencia lingüística, las dos primeras fórmulas no significan lo mismo. Es decir, si “no poder comprender” no es lo mismo que “no poseer la facultad de comprender”. En la misma perspectiva, reflexionar si “poder” y “facultad” no se refieren a la capacidad de poder hacer algo; en el caso concreto de comprender el carácter delictuoso del acto. Tener en cuenta lo que dicen las demás disposiciones legales para mejor comprender el sentido de la norma que se interpreta constituye el método sistemático. Su aplicación relacionando el Art. 15 con el inc. 1° del Art. 20, le hubiera permitido percibir una similitud mayor: ambas disposiciones tienen la misma estructura. La no comprensión del carácter delictuoso del acto o la incapacidad de determinarse son los efectos, en caso del Art. 15, de la “cultura” o de las “costumbres” del agente y, en relación con el Art. 20, inc. 1°, de una “anomalía síquica”, “grave alteración de la conciencia” o “alteración de la percepción”. Todas estas circunstancias pueden provocar la incapacidad total de comprender o de determinarse; pero también sólo de su disminución parcial (Art. 15 *in fine*, Art. 21).-

Añade, que Francia desnaturaliza totalmente el texto legal cuando establece dos hipótesis diferentes: según la primera, las costumbres determinarían una disminución del poder de comprender y, de acuerdo con la segunda, la cultura impediría comprender totalmente el carácter delictuoso del acto. Y esto porque de acuerdo con el dogma del que parte: el Art. 15 debe regular el error de comprensión culturalmente condicionado. Así, olvida completamente que el Art. 15 se refiere igualmente al hecho de que el agente no pueda determinarse, total o parcialmente, según la comprensión que tiene del hecho. Finalmente, enfatiza que Francia no advierte que el Art. 15 supone también la posibilidad que el agente comprenda el carácter prohibido de su acto pero que no sea capaz de determinarse de acuerdo con esta apreciación y esto debido a su “cultura” o a sus “costumbres” (16).-

Otra crítica que realiza Hurtado Pozo al trabajo de Francia consiste en que éste fija como pautas de su trabajo la afirmación de la “deslegitimación del sistema penal” y de la “necesidad de una alternativa al derecho penal”, así como la de “aminorar los efectos negativos del sistema penal”. A ello responde que una discu-

---

<sup>16</sup> Hurtado Pozo José, “Impunidad de personas con patrones culturales distintos” en [www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/HurtadoPozo1](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/HurtadoPozo1).

sión objetiva de los problemas relevados resulta imposible porque no se explica suficientemente qué quiere decir “deslegitimación del sistema”. Y se pregunta: ¿Cuál es el criterio de referencia para determinar lo que es o no legítimo? ¿Este criterio es la concepción que el autor de marras atribuye a la criminología crítica o los intereses de los marginados social y culturalmente (urbanos o rurales)? Tampoco explica cuál es la alternativa al derecho penal: ¿Un nuevo derecho penal u otro derecho que no recurra a la pena? ¿Nuevos derechos penales propios a cada grupo cultural o un derecho penal crítico, democrático para todos?. Señala que lo mismo sucede con las afirmaciones respecto a lo que Francia llama “colonialismo jurídico”, “discurso oficial irreal”, “dogmática crítica”, “política etnocida”, “autonomía cultural”.-

Apunta, que este lenguaje genérico puede ser persuasivo por su connotación emotiva, pero no por su fuerza descriptiva de una realidad suficientemente investigada. Esto se pone, particularmente, en evidencia cuando Francia sugiere que la solución se encuentra en el reconocimiento, primero, del pluralismo jurídico, sin precisar su índole y sus alcances; segundo, de los “mecanismos de regulación social y resolución de conflictos no oficiales”, sin decir que “hoy cohabitan con nosotros 72 etnias campesinas y nativas” (Jorge Paredes Laos, El Dominical de “El Comercio”, 06/08/95). Pero afirmando, al mismo tiempo, que esos mecanismos van “convirtiéndose poco a poco en una forma de reproducción de una nueva cultura y de un poder alternativo y paralelo al oficial” y que tal solución “es la muestra de vitalidad de una cultura que luego de 500 años de sometimiento se creía en vías de desaparición”. Ante ello, se interroga ¿De qué cultura se trata: la andina, la quechua, la aymará, la campá, la aguaruna y por qué no la negra, la china, la japonesa o la árabe?. O en palabras de especialistas, “¿qué puede significar la ‘revitalización de la cultura indígena’, si ya esta cultura no existe como tal, sino profundamente moldeada en torno a nuevos polos de significados, sociabilidad e intercambio?” (17).-

Afirma el jurista peruano que mediante este razonamiento, no se hace otra cosa sino llevar hasta sus últimas consecuencias las afirmaciones perentoriamente hechas por Francia, quien sin darse cuenta (pero honestamente) abre la puerta a

---

<sup>17</sup> Saignes, Thierry: “¿Es posible una historia « chola » del Perú? (Acerca del nacimiento de una utopía de Manuel Burga)”, in Allpanchis, 35/36, Vol. II, p. 635.

soluciones peligrosas o poco viables. Por ejemplo, el pluralismo jurídico (reconocimiento de derechos y medios de control a cada grupo cultural) significa el establecimiento de un Estado federativo o la vuelta al sistema de estatutos personales; comportaría un problema de repartición territorial con los riesgos de una balcanización y grandes dificultades prácticas para identificar a los miembros de los grupos culturales debido al mestizaje y a las inmigraciones internas.-

Ya en forma más contundente expresa que, se debería aceptar, por ejemplo, que los árabes musulmanes, residentes en el país, practiquen la oblación del clítoris de las niñas por constituir una de sus pautas culturales; que el marido o amancebado, por la misma razón y en ciertos sectores de la sociedad, maltrate a su mujer; que algunas comunidades apliquen castigos corporales a sus miembros cuando así lo establezcan sus costumbres <sup>(18)</sup>.-

Villavicencio Terreros apunta con relación al Art. 15 del C.P. del Perú que resulta más crítica la situación cuando se comprueba que el sujeto no actúa por un “error” sino de acuerdo a sus valoraciones culturales distintas a la imperante en el sistema oficial y que el ámbito de su aplicación se restringe a los supuestos en que las partes que concurren en el conflicto pertenecen a una esfera comunal especial y la otra a la esfera ordinaria, pues en las hipótesis que las partes en conflicto provengan del propio espacio cultural especial o diferenciado, es lógico que la comunidad campesina o nativa ejercite la función jurisdiccional autorizada por la Carta Magna vigente y no la administración de justicia ordinaria que en muchos asume indebidamente tales labores como ella no le interesa pues los bienes en conflicto son solamente importantes para la comunidad especial. De manera que la fórmula legal del “error” prevista por el Art. 15 solamente se encuentra limitada para los supuestos en que las partes en conflicto pertenezcan a distintos ámbitos culturales, así por ejemplo, cuando un nativo, realiza un hecho punitivo (da muerte a otro), fuera de su espacio territorial, se tiene en consideración su sistema de valores distintos a efectos de reducir o eximirle de pena. Todo ello plantea la reformulación del tema de la responsabilidad penal del sujeto que pertenece a otro ámbito cultural. Así, considera que bastaría la previsión legal contenida en el Art. 14 del C.P. vigente pues en aras del correcto respeto de la diversidad cultural se debe empezar a asumir que los comportamientos punibles desarrollados por los miembros pertenecien-

---

<sup>18</sup> Hurtado Pozo José. (ob. cit.)



tes a las comunidades campesinas y nativas no son productos simplemente de un error de “comprensión culturalmente condicionado”, sino un error como cualquier otro, en el que incurre un ciudadano, pues la actual descripción normativa contenida en el Art. 15 no hace más que calificar a los integrantes de otros ámbitos culturales como elementos erráticos para “comprender la normatividad oficial” por su “condicionamiento cultural”, la tarea a realizar en adelante es incorporar a la dogmática jurídica latinoamericana esta realidad como una causal más de error ya sea de tipo o de prohibición ( directo o indirecto) y de esta forma, “nuestra dogmática se acercaría a nuestra verdad pluricultural negada por los teóricos etnocentristas” (19).-

#### **V.- El aspecto constitucional en Perú, Bolivia, Colombia y Ecuador.**

Se ha tomado como referencias al sólo efecto ejemplificativo los Códigos Penales de Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú, para tener un panorama de cómo se plantea la cuestión de la diversidad cultural específicamente indígena y su relación con el Derecho Penal.-

Pero esto también adquiere gran prioridad desde el punto de vista constitucional pues a partir de la década del 90 se han producido numerosas reformas constitucionales en los países mencionados *ut - supra* – que se seguirán tomando como ejemplo en esta recorrida del derecho comparado—. Así, en forma genérica, se advierte que los principales cambios que se han registrado sobre la temática han sido fundamentalmente los siguientes: 1º) el reconocimiento del carácter del pluricultural de la Nación y el Estado; 2º) el reconocimiento de los pueblos indígenas y la ampliación de sus derechos – como oficialización de idioma indígena, educación bilingüe y protección de medio ambiente – y 3º) el reconocimiento del derecho indígena o consuetudinario. Paralelamente se han ratificado el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.-

La fórmula empleada en las Cartas Magnas de estos países consiste en la utilización del verbo “reconocer” referido al carácter pluricultural y multiétnico de la configuración estatal o de la Nación. Asimismo, reconocen funciones jurisdiccionales o de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas y/o campesinas de acuerdo al Derecho consuetudinario, o a sus propias normas y procedimientos, de-

---

<sup>19</sup> Villavicencio Terreros, Felipe, “Diversidad cultural y responsabilidad penal”, ps. 80/81. Trabajo inédito.

