

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PENAL DE SUJETOS PERTENECIENTES A GRUPOS CULTURALMENTE DIFERENCIADOS (CASOS DEL INDÍGENA Y COSTUMBRES DE ORIGEN AFROAMERICANO)*

JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Responsabilidad penal del indígena: algunas soluciones legales y doctrinales en Latinoamérica. 1. El indígena como inimputable. 2. El indígena como sujeto que actúa bajo error de prohibición. **III.** Opinión personal. 1. Caso del indígena no integrado. 2. Caso del indígena integrado al Estado total o parcialmente. 3. Caso de costumbres de origen afroamericano.

I. INTRODUCCIÓN

En la realidad latinoamericana, se puede hablar desde muchos puntos de vista de la existencia de culturas diferenciadas. Comunidades indígenas y grandes sectores de población comulgan con creencias y valores distintos a los reflejados en las leyes dictadas por el Estado. Además, en el ámbito jurídico, es patente la vigencia de textos normativos extraídos de realidades ajenas a las del propio continente, lo

* El texto reproduce, fundamentalmente, la conferencia dictada el 17 de marzo de 2005 en el XII Congreso de Estudiantes de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona sobre «Lo “local” en derecho penal: tratamiento jurídico-penal de las creencias e ideologías minoritarias». Se exponen algunas ideas sobre un problema que, evidentemente, es muy difícil de resolver y que, para su total solución, además, supone conocimientos antropológicos que no poseo. No

cual, obviamente, acrecienta aún más el choque de culturas. Por lo tanto, con relación a todos estos grupos, se plantea el problema de la coexistencia de órdenes normativas distintas e, inclusive, la no adopción del ordenamiento jurídico del Estado por parte de dichos grupos. Esta cuestión, obviamente, es más grave cuando una de las normas en conflicto tiene carácter penal, lo que hace posible la reacción coactiva más grave del Estado en el orden interno: la punición del infractor.

Aunque las normas jurídicas, por regla general, se dirigen a los miembros de colectividades indiferenciadas, y de allí sus caracteres de generales y abstractos, esto no es óbice para que estas normas de derecho establezcan regulaciones excepcionales en razón de las particularidades de sus destinatarios. En el ámbito del derecho penal, esta última circunstancia se puede apreciar en algunas disposiciones penales latinoamericanas, las cuales eximen de responsabilidad penal a miembros de otras culturas, usualmente de las comunidades de origen indígena, cuando realizan algún hecho tipificado como delito en la legislación del Estado.

En la primera parte de este breve trabajo, me referiré al caso de las comunidades indígenas, las cuales son bastante numerosas en América Latina, y, a continuación, desarrollaré someramente la problemática de otras comunidades diferenciadas culturalmente.

II. RESPONSABILIDAD PENAL DEL INDÍGENA: ALGUNAS SOLUCIONES LEGALES Y DOCTRINALES EN LATINOAMÉRICA

Con relación a este punto, son indígenas aquellos descendientes directos de los ocupantes originales del territorio americano al momento de la llegada de los conquistadores europeos que no hayan sufrido un mestizaje importante y que mantengan todas o gran parte de sus costumbres ancestrales. La doctrina y legislación penales latinoamericanas se han referido tradicionalmente al caso en el que dichas personas realizan un hecho tipificado como punible en la legislación penal. Al respecto, se aprecian dos tendencias que consideran al indígena irresponsable exento de pena cuando existe la imposibilidad de cumplimiento de la norma jurídico-penal. Así, una primera posición considera al indígena inimputable de forma semejante a un enfermo mental o a un menor de edad, mientras que la otra tendencia vincula la irresponsabilidad del indígena al llamado error de prohibición. A continuación, me referiré a estas dos vías.

1. El indígena como inimputable

Como ejemplo de esta primera solución se puede citar el artículo 33 del Código Penal colombiano, en el que se establece que es inimputable la persona que no tenga la capacidad de comprender la licitud de su acto o sea incapaz de determinarse

según dicha comprensión en razón, entre otras causas, de «diversidad sociocultural o estados similares».¹ Como puede apreciarse, esta disposición prevé como causa de inimputabilidad la «diversidad sociocultural» que origine, como dicho artículo expresamente lo señala, una incapacidad de comprensión o de determinación. El artículo 69, inciso 4, del mismo código estatuye, como medida para inimputables de este tipo, la «reintegración al medio cultural propio», medida cuya forma de ejecución se establece en el artículo 73 de dicha ley.

