

# DERECHO PENAL Y MINORÍAS ÉTNICAS: PLANTEAMIENTO Y LIQUIDACIÓN CRIMINALISTA DE UN PROBLEMA POLÍTICO\*

José Luis GUZMÁN DALBORA\*\*

SUMARIO: 1. Constitución, Derecho penal y minorías étnicas. 2. Los pueblos autóctonos en la legislación chilena, las Constituciones americanas y el Derecho internacional. 3. Las alicortas conclusiones de la doctrina penalista. 4. Idea del Derecho y causa de justificación en el hecho del indígena. 5. El problema político y la validez personal de la ley penal. 6. Ventajas de su liquidación para la cultura dominante.

## 1. Constitución, Derecho penal y minorías étnicas

El estudio de las relaciones entre Derecho penal y Constitución, argumento desarrollado por la doctrina italiana en el último tercio del siglo xx y que solicitaría interés en otros medios científicos, tiene el indudable mérito de sugerir el influjo de lo político en la disciplina de los delitos y de las penas<sup>1</sup>.

---

\* Reconstrucción, anotada, de la exposición del autor en el VII Congreso de Derecho penal organizado por la Universidad Sergio Arboleda, de Bogotá, los días 2 y 3 de octubre de 2012, sobre el tema general «Derecho penal y Constitución». El subtema que le fue asignado, y sobre el que expuso la mañana del segundo día del Congreso, era «Constitución y Derecho penal de las minorías étnicas».

\*\* Catedrático de Derecho penal y de Introducción a la Filosofía moral y jurídica en la Universidad de Valparaíso (Chile).

<sup>1</sup> El creador de la concepción constitucionalista del Derecho penal y de la teoría del delito basada en principios constitucionales, como es sabido, fue FRANCO BRICOLA, en su monografía *Teoria generale del reato*, incluida como la voz homónima del *Novissimo Digesto Italiano*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, t. XIV,

Sugerir, no ya dar cuenta cabal de esa influencia ni de su poder conformador de la orientación básica del Derecho punitivo de un país. La raíz de esta limitación descansa en que una Constitución es solo la parte codificada del Derecho político. De que no lo agota brindan rotundo testimonio leyes —como las relativas al ejercicio de la libertad política y otros derechos asegurados en la parte dogmática de los textos constitucionales—, reglamentos, estatutos de ciertas corporaciones públicas y costumbres que regulan relaciones políticas<sup>2</sup>, así como, sobre todo, la existencia de principios, asumidos en la historia y praxis del Estado, que representan concreciones de determinadas ideologías acerca de la organización y los límites del poder socialmente organizado. Por lo demás, la misma empresa de refundar desde la Constitución la teoría del delito había sido precedida por el descubrimiento de las relaciones entre lo penal y lo político, con la descripción del fundamento y el enfoque del Derecho punitivo según el individualismo abstracto del setecientos, las variedades conservadora y evolutiva del liberalismo del ochocientos y los totalitarismos del novecientos<sup>3</sup>.

Por encima de las disposiciones constitucionales, pues, se yergue un vasto espectro de condicionamientos políticos cuyo poderío es determinante para todas las ramas del Derecho, en particular el Derecho penal y, por cierto, el propio Derecho constitucional. Como en el Derecho político y, en definitiva, la Filosofía del Derecho, es donde hay que buscar el último fundamento del derecho de castigar —o las raíces de su deslegitimación, más hondas que las señaladas por la prédica empírica del moderno abolicionismo—, con facilidad se comprende que mientras la teoría constitucionalista no ha hallado gran acogida fuera de Italia<sup>4</sup>, por doquier se reconoce, en cambio, la dimensión política y el trasfondo filosófico de los principios rectores

---

1973, pp. 7-93. La vinculación del delito a hechos lesivos de bienes de relevancia constitucional y su entendimiento como una síntesis construida a partir de principios constitucionales, figura en pp. 18 y 24.

<sup>2</sup> Piénsese en la práctica que generó en algunos ordenamientos las leyes delegadas o decretos legislativos y aquella que prohíbe en otros, para asuntos penales, que el gobierno dicte ordenanzas de necesidad o decretos leyes en sentido propio.

<sup>3</sup> Así, BETTIOL, *El problema penal*. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, cfr. pp. 55-83.

<sup>4</sup> Lo subraya uno de los discípulos de Bricola, MASSIMO DONINI, en su Prólogo *La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método. Bases nacionales y desarrollos supranacionales*, a la versión castellana de la obra del primero, *Teoría general del delito*. Traducción de Diana Restrepo Rodríguez. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2012, pp. (XVII-LXXXVII) L-LXI.

del magisterio punitivo<sup>5</sup>. Así se explica, además, lo inconducente de elaborar un nuevo Código penal a falta de un Derecho del Estado que le sea afín, pero también que una Constitución defectuosa pueda ser templada en sus aspectos más toscos o menos tolerables merced a una interpretación atenta al Derecho político y, en lo que respecta a las cuestiones penales bajo una Constitución autoritaria y de validez opinable, que las interpretaciones más celosas de las prerrogativas individuales a propósito de delitos o reglas generales de vocación liberticida, puedan desprenderse, no ya de la Constitución, sino, allí donde preexista, del nervio liberal del entramado jurídico-político de la comunidad<sup>6</sup>.

Pues bien, este trabajo se propone examinar la relación entre Constitución y minorías étnicas, por un lado, y, por otro, la que media entre Derecho penal y culturas nativas. El procedimiento permitirá al final comprobar las que ahora se presenta como hipótesis, a saber: 1.º que el régimen constitucional es decisivo para la configuración jurídica y, por ende, el estatus de uno o varios pueblos en los que se asienta la soberanía estatal, pero 2.º el mismo ordenamiento constitucional no determina por sí solo el fundamento, la orientación ni la solución particular de los problemas interpretativos más importantes del Derecho penal de un país, porque sobre este tiene la

---

<sup>5</sup> Véase los fundamentales estudios de MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Orden político y orden penal*, en la *Revista Chilena de Derecho*, de Santiago de Chile, vol. 22, número 2 (monográfico: *Derecho penal y Criminología*), mayo-agosto de 1995, pp. 201-212, e *Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal*, en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, de Madrid, 2.ª época, número 4, julio de 1999, pp. 735-741. La teoría de un Derecho penal mínimo, con base en las garantías prestadas por una congerie de principios de derivación iusfilosófica, marcha en una dirección semejante y, de algún modo, mejora y corona la concepción constitucionalista de delito y pena. Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*. Teoría del garantismo penal. Laterza, Bari, 1.ª ed., 1989, pp. 314-459. Acerca del utilitarismo que la inspira, GUZMÁN DALBORA, *Exposición y crítica de una reducción del Derecho penal*, en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, publicación de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Edeval, Valparaíso, número 11, 1993, pp. 209-228.

<sup>6</sup> Nos referimos a la Constitución chilena, de la que en seguida hacemos sucinto mérito, y, entre otros ejemplos que cabría aducir de la despótica reforma penal hodierna, a los delitos de posesión de material pornográfico relativo a menores de edad, que hay que salvar de su evolución hacia el Derecho penal de autor mediante la exigencia de que el sujeto detente la cosa con el fin de ponerla al alcance de otros, y de trata de personas con miras de prostitución, infracción que sólo puede afectar a menores o a adultos cuando se procede menospreciando o viciando su voluntad. Cfr. GUZMÁN DALBORA, *La trata de personas y el problema de su bien jurídico*, en la *Revista procesal penal*, de Santiago de Chile, número 62, agosto de 2007, pp. 9-19, y, en versión portuguesa, por Nuno Brandão, *O tráfico de pessoas e o problema do seu bem jurídico*, en la *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, cit., año 18, número 4, octubre-diciembre de 2008, pp. 447-464.

primera palabra su Derecho político, la Filosofía jurídica que anima su posición axiológica y, por debajo de todo ello, la norma de cultura imperante en la sociedad de que se trate.

Pondremos a prueba la pareja de hipótesis usando como hilo conductor un aspecto del estatus jurídico-público de los indígenas en Chile, esto es, el reconocimiento o rechazo en lo penal de sus prácticas ancestrales por parte del Derecho vernáculo. Al hacerlo, habrá que cotejar la situación correlativa de otros países iberoamericanos, para los que es todavía más importante el tratamiento que ha de acordarse a hechos formalmente delictuosos, mas realizados por personas pertenecientes a pueblos originarios y en el marco de su tradición cultural. Obsérvese que empleamos la expresión minorías étnicas, que comparece en el título de esta contribución, no en sentido numérico, sino para designar sociedades completas provistas de una lengua y tradiciones culturales propias, que viven en un territorio ocupado históricamente por ellas, pero que lo perdieron a causa de la supremacía de un Estado foráneo y fueron forzadas a la absorción o asimilación cultural. Son las llamadas minorías nacionales, a las que cuadra mejor, empero, el nombre de pueblos autóctonos, ya que estamos ante gentes originarias del mismo territorio que habitan actualmente<sup>7</sup>. En cambio, tendrán que permanecer al margen de la discusión las minorías étnicas formadas por inmigrantes que abandonaron su terruño para radicarse en otro Estado, de las que los especialistas europeos y norteamericanos afirman que plantearían problemas diversos y requerirían otras valoraciones jurídicas que las solicitadas por los pueblos autóctonos<sup>8</sup>. Limitémonos tan sólo a con-

---

<sup>7</sup> Sobre la nomenclatura, cfr. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*. Giappichelli, Torino, 2006, cfr. p. 63.

