

EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN LA JUSTICIA INDÍGENA

Diego Fernando Chimbo Villacorte*

Resumen: El presente análisis se centra específicamente en el error de prohibición que comete el integrante de una comunidad indígena, no solo porque desconoce absolutamente la antijuricidad de su conducta sino cuando cree que está actuando en estricto apego a sus creencias y costumbres ancestrales, las cuales riñen *–en algunos casos–* con el derecho positivo. Asimismo, se marca la imposibilidad de imponerle una pena *–cuando el delito se comete fuera de la comunidad indígena–* o purificación *–cuando se comete un acto que altere la paz social dentro de la comunidad indígena–* pero sobre todo centra su atención en la imposibilidad de imponerle una medida de seguridad cuando ha cometido un delito fuera de su comunidad, pues al hacerlo lo trata como inimputable y lo regresa a su comunidad, generando así un trato discriminante que le impide, al culturalmente diferente, autodeterminarse.

Palabras claves: error de prohibición, justicia indígena, culturalmente diferente, inimputabilidad, pena, medida de seguridad, discriminación.

* Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, por la Universidad Central del Ecuador; Especialista en Derecho Penal, por la Universidad Andina Simón Bolívar; Candidato a Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, por la Universidad Externado de Colombia; Poseedor de la Certificación Internacional en Litigio Penal Estratégico otorgado por Latin American Bar Association; Articulista y editor de la Revista Iberoamericana de Derecho Penal “Criterio Penal”. San Francisco de Quito, Ecuador. Correo-e: diego-chimbo@hotmail.com
Este trabajo fue realizado con la colaboración de investigación de José Israel Moreno Ladines e Iván Campaña Cueva. Fecha de recepción: 25 de agosto de 2016. Fecha de modificación: 13 de diciembre de 2016. Fecha de aceptación: 24 de febrero de 2017. Para citar el artículo: CHIMBO VILLACORTE, DIEGO FERNANDO. “El error de prohibición en la justicia indígena”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 37, n.º 103, julio-diciembre 2016, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 35-51, DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v37n103.03>

CRIMES COMMITTED BY INDIGENOUS PEOPLE IN IGNORANCE OF THE LAW

Abstract: This analysis focuses specifically When the Indian commits crimes in ignorance of the law, not only because it ignores absolutely the unlawfulness of their conduct but when he believes he is acting in strict accordance with their beliefs and ancestral customs which –in squabble some cases– with positive law. Likewise the impossibility of imposing a penalty –when the offense is committed outside the community– or indigenous purification –when it marks an act that disturbs social peace within the indigenous– community is committed but mainly focuses on the impossibility to impose a security measure when it has committed a crime outside their community, because doing so is as unimpeachable and returns to his community, generating a discriminating treatment that prevents the culturally different self-determination.

Keywords: fail prohibition, indigenous justice, culturally different, criminal responsibility, punishment, security measure, discrimination.

INTRODUCCIÓN

En el desarrollo del presente estudio nos centraremos en cómo se puede enfocar el error de prohibición¹ –*visto desde la perspectiva finalista*–, en el comportamiento desplegado por los integrantes de ciertas comunidades que hasta la actualidad atienden a sus culturas ancestrales, puesto que para un estudio académico y práctico es un escenario en el que deslumbran gran variedad de hipotéticos en los que evidentemente el desconocimiento de la antijuricidad de la conducta es latente.

Es preciso en este punto dejar sentado que las comunidades indígenas ejercen funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y en su derecho propio, con la constante de que la jurisdicción indígena se activará siempre que las “infracciones” se cometan dentro de la comunidad².

1 Previo analizar el error de derecho, es preciso mencionar que esta terminología fue adoptada en la escuela clásica para definir lo que en el finalismo fue denominado como error de prohibición, siendo la diferencia radical entre ambas, el hecho de que en el causalismo se consideraba que el conocimiento de la antijuricidad del hecho era determinante para que concurra el dolo, que en ese entonces se contemplaba en la culpabilidad; en consecuencia, el error de derecho hacía desaparecer el dolo, por tanto el tratamiento que debía dársele era el mismo que recibía el error de hecho. El finalismo, por su parte, redujo el dolo al conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal, excluyendo el conocimiento de la antijuricidad de la conducta, por tanto, el error de derecho ya no podía eliminar el dolo. Ver también GARCÍA FALCONÍ (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima: Ara Editores, p. 363.

2 Artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador. –*Jurisdicción indígena*–. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garan-

De ahí podemos observar dos campos de acción en los que podemos centrar nuestra atención: a) las “infracciones” cometidas dentro de la comunidad indígena y, b) las cometidas fuera de la comunidad indígena; siendo las primeras en la que no se puede realizar un ejercicio dogmático y las segundas en las que por existir “norma escrita” son sujetas a un control sistemático y por ende objeto de estudio de la dogmática, lo que conlleva a la posibilidad de hablar de un error de prohibición.

LAS INFRACCIONES COMETIDAS DENTRO DE LA COMUNIDAD INDÍGENA

Previo al análisis de las infracciones cometidas dentro de la jurisdicción indígena es indispensable comprender que no existe un solo tipo de jurisdicción o una sola justicia indígena, pues ello nos llevaría a determinar que existe una sola comunidad a la cual pertenece todo el conglomerado indígena, lo cual es evidentemente desatinado, en razón de que en cada ubicación geográfica puede existir una comunidad indígena con distintas costumbres o creencias ancestrales a la ubicada en otro lugar determinado.