Esta solución de la legislación colombiana es admitida por una parte de la doctrina. Así, por ejemplo, Alfonso Reyes Echandía considera que los indígenas, por ser habitantes del territorio colombiano, no podrían estar exceptuados del cumplimiento de la ley nacional; por lo tanto, se hallan sometidos a la legislación penal ordinaria.² Además, afirma textualmente dicho autor que «[...] siendo la actividad psicofísica del agente presupuesto de su eventual responsabilidad y estando los indígenas en condiciones de desplegar una tal actividad, no puede menos que concluirse que son aptos para realizar conductas típicas».³ Sin embargo, aunque admite la capacidad psicofísica del indígena, se pronuncia Reyes Echandía por su inimputabilidad, la cual no depende de una inmadurez mental (edad o enfermedad mental), sino de una falla en los mecanismos de adaptación social causada «casi siempre» por una brusca incursión a un medio cultural desconocido para ellos.⁴ Como salta a la vista, se trata de un concepto de inimputabilidad distinto al de la doctrina dominante —la cual él denomina «natural»—. Desde mi punto de vista, es patente una contradicción en la opinión de Reyes Echandía, ya que, por un lado, admite la existencia de un choque de culturas en relación con el problema sobre la posible responsabilidad penal del indígena, pero, a su vez, defiende el principio de soberanía del Estado para aplicar su ley sobre dichos indígenas.⁵ Además de lo anterior, dicho autor le atribuye carácter relativo a la inimputabilidad del indígena:

En la medida en que vayan conociendo, comprendiendo y asimilando (*scil.* los indígenas) las normas éticas, culturales y legales que rigen la vida de relación en

1 Textualmente, dice el referido artículo: «Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares [...]».

2 Reyes Echandía 1987: 103.

3 *ib.*: 103.

4 *ib.*: 61.

5 Afirma Reyes Echandía que el llamado «indígena no civilizado o salvaje es tan civilizado como nosotros; lo que ocurre es que pertenecemos a civilizaciones distintas. Podría entonces decirse que la criminalidad del indígena puro es el resultado de un conflicto de civilizaciones» (1997: 61).

ese conglomerado gobernante, podrán comportarse adecuadamente [...]. Por eso el concepto de inimputabilidad de los indígenas es también relativo, en cuanto supone análisis previo de su situación personal para determinar el grado de conocimiento y comprensión que tienen de las leyes y costumbres de la sociedad gobernante.⁶

Al aludir Reyes Echandía al análisis previo de la situación personal del indígena («para determinar el grado de conocimiento y comprensión que tienen de las leyes y costumbres de la sociedad gobernante»), pareciera mezclar aspectos relativos a la imputabilidad y otros vinculados al conocimiento del ordenamiento jurídico, y, por lo tanto, al llamado «conocimiento de la prohibición». No se explica por qué dicho autor no aludió al error de prohibición para fundamentar dicha irresponsabilidad cuando sus argumentos giran en torno a esta figura.

En Venezuela, a escala doctrinal, también sostiene una posición semejante Mireya Bolaños, aunque, a veces, a partir de su exposición, no queda claro si expone su opinión personal o solo describe una posible vía de solución al problema. Así, siguiendo al propio Reyes Echandía, sostiene dicha autora que el indígena es inimputable pero no en razón de una menor capacidad o incapacidad, sino en razón de una «valoración de fenómenos psico-socio-culturales».⁷ Agrega, usando, al igual que Reyes Echandía, un baremo propio de la determinación del error de prohibición, que, para la existencia de dicha inimputabilidad, debe precisarse el grado de «interculturalidad» presente en un sujeto, así como la participación y la asimilación del modelo de la cultura dominante (peritaje antropológico).⁸

Igualmente, un voluminoso proyecto de Código Penal procedente del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, presentado ante el órgano legislativo en el año 2005, califica a los indígenas como inimputables. Concretamente, expresa el artículo 68 del mencionado proyecto, bajo el título «inimputabilidad del indígena», lo siguiente: «El juez podrá declarar inimputable al indígena que ejecute una conducta tipificada como punible, teniendo en cuenta su inadaptación a la cultura y su eventual incapacidad para comprender la ilicitud de tal conducta o para adecuarla a las disposiciones del Derecho».⁹

6 Reyes Echandía 1997: 61.

7 Bolaños 2002: 115.

8 Ib.: 115-116. En la página 124 de dicho trabajo, esta autora confirma el recurso a la inimputabilidad. No obstante, también recurre al error de prohibición para el tratamiento del indígena no integrado utilizando la antigua teoría del dolo (Bolaños 2002: 118). En todo caso, según Bolaños, el problema debe ser resuelto a escala de la culpabilidad, bien aludiendo a la imputabilidad o bien mediante el error de prohibición.