<sup>8</sup> «En razón de su diferente propensión a la integración, el diverso impacto de sus tradiciones en el Derecho de la cultura dominante y el poder desigual que les es reconocido de determinar por sí mismas las respectivas reglas de vida». Ídem, p. 64. O porque «los grupos de inmigrantes aspiran, más bien, a la conservación de algunas de sus propias características culturales y a una adaptación de las instituciones y de las leyes del Estado de acogida, que les haga más cómoda la participación en la vida pública de dicho Estado», a diferencia de las minorías nacionales autóctonas, que «prefieren quedarse como sociedades distintas al lado de la cultura mayoritaria y piden formas de autonomía y autogobierno con el fin de asegurarse la supervivencia como sociedades distintas». BASILE, *El Derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura realizados por los inmigrantes (en particular, las mutilaciones genitales femeninas)*. Traducción de Virio Guido Stipa y M.<sup>a</sup> Carmen Figueroa Navarro, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2 vols., obra coordinada por Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante. Edisofer, Madrid, 2008, t. II, pp. (1835-1877) 1839 y 1838.

signar que la distinción en el manejo jurídico-penal de entrambos grupos, menos generoso con el indicado en segundo lugar, parece algo arbitraria, como quiera que la cuestión de fondo, también para personas y familias que se asientan en un país cuyas autoridades dominaron colonialmente a los ancestros de estas modernas embajadas del desamparo, es tan política como para las comunidades nativas<sup>9</sup>.

## 2. Los pueblos autóctonos en la legislación chilena, Constituciones americanas y el Derecho internacional

La situación constitucional de Chile en materia de pueblos autóctonos es asaz singular, hasta cierto punto inédita en el panorama comparativo.

La Constitución de 1980, aprobada durante la satrapía castrense (1973-1990) y a que el sistema político por ella legado considera en perfecta vigencia<sup>10</sup>, es portadora de unos rasgos poco proclives al reconocimiento jurídico de los pueblos originarios, cuyos miembros, aunque no tan numerosos como en otros parajes del continente, constituyen un nutrido conglomerado de personas<sup>11</sup>. Se trata de un documento profundamente autoritario, militarizado, ultraconservador y rígido en las cuestiones de conciencia y moralidad, al paso que abierto hasta la claudicación en las libertades de propiedad, indus-

---

La resistencia a aceptar causas de justificación en el hecho culturalmente determinado del inmigrante, es el reflejo precipuo de tal segregación doctrinal. Véase, por todos, De Maglie, *I reati culturalmente motivati*. Ideologie e modelli penali. Edizioni ETS, Pisa, 2012, pp. 26-27 y 207-209.

<sup>9</sup> De ahí que la conveniente acogida de quienes desembarcan en esos países bien puede ser considerada como una forma de reparación complementaria a la prevista en el artículo 28 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, de 2007, que otorga a éstos el derecho de ser reparados mediante la restitución o indemnización por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado, pero confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento.

<sup>10</sup> De hecho, se la ha reformado en incontables oportunidades, pero sin que ninguna de las modificaciones ataque su arco total, o sea, los principios que sustentan la estructura política y social delineada en ella.

<sup>11</sup> 692.192 individuos, según el censo oficial realizado el año 2002, número que equivale a poco menos del cinco por ciento del total de habitantes. Desgraciadamente, no podemos citar las cifras del censo de 2012, debido a que está actualmente bajo sospecha por la metodología que se habría empleado al aplicarlo y por una aparente manipulación de los resultados. En todo caso, estimaciones independientes hablan de cifras muy superiores de indígenas, que duplican las registradas en 2002.

tria y comercio. Puesto que la modalidad de igualdad personal ante la ley, que ahí se receiptó, es todavía la del individualismo abstracto decimonónico, o lo que viene a ser lo mismo, el desconocimiento deliberado del concepto de justicia distributiva, que exige considerar las diferencias que la sociedad ha creado artificialmente entre las personas —diferencias que en Chile son cuantiosas, antiguas, ostensibles—, aquellos rasgos son una anticipación de la tendencia socialmente excluyente, del absolutismo moral y de la disposición etnocentrista de este documento, que adelanta sin ambages, además, una sociedad estructurada según el horizonte espiritual y los intereses económicos de las capas dominantes. Reducidísimas en proporción numérica, que no sobrepasa el diez por ciento de la población, éstas poseen, empero, el poder de desdeñar o explotar, alternativa o copulativamente, a las etnias autóctonas<sup>12</sup>, aunque también a los mestizos, que abundan en las clases medias y bajas.

Se comprenderá entonces que la Constitución, adecuada a pedir de boca a las pretensiones de la oligarquía, no diga palabra acerca de la diversidad étnica del país ni de sus pueblos indígenas. Constitucionalmente hablando, éstos no existen. De las tres actitudes adoptadas en los ordenamientos del hemisferio norte frente a las corrientes migratorias procedentes del hemisferio sur, esto es, la indiferencia, la tolerancia y la intolerancia<sup>13</sup>, la Constitución que comentamos supo hallar una variedad perfeccionada, es más, superadora de la intolerancia. Para considerar insufrible algo es indispensable haber reconocido primero su presencia. En cambio, aquello que no se ve, como ocurre con los indígenas en Chile, es objeto de la actitud consistente en la ignorancia, y si, pudiendo ser visto, no se lo quiere mirar, la ceguera se transforma en desprecio. Como sea, estos pueblos

---

<sup>12</sup> Principalmente el pueblo mapuche, diezmado por las armas durante la «pacificación» militar de la Araucanía (1881-1883), luego reducido a la miseria por la explotación laboral, el empobrecimiento de sus tierras, las enfermedades, la alcoholización y el ostracismo social. De la usurpación de tierras y el abuso como «norma suprema» en los años posteriores a la pacificación, trata últimamente DÍAZ DEL RÍO, *Los araucanos y el Derecho*. Prólogo de Sergio Villalobos. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, cfr. pp. 65-71.

<sup>13</sup> Cfr. BERNARDI, *Il «fattore culturale» nel sistema penale*. Giappichelli, Torino, 2010, pp. 10-15. La indiferencia consiste en hacer abstracción de la individualidad cultural del sujeto activo del delito, y su paradigma es el Derecho penal francés; la tolerancia, en adaptar las categorías penales o prescindir de ellas tratándose de minorías étnicas, como en algunos países anglosajones; la intolerancia, en destinarles unas consecuencias jurídicas de particular severidad, de lo que son ejemplos España y, hace poco, Italia con los delitos de circuncisión y ablación genital femenina, amén de la agravante prevista desde 2009 en este último país para el ajeno a la Unión Europea y residente irregular en suelo itálico, que comete cualquier delito.

carecen de acto fundacional, y ya se sabe la importancia formal que reviste esta clase de estatus para sujetos colectivos o centros de atribución jurídica que no son personas, cuyo es el caso precisamente de los pueblos<sup>14</sup>, como conocidas son las dolorosas consecuencias de su falta, manifestadas una y otra vez durante los años en curso con las reivindicaciones territoriales de las organizaciones indígenas de la Araucanía, algunas de las cuales presentan todas las características del delito político, y la encarnizada persecución penal de los autores como reos de delitos terroristas<sup>15</sup>.

Tampoco la Ley número 19.253, de 5 de octubre de 1993, sobre Protección, fomento y desarrollo de los indígenas, se impulsa hasta el extremo de conceder a las comunidades autóctonas el carácter de pueblos, hecho tanto más llamativo cuanto que esta norma es la primera en la historia del país en ocuparse con un alcance general de la realidad de tales colectivos. Su artículo 1.º reconoce a los «indígenas de Chile» como «los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias, siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura». Nombra a título de etnias principales la Mapuche, Aimará, Rapa Nui, Atacameña, Quechua, Colla, Diaguita, Alacalufe y Yagán, a lo que añade que «el Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la nación chilena». En consecuencia, los derechos especiales de estas personas, de inédita regulación en el presente marco legal, no les vienen de la circunstancia de ser pueblos originarios, ya que en concepto del constituyente militar y de su legislación subordinada el único pueblo que existe sobre esta franja de tierra es el chileno, sino de la individualidad étnica<sup>16</sup>. Comprensible resulta

---

<sup>14</sup> «No hay ningún acto constitutivo que instituya, como efecto suyo, un pueblo o una minoría lingüística [...] Sólo una vez que se han constituido y formalizado jurídicamente, estos sujetos, a diferencia de los seres humanos, tienen la identidad empírica determinada por el Derecho positivo». FERRAJOLI, *Principia iuris*. Teoría del Derecho y de la democracia. 3 vols. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Editorial Trotta, Madrid, t. I, 2011, p. 364.