De ahí se evidencia que existen tantas formas de expresión de justicia indígena como pueblos y comunidades indígenas existentes, las cuales varían indudablemente de acuerdo a la mayor o menor influencia de la cultura occidental. Esta variante obedece a la facilidad con la que puede llegar o no la influencia externa a las comunidades indígenas, de ahí ha sido históricamente más sencillo arribar a las comunidades andinas y ejercer influencia dentro de ellas que adentrarse en la Amazonía para ejercer influencia sobre las comunidades ubicadas en este territorio³.

Una vez arribada a la comprensión de que existen distintos tipos de jurisdicciones indígenas, en consecuencia debemos comprender que cada una de estas es reconocida y respetada por la Constitución, por lo tanto todo integrante de una u otra comunidad está protegido por el derecho de ser juzgado por su propia comunidad. Es ahí donde centraremos nuestro análisis, puesto que un integrante de una comunidad puede dirigirse a otra y desplegar una conducta desaprobada para la comunidad visitada pero aprobada o normal para la que pertenece el visitante.

tía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

- 3 CHUQUINA CÓNDROR, EDDIE (COORD.) (2009). “Manual informativo para pueblos Indígenas”, en *La justicia en los países andinos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, pp. 30-.

DEL ERROR DE PROHIBICIÓN DENTRO DE LA COMUNIDAD INDÍGENA

Fuente de Derecho

Antes de desarrollar el presente título es menester aclarar que no puede llamarse error de prohibición a una conducta desplegada por integrantes de las culturas indígenas dentro de sus comunidades, puesto que estas no poseen un derecho positivo “norma escrita”, por tanto no son objeto de estudio de la dogmática; en síntesis, si el tripartito penal ha sido la consecuencia de una construcción dogmática y el error de prohibición debe ser tratado en la última de las categorías que lo componen, es imposible hablar de error cuando el tripartito en sí mismo no existe por ausencia de norma; sin embargo, por fines eminentemente académicos, vamos a llamarlo así.

Para enfocar correctamente el “error de prohibición” es indispensable centrarnos en lo que nosotros consideramos como la única fuente de derecho en la cultura indígena, “la costumbre”, en razón de que esta es un producto de la voluntad de los individuos, pues nace de varios actos idénticos y sucesivamente repetitivos, dirigidos específicamente a satisfacer una o varias necesidades, lo cual hace que esta fuente de derecho sea incluso más espontánea e instintiva que la ley⁴; más aún cuando hacemos una observación desde la cosmovisión indígena la costumbre tiene validez y obligatoriedad porque nace de la voluntad de una autoridad indígena, lo cual evidencia que la costumbre no nace de la ley, en razón de que no es necesario que la ley le otorgue reconocimiento para que sea jurídica, ya que históricamente la ley llegó con el conquistador cuando ya preexistía la costumbre, el derecho consuetudinario. Si la ley es fuente del derecho en la cultura occidental, pues con más razón la costumbre debe ser acatada por los indígenas⁵.

El error de prohibición

Una vez que hemos identificado cuál es la fuente de derecho en la justicia indígena, es determinante definir el error de prohibición para empezar con nuestro estudio, por tanto es oportuno decir que “la validez del orden jurídico no puede depender de la conciencia individual y que la llamada «conciencia de la antijuridicidad» no puede identificarse con la voz de la «conciencia individual». No obstante, partiendo de estas dos afirmaciones fundamentales, también afirmamos que la conciencia indi-

4 GALARZA PAZ, GALO (2002). “Justicia y derecho en la administración de justicia indígena”, en JUDITH SALGADO (comp.). *Justicia indígena: aportes para un debate*. Quito: UASB y Programa Andino de Derechos, p. 75.

5 MENDOZA, MOISÉS FRANCO (1997). *La ley la costumbre en la cañada de los once pueblos*. México: Colegio de Michoacán ed., p.195.

vidual no carece totalmente de relevancia para el derecho, y particularmente para la culpabilidad, sino que la tiene para el error de prohibición”⁶. Así debemos sostener:

Este error puede reconocer distintas modalidades, pero todas tienen idéntica consecuencia. El desconocimiento mismo de la existencia de la norma no se limita a la hipótesis en que el agente no conoce su existencia legal, sino que abarca también al supuesto en que el autor la conoce pero no sabe que su conducta choca con ella en razón de un error en la interpretación de la norma, sea porque directamente entienda mal la norma (lo que algunos autores llaman error de subsunción) o porque crea que ésta no es válida, *por ser contraria a otra norma de superior jerarquía, o porque supone que está en un ámbito espacial diferente* o que ha sido derogada o ha perdido vigencia (hipótesis que la doctrina suele llamar *error de validez*)⁷ [lo resaltado es fuera de texto].

Del enunciado escogido para desarrollar el presente estudio, podemos dilucidar que una de las formas de caer en error es cuando presumimos que estamos en un ámbito espacial diferente y es ahí donde vamos a enfocarnos ya que a nuestro criterio es la única forma en la que se podría hablar de desconocimiento de la costumbre; pues, como ya se dijo, existen tantas justicias indígenas como cuantos pueblos, por tanto cada una de estas tiene su propia costumbre.

Al enfocarnos en el error por suponer que estamos en un ámbito espacial diferente, vamos a encontrarnos directamente con el hipotético de que el visitante desconoce la prohibición de la cultura en la que se encuentra, lo cual, por la gran variedad de culturas existentes es ampliamente posible; sin embargo, es de dejar sentado que todas las prohibiciones existentes en las distintas culturas tienen gran similitud, pues todas ellas parten del bien común o bien jurídico⁸ –*buen vivir de la comunidad*–.