9 Cf. <www.tsj.gov.ve/información/miscelaneas/anteproyecto.codigo_penal.html>

2. El indígena como sujeto que actúa bajo error de prohibición

A diferencia de la posición anterior, otro sector de la legislación penal latinoamericana recurre al error de prohibición para fundamentar la irresponsabilidad del indígena. Así, por ejemplo, el Código Penal peruano vigente, en el artículo 15, establece la eximente de responsabilidad penal de quien «por su cultura o costumbres comete un hecho penal sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión».¹⁰

También, en la doctrina penal latinoamericana, se han pronunciado varios autores en este sentido. El más importante defensor de esta corriente es Eugenio Zaffaroni, quien califica de «absurda» la tesis de que «los indígenas son imputables o que se hallan en estado peligroso».¹¹ Considera el referido autor que el indígena se encuentra bajo un error de comprensión, el cual constituye un error directo de prohibición: la persona conoce la norma prohibitiva pero no se le puede exigir su comprensión, no se le puede exigir su introyección o internalización «como parte de su equipo valorativo». Estos supuestos suceden, especialmente, cuando el agente pertenece a una cultura o subcultura diferenciada, donde se internalizan «valores diferentes e incompatibles».¹² Esta argumentación es muy semejante a la de Reyes Echandía, concretamente el «fallo de adaptación» aludido por este autor, aunque, correctamente, Zaffaroni no acude a la creación de un nuevo concepto de imputabilidad. En cuanto a los efectos, sostiene este último que el error de comprensión «culturalmente condicionado» será, por regla general, un error invencible de prohibición que eliminará la culpabilidad de la conducta,

10 Textualmente, se dice: «Error de comprensión culturalmente condicionado. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena». Según José Hurtado Pozo, se trata de un cambio que «[...] implica la búsqueda de nuevas formas de tratamiento de los miembros de comunidades culturales diferentes en caso que cometan un acto considerado delictuoso por el sistema penal predominante. El objeto ha sido el de abandonar todo criterio étnico o cultural para calificar a estas personas como incapaces» (1979: 6).

11 Zaffaroni/Plagia/Slokar 2000: 705. En otra de sus obras, Zaffaroni sostiene que dicha tesis «[...] es hija de un etnocentrismo inadmisibles, que desprecia por inferiores a las culturas indígenas [...]. La única razón que puede justificar semejante actitud es la de asumir la posición de conquistador y considerar que nuestra propia cultura es la superior y que las restantes deben desaparecer por inferiores, presentando también la condición de inferiores sus integrantes mientras la compartan. Semejante criterio, que no puede ser más brutal a la luz de una mínima consideración a la dignidad humana, sería inadmisibles entre nosotros, por afectar el principio de igualdad ante la ley» (1982: IV, 202-203).

12 Zaffaroni/Plagia/Slokar 2000: 704. A esta categoría, Zaffaroni la denomina también «error de comprensión culturalmente condicionado» (1985: 550).

aunque el condicionamiento cultural no necesariamente dará lugar a un error de prohibición, sino que, inclusive, puede acarrear un error de tipo.¹³

También Gladys Yrureta, en su clásica obra sobre la responsabilidad penal del indígena, se pronuncia en contra de la calificación del indígena no integrado como inimputable, porque esta vía implica considerarle inferior a los demás, aunque se argumente que esa inferioridad no es mental ni biológica, «sino derivada de las circunstancias ambientales en que el aborígen ha desarrollado su vida primitiva, reforzadas estas por el bajo nivel económico, social y educacional en que se le mantiene».¹⁴ Esta última posibilidad, agrega dicha autora, supone que el indígena «[...] carece de algo que insensiblemente adquieren todos los demás hombres sin esfuerzo alguno, que es la capacidad de apreciar la ilicitud de ciertos hechos socialmente dañinos y de conducirse de acuerdo con esta apreciación. Lo cual lleva, en último término, a achacar al indígena deficiencias que no se reconocen en las razas dominantes».¹⁵ Partiendo de lo anterior, Yrureta considera lógica la vía del error de prohibición para tratar el caso de los actos punibles cometidos