<sup>15</sup> Véase VILLEGAS DÍAZ, *Pluralismo cultural y Derecho penal. Diagnóstico del caso chileno*, ponencia disponible electrónicamente en <http://www.inej.edu.ni/congreso-latinoamericano-de-derecho-penal-y-criminologia>, y *Derecho Penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche*. Ediciones La Cátedra, Santiago de Chile, 2009, *pássim*.

<sup>16</sup> Todo lo cual hace de Chile «uno de los países más atrasados de Latinoamérica en estas materias». VILLEGAS DÍAZ, *Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y Derecho penal*, en la *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XXV, número 2, diciembre de 2012, p. (177-205)

así que en otro pasaje se matice el otorgamiento estatal del derecho de estos individuos a mantener y desarrollar sus propias expresiones culturales, con la advertencia de que podrán ejercerlo «en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público». La amplitud indeterminada e imprecisable de estos conceptos, deliberadamente abiertos, marcha a las parejas de la consideración legal de las culturas nativas como «parte del patrimonio de la *nación* chilena» (art. 7).

De idéntico designio limitador proceden las interesantes cláusulas del artículo 54. El primer párrafo de la disposición se divide en dos partes separadas por un punto. El inciso comienza con la declaración de que la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas de una misma etnia constituirá Derecho, «siempre que no sea incompatible con la Constitución política de la República». Acto seguido, agrégase que «en lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de la responsabilidad».

La mente vuela de inmediato hacia la causa de justificación, habitual en los Códigos de estirpe hispánica e italiana, del ejercicio legítimo de un derecho<sup>17</sup>, cuya fuente, al hilo del supuesto general del precepto, sería la costumbre indígena. No obstante, la interpretación lógica de la norma como, por otra parte, la comparación jurídica aplicada a su inteligencia, imponen de momento una dura cortapisa a aquella causa de exclusión de la antijuridicidad fundada en prácticas remotas. Por lo pronto, la pareja de segmentos de la disposición muestra una dependencia del segundo respecto del primero, lo que significa que las costumbres penalmente relevantes no podrían contradecir reglas, principios y derechos de raigambre constitucional, ante todo los que figuran como garantías fundamentales de las personas (si bien se presenta aquí la asombrosa e inadvertida paradoja de que algunos de esos derechos, como la vida, libertad ambulatoria, las prerrogativas políticas, la propiedad, son embestidos por el contenido jurídico de las penas contempladas en el ordenamiento del Estado, la mayoría de las cuales iguala en severidad a las usadas *in illo tempore* por las comunidades autóctonas, siendo sus especies calificadas incluso más crueles que éstas)<sup>18</sup>. En seguida, la costumbre

---

190. En p. 191 recuerda las críticas que ha merecido un proyecto de reforma constitucional de 2010, el que insiste en desdeñar a los pueblos indígenas y somete a sus comunidades, con la tradición cultural que les es propia, al Derecho nacional.

<sup>17</sup> Eximente que el Código chileno (1874) prevé en el artículo 10, número 10.º.

<sup>18</sup> Como la de muerte, encerrada desde 2001 en el coto de ciertos delitos militares cometidos en tiempos de guerra, y las perpetuas, tanto privativas de la libertad



ha de ser acreditada en juicio seguido ante los tribunales estatales, en especial mediante un informe de peritos evacuado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Sin embargo, ningún antropólogo, por cuantioso y profundo que fuere su conocimiento de la cultura de un pueblo autóctono, estará en condiciones de comprender realmente el sentido y alcance de sus costumbres jurídicas<sup>19</sup>; ni qué decir tiene del juez, al que será derechamente imposible, incluso si el testimonio de la vigencia y del contenido de la costumbre fluyese inequívoco de la declaración de todos los ancianos de la comunidad, compenetrarse siquiera de los fragmentos más simples de una cultura que no es la suya. Ocurre en esto un fenómeno más profundo que lo que sucede con los idiomas, aun admitiendo que no es igual aprender a hablar y escribir uno extranjero, que empaparse de la peculiar *forma mentis* que expresan sus palabras<sup>20</sup>.

---

como de interdicción, que proliferan en los delitos comunes. Por cierto, los delitos capitales ascienden a la friolera de veinticinco en el Código de justicia militar, de los que varios no exigen estado castrense en el sujeto activo. En cambio, entre los aymarás predominó la composición, al paso que las penas propiamente dichas de los mapuches, escasas en número, tenían como objeto vengarse del ofensor y obligarle a resarcir el perjuicio. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*. Publicados, 7 vols. Losada, Buenos Aires, t. I, 1950, pp. 714 y 738, y Guevara, *Historia de la Justicia araucana*. Imprenta Universo, Santiago de Chile, 1922, pp. 7, 11 y 13.

<sup>19</sup> Pues comprender, como forma de conocimiento, significa «*penetrar en la constelación especial del valor de una conexión espiritual*». Spranger, *Formas de vida*. Psicología y ética de la personalidad. Traducción del alemán por Ramón de la Serna, Revista de Occidente, Madrid, 5.ª ed., 1961, p. 406. Para lograrlo sería preciso pertenecer a ese círculo o que, a lo menos, éste no nos sea ajeno. Así, los hispanoamericanos de hoy podemos *comprender* el Derecho penal indiano, pero sólo *ilustrarnos intelectualmente* sobre las prácticas penales de los pueblos amerindios.

<sup>20</sup> El caso judicial más interesante habido en Chile de un hecho punible, nada menos que parricidio, cometido por un indígena en virtud de su concepción mágico-religiosa de la realidad, en que una mujer de la etnia mapuche dio muerte a su abuela persuadida de que ésta era una bruja que mató a su bisnieto de pocos días de vida y que con las mismas brujerías amenazaba eliminarla también a ella, ministra una buena demostración de lo que acabamos de consignar. Un extraordinario informe pericial, firmado entre otros eruditos por el médico y antropólogo letón Alexander Lipschutz Friedmann, acierta medio a medio en la calificación jurídica del caso (defensa putativa, en otras palabras, un error indirecto e invencible de prohibición debido a una imagen aberrante de la realidad), advierte que «la responsabilidad por el acto perpetrado por la reo es únicamente *nuestra*, es decir, de nuestra sociedad, la cual a través de tantos años ha continuado y continúa manteniendo a diversos núcleos de indígenas en abandono cultural completo», pero sus fuentes bibliográficas, incluso la evaluación de los dichos de varios testigos que compartían tales representaciones, no consiguen revelar una auténtica comprensión del fenómeno. De hecho, tampoco convenció al juez, que absolvió a la mujer considerando que habría obrado impulsada por una fuerza psíquica irresistible. El fallo puede consultarse en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, de Santiago de Chile, t. LII, julio y agosto de 1955, números 5 y 6, pp. 85-102. El informe, en el *Journal de la Société des Americanistes*,

Se replicará que si la Constitución chilena, aparte de la pomposa consagración legislativa del deber general de respeto hacia la cultura indígena, acogiese la autoridad de la jurisdicción tribal, este problema quedaría resuelto. Pero no es así. En no pocos países iberoamericanos el derecho de los indígenas y sus comunidades a tener su propia jurisdicción luce en los capítulos dogmáticos u orgánicos de los respectivos cuerpos políticos, como en Bolivia (artículos 190, 191, 192 y 304 de la Constitución de 2008), Nicaragua (art. 89 de la Constitución de 1987), Perú (art. 149 de la Constitución de 1993) y Ecuador (arts. 57 y 171 de la Constitución de Montecristi, aprobada en 2008)<sup>21</sup>. Con todo, en los mismos textos aparece como límite que tal jurisdicción y el Derecho aplicado por ella «no violen los derechos fundamentales de las personas» (Perú), respeten «el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución» (Bolivia), no vulneren «derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes», ni «sean contrarios a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales» (Ecuador).