6 ZAFFARONI, RAÚL (1999). *Tratado de Derecho Penal*, Tomo v. Buenos Aires: Ediar, p. 90.

7 ZAFFARONI, RAÚL (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar, p. 734.

8 La Corte Constitucional del Ecuador, en Sentencia 113-14-SEP-CC, dentro del caso 0731-10-EP, 14 de julio del 2014, refiriéndose al bien jurídico por parte de las comunidades indígenas dijo: “*El bien protegido*: como objeto o interés principal para la runa justicia o justicia indígena, está lo que anteriormente señalaba como características o principios generales del *ayllukuna allí kusay* o el ‘bien vivir’ en comunidad (entre familias - *ayllukuna pura*), que conlleva los otros principios o enunciados anteriormente: *apanakuna*, el ser llevados a la convivencia amistosa y armónica (pacífica) con el entorno: *Llakta* (Pueblo - *Ayllu* (familia) – *Pachamama* (Madre Naturaleza – *Pacha* (Divinidad) y el respetarse o *kasunakuy* (el comportarse bien con todos) y respetar a los demás. Así, lo que busca la runa justicia es la protección de la comunidad o el *ayllukuna allí kausay*, el buen vivir entre familias y el estar ‘integrado’ a la comunidad, el proteger la convivencia armoniosa, pacífica, amistosa entre todos y con todo lo que nos rodea... *ayllu*, *llakta*, *pachama*, *pacha*, por eso suelen decir: ‘tenemos que ser llevados entre todos, comportarse bien con todos y no tener problemas con nadie’ y si se presenta alguna ruptura de ese orden establecido hay que convocar a la comunidad, porque es la vida de la comunidad la que está amenazada y buscar cómo solucionar el problema y reprender a quien obra de esta manera. Por supuesto que aunque son los bienes ‘particulares’ o personales los que muchas veces están en juego: robos, linderos, herencias, hijas, hijos, etc., lo que se busca es proteger o

Una conducta que altere esa convivencia social es la que a decir de la justicia debe ser reprendida; se debe esclarecer que una conducta para una cultura puede ser considerada como normal o no desestabilizadora del orden social, mientras que para otra cultura la misma conducta puede ser considerada como anormal y por ende objeto de persecución. Es aquí, en la runa justicia, en donde nos atrevemos a decir que puede acudirse al concepto de conducta normal o anormal, siendo la primera aquella que no altera el orden social, mientras que la segunda por no estar ajustada a los parámetros de convivencia armoniosa, pacífica, amistosa entre todos y con todo lo que los rodea irrumpe con el orden social y por ende debe ser reprendida.

Es evidente entonces que para todas las culturas el robar, matar, violar siempre será una conducta que debe ser reprendida para recuperar así nuevamente el orden social que se vio afectado por la conducta anormal, pues es ahí donde existe una clara distinción entre el bien y el mal [*quien mata, roba, viola o no trabaja es considerado malo y debe ser sanado para que sea bueno y todos puedan vivir armónicamente*].

En consecuencia la problemática radica en aquellas conductas que por sí solas no puede ser consideradas como anormales o malas, sino que son consideradas como inadecuadas por la injerencia de la cultura occidental, teniendo la religión en primer lugar pues algunas culturas indígenas consideran como una conducta desestabilizadora de su orden social a la brujería, mientras que en otras culturas la brujería o

amparar es en cuanto son 'bienes comunales' no de común propiedad pero sí de la comunidad o de alguien de la comunidad. *Lo mismo pasa con el valor de la vida, no se le da un valor en sí mismo como un ser personal o un ente individual sino en cuanto es participe de la familia (ayllu) o comunidad, en cuanto lleva una vida de ayllu o de familia y de comunidad y lo que se busca proteger es precisamente esto: la vida en cuanto un valor de convivencia en común, de entendimiento social y de armonía con los que les rodean.* Cuando alguien mata o asesina a alguien, se busca antes que nada, la solución del 'problema' social o de la 'problemática familiar' bien del fallecido así como del hechor, son dos familias que quedan 'huérfanas', desmembradas, 'el uno en el cementerio y el otro en la cárcel' y aunque en la mayoría de las veces he visto que entregan la causa a la justicia ordinaria tratan de encontrar primero una solución a lo 'social', a lo 'familiar' y luego sí entregan a la justicia ordinaria o en algunos casos como dicen ellos: 'dejamos a Diosito él ha de ver'. Gonzales Holguín presenta *kausay*, como 'Caucani. Vivir, o sustentarse. *Caucay*, el sustento necesario a la vida. *Allipi* o *allinpi caucani*, vivir a gusto' (p. 51), que podríamos decir se aplica para el mundo *kechwa* del Perú; y ya en el *kichwa* ecuatoriano, Grimm la traduce como 'causan, vivir, existir, habitar..., *causai*, vida, edad, conducta, alimento, sustento; allí *causaita causana*, perseverar en el bien' (p. 8) *allicausai*, virtud... (p. 2) y no se encuentra ninguna otra expresión para persona o ser individual o ente a más de *runa* o *runacuna*.