ntro del ámbito territorial de los pueblos o comunidades de dichas características. El límite de dicho reconocimiento está dado por el no vulnerar los derechos fundamentales de las personas tal como lo señala la Constitución peruana, o no violar la Constitución ni las leyes, como lo indican las demás Constituciones. Son sujetos titulares del reconocimiento los pueblos indígenas y las comunidades indígenas y campesinas y cuando se hace alusión a las “autoridades de los pueblos o comunidades indígenas” se está refiriendo a aquellas autoridades, que según los sistemas indígenas, tienen potestad para resolver conflictos o regular la vida social. “Es decir, se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas la vigencia plena de su sistema legal o derecho con sus propias normas, autoridades y procedimientos. Se reconoce tanto el órgano indígena que aplica el derecho, como al derecho mismo, el cual también es indígena. Con esto se supera fórmulas anteriores de reconocimiento parcial ensayadas dentro del modelo integracionista. Por ejemplo, se reconocía autoridades indígenas pero que debían aplicar el derecho estatal o viceversa, se establecía que autoridades estatales aplicasen normas del derecho indígena, tratando de cooptar el derecho indígena” (20).-

En la inteligencia de lo expuesto anteriormente, la **Constitución de Perú** tiene varias disposiciones referidas a la cuestión en estudio. En efecto, el Art. 2° propone: “Toda persona tiene derecho: inc. 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación...”.-

El Art. 17° establece: “...El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional...”.-

El Art. 48° dispone que: “Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley”.-

El Art. 89° regula las comunidades campesinas de la siguiente forma: “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro

---

<sup>20</sup> Yrigoyen Fajardo Raquel Z., “Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)” en Revista “Pena y Estado”, N° 4, Ed. El Puerto e INECIP, Buenos Aires, 2000

del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el Artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.-

Y el Art. 149° habla del derecho consuetudinario y de las jurisdicciones: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.-

La **Constitución de Bolivia** también contiene varias disposiciones que reconocen la diversidad cultural.-

El Art. 1° dispone: “I. Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural constituida en República Unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos”.-

El Art. 61° se refiere a las condiciones para ser diputado: “Para ser Diputado se requiere: 4°. Ser postulado por un partido político o directamente por agrupaciones ciudadanas y/o pueblos indígenas en la forma determinada por esta Constitución y las leyes”.-

El Art. 171° tiene una serie de disposiciones sobre los derechos de las comunidades indígenas: “I. Se reconocen, se respetan y protegen en el marco de la Ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. II. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado”.-

La **Constitución de Colombia** cuenta con tres disposiciones relativas a la cuestión indígena:

Art. 7 “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.-

Art. 10. “El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.-

Art. 246. “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.-

Finalmente, la **Constitución de Ecuador** le brinda un amplio tratamiento a la temática:

Art. 1.- “El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada... El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley”.-

Art. 83.- “Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”.-

Art. 84.- “El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico. 2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial. 3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley. 4. Participar en el uso, usufructo, adminis-

tración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. 5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen. 6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. 7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad. 8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras. 9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley. 10. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico. 11. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe. 12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella. 13. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado. 14. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley. 15. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen”.-

Art. 85.- “El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable”.-

Art. 191.- “El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”.-

## **VI.- La regulación constitucional y penal en nuestro país.**

La Constitución de la Nación en el Art. 75 inc. 17 <sup>(21)</sup> contempla una cláusula específica referida a la situación de los pueblos indígenas, aunque no es tan amplia – vaguedad, sometida a críticas <sup>(22)</sup> – como las que se han visto en las constituciones de los países citados *ut – supra*, en el sentido que hasta contemplan una administración de justicia propia en la medida que no se contraponga con la misma constitución y las leyes. Del mismo talante y hasta con una similar redacción lo hace la Constitución de la Provincia de Salta en el Art. 15 <sup>(23)</sup> que se cita en el fallo en cuestión.-

Sin duda, en el texto actual del inc. 17 se advierte una diferencia sustancial con el anterior inc. 15 porque se atribuía al Congreso la competencia de “conservar” el trato pacífico con los indios y “promover” su conversión al catolicismo. De hecho, tal redacción resultaba totalmente anacrónica de acuerdo a una cosmovisión más amplia de las valoraciones y diversidades sociales <sup>(24)</sup>.-

---

<sup>21</sup> “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intelectual; reconocer la personería jurídica de sus comunidades; y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”

<sup>22</sup> a) Deja abierta la cuestión de cómo se decide si existen o no minorías en algún estado; b) no reconoce derechos a las minorías como tales, sino simplemente a las personas que pertenezcan a dichas minorías y c) no se afirman los derechos en forma positiva, sino sólo se dice que no se negarán sus derechos a dichas personas. (Cfme. Stavenhagen Rodolfo, “Derecho Internacional y derechos indígenas” en Esteban Krots “Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho”, Ed. Anthropos, Barcelona, 2002, p. 183) citado por Cesano José Daniel (ob. cit. p. 34, nota 20)

<sup>23</sup> “I. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta. Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley.

II. El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros”.

<sup>24</sup> “En la cláusula derogada se ha querido ver una discriminación odiosa, violatoria del Art. 16 de la Constitución Nacional, pues sobre ningún otro grupo étnico se extiende el mandato de promover la modificación de sus creencias. Por otro lado – y aún cuando la convicción de los convencionales de 1853, el catolicismo constituía además de una cosmovisión religiosa, una cultura de inclusión social – el mandato de promover la conversión religiosa de una categoría de persona instituye, por lo menos, un rasgo de autoritarismo – paternalismo inaceptable en un estado liberal...” (Cfme. Gelli María Angélica “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. Segunda Edición Ampliada y Actualizada” Ed. La Ley. Buenos Aires 2004 p. 572.)

En efecto, el nuevo inc. 17 consagra el derecho a la diferencia como un derecho a la identidad personal, pero **no se otorgan privilegios ni prerrogativas**, sino que se asume una justa expresión del pluralismo democrático y del derecho a la diferencia, en un estado de derecho <sup>(25)</sup>. Por ello, una de las funciones del Congreso en ejercicio de la competencia que surge de la norma en cuestión es el deber de no tornarla letra muerta y uno de esos deberes constituye el de la integración, lo cual no sólo implica no aislarlos ni segregarlos, sino depararles un trato igualitario con el resto de la sociedad, sin perjuicio de que continúen con su estilo, su idiosincrasia o su cultura. Ello también se ve reflejado en el respeto a su identidad, y el respeto a una educación bilingüe e intercultural – integración – <sup>(26)</sup>.-

No obstante, Gelli sostiene que la primera frase – reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos – constituye un equívoco pues, en realidad el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas argentinos fue realizada por el convencional constituyente en 1994, por ende, el Congreso Federal no puede efectuar ninguna manifestación posterior al respecto; sólo le queda la obligación de garantizar, a través de la legislación, los derechos de los indígenas y de las comunidades, lo que se traduce en el restante párrafo de la manda <sup>(27)</sup>.-

Refiere la citada constitucionalista, que en un estado liberal democrático el principio igualitario se erige en un punto de partida, razón del cual todos los ciuda-

---

<sup>25</sup> Bidart Campos Germán “Manual de la Constitución Reformada” T III. Ed. Edial, Buenos Aires 1997. p. 118.

<sup>26</sup> Idem (ob. cit. p. 119).

<sup>27</sup> Gelli María Angélica (ob. cit. p. 571); en cuanto a la cuestión interpretativa “... o se trata del reconocimiento de un hecho histórico, que por ello no tiene más valor que el de una declaración que repara una injusticia pasada; o bien se trata de la admisión de un pueblo o conjunto de pueblos poseedores de un status jurídico distinto de los demás ciudadanos argentino. El tenor literal del artículo induce a la última interpretación y, en tal supuesto, se estaría admitiendo la existencia de “otra Nación” dentro de la Nación Argentina ... la preexistencia de cualquier grupo, que vaya más allá de lo declarativo, supone una alteración inequívoca de las bases fundacionales del Estado Argentino porque se estaría violando “Unidad Nacional” de la que habla el preámbulo. El pluralismo democrático no puede llegar al extremo de combatir en fuente de separatismo o seccionismo: se distingue por unir y no para separar. La idea de la preexistencia se introduce como ariete del reclamo ulterior de la libre determinación de los indígenas como “Presupuesto Derecho de primeros ocupantes de los terrenos que poseen. Este ultimo aspecto plantea varios conflictos como los derivados de la competencia entre el derecho positivo de la sociedad nacional y el consuetudinario de las comunidades indígenas o entre la practica de creencias que conduzcan a actos reñidos con los usos y costumbres de las poblaciones blancas. Hubiera sido deseable, por todo ello obviar el asunto de la preexistencia, ya que no es materia constitucional sino histórica, de la que puede deducirse – una vez consagrada – consecuencias inesperadas para los convencionales” (Cfme. Segovia Gonzalo – Segovia Juan Fernando “La protección de los indígenas” en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos “Derecho Constitucional en la reforma de 1994” T I Ed. Depalma, 1995 ps. 334/ 335; Ekmkdjia Miguel “Tratado de Derecho Constitucional” T IV. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1997. ps. 532/533 citados por Cesano José Daniel (ob. cit. ps. 37/38))

danos reciben igual tratamiento legal, en situaciones equivalentes. “Bajo una misma norma de rango superior, las diferencias personales y legales no impiden que una misma Constitución garantice a todos, iguales derechos en igualdad de circunstancia. Así pues, las disparidades se armonizaban e incluyen en una misma Nación a la que arribaban extranjeros – o son invitados a llegar, como en el caso argentino – con la posibilidad de obtener la nacionalidad y compartir y participar de una cultura común a la que puedan integrarse manteniendo, no obstante, sus creencias e identidades nacionales. Pero bajo la Constitución Nacional, todos son habitantes a los que se les reconocen los mismos derechos por sus calidades de personas (Art. 14), en condiciones de igualdad ( Art. 16). La consagración de la igualdad formal puede resultar un concepto hueco sino se clarifica el significado y alcance de *iguales circunstancias*. En cambio, la consagración de la igualdad material requiere el mismo tratamiento pese a la diferencia de raza, sexo, nacionalidad, creencias religiosas u opiniones políticas, convertidas estas categorías en sospechosas de establecer discriminaciones irrazonables, si se las utiliza para deparar diferente trato legal a las personas” (28).-

Cesano no comparte la tesis de Segovia que sostiene que la nueva cláusula, implique 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 y menciona a Bidart Campos en el sentido que hubo quienes pensaron que “pueblo”, en plural, podría incitar a la desmembración o desintegración, por aquello que en el Derecho Internacional se ha hecho corriente la locución “autodeterminación de los pueblos” y 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. Añade, que 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 jurí-