Estamos ante un dique legal, constitucional e internacional formidable, que impediría significativamente el libre curso del Derecho indígena por el cauce de la jurisdicción penal autóctona o, allí donde no es admitida, la jurisdicción estatal, de perseverarse en una interpretación formalista de las disposiciones involucradas, esto es, encastillándolas en la aclamada superioridad de la Constitución y la supremacía del Derecho internacional, que resulta parejamente pedantesca cuando se fulmina una determinada concepción moral contra seres libres que pudiesen perfectamente no compartirla. Pero sería ingenuo desconocer la envergadura del bastión, ante cuyas murallas el «pluralismo jurídico», o sea, la vigencia simultánea y armónica, en unos mismos tiempo y territorio, de varios ordenamientos que regulan el obrar intersubjetivo al interior de diferentes grupos de justiciables, no pasa de ser una fábula, como quimérico es, aun en las Constituciones americanas más sensibles al tema indígena,

---

París, año 54, vol. 43, número 1, pp. 235-237. Agradezco la indicación de esta última fuente al profesor de Derecho internacional señor Sergio Peña Neira.

<sup>21</sup> Para la situación en Guatemala, México y Colombia, cfr. VILLEGAS DÍAZ, *Entre la exculpación y la justificación*, cit., pp. 181-186. La Constitución de la República Federal del Brasil (1988) reconoce la organización social, las costumbres, lenguas, creencias y tradiciones de los indios, así como los derechos originarios sobre las tierras que ocupan tradicionalmente, pero no otorga autonomía a su jurisdicción, limitándose a indicar que las comunidades indígenas son partes legítimas para intervenir judicialmente en defensa de sus derechos, por los que debe velar también el ministerio público (artículos 231 y 232).

ese «multiculturalismo» por el que hoy se quiebra lanzas en el plano internacional<sup>22</sup>. El Derecho penal, pues, todavía aparenta dominar con toda la majestad de su generalidad particular —la generalidad acotada de los ordenamientos de cada Estado nacional—, y a la hora de abrirse al Derecho internacional de los derechos fundamentales, operación que debiera plegarlo ante el particularismo jurídico de raíz étnica, incluyendo los términos en que ésta define la alternativa lícito o ilícito, vacila, se retrae y, en definitiva, corre a refugiarse en el círculo hegeliano del unilateralismo cultural, la universalidad etnocéntrica de los derechos humanos, «una medida de valor de origen occidental, europeo y hasta cristiano»<sup>23</sup>.

Por lo demás, este es también el punto de vista de las Naciones Unidas. Tanto el antiguo Convenio número 107, de 1957 (artículos 7 y 8), como, principalmente, el actual Convenio número 169, de 1989 (artículos 8, 9 y 10), ambos de la Organización Internacional del Trabajo, disponen que los pueblos indígenas que viven en países independientes tendrán el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, «siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos», y que el Estado debe respetar los métodos a que esos pueblos recurren tradicionalmente para la represión de los delitos, pero —una vez más— «en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos». Por consiguiente, la relación de compatibilidad exigida a la costumbre indígena para adquirir valor jurídico es dúplice, con el

---

<sup>22</sup> Multiculturalismo y pluralismo jurídico están evidentemente relacionados entre sí, siendo el primero elemento condicionante del segundo. Palazzo tiene buenos motivos para suponer que en materia penal no se oponen al carácter universal de ciertos principios jurídicos, como el de culpabilidad. Cfr. *Il Diritto penale tra universalismo e particolarismo*. Editoriale Scientifica, sin indicación de ciudad de edición, 2011, pp. 39-44.

<sup>23</sup> HURTADO POZO, *Derecho penal y derechos culturales*, en el volumen colectivo *Derechos culturales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. (105-127) 115. Repárese en que el insigne criminalista peruano, quien ha dedicado copiosas y logradas obras al binomio pluralismo cultural y Derecho punitivo, opina que el límite del primero es también el límite de la tolerancia frente al diverso, por lo cual sólo habría que reconocer como valiosas aquellas pautas culturales que respeten los derechos fundamentales. Ya volveremos sobre esto. A su vez, del círculo hegeliano de unilateralismo cultural, metáfora que evoca el círculo caucasiense de tiza, de Brecht, habla MICHELE CARDUCCI en su inteligente ensayo *El multiculturalismo. Entre círculo hegeliano y constitucionalismo de la alteridad*. Traducción de Beatriz Romero Flores, en el volumen *Multiculturalismo y Derecho penal*, coordinado por Luigi Cornacchia y Pablo Sánchez-Ostiz. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012, cfr. p. (83-93) 89.

Derecho constitucional del país y con el Derecho internacional de los derechos fundamentales. En momento alguno es formulada la pregunta de si acaso en los derechos fundamentales entran también en mérito los así definidos por el pueblo indígena, pues se sobreentiende que el confín de permisión lo determinan los derechos occidentales, más modernos e inconmensurablemente más avanzados. El procedimiento evoca la táctica del Gatopardo, la recomendación de cambiar las cosas para que sigan igual. «Es como si no hubiésemos regulado nada», comenta un jurista peruano, al que tampoco escapa el trasfondo etnocéntrico que se cela tras considerar como hechos punibles actos que cabría identificar sin mayor dificultad como componentes de la cultura de un pueblo<sup>24</sup>.

### 3. Las alicortas conclusiones de la doctrina penalista

El debate criminalista no parece querer superar las modestas coordenadas que fijan la posición jurídico-pública de estas personas. Costumbres autóctonas, conciencia y comprensión culturales diferentes, han quedado por doquier relegadas al secundario papel de la tentativa supersticiosa, la inimputabilidad, el error de prohibición o la ineptitud de introyectar y, por ende, comprender ciertas prohibiciones del Derecho oficial. El quirografario sitio de los indígenas en el sistema de delitos y penas es generalizado en América y Europa, más grave en el viejo que en el nuevo continente, siquiera las esporádicas reglas legales que se lee en ciertos Códigos americanos tampoco deben mover a engaño sobre lo que acabamos de manifestar de la postergación jurídico-punitiva de los pueblos originarios.

La discusión peruana es asaz aleccionadora. El artículo 15 del Código de 1991<sup>25</sup> declara exento de responsabilidad criminal al sujeto 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», para lo que hay que reparar en que «hecho punible», según el significado de los términos técnicos del Código, es sinónimo de acto típico y *antijurídico*<sup>26</sup>. Pronto el pre-

<sup>24</sup> PEÑA JUMPA, *Derecho y pluralidad cultural: el caso de los aymarás de Puno*, excelente trabajo incluido en el volumen *Derechos culturales*, cit., p. (85-103) 103.

<sup>25</sup> Del que nos permitimos remitir al lector a nuestro antiguo estudio *El nuevo Código penal del Perú (1991)*, en la revista *Doctrina penal*, de Buenos Aires, año 14, números 55-56, junio-diciembre de 1991, pp. 631-731.

<sup>26</sup> La conducta, pues, sigue estando prohibida, y seguirá siendo ilícita pese a la procedencia de la eximente en un caso concreto, como recalcan JULIO ARMAZA GALDÓS y EMILIO JOSÉ ARMAZA en su completo y elegantísimo resumen *La determinación*

cepto generó controversias acerca de su naturaleza jurídica, es más, sobre la necesidad de contemplarlo a remolque de las reglas sobre la inimputabilidad y el error de prohibición (artículos 20, número 1, y 14, respectivamente). Hay quienes piensan, con el creador del concepto de error de comprensión culturalmente condicionado<sup>27</sup>, que aquí se regula una clase peculiar de conocimiento falaz, análogo pero no idéntico al error directo de prohibición<sup>28</sup>. Otros la reinterpretan como un supuesto fáctico más de inimputabilidad, cuya única disimilitud frente a la fórmula normativa general del Código, según la cual la incapacidad de comprensión o determinación jurídicas del obrar propio tiene que enraizar en una anomalía psíquica, grave perturbación de la conciencia o alteraciones de la percepción en el que actúa, yacería en la causa particular de aquel estado, una causa normativa, por decirlo así, pues se hunde en la cultura o las costumbres del hechor<sup>29</sup>. Esta inteligencia coincide con la «diversidad socio-cultural», una de las fuentes de la inimputabilidad en el Código penal colombiano (art. 33)<sup>30</sup>. Por último, alguna voz estima superflua

---

*culturalmente condicionada*, contenido en el libro de los autores *Lo que salga*, Editorial Pangea, Arequipa, 2011, pp. (15-34) 24 y 32.

<sup>27</sup> ZAFFARONI, cuyo influjo fue decisivo en este punto del Código peruano, al igual que en la admisión de la coculpabilidad (artículo 45, número 2, que entre los factores de la commensuración judicial de la pena obliga a tomar en consideración «las carencias sociales que hubiere sufrido el agente»). Cfr. *Tratado de Derecho penal*. Parte general. 5 vols. Ediar, Buenos Aires, t. IV, 1988, pp. 200-203, y *Derecho penal*. Parte general, en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Ediar, Buenos Aires, 2.<sup>a</sup> ed., 2002, pp. 736-737.