Si el bien primigenio a ser protegido es la comunidad y la vida en comunidad (*ayllukunapura*) una de las principales sanciones o 'penas' que se pueden tomar en contra de un comunero en forma particular o individual será la 'expulsión temporal o definitiva de la comunidad' como consta en la mayoría de los Reglamentos internos de las comunidades y comunas, aprobado por el Ministerio o entidad respectiva del Estado, o la privación de sus 'derechos como comunero' o la 'suspensión temporal' de la vida comunitaria o el impedimento a participar de la vida de la comunidad o en actos o actividades de la comunidad y otras sanciones o penas en este mismo sentido como son 'el goce o disfrute de los bienes comunales' o la participación en Asambleas o Actividades comunitarias, etc., a más de lo que significa la amonestación o el llamado de atención en público, verbalmente o por escrito".

shamanería es propia de sus raíces y de hecho el shamán es una autoridad dentro de la comunidad.

Con esa antesala citamos el siguiente ejemplo:

En 1996, apareció en los medios de comunicación el denominado caso de “Las brujas de Calguasig”. Sucedió que dos mujeres, las hermanas Heredia, habían llegado a esta comunidad indígena (...) con un libro en el que constaban varios nombres, supuestamente afectados por embrujos y maldiciones. Para ser sacados de este libro, los comuneros debían dar grandes cantidades de dinero. La cadena televisiva Ecuavisa cubrió este suceso y realizó un documental, que luego ganó un premio internacional. Las escenas en televisión mostraban, exclusivamente, a dos mujeres en ropa interior mientras eran bañadas con agua fría y azotadas con ramas de ortiga por parte de los comuneros (...). Ante esto, varios sectores sociales dijeron que no se trataba de ninguna forma de tortura, sino del funcionamiento de prácticas comunitarias de sus sistemas de justicia indígena, las cuales se habían preservado a pesar de la violencia social y la discriminación histórica de las que habían sido víctimas millones de seres humanos en Ecuador y en varias partes de América Latina⁹.

Del ejemplo se evidencia que la comunidad indígena Calguasig considera que la brujería es una conducta que genera una ruptura del orden establecido en la comunidad y por tanto es menester convocar a la comunidad, en razón de que son los valores de convivencia de la comunidad los que están amenazados y el deber que corresponde a sus autoridades es solucionar el problema y reprender a quien obra de esta manera, lo que ocasionó que “reprendan” a las hermanas Heredia por practicar brujería.

Si el error de prohibición trae como consecuencia la ausencia de reproche a la conducta, en razón de que no se le puede exigir a una persona que actúe de acuerdo con la norma cuando en esencia desconocía que estaba actuando en contra de ella. Lo mismo debe suceder en la runa justicia, puesto que si las hermanas Heredia desconocían que en la comunidad indígena Calguasig estaba prohibida la brujería no la hubieran practicado o por lo menos eso es lo que se espera.

Si el motivo por el cual la comunidad indígena despliega “el castigo”, “purificación” o “sanación” es devolver el buen vivir a la comunidad, ese buen vivir que se vio amenazado o desestabilizado porque una o varias personas atentaron contra esa paz social por medio de la realización de una conducta prohibida a sabiendas de que no debían hacerlo, es de analizar que la comunidad no tiene la necesidad de sancionar una conducta cuando esta se produjo en desconocimiento de su prohibición, pues no

9 PAZMIÑO, ERNESTO (2013). *Cuadernos para la interculturalidad, Presentación*, n.º 10. Quito: Defensoría Pública, p.7.

se observa ese acto deliberado y dirigido a irrumpir con la paz social por medio de la realización del acto prohibido, sino simplemente que el acto se realizó por evidente desconocimiento y por tanto sin el ánimo de desestabilizar la paz de la comunidad.

En definitiva, si el actuar del comunero que no dirigió su comportamiento a desestabilizar el buen vivir de la comunidad, porque su conducta se desplegó en absoluto desconocimiento de la prohibición existente, no puede ser objeto de represión porque no existe riesgo de desestabilización de la paz social.

Es ahí donde creemos que puede existir lo que dogmáticamente se puede considerar como error de prohibición; pues, si por parte del comunero se desplegó un comportamiento alejado totalmente a desestabilizar el buen vivir, pero adecuado al comportamiento prohibido, no puede ser objeto de purificación o sanación porque no hay nada que sanar ni purificar, en vista de que el comportamiento dañino se desplegó por error.

En el mismo sentido debe entenderse que la conducta desplegada por los integrantes de una tribu que actúa en defensa de lo que considera “buen vivir” y si esta ataca o se defiende de un ataque, o la creencia de un ataque inminente, su conducta estará plenamente justificada, no porque el ataque en efecto iba a suscitarse sino porque la tribu o sus integrantes creían que iban a ser atacados y únicamente se defendieron. Así, los miembros de la cultura huaorani¹⁰, en el oriente ecuatoriano, tienen el convencimiento de que el hombre blanco siempre les matará en cuanto los vea, de modo que deben adelantarse a esta acción, entendiendo que es un acto propio de defensa. En este caso nos hallamos con un error de prohibición culturalmente condicionado. El error de comprensión culturalmente condicionado, por regla general, será un error invencible de comprensión que eliminará la culpabilidad de la conducta¹¹.

Las infracciones cometidas fuera de la comunidad indígena

Es indudable la injerencia de la cultura occidental sobre la cultura indígena, no solo en el campo nacional sino también en el internacional; pues, en aras de respetar el derecho de los indígenas apareció el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales¹² –predecesor del convenio 107–, adoptado el 27 de junio de 1989 por la

10 Su territorio ancestral está situado entre el río Curaray y el río Napo, cerca de 80 kilómetros al sur de Dureno, en un área de la Amazonia de aproximadamente 30 mil km², que por siglos los huaorani han defendido de enemigos indígenas y coloniales, pero que actualmente está amenazada por la exploración petrolífera y prácticas ilegales de registro de tierras.