13 Zaffaroni 1985: 550-551. Concretamente, menciona este autor el caso de error sobre la causalidad, el cual da origen a una defensa putativa: «Así los miembros de la cultura Ahuca, en el oriente ecuatoriano, tienen el convencimiento de que el hombre blanco siempre les matará en cuanto les vea, de modo que deben adelantarse a esta acción, entendiéndola que es un acto de defensa. En tal caso, nos hallaremos con un error de prohibición culturalmente condicionado pero que será una justificación putativa y no un error de comprensión [...]. Por una concepción errónea de la causalidad, puede creerse en una causalidad mágica y entender que se defiende legítimamente de quien se cree seriamente le está causando la muerte con sortilegios, lo que es muy común en las culturas africanas, requiriendo, para conjurar los mismos, muertes particularmente crueles de los “brujos”. Aquí también tendremos un caso de defensa putativa basada en un error sobre la concepción de la causalidad [...]. Estos errores sobre la causalidad pueden dar lugar a errores de tipo: quienes someten a ciertos tratamientos a un hombre para curarlo, particularmente en la creencia de que es menester propinarle una golpiza para “quitarle el diablo” (idea común en el altiplano), pueden causar la muerte del paciente así “tratado”, pero no será una conducta dolosa de homicidio, porque media un error de tipo (error acerca de la causalidad)» (1985: 551). Cf. Zaffaroni 2000: 705. Por lo tanto, Zaffaroni distingue entre el error condicionado culturalmente que da origen a un error de prohibición y el error condicionado culturalmente que acarrea un error de tipo. En este último caso, llama la atención que Zaffaroni, quien, al menos al momento de escribir su manual, se mostraba afín al finalismo, trate el caso del desconocimiento de los presupuestos objetivos de una causa de justificación como en gran parte de los ejemplos arriba citados, como un error de tipo, lo cual contradice una premisa fundamental del finalismo ortodoxo, la llamada «teoría estricta de la culpabilidad», según la cual dicho error constituía un error de prohibición. A lo mejor, ello explica la traición del subconsciente en Zaffaroni cuando expresa, en el texto transcrito, la siguiente frase: «En tal caso, nos hallaremos con un *error de prohibición culturalmente condicionado pero que será una justificación putativa* y no un error de comprensión» (cursivas mías).

14 Yrureta 1981: 126.

15 *Ib.*: 126. En igual sentido, Yrureta 1980: 648 y s(s).

por indígenas,¹⁶ cuestión que extiende, incluso, al caso del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.¹⁷

III. OPINIÓN PERSONAL

Como se vio anteriormente, las legislaciones penales latinoamericanas que contienen normas especiales sobre las comunidades indígenas y gran parte de la doctrina penal recurren a la culpabilidad aludiendo a la imputabilidad o al llamado error de prohibición para el tratamiento de los delitos cometidos por estos. Esta circunstancia llama poderosamente la atención, particularmente que sea la propia doctrina penal dominante la que avale tal solución, ya que la culpabilidad presupone un injusto, es decir, un hecho contrario al ordenamiento jurídico, lo que implica considerar que el acto cometido por el indígena es de tal naturaleza, aunque no sean culpables. Dicha solución parte de que el ordenamiento jurídico correcto es el del Estado y no el de la comunidad indígena; de allí, su tratamiento como persona «equivocada». Por lo tanto, se valora el hecho realizado por el indígena «desde afuera». Desde mi punto de vista, es de suma importancia resaltar este aspecto, ya que el hecho cometido por un indígena no debe ser tratado necesariamente en el ámbito de la culpabilidad.

Así, en cuanto al recurso a la inimputabilidad, esta categoría ha sido siempre vinculada a la posibilidad de autodeterminación; de allí que, según la doctrina dominante, su exclusión se vincule a impedimentos psicofísicos que limitan total o parcialmente dicha posibilidad de determinación. En consecuencia, resulta bastante cuestionable afirmar que el indígena carece de capacidad, a menos que se piense absurdamente que en él existe una especial minusvalía.

16 Yrureta 1981: 127 y s(s); Yrureta 1980: 654.

17 *Ib.*: 130. Esta extensión es criticable, ya que tratar el error sobre dichos presupuestos como un supuesto de error de prohibición perjudicaría a la persona que incurre en él, concretamente si se aplica la llamada teoría estricta de la culpabilidad: el error vencible de esta clase daría lugar a una atenuación de pena y se mantendría el respectivo tipo doloso. Además, esta forma de error constituye un auténtico error de tipo, ya que el autor realiza un tipo penal por su equivocación sobre las circunstancias fácticas del hecho que lo conducen a actuar bajo la creencia de que le está permitido hacerlo. La creencia de que está autorizado a actuar de esa forma surge posteriormente de haber incurrido en un error sobre las circunstancias fácticas que motivarían el actuar bajo la causa de justificación. En suma, en el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, concurren dos errores, uno sobre los hechos y, posteriormente, uno sobre la norma derivado del primero. Obviamente, debe prevalecer el primero a los fines de determinar la clase de error. Esta autora no desarrolla el caso más problemático, el del indígena que interactúa en ambas comunidades (a menos que Yrureta considere que dicho indígena tampoco esté integrado, al menos no integrado totalmente).

