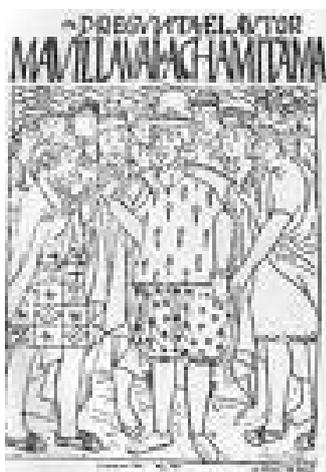


**MINISTERIO DE JUSTICIA – REPUBLICA DE BOLIVIA  
VICEMINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS  
GTZ - BOLIVIA**

# **DIAGNÓSTICO DEL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO DESDE LA PLURALIDAD Y EL PLURALISMO JURÍDICO**



Idón Moisés Chivi  
Vargas  
2008

*“El Derecho penal tiene que asegurar las condiciones para una coexistencia pacífica, libre, **que respete la igualdad de todos los seres humanos**, en la medida en que esto no sea posible mediante otras medidas rectoras sociopolíticas menos graves”*

*(CLAUS ROXIN 2004)*

*“[N]uestros sistemas penales presentan las características señaladas por los autores de los países poderosos con lentes de marcado aumento y letras mayúsculas. Nuestros sistemas penales se presentan con servicios de seguridad deteriorados y corruptos, los políticos apelan a la destrucción de la racionalidad de las leyes para acallar tanto protestas sociales en reclamo de seguridad pública como campañas de ley y orden orquestadas por medios masivos de comunicación mercenarios o simplemente ávidos de publicidad”*

*(EUGENIO RAÚL ZAFFARONI 2008).*

*“[P]ara hacer frente a los nuevos embates que caracteriza a la sociedad moderna, **se necesita de una flexibilización de la dogmática penal tradicional**”*

*(R. ARTURO PEÑA 2006)*

## INDICE GENERAL

### **Presentación:**

#### **1. TRATAMIENTO PENAL DE LOS INDÍGENAS: (1900-1997)**

- 1.1 Bautista Saavedra
- 1.2. Julio Salmón
- 1.3. Manuel López Rey y Arrojo
- 1.4. José Medrano Ossio
- 1.5. Manuel Duran Padilla.
- 1.7. Huascar Cajias.
- 1.8. Fernando Villamor Lucia
- 1.9 Benjamín Miguel Harb
- 1.10. Alejandro Colanzi Zeballos
- 1.11 René Blatmann Bauer.

#### **2. TRATAMIENTO PENAL DEL INDÍGENA: INIMPUTABLE SEMI-IMPUTABLE (Banzer 1973)**

- 2.1. El análisis criminológico.
  - a) Inimputabilidad:
  - b) Semi-imputabilidad:
- 2.2. El análisis dogmático.
  - 2.2.1 La inimputabilidad y la semi-imputabilidad de los “indígenas” en el Código Penal Banzer.
  - 2.2.2 La imputabilidad y la inimputabilidad en la doctrina.
    - a) El sistema biológico (llamado también siquiátrico).
    - b) El sistema psicológico
    - c) El sistema mixto
    - d) El sistema jurídico
  - 2.2.3 La “semi - imputabilidad”
- 2.3 Balance general

#### **3. TRATAMIENTO PENAL DEL INDIGENA: EL ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO (1997)**

- 3.1.- El “error de prohibición”
  - a) La posición de Alejandro Londoño:
    - a.1) Abstracto error de prohibición
    - a.2) Concreto error de prohibición
    - a.3) La falsa suposición de la no exigibilidad de una conducta
  - b) Para Zaffaroni el error de prohibición puede ser:
    - b.1) Directo
    - b.2) Indirecto
    - b.3) De comprensión
    - b.4) Error culturalmente condicionado
      - b.4.1 Vencibilidad e invencibilidad del error
- 3.2 *El error de comprensión culturalmente condicionado.*

#### **4. BOLIVIA ESTA VIVIENDO TIEMPOS INTENSOS, TIEMPOS NUEVOS...**

### **BIBLIOGRAFÍA**

## **Presentación:**

Hasta el presente los estudios jurídicos referidos a los saberes normativos indígenas y los procedimientos *no oficiales* para su aplicación, han dado como resultado ajustes institucionales de orden “paralelo” entre Estado y Pueblos Indígenas que luego han sido constitucionalizados en gran parte de América Latina.

A pesar de ello, el panorama es preocupante cuando entramos a revisar la producción relativa a Pueblos Indígenas, Derecho Penal y Códigos Penales. Es en este *campo de lucha* donde el vacío en el conocimiento es notoriamente sensible, preocupante y denunciante.

Vacío que se explica en dos razones: a) Las políticas comunitaristas pluri-multiculturales o de indigenismo neoliberal dominantes en América Latina, y; b) La excesiva preocupación por la compatibilización de procedimientos estatales e indígenas en la resolución de conflictos, mas no en la de los saberes específicos sobre conductas prohibidas, permitidas, sancionadas o en su caso premiadas por los mismos.

En relación a Pueblos Indígenas y codificación penal, ha sido el “*error de comprensión culturalmente condicionado*” la figura que ha ocupado la atención de los juristas en el continente. Planteado tempranamente por E. R Zaffaroni en los años setenta y con estatus codificado por América Latina, ha sido olímpicamente desconocida y/o evadida por los científicos sociales.

Los Códigos Penales del Perú y Bolivia han recepcionado dicha figura de formas diferentes, se encuentra en la parte general del Código Penal Peruano y en el nuestro es recomendación de uso en la Exposición de Motivos, sí como lo lee: recomendación y nada más.

Por su lado, las organizaciones indígenas del continente y el mundo, después de mas de veinte años de peregrinaje logran -en septiembre del 2007- la Proclamación de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas convertida en el primer instrumento internacional de Derechos Humanos cuyas disposiciones son vinculantes y de obligatorio cumplimiento para los Estados tal como lo dispone en su artículo 42.

La citada Declaración establece –además-en su artículo quinto: “*Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, JURÍDICAS, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural de los Estados*”.

Por tanto la Declaración tiene como eje central el Derecho a la Cultura Propia y en condiciones de igualdad que el Derecho Estatal, este dato no debe comprenderse como paralelismo jurídico sino como “*pacto de coexistencia radicalmente democrática entre saberes y prácticas institucionales propias y validas para cada ámbito de vida*”.

Este aspecto escasamente percibido, se constituye en el centro de gravitación para resolver equívocos permanentes, de enfrentamientos pocas veces fructífero entre juristas y cultores de otras ciencias sociales; de enfrentamientos conceptuales entre líderes indígenas, decisores políticos y la comunidad científica.

No mirar este hecho ha generado un problema mucho más grande aún: por un lado los teóricos de las ciencias sociales no han enfrentado adecuadamente el funcionamiento

real de las diferencias entre culturas jurídicas y el cómo de su normativización en un mismo Estado. Mientras que por su lado los juristas no logran construir un horizonte teórico que ayude a conciliar las diferencias y los lugares comunes en conflicto debido, en gran parte, al *horizonte liberal* de sus matrices informativas. Incluso juristas de enorme prestigio en el mundo indígena por sus contribuciones al dialogo entre derechos, pagan costos enormes por este pecado original, elaborando proyectos normativos que reproducen la colonialidad del derecho.

Nadie puede aseverar a estas alturas de la historia, que los presupuestos filosóficos del Derecho Continental del cual son tributarios nuestros sistemas jurídicos, no son ni los únicos válidos ni los únicos viables para la región, pero a su vez, tampoco a nadie se le puede ocurrir que los presupuestos materiales del Derecho Indígena sean reemplazantes exclusivos del Derecho Continental, tal cual.

Es en esta matriz teórica en el cual el presente documento se inscribe, con dos acotaciones estratégicas: a) La pluralidad como horizonte de denuncia y emancipación desde nosotros: los indígenas, y; b) El pluralismo como ejercicio intelectual con innegables resultados prácticos desde quienes “sin ser nosotros”, desarrollan políticas publicas “para” nosotros.

En todo caso, la idea no es separar ambos conocimientos, ni sujetarlos a una contradicción irreparable, por el contrario, es usar ambas formas de ponerse en frente de la realidad, para tener un horizonte de visibilidad mayor y por lo tanto una comprensión mucho mas completa del fenómeno jurídico penal en Bolivia.

Pluralismo y Pluralidad, son puestos en práctica a través de los desplazamientos discursivos sobre lo indígena en Bolivia y no como fuentes teóricas sola y exclusivamente.

Dicho de otra forma, no nos preguntamos aquí, ¿qué es el Pluralismo o qué es la Pluralidad en el orden de los saberes jurídicos?, sino cómo estos dos conceptos son estrategias de abordaje para comprender los mensajes del discurso penal codificado y del saber penal doctrinalizado.

En su sentido emancipatorio ambos conceptos deben ser vistos desde la lente de la descolonización, entendida esta última como filtro de dispositivos críticos al saber jurídico eurocéntrico, así la descolonización no tiene que ser entendida como una vuelta programática al Tahuantinsuyo, sino como deconstrucción del saber penal y su materialidad codificada. Dicho en términos de “pacto”, la descolonización es un proceso de deconstrucción del saber, desandar los pasos, de-construir el edificio “Código Penal”, ladrillo por ladrillo y no de un solo golpe destructor.

Desde esta perspectiva, la juridicidad estatal y su fuente, son efectivamente válidas en las sociedades que las posibilitaron, pero chocan con realidades como las que tiene América Latina entera, aunque la India o el África no escapan a lo señalado. Y chocan porque *no somos sociedades homogéneas culturalmente hablando*, somos diversidad, pluralidad de sentidos de vida, pero y muy particularmente colectivistas en varios zonas de lo cotidiano y lo extraordinario.

Un derecho penal construido sobre la idea del ciudadano (*citoyen*) individual, tiene que enfrentar la realidad de países que como Bolivia, mantienen formas individuales en dimensiones fuertemente colectivas y colectivistas.

El presente documento, muestra un ejercicio de historia, en el convencimiento de que no puede hacerse un diagnóstico jurídico sin antes haber logrado un nivel de profundidad histórica adecuado a la complejidad del fenómeno, dicho de otra forma todo proceso de comprensión del estado de situación presente, queda corto si no se realiza el ejercicio de profundidad histórica y ello vale particularmente para la ciencia jurídica en nuestro margen.

Asumiendo este escenario, en el primer punto hacemos un recorrido por la discursividad penal en relación a los indígenas, vemos como funciona la semántica de la dominación, de Bautista Saavedra a nuestros días, donde advertimos el origen de las nociones de inimputabilidad y semiimputabilidad que se encuentran en el Código Penal Banzer, así como los contenidos del “error de comprensión culturalmente condicionado” incorporado en la reforma de 1997.

Producto de ese primer escenario, en el segundo punto hacemos una revisión rápida sobre el tratamiento penal del indígena en el Código Penal Banzer (1973), “Inimputabilidad” y “Semi-imputabilidad” son los conceptos clave cuyas connotaciones nos hacen sentir en lo más hondo, el funcionamiento del racismo vestido de ley, travestido de doctrina penal, es la década infame donde la doctrina de seguridad nacional se refleja en los códigos penales de América Latina.

Tiempos neoliberales: en el tercer punto visibilizamos cómo se encuentra actualmente el indígena en el Código Penal, se verá el *error de prohibición culturalmente condicionado*, como derivado del error de prohibición a secas, que no solo no ha tenido efecto alguno en la materialidad de los procesos sino que demuestra cómo funciona la colonialidad jurídica, Félix Cárdenas dice al respecto: *Por sus ausencias los conoceréis*.

En el cuarto punto abrimos una compuerta de reflexión sobre algunos de los retos que se nos viene, en el proceso de codificación penal en Bolivia.

Estos puntos vistos en su conjunto nos muestran -como lo señalamos arriba-, la aplicación práctica del pluralismo y la pluralidad. No como fuentes teóricas, sino como instrumentos prácticos para el diagnóstico.

Instrumentos para conocer la dogmática y sus implicaciones ideológicas, instrumentos para emanciparnos de la falsa creencia de un Derecho Penal aséptico y neutral ante la realidad, imaginario dominante todavía en la formación universitaria, el ejercicio profesional y la creación normativa.

A no dudarlo, en Bolivia estamos viviendo un tiempo político emancipatorio, emancipatorio del tutelaje doctrinal eurocéntrico, emancipatorio por el desafío de crear derecho desde la realidad y no al revés, complementario por comprender que los saberes ajenos tienen sus propios ámbitos de validez que también son nuestros.

Lo sabemos, la ley por sí sola no cambia la realidad, pero es una poderosa ayuda para su transformación en beneficio de la dignidad humana.

## **1. TRATAMIENTO PENAL DE LOS INDÍGENAS: (1900-1997)**

Ingresar al estudio histórico acerca del tratamiento penal que debe otorgarse a los “indios”, nos permite encontrar en diversos “registros ideológicos”<sup>1</sup>, una variedad de versiones, desde los que plantean su eliminación física, hasta los que piden una paulatina “incorporación” a la sociedad Boliviana (léase a la Civilización). El Darwinismo Social, el positivismo Lombrosiano, el indigenismo civilizador serán utilizados como discursos legitimantes de estas intensiones, para concluir con un integracionismo -aún no explícito- de la actual Constitución Política del Estado (Arts. 1 y 171) y que a no dudarlo tuvo sus efectos en la reforma penal de 1997.

En todo, esta historia estará signada por una profunda revisión del carácter señorial de nuestras clases dominantes, reflejada en su discurso acerca del indio, y su consecuencia, tanto en los “proyectos” como el código penal en actual vigencia.

### **1.1 Bautista Saavedra**

“Con el triunfo de la revolución federal de 1899, el positivismo pasó a tener ascendencia oficial en el país”<sup>2</sup>, en efecto, Zavaleta nos señala con razón que la revolución federal dio lugar a que el Darwinismo social se convertiría en la ideología interior del estado oligárquico.

Saavedra -en lo criminológico- es uno de los que asume esta corriente editando en 1901 su “Compendio de Criminología”, a la vez que se constituye en abogado defensor de los indígenas implicados en el célebre proceso “Mohoza”, el “defensor”, a la postre se convirtió en el Masacrador de Jesús de Machaca (1921) donde la represión, “cuesta la vida a varios de centenares de indios”<sup>3</sup>.

El liberalismo, y su consolidación en el poder, constituye el plano final de la derrota sufrida por el ejército de Zarate Willca y por ende su enjuiciamiento. Bautista Saavedra “defensor” de los indios, señala en la audiencia de 12 de octubre de 1901 lo siguiente:

“El indio guarda pues una intensa aversión hacia sus opresores, su odiosidad se halla acumulada a través de muchas épocas y siglos enteros [...] y si este, agotado el sufrimiento, se rebela contra sus opresores [...] entonces hay que aplastarlo como a un animal peligroso, como a un rebelde indomable [...] Si una raza inferior colocada frente a otra superior tiene que desaparecer [...] hemos de explotar a los indios aymaras y quechuas en nuestro provecho o hemos de eliminarlos porque constituye un obstáculo o rémora en nuestro progreso hagámoslo así franca y enérgicamente [...] porque una raza degradada como la aymara, que quien sabe esta próxima a llegar a sus últimas fases de su desaparición, no podrá jamás sobreponerse a una raza superior [...] he citado textualmente [...] palabras del célebre Ferry, para apoyar mi argumentación, y para que no se crea que las ideas vertidas en defensa de los acusados, son puras elucubraciones, sin fundamento científico [...]”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Denominamos “registros ideológicos” a la producción intelectual de los penalistas donde expresan sus criterios acerca de los “indios”, y como estos criterios se expresan a través de la dicotomía, inferioridad-superioridad, es fácil deducir que esto último es, un criterio ideológico.

<sup>2</sup> Francovich, Guillermo; *La Filosofía en Bolivia*. La Paz: Juventud, 1987, p. 217

<sup>3</sup> vide. Barnadas.

<sup>4</sup> cfr. Saavedra, Bautista; *El Ayllu*. La Paz: Juventud, 1987, p. 135-157

Si esto se planteaba en 1901 veamos ahora lo que el mismo autor afirma en 1913: los indios mantienen “[L]a defensa colectiva compacta contra agresiones extrañas, aún subsiste en el ayllu como concepción conservatríz que nos recuerda esa irritabilidad fisiológica, de los primitivos grupos para mantener por medio de la guerra [...] la integridad tribal”<sup>5</sup> y acerca de la justicia añade: “El aymara siente recóndito horror a la intervención de la justicia moderna [...] no ha podido comprender jamás las ventajas del sistema de los castigos expiatorios [...]”<sup>6</sup>.

Exponente del positivismo y estudioso de las obras de Ferry no podía sino seguir la huella de los “racistas”, con base “científica” -Ferry, Lombroso, Garofalo y Gumpowics- se dio origen así, el famoso estereotipo de la “lucha de razas” que se encuentra en gran parte en el discurso de las élites, “era preciso usar al indio como instrumento de “progreso” criollo o concluir de una vez con la misión civilizadora de su exterminio”<sup>7</sup>

### **1.2. Julio Salmón**

Julio Salmón es una especie de “ruptura parcial” con el discurso de Bautista Saavedra, pues señala que: “[...] el indio ha perdido su personalidad psíquica, moral y económica. Siendo parte al momento un elemento nulo en la sociedad y la democracia”<sup>8</sup>.

Las palabras reflejan la ideología, el prejuicio acerca del indio, señalar que es “un elemento nulo”, “sin personalidad psíquica”, para la “sociedad y la democracia”, es la muestra de que el indio era considerado el aspecto negativo de la sociedad boliviana.

Frente a este hecho el “remedio” propuesto por Salmón es, “recuperar” la capacidad psíquica y económica “mediante un sistema bien meditado y ejecutado, de modo que su orientación y medidas, estén dirigidas al mismo fin. El Código Penal es uno de esos medios, y por eso el proyecto establece el artículo 147 para protegerlo de cualquier servidumbre”<sup>9</sup>, este aspecto paternalista es digno de destacar ya que muestra una sinceridad profunda al tratar un problema del indio, aunque -y como no podía ser de otro modo- el discurso siga teniendo -en el fondo-, la pretendida misión civilizadora de los letrados frente a los iletrados indios.

### **1.3. Manuel López Rey y Arrojo**

Este profesor señalaba que:

“[...] una de las cuestiones más importantes que planteaba la redacción del proyecto era la condición penal del indio [...] en Bolivia existen varias clases de indios, desde el altioplánico al verdadero selvático”<sup>10</sup>. Por lo tanto se debe, “[...] implantar en las leyes aquellos preceptos que signifiquen la estimativa social, psicológica y jurídica, estimativa que debe figurar en lo fundamental en la parte general del código”<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> Saavedra, Bautista; op. cit., pp. 113-114 (s/n)

<sup>6</sup> Ibid., p. 114.

<sup>7</sup> Rivera, Silvia; *Apuntes para una historia aymara* p. 151

<sup>8</sup> Salmón, Julio; Proyecto de código penal boliviano. Arno. Hnos., La Paz, 1936, citado por Villamor, Fernando; EN: Codificación Penal en Bolivia. p. 177

<sup>9</sup> ibid. pp. 177-178

<sup>10</sup> López Rey, Manuel; *Proyecto Oficial de Código Penal*. La Paz: Publicaciones de la Comisión Codificadora Nacional de Bolivia, 1943, p. XIX.

<sup>11</sup> ibid. p. XXIX.

Lo anterior implica ya, un punto de diferencia con Julio Salmón, éste último incluía el tratamiento penal de los indígenas (aunque con un espíritu crítico) en un código civilizador.

López Rey admite la “inferioridad” de los indígenas cuando señala que:

“[...] el problema penal de este -haciendo referencia a los indígenas (n/r)- puede [...] ser resuelto, siguiendo dos tendencias doctrinales [...] una que propugna [...] una legislación penal de índole protectora y de parte de una incapacidad general del indio, de su inimputabilidad, sometiéndolo exclusivamente a medidas de seguridad [...] de un positivismo general a base todavía de Ferry y Lombroso [en alusión al trabajo de Medrano Ossio expresado en su *La responsabilidad penal de los indígenas*] Frente a la anterior tesis “proteccionista”, se halla la otra tendencia que aún partiendo de otra situación de inferioridad del indio, no cree que sea absoluta [...] es preferible la seguridad (sic)”<sup>12</sup>.

Para López Rey, de todos modos los indígenas son “inferiores”, pero éste autor, continúa aseverando que “[S]i bien el indio, en general, no se halla identificado con la total cultura boliviana [...] se halla sin embargo con los factores universales de esa cultura nacional [...] se halla formando parte de -un- segundo círculo cultural de índole especial y que en cierto modo constituye una subcultura”<sup>13</sup>.

Para nosotros subcultura es en todo caso una cultura, pero de calidad inferior que esta dentro de una cultura superior<sup>14</sup>

Veamos el modelo normativo desarrollado por el citado penalista:

“Sección tercera.- Ausencia de culpabilidad: Art. 20 (Inimputabilidad) Son inimputables:

- 1) (Incapacidad penal) (. . .)
- 2) (Minoridad penal) El menor de 16 años.

Los menores de edad cometen un delito o contravención quedan sujetos a la jurisdicción especial sobre los mismos.

El indio que por haber pasado toda su vida o la mayor parte de ella en un medio cultural notoriamente inferior al que deba estimarse como mundo configurador de la realidad empírico-espiritual Boliviana, no puede racionalmente considerársele como formando parte de la dicha realidad. Quedará sujeto a las medidas de seguridad oportunas.

Si la integración fuese parcial deberá considerársele como semi-imputable, sometiéndosele a medidas de seguridad sino fuera susceptible de penas.

El indio notoriamente selvático será considerado en todo caso como inimputable o sometido a las medidas de seguridad adecuadas”<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> ibid. p. XXX.