11 www.alfonsozambano.com/doctrina.../dp-errortipo_errorprohicion.doc.

12 Para mayor información vid. LEARY, VIRGINIA (1999). *La Utilización del Convenio n.º 169 de la OIT para proteger los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Vol. 1. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos ed. También cfr. GARCÍA HIERRO, PEDRO (2000). *Pueblos indígenas y derechos*

Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión, puesto en vigor el 5 de septiembre de 1991 y ratificado por el Congreso Nacional Ecuatoriano, el 14 de Abril de 1998.

El convenio manifestó que en la medida en que se ajusten las prácticas usadas para la represión de los delitos por los pueblos con la norma nacional y los derechos humanos, estas deberán respetarse. Además, manifestó que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia –artículo 9–. Este artículo nos da un límite de la aplicación de las prácticas a la hora de ajusticiar, ya que pone como límite la Constitución y los derechos humanos. También manifiesta que si las autoridades de justicia ordinaria tienen competencia en ciertos delitos penales, tendrán que tener en cuenta la cultura de cada pueblo; no obstante, es necesario comprender de forma intercultural la nueva interpretación de los derechos humanos, ya que al tratar estos hechos desde una concepción occidental es necesario amoldarlos a un solo estado en diversidad, sin que choquen¹³.

Este planteamiento fue arduamente discutido pero finalmente no fue aceptado en Bolivia, pues la propuesta del error de prohibición condicionado también apela a un lenguaje concesivo o residual de la culpabilidad. Siendo inevitable sostener que las realidades de los pueblos ancestrales, o de los restos de ellos, no tuvieron si quiera una pizca de influjo en las bases de la dogmática penal. El mestizaje cultural, tanto en la legislación de indias como en el derecho penal de puertas al siglo XXI, no ha sido capaz de articular una construcción heterogénea en los principales postulados jurídico-dogmáticos, por ende, los colectivos indígenas siempre han tenido un papel marginal en el derecho penal. Lo que prima nuevamente es la hermenéutica de los blancos para interpretar la realidad de los indios¹⁴.

Ahora bien, sin entrar en sentimentalismos, es menester recalcar que en el estadio de la culpabilidad encontramos un largo camino para hablar de un error de prohibición, en la conducta desplegada por los indígenas en un territorio no perteneciente a su comunidad; pues, la cultura occidental ha desarrollado un sin fin de figuras delictivas que difícilmente el indio podría conocer –*lavado de activos, defraudación tributaria, entre otras*–, no solo porque desconoce la ilicitud de su conducta –*prestar su cuenta bancaria*– sino porque está totalmente seguro de que está actuando en el ejercicio de un derecho conforme a la práctica común de sus costumbres, pues, los miembros

humanos: el Convenio 169 de la OIT: vigilancia y exigibilidad. Perú: Centro de Asesoría laboral del Perú ed., Cedral.

13 RIVADENEIRA, VÍCTOR (2014). *La justicia indígena en el Ecuador y sus bases jurídicas constitucionales*. Tesis para obtener el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados del Ecuador. Universidad Central del Ecuador, Quito, p. 46.

14 PALADINES, JORGE (2013). *El derecho penal de 'los blancos' vs el derecho penal de 'los indios'*”, en *Cuadernos para la interculturalidad*, n.º 10. Quito: Defensoría Pública, p. 7.

de comunidades indígenas, como sujetos éticos son y se ven como distintos, y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad psíquica o, en otros términos, con inmadurez psicológica o trastorno mental.

La Corte Constitucional colombiana nos enseña que de acogerse una interpretación en tal sentido, se estaría desconociendo la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: “retraso mental cultural”. En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para “corregirlo”. Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen “naturales” en el grupo que las predica.

No quiere decir lo anterior, que el indígena que es juzgado a la luz del derecho penal deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que esta es producto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas¹⁵.

De ahí evidenciamos que constitucionalmente es aceptado y reconocido que un indígena puede caer en error al desplegar una conducta por desconocer su ilicitud y por ende no puede ser objeto de punición estatal. Claro es el ejemplo suscitado en la cultura otavaleña¹⁶ en donde se acostumbra a entregar a sus hijas para matrimonio antes de los catorce años con el objeto de hacer alianzas familiares. Visto desde esa perspectiva, la conducta no altera el orden social porque es una práctica normal en la comunidad.

Sin embargo, si el mismo caso se percibe en la cultura occidental, es decir, que una familia entregue a su hija menor de catorce años en matrimonio con el objeto de unir a dos familias, sería un evidente delito de violación, en donde los padres y el conviviente serían coautores del ilícito. Ahora bien, consideremos el hipotético de que el matrimonio tuvo lugar en la comunidad otavaleña, pero la pareja decide vivir

15 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-496 de 1996.

16 San Luis de Otavalo, o simplemente Otavalo, es una ciudad de la provincia de Imbabura, en Ecuador, situada a 110 kilómetros al norte de la ciudad de Quito.

en la capital, ahí los vecinos de la pareja deciden denunciar el hecho y procesan al esposo por el delito de violación.