---

<sup>28</sup>Gelli Maria Angélica (ob. cit. ps. 572 / 573)



dica 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. Cita finalmente, una frase de Bidart Campos que dice: “El Congreso debe garantizar a los pueblos indígenas el respeto a su identidad, o sea, a integrarse con sus diferencias, en la mismidad de sus perfiles; respeto a la identidad es equivalente a derecho a un tratamiento igualitario sin pérdida ni renuncia de la identidad apartada o, si se prefiere, ser diferente de los demás, para ser igual a sí mismo” (29). No es necesario abundar en mayores argumentos, pues ésta es la posición correcta.-

De todo lo expuesto *ut – supra*, fácilmente se puede colegir que más allá de un reconocimiento, basado en la justicia histórica, a la identidad cultural y los derechos de los indígenas, de la misma manera se está hablando de que éstos son argentinos y habitan el territorio nacional, por ende están sujetos a todas las normas, empezando por la Constitución Nacional, que rigen la vida en comunidad en dicho territorio. Ergo, les alcanzan las disposiciones contenidas en el Código Penal de conformidad con el Art. 1° de dicho cuerpo legal (30) y no se prevé una norma específica, tal como la que se contemplan en los códigos penales que se han analizado más arriba. De modo, que hay que ver en qué forma se soluciona el conflicto en el área de la diversidad cultural.-

La doctrina, en términos generales, es coincidente en que el inc. 1° del Art. 1° regula la vigencia del principio territorial, regla que se transforma en la columna vertebral de la aplicación de la ley penal en el espacio. Asimismo, la jurisprudencia es conteste en aceptar que la ley penal se aplica, por regla general, dentro del territorio argentino o en lugares sometidos a su jurisdicción, a todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros, domiciliados o transeúntes, ya que el principio dominante es la territorialidad (31). El fundamento de este principio se basa en la tesis de la soberanía territorial, según la cual la ley penal se aplica en el ámbito espacial sobre el que ejercita la soberanía el poder estatal.-

---

<sup>29</sup> Cesano Daniel José (ob. cit. ps. 41/43) Citando a Bidart Campos Germán. “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. La Reforma Constitucional de 1994” T VI. Ed. Ediar. Buenos Aires. 1995. ps. 371/373

<sup>30</sup> “Este Código se aplicará: 1° por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en lugares sometidos a su jurisdicción...”

<sup>31</sup> D’Alessio Andrés, “Código Penal. Comentado y anotado. Parte General”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 4

Como contrapartida de esto último, se encuentra el principio personal o de nacionalidad que reclama trascender del territorio del Estado que sanciona la ley penal, tomando como punto de referencia la nacionalidad del sujeto activo o pasivo del delito y hace al elemento subjetivo, es decir, a la relación Estado – ciudadano. Sobre este particular, algunos sostienen que sería más oportuno denominar a este principio como de personalidad y no de nacionalidad ya que algunos países toman en cuenta el domicilio y no la nacionalidad <sup>(32)</sup>.-

Lo concreto y real es que las leyes se aplican en la totalidad del territorio del Estado y a todos sus habitantes. La utilización que se hace de este último concepto como sujeto pasivo de normas se amalgama con los arts. 14, 16,17,18 y 19 de la C.N.-

Cabe agregar, por otra parte, que el Art. 2° del C.C. argentino determina que las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen si no designan tiempo, la obligatoriedad después de los ocho días siguientes a la de su publicación oficial. Ello significa que este acto es indispensable a los efectos de la obligatoriedad de la ley, no siendo suficiente la promulgación. La publicación se hace en base a la inserción en el B.O. y a partir de allí la ley se reputa conocida por todos. Sin duda alguna, ello resulta una ficción pues la generalidad de las personas no leen el B.O.. Al respecto, 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” <sup>(33)</sup>.-

---

<sup>32</sup> Idem (ob. cit. p. 15) citando a Fierro Guillermo J. “Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Baigún David – Zaffaroni Eugenio R.; (dirección); Terragni Marco A.; (coordinación), T. 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 31

<sup>33</sup> Mayer Max Ernest, “Normas jurídicas y normas de cultura”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 45, citado por Basílico Ricardo Ángel, “Norma y error en el derecho penal. La cuestión de la diversidad cultural”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2004, ps. 21/20

Sin duda, no se puede prescindir de lo previsto por el Art. 20 del C.C. cuando se consagra que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa si la excepción no está expresamente autorizada por la ley. Esto es así ya que si se invocase frecuentemente el error de derecho, se estaría fomentando la inseguridad jurídica, y por ende, el caos <sup>(34)</sup>.-

Trasladados estos conceptos al ámbito penal, si bien el conocimiento resulta una *conditio sine qua non* 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 (el juez) una valoración de los componentes psicológicos y sociales que inciden en el actuar de un individuo” <sup>(35)</sup>. Como derivado de todo ello se llega a la teoría del error en el derecho penal.-

#### **VII.- Posición de Zaffaroni.**

Este autor ubica la cuestión dentro del error de comprensión culturalmente condicionado. En efecto, razona que a sujeto que conoce la norma prohibitiva, pero que no la puede internalizar por razones culturales, por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización – comprensión –. Así, ejemplifica que si se piensa en un sujeto nacido y crecido en una comunidad indígena, con sus moldes culturales – frecuentemente bien complejos –, que lleva a cabo las inhumaciones conforme a su ritual, pero en violación a las normas vigentes, bien puede conocer esas leyes y saber que las inhumaciones en esas condiciones pueden propagar una enfermedad peligrosa y quedar eventualmente incurso en las previsiones del Art. 203 del CP. No obstante ello, el sujeto no podrá internalizar – comprender – la antijuridicidad de su conducta, porque frente a la importancia del ritual funerario, el riesgo le parecerá siempre nimio y no podrá exigírsele que lo comprenda de otra manera. “Entendemos, pues, que *no todo error culturalmente condicionado es un error de prohibición directo*, pues el condicionamiento cultural puede provocar errores sobre la causalidad que pueden dar lugar a “delitos imaginarios”, pero también a atipicidades (errores de tipo) y justificaciones putativas. El planteo general del

---

<sup>34</sup> Borda Guillermo, “Código Civil y normas complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 56 citado por Basílico Ricardo Ángel, (ob. cit. p. 21)

<sup>35</sup> Basílico Ricardo Ángel (ob. cit. p. 25)

error culturalmente condicionado excede, pues, en mucho, al error de comprensión, sólo que entendemos que *el error de comprensión elimina la culpabilidad únicamente en el caso en que coincide esta calidad con la de error culturalmente condicionado* (o sea, cuando ambos se superponen) ... La admisión del error de comprensión como causa de exclusión de la culpabilidad en el caso del condicionamiento cultural del mismo, no nos deja indefenso frente al sujeto si éste se manifiesta peligroso, al menos conforme al claro texto de nuestra ley penal. Cabe pensar que quien padece este error bien puede ser un jibarito de extremada peligrosidad, siendo absurda la pretensión de dejarle en libertad. Nuestro código resuelve el problema, puesto que el error de comprensión es un caso más del error del inc. 1° del Art. 34 que entra dentro de “los demás casos” a que se refiere el párrafo 3° del mismo inciso, por lo que, en caso de peligrosidad correspondería “la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso”. El error de comprensión es la única solución que nos permite eludir la absurda teoría de que los indígenas son inimputables <sup>(36)</sup> o que se hallan en “estado peligroso” <sup>(37)</sup>. Esta posición es hija de un etnocentrismo inadmisibles que desprecia por inferiores a las culturas indígenas y que encuentran su versión moderna en Hegel y en Garofalo. Por nuestra parte, hemos expresado reiteradas veces que el indígena puede ser inimputable por las mismas causas que puede serlo el que no es indígena, pero nos negamos rotunda-

---

<sup>36</sup> O inferiores. “Esta tesis no podría sostenerse válidamente a la luz de nuestra legislación, porque afectaría el principio de igualdad. No obstante lo afirmado, de ninguna manera significa que el indígena no puede ser inimputable como cualquier otro ciudadano. Lo que se discute es que por el solo hecho de ser indígena, ello no lo convierte en inimputable” (Cfme. Baigún David – Zaffaroni Eugenio R.; (dirección); Terragni Marco A.; (coordinación), ob. cit. p. 552)

<sup>37</sup> “La alternativa de apelar al estado la necesidad en el caso del indígena es artificiosa, porque en realidad lo que no puede exigírsele la comprensión de la criminalidad. Considera estos supuestos como causa de inexigibilidad no resuelve el problema, porque la inexigibilidad no es una causa autónoma de inculpabilidad sino la característica última de todas ellas. Por ende, cabe convenir en que media inexigibilidad, pero cuando el error de comprensión es invencible. Desde el preventivismo se ha pretendido relevarlo sólo cuando sería tolerable desde la perspectiva de la prevención, lo que no expresa más que un criterio político poco claro y que, en el fondo, recupera el viejo argumento en que pretendía fundarse el *error juris nocet*: se releva en tanto la sentencia no se erija en una incitación a la desobediencia a la voz del Estado. Igualmente se ha sostenido que sería inadmisibles para los bienes jurídicos fundamentales. Es verdad que cuando se trata de la vida y la integridad física de las personas no es sencillo resolver los casos que pueden presentarse, pero tampoco la regla en cuestión puede sostenerse con valor absoluto. Es obvio que cuanto mayor es la lesión jurídica, mayor es también el reproche y, por ende, cualquier exculpación debe ser de mayor entidad, o sea que el ámbito de autodeterminación debe estar reducido por motivos más fuertes. Quizá el vínculo cultural que impide a la persona comprender la ilicitud de la prohibición de inhumaciones clandestinas no alcance para fundar la invencibilidad del error de comprensión de una lesión o de un homicidio, pero no por ello puede excluirse un error de comprensión de menor entidad” (Cfme. Zaffaroni Eugenio R. – Alagia Alejandro – Slokar Alejandro “Derecho Penal. Parte General” Ed. Ediar. Buenos Aires. 2003. p.738.)