Además, considero criticable la propuesta del error de prohibición como solución total del problema de la responsabilidad penal del indígena, sobre todo cuando se refiere al supuesto del indígena no integrado.¹⁸ En efecto, en esta proposición, se resalta mayormente lo antes dicho, ya que el error de prohibición supone un injusto, es decir, tiene como supuesto que el ordenamiento jurídico con referencia al cual se determina la equivocación del sujeto constituye el esquema de valores correcto, mientras que la propia persona individualmente considerada, en este caso el indígena, se encuentra en una situación de equivocación. Esta afirmación me parece totalmente absurda e inaceptable en relación con una persona que actúa usualmente dentro de su comunidad, con contactos ocasionales con el Estado dominante.

La sola regulación normativa del caso de los indígenas plantea el problema de la legitimidad del derecho, ya que estas comunidades son los habitantes milenarios del territorio sobre el cual un Estado ejerce su jurisdicción. Por lo tanto, en el fondo de todo este asunto, yace la cuestión de la legitimación de un Estado para aplicar su ordenamiento jurídico a comunidades preexistentes a este y cuyas costumbres pueden contradecir las normas de dicho Estado. En razón de esto, considero que las soluciones normativas sobre la responsabilidad penal de estas comunidades deben respetar lo más posible sus particularidades para evitar, así, caer en estigmatizaciones o en imposiciones unilaterales del modelo dominante.

Partiendo de lo anterior, estimo que deben distinguirse grupos de casos para lograr una solución correcta, justa, si cabe el término, para el caso de indígenas que cometen algún hecho considerado punible por la legislación dominante.

1. Caso del indígena no integrado

Un primer grupo lo constituyen los llamados «indígenas no integrados», es decir, aquellos indígenas que desarrollan su vida dentro de su comunidad autóctona, aislados totalmente o con contactos ocasionales con la sociedad dominante. Aun cuando se trate de casos muy excepcionales en Latinoamérica (v. gr. algunos miembros de comunidades indígenas en la Amazonía), si una persona perteneciente a una comunidad semejante comete un hecho tipificado como delito según la legislación del territorio del Estado donde se encuentra, en ejercicio de los usos y costumbres de su comunidad (por ejemplo, delitos contra el medio ambiente, delitos sexuales —relaciones sexuales con menores de edad— o, inclusive, delitos más graves como sería algún acto de violencia cometido contra un visitante ajeno a la comunidad), habría que considerar, ante todo, si dicho hecho puede ser

18 Como pareciera hacerlo Yrureta 1981: 130.

valorado como injusto. El problema, en este caso, no se soluciona afirmando simplemente que se trata de un error de prohibición, sino, por el contrario, exige determinar, previamente, si el hecho cometido es contrario al derecho del Estado.

Como posibles soluciones para fundamentar la irresponsabilidad del indígena no integrado, sin necesidad de valorar negativamente el hecho, pudieran mencionarse las siguientes:

- a. Sustener que se trata de un hecho cometido fuera del ámbito de la jurisdicción penal del Estado, semejante a un caso de extraterritorialidad. Si bien el Estado ejerce su jurisdicción sobre todo el territorio, la legislación aplicable a dichas comunidades originarias deberá limitarse a la protección de dichas personas y, en modo alguno, incluir normas que intenten motivar la conducta de los miembros de dichas comunidades mediante la amenaza de una sanción penal. El Estado podría intervenir en estas comunidades con fines tuitivos o bien en casos de extrema violencia. Sin embargo, aun en los casos extremos de intervención, el Estado dominante carecería de legitimidad para imponer una pena. Seguramente, los defensores del principio clásico de soberanía se escandalizarían al pensar en la existencia de un grupo de personas habitantes del territorio al margen del ordenamiento jurídico. Se piensa que el Estado debe ejercer su jurisdicción sobre todo el territorio del Estado y, de allí, el rechazo a tal solución. No obstante, puede argumentarse a favor de esta solución que si moderadamente los Estados en los procesos de integración supranacional ceden parte de su soberanía con el fin de lograr ordenamientos jurídicos comunes, lo cual acarrea renunciar a su potestad de jurisdicción sobre determinados asuntos, entonces, nada obsta para que el Estado, de igual forma, ceda parte de su soberanía en el ámbito interno con el fin del reconocimiento de las costumbres y usos de las comunidades indígenas que habitan su territorio. Obviamente, esta solución solo sería viable de *lege ferendae*.
- b. Otra solución sería recurrir a la ausencia de pena por falta de necesidad de prevención general. Dicha ausencia de necesidad existiría *ab initio*; por lo tanto, no haría falta analizar el caso concreto para determinar si es necesario o no punir.
- c. Una tercera vía tiene un carácter más dogmático y no implica una reforma del ordenamiento jurídico. En tal sentido, ya que se trata de un hecho típico que el indígena realiza bajo el amparo de su ancestral costumbre y, además, dicha persona no tiene contacto alguno con las normas del Estado dominante, este puede considerar dicho hecho como conforme a derecho, es decir, justo. Para ello, basta acudir a la tradicional causa de ejercicio legítimo de un derecho