A esa problemática varios autores le dan una solución distinta: a) Por una parte, Gómez Pavajeau sostiene que el caso no pasaría de la tipicidad porque el esposo está haciendo uso de su derecho a mantener relaciones sexuales con su esposa; lo que, a nuestro criterio, no es tan acertado puesto que si se parte de esta postura, se estaría cosificando a la supuesta víctima, en razón de que únicamente se estudia el derecho del sujeto activo a acceder carnalmente pero no la capacidad de la menor para consentir el acto sexual. A nuestro criterio lo que debía discutirse para resolver el caso, sin que pase la barrera de la tipicidad, sería postular la disponibilidad de bienes jurídicos, pues existen bienes jurídicos disponibles y bienes jurídicos que no lo son, siendo que libertad sexual en una persona menor de catorce años es bien jurídico del que no puede disponer, a menos que el matrimonio habilite su disponibilidad; b) La segunda postura es la que el acto no pasaría la barrera de la antijuricidad por actuar bajo el amparo de una norma, pues el matrimonio tiene por objeto la procreación, la cual no puede consumarse si no hay un acto sexual que involucre penetración; es decir, la conducta no sería antijurídica porque su actuar es acorde a la norma; y, c) La tercera postura, la cual no pasaría la barrera de la culpabilidad por existir error de prohibición; pues, el comunero otavaleño estaba convencido de que su actuar era legítimo por ser una práctica común en la comunidad a la que pertenecía, por tanto no puede exigírsele una conducta distinta.

De la tercera hipótesis se vuelve a concluir que no puede haber sanción estatal, cuando el comunero actúa en desconocimiento de la ilicitud de su conducta, por la creencia latente de que su actuar era lícito por ser una práctica ancestral en la comunidad a la que pertenece, lo cual nos trae dos causales de error: a) el desconocimiento de la ilicitud de la conducta y b) la creencia de que está actuando en el ejercicio de un derecho.

Siendo más minuciosos, se puede incluso deducir que el otavaleño actuó creyendo que la tipificación de violación contraría a una norma jerárquica superior, como lo es el Convenio 169 de la OIT, en la que manifiesta que el Estado debe respetar las culturas y creencias ancestrales, por ende debía respetar su matrimonio contraído de acuerdo a sus costumbres.

En definitiva, del presente análisis se colige que la conducta prohibida desplegada por el indígena, sea en su comunidad, en una comunidad vecina o fuera de ella, sin que conozca la prohibición existente, no puede ser objeto de represión indígena y mucho menos de punición estatal pues, por tratarse de desconocimiento o confusión, el agente no necesita ser sanado, purificado o corregido, así como tampoco puede ser objeto de reproche.

Una vez establecido que el indígena no puede ser objeto de punición estatal ni purificación por parte de su comunidad, enfatizamos también que no puede ser objeto

de una medida de seguridad como erróneamente lo afirma la normativa colombiana y lo abaliza su Corte Constitucional, como se verá en los siguientes párrafos.

Posición de la Corte Constitucional de Colombia

En contraposición de la sentencia T-496 de 1996, *–no porque expresamente así lo reconozca sino porque sus argumentos son opuestos–* la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-370 del 2002, realizó un amplio análisis del artículo 73 del estatuto penal, el cual regula la reintegración al medio cultural propio, y establece que esta es la medida de seguridad a ser adoptada para aquella persona que, siendo inimputable por diversidad sociocultural, cometa una conducta típica y antijurídica, concluyendo que esa disposición señala entonces que la medida consiste en la reintegración de la persona a su medio cultural, *“previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a que pertenezca”*. Por tanto sostiene que la inimputabilidad por diversidad sociocultural únicamente puede aplicarse a aquellas personas que hagan parte de culturas que tengan no solo un medio cultural definido, sino que además posean autoridades propias que sean reconocidas y aceptadas por el Estado colombiano, a fin de que pueda llevarse a cabo la correspondiente coordinación entre la autoridad judicial nacional y la autoridad de esa cultura¹⁷.

De ahí se desprende que *la Corte Constitucional colombiana trata al error de prohibición culturalmente condicionado como una suerte de inimputabilidad, lo cual a nuestro juicio es sumamente cuestionable, no solo porque la dogmática las reconoce como dos instituciones jurídicas totalmente diferentes sino por cuanto este tratamiento genera un efecto discriminatorio.*

Para profundizar este punto es necesario entender que la inimputabilidad es una incapacidad psíquica que elimina el delito, cuyos efectos se operan en estratos teóricos previos al de la culpabilidad¹⁸. La consecuencia del acto típico desplegado por el inimputable es la imposición de una medida de seguridad, medida que se aplica

17 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370 de 2002. En esta sentencia la Corte, refiriéndose al ámbito de aplicación concluye: “Por el diseño de la medida de seguridad correspondiente (reintegro a su medio cultural previa coordinación con la autoridad de la cultura), es claro que la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural se predica esencialmente de los indígenas. Sin embargo, el hecho de que no hubieran explícitamente limitado esa figura a los indígenas indica que esta podría ser aplicable en otros casos, si se dan los presupuestos previstos por las disposiciones acusadas, a saber: i) que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, no haya tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural; ii) que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio definido, a donde ese individuo pueda ser reintegrado; y iii) que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado, con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro”.

18 ZAFFARONI, RAÚL (1999). *Tratado de Derecho Penal*, Tomo v. Buenos Aires: Ediar, p. 109.

cuando la colectividad se ve amenazada por el comportamiento peligroso que puede seguir desplegando el inimputable como consecuencia de su estado¹⁹.

La Corte haciendo referencia en su propia jurisprudencia dice que la medida de seguridad “no tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la prevención de futuras y eventuales violaciones de las reglas de grupo. La prevención que aquí se busca es la especial. De acuerdo con este objetivo se conforma su contenido. Otra cosa es que, por su carácter fuertemente afflictivo, también tenga efectos intimidatorios”²⁰, por tanto da a entender que la medida de seguridad *–reintegración del individuo a su cultura–* se da por efectos que responden a la prevención especial, es decir, temen que el indígena vuelva a delinquir por error, lo cual *–a nuestra consideración–* es inaceptable puesto que no se trata de un enfermo mental que no tiene control de sí mismo, sino de un ciudadano que tiene sus facultades cognitivas en perfectas condiciones, el cual simplemente adecuó su conducta a un tipo penal determinado por absoluto desconocimiento de su prohibición.