<sup>28</sup> Así, entre otros, Bramont-Arias Torres, García Cavero, Villavicencio Terreros y Armaza Galdós. Cfr., del último, op. cit., pp. 20 y 21.

<sup>29</sup> Adalid de este criterio ha sido José Hurtado Pozo, para quien «la reticencia que puede existir en considerar la circunstancia regulada en el artículo 15 como una causa de inimputabilidad es de orden ideológico. En efecto, esto resulta de la manera tradicional y discriminatoria como han sido y son tratados los indígenas y los pobladores de la selva». Mas el recelo no estaría justificada si se recuerda que la Constitución les asegura el derecho a su identidad étnica, contexto en el cual «no puede estimarse peyorativo el hecho de considerar como inimputable (incapaz de culpabilidad) a un individuo a causa de las circunstancias individuales que le son propias». *Manual de Derecho penal*. Parte general, I. Grijley, Lima, 3.<sup>a</sup> ed., 2005, pp. 641 y 642. En *Derecho penal y derechos culturales*, cit., p. 123, rotula la eximente como «incapacidad por inculturación».

Alaba el coraje del legislador peruano, pero disiente del artículo 15 como caso de error de prohibición, porque ve comprometida allí la capacidad de entendimiento y voluntad constitutiva de la imputabilidad, Palazzo, *Errore di proibizione e reato culturalmente motivato nel Codice penale peruviano del 1991*, en *Diritto penale XXI secolo*, Cedam, Padova, año 11, número 1, enero-junio de 2012, cfr. pp. (27-40) 34 y 35.

<sup>30</sup> Una inimputabilidad derivada «de la cosmovisión diferente del agente», en sentir de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*. Parte general. Librería Jurídica Comlibros, Medellín-Bogotá, 4.<sup>a</sup> ed., 2009, p. 858.

y hasta perturbadora la exigente, de la que podría prescindirse en gracia a las reglas sobre el error de prohibición y la inimputabilidad en general<sup>31</sup>.

Si se pasa de la teoría del delito a la de la pena obtenemos una ratificación del mezquino concepto en que los Códigos de los Estados americanos tienen a la individualidad cultural de estas personas y su Derecho. En la adaptación o el ajuste legal de la penalidad, el Código de Bolivia permite atenuarla «cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley» (art. 40, número 4). A su turno, en sus reglas de conmensuración o graduación judicial de la pena el Código del Distrito Federal de México (2002) ordena al juez tomar en cuenta los usos y costumbres del procesado perteneciente a un grupo étnico o pueblo indígena (art. 72, número V), sólo que en el mismo plano que «la edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales» de un imputado cualquiera, «así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir». Más escueto, el Código del Perú señala que el tribunal, «al momento de fundamentar y determinar la pena», debe tener en cuenta la cultura y costumbres del agente (art. 45, número 2). Se comprende por sí mismo que estos epifenómenos del delito cometido por el miembro de etnias autóctonas son modulaciones hacia abajo del juicio de culpabilidad, que complementan la exigente del indígena inimputable, despistado o duro de mollera en los contados casos en que se la prevé derechamente o es factible llegar a ella a través de una paráfrasis de las disposiciones sobre la faz negativa de los elementos subjetivos del delito. En cam-

---

<sup>31</sup> MEINI, *Diversidad cultural, imputabilidad y culpabilidad*, en el volumen *Droit pénal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, editado a nombre de la Facultad de Derecho de Fribourg por Nicolas Queloz, Marcel Niggli y Christof Riedo. Schulthess, Zurich, 2012, pp. 275-296. Nos resulta difícil seguirlo en su idea de que el indígena extraño a la cultura oficial padezca de una alteración «valorativo-jurídica» de la percepción, como propone en página 292 para encasillarlo en el artículo 20, número 1, del Código. Si bien una de las acepciones del verbo percibir denota la facultad de comprender algo, su primerísimo sentido radica en la captación sensorial, que no es todavía comprensión o conocimiento, ni siquiera en el empirismo filosófico de David Hume. Para usar la terminología del filósofo escocés, con una impresión, o sea, una percepción externa, no tenemos todavía una idea, menos aún una asociación de ideas. Cfr. *Investigación sobre el entendimiento humano*. Estudio preliminar de Francisco Romero sobre Hume y el problema de la causalidad. Traducción de Juan Adolfo Vásquez. Losada, Buenos Aires, 2.<sup>a</sup> ed., 1945, pp. 50-51 y 57. Por lo demás, la raíz sánscrita (*kap*) del étimo latino *percipere*, denota asir, coger, tomar, no ya comprender. Cfr. Roberts y Pastor, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*. Alianza, Madrid, 2005, p. 75.

bio, la consideración objetiva del hecho, lo que significa el juicio sobre la eventual licitud de su realización, brilla por su ausencia.

En Europa y Norteamérica la situación jurídico-penal de las minorías étnicas es substancialmente la misma que la que acabamos de describir, si no peor. Sabemos que el problema viene dado allí, no por grupos nacionales, sino por auténticas minorías de inmigrantes y costumbres que se considera reñidas con las aspiraciones valorativas que animan al Derecho local. En un gesto elocuente del género de hospitalidad dispensado a sus huéspedes por los países anfitriones, ni por asomo las leyes contemplan una causa especial de eximición o atenuación de la responsabilidad penal para el acto determinado por motivos étnicos. La *cultural defense* de los estadounidenses no sobrepasa el umbral de una estrategia procesal, y la sugerencia de convertirla en una genuina eximente, que tampoco es de aceptación generalizada en la doctrina, la presenta en los ropajes de una *excuse*, no como una *justification*<sup>32</sup>. La disposición legislativa europeo-continental, que oscila entre la indiferencia franco-alemana y la intolerancia hispano-italiana, es aún menos halagüeña. Tampoco parecen muy promisorias las propuestas de los especialistas. Sinceramente preocupados por el draconiano y xenófobo giro de la legislación, los autores postulan acomodar en la culpabilidad normativamente entendida la ineptitud o dificultad de comprensión y acatamiento de las prohibiciones jurídicas por el sujeto que ha crecido en otro ambiente de cultura<sup>33</sup>. No falta quien insinúa el atajo de las excusas absolutorias, que se supone contentaría a moros y cristianos<sup>34</sup>. Pero de introducir una causa de justificación, o simplemente

---

<sup>32</sup> CRISTINA DE MAGLIE ofrece un exhaustivo repaso del tratamiento de las *cultural offenses* en la jurisprudencia y doctrina de la Confederación norteamericana. Explica que la estrategia procesal de los abogados consiste en adaptar las causas de inimputabilidad e inculpabilidad y las atenuantes generales a la peculiaridad del hecho del inmigrante, sobre todo asiáticos, para presentarlo como irresponsable o menos responsable penalmente. El efecto de todo ello sería doble, reforzar las expectativas de la mayoría de los ciudadanos y mostrarse comprensivos con las minorías, siquiera quede en sordina un trasfondo racista en el rescate de las garras de la Justicia penal de un sujeto, pero realizado al precio de desmerecer judicialmente la cultura de todo su grupo. A su vez, para la eximente recomendada por la doctrina hay concordancia en insertarla sistemáticamente entre las *excuses*, que son las causas de inculpabilidad. Op. cit., cfr. pp. 74-79, 90-91, 92-93 y 105.

<sup>33</sup> Lo cual daría lugar a la apreciación de una eximente clásica o a la atenuación de la pena en la fase de conmensuración judicial. Cfr. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., pp. 70-86, e *Il «fattore culturale» nel sistema penale*, cit., pp. 86-88.

<sup>34</sup> Así, DE MAGLIE, op. cit., cfr. pp. 251-252.

otorgar alguna de las preexistentes para estos actos, ni hablar<sup>35</sup>. Sólo se aparta de esta tendencia el sector que arguye la relevancia del consentimiento válidamente emitido del interesado mayor de edad, cuya cultura le hace someterse a las prácticas rituales de su grupo, incluso algunas que pueden implicar una mengua permanente de la integridad corpórea<sup>36</sup>. Pero como los requisitos de admisibilidad del consentimiento son idénticos a los precedentes en cualquier otro caso y para cualesquiera otros sujetos de la anuencia, estamos ante una salvedad aparente a la primacía absoluta del Derecho interno sobre el perfil de cultura de que son portadores los nuevos justiciables, bajo la cual se oculta «una aplicación ordinaria del principio de autodeterminación»<sup>37</sup>.