o cumplimiento de un deber.¹⁹ No obstante, estos últimos términos no serían los adecuados si el hecho realizado por el indígena fuese también reprochable (sancionado) por la propia comunidad indígena, es decir, en el caso de que la conducta delictiva para el Estado dominante sea también reprobable según el esquema de valores de la comunidad autóctona. En este último supuesto, considero que el Estado puede intervenir para aplicar una sanción penal, sobre todo porque el ordenamiento penal estatal no protege solo los bienes jurídicos de un sector de la población, sino de todos los habitantes del Estado e, incluso, en algunos casos, de la sociedad global. Así, la afectación de un interés cuyo titular podría ser un propio miembro de la comunidad indígena, sin norma o costumbre de la comunidad que lo justifique, permitiría la intervención del Estado.

En todo caso, esta tercera solución conduciría a plantear la cuestión de la necesidad de que el Estado, expresamente, mediante una norma constitucional²⁰ o legal, atribuya carácter vinculante a las normas y costumbres de la comunidad indígena, o si basta la simple existencia de la colisión de ordenamientos para que el juez solucione el problema. Personalmente, considero que no es necesario el expreso reconocimiento de las normas indígenas por parte del Estado. El juez, en el caso concreto, deberá resolver la colisión de normas planteadas.

En mi opinión, esta última solución es preferible para el caso del llamado «indígena no integrado» y, como señalé de pasada, aplicable de forma inmediata. En efecto, en este caso, en el cual el ordenamiento jurídico del Estado es totalmente ajeno para el indígena no integrado, parecería lógico que prevalezcan las costumbres de la comunidad indígena y, por lo tanto, no considerar el hecho como injusto siempre que este se haya realizado en ejercicio de las normas propias de la comunidad. Si, como señalé anteriormente, dichas comunidades ocupan un territorio antes que los fundadores del Estado, mal se les puede aplicar el ordenamiento jurídico de una comunidad distinta. Por lo tanto, el Estado dominante no debería valorar el hecho cometido, siempre y cuando este responda al ejercicio de una norma propia de la comunidad.

2. Caso del indígena integrado al Estado total o parcialmente

El segundo grupo está constituido por las comunidades indígenas integradas a la sociedad dominante, caso más frecuente en América Latina y, evidentemente, el

19 En este sentido, García Victor 1994: 22; Yrureta 1981: 117. Obviamente, acudir al ejercicio legítimo de un derecho implica reconocer la validez de la normativa emanada de la comunidad autóctona.

20 Como es el caso de la Constitución venezolana en su artículo 119.

más problemático.²¹ Se trata de comunidades indígenas que mantienen costumbres ancestrales y, además, interactúan con la sociedad dominante. Inclusive, se observa en la región, que algunos de dichos sectores indígenas poseen representación parlamentaria, la cual sirve como puente entre la comunidad autóctona y el Estado, todo lo cual obliga a que dichas comunidades originales se relacionen directa o indirectamente con el ordenamiento estatal.

En principio, considero que, al indígena que se integra, que tiene contacto con la sociedad ajena como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se le puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas de Estado. Por lo tanto, este puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobala cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona.²² Si el indígena se integra a la sociedad para disfrutar de sus beneficios (en materia de salud, medios de comunicación, educación, etcétera), también se le puede exigir un determinado comportamiento.²³ Sin embargo, obviamente, el Estado a su vez, debe reconocer la posibilidad de que exista un conflicto de culturas y, por lo tanto, considerar las características diferenciales de los grupos indígenas, sobre todo porque, en algunos casos, dichas comunidades indígenas son mayoritarias —caso, por ejemplo, de Guatemala, Bolivia, Ecuador o Perú— y, en otros casos, muy numerosas —por ejemplo, en México—.