Muchas son las consecuencias que se desbordan por el hecho de tratar al indígena como inimputable y más aún cuando se le impone una mal llamada medida de seguridad, pues ese hecho acarrea una serie de violaciones a los derechos, como a ser tratado en igualdad de condiciones, a no ser discriminado, a la libre movilidad y al libre desarrollo de la personalidad, como se verá más adelante.

Del derecho a la igualdad formal y material ante la ley.

En el momento en que la Corte Constitucional colombiana interpreta los alcances del artículo 73 del estatuto penal le está dotando de validez constitucional, lo que es un craso error, pues en lugar de dotarle de constitucionalidad debía expulsarlo del ordenamiento jurídico porque atenta contra los derechos del culturalmente diferente, no solo porque lo trata como enfermo mental sino porque lo expulsa de la “cultura occidental”. Al analizar el pronunciamiento de la Corte cuando se refiere a la reintegración del culturalmente diferente a su comunidad, lo único que podemos notar es una posición segregacional adoptada por el Estado, en la cual expulsa al diferente porque lo considera peligroso; mientras que al no diferente “blanco”, cuando comete un delito por desconocimiento de la antijuricidad de su conducta, lo absuelve *–por encontrar un error de prohibición–* y no le impone ninguna medida de seguridad, *lo cual se instituye como un acto totalmente discriminatorio, en desmedro del principio de igualdad.*

19 ROXIN, CLAUSE (1997). *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Civitas, p. 42.

20 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-176 de 1993.

La Corte Constitucional ecuatoriana se ha pronunciado sobre lo que ha de entenderse como “acto discriminatorio”. Así, en la sentencia 245-12-SEP-CC (voto de mayoría), con referencia a la jurisprudencia de su par de Colombia, señaló:

En principio, existe discriminación cuando ante situaciones iguales se da un trato jurídico diferente, lo que permite paralelamente, formaciones diferentes para supuestos distintos. Debe entenderse que el acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende –consciente o inconscientemente– anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, frecuentemente recurriendo a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, cuyo resultado es la vulneración de sus derechos constitucionales (...). El trato discriminatorio no solo se evidencia en el trato desigual o injustificado que la ley hace de personas situadas en igualdad de condiciones, sino que se expresa también en la aplicación de la misma por las autoridades, cuando, pese a la irrazonabilidad de la diferenciación, se escudan bajo el mandato de la legalidad para consumir la violación del derecho a la igualdad (...)²¹.

De ahí se concluye que tanto la Corte Constitucional colombiana como la ecuatoriana tienen idénticos pronunciamientos referentes al derecho a la igual formal y material ante la ley, de los cuales se desprende que la base fundamental para evidenciar la existencia de un trato discriminatorio es dar un trato diferencial a personas que se encuentran en idéntica situación jurídica, sin que constitucionalmente se pueda justificar esa diferenciación. Con esa base postularemos el siguiente ejemplo, con el objeto de dilucidar el trato discriminatorio existente hacia el indígena: *un bogotano y un miembro de una comunidad indígena cometen un acto típico y antijurídico por*

21 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 245-12-SEP-CC, del 24 de julio del 2012. Más adelante, en la misma sentencia, con cita en el autor Joaquín García Morillo, la Corte señala: “*El derecho a la igualdad está dotado de un carácter genérico, en la medida que se proyecta sobre todas las relaciones jurídicas, en especial, sobre las que se forjan entre los ciudadanos y los poderes públicos. No se trata de exigir un derecho a ser igual que los demás, sino a ser tratado igual entre quienes se encuentran en idéntica situación (...)*”. De igual modo, la Corte Constitucional, al referirse al significado del principio de igualdad contenido en el Art. 11.2 de la Constitución, en sentencia No. 160-12-SEP-CC, ha señalado que: “*(...) en términos generales, podríamos decir que en este precepto constitucional, el principio de igualdad implica la exclusión de todo trato desigual que no pueda justificarse constitucionalmente, esto es, que el principio de la igualdad ante la ley obliga a que esta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las establecidas en la Constitución o en la norma secundaria*”. Más adelante, en la misma sentencia, la Corte se refiere al principio de igualdad formal y material consagrado en el Art. 66.4 de la Ley Fundamental, en los siguientes términos: “*Esta precisión normativa alude a que la igualdad formal no es sino el reconocimiento del mismo ordenamiento jurídico para todos, sin discriminación alguna; en cambio, la igualdad material o sustancial consiste en hacer efectivo aquel principio, adoptando medidas favorables para cambiar las situaciones de desigualdad, de manera que pueda alcanzarse la igualdad real o efectiva de todos los ciudadanos en la titularidad y ejercicio de sus derechos, con independencia de cuales fueren sus condiciones socioeconómicas, culturales, sociales, de género, etc.*”.

desconocimiento absoluto de la antijuricidad de su conducta, en el transcurso del proceso se evidencia un claro error de prohibición por lo cual se confirma la inocencia de ambos acusados, al bogotano lo libera inmediatamente pero al indígena se le aplica una medida de seguridad y se gestiona su reingreso a su comunidad, de ahí podemos evidenciar un trato diferenciador a personas que se encontraban en idéntica situación jurídica, pues al bogotano se le permite seguir viviendo en su domicilio, mientras que al indígena se lo expulsa de la ciudad y se le obliga a regresar a su comunidad de la cual no debe salir.