mente a considerarlo inimputable por el hecho de pertenecer a otra cultura. La única razón que puede justificar semejante actitud es la de asumir la posición de conquistador y considerar que nuestra propia cultura es la superior y que las restantes deben desaparecer por inferiores, presentando también la condición de inferiores sus integrantes mientras la compartan. Semejante criterio, que no puede ser más brutal a la luz de una mínima consideración a la dignidad humana, sería inadmisibles entre nosotros, por afectar el principio de igualdad ante la ley” (38).-

Refiriéndose al Art. 75 inc. 17, en los casos en que los grupos culturales indígenas apliquen sanciones a ilícitos cometidos por sus miembros el Estado no puede imponer otra pena sin violar el principio de prohibición de doble punición, por lo menos cuando la primera haya sido lo suficientemente grave (39).-

### **VIII.- Posición de Campos Calderón.**

Este autor costarricense, si bien reconoce que la problemática de la diversidad cultural indígena no se manifiesta en gran medida en su país, ello no implica que se trate a aquéllos en un proceso penal con la suficiente comprensión para poder fijar bajo qué circunstancias pudo haberse determinado su comportamiento, razones que bien podrían estar comprendidas dentro de la figura del error y con consecuencias relevantes en la fijación de la responsabilidad penal.-

Sin embargo, disiente en algunos aspectos con la tesis de Zaffaroni – quien toma en cuenta los condicionamientos culturales como un elemento que incide en la comprensión de la norma penal – pues considera que ello debe ser interpretado con algunos matices, ya que no en todos los supuestos se incurre en una imposibilidad de comprensión de los alcances de la norma, pues ello podría traer consigo la impunidad de verdaderos delitos cometidos bajo argumentos de carácter religioso, político u otros similares. Dichos matices, a que hace alusión, no son relativos a una cuestión de inimputabilidad, sino más bien a condicionamientos culturales que les dificulta o en muchos otros casos les impide asumir como propias dichas normas penales, dando origen así a una antinomia entre la ley penal y sus formas de organización social.-

Hay quienes consideran que debe ser sostenido el principio de que la ley penal rige en forma igual para todos los individuos; mientras que otros piensan, que

---

<sup>38</sup> Zaffaroni Eugenio R. “Tratado de Derecho Penal. Parte General” T IV Ed. Ediar. Buenos Aires. 2004 ps. 200 / 203.

<sup>39</sup> Zaffaroni Eugenio R – Alagia Alejandro – Slokar Alejandro (ob. cit. p. 739)

las características propias del indígena y su situación social demandan que se incluyan reglas especiales en las legislaciones penales donde se tomen en consideración tales aspectos (<sup>40</sup>).-

Campos Calderón interpreta que también debe tenerse en cuenta que, al igual como sucede en las sociedades, las diferencias están presentes entre los mismos pueblos indígenas, razón por la cual sería erróneo aplicar criterios de solución únicos y generales para todos los grupos étnicos.-

Indica, que simplemente se trata de buscar soluciones en procura de resultados justos, pero nunca recurriendo a la aplicación de criterios discriminatorios, tal y como lo han hecho en el pasado algunas legislaciones latinoamericanas; por un lado, catalogando de inimputables a los indígenas con la supuesta intención de otorgarles un “beneficio” en relación con la aplicación de la ley penal, o por otro lado, considerándolos también erradamente como grupos minoritarios, a pesar de que como ya se indicó, algunos son en sus países mayoría poblacional. Lo anterior es un claro reflejo de una visión etnocentrista que ha caracterizado durante muchos años las relaciones con estos grupos, es por ello que debe recurrirse a un relativismo cultural que tenga como orientación la comprensión y el respeto de las diferencias existentes con esos grupos, para atemperar así dicho etnocentrismo que aún prevalece y que ha llevado no sólo a considerarlos como minorías, sino también inimputables.-

Esto conlleva al derecho penal a la búsqueda y aplicación de figuras jurídicas que permitan tener en cuenta esas circunstancias especiales, que bien pueden ser determinantes en la comisión de un hecho que puede ser delictivo para la generalidad del conjunto social, pero que para la cultura indígena puede no serlo, sino más bien una situación normal. Una de estas soluciones posibles la representa el error de prohibición, cuando por un condicionamiento cultural se da la imposibilidad para el indígena de comprender la norma penal, es decir, se trata de una antinomia o contradicción entre una conducta que puede ser delictiva, pero que la misma no puede ser interiorizada o comprendida por los indígenas porque choca con sus costumbres, ya que para ellos es un acto lícito o que está dentro de lo que es moralmente tolerable.-

---

<sup>40</sup> Yrureta, Gladis. “El indígena ante la ley penal”. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, p. 49.

Por ejemplo, hay prácticas de la medicina indígena tradicional que requieren de la utilización de plantas específicas, cuyo origen se remonta a épocas pre-coloniales y que están legalmente prohibidas, a pesar de ello, no significa que los indígenas tengan que sufrir por el mal uso que los no indígenas les dan a las mismas.-

Por otro lado, existen algunas prácticas sexuales que son moralmente inaceptables y además constitutivas de contravenciones o delitos, como por ejemplo el caso de las relaciones íntimas con menores de edad, que la legislación penal las castiga con pena privativa de libertad; sin embargo, entre los indígenas costarricenses de Amubri Talamanca ésta es una práctica muy común y casi que necesaria, ya que ahí la mujer tiene pleno derecho de disponibilidad sobre su sexualidad y normalmente tiene relaciones con miembros de su grupo, aproximadamente a la edad de los doce años, asumiendo así desde muy jóvenes roles de mujer adulta.-

Uno de los apogemas jurídicos quizás más conocidos para el ciudadano común, es el relativo a la imposibilidad de alegar como excusa la ignorancia de la ley – *ignorantia iuris non excusat* –, sin embargo, debe indicarse que este principio, muy propio del Derecho Privado, ha sido relativizado por el Derecho Penal, admitiendo ante situaciones muy específicas la posibilidad del error como causal de exclusión o de disminución de la responsabilidad penal.-

En su narración Campos Calderón apunta que Zaffaroni ha sido uno de los principales impulsores del error culturalmente condicionado en el derecho penal. No es de extrañar que el interés por esta modalidad de error nazca precisamente en la doctrina jurídica latinoamericana, ya que es en nuestro medio donde principalmente se ha dado un choque entre normas penales y cultura indígena – como se indicó *supra* –, lo cual ha generado el interés por afrontar dicha situación desde una dimensión diferente a las posturas tradicionales relativas al error de prohibición. Cita las tres formas: como un error de comprensión, como un caso de conciencia disidente y como una justificación putativa.-

La objeción que realiza es que en el supuesto de la conciencia disidente no hay error: Resulta muy aventurado y peligroso la afirmación del criterio de que la conciencia disidente se adecua al supuesto del error, y que por ende debe ser tratada – en el caso hipotético de grupos indígenas – como un error culturalmente condicionado.-

Como la misma palabra lo indica, la disidencia se presenta cuando no se está de acuerdo con una situación específica, sin embargo el desacuerdo no es por error, sino precisamente porque se conocen el contenido y los alcances de la norma penal pero no se comparten, es decir, hay una rebelión contra la misma, con la característica de que no está fundada en un error. Desde el momento en que sí se conocen los alcances de una prohibición, no se comparten y además se obra distinto porque chocan con la creencia de una cultura, religión u otro, entonces el error en el conocimiento ya no existiría, sino que lo que se constituye es una franca y conciente oposición al planteamiento normativo <sup>(41)</sup>.-

Cuando el autor ya comprende la dañosidad de su conducta, aún existiendo un condicionamiento cultural, el error desaparece y queda comprendido dentro de la conciencia disidente, pudiendo tenerse la mayor o menor dificultad de la interiorización de la norma al momento de la individualización de la sanción.-

No es el mismo caso el del error de comprensión cuando por razones culturales no se conoce la prohibición legal, o tampoco, cuando por la misma razón cultural sea un imposible interiorizar o comprender la norma correctamente, como sucede con algunos grupos indígenas, ya que en estos supuestos no es posible imponer o exigir forzosamente a una persona cuya posición cultural no se lo permite, que conozca los alcances de la norma penal y además la interiorice. El caso de la conciencia disidente es muy diferente, principalmente cuando quien se opone a su mandato es una persona de la ciudad y que se supone no tiene limitaciones de índole cultural para acceder al conocimiento, pero que alega posteriormente razones culturales, religiosas u otro para justificar su desobediencia a un mandato legal que es conocido previa y plenamente, ya que en este caso la conciencia disidente no sería constitutiva de un error de prohibición; difícil de resolver también sería el supuesto de un indígena que emigra a la ciudad, y que después de un tiempo cono-

---

<sup>41</sup> Resulta apropiado traer a colación la posición de Roxin sobre el tema en la legislación alemana, al respecto dice: "Si se contempla como objeto de la conciencia de la antijuridicidad la prohibición o el mandato jurídico, de ello se deduce que el sujeto que actúa por motivos de conciencia o por convicción no puede invocar el §17, en la medida en que sabe simplemente que el ordenamiento jurídico prohíbe tal conducta (...) no actúa en error de prohibición si sabe que el ordenamiento desapueba el hecho que él considera necesario. Sólo se daría un error de prohibición cuando el sujeto pensara que también el ordenamiento jurídico aprobaba su conducta en las circunstancias concretas del caso. De la misma manera que una actuación contra la propia conciencia no excluye un error de prohibición, tampoco la propia decisión en conciencia con conocimiento de la prohibición puede eliminar la conciencia de la antijuridicidad". (Cfme. Roxin, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Ed. Civitas, Madrid, España. 2000 ps. 868 / 869; y también del mismo texto ps. 949 / 953.)



ca claramente las prohibiciones que regulan el comportamiento en la misma y pese a ello se rebela contra el ordenamiento penal por razones culturales.-

Por ello, considera que no es correcto recurrir a la aplicación de la figura del error, ni siquiera como atenuante, ya que la confrontación conciente con lo estipulado por la norma sería a título doloso – dolo natural – y además con pleno conocimiento de la ilicitud – culpabilidad – que representa desatender el contenido de la misma; en consecuencia, no es válido alegar un error de prohibición para atenuar el conciente desacato contra un mandato legal, ni siquiera por reñir contra una cultura o una creencia religiosa, al menos no estableciéndolo como un error porque no es un caso de falsa creencia ni de ignorancia. La libertad de determinación no es tan elástica para admitir la conciencia disidente en los términos que lo pretende Zaffaroni, como por ejemplo cuando se alegan razones religiosas para no seguir los dictados de una norma penal, principalmente sería inadmisibles si están en juego valores supremos como la vida humana de terceros.-

En este sentido, para que se pueda aceptar como viable la atenuación derivada de la conciencia disidente, el legislador tendría que crear expresamente las figuras concretas que disminuirían el reproche del ordenamiento penal, ya que sólo así podría ser aceptada dicha figura. Como se ha insistido, recurrir a la figura del error de prohibición no es en buena técnica jurídica una salida aceptable, ya que no se trata de una falsa creencia ni de un caso de ignorancia para poder encuadrarlo dentro del error.-

Propone que en forma paralela a la figura del error, específicamente con la graduación de la culpabilidad, existe actualmente la posibilidad de que en el momento de la determinación de la pena a imponer se puedan tomar en cuenta las circunstancias sociales, educativas, etc., que pudieron haber incidido en la comisión de un hecho delictivo; en este sentido, en el numeral 71 del actual Código Penal de Costa Rica se establece esta exigencia, permitiéndose así que ante situaciones en las que no es factible la aplicación del error, el juzgador sí gradúe la pena tomando en cuenta esas circunstancias. De igual manera, en el artículo 73 del Proyecto del Código Penal, se han incluido expresamente la consideración de las circunstancias

culturales y personales del autor, como otros elementos para la determinación de la pena <sup>(42)</sup>.-

### **IX.- Posición de García Vitor.**

Señala el reciente desaparecido jurista en su trabajo "Culturas Diversas y Sistema Penal" que en un sistema penal de un Estado democrático, 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 <sup>(43)</sup>. He ahí una limitación trascendente.-

Recuerda que en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Penal celebradas en Tucumán (Argentina), Irurzun <sup>(44)</sup> afirmaba la necesidad de señalar los efectos de la legislación penal elaborada en centros alejados geográficamente de la realidad en que se enclavan en nuestro país los regionalismos culturales. Ejemplificaba con conductas tales como el duelo, el "visteo", la venganza privada, el curanderismo, el "coqueo" o la existencia de creencias arraigadas que podían motivar un infanticidio de los hijos con mala formación (Tobas) por considerarlos concebidos por el espíritu maléfico, interrogándose si la norma penal debía aplicarse en estos supuestos, y si podía, en su caso, ser eficaz para corregir conductas raigales que recibían generalizada adhesión.-

Los casos que pueden contradecir normas penales, además de los mencionados por Irurzun, se pueden ampliar considerablemente en un rastreo de la literatura específica, que van desde los más simples, como las que se vinculan a tipos de protección del ecosistema (caza de animales en vía de extinción para la subsistencia del grupo) <sup>(45)</sup>, pasando por las que pueden afectar la renta del Estado (contrabando) o la honestidad de las personas (ciertas costumbres sexuales) <sup>(46)</sup>, hasta las más graves como las relacionadas con el bien jurídico vida (sacrificios humanos como el

---

<sup>42</sup> Campos Calderón Federico. "Los derechos indígenas y su situación frente al Derecho Penal (El caso del error culturalmente condicionado)" en "Ciencias Penales" Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 13. Número 19. Agosto 2001.

<sup>43</sup> Baratta, Alessandro; "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", Revista de Criminología y Derecho, Nro. I, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, p.11.

<sup>44</sup> Irurzun, Víctor José; "Los regionalismos culturales y la ley penal", Revista del Instituto de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNNE, Nro.9, Corrientes (Argentina), p.67 y sgtes.

<sup>45</sup> García Vitor, Enrique; "Los regionalismos culturales y la ley penal", Revista de Derecho Penal y Criminología Nro.2, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1992.

<sup>46</sup> Cervini, Raúl; "Los procesos de descriminalización", Ed. Universidad Ltda, Montevideo, p. 112.

realizado en Chile, después del terremoto de 1960, por un grupo indígena – perteneciente a la cultura precolombina que había vivido por generaciones en la cultura colombina –, que dio muerte a una niña, nieta del jefe, para calmar a los dioses.-

Remarca que en nuestro país el último debate vinculado a una cuestión cultural se dio en la discusión de la ley de represión del narcotráfico 23.737, respecto del "coqueo", costumbre profundamente arraigada en las comunidades del noroeste argentino, concluyendo con el triunfo de la postura desincriminante que quedó consagrada en el Art. 15. Se respetó, de esta manera, la costumbre pese al compromiso internacional asumido por Argentina al ratificar la Convención Única de Estupefacientes de 1961, con sustento además en que la costumbre no importaba la lesión demostrada a bien jurídico alguno.-

Explica, que sin perjuicio de que se pueda encontrar un límite a la punición de las conductas desplegadas por quien pertenece a una cultura diversa en el ámbito del error de tipo, donde se afirmará que no todo condicionamiento dará lugar a su exclusión, cree que los esfuerzos deben dirigirse a vislumbrar esa posibilidad en el terreno de la justificación, donde el debate feraz, muestra hasta donde el poder hegemónico esta dispuesto a tolerar una tal excepcionalidad a la norma.-

Advierte que existe respecto a todo lo que antecede, una vinculación estrecha con la reciente reforma constitucional argentina que 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 su identidad.-

La disposición constitucional aporta a la discusión, en el ámbito nacional, un importante elemento que permitirá 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 <sup>(47)</sup>.-

De lo hasta aquí manifestado se advierte claramente que García Vitor considera que el ámbito de la antijuridicidad resulta el más apropiado para resolver la

---

<sup>47</sup> Burski, citado por Tamarit Joseph M, "La Libertad Ideológica en el Derecho Penal", Ed. PPU, ps. 391/392, sostiene que "... una actuación que pueda insertarse en el contenido de un derecho constitucional, no puede surtir otro efecto jurídico-penal sino la exclusión de la antijuridicidad...".

cuestión, correspondiéndose con los principios que sustentan un auténtico orden político democrático.-

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, y no precisamente porque una tenga el poder – lo que sería una simple constatación empírica –, sino porque se le califica de superior, aún cuando no se reconozca tal finalidad en quienes preconizan tal temperamento, imbuidos, tal vez, de un cierto paternalismo.-

Señala como referente a Yrureta (<sup>48</sup>), en lo que tal vez sea la contribución más abarcativa que se conoce en el ámbito latinoamericano, que se incluye dentro del grupo de autores que rechazan la posibilidad de que la declaración de inimputabilidad pueda brindar una solución a este problema sin reñir con concepciones básicas del Derecho Penal, sostiene dos objeciones a la tesis de la inimputabilidad que se puede sintetizar en una; quienes proponen esta vía de solución en definitiva colocan al indígena, que no tiene dificultades para comprender su normativa, en una situación inferior al autor que pertenece a la cultura del Estado, en tanto ella descansa en la sola imposibilidad de conocer la ley del Estado, más no la propia. Ello indica que la declaración de inimputabilidad no deviene de una falta de madurez psicológica, sino por pertenecer a una cultura diferente. En sí resulta el acogimiento de las tesis evolucionistas que se analiza.-

Por otra parte, dejando de lado cualquier observación desde el plano ideológico, acierta Yrureta cuando sostiene que resulta evidente la contradicción en que se incurriría al declarar inimputable a quien comprendió que su conducta era reprochada por el sistema, en tanto y en cuanto en su propio sistema es desvalorada.-

Según el autor que se está analizando, este es un argumento muy serio para rechazar este medio como una alternativa posible, en tanto se aparta de la consideración de la imputabilidad como una valoración hecha sobre el autor en el momento del hecho para desplazarla por una que responda a la simple pertenencia a una calidad personal determinada – indígena o salvaje – del mismo, por lo tanto permanente.-

---

<sup>48</sup> Yrureta, Gladys; (ob. cit. ps. 123/127). Descansa tanto esta posición en la calidad de indígena del autor, sostiene Yrureta, que es pertinente formularla aún en los supuestos en que se realizara por parte del mismo una acción que igualmente hubiese sido reprochada en su espacio cultural. Lo cuál implica una contradicción que el propio grupo de pertenencia no estaría dispuesto a tolerar.

No cree que existan mayores inconvenientes en aceptar las soluciones que propone Zaffaroni en los casos en que los errores culturalmente condicionados lleven a los miembros de una cultura a entender que se obra en defensa propia – justificación putativa –, como los miembros de la cultura Ahuca que están convencidos de que el hombre blanco siempre los matará en cuanto los vea, de modo que deben adelantarse matándolos; o, a incurrir en un error sobre la causalidad – error de tipo – como quienes someten al enfermo a una golpiza como tratamiento para curarlo "sacándole el diablo", causando la muerte del paciente <sup>(49)</sup>.-

El mayor problema en orden a los condicionamientos culturales se vincula a la aceptación del error de comprensión exculpante, puesto que el error de prohibición o de conocimiento – el que recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva, la falsa suposición de un permiso que la ley no otorga o la falsa sumisión a una situación de justificación que no está dada –, no plantea mayores inconvenientes, debiendo remitirse a los argumentos que en favor y en contra, con respeto a la ley argentina, se han desarrollado.-

García Vitor afirma que si al autor, de acuerdo a sus pautas (personales, culturales, sociales) no se le podía exigir el conocimiento de la antijuridicidad de su acción – tenía una creencia equivocada de que el hecho no está prohibido, porque no conoce la norma jurídica o la conoce mal –, no se le puede reprochar la misma. Se aparta así de la concepción sustentada tradicionalmente por la doctrina argentina que partiendo de la ficción de que la ley se presume conocida no aceptaba el error de prohibición – "*error juris nocet*" – como relevante a los fines de excluir el reproche. Precisamente, el carácter exculpante surge del principio de que "no hay pena sin culpa", que tiene raigambre constitucional, implicando que si no se ha tenido conocimiento de que el actuar es contrario a la norma, no pudiendo motivarse en ella, rige el principio de libertad del art.19 de la C.N.. Es materia de prueba, acreditar la invencibilidad del error en relación a la limitación cultural, cuestión ajena, por tanto, a estas consideraciones.-