En este caso referido de indígenas integrados total o parcialmente en la sociedad dominante, deben distinguirse también entre los supuestos en que el autor indígena conoce ambos ordenamientos y aquellos en los que no conoce suficientemente el ordenamiento jurídico del Estado.

a. Así, el primer caso se refiere a los supuestos en los cuales el autor obra bajo la norma que le dicta su milenaria costumbre, que implica, a su vez, una infracción a la ley penal del Estado, la cual también es conocida por el indígena (por ejemplo, relaciones sexuales con menores de edad, delitos medioambientales, uso de sustancias prohibidas con fines medicinales o de otro tipo, cultivo de plantas prohibidas, etcétera). El sujeto conoce ambas normas; sin embargo, actúa conforme a sus tradiciones, usos y costumbres e infringe, así, conscientemente la norma del Estado. La solución de este primer supuesto supone distinguir también dos aspectos. Si la norma autóctona que el indígena integrado obedece cumple sus efectos dentro del ámbito de la propia comunidad de origen, estaríamos ante un caso semejante al del indígena no integrado que obra

21 Así, Bolaños 2002: 107.

22 En sentido similar, en relación con el delincuente por convicción, Roxin 1997: 877, N° 122.

23 No obstante, siempre quedará pendiente lo relativo a si la integración de dicha persona en la sociedad ha sido o no voluntaria en el sentido de si él libremente ha decidido integrarse a la sociedad dominante o se trata de un simple obrar bajo circunstancias externas que lo obliguen a ello.

bajo el ejercicio legítimo de un derecho. En cambio, si el acto que realiza el indígena bajo el amparo de la norma de su comunidad de origen tiene repercusión en la sociedad no original —por ejemplo, cuando lesiona un bien jurídico de una persona ajena a la comunidad indígena, un interés del cual es titular el propio Estado o un interés difuso—, entonces, debe acudir a la figura del «delincuente por convicción». Según esta, las normas que ha internalizado la persona le imponen actuar de forma contraria al ordenamiento jurídico del Estado a pesar de que conoce la norma estatal que le prohíbe dicha conducta. En este caso, afirma Claus Roxin, el autor no puede alegar error de prohibición simple y llanamente porque el sujeto conoce la norma,²⁴ aunque se admita la posibilidad de una falta de necesidad de pena en orden a fines preventivos (caso de exclusión de la responsabilidad).²⁵

- b. El otro supuesto relativo al indígena integrado sería el de aquel que no conoce la norma del Estado suficientemente porque la mayor parte del tiempo convive en su comunidad original. Personalmente, considero que es, precisamente, en este caso, donde tiene sentido acudir al error de prohibición. El hecho de que exista contacto con la sociedad dominante permite al Estado valorar el acto del indígena, aunque dicho Estado debe considerar el desconocimiento de la norma por parte del indígena. El Estado considera injusto el acto del indígena dentro de la sociedad con la cual se relaciona, aunque a él no se le considere culpable del hecho, precisamente, por el desconocimiento de la norma estatal. Además, desde mi punto de vista, la posibilidad de evitar o no esta clase de error dependerá del mayor o menor condicionamiento cultural que impida el acceso a la norma jurídica estatal. Solo así puede aceptarse, con Zaffaroni, el concepto de error de prohibición «culturalmente condicionado». Así, en relación con el indígena que tiene un contacto ocasional o cuando se trata simplemente de primeros contactos con dicha sociedad dominante, no hay duda de que el error de prohibición tendría carácter invencible, precisamente, porque no existe, de modo superable, la posibilidad de conocer dicha prohibición. Sin embargo, en la medida en que dicha integración aumente, se reduce el nivel del error de prohibición. Por lo tanto, a mayor integración, menor posibilidad de error, al menos de error de prohibición invencible.

Esta solución plantea, a su vez, un problema adicional con respecto al error de prohibición. La doctrina dominante acoge de manera amplia la llamada teoría de la culpabilidad, creada por Hans Welzel²⁶ y perfeccionada posteriormente, según

24 Roxin 1997: 800, N° 15.

25 Roxin 1997: 877 y s(s)., N° 122 y s(s).

26 Sobre el tema, cf. Welzel 1993: 189 y s(s).; Welzel 2001: 162 y s(s).

la cual el desconocimiento de la norma no excluye el dolo como elemento del tipo, sino la culpabilidad. Además, dicha teoría acarrea dos consecuencias fundamentales: primero, no se exige un conocimiento actual de la prohibición, sino que basta un conocimiento potencial (aquello que debería ser conocido por el autor), cuestión que acarrea la irrelevancia del error «burdo»; segundo, el error de prohibición vencible no conlleva la aplicación de un tipo imprudente, como tradicionalmente sostenía la antigua teoría del dolo, sino una atenuación de la pena del propio delito doloso.²⁷ El éxito de esta última teoría, sobre todo a escala jurisprudencial, se explica de cierta forma por el hecho de haber reducido al mínimo los casos de impunidad: esta solo se daría por una falta de posibilidad invencible de acceder a la norma —error de prohibición invencible— y, en el caso del error vencible, debía recurrirse a la atenuación de pena del propio tipo doloso y no a la aplicación de un excepcional tipo imprudente.²⁸