<sup>13</sup> ibid. p. XXXII, (s/n)

<sup>14</sup> Cfr.: Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Criminología: apuntes desde un margen*. Bogotá: Temis pp. 181-189

<sup>15</sup> Lopez Rey; op. cit. p. 8 (s/n)

Se podrá notar en la cita anterior una distinción entre los indios selvícolas y los semi-selvícolas o -en términos de López Rey- “semi-imputables” (criterio que después será incorporado en el Código Penal de 1973 cuyo antecedente es el proyecto de 1964).

#### 1.4. José Medrano Ossio

Quizá el punto de mayor irracionalidad en la elaboración del discurso penal para los indígenas, sea expresada por este autor, quien en 1941 publica su obra: *Responsabilidad penal de los indígenas*, que dio lugar -como el mismo lo reconoce- a que el Segundo Congreso Latinoamericano de Criminología recomendara la “tutela” para el indígena delincuente en base a su inimputabilidad.

Hagamos un recorrido por el pensamiento de este autor, en primer lugar es necesario conocer la postura epistemológica de Medrano Ossio y será él mismo quien se encargue de hacerlo cuando señala “[...] los conceptos de libertad, de indiferencia y de responsabilidad moral no pueden imponerse mas en la actualidad, por que constituyen el resultado de un lejano pensamiento metafísico, del que ya se ha despojado casi por completo la humanidad civilizada, para ingresar a un periodo científico”<sup>16</sup>.

Se puede decir con seguridad que Medrano Ossio pertenece a la generación de los positivistas radicales, puesto que desdeña el pensamiento metafísico, contraponiendo a su vez el periodo científico, como etapa superior, cabe aclarar sin embargo que en un intento de diferenciación, critica las, “exageraciones de los positivistas”<sup>17</sup>, aunque, como puede notarse, sin mucho éxito.

Con respecto a los indígenas señala lo siguiente:

“[...] viven al margen de las actividades sociales y políticas [...] no participa (sic) de los beneficios de la civilización; es un **INADAPTADO** a todos los artificios de la sociedad actual porque padece de una timidez congénita y de una tristeza absoluta [...] Tiene una absoluta **INCAPACIDAD** para darse cuenta de la realidad [...] esta dominado por el fanatismo de las ideas religiosas degeneradas [...] sus facultades mentales han quedado paralizadas [...] la coca y el alcohol han hecho estragos en su organismo y han debilitado sus funciones psíquicas, en especial su inteligencia [...] perturbaciones que son en el de carácter permanente”<sup>18</sup>.

Como se habrá visto, estas líneas parecen haber salido de la pluma de Alcides Arguedas y de su agudo pesimismo racial plasmado en su *Pueblo Enfermo*, continuando podemos leer aún lo siguiente:

“El indígena huye de la civilización como de la muerte, porque la ciudad lo asusta [...] se cree un eterno perseguido, un eterno culpable [...] ese complejo sentimiento de culpabilidad muchas veces lo impulsa al crimen (sic) [...] resuelto a acabar su existencia en manos del blanco [...] los individuos de la clase indígena van (sic) al delito debido a su **INADAPTACIÓN** [...] sumando a su vez cierta **INCAPACIDAD MENTAL** por falta de medios educativos [...] Por ello debe ser

---

<sup>16</sup> Medrano Ossio, José; *Responsabilidad penal de los indígenas*. Potosí: Imp. P. Universidad Autónoma Tomás Frías (resp.) 1941, pp. 11-12

<sup>17</sup> *ibid.* p. 13

<sup>18</sup> *ibid.* pp. 33-34 (s/n)

considerado inimputable, y la pena infecunda debe ser sustituida por medios psicopedagógicos [...] será suficiente declarar al indígena [...] un ser **INCORPORADO** definitivamente a la sociedad actual **CIVILIZADA** [...] será suficiente declarar al indígena sujeto en estado peligroso”<sup>19</sup>

El discurso penal de Medrano Ossio pretendía que una gran parte de la población sea declarada sujeto en estado peligroso, por ende que la sociedad inicie la “tutela” legal de los indios.

Por otra parte la “línea directriz” que hace el segundo Congreso Latinoamericano de Criminología acuerda: “Recomendar a los países americanos que al emprender la reforma de sus legislaciones penales, tengan muy en cuenta el factor indígena, sobre todo en aquellas naciones en que este elemento étnico es muy numeroso, procurando la adopción de una legislación **TUTELAR** que tienda preferentemente a su incorporación a la vida civilizada”<sup>20</sup>. Cabe destacar que en este Congreso, tuvo una “memorable” actuación el citado autor.

Medrano Ossio -años más tarde- en un intento de réplica al Proyecto López Rey busca negar sus afirmaciones indicando que la inferioridad a la cual hacía referencia era: “la inferioridad jurídica”<sup>21</sup>, y esto ya es una falacia si revisamos el texto anterior en su integridad.

### **1.5. Manuel Duran Padilla.**

Estudioso agudo, a la postre miembro de la comisión Codificadora de 1962-64, es uno de los que polemiza con López Rey. En su obra “La Reforma Penal en Bolivia”, tiene un subtítulo dedicado especialmente al indígena, donde señala que el problema del indio ha sido tratado “[...] generalmente a base de pura imaginación, de observaciones superficiales o llevados de un humanitarismo exagerado [...]”<sup>22</sup>.

En efecto el supuesto “cientificismo” de quienes se habían ocupado del problema indígena, era desenmascarado por un jurista cuyas proyecciones rompían con el horizonte que planteaban tanto López Rey como Medrano Ossio.

Sin embargo, Durán mismo no puede escapar a la ideología señorial cuando apunta que:

“[...] no se ha hecho un estudio serio acerca del indio ni una investigación sobre sus verdaderas características psicológicas [...] si se tiene en cuenta que el indio es en general un introvertido y parece vivir en una perpetua abstracción dentro de su mundo interior, lo que hace muy difícil conocer su personalidad real. Tampoco se sabe mucho acerca de la influencia del medio que pesa y ha pesado cruelmente sobre él desde varios siglos atrás”<sup>23</sup>.

Esto último es la clara muestra de como el racismo se introyecta en las personas, la “tristeza absoluta” de Alcides Arguedas había sido sustituida por la “perpetua abstracción” de Duran Padilla.

<sup>19</sup> *ibid.* pp. 33-34 (s/n).

<sup>20</sup> *ibid.* pp. 57-58 (anexo: Recomendaciones al Congreso)

<sup>21</sup> Medrano Ossio, José; *Reforma integral del Derecho Penal Boliviano*. Potosí: Imp. Universitaria, Universidad Autónoma Tomás Frías, 1955, p. 34.

<sup>22</sup> Durán P. Manuel; *La Reforma Penal en Bolivia*. Sucre: Imprenta Tipográfica Salesiana. Universidad Mayor de San Francisco Xavier-Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Resp.), 1946, p. 51.

<sup>23</sup> *ibid.* p. 52.

En lo que respecto a su criterio “penal” el Duran señala que:

“[...] propugnar una legislación protectora para que el indio [...] contribuiría a acentuar el sentimiento de inferioridad de esa clase social [...] y constituirá además un factor negativo en el propósito de lograr la afectiva **INCORPORACIÓN** del indio a la vida nacional”.<sup>24</sup>

El proyecto civilizador, se convierte ya en una constante en el discurso penal, el Dr. Duran está de acuerdo con López Rey en: “[...] contemplar la situación del indio [...] en la Parte General”<sup>25</sup>, y esto se hará precisamente en el Proyecto de 1964 y que no fue modificado por la comisión coordinadora de 1972.

### **1.6. Hugo Cesar Cadima.**

Penalista orureño, que responde al momento post-revolucionario, tiene en sus manos la responsabilidad de tratar el problema del indio dentro de un nuevo contexto político dominado por el Nacionalismo Revolucionario, un nacionalismo que no puede romper con el positivismo.

Por ello H. Cesar Cadima reconoce que: “El nuevo planteamiento consiste en buscar el problema indígena en el problema de la tierra”<sup>26</sup>, esto es sumamente importante, puesto que representa una muestra de cómo la revolución de 1952 había impactado en el discurso penal, generando a su vez otro eje ideológico.

Sin embargo H. Cesar Cadima se mantiene en el criterio que “con la reforma agraria, de cuya aplicación y cumplida ejecución depende ahora la efectiva **INCORPORACIÓN** del indio a la vida nacional y a la **CIVILIZACIÓN**”<sup>27</sup>.

En el aspecto penal propone lo contrario de los Dres. López Rey, Medrano Ossio y Manuel Duran cuando señala: “[...] no creemos que sea necesario considerar al indio como a un sujeto inimputable o peligroso ya que ello importaría admitir su pretendida anormalidad natural o una inferioridad biológica”<sup>28</sup> esto último es solo una escapada teórica, por que la pretensión central es “incorporar al indígena a la civilización”, como el mismo lo escribe.

### **1.7. Huascar Cajias.**

Al igual que en el caso anterior, el Dr. Cajias se encuentra en la sociedad del 52, en la perplejidad de la readecuación teórica, dentro de una sociedad donde aún el positivismo no es desplazado del todo.

Cajias señala con respecto al problema indígena que:

“Se han destacado dos posiciones extremas: La de aquellos que ven en el indígena una radical incapacidad para asimilar los modelos de una alta cultura y a esa deficiencia individual atribuyen el atraso, el alcoholismo, la criminalidad y el analfabetismo; y la de aquellos que encuentran sólo en razones sociales la causa

---

<sup>24</sup> *ibid.* p. 53.

<sup>25</sup> *ibid.* p. 54

<sup>26</sup> Cadima, Hugo César; *Criminología*. Oruro: Universitaria, Universidad Técnica de Oruro, (Vol. I), Oruro, 1954, p. 285.

<sup>27</sup> *ibid.* P. 235.

<sup>28</sup> *ibid.* p. 286.

de los males que el indio sufre y que el provoca [...] las persona que quieren pagar el tema con rigor científico, se mantienen en un justo medio aceptable”<sup>29</sup>

El justo medio significa para Cajías aplicar el estudio de la criminalidad negra norteamericana porque puede servir “para resolver los problemas criminológicos planteados de la criminalidad indígena Boliviana”<sup>30</sup>.

El justo medio significa aceptar la inferioridad innata (Lombroso) y la inferioridad por causas sociales (Garófalo), en efecto, el citado penalista apuntará que:

“Si bien la situación social inferior puede ser consecuencia de la inferioridad individual innata [...] han intervenido también factores sociales bastantes, para explicar aquella inferioridad [...] el indio es con indeseable frecuencia es alcohólico, que se embriaga con regularidad y frecuencia; el campesino se emborracha hasta perder la conciencia inclusive”<sup>31</sup>.

La borrachera es el factor social que acompaña el factor innato, esto es, el justo medio “aceptable” para comenzar el análisis del tratamiento penal básico para los indígenas, según H. Cajías.