Aunque no sean conceptos homologables, notamos cierta semejanza en el tratamiento deparado a estos últimos y el decurso dogmático de los autores por razones de conciencia o convicción<sup>38</sup>. Desde su origen en el delincuente político, primero perseguido por el Derecho penal prerrevolucionario, luego objeto de protección en el liberalismo decimonono, de nuevo acosado bajo el totalitarismo y hoy expuesto, si tiene la desgracia de ser calificado de terrorista, a los rigores del llamado Derecho penal del enemigo; pasando por el concepto de delincuente por convicción, con el que no se quiso renunciar a la pena para el disidente religioso, moral o político,

---

<sup>35</sup> Aludimos al ejercicio legítimo de un derecho fundado en la costumbre, como se anunció *supra*, texto y nota 8. El temor de tolerar prácticas que contrastan con y debilitarían la cultura europea, es uno de los motivos políticos de la reluctancia. Cfr. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 91.

<sup>36</sup> Las condiciones de la anuencia en estas circunstancias, o sea, un consentimiento condicionado por la tradición, no ya obtenido mediante amenazas de la familia o del grupo de pertenencia, son bien enunciadas por DE MAGLIE, op. cit., pp. 199, quien no divisa limitaciones objetivas si la ofensa se realiza entre sujetos adultos y conscientes de aquello que aprueban (cfr. p. 254). En cambio, Fornasari, aun mostrándose sumamente crítico, por su carga estigmatizadora, desproporción y previsible inutilidad práctica, del delito de mutilación genital femenina, intercalado en 2006 en el Código italiano, estima improcedente el ejercicio legítimo de un derecho de cariz religioso o tradicional, «que no puede contrapesar el derecho a la integridad física de la persona», y porque «la costumbre a que se apela no dispone en realidad de bases jurídicas». Fundándose en el artículo 5 del Código civil de su país, el valioso penalista boloñés concede efecto desincriminante al consentimiento sólo si la operación no comporta una merma permanente de la integridad física. *Mutilazioni genitali e pratiche rituali nel Diritto penale*, en el volumen *Il governo del corpo del Trattato di Biodiritto*, dirigido por Stefano Rodotà y Paolo Zatti. Giuffrè, Milano, 2001, p. (715-728) 722 y, sobre el consentimiento, cfr. p. 720.

<sup>37</sup> Fornasari, op. cit., p. 721.

<sup>38</sup> «Se trata de una problemática que se superpone en gran parte con la cuestión de la llamada *conciencia disidente*». ZAFFARONI, *Derecho penal*, ed. cit., p. 737.



pero sí hacerse cargo de que «allí donde pugnan convicciones de un deber, corresponde aquella justicia que no quiere convertirse en engreimiento, la actitud relativista del escepticismo»<sup>39</sup>; hasta llegar a los autores por motivos de conciencia y autores por convicción en sentido estricto, han sido infrecuentes y reducidísimos en alcance los pareceres favorables a la causa de justificación<sup>40</sup> para estos sujetos, menos insólito el temperamento que acordaría a algunos de ellos una causa de inculpabilidad<sup>41</sup> y más corriente la concesión de atenuarles la pena cuando quiera que el motivo que los guió merece alguna consideración ante el ordenamiento jurídico<sup>42</sup>.

Pues bien, en la diferencia específica entre estos autores y quien obra al amparo de la cultura de su pueblo emerge de inmediato lo disparatado de manejar al segundo apenas como inculpable o individuo de culpabilidad reducida. El autor de un hecho de conciencia pertenece a la cultura dominante o bien —para respetar las múltiples variaciones que ésta experimenta en las sociedades contemporáneas—, aun recogido en el recinto de sus creencias, ideas políticas o, lisa y llanamente, en la subcultura que lo formó, es tratado por la cultura que informa al ordenamiento como un miembro más, no separado de ella ni de éste<sup>43</sup>. Por el contrario, el representante de un

<sup>39</sup> RADBRUCH, *El delincuente por convicción*. Traducción y Notas de José Luis Guzmán Dalbora, en la *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, de Granada [en línea], 2005, número 7, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/repc07-r4.pdf>, 9 de octubre, p. 5; además, en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, cit., número 23, 2005, p. 405-417 (417).

<sup>40</sup> Que se discute tan sólo en los autores de determinados hechos de conciencia. Cfr., por todos, Hirsch, *Derecho penal y autor por convicción*. Traducción de Patricia Laurenzo Copello, en sus *Obras completas*. Publicados, 5 vols. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, t. II, 2000, pp. (171-207) 177-197, donde el malogrado criminalista se muestra circunspecto acerca de la justificación, incluso la inculpabilidad de tales hechos, y, en general, ante los riesgos que habría, a su juicio, en la sobredimensión penalista de la libertad de conciencia como garantía constitucional.

<sup>41</sup> Por «ausencia de necesidad preventiva de la punición», dice Roxin, con su propensión a pasarnos de contrabando excusas absolutorias en el papel de límites de la culpabilidad. *Mais uma vez: sobre a valoração jurídico-penal do fato de consciência*. Traducción de Luís Greco, en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, obra organizada por Manuel de Costa Andrade, Maria João Antunes y Susana Aires de Sousa. 4 vols. Coimbra Editora, Coimbra, t. II, 2009, p. (864-887) 876.

<sup>42</sup> Véanse las referencias bibliográficas en FRISCH, *Cuestiones de conciencia en el Derecho penal*. Traducción de Patricia Ziffer, en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, obra coordinada por Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante. 2 vols. Edisofer, Madrid, 2008, t. I, pp. (903-917) 916-917.

<sup>43</sup> «Estos grupos o variables no están separados de nuestra cultura, sino que pasan a ser variantes de la misma». ZAFFARONI, *Tratado*, vol. cit., p. 205. Parecidamente, Julio Armaza Galdós y Emilio José Armaza, op. cit., cfr. pp. 30 y 31 (incluidos que

pueblo autóctono permanece al margen de este círculo. Podrá haber sido encadenado a él, forzado a la aculturación, a tener que adaptarse mediante simbiosis o sincretismo para sobrevivir, etc., pero siempre restará un sedimento primigenio, renovado generación tras generación, que le impedirá evolucionar según todos y cada uno de los giros del círculo. Y mientras más apartado viva de él, tanto más ajeno habrá de sentirlo<sup>44</sup>.

#### 4. Idea del Derecho y causa de justificación en el hecho del indígena

Siendo así, la clave de los derechos fundamentales nacional e internacionalmente reconocidos, que posibilitan la coexistencia de grupos humanos diferentes y de las personas en libertad, libertad que a su vez descansa precisamente en el reconocimiento del otro, puede aparecer ante la jurisdicción y las concepciones jurídicas indígenas como un lecho de Procusto. Es más, un espíritu receloso divisará tras la armazón una suerte de campaña evangelizadora, sólo que emprendida, no en nombre de Dios o de la Iglesia, cual ocurrió en el pasado, sino como un ulterior paso de la expansión universalista de la doctrina de los derechos que el mundo occidental considera elementales del hombre.

Sin embargo, la idea de la humanidad, de que se desprenden los componentes pulquérrimos de tal doctrina, no coincide exactamente con la idea del Derecho de importantes y todavía numerosos pueblos indígenas americanos. En efecto, «la humanidad consiste en romper mentalmente todas las vinculaciones de los hombres a las sociedades históricamente dadas, para no admitir más que la pertenencia a la sociedad humana o, como también suele decirse, no atribuir ningún

---

hay que excluir de la fórmula peruana de la determinación culturalmente condicionada), y De Maglie, op. cit., p. 31, quien considera esencial en el hecho del miembro de la minoría étnica, que el motivo cultural «no sólo forma parte de la ética individual del agente, sino que es también expresión del bagaje cultural bien consolidado del grupo étnico a que él pertenece». Sobre el autor por convicción, ídem, cfr. p. 232.

<sup>44</sup> Hurtado Pozo opina que el mestizaje, la inmigración del campo a la ciudad, la alfabetización, la difusión de la televisión y la radio, habrían producido una cierta uniformidad en las pautas culturales primarias de toda la población, incluyendo la autóctona. Sin embargo, concede que grupos indígenas integrados conservan pautas culturales propias, algunas de las cuales podrían chocar frontalmente con el Derecho general del país. El límite de su admisibilidad estaría en que respeten el núcleo intangible de los derechos fundamentales de las personas, de lo que nos pronunciamos a continuación en el texto. Cfr. *Derecho penal y derechos culturales*, cit., pp. 121-124.

valor a las condicionalidades en que consiste la existencia de todo ser social, y reconocer el máximo valor a la dignidad de la persona en cuanto tal. La humanidad proclama y exige el hombre en sí»<sup>45</sup>. Pasemos por alto la abstracción del postulado —abstracción conveniente a ser una idea en el sentido kantiano de la palabra— y, de momento, procrastinemos cierto núcleo bien concreto que él anida. Lo cierto es que de tal idea deriva un concepto del Derecho que rota exclusivamente en torno del hombre. Media aquí una discrepancia con la idea jurídica de la mentalidad autóctona, que se abstiene de colocar en el ombligo del mundo al hombre como el único fin en sí mismo y ente superior a todos los demás. La *forma mentis* indígena sudamericana juzga del valor o desvalor de las conductas, no sólo ni principalmente a causa del bienestar que procure su efecto a los hombres, sino por la adecuación y servicio del acto al gran circuito de la vida, animal y vegetal, orgánica e inorgánica. Es la convivencia armónica con la naturaleza, requerimiento indispensable para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay* que encabeza el Preámbulo de las Constituciones de Ecuador y Bolivia<sup>46</sup>. El panteísmo europeo, por lo menos en la versión «vulgar» que concibe el mundo como la única realidad verdadera, a la cual se reduce Dios, el que aparece entonces como su principio, fin o autoconciencia, no dista mucho de cosmovisiones que suponemos menos elaboradas. De ahí que el panteísmo admita la Justicia subhumana, como en Krause, decidido partidario de la existencia de relaciones jurídicas entre el hombre y los demás animales<sup>47</sup>, y que en la poesía haya alumbrado versos tan hermosos como compartibles en su esencia por el específico sentir indoamericano, cuando el alma aspira al «secreto de la arboleda fantástica // y

---

<sup>45</sup> MAYER, *Filosofía del Derecho*. Traducción de la 2.<sup>a</sup> edición original por Luis Legaz Lacambra. Labor, Barcelona, 1937, pp. 192-193. Del principio de humanidad en las cuestiones penales tratamos en nuestro artículo *Justicia penal y principio de humanidad*, publicado en la revista *Gaceta Jurídica*, de Santiago de Chile, número 298, abril de 2005, pp. 36-44. Lo que sigue debe considerarse como una continuación y profundización de lo expuesto allí.

<sup>46</sup> «No se trata del tradicional *bien común* reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente, incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente», comenta en su meditado panegírico de esas Constituciones Zaffaroni, *La Pachamama y el humano*. Prólogo de Osvaldo Bayer e Ilustraciones de Miguel Rep. Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2011, p. 111. Nosotros añadiríamos que tampoco se trata del *virer bien* de las sociedades capitalistas, siquiera el bien común y el vivir bien tienen una procedencia compartida en la ética cristiana, católica y protestante, respectivamente.

<sup>47</sup> RIVACOBA, *Krausismo y Derecho*. Castellví, Santa Fe, 1963, cfr. pp. 67 y ss.

ya, sola en la noche, // llena de desesperanza, // se entrega a todo, y es luna // y es árbol y sombra y agua»<sup>48</sup>.

Una idea del Derecho diferente reclama una valoración asimismo distinta de los actos respectivos. Para el Derecho nacional esto implica una declaración de licitud, sea porque responden al ejercicio legítimo de facultades creadas por costumbres de edad aún más provecha que las inveteradas de los nacionales, sea porque los ampara el consentimiento justificante según el Derecho consuetudinario, por más que esos actos parezcan violar derechos fundamentales. En este crucial nudo, que obliga a resolver de qué derechos estamos hablando, si los del descendiente europeo o los del hijo de la tierra, la propia idea occidental de la dignidad humana inclina hacia los segundos. Después de todo, el componente concreto de la abstracción denominada dignidad del hombre, reside en ser ésta un epítome nivelador de la esencial diversidad de los seres humanos, para que cada quien sea tratado igualmente, pero habida cuenta de su desigualdad. Si la dignidad nos equipara en nuestras desemejanzas, entonces éstas deben ser consideradas, por ejemplo, a la hora de determinar cuál es la mayoría de edad necesaria para que el indígena preste su consentimiento a lo que nuestras leyes calificarían de grave afectación de los derechos fundamentales, como la vida o la integridad corporal. Ahora tiene la palabra el Derecho indígena<sup>49</sup>. Entendemos que únicamente así el límite de la tolerancia no arriesga convertirse en intolerancia frente al desemejante.

## 5. El problema político y la validez personal de la ley penal

La conclusión alcanzada, empero, no es enteramente satisfactoria. Conserva la llave del problema en manos de un juez inidóneo, puesto que la incompetencia material de los tribunales del país para conocer —y, al cabo, comprender— estos asuntos resulta tan manifiesta como irremediable, y no encara, sino, por el contrario, soslaya el trasfondo de la cuestión que se esconde tras las bambalinas del anfiteatro penal.

Es que la razón subyacente a la consagración constitucional y regulación legal de los derechos de los pueblos autóctonos se extien-

---

<sup>48</sup> JUAN RAMÓN JIMÉNEZ, *Antología poética*. Edición de Javier Blasco. Cátedra, Madrid, 2009, p. 136, uno de los Nocturnos de las *Arias tristes* del poeta moguerño.

<sup>49</sup> Los penalistas que defienden la relevancia del consentimiento de mayores de edad incluso al disponer de derechos inviolables de la persona humana, como De Maglie, op. cit., p. 254, se abstienen de mencionar este aspecto y discurren simplemente de adultos, pensando, por cierto, en la madurez adecuada a la legislación estatal.

de más allá de los estrictos contornos de la cultura. Si cultura es el cultivo de un interés común y de la situación resultante, situación que está matizada con un acento de valor, y si, por otra parte, en la base de toda sociedad existe una comunidad de intereses<sup>50</sup>, ¿cómo pretender que la apreciación jurídico-penal de las costumbres indígenas sea decidida según los dictámenes del Derecho estatal, por grande que fuere la cautela, la dirección personal que se le imprima en llegando el instante de aplicarlo a estos individuos? Cuando el interés cultivado por su sociedad difiere de los intereses de la nuestra, entonces se presenta un conflicto cultural, conflicto ganado otrora con arcabuces y cañones por las potencias coloniales, perdido a medias en la época de los protectorados y que restó como herencia yacente tras el proceso de independencia de los países americanos<sup>51</sup>. Pues bien, la correcta adjudicación del caudal relicto exige enfrentar el conflicto de culturas en su propio mérito, que es político, de atribución y organización del poder dentro de la comunidad.

Va de suyo que la liquidación política de tamaño conflicto escapa completamente a estas páginas y las posibilidades de su redactor. Bástenos apuntar la inutilidad del afán de salir de la encrucijada pidiendo auxilio a las Constituciones. Éstas no permiten y, previsiblemente, tampoco consentirán en el futuro la operación de devolver partes significativas del territorio del Estado, tanto menos todo el espacio físico que correspondería a sus titulares históricos. Por lo demás, es dudoso que la soberanía reconquistada vaya a dar real satisfacción al interés de los pueblos autóctonos, si hemos de creer en la gravitación del prolongado mestizaje y de las peculiares modalidades con que los indígenas participan en la economía nacional<sup>52</sup>, por más que hasta el momento hayan sacado de ella tan sólo residuos indispensables para la sobrevivencia. En este decisivo quicio el Derecho constitucional se revela de nuevo una herramienta inservible.

Sin embargo, si se acude al Derecho político y a las grandes concepciones de este carácter, descubriremos una vía con que liquidarla por lo menos en su pliegue penal. El liberalismo es por antonomasia

---

<sup>50</sup> Conceptos de MAYER, op. cit., cfr. pp. 79-80.

<sup>51</sup> Para MAYER, la colonización fue un paradigma del combate cultural, que las metrópolis tenían que perder de haber proseguido los protectorados europeos en África y Asia. Cfr. *Tratado de Derecho penal*. Parte general. Traducción del alemán por Sergio Politoff Lifschitz, con revisión general y Prólogo de José Luis Guzmán Dalbora. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2007, pp. 54 y 105.

<sup>52</sup> «Resulta utópico pensar en un renacimiento de una sociedad y de un Estado indios en una oposición a una sociedad y un Estado [...] occidentalizados». HURTADO POZO, *Derecho penal y derechos culturales*, cit., p. 121.

sia pluralista. Reconoce en cada persona el derecho de trazarse su propio destino, aunque éste no sea compartido por los demás. Es, como suele decirse, posibilidad de moralidad, pero también, y por las mismas razones, posibilidad de lo inmoral, la autorización de que aquello que no comprendemos en la personalidad ajena, si fruto de una decisión libre que, además, reverencia la nuestra, pueda ejercerse en libertad. Y si este derecho asiste a cada individuo, compete por igual a su grupo étnico, a una comunidad de cultura. De ahí que la Exposición de motivos de la Declaración de las Naciones Unidas de 2007 afirme que «los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos», y que les reconozca el derecho «a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y ser respetados como tales», derecho que comporta, entre otras facetas, el de «promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos» (artículo 34).

De cómo asegurar el ejercicio de tamaña prerrogativa, que implica todo un estatus jurídico-público en el derechohabiente, se sabía ya a principios del siglo XIX. El artículo 63 del Código penal preparado por Eduard Livingston para el Estado norteamericano de Luisiana, reza así: «Las tribus de indios que residen dentro de los límites de este Estado, se gobiernan por sus propios usos; ningún acto cometido dentro de los límites de ellas por individuos que pertenecen a tales tribus, y que no afecte a ninguna otra persona, puede ser considerado como delito contra este Código; bajo los otros respectos, los indios deben considerarse a la misma luz que otras personas del Estado, tanto por lo que mira a la protección, como a la responsabilidad en el castigo»<sup>53</sup>. La ley estatal, pues, tiene que soportar frente a estos individuos y comunidades una limitación personal en su esfera de validez.

Parecida estrategia adopta en nuestros días el Anteproyecto de Reforma al Código penal de Bolivia, en cuya Parte general, ultimada en 2009, existe un título sobre la «justicia comunitaria» con cuatro interesantísimas disposiciones (artículos 11, 12, 13 y 14). La primera de ellas establece que la ley penal no se aplicará «a hechos cometidos por personas que vivan en una comunidad perteneciente a una cul-

---

<sup>53</sup> *Código penal de Livingston, con el Discurso que precedió a la obra sobre los principios de su sistema*. Traducido del inglés por José Barrundia. Imprenta de la Unión, Guatemala, 1831, p. 20. Debemos a la erudición de Zaffaroni, *Tratado*, vol. cit., cfr. p. 204, el recuerdo de esta disposición y su efecto en el Código nicaragüense de 1837. Por un error de transcripción, en la obra del criminalista argentino se registra otro número (43) para el artículo.

tura originaria conforme a la cual no constituyan delito, salvo que se trate de hechos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual cuya impunidad importe una grave lesión a la dignidad humana» (art. 11, número 1.º. Pese a la limitación, cuyos efectos pueden ser atenuados recordando que no lesiona, sino reafirma la dignidad del hombre, que él disponga autónomamente de su vida, cuerpo y libertad sexual, late aquí un reconocimiento de la licitud de estas prácticas conforme al Derecho indígena. El respeto por la autonomía cultural se traduce entonces, como no podía ser menos, en un límite funcional de la ley punitiva<sup>54</sup>.

El número siguiente del artículo la declara inaplicable, además, «a hechos cometidos por una persona perteneciente a una cultura originaria, considerados como infracción y sancionados por su comunidad, siempre que ésta lo juzgue y sancione, salvo cuando, en hechos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual, la sanción comunitaria sea notoriamente insignificante en relación a la gravedad del hecho». El precepto es mucho más restrictivo que el Código de Livingston, algo poco comprensible en un texto que prohíbe la doble punición y, por ende, ordena prescindir de la pena estatal si se impuso o es inevitable que se imponga la pena comunitaria (art. 13), y que no reputa cruel, inhumana o degradante la pena de la cultura nativa que importe para el infractor un sufrimiento menor que el que le significaría la pena del Estado (art. 12). Piénsese tan sólo en que una sanción bastante grave entre los aymaras del sur del Perú consiste en deferir el conflicto a las autoridades del país, cuyos trámites son juzgados por el indio —con toda razón— como costosos, largos e ineficaces<sup>55</sup>. En verdad, rechazar puniciones autóctonas porque parecen triviales al Derecho nacional, es fruto de una etnología que cree posible entender el pensamiento del hombre «primitivo» desde nuestra forma de razonar, un error desvelado hace noventa años por Lucien Levy-Bruhl<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Semejante, BARATTA, *Principios del Derecho penal mínimo. (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)*. Traducción de Beatriz Lenzi, en *Criminología y sistema penal*. Compilación «in memoriam». Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2004, cfr. p. 316.

<sup>55</sup> Lo informa PENA JUMPA, op. cit., cfr. p. 98.

<sup>56</sup> Éste escribió que, una vez que se la estudia sin ideas preconcebidas, «la actividad mental de los primitivos ya no será interpretada de antemano como una forma rudimentaria de la nuestra, como infantil y casi patológica. Aparecerá, por el contrario, como normal en las condiciones en que ella es ejercida, como compleja y desarrollada a su manera». *La mentalidad primitiva*. Traducción y prólogo de Gregorio Weinberg. Lautaro, Buenos Aires, 1945, p. 29.

Por fortuna, la diversidad de valoraciones entre ambos Derechos, retratada en la dispar entidad de las penas de uno y otro, seguramente que se proyectó antes en las cogniciones del sujeto activo, el cual no habrá podido comprender la criminalidad de su acto o adecuarlo a la comprensión apetecida por el Estado. El Anteproyecto boliviano dispone de la válvula de escape del error de comprensión determinado por la cultura o las costumbres del agente (art. 19), que ya conocemos. Asumiendo que estos no son realmente supuestos de error, sino de inimputabilidad, la eximente ratifica de todas maneras que la ley punitiva no rige a estas personas. En los albores de la codificación decimonona un penalista tan representativo del liberalismo como Feuerbach, sostuvo que la imputabilidad es fundamento subjetivo de la aplicación de la ley penal. Invocando al maestro bávaro, otro criminalista de firmes convicciones liberales, Gustav Radbruch, a principios del siglo xx concibió la imputabilidad como capacidad de pena<sup>57</sup>. Es que tras la línea divisoria evidenciada por la inimputabilidad existen dos mundos diferentes, ante uno de los cuales la legislación punitiva debe detenerse o adentrarse con supina circunspección y mala conciencia. Lo primero vale para los pueblos autóctonos; lo segundo, para los adolescentes que tienen la desdicha de quedar atrapados en la legislación penal juvenil.

## 6. Ventajas de su liquidación para la cultura dominante

Sería equivocado contemplar la liquidación criminalista del problema político del sometimiento de una cultura por otra, como una mengua del Derecho penal del Estado y un perjuicio para la comunidad de fines en que éste se apoya.

La sincera confesión de sus límites nunca es causa de mermas en la autoridad de la ley penal. Todo lo contrario. Cada circunscripción de su campo de validez, cada una de las áreas del obrar humano que ella queda impedida de regular, la compensan con un robustecimiento de su autoridad en los sectores en que puede proponerse intervenir<sup>58</sup>. A diferencia del Estado de autoridad, que no sofrena sus

---

<sup>57</sup> Cfr. FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14.<sup>a</sup> ed. Alemana de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 99, y RADBRUCH, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora y Estudio introductorio de Gonzalo Fernández y José Luis Guzmán Dalbora. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2011, p. 129.

<sup>58</sup> «La autolimitación del Estado es prudencia. El Estado consigue más, porque hace uso de su poder natural sólo dentro de límites jurídicos». MAYER, *Normas jurí-*



actuaciones frente a los derechos de los justiciables y tampoco promete que respetará el régimen jurídico preestablecido, el Estado de Derecho vive precisamente de la contención y del cumplimiento de la palabra anunciada públicamente a los individuos. Ceñido al ámbito de la cultura que él reconoce y que lo funda, dejando a los restantes elementos culturales que sigan independientemente su curso, el Derecho penal del Estado de Derecho sale ganancioso y fortalecido. Por cierto, el rendimiento será completo el día en que se formalice una jurisdicción competente para conocer los conflictos *inter gentes* que ocurran en su territorio, mediante un moderno pretor peregrino que falle según el ordenamiento más consonante a las peculiaridades del problema.

Grande sería asimismo el beneficio para la cultura del país dominante si consigue ver legitimidad en los usos de los pueblos autóctonos. Los occidentales en general nos hemos resistido a trabar un diálogo digno de este nombre con los indígenas, a quienes el destino tenía deparado únicamente muestras de maltrato y de ayuno de la voluntad de coexistir. En su lugar, el trato con estos hombres debería seducirnos a la auto-observación<sup>59</sup>. Una meditación seria, suscitada por la asunción de las diferencias del otro en su real entidad, es escuela de tolerancia y tirocinio de convivencia. Nuestra cultura jurídico-penal perdió con la irrupción de las penas privativas de la libertad el deseo de cohabitar con el delincuente, al que apartamos de nosotros como si fuese un bicho maligno y no como lo que él es, un miembro más de la gran familia humana. Por modo que la licitud de lo que acostumbra a hacer el indígena pudiera estimularnos a recuperar esa disposición volitiva extraviada en las postrimerías de la Edad Media, la alteridad indispensable en toda relación jurídica, incluida la relación jurídico-penal, y, con ello, a intensificar el empeño de descubrir formas de punición que no impliquen la exclusión social, el dolor psíquico o la estigmatización personal del reo.

También en estas cosas, pues, el mundo indígena tiene algo que enseñarnos y nosotros, si animados de la voluntad de convivir, tenemos mucho que aprender de él.

---

*dicas y normas de cultura*. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 101.

<sup>59</sup> Penetrante intuición de FRANZ KAFKA, *Aforismos de Zürau*. Edición, Prólogo y Epílogo de Roberto Calasso. Editorial Sextopiso, Madrid, 2005, cfr. p. 92 (aforismo número 77).