Surgen, entonces, las siguientes preguntas: ¿el carácter excepcional de la impunidad del error de prohibición, por la aplicación de la teoría de la culpabilidad, conduciría, en el caso del indígena integrado, a la penalización de la mayoría de los casos de desconocimiento de la norma en los cuales dicho sujeto incurra? ¿No se debería, más bien, acudir, en el supuesto del indígena integrado, a la antigua teoría del dolo, la cual requería un conocimiento actual de la prohibición, además de la aplicación del tipo imprudente en caso de vencibilidad de dicho error?²⁹ Al margen de la posibilidad, de *lege fereandae*, de aceptar que, en el supuesto de error de prohibición vencible del indígena integrado, excepcionalmente, dicho error deba determinarse según un conocimiento actual, además de que pudiera, en caso de existir, conllevar la aplicación del tipo imprudente (consecuencias propias de la teoría del dolo), considero que el indígena integrado debe ser tratado igual que el resto de los destinatarios de las normas. En tal sentido, la invencibilidad o no del error, según dije anteriormente, dependerá de su mayor o menor grado de integración a la sociedad ajena a su comunidad de origen. La exigencia de observancia del mandato dependerá de su posibilidad de acceder a este.

3. Caso de costumbres de origen afroamericano

Aparte de las comunidades indígenas, existen, en América, otras comunidades de origen africano, sobre todo, en Brasil y en los países situados en las costas del mar Caribe, que, tradicionalmente, han practicado determinadas creencias que

27 Para un resumen de esta teoría, con referencias de las obras de Welzel, cf. Modolell 2002: 434 y s(s).

28 Al respecto, cf. Mir Puig 1998: 567, N° 20.

29 En detalle, Mir Puig 1998: 433 y s(s).

podrían, eventualmente, resultar lesivas o infractoras del ordenamiento jurídico penal dominante.³⁰ Así, por ejemplo, la terapia de «enfermedades del alma» (v. gr. el «mal de ojo» o la mala suerte) mediante el consumo de hierbas y otros preparados puede acarrear el delito de lesiones (intoxicaciones por consumo de dichos brebajes). Igualmente, la profanación de tumbas y cadáveres para la práctica de algún rito es castigada en gran parte del continente. Incluso, pudiera concurrir algún tipo penal contra la libertad, como coacciones o amenazas, de la persona objeto de «brujería» o «trabajo» efectuados como venganza por su conducta con relación a un tercero.

En estos ejemplos, las comunidades que realizan dichas prácticas están perfectamente asimiladas a la sociedad aunque mantengan dichas costumbres. Obviamente, si estas prácticas o creencias no causan daño alguno, estaríamos dentro del ámbito de la libertad de cultos. Sin embargo, si llegan a producir algún daño, ¿cuál sería la consecuencia jurídico-penal? El solo hecho de estar integrados en la sociedad permite la valoración de sus conductas; de allí que la solución para dichos casos deberá realizarse mediante la aplicación de las categorías tradicionales del derecho penal. Así, el «brujo» o «bacalao» que da a tomar el brebaje a la «cliente» para librarla de las «malas influencias», con lo que provoca un aborto o una lesión grave del intestino de la persona, puede actuar bajo un error de tipo si el autor desconoce realmente el alcance de la acción que realiza. Si conoce el riesgo de lesión, podríamos hablar de dolo eventual o culpa consciente, según el caso. Inclusive, la realización de un hecho delictivo, por ejemplo, la profanación de tumbas para practicar algún rito con cadáveres a sabiendas de que dicha conducta está prohibida, puede dar lugar a la aplicación de la figura del delincuente por convicción.

En tales casos, es indudable la utilidad de las categorías tradicionales del derecho penal para solucionar los problemas que puedan presentarse en relación con la responsabilidad penal de personas que realizan hechos típicos actuando bajo costumbres ancestrales originales de las comunidades de origen africano habitantes del territorio americano.

30 Aunque dichas creencias, muchas veces, se extienden más allá de las mencionadas comunidades, aquí quiero hacer referencia únicamente al hecho de que esas creencias tienen su origen en las comunidades afroamericanas.