Para parte de la doctrina argentina la aceptación del error de comprensión en tanto el sujeto no se ha motivado en la norma, porque no ha internalizado la misma, se enfrenta con el verdadero sentido del art. 34 del Código Penal, soste-

---

<sup>49</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl; "Manual de Derecho Penal, Parte. General", 6ta. Edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2001, p.549

niendo, en definitiva, que el criterio implica un sometimiento a un determinismo, en tanto niega al hombre la posibilidad de elegir entre lo bueno y lo malo <sup>(50)</sup>. Esta postura, con la que no concuerda, se fundamenta en la ficción de la existencia de valores absolutos, compartidos o aceptados por toda la sociedad, realidad que, con fundamentos varios, ha rechazado; sin perjuicio, además, de los reparos que surgen de las actuales concepciones de la culpabilidad, alejadas de la relación determinismo - indeterminismo.-

En este sentido entiende que quien concreta una acción contraria a derecho condicionado culturalmente, no comprende que ella es mala, aún cuando conozca la prohibición. Son supuestos excepcionales en que sin caer en una causal de inimputabilidad – el que actúa es "normal" dentro de su propio espacio cultural –, no se le puede exigir que comprenda la criminalidad del acto, porque subjetivamente sus acciones son buenas o no son socialmente desvaloradas. Por el contrario, si el autor comprendiese la dañosidad de su conducta de acuerdo a su esquema cultural, el error desaparece para quedar comprendido dentro de la conciencia disidente, en su caso, pudiendo tenerse en cuenta la mayor o menor dificultad en la internalización de la norma al momento de individualizar la sanción.-

Por tanto, el condicionamiento cultural puede tener una solución a través del error de comprensión, reiterando, no obstante que, desde su perspectiva, la vía más apropiada es el de la justificación.-

Como remanente postula que para quienes no compartan su postura, el derecho penal reserva, en última instancia, la posibilidad de apreciar la diversidad en el momento de la determinación judicial de la pena y como una cuestión de menor culpabilidad frente al hecho, de conformidad a las pautas que proporcionan los arts. 40 y 41 del Código Penal.-

Cita al respecto a Jescheck quien dice: "...también la actitud interna del sujeto debe valorarse según las normas de la ética social (por ejemplo: actitud negativa respecto del bien jurídico protegido, etcétera). Todas estas valoraciones deben ser hechas conforme a la conciencia valorativa de la comunidad y no conforme a las ideas morales del juez o de una doctrina o tendencia filosófica determinada" <sup>(51)</sup>.-

---

<sup>50</sup> Laje Anaya, Justo, "Doctrina Penal" Ed. Depalama, Buenos Aires, 1979 ps. 942 y sgtes.

<sup>51</sup> Jescheck, Hans Heinrich; "Tratado de Derecho Penal, Parte. General", Tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, p.1209

La atenuación de la pena como resultado de haber obrado en consecuencia con las valoraciones de la diversidad es el último recurso, aunque reconoce que no el más atrayente desde la perspectiva de la posición que se viene defendiendo, y se impone como corolario de una mínima valoración positiva, democrática, de la cultura distinta, de la dignidad humana, que lleva a la disminución de las necesidades preventivas.-

Finalmente y como conclusión de su estudio propone las siguientes pautas:

I- La cultura hegemónica no puede imponerse sin más a las culturas minoritarias o a las diferentes, las cuales deben en un sistema democrático respetarse. Para ello, en Latinoamérica, es definitivamente trascendente tener en cuenta, además, que la cultura de las etnias aborígenes es anterior a la eurocéntrica. Por tanto, no pueden incriminarse conductas que las minorías étnicas, o grupos sociales culturalmente delimitados, no pueden cumplir, en virtud de diferencias con sus pautas valorativas.-

II- Consecuentemente debe reconocerse vigencia a los sistemas de castigos que cada grupo posee, mientras no se afecten bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, orden público), evitando la doble punición.-

III- Subsidiariamente, debe acudir a la herramienta que nos proporciona la dogmática, a través de la justificación, el error, el estado de necesidad, la coacción o el miedo insuperable, el concepto de culpabilidad material, para exculpar o disminuir la atribución de responsabilidad, determinando la pena conforme a la misma<sup>(52)</sup>.-

#### **X.- Posición del abolicionismo.**

Cecilia Sánchez Romero, Mario Alberto Houed Vega, Alfredo Chirino Sánchez han escrito un interesante artículo titulado “El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas” donde enfocan el problema de la diversidad cultural desde el punto de vista de la corriente abolicionista, y sobre el particular especifican: “Se ha dicho que la corriente abolicionista incluye entre sus cimientos tanto al anarquismo como al neoliberalismo y al cristianismo, entre otros aspectos de interés. Sobre el influjo de la filosofía cristiana, resulta interesante lo señalado por Hulsman, en su respuesta a Alessandro Baratta, cuando éste le preguntara sobre temas religiosos perceptibles en sus escritos e intervenciones: "Mi proceso de liberación se ha

---

<sup>52</sup> García Vitor Enrique, “Culturas Diversas y Sistema Penal” en [www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf)

desarrollado en el lenguaje y en las imágenes del cristianismo, luchando y adhiriendo a instituciones y movimientos que se refieren a aquella cosmología. He aprendido, en particular, el fenómeno de una instancia central que pretende tener un poder absoluto en la definición de aquello que es bueno y de aquello que es malo en el interior de la Iglesia Católica. Aquí he conocido el funcionamiento, la racionalidad y la legitimación de tal empresa; luego me he liberado de esa constricción recurriendo a la idea del Espíritu Santo que "vuela donde quiere" y a la idea de la fraternidad, evidentemente también cristiana" (53).-

También es importante advertir que el abolicionismo no es propiamente una teoría, sino una postura definida frente al control, que no busca extirpar en su totalidad los problemas constituidos y generados por el sistema penal, como tampoco persigue la desaparición de todas las formas de control social, pues está demostrado antropológicamente y sociológicamente la necesidad del orden. Por ello bien puede decirse que "importa no la desaparición del control, que equivale a orden, sino la eliminación de los controles represivos que actúan ideológicamente sobre la síquis y/o sobre el cuerpo humano... es capital, entonces, distinguir el control cuya génesis se encuentra en la constitución antropológica del hombre, de aquel que es pura coacción y expresión de formas de dominación históricamente variables y por ello, en principio superables" (54). Igualmente debe quedar claro que el abolicionismo no busca sustituir por otro el sistema penal cuestionado, sino que lo que desea, entre otras cosas, es una sociedad en la que no se señale de antemano lo que es un hecho punible. Su planteamiento no ofrece "soluciones", sino una variedad de opciones para enfoques alternativos, y dentro de éstos, obviamente deben considerarse todas las variables y condicionamientos propios de los grupos y comunidades que toman las decisiones; de ahí que pueda pensarse en su viabilidad como instrumento capaz de permitir la solución de los conflictos que se producen en las poblaciones indígenas, respetando sus costumbres, valores, creencias y tradiciones.-

Es interesante notar como en los últimos tiempos se ha incrementado la preocupación por preservar la identidad de los pueblos indígenas, proporcionándoles instrumentos legales que les permitan mejorar, al menos, sus condiciones de subsistencia dentro de las llamadas sociedades "modernas" que a través de los

---

<sup>53</sup> Hulsman Louk, citado por Perez Pinzon Alvaro, "En La perspectiva abolicionista", 5. A Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989, ps. 10/11

<sup>54</sup> Idem (ob. cit. p. 15)



tiempos impusieron sus propias reglas y quebrantaron sus formas de vida, en aras de una mal entendida "civilización" que no ha sido más que el producto de la dominación y del poder conjugados en el fenómeno socio-estatal donde estas comunidades poco o nada han tenido que ver. Bien afirma el profesor norteamericano Pat Lauderdale que día con día aumentan las poblaciones penitenciarias en nuestras sociedades, que llamamos "civilizadas", pero – y esa es una de las tantas paradojas – cuando los historiadores y antropólogos excavan la tierra buscando la historia del hemisferio occidental, no han encontrado ninguna cárcel, ninguna prisión semejante a las actuales <sup>(55)</sup>. Lo anterior no significa que no existieran situaciones conflictivas como las que hoy día se presentan – de hecho ocurren desde que el hombre caminó sobre la faz de la tierra – entonces, ¿cómo es que estos pueblos, con idiomas a veces tan diferentes, podían vivir sin estas instituciones?.-

"A pesar de los muchos intentos, de proporciones de holocausto, por destruir a los pueblos indígenas, han perdurado. Su organización social y sus valores culturales, basados en miles de años de aprender de las lecciones de la naturaleza, son el núcleo de esta persistencia. Estas lecciones fueron ignoradas o sofocadas por los colonizadores, que prefieren ser llamados pueblos modernos" <sup>(56)</sup> ... Esta tendencia a regular jurídicamente la situación de los indígenas, tomando en cuenta sus particulares condicionamientos, pone en evidencia la necesaria consideración de la entidad de estos pueblos, así como la inoperancia e injusticia de la aplicación indiscriminada, sobre todo del sistema penal. Desde esta óptica puede valorarse esa inclusión, en el régimen formal, como un paso muy positivo, pero teniendo claro que solo representa una etapa en el camino hacia lo que puede ser la solución definitiva, pues como señala Louk Hulsman, no podemos esperar que las leyes y las estructuras realicen la armonía social <sup>(57)</sup>.-

No hay duda sobre el valor de las tradiciones o costumbres dentro de las comunidades indígenas, las que inclusive hoy día continúan manteniendo vigencia para resolver cierta clase de conflictos y de comportamientos antisociales en diversas comunidades latinoamericanas. Podríamos afirmar que este modo de prestar atención a los problemas, en la búsqueda de soluciones menos dramáticas y sin la

---

<sup>55</sup> Lauderdale, Pat, "Alternativas al castigo, una percepción indígena del derecho". En revista Opciones, N° 20, octubre de 1992, p. 4.

<sup>56</sup> Idem (ob. cit. ps. 6/7)

<sup>57</sup> Hulsman Louk y Bernat de Celis Jacqueline, "Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa", 5.A, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1984, p. 44.

dosis de dolor que implica la aplicación del sistema penal, es un ejemplo real de que las ideas impulsadas por el abolicionismo sí pueden ser llevadas a cabo en la realidad. En efecto, puede observarse que normalmente en estas comunidades se procura (casi siempre a través de normas o reglas consuetudinarias) la vía del diálogo para obtener – entre el autor del daño y el ofendido – un acuerdo que satisfaga el interés del segundo sin sobrepasar los grados de represión en contra del primero. Igualmente suele acudir a los consejos y consultas como forma de evitar mayores confrontaciones entre los afectados y los causantes de los hechos en su perjuicio. Lo mismo puede decirse en relación con grupos religiosos organizados, donde – sin llegar a los fanatismos y excesos que en algunos casos han llevado a desvirtuar los principios en que debe desarrollarse la normal convivencia humana – se consiguen soluciones viables para la armonía social.-

Lo anterior alcanza mayor significado si reconocemos que la relación de los seres humanos en un sistema organizado de "premios y castigos" es – y ha sido – producto y resultado de una construcción social compleja (<sup>58</sup>), donde evidentemente se imponen "deberes de obediencia" que algunas veces exceden los límites de la libertad individual para hacernos incurrir en conductas que han sido artificialmente construidas como ilícitas, en un afán de control político por parte de la clase dominante. En ese sentido la obra de Michel Foucault del año 1976, "Vigilar y Castigar", constituye un connotado esfuerzo por desnudar las vicisitudes del sistema, enmarañado entre lo que pretende (de modo oculto) y lo que pregona. No se trata, entonces, de someter a quienes piensan distinto sino de aceptar su modo de vida, su forma de expresión hacia el exterior con sus usos y costumbres, con sus propias normas comunitarias, en la medida en que todo ello tienda hacia la consolidación de los fines societarios. De ese modo podemos procurar la reducción del nivel de violencia en nuestras relaciones interpersonales, generado por las tensiones diarias a que se ve compelido el ser humano, y esforzarnos por construir un mundo mejor para las nuevas generaciones, a efecto de que no se pierdan en la lucha de teorías y de conformismos" (<sup>59</sup>).-

## **XI.- Opinión y conclusión.**

---

<sup>58</sup> Pegoraro Juan S., "Degradación y resistencia: Dos formas de vivir en la cárcel. Revista de Criminología y Derecho Penal"; N° 3-4, enero-diciembre, Ed. Edino, Ecuador, 1993, p. 119.

<sup>59</sup> Sánchez Romero Cecilia - Houed Vega Mario Alberto - Chirino Sánchez Alfredo, "El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas" en "Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica", Año 6, N° 9 Noviembre, 1994

El fallo en cuestión presenta aristas sumamente interesantes, no obstante de tratarse en el mismo una interlocutoria con carácter de provisoriedad – auto de procesamiento –, es decir, que resta saber qué sucederá en el futuro pues se está aún en la etapa investigativa y, por otra parte, de acuerdo a la resolución mayoritaria, las decisiones dictadas por el juez de instrucción y la consiguiente intervención de la Cámara de acusación por la vía recursiva, han sido declaradas nulas, de modo tal que esa etapa vuelve a fojas cero.-

De acuerdo a todo lo que se ha visto anteriormente, la problemática de la diversidad cultural referida a la cultura indígena es sumamente compleja y presenta perfiles propios en cada país de Latinoamérica. Es así, que de acuerdo a los ejemplos que se han puesto, tales como los de Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú se ha podido advertir tratamientos disímiles. En efecto, en Colombia los casos referidos a estas cuestiones en el ámbito penal se canalizan por el instituto de la inimputabilidad. Tanto en Ecuador como en Bolivia se encasilla en las circunstancias de atenuación. Y en el caso de Perú, se establece una norma específica bajo la rúbrica del error de comprensión culturalmente condicionado.-

Asimismo, se han podido observar las calificadas opiniones de los autores que abordan la cuestión, sobre las cuales se puede coincidir o disentir en sus apreciaciones, pero bajo ningún punto de vista menospreciar ninguna de ellas.-

Es evidente que en varios países de Latinoamérica, debido al gran porcentaje de población indígena, la preocupación de los juristas y de los legisladores ha sido más intensa que por estos lares (<sup>60</sup>).-

Esto se puede apreciar con la sola lectura de las Constituciones cuyas normas se han transcripto *ut – supra* y también las disposiciones específicas que se consignan en las legislaciones penales.-

---

<sup>60</sup> En relación a los pueblos indígenas, no se habían registrado en los tribunales, casos en cuyos procesos para dilucidar los hechos, se hayan tenido en cuenta los idiomas y las pautas culturales de los indígenas, para saber si los mismos que protagonizaron los hechos tuvieron conciencia de la criminalidad de sus actos. Es a partir de 1978 en el caso "P., R. y otros s/homicidio calificado reiterado y lesiones leves en concurso real", ocurrido en la localidad de Lonco Luan (del mapuche "Cabeza de guanaco") en Lago Aluminé, Neuquén, que esa situación se modificó. Es así que la Cámara declaró la inimputabilidad de los imputados, considerando que en el momento de causar las muertes de cuatro personas y lesiones a una quinta, estuvieron en un estado de éxtasis místico profundo que les impidió comprender y dirigir sus acciones, en virtud del artículo 34 inciso 1 del Código Penal, y ordenó su internación en un instituto especializado, hasta tanto desaparecieran las causales de peligrosidad. ("P., R. y otros s/Homicidio calificado reiterado y lesiones leves en concurso real", Juzgado Penal de Zapala, 3º Circunscripción) El Derecho, 15/08/1995, Universitas S.R.L., www.saij.jus.gov.ar

En nuestro país, salvo la norma comentada del Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional que habla específicamente sobre el tema, y no con mucha profundidad como lo hacen las otras cartas magnas, en el Código de fondo no se cuenta con ninguna normativa al respecto, salvo Art. 34 inc. 1° que consagra el error de manera genérica, por consiguiente sería auspicioso a los efectos de una mayor claridad y especificidad que en una futura reforma se contemple la situación de quien por su cultura o costumbres realiza una conducta, no comprendiendo el carácter delictuoso de su acto, o determinarse de acuerdo a esa comprensión, de modo tal que de comprobarse dicha situación pueda ser eximido de responsabilidad o atenuada la misma (<sup>61</sup>).

Hechas estas apreciaciones es dable admitir que para tratar de solucionar casos como el que se anota resulta, a mi criterio, encausar el tema por la vertiente del error de comprensión culturalmente condicionado – posición tomada por Zaffaroni –, pero limitando su aplicación al caso de tratarse de una comunidad indígena sumamente cerrada donde imperan costumbres intensamente arraigadas, y en cierta forma con un “derecho” consuetudinario que se aplica dado su aislamiento. En este caso funciona netamente aquel parámetro. Justamente, Zaffaroni pone el ejemplo del jíbaro al que le sería aplicable el Art. 34 inc. 1°, 3° párrafo.

Pero, es admisible valerse de este criterio en casos de comunidades que se han integrado a nuestro sistema de vida, es decir, que se han abierto a nuestras modalidades de conducta y que, por tanto, son reguladas por las leyes comunes a todo ciudadano?.

Hurtado Pozo mencionaba el caso del “servinacuy” – similar al “matrimonio privignático” de los Wichís – y al respecto señalaba que la práctica de esa

---

<sup>61</sup> El Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal del M.J.D.H.N. contiene algunas normas relativas al error – no específicamente al error de comprensión culturalmente condicionado – en el Art. 34 referido a las eximentes: “No es punible... b) El que obrare en ignorancia o error invencible sobre algún elemento constitutivo del hecho penal;... i) El que obrare por error invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación; j) El que obrare por error invencible que le impida comprender la criminalidad del hecho; k) El que obrare por error invencible sobre las circunstancias que, conforme al inciso g) anterior, lo hubiesen exculpado”. Y en el Art. 35 referido a la disminución de la pena: “Se disminuirá la pena: a) Al que obrare con error vencible sobre algún elemento constitutivo del hecho penal. La pena será la del delito por imprudencia o negligencia correspondiente; b) Al que obrare con error vencible que le impida comprender la criminalidad del acto. La pena será la prevista para la tentativa; c) Al que obrare con error vencible sobre los presupuestos de una causa de justificación o de una situación de necesidad exculpante. La pena será la prevista para la tentativa; d) Al que obrare con error sobre circunstancias que hubiesen configurado el supuesto de una infracción atenuada. La pena se determinará conforme a esta; e) Al que, en el momento del hecho, tuviera considerablemente disminuida la capacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión, por uno de los motivos establecidos en el inciso h) del artículo 34. La pena será la prevista para la tentativa”.

costumbre constituye un ejemplo para poner en evidencia los inconvenientes que tiene la regulación del Art. 15 del C.P. peruano y puntualizaba “para no reprimir al varón que cohabita con la menor debería declarársele incapaz, por razones culturales, de comprender el carácter ilícito de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. Lo que podría ser factible con relación a los miembros de las comunidades de indígenas que permanecen relativamente aisladas, pero no respecto a los miembros de estas comunidades que, por ejemplo, han emigrado y viven en las barriadas de la capital o de otras ciudades importantes” (62).-

Por otra parte cabe apuntar, que todas las regulaciones constitucionales y de los Tratados, como el de la OIT, ponen una valla o un límite hasta dónde pueden imperar y respetarse la aplicación del derecho consuetudinario en cuanto hace a la diversidad cultural, ello está dado por la frase **“siempre que no se violen los derechos fundamentales de la persona”** (Art. 149 de la Constitución de Perú, Art. 171 de la Constitución de Bolivia, Art. 246 de la Constitución de Colombia, Art. 191 de la Constitución de Ecuador). El Convenio 169 de la OIT en el Art. 8 específicamente determina: “1 Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2 Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, **siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.** Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes” y el Art. 9 expresa: “1 **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 que los pueblos interesados recurran tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2 Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.-

---

<sup>62</sup> Hurtado Pozo José, “El indígena ante el derecho penal: caso peruano “ (ob. cit. p. 44)

Trasladando estos conceptos a la especie, según se advierte en el voto minoritario se ha hecho prevalecer por sobre todas las cosas la Convención sobre los Derechos del Niño aplicable a la menor Tejerina (consid. 22) y las reglas del Convenio 169 de la OIT – cuyas disposiciones se han transcripto más arriba – lo cual implica justamente imponer el límite al que se había hecho alusión.-

Cabe agregar que como una cuestión fáctica que también se analiza en el consid. 24, el imputado – procesado por el delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado – había cursado hasta tercer grado del nivel primario y desde hacía tres años era beneficiario del Plan Jefes/as de Hogar, lo que pone de manifiesto que aquél ha tenido contacto con instituciones que indican la apertura de la comunidad hacia principios culturales disímiles al pretendido derecho consuetudinario puro. Se destaca que se han presentado denuncias a la policía a fin de investigar lo que está sucediendo en la comunidad y se recepta la influencia de la iglesia evangélica. También el informe antropológico señala que no es costumbre que hombres mayores mantengan relaciones con niñas menores, tampoco es costumbre la poligamia y figura una declaración de un Cacique que dice que le advirtieron – al imputado – que la niña era muy chica.-

Para concluir, resulta particularmente relevante lo expuesto en el consid. 12 cuando se expresa que: “Sostener que en la conducta bajo examen no hay agresión porque se trata de otra concepción cultural de “integridad sexual” o por no haber sufrido ningún daño psicoemocional la supuesta víctima, significa apartarse del concepto de “integridad personal”, del cual la integridad sexual es sólo uno de los componentes; cobija además, los efectos en la salud física, teniendo en cuenta edad, consiguiente contextura física, riesgos en la salud por la sexualidad en sí y por la temprana iniciación, maternidad precoz, efectos sobre los niños prematuros o mal nutridos por las condiciones de las madres, etc. Asimismo, la integridad personal incluye el derecho a no tener que soportar tratos considerados degradantes, conforme todo ello, a objetivos y parámetros médico – biológicos y, fundamentalmente, desde los estándares mínimos de los derechos humanos más elementales (Philip Alston y Bridget Gilmour – Walsh “El interés superior del niño – hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales”, Ed. UNICEF, Buenos Aires, 1997, p. 35)”.-

A propósito de ello, se debe realizar el concepto que rige en los delitos contra la integridad sexual en cuanto a lo que el bien jurídico protege y que responde a un bien más amplio que es la libertad personal entendida en su realización específica como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual la cual abarca tanto la sexualidad de los adultos como la de los menores incapaces, ya que la integridad sexual no es más que un aspecto de la libertad personal en el ámbito de la sexualidad pues todo atentado contra ella trae aparejado una ingerencia intolerable a la dignidad del ser humano que afecta el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad <sup>(63)</sup>. Concordantemente es destacable la apreciación que se hace en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999 del 30 de abril que modifica el título VIII del libro II del Código Penal español en cuanto a que los bienes jurídicos en juego no se reducen a la expresada libertad sexual ya que también se ha de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo podrían ser lícitas entre adultos <sup>(64)</sup>.-

## **XII.- Bibliografía.**

Baratta, Alessandro; *“Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”*, Revista de Criminología y Derecho, Nro. I, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987

Basilico Ricardo Ángel, *“Norma y error en el derecho penal. La cuestión de la diversidad cultural”*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2004

Benítez Naranjo Hernán *“Tratamiento Jurídico del Indígena Colombiano ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?”*. Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1988

Bidart Campos Germán *“Manual de la Constitución Reformada”* T III. Ed. Edial, Buenos Aires 1997; *“Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. La Reforma Constitucional de 1994”* T VI. Ed. Ediar. Buenos Aires. 1995

---

<sup>63</sup> Buompadre Jorge, “Derecho Penal. Parte Especial”, t. I., Ed. Mave, Buenos Aires, 2000, p. 335 citado por Figari Rubén, “Delitos de índole sexual”, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, p. 43

<sup>64</sup> Idem (ob. cit. p. 46)

- Borda Guillermo, “Código Civil y normas complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995
- Buompadre Jorge, “Derecho Penal. Parte Especial”, t. I., Ed. Mave, Buenos Aires, 2000
- Burski, citado por Tamarit Joseph M, “La Libertad Ideológica en el Derecho Penal”, Ed. PPU
- Campos Calderón Federico. “Los derechos indígenas y su situación frente al Derecho Penal (El caso del error culturalmente condicionado)” en “Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica”. Año 13. Número 19. Agosto 2001.
- Cervini, Raúl; “Los procesos de descriminalización”, Ed. Universidad Ltda, Montevideo
- Cesano José Daniel, “Sistema Penal y diversidad cultural”, Ed. Lerner, Córdoba, 2006
- D’Alessio Andrés, “Código Penal. Comentado y anotado. Parte General”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005
- Ekmkdjia Miguel “Tratado de Derecho Constitucional” T IV. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1997
- Fierro Guillermo J. “Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Baigún David – Zaffaroni Eugenio R.; (dirección); Terragni Marco A.; (coordinación) , T. 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997
- Figari Rubén, “Delitos de índole sexual”, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003
- Florez Ana María, “Situación jurídica del indígena frente al Derecho Penal colombiano”, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1992
- Francia Luis, “Pluralidad cultural y derecho penal” , in Derecho. PUCP, n°. 47, Lima 1993
- García Vitor Enrique, “Culturas Diversas y Sistema Penal” en [www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf); “Los regionalismos culturales y la ley penal”, Revista de Derecho Penal y Criminología Nro.2, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1992.
- Gelli María Angélica “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. Segunda Edición Ampliada y Actualizada” Ed. La Ley. Buenos Aires 2004
- Guzmán Hartmann Erika, “Legislación Penal indígena desde la colonia hasta 1980: ¿Imputabilidad o inimputabilidad?” en [www.elcentro.unidades.edu.co/cr/antropología/eguzman/imputabilidad/imputabilidad.doc](http://www.elcentro.unidades.edu.co/cr/antropología/eguzman/imputabilidad/imputabilidad.doc)
- Hulsman Louk y Bernat de Celis Jacqueline, “Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa”, 5.A, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1984
- Hurtado Pozo José, “ El indígena ante el derecho penal: caso peruano” en “La ciencia penal en el umbral del siglo XXI”, (Coordinador) Moreno Hernández Moisés, México, 2001; “Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?” en [www.unifr.ch/derechopenal/anuario](http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario); “Impunidad de personas con patrones culturales distintos” en [www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf)
- Iruzun, Víctor José; “Los regionalismos culturales y la ley penal”, Revista del Instituto de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNNE, Nro.9, Corrientes (Argentina)
- Jescheck, Hans Heinrich; “Tratado de Derecho Penal, Parte. General”, Tomo II, Ed. Bosch, Barcelona
- Laje Anaya, Justo, “Doctrina Panal” Ed. Depalama, Buenos Aires, 1979



Lauderdale, Pat, “*Alternativas al castigo, una percepción indígena del derecho*”. En revista Opciones, N° 20, octubre de 1992

Mayer Max Ernest, “*Normas jurídicas y normas de cultura*”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000

Pegoraro Juan S., “*Degradación y resistencia: Dos formas de vivir en la cárcel. Revista de Criminología y Derecho Penal*”; N° 3-4, enero-diciembre, Ed. Edino, Ecuador, 1993

Peña Cabrera Ratúl, “*El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2° párrafo) y 15 del Código Penal peruano*”, en A.A.V.V. “*De las penas*”, Libro homenaje al Profesor Isidoro De Benedetti, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997

Perez Pinzon Alvaro, “*En La perspectiva abolicionista*”, 5. A Ed. Temis, Bogotá, Colombia , 1989

Reyes Echandía Alfonso, “*Imputabilidad*”, Ed. Temis, Bogotá, 1997 citando al “*Nuevo Código Penal*”, Edición Oficial, Bogotá, Ministerio de Justicia, 1980

Roxin, Claus. “*Derecho Penal. Parte General*”. Ed. Civitas, Madrid, España. 2000

Saignes, Thierry: “*¿Es posible una historia “chola” del Perú? (Acerca del nacimiento de una utopía de Manuel Burga)*”, in Allpanchis, Vol. II

Sánchez Romero Cecilia - Houed Vega Mario Alberto - Chirino Sánchez Alfredo, “*El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas*” en “*Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*”, Año 6, N° 9 Noviembre, 1994

SCJ Salta, 29/09/06, “C/C.R., J.F.- rec. de casación” en [www.lexisnexis.com.ar](http://www.lexisnexis.com.ar) del 29/09/06

Segovia Gonzalo – Segovia Juan Fernando “*La protección de los indígenas*” en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos “*Derecho Constitucional en la reforma de 1994*” T I Ed. Depalma, 1995

Soto Mayor Acosta Juan Oberto, “*Inimputabilidad y sistema penal*”, Ed. Temis, Bogotá, 1996

Stavenhagen Rodolfo, “*Derecho Internacional y derechos indígenas*” en Esteban Krots “*Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*”, Ed. Anthropos, Barcelona, 2002

Velázquez Velázquez Fernando, “*Derecho Penal. Parte General*”, Ed. Temis, Bogotá, 1997

Villavicencio Terreros, Felipe, “*Diversidad cultural y responsabilidad penal*”, ps. 80/81. Trabajo inédito

[www.iruya.com/content/view/526/148/](http://www.iruya.com/content/view/526/148/)

[www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar)

Yrigoyen Fajardo Raquel Z., “*Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*” en Revista “*Pena y Estado*”, N° 4, Ed. El Puerto e INECIP, Buenos Aires, 2000

Yrureta, Gladis. “*El indígena ante la ley penal*”. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981

Zaffaroni Eugenio R. – Alagia Alejandro – Slokar Alejandro “*Derecho Penal. Parte General*” Ed. Ediar. Buenos Aires. 2003

Zaffaroni Eugenio R. “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*” T IV Ed. Ediar. Buenos Aires.

2004; “*Manual de Derecho Penal, Parte. General*”, 6ta. Edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2001