### **1.8. Fernando Villamor Lucía**

Modificado el código penal en 1973 y puesto en vigencia, se adopta las figuras de inimputabilidad y semi-imputabilidad como solución al tratamiento penal del indígena en Bolivia, por ello Villamor Lucía realiza sus comentarios a estos artículos.

Este autor a diferencia de los anteriores, denuncia el carácter excluyente, del Código de 1972 con estas palabras; “El Código penal Boliviano en 1972 adquiere un carácter clasista”<sup>32</sup>.

En efecto, el Código -cualquier Código penal del mundo- tiene un carácter de clase, es elaborado por determinadas clases en función de sus propios intereses, pero lo que nos llama la atención es la siguiente afirmación: “[...] no es en realidad, el aspecto privilegiado de los indios, sino la situación desfavorable de los blancos”.<sup>33</sup>

Es decir los “blancos” se encuentran ahora en una ¡situación desfavorable!, nada mas paradójico, nada mas irreal, el interés de fondo de Villamor Lucía esta en los impuestos de los indígenas hacia el erario nacional como él mismo lo reconoce: “Este afán proteccionista y de supuesto trato privilegiado hacia el indígena hace que en materia tributaria, el campesinado este libre del pago de impuestos, ¡Y constituye mas del 50% de la población!”.<sup>34</sup>

Cómo es posible que el citado autor llegue a esta conclusión, cómo es posible que hable de “trato privilegiado”, es importante traer a colación algo planteado por Zavaleta cuando señala que; “Una sociedad no adquiere sino los conocimientos que giraba en torno a la pregunta verdadera (salvo las que se refieren al perfeccionamiento de su

---

<sup>29</sup> Cajías, Huascar; *Criminología*. La Paz: Juventud, 1972, 3ª de. p. 167.

<sup>30</sup> *ibid.* p. 160.

<sup>31</sup> *ibid.* p. 174-175.

<sup>32</sup> Villamor, Fernando; *Codificación Penal en Bolivia*. La Paz: Juventud. p. 314

<sup>33</sup> *ibid.* p. 314.

<sup>34</sup> *ibid.* p. 315

dominación) sino que se dedica ya a organizar falsas respuestas, respuestas ideológicas”<sup>35</sup>

En lo que respecta el criterio de solución Villamor Lucia plantea que para el tratamiento del indio selvático pueda aplicarse el artículo 16 del Código Penal, y para el caso de los indios a que hace referencia el artículo 18, párrafo segundo, puede aplicarse el artículo 37 del Código Penal, “[...] en consecuencia la incapacidad resultante de su inadaptación del medio cultural Boliviano puede ser analizado en el artículo citado (él 37 del C.P.). Esta es una realidad nacional no contemplada en el Código Penal Boliviano que a nuestro juicio -dice el autor- debería tenerse presente [...]”<sup>36</sup>

### **1.9 Benjamín Miguel Harb**

Penalista y constitucionalista, profesor de varias generaciones, autor de textos varias veces reeditados, señala en el caso de la inimputabilidad para los indios selváticos que “esta causa no se encuentra en otras legislaciones ni en la doctrina penal, es cuestión de enfoque, tal vez influidos por las corrientes que señalan que no se pueden exigir imputabilidad a sectores de población que culturalmente no están asimilados o incorporados a la vida nacional”<sup>37</sup>,

Y al referirse al párrafo segundo del art. 18 del Código Penal apunta que “se considera como semi-imputables o imputable disminuido al indígena incapacitado por su inadaptación al medio ambiente y a su falta de instrucción”<sup>38</sup> en esto último no hace mas que repetir lo señalado por el código, líneas abajo sin embargo a modo de comentario apunta: “No olvidemos que nuestros pueblos indígenas tienen sus propias culturas, con sus valores distintos de los valores de las personas que viven en las ciudades. Esto determina que no capten en su verdadera dimensión los valores jurídicamente protegidos por las leyes”<sup>39</sup>.

Benjamín Miguel nos indica que existe una separación entre los pueblos indígenas y que estos últimos no pueden “captar” las leyes.

En otro texto, el citado autor dirá -de manera explícita- que la cultura Boliviana a la que se hace referencia el Código Penal no es más que la “cultura criolla”<sup>40</sup>, en criterio nuestro el Dr. Benjamin Miguel Harb, acepta la redacción del Código sin elaborar objeciones de profundidad.

### **1.10. Alejandro Colanzi Zeballos**

Los criterios de este penalista son, el punto de ruptura con el discurso positivista, en el inicio de la crítica del Código Penal de nuestro país.

---

<sup>35</sup> Zavaleta, René; *Clases sociales y conocimiento*. Cochabamba: Los Amigos del Libro. 1988, Pág. 155

<sup>36</sup> Villamor, Fernando; op. cit. pp. 314-315.

<sup>37</sup> Miguel Harb, Benjamín; *Código Penal: Parte General (Vol. I)*. Juventud, La Paz, 1990. 3ª Ed. Pág. 245

<sup>38</sup> ibid. p. 145.

<sup>39</sup> ibid. p. 246.

<sup>40</sup> Miguel Harb, Benjamín; *Código Penal Boliviano*. Los Amigos del Libro. La Paz 1992 . De. 4ª, p. 37.

Sobre el tema de los indígenas señala lo siguiente: “[...] en el problema indígena, el aspecto relacionado con lo criminológico y penal ha sido tratado como un tema periférico”<sup>41</sup>.

El reacomodo social inaugurado en 1986, con el neo-liberalismo a cuestas, trae como consecuencias, la emergencia de “nuevas unidades de vida”<sup>42</sup> que exigen del Estado mayor atención a sus problemas. La perplejidad de conocimiento se refleja en una falta de explicación a muchos problemas que ya se tenían por resueltos.

El “re-conocimiento” de las “otredades” genera una crisis de conocimiento, un vacío que urgía ser llenado, pero ¿con que?, es la pregunta neurálgica, y Colanzi acierta al señalar que en el Derecho Penal se tiende a hegemonizar a las sociedades, en efecto:

“Si analizamos las principales obras producidas en el mundo occidental industrializado [...] y más específicamente (obras) del Derecho Penal, veremos que se persigue un objetivo común y real, el cual tiende a la homogeneidad social, claro que como una sociedad única de mercado y como ello también de consumo [...] esa economía [...] es imperialista económicamente y eurocentrista CULTURALMENTE”<sup>43</sup>.

Por otro lado, en lo que concierne a las posibles soluciones aceptadas por Colanzi salen a relucir tres:

- a) La propuesta de Alessandro Baratta, “el respecto a las autonomías culturales”<sup>44</sup>.
- b) La propuesta de Gladys Yrureta, “la solución directa y total (. . .) los grupos indígenas no integrados a la civilización occidental, no deben ser regidos por leyes ajenas a su cultura, elaboradas por el hombre civilizado y, que tampoco deben ser sometidos a la jurisdicción del estado que las domina”<sup>45</sup>, es una solución política.
- c) La propuesta de Eugenio Raúl Zaffaroni, “quien se inclina por las exención de pena en razón de un error de conocimiento y de comprensión”<sup>46</sup>, sería la solución doctrinal.

Colanzi plantea rescatar estas alternativas ya que la propuesta del Código Banzer permitía “tutelar” a la mayoría indígena, imponiéndole aquello que los normales consideren conveniente<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> Colanzi, Alejandro; *Reflexiones penales y Criminológicas*. Universitaria, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Santa Cruz de la Sierra, 1991, p. 81.

<sup>42</sup> Se entiende por “nuevas unidades de vida” a los movimientos que surgen y se consolidan en el seno de la sociedad civil, por ejemplo los movimientos por la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer, los movimientos generacionales, los movimientos de los pueblos indígenas, etc., para una mejor comprensión véase: *La transformación del mundo*. Ed. Siglo XXI-Universidad de las Naciones Unidas (ONU), México, 1985.

<sup>43</sup> Colanzi, Alejandro; op. cit. p. 82.

<sup>44</sup> Baratta, Alessandro; “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos”. EN: *CAPITULO CRIMINOLÓGICO*, N<sup>o</sup> 13, Edyluz, Maracaibo, 1986, p. 85.

<sup>45</sup> Yrureta, Gladys; *El indígena ante la ley penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela (UCV), 1981, p. 116.

<sup>46</sup> Colanzi, Alejandro; op. cit. p. 101.

<sup>47</sup> En documentos recientes Colanzi reitera la raíz eurocéntrica de la codificación penal, y propone salidas teóricas y programáticas que mas adelante podremos ver.

### **1.11 René Blatmann. Bauer.**

Las modificaciones de 1997 tuvieron consecuencias en el Código Penal Banzer del 72, el tratamiento de inimputable y semiimputable se modifica, hasta hacer desaparecer al indígena.

Blattmann señala en la exposición de motivos lo siguiente: “En la hipótesis del indio selvático existía una regulación discriminatoria y estigmatizante al considerarlo un sujeto inimputable. La solución apropiada de estos casos obedece a otros principios como los que definen el error de prohibición culturalmente condicionado”<sup>48</sup>

Mas adelante veremos en que consiste esta solución.

## **2. TRATAMIENTO PENAL DEL INDÍGENA: INIMPUTABILIDAD Y SEMIIMPUTABILIDAD (Banzer 1973)**

El “proceso civilizatorio”, inaugurado en los discursos penalistas en casi setenta años de debate en el siglo XX, obtuvo su respuesta jurídico-penal a lo largo de la trayectoria de las “comisiones codificadoras”, y -obviamente- en el Código Penal de 1972, donde -aceptando las recomendaciones de López Rey, Medrano Ossio y Manuel Duran Padilla- se “convierte” al indígena en inimputable (para el caso de los indígenas del Oriente) y semi-imputables (para el caso de los indígenas del altiplano y valles), a los primeros se los define como “selváticos”, a los segundos de “inadaptados” al medio cultural Boliviano, podríamos plantear la pregunta del siguiente modo: ¿fue la inimputabilidad y la semi-imputabilidad, la solución adecuada para el tratamiento penal de los indígenas? para responder a ello partiremos de dos puntos de vista:

- a) El análisis criminológico y;
- b) El análisis dogmático.

### **2.1. El análisis criminológico.**

Aunque gran parte de la tradición criminológica. permanece aún bajo el manto positivista, la criminología crítica ha logrado generar brechas y abrir cauces de exploración, que dieron lugar al cuestionamiento de la existencia de la propia “criminología” como ciencia, sin embargo el estado de la cuestión, es que la criminología crítica tiende de manera central al cuestionamiento de los sistemas penales en efecto, para Zaffaroni:

“La criminología es el saber, que nos permite explicar cómo operan los controles sociales punitivos de nuestro margen periférico, qué conductas y actitudes promueven, qué efectos provocan y cómo se los encubre en cuanto ello sea necesario o útil para proyectar alternativas a las soluciones punitivas, alternativas menos violentas que las existentes y más adecuadas al progreso social”<sup>49</sup>

Por otro lado tenemos la definición de Lola Aniyar de Castro quien señala:

---

<sup>48</sup> Código Penal de 1997. Se ha convertido en mala costumbre que la mayoría de las disposiciones legales sean publicadas sin las exposiciones de motivos, por lo cual, alguna soluciones como la del “error de prohibición culturalmente condicionado” son prácticamente desconocidas por los juristas tanto en la academia como en el foro profesional.

<sup>49</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Criminología: apuntes desde un margen*. Bogota: Temis, 1988 p. 20-

“La criminología es la actividad intelectual que estudia los *procesos de creación de las normas penales* y de las personas sociales que están en relación con la conducta desviada; los procesos de infracción y de desviación de esas normas y la reacción social, formalizada o no, que aquellas infracciones o desviaciones hayan provocado: su proceso de creación, su forma y contenido, y sus efectos”<sup>50</sup>.

Estas dos definiciones nos llevan hacia el campo de la “sociología jurídico-penal-aunque: “[...] no hay ninguna contradicción epistemológica al afirmar al mismo tiempo que la única criminología científica posible es la sociología jurídico penal, y que la única sociología jurídico-penal posible es la criminología crítica”<sup>51</sup>, esto nos demuestra finalmente que la criminología crítica nos propone el desmantelamiento del trasfondo ideológico subyacente en la criminología tradicional que se basa en el paradigma “etiológico”.

Toca realizar ahora, el “desmantelamiento criminológico” de nuestro código cuando se refiere a los indios selváticos y a los inadaptados “al medio cultural Boliviano”.

Los artículos en cuestión señalan:

**a) Inimputabilidad:** Es inimputable “El indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización”. Pero que entendemos por civilización? o, que se debe entender por este concepto?, todo el trasfondo nos lleva a pensar históricamente, ya que este concepto ha sido usado ampliamente por -precisamente- los países imperialistas en detrimento de “sus” colonias.

Por ejemplo en 1895 Otto Von Bismark, Canciller de Alemania decía lo siguiente: “todos los gobiernos aquí presentes comparten el deseo de asociar a África con la civilización”<sup>52</sup> la civilización debe entenderse como el modelo de sociedad establecido en Europa o los EE:UU.; lo demás, lo periférico, no es parte de lo “civilizado”, o en otros términos y aplicado este criterio en la propia periferia, el concepto “civilizado” hace denotar lo urbano como parámetro de civilización y lo rural y su población como parámetro de incivilizado -léase atrasado-. Como es de esperar, esta falsa dicotomía no funciona sin tener un elemento mediatizador (las teorías sobre la inferioridad racial elaboradas en Europa a fines del siglo XIX y que se introyecta en la conciencia de los sujetos como verdad natural, aun en pleno siglo XXI).

Podemos concluir señalando que: el Código al hablar de “civilización” no hace más que mostrar su carácter “evolucionista”.

**b) Semi-imputabilidad:** “El Juez procederá en igual norma, cuando el agente sea indígena cuya incapacidad derive de su inadaptación al medio cultural Boliviano y de su falta de instrucción” (Código Penal, Art.: 18 parr.: 2º).

Encontramos aquí un concepto clave: la INADAPTACIÓN, este concepto tiene una carga ideológica definitivamente evolucionista en efecto “El concepto de adaptación llega [...] a partir de Darwin [...] mediante la adaptación, la selección natural, resuelve el conflicto

<sup>50</sup> Aniyar de Castro, Lola; *Criminología de la Liberación*. Zulia: LUZ, Universidad del Zulia, 1977, p.65

<sup>51</sup> Baratta, Alessandro; citado por; Martínez Mauricio, *¿Qué pasa en la criminología moderna?*, Temis, Bogotá, 1990, p.125. Zulia, 1977, p.65

<sup>51</sup> Baratta, Alessandro; citado por; Martínez Mauricio, *¿Qué pasa en la criminología moderna?*, Temis, Bogotá, 1990, p.125.

<sup>52</sup> vide.: *La discriminación racial*. Barcelona: Molino. Barcelona, 1985. (Colección “Polémica”) Nª 8, p. 17.

de la naturaleza, manteniendo sólo las variaciones favorables y extinguiendo las negativas”<sup>53</sup>.

En otros términos la selección se realiza a través de “la supervivencia del más fuerte”, para ello es necesario una constante adaptación a las condiciones exigidas por los más fuertes adaptarse a morir, “Así entendida la adaptación es un mecanismo de opresión del que manda en perjuicio de los que tienen una posición de dependencia”<sup>54</sup>.

Del análisis de estos dos conceptos -civilización e inadaptación-, podemos concluir que en la redacción del Código, lo único que se hizo fue plasmar un estereotipo ideológico con respecto a los indígenas, estereotipo que aún perdura en algunos sectores de la sociedad Boliviana.

## **2.2. El análisis dogmático.**

La dogmática debe ser entendida como, “[L]a disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y opiniones científicas en el ámbito del Derecho Penal”<sup>55</sup>.

Por su parte Zaffaroni hace el siguiente planteamiento en cuanto a la ciencia del derecho penal entendiéndola como:

“[...] la construcción discursiva que interpreta las leyes de contenido punitivo (leyes penales) para tratar de proveer a la jurisdicción de límites ciertos para el ejercicio de su poder decisorio y de modelos y opciones no contradictorias para los conflictos que el poder de las restantes agencias selecciona para someterlos a su decisión, del modo que socialmente resulte menos violento”<sup>56</sup>.

En este acápite realizamos entonces un recorrido por la doctrina acerca de la inimputabilidad y la semi-imputabilidad, pero con un sentido crítico, con la “necesidad de un realismo Latinoamericano en el derecho penal y la Criminología”<sup>57</sup>.

### **2.2.1 La inimputabilidad y la semi-imputabilidad de los “indígenas” en el Código Penal Banzer.**

El tratamiento penal de los indígenas que incurran en la comisión de algún delito recoge la tradición -dejada por los autores que se estudia en el anterior punto- de la fórmula que excluye la “capacidad psicológica” de culpabilidad por inimputabilidad o por semi-imputabilidad, la pregunta es ¿fue esta fórmula dogmática la solución adecuada para el tratamiento penal de los indígenas?.

Para responder a esa cuestionante es necesario aclarar algunos conceptos que -en nuestro criterio- son claves, por que muestran de manera precisa el contenido jurídico -y sus efectos- a su vez que la utilización que nuestros penalistas hacen de ella con referencia a los “indígenas”.

### **2.2.2 La imputabilidad y la inimputabilidad en la doctrina.**

---

<sup>53</sup> Araóz, Raúl; *Quinientos años de conflicto: estrategias de supervivencia de los pueblos originarios*. CEDIPAS. Oruro, 1992, p.22.

<sup>54</sup> *ibid.*, p. 23.

<sup>55</sup> Roxín, Claus; *Política Criminal y estructura del delito*. PPU. Barcelona, 1992, p.35.

<sup>56</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl; *En busca de las penas perdidas*. Temis, Bogotá, 1993, p. 167.

<sup>57</sup> Prólogo de Zaffaroni a: *Reflexiones penales y criminológicas*. de Colanzi, Alejandro.

El concepto “inimputabilidad” deviene de imputabilidad y esta categoría tuvo una travesía por las diversas “escuelas penales, que a continuación detallamos.

Así por ejemplo, imputabilidad para “los clásicos” no es otra cosa que “poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien”<sup>58</sup>, basándonos en el libre albedrío y la responsabilidad moral. Para esta “escuela”<sup>59</sup>: “El delincuente es un individuo normal y moralmente libre que en nada difiere del no delincuente”<sup>60</sup>, y que por lo tanto los inimputables están por “fuera del derecho penal”<sup>61</sup>.

Para la escuela positivista: “[...] ni los conceptos imputabilidad e inimputabilidad están llamados a ocupar lugar alguno en un sistema en el cual el hombre se ve arrastrado al delito por anormalidad biológica o factores sociales, pues quien delinque lo hace impulsado por su constitución particular atávica, o lo hace determinado por causas sociales, que harían malla por igual que en normales o anormales”<sup>62</sup>, por eso es que esta escuela niega la distinción entre imputables e inimputables existiendo solo el “grado de posibilidad” de que un sujeto incurra en delito, se pone la mira en su “peligrosidad”.

Para la escuela técnico-jurídica, imputabilidad, es la capacidad penal, “nexo sociológico entre el hecho y el sujeto agente”<sup>63</sup>, la capacidad de entender y de querer<sup>64</sup>.

Por último para la escuela finalista la imputabilidad “es la capacidad de culpabilidad [...] la capacidad de comprensión y de la determinación de la voluntad (...). Solo la suma de los dos elementos constituye la capacidad de culpabilidad”<sup>65</sup>, para Zaffaroni es, “la ausencia de un impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuricidad”<sup>66</sup>.

La inimputabilidad, siendo el aspecto negativo de la imputabilidad, debe estudiarse a través de sus “causas” que a su vez son señalados por los “métodos” para determinar la inimputabilidad de un sujeto.

Cuatro son los criterios más conocidos para determinar las causas de inimputabilidad que a continuación detallamos.

#### **a) El sistema biológico (llamado también psiquiátrico).**

Este sistema otorga amplias facultades al psiquiatra forense para determinar la inimputabilidad de un sujeto, “basta el diagnóstico de cualquier enajenación mental dada por el médico para determinar la inimputabilidad”<sup>67</sup>, por lo tanto lo único que se puede hacer en la Ley penal es colocar “una serie descriptiva de cuadros nosológicos en los cuales como consecuencia necesaria se clasificaran a las personas no imputables”<sup>68</sup>.

---

<sup>58</sup> Carrara, Francesco; *Programa de Derecho criminal*. Vol. I, Temis, Bogotá, 1971, p.34.

<sup>59</sup> El denominativo de “escuela clásica”, es un adjetivo impuesto por Enrico Ferrero, en realidad no puede hablarse de “escuela clásica”, sino, de una doctrina penal dispersa, influida por el Iluminismo de fines del siglo XVIII y principios del XIX.

<sup>60</sup> Del Río, Raymundo; *Explicaciones de Derecho Penal*, Nascimento, Santiago, 1945, p.259.

<sup>61</sup> Darío, Hernán; *Tratamiento jurídico penal de los indígenas en Colombia*. Bogotá: Temis, 1988. p.7

<sup>62</sup> *ibid.* p. 8

<sup>63</sup> *ibid.* p. 11

<sup>64</sup> Ferreyra, Francisco; *op.cit.* p. 324

<sup>65</sup> Welzel, Hans; *El nuevo sistema en el derecho penal*, Ariel, Barcelona, 1964. p. 95.

<sup>66</sup> Zaffaroni, Eugenio Raul; *Teoría del delito*. p. 586

<sup>67</sup> Miguel, Harb, Benjamin; *Código Penal: Parte General*. p. 419

<sup>68</sup> Ferreyra, Francisco; *op. cit.* p. 324

## **b) El sistema psicológico**

Este criterio hace énfasis en los elementos volitivos e intelectivos del sujeto “debe atenderse a la capacidad del sujeto para comprender los fines que se propone con su acción”<sup>69</sup>, en los hechos este criterio es de difícil aplicación.

## **c) El sistema mixto**

Este sistema reúne los elementos de los dos anteriores pues, “exige el diagnóstico de anormalidad que dan los médicos psiquiatras como la manifestación de la misma en el momento de consumarse el acto”<sup>70</sup>.

## **d) El sistema jurídico**

Consiste en la valoración que el juez debe hacer de la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud de sus comportamientos o para determinar de acuerdo con esa comprensión”<sup>71</sup>, obviamente esta valoración se refiere al informe del perito psiquiatra.

### **2.2.3 La “semi - imputabilidad”**

Se trata de un supuesto de culpabilidad disminuido, en efecto así lo reconoce Benjamín Miguel, aunque en el código Banzer se presenta como “media-imputabilidad”, que en criterio nuestro era un error dogmático, puesto que, “parece claro que las capacidades intelectuales son por su propia naturaleza graduables y que se encuentran efectivamente según los individuos y las circunstancias”<sup>72</sup>.

En efecto, no es posible establecer una “media-imputabilidad”, dado que los sujetos presentan, en todos los casos, características diferentes y circunstancias del hecho también diferentes.

### **2.3 Balance general**

En líneas generales, es posible afirmar, que el tratamiento penal de los indígenas en el Código Banzer “buscaba” incorporar a los indios a la civilización, readaptarlos al medio socio-cultural “Boliviano”, y lo Boliviano sería en fin de cuentas lo “criollo” como lo reconoce Benjamín Miguel<sup>73</sup>.

Pero esto solo puede ser posible “asimilando” al indígena a una figura jurídica que opere como discurso legitimador de la supuesta inferioridad de los mismos.

La INIMPUTABILIDAD, como concepto jurídico habla de desarrollo mental incompleto (minoría de edad o retardo mental), la embriaguez crónica que dan lugar a la “tutela” de los sujetos en “estado peligroso”, con ello, no se ha hecho más que asimilar a los indígenas en un estereotipo perverso y degradante.

De este modo establecemos que el eje-operador de la doctrina penal con respecto a los indígenas es la *inadaptación a la civilización*, debido a una disminuyente de la capacidad y que por lo tanto son inimputables o semi-imputables.

---

<sup>69</sup> *ibid.* p. 324

<sup>70</sup> Miguel, Harb, Benjamín; *Código Penal: Parte General* p. 422

<sup>71</sup> Reyes Echandía, Alfonso; *La imputabilidad*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984. p.98.

<sup>72</sup> Muñoz, Francisco; *Teoría general del delito* Temis, Bogotá, 1990. p. 157

<sup>73</sup> Miguel Harb, Benjamín. *Código Penal Boliviano*, p. 37

Con los antecedentes expuestos puede afirmarse que ni la imputabilidad, ni la semi-imputabilidad, fueron las fórmulas jurídicas adecuadas para el tratamiento jurídico penal de los indígenas, por que conllevan en su formulación una carga valorativa “evolucionista”, acorde con un “proceso civilizatorio”, encarado por las élites criollas en desmedro de los grupos no blancos de nuestro país.

En este contexto es que –para la reforma del Código Penal el año 1997- se buscó, una solución jurídica que no tenga un criterio “evolucionista” y llegó el error de prohibición culturalmente condicionado.

### **3. TRATAMIENTO PENAL DE LOS INDÍGENAS: EL ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO (1997)**

Pasada la dictadura y después de la traumática experiencia de la UDP, los gobiernos posteriores vieron la necesidad de dotar a la justicia penal un nuevo rostro que sea más democrático y además coherente con el Estado de Derecho adecuado al neoliberalismo.

El discurso del Autoritarismo Penal del Código Banzer fue cuestionado en sus cimientos, pero solo como una forma de justificar modificaciones sistemáticas.

Delante de las modificaciones procesales penales, se puso la modificación del Código Penal. Su debate fue y es aún materia pendiente en nuestras universidades, su conocimiento teórico dificulta su puesta en práctica y finalmente, su horizonte de seguridad pública está hoy en entredicho.

El contexto internacional de ese tiempo, establece además un nuevo proceso de homogenización jurídico penal, tal como lo reconoce el Prof. René Blattmann:

“La reforma al Código Penal se inspiró en las fuentes más representativas del Derecho Comparado, entre las que se tomó en cuenta entre otras, la legislación penal de Alemania, Suiza, Austria, España, Argentina y Colombia, por ser las más actualizadas y de recientes reformas, incluyendo el Código Penal Tipo para Latinoamérica y los proyectos de Guatemala y Paraguay [...] también se consideraron los Pactos y Recomendaciones internacionales sobre la lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada”<sup>74</sup>

El soporte epistemológico de estas modificaciones se encuentra en la Escuela Finalista, uno de sus consultores externos fue precisamente el Prof. Guntër Stratenwerth.

Una excelente síntesis de esta escuela penal plantea que:

“Según el concepto final de acción el tipo es objetivo y subjetivo, y la culpabilidad es puro juicio de reproche, en cuanto a la acción, no es suficiente la simple voluntariedad de la conducta, sino que es necesario indagar el contenido de esa voluntad que siempre es final, no solo en las acciones lícitas sino también en las ilícitas. Quiere decir lo anterior que la dirección de la voluntad tiene un fin

---

<sup>74</sup> Cf. República de Bolivia - Ministerio de Justicia; Memoria Gestión 94-97 (área penal) *informe interno del Ministerio de Justicia*. Min. Justicia, La Paz, 1998, Pág. 41. Véase especialmente las modificaciones al Código Penal.

mentalmente anticipado, junto a la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes y su ejecución con dirección a un fin”<sup>75</sup>

Podemos señalar que la construcción sistemática del finalismo responde a una larga tradición de formular al derecho penal desde una propuesta democrática y además liberal, el propio Hanz Welzel al formular teóricamente esta sistemática sabía que se estaba enfrentando a todas las construcciones anteriores que habían servido de soporte al totalitarismo jurídico de su país, la Alemania Nazi, al respecto Guillermo Villa señala que “ (...) el finalismo es una forma de limitación del poder legisferante y de sus consecuencias para la teoría General del Delito (...) Welzel no tenía solo una pretensión sistemática: su objetivo ante todo político, ¿cómo hacer para que quien detente el poder no haga lo que le venga en gana?, ¿cómo, para que quien domina muchas veces solo parapetado en la fuerza y el temor, no haga todo aquello que el poder de la metralleta y el hierro quieran sustentar?, ¿existen límites al poder legisferante?, ¿Existen límites al poder, y concretamente a la función punitiva?”<sup>76</sup>

Al comentar estas modificaciones al Código Penal Fernando Villamor Lucía señala que:

“Esta reforma parcial incluyó en la parte General consideraciones de la teoría finalista del delito y mantuvo casi intacto el sistema de la parte especial. En consecuencias hay una yuxtaposición de dos sistemas: el finalista y el causalista. Hubo demasiada prisa de los redactores del proyecto (...) En su precipitada carrera no pararon mientes en incluir tipos penales como el artículo 185 ter., que se aleja de todo tecnicismo jurídico penal ya que incluye como tipo penal la creación de la unidad de investigaciones financieras. No define delito ni establece pena. En la ligereza y para no agregar mas artículos al Código que se reformaba se han hecho inclusiones con los nombres de “bis”, “ter” “quater” de esta manera resulta ser un Código que ha sufrido un remiendo y no tiene precisión científica”<sup>77</sup>.

En relación al tratamiento penal de los indígenas el mismo Blattmann establece con toda claridad que:

“En la hipótesis del indio selvático existía una regulación discriminatoria y estigmatizante al considerarlo un sujeto inimputable. La solución apropiada de estos casos obedece a otros principios como los que definen el error de prohibición culturalmente condicionado”<sup>78</sup>

Qué es el “error de prohibición culturalmente condicionado”, es la pregunta que ahora tratamos de responder.

---

<sup>75</sup> Yucaman, Miguel; *Nueva estructura del delito y del tipo en el nuevo Código Penal Colombiano*. Temis, Bogotá, 1986, Pág. 6 (Serie de Monografías Jurídicas)

<sup>76</sup> Villa, Guillermo; *Fundamentos Metodológicos de la Nueva Teoría del Delito*. Temis, Bogotá, 1991, Págs. VIII-XIX

<sup>77</sup> Cf. Necesidad de una Reforma Integral del Código Penal. En: *Memoria del Primer Encuentro Nacional de Ciencias Penales, Criminológicas y de los Derechos Humanos*. Mimeógrafo, Universidad Técnica de Oruro

<sup>78</sup> Código Penal de 1997. Se ha convertido en mala costumbre que la mayoría de las disposiciones legales sean publicadas sin las exposiciones de motivos, por lo cual, algunas soluciones como la del “error de prohibición culturalmente condicionado” son prácticamente desconocidas por los juristas tanto en la academia como en el foro profesional.

### **3.1.- El “error de prohibición”**

Esta figura puede conceptualizarse como: “La inexibilidad de la posibilidad de comprensión de la antijuricidad proveniente de error”<sup>79</sup>. Esta figura jurídica tiene sus antecedentes en los trabajos de Graf Zu Dohna, “quien puso los mojonos de esta división que hoy prevalece en la doctrina y es la mayormente acogida”<sup>80</sup>.

El error de prohibición consiste en: “el error que recae sobre la antijuricidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (por consiguiente con dolo). El autor sabe lo que hace pero cree erróneamente que esta permitido no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causa de justificación”<sup>81</sup>.

Hasta aquí podría pensarse que entre error de hecho, error de derecho y error del tipo y error de prohibición no hay mucha diferencia, sin embargo, como apunta el mismo Welzel, “error de hecho y error de derecho, por un lado y error sobre el tipo y error de prohibición, por el otro, son (...) dos parejas de conceptos completamente diferentes. Hay errores de derecho que son errores sobre el tipo; por ejemplo el error sobre caracteres normativos del tipo, como el carácter ajeno de la cosa; y hay errores de hecho que son errores de prohibición; el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación”<sup>82</sup>.

Por otra parte, se han ensayado, en la doctrina, varias formas de subclasificación del “error de prohibición” entre ellos tenemos:

#### **a) La posición de Alejandro Londoño:**

##### **a.1) Abstracto error de prohibición**

Es la creencia errónea que la acción es irrevelante para el derecho por ignorar la existencia de la prohibición o por que se cree erróneamente que la norma no tiene o ha pedido su vigencia por la manifiesta oposición de ella a un ordenamiento jurídico superior (Constitución Política del Estado) o por que cree que la ley ha sido derogada<sup>83</sup>.

##### **a.2) Concreto error de prohibición**

Es la acción donde el autor presupone que existe una situación fáctica, que si existiera realmente justificaría la conducta<sup>84</sup>

##### **a.3) La falsa suposición de la no exigibilidad de una conducta**

“El sujeto cree que en su obrar concurren circunstancias que harían inculpable su conducta, en caso de existir realmente”<sup>85</sup>.

#### **b) Para Zaffaroni el error de prohibición puede ser:<sup>86</sup>**

##### **b.1) Directo**

---

<sup>79</sup> Zaffaroni; Eugenio Raúl; *Teoría del delito* P. 601

<sup>80</sup> Londoño, Alejandro; *El error en la moderna teoría del delito*. Bogotá: Temis, 1982. p. 25

<sup>81</sup> Welzel; Hans; op. cit. pp. 66-67

<sup>82</sup> *ibid.* p. 116

<sup>83</sup> cfr. Londoño, Alejandro: op. cit. pp. 66-67

<sup>84</sup> *idib.* p. 57

<sup>85</sup> *ibid.* p. 68

<sup>86</sup> Cfr.: Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Teoría del delito*. passim

“No se comprende en forma exigible la norma prohibitiva...(sobre la normatividad)”.

### **b.2) Indirecto**

“Se supone que hay circunstancias de hecho que de existir justificarían la conducta... (sobre la permisión)”.

### **b.3) De comprensión**

“En que pese al conocimiento, no se puede exigir la comprensión -internalización- de la antijuricidad, siendo la comprensión; el mas alto nivel de captación humana”.

### **b.4) Error culturalmente condicionado**

“Proviene de una completa formación cultural diversa (...) o sea, con un sistema cerrado y completo de valoraciones y pautas, diversas del jurídico”. Es decir que este tipo de error proviene por la pautas de conducta de comunidades diferentes a las “normales” de la sociedad mayor. En el caso de Bolivia, las comunidades indígenas practicaban aun sistemas de control social alternativos a las leyes estatales.

#### **b.4.1 Vencibilidad e invencibilidad del error**

a) Vencibilidad.- El error de prohibición cuando es vencible, puede eliminar la culpabilidad, se suscita “cuando el autor actúa con dudas sobre su conducta”, en nuestro criterio no se puede absolver a alguien que haya obrado dudando y que haya dado como resultado un injusto antijurídico.

b) Invencibilidad.- Cuando el error de prohibición es invencible “elimina la culpabilidad”<sup>87</sup>, dando lugar a la absolución por falta de culpabilidad.

### **3.2 El error de comprensión culturalmente condicionado.**

Con la “fusión” del *error de comprensión* y el *error culturalmente condicionado*, se da lugar a una figura jurídica, que hoy goza de aceptación en algunos códigos de la región.

Vale la pena preguntarse hasta qué punto esta formula no-evolucionista, respeta el hecho de ser diferentes, sin abrir compuertas de “inseguridad jurídica” a -nosotros- los indígenas, porque de entrada brinda seguridad jurídica a los juzgadores.

Creemos que el error de comprensión culturalmente condicionado es una buena formula, pero es necesario señalar también que la determinación del error de comprensión culturalmente condicionado esta en manos de un Juez. O sea será un Juez con formación en derecho penal monocultural, con costumbres y *habitus* poco proclives a vivir cotidianamente la tensión entre saber indígena y saber urbano occidental.

Dada su inocuidad evidente, su inaplicabilidad real en los conflictos jurídico penales, conviene preguntarse:

¿Será por eso, que los indios solo valemos una recomendación en la exposición de motivos y no merecemos el espacio necesario en la Ley, que es algo menos que un vacío legal pero igual de inefectivo?,

¿Será por ello que la Ley no funciona?.

---

<sup>87</sup> Villa Guillermo; *Fundamentos metodológicos de la nueva teoría del delito*. Bogotá: Temis, 1991, p. 44.

O simplemente estamos ante un hecho evidente de neocolonización por error de comprensión doctrinal frente a la realidad.

Por esta y otras razones tenemos el convencimiento de que esta figura no asume el derecho a la cultura propia como base mínima en el dialogo de saberes penales.

#### **4. Bolivia esta viviendo tiempos intensos, tiempos nuevos...**

Realizar un *diagnóstico*, no consiste en mirar la ley y describirla en el área de intervención, sino en “[R]ecoger y analizar datos para evaluar problemas de diversa naturaleza” (RAE 23.<sup>a</sup> ed. 2008).

¿Cuál es la naturaleza de problemas que en este documento indagamos?: la pluralidad y el pluralismo jurídico en el Código Penal Vigente, ni más ni menos.

Efectivamente, Pluralidad y Pluralismo son dos “campos de lucha” tanto como saberes, cuanto como prácticas institucionales propias y ajenas, y son campos de contingencia en cuanto representan la realidad “plural”.

Realidad plural donde -nosotros-, los indígenas, replanteamos el debate, proponemos que no es posible un Código Penal Radicalmente Democrático, partiendo solo y exclusivamente desde el pluralismo jurídico, sino y también desde la pluralidad jurídica, este “*tinku*” (encuentro de saberes) no es para eliminar a una de las partes.

El *tinku* visto como método de conocimiento y no como guerra de saberes, solo es posible en tiempos donde la urgencia de explicaciones sociales es parte de una crisis mayor, y Bolivia esta viviendo esa crisis de conocimiento.

Desde esta perspectiva, el pluralismo penal ha sido ampliamente productivo por su búsqueda de tratamiento constitucional y dogmático penal a los indígenas<sup>88</sup>, aunque las tendencias han ido marcadas por los procesos económicos y políticos que las acompañaron (colonización y fase mercantil; expansión del capitalismo, liberalismo y positivismo; globalización económica y globalización penal codificada).

Este panorama ha tenido eco en la producción académica local, aunque respondiendo - en la mayoría de los casos- al pluralismo donde los indígenas no somos sujetos sino objetos de conocimiento: somos “objeto de tratamiento”<sup>89</sup>, como fue a lo largo del siglo XX y lo podemos ver con absoluta claridad en los puntos 1, 2 y 3 de este trabajo.

A finales del siglo XX el constitucionalismo latinoamericano fuertemente influenciado por la economía neoliberal, ha quedado marcado por políticas de reconocimiento en desprestigio<sup>90</sup>, sin embargo ha tenido nomás sus efectos en el campo penal, sosteniendo líneas jurisprudenciales o generando procesos de desarrollo normativo pocas veces

---

<sup>88</sup> Desde los viejos tiempos de Eugen Ehrlich, Santi Romano, hasta Bobbio y Habermas en la reflexión europea, Kymlicka, Taylor y Tully en Norteamérica y Canadá, vemos preocupaciones jurídicas y teóricas que nos abren un amplio abanico de posibilidades políticas en el nivel constitucional -y obviamente-, la codificación penal que le corresponde, cabe hacer notar que *si bien varios de los argumentos mas abstractos son aplicables en los países periféricos y semi-periféricos, muchos de los argumentos particulares que defienden no lo son.*

<sup>89</sup> Cfr. Alba, Oscar; Castro, Sergio; (Coord.). *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*. La Paz: IDEI-GTZ/ Asamblea Constituyente. 2008

<sup>90</sup> Bartolomé Clavero hace una reseña fulminante del panorama constitucional latinoamericano.

proclive al dialogo de saberes, en general contradictorias y escasa efectividad en las políticas publicas regionales<sup>91</sup>

Con nosotros los ausentes ¿es posible siquiera el debate intercultural?

Entonces la pluralidad emerge de un proceso de cuestionamiento indígena hacia los saberes penales eurocéntricos, pero ello no fue fácil, tuvo que pasar un largo tiempo donde penalistas como Zaffaroni en Argentina<sup>92</sup>, Hernán Darío y Daniel Bonilla<sup>93</sup> en Colombia, José Hurtado Pozo y Raquel Irigoyen en Perú, Julio Cesar Trujillo en Ecuador, Alejandro Colanzi en Bolivia, Bartolomé Clavero y José Cerezo Mir<sup>94</sup> en España.

Preocupados por cómo debería ser un Código Penal marcadamente democrático y pluralista, parten de una crítica radical del Derecho Penal y la codificación, pero también se encuentran autolimitados por conceptos tales como: a) Debido Proceso, b) principio de legalidad, c) principio de culpabilidad, o; d) los límites de la pena<sup>95</sup>.

Temas todos estos que constituyen los núcleos duros del debate, en América Latina y por supuesto en nuestro margen.

En este escenario, ¿cómo se desplaza materialmente la pluralidad jurídica?

Juristas indígenas como Nina Pacari en el Ecuador, Fortunato Turpo en el Perú han ido proponiendo una revisión profunda en la historia de la codificación penal para establecer el horizonte colonial de las sanciones y su actualidad en la jurisdicción indígena, paralelamente trabajar el horizonte republicano y liberal de la codificación penal y su conexión con el horizonte colonial, es decir la colonialidad persistente.

Se ha propuesto también, desde estos juristas, estudiar la inflación normativa y el papel político de los vacíos legales en el marco del colonialismo interno, asumiendo el reto planteado en la década de los sesenta por el mexicano Pablo Gonzáles Casanova.

Desde nosotros, recién empezamos a caminar con investigaciones como la de Marcelo Fernández Osco y otros (2002), donde hacen una estimativa etnográfica cuestionando los saberes liberales en materia de sanciones en *Sica Sica, Yaco* y Norte Potosí y. También tenemos el trabajo recientemente presentado por la Fundapacc y la Red de Participación y Justicia donde se realiza una variada descripción etnográfica sobre el sistema de sanciones en cuatro regiones de Bolivia: *Guarani Ava; Chapacos y Guarani;* Bolívar, *Tapacarí y Moxos*; (2007).

Si ese es el panorama etnográfico, ¿qué sucede en el nivel teórico?

<sup>91</sup> Cfr. de Ariza, Rosembert; Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria. En: *Justicia Ordinaria y Justicia consuetudinaria: ¿Un matrimonio imposible?*. La Paz: Konrad Adenauer 2007, asimismo véase del mismo autor: *La situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. agendas públicas y políticas regionales: garantía cumplimiento y progreso*. Lima: CAJ (inédito, mayo 2008)

<sup>92</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Consideraciones acerca del pluralismo penal en la ley penal*. (Inédito) 2008.

<sup>93</sup> Bonilla, Daniel; *La Constitución Multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad Javeriana - Instituto Pensar. 2006

<sup>94</sup> Cerezo Mir, José; La regulación del error de prohibición en los Códigos Penales Español y Peruano. En: *El Derecho Penal Contemporáneo: libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Lima: ARA editores, 2006. Págs. 209-239

<sup>95</sup> Cfr. de Ariza, Rosembert; Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria. En: *Justicia Ordinaria y Justicia consuetudinaria: ¿Un matrimonio imposible?*. La Paz: Konrad Adenauer 2007

El debate esta concentrado en lo emancipatorio del derecho y la ley, emancipatorio en referencia a los mecanismos jurídicos de colonialidad contemporánea<sup>96</sup>, pero no para desarrollar un “uso alternativo del derecho”, ni para consolidar “justicias especiales” como la de Paz<sup>97</sup>.

Sino y profundamente comprometida con un saber jurídico que *integre radical y democráticamente no solo él eurocéntrico sino y también aquellos otros que existen a pesar o en contra de la teoría.*

Al fin y al cabo de lo que se trata es de saber, qué penas requiere el Estado para garantizar la paz social<sup>98</sup>.

En este trayecto, varias ya son las voces que van consolidando teórica y prácticamente un replanteamiento de la teoría constitucional en Bolivia<sup>99</sup> y ello esta afectando afortunadamente en la codificación penal de Bolivia.

Solo sí le damos una mirada a la Nueva Constitución Política del Estado, veremos que esta agarra la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas (2007) y la proyecta constitucionalmente y con dos pasos por delante de la misma declaración.

En ese contexto nacen dos preguntas:

a) ¿Cómo se garantiza penalmente que ciertas acciones individual o colectivamente, privada o públicamente impidan cumplir los Derechos Indígenas convertidos en obligaciones de Estado?, y;

b) ¿Cómo se incorpora en la dogmática penal el Derecho a la Cultura Propia que es la sustancia misma de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas?

Esa son las preguntas que nos responderemos en un próximo documento del pluralismo y la pluralidad jurídica en el contexto latinoamericano, particularmente en aquel que es materia de nuestra atención: *la zona del dolor.*

Uru Uru - Marka

2008

---

<sup>96</sup> Sobre la noción política de emancipación veasé de Santos, Boaventura de Sousa; La reinención del Estado y el Estado Plurinacional. En: *¿Refundar el Estado en América Latina? Desafíos, límites y nuevos horizontes emancipatorios.* Buenos Aires: CLACSO. Año VIII. N° 22/septiembre de 2007, del mismo autor: *Conocer desde el Sur: para una cultura política emancipatoria.* La Paz: CLACSO - PLURAL - CIDES/UMSA. 2008

<sup>97</sup> Ardila, Edgar (Coord.); *¿A donde va la justicia en equidad en Colombia?.* Bogotá: Corporación Región. 2006. Así también puede verse la crítica radical de Pedro Agustín Díaz Arenas a las escuelas de servicios legales populares en su: *Estado y Tercer Mundo: el constitucionalismo.* Bogotá: Temis, 1997.

<sup>98</sup> Roxin, Claus; *Problemas actuales de Derecho Penal.* Lima: ARA editores, 2004.

<sup>99</sup> García Linera, Álvaro; Tapia, Luis y Raúl Prada; *La transformación pluralista del Estado.* La Paz: Muela del diablo, 2007

## **BIBLIOGRAFÍA GENERAL**

- ALBA, OSCAR; CASTRO, SERGIO; (Coord.).  
2008 *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*. Sucre: IDEI-GTZ / Asamblea Constituyente.
- ANTOLISEI, FRANCISCO  
1988 *Manual de Derecho Penal*. Temis, Bogotá.
- ANIYAR DE CASTRO, LOLA;  
1977 *Criminología de la liberación*. Universidad de Zulia, Maracaibo.
- ARAÓZ, RAÚL;  
1992 *Quinientos años de conflicto: estrategias de supervivencia de los pueblos originarios*. CEDIPAS, Oruro.
- ARDILA, EDGAR (Coord.);  
2006 *¿A donde va la justicia en equidad en Colombia?*. Bogotá: Corporación Región.
- ARENAS, ANTONIO;  
1989 *Compendio de Derecho Penal*. Temis, Bogotá.
- ARIZA, ROSEMBERT;  
2007 *Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria*. En: *Justicia Ordinaria y Justicia consuetudinaria: ¿Un matrimonio imposible?*. La Paz: Konrad Adenauer.  
2008 *La situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, agendas públicas y políticas regionales: garantía cumplimiento y progreso*. Lima: CAJ (inedito, mayo 2008)
- BARATTA, ALESSANDRO;  
1985 *Criminología crítica y Crítica del Derecho Penal*. Siglo XXI, México.
- BARBERO, JESÚS MARTÍN;  
1978 *Discurso y poder*. Época, Quito.
- BARNADAS, JOSEPH;  
1978 *Apuntes para una historia aymara*. CIPCA, La Paz.
- BONILLA, DANIEL;  
2006 *La Constitución Multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad Javeriana - Instituto Pensar.
- BONILLA, HERACLIO;  
1980 *Un siglo a la deriva; Ensayos sobre el Perú, Bolivia y la guerra*. IEP, Lima.
- BOSCH, RICHARD;  
1993 *Modernas transformaciones en la teoría del delito*. Temis, Bogotá.

- CADIMA, HUGO C.;  
1954 *Criminología*. Universitaria, UTO.
- CAJIAS, HUASCAR;  
1972 *Criminología*. Juventud, La Paz.
- CARRARA, FRANCESCO;  
1979 *Programa de derecho criminal*. Temis, Bogotá.
- CEREZO MIR, JOSÉ;  
2006 La regulación del error de prohibición en los Códigos Penales español y peruano. En: *El Derecho Penal Contemporáneo: libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Lima: ARA editores, 2006. Págs. 209-239
- COLANZI, ALEJANDRO;  
1991 *Reflexiones Penales y Criminológicas*. Universitaria, UAGRM, Santa Cruz de la Sierra.
- COBO DEL ROSAL, MANUEL;  
1991 *Derecho penal: Parte General*. Tirant la Blanch, Valencia.
- DARÍO, HERNÁN;  
1988 *Tratamiento jurídico penal de los indígenas en Colombia*. Temis, Bogotá.
- DEL OLMO, ROSA;  
1987 *América Latina y su Criminología*. Siglo XXI, México.
- DÍAZ ARENAS, PEDRO AGUSTÍN  
1997 *Estado y Tercer Mundo: el constitucionalismo*. Bogota: Temis, 1997
- DURÁN, MANUEL;  
1946 *La reforma penal en Bolivia*. Salesiana, Sucre.
- ESTRADA, FEDERICO;  
1986 *Derecho Penal: Parte General*. Temis, Bogotá.
- FEDER, ERNEST;  
1976 *La lucha de clases en el campo*. FCE, México.
- FERNÁNDEZ, JUAN;  
1992 *Concepto y límites del Derecho Penal*. Temis, Bogotá.  
1988 *Derecho Penal fundamental*. Temis, Bogotá, (2 tomos).
- FERREYRA, FRANCISCO;  
1988 *Teoría general del delito*. Temis, Bogotá.
- FOUCAULT, MICHEL;  
2002 *En defensa de la sociedad*. México; Fondo de Cultura Económica  
1989 *Vigilar y castigar*. Siglo XXI, México.  
1987 *Arqueología del saber*. Siglo XXI, México.  
1973 *Las palabras y las cosas*. Siglo XXI, México.  
1986 *Dialogo del poder*. FCE, México.

- FRANCOVICH, GUILLERMO;  
1987 *La filosofía en Bolivia.* Juventud, La Paz.
- GARCÍA LINERA, ÁLVARO; TAPIA, LUIS Y RAÚL PRADA;  
2007 *La transformación pluralista del Estado.* La Paz: Muela del diablo.
- GONZÁLEZ, PABLO.  
1967 *Sociología de la explotación.* Siglo XXI, México.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUÍS;  
1964 *Códigos Penales Iberoamericanos.* Andrés Bello, Caracas.
- LAMNEK, SIEGFRED;  
1987 *Teorías de la Criminalidad: una confrontación crítica.* Siglo., XXI, México.
- LÓPEZ REY, MANUEL;  
1946 *Proyecto oficial de Código Penal.* Comisión Codificadora Nacional. La Paz.
- MAGGIORE, GUIUSEPPE;  
1961 *Arturo Rocco y el método jurídico.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.  
1990 *Derecho Penal.* Temis. Temis, Bogotá.
- MARTÍNEZ, MAURICIO;  
1990 *¿Qué pasa en la criminología moderna?.* Temis, Bogotá.
- MEDRANO, JOSÉ;  
1940 *Responsabilidad penal de los indígenas.* Universitaria, Potosí.  
1955 *Reforma integral del derecho penal boliviano.* Universitaria. Potosí.
- MIGUEL HARB, BENJAMÍN;  
1990 *Código Penal: Parte General.* Juventud, La Paz, (Vol. 1).  
1992 *Código penal Boliviano.* Los Amigos del Libro. La Paz.
- MOMNSEM, THEODORO;  
1991 *Derecho penal romano.* Temis, Bogotá.
- MORSELLI, ELÍO;  
1992 *Sanción del comportamiento interior de la estructura del delito.* Temis. Bogotá.
- MUÑOZ, FRANCISCO;  
1990 *Teoría general del delito.* Temis, Bogotá.
- PLATT, TRISTÁN;  
1982 *Estado boliviano y ayllu andino.* IEP, Lima.
- POLAINO, MIGUEL;  
1990 *Derecho Penal: Parte General.* Boch, Barcelona.
- REYES, ALONSO;  
1984 *La imputabilidad.* Temis, Bogotá.

- ROXIN, CLAUS;  
2004 *Problemas actuales de Derecho Penal*. Lima: ARA editores.  
1992 *Política criminal y estructura del delito*. PPU, Barcelona.
- RUSCHE, OTTO;  
1984 *Pena y estructura social*. Temis, Bogotá.
- SAAVEDRA, BAUTISTA;  
s/f *El ayllu*. Juventud, La Paz (s/d).
- SALMÓN, JULIO;  
1936 *Proyecto de código penal boliviano*. Arno. Hnos., La Paz.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSSA;  
2007 *La reinención del Estado y el Estado Plurinacional*. En: *¿Refundar el Estado en América Latina? Desafíos, límites y nuevos horizontes emancipatorios*. Buenos Aires: CLACSO. Año VIII. N° 22/septiembre  
2008 *Conocer desde el Sur: para una cultura política emancipatoria*. La Paz: CLACSO - PLURAL - CIDES/UMSA
- SELMAN, HOWARD;  
1986 *¿Qué es la Filosofía?*. Grijalbo, México.
- SOLANO, SUSANA;  
1950 *El indígena y el poder penal*. Miranda, Lima.
- STROBELE, JULIANA;  
1989 *Indios de piel blanca*. HISBOL, La Paz.
- VILLA, GUILLERMO;  
1991 *Fundamentos metodológicos de la nueva teoría del delito*. Temis, Bogotá.
- VILLAMOR, FERNANDO;  
1978 *La codificación penal en Bolivia*. Popular, La Paz.
- WELZEL, HANS;  
1965 *El nuevo sistema de derecho penal*. Ariel, Barcelona.
- YRURETA, GLADYS;  
1981 *El indígena ante la ley penal*. UCV, Caracas.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL;  
1973 *Teoría del delito*. Ediar, Buenos Aires.  
1988 *Criminología: apuntes desde un margen*. Temis, Bogotá.  
1993 *En busca de las penas perdidas*. Temis, Bogotá.  
2008 *Consideraciones acerca del pluralismo penal en la ley penal*. (Inédito)
- ZAVALETA, RENÉ;  
1987 *El poder dual*. Los Amigos del Libro, Cbba.  
1988 *Clases sociales y conocimiento*. Los Amigos del Libro, Cochabamba,  
1986 *Lo nacional popular en Bolivia*. Siglo XXI, México.  
s/f *El desarrollo de la conciencia nacional* (snt).  
s/f *El Estado en América Latina*. (snt).