Del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

El trato que se le da al indígena no solo es discriminatorio porque denota un trato preferencial hacia el “blanco”, que puede vivir en donde le plazca mientras que el indio solo en su comunidad, sino porque impide desarrollarse libremente en razón de que se le quita su capacidad de autodeterminarse. El derecho al libre desarrollo de la personalidad conlleva autonomía para los individuos en cuanto pueden adoptar la opción de vida que consideren, por ende el Estado debe brindar las condiciones para su ejercicio disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas²², independientemente de origen y pertenencia cultural; por tanto, si el indígena decide por sí mismo que su plan de vida no está en su comunidad el Estado no puede interponerse y obligarlo a vivir en ella.

La primera y más importante de todas las consecuencias del derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía, consiste en que los asuntos que solo a la persona le atañen, solo por ella deben ser decididos –*decidir por ella es arrebatarle su condición ética, reducirla a su condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen*– es decir, cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre su propia vida, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia²³; por tanto, si el culturalmente diferente decide salir de la comunidad en la que creció porque en esa cultura no le encuentra el sentido a su existencia, este tiene el pleno derecho de buscarla en otro lugar, salir a la ciudad, tener una pareja, una familia ciudadana, un trabajo empresarial... y el Estado no puede interrumpir su plan de vida²⁴, tomar la decisión por ella

22 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-336 del 2008.

23 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006.

24 La Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-336 de 2008, manifestó que la dignidad humana está directamente relacionada con el proyecto de vida de cada persona: “Declarar que la dignidad humana representa el primer fundamento del Estado social de derecho implica consecuencias jurídicas a favor de la persona, como también deberes positivos y de abstención para el Estado a quien corresponde velar porque ella cuente con condiciones inmateriales y materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida. Por condiciones inmateriales se entienden los requerimientos éti-

y obligarla a vivir en su comunidad, *–pues si el plan de vida del indio es salir de su comunidad, debe salir de ella y el Estado no puede invadir ese deseo e impedirselo porque cree que es peligroso para “los blancos” –.*

CONCLUSIÓN

De lo expuesto a lo largo del presente análisis podemos concluir que el error de prohibición cometido por el indígena en ocasión de que desconocía la antijuricidad de su conducta o por creer que está actuando en estricta legalidad *–apego a costumbres y creencias ancestrales–* se traduce en error de prohibición culturalmente condicionado, el cual no puede ser objeto de punición estatal porque no hay reproche que formular, así como tampoco puede ser objeto de purificación por parte de su comunidad, en razón de que al tratarse de un error o confusión no necesita ser sanado ni purificado.

Del mismo modo podemos advertir que no puede tratarse al error de prohibición culturalmente condicionado como una suerte de inimputabilidad, pues al hacerlo se genera un trato discriminatorio que limita el libre desarrollo de la personalidad, puesto que le impide al culturalmente diferente tener un plan de vida fuera de su comunidad, por lo que el artículo 73 del estatuto penal debe ser expulsado del ordenamiento jurídico por atentar contra los derechos fundamentales de los culturalmente diferentes.

BIBLIOGRAFÍA

CHUQUINA CÓNDOR, EDDIE (coord.) (2009). “Manual informativo para pueblos Indígenas”, en *La justicia en los países andinos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

GALARZA PAZ, GALO (2002). “Justicia y derecho en la administración de justicia indígena”, en JUDITH SALGADO (comp.). *Justicia indígena: aportes para un debate*. Quito: UASB y Programa Andino de Derechos, pp. 69-82.

GARCÍA FALCONÍ, RAMIRO J. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima: Ara Editores.

cos, morales, axiológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona y que siendo intangibles e inmanentes deben ser amparados por el Estado, pues de otra manera la persona podría ser objeto de atentados contra su fuero íntimo y su particular manera de concebir el mundo. Por condiciones materiales han de entenderse los requerimientos tangibles que permiten a la persona vivir rodeada de bienes o de cosas que, según sus posibilidades y necesidades, le permiten realizar su particular proyecto de vida”.

GARCÍA HIERRO, PEDRO (2000). *Pueblos indígenas y derechos humanos: el Convenio 169 de la OIT: vigilancia y exigibilidad*. Perú: Centro de Asesoría laboral del Perú, Cedal.

LEARY, VIRGINIA (1999). *La Utilización del Convenio No. 169 de la OIT para proteger los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Vol. 1. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

MENDOZA, MOISÉS FRANCO (1997). *La ley la costumbre en la cañada de los once pueblos*. México: Colegio de Michoacán.

PALADINES, JORGE (2013). “*Derecho penal de ‘los blancos’ Vs. Derecho penal de ‘los indios’*”, en *Cuadernos para la interculturalidad*, n.º 10. Quito: Defensoría Pública, pp. 11-19.

PAZMIÑO, ERNESTO (2013). *Cuadernos para la interculturalidad, Presentación*, n.º 10. Quito: Defensoría Pública.

RIVADENEIRA, VÍCTOR (2014). *La justicia indígena en el Ecuador y sus bases jurídicas constitucionales*. Tesis para obtener el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados del Ecuador. Universidad Central del Ecuador, Quito.

ROXIN, CLAUS (1997). *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Civitas.

ZAFFARONI, RAÚL (1999). *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V. Buenos Aires: Ediar.

ZAFFARONI, RAÚL (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar.