

DEFENSA CULTURAL Y PUEBLOS INDÍGENAS: PROPUESTAS PARA LA ACTUALIZACIÓN DEL DEBATE

RENÉ PAUL AMRY

SUMARIO: **I.** Planteamiento del problema. **II.** Las soluciones históricas. 1. La época española. 2. La independencia. 3. El régimen de plantaciones. 4. El indigenismo. 5. El nuevo marco pluralista. **III.** Críticas a las soluciones actuales y propuestas para el futuro. 1. El reconocimiento constitucional del derecho a la identidad cultural. 2. Críticas a las soluciones penales actuales. 3. Propuesta de acercamiento a la problemática indígena-penal.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En las dos últimas décadas, se han logrado avances importantes en el reconocimiento de los derechos indígenas. Así, los pueblos autóctonos de Iberoamérica se han sumado a la vanguardia de la lucha indígena a escala mundial. Entre esos avances, hay que destacar los alcanzados mediante las reformas de la justicia, los que conciernen, esencialmente, a dos aspectos: por un lado, el reconocimiento de la jurisdicción indígena y, por otro, el acceso a la justicia estatal. El primero constituye una ruptura espectacular con el principio de unidad del orden jurídico, pilar del estado liberal. No es, por lo tanto, de extrañar que el interés de la doctrina y del movimiento indígena se concentre en ello.

El acceso a la justicia no ha recibido la misma atención ni por parte de la doctrina ni por parte de los activistas, sea porque los argumentos ya parecían agotados por haberse discutido desde los años veinte del siglo pasado, o sea porque los tecnicismos de la dogmática penal no se prestan con facilidad al lenguaje de

la reivindicación política. Fuera como fuera, las consecuencias penales de las recientes reformas constitucionales son demasiado importantes para seguir siendo ignoradas. El malestar en la doctrina penal ya se ha manifestado a través del desplazamiento de la *inimputabilidad sociocultural*¹ por el *error culturalmente condicionado*. Y este último concepto tampoco ha tardado en despertar dudas con respecto a la validez de sus fundamentos antropológicos y jurídico-penales.

Al mismo tiempo, aparece cada vez como más apremiante la necesidad de completar el reconocimiento de la jurisdicción propia con una actualización de las condiciones de acceso a la jurisdicción estatal, pues ambos aspectos están íntimamente ligados. Cabe preguntarse para qué sirve a un imputado indígena que se reconozca la jurisdicción propia si, en un caso que no caiga bajo esta jurisdicción, resulta sentenciado por un tribunal estatal que no respeta el derecho a la identidad cultural. La tarea no es fácil, pues las soluciones no solo deben ser consistentes dentro de la lógica de cada una de las vertientes (indígena o estatal), sino que deben permitir mantener una coordinación armónica entre el reconocimiento de la jurisdicción propia y el acceso a la jurisdicción estatal, y entre ambos y el derecho constitucional.

Hace falta, en seguida, aclarar dos conceptos: el de *defensa cultural* —que aparece en el título del trabajo— y el de *cultura*. El primero proviene del ámbito anglosajón y se refiere al uso de argumentos «culturales» en procesos penales. Aunque es casi desconocido en el debate iberoamericano, es el concepto más adecuado para nuestro estudio, pues no designa una figura penal en particular (causa de justificación, inimputabilidad, error de prohibición o causa de atenuación), sino la suma de estas opciones. Por su parte, el término *cultura* es bastante ambivalente, pues, en el uso diario, se refiere tanto a la producción artística de un pueblo como a su modo de vida. De la lectura de las constituciones actuales, sin embargo, se desprende que las referencias al «carácter pluricultural» de la nación, a la «identidad étnica y cultural» y otras parecidas no permiten limitar su significado a lo artístico.

En la primera parte de este trabajo, se discuten la evolución de las soluciones que la doctrina penal ha desarrollado para el tratamiento de los delitos de acción dolosa cometidos por indígenas y que estén vinculados con su cultura. Para ello, será necesario referirse a las bases antropológicas de las políticas criminales estatales. Dejaremos de lado los aspectos procesales tales como el acceso a la justicia en el idioma propio o el peritaje antropológico, que merecen ser analizados separadamente. En la segunda parte, se analizan las consecuencias de las últimas reformas constitucionales para el tratamiento jurídico-penal de los imputados indígenas.²

1 Para evitar malentendidos, usaremos el viejo término de *inimputabilidad*, que sigue predominando en la discusión iberoamericana, en lugar del concepto más preciso de *incapacidad de culpabilidad*.

2 Para mayor detalle, cf. Amry 2006.

II. LAS SOLUCIONES HISTÓRICAS

1. La época española

Después de la Conquista, la Corona estableció el marco normativo para una sociedad corporativa, en la cual los derechos y las obligaciones dependían del estatus (o posición social) de la persona.³ Si bien los «indios» eran reconocidos como vasallos libres, se les sometió a la tutela real debido a que, según los juristas, su situación era comparable a la de los «miserables» del derecho castellano.

El derecho penal castellano estaba arraigado en la doctrina de Santo Tomás de Aquino, para quien el delito coincidía con el pecado.⁴ El pecado y el delito implican voluntad y, por lo tanto, la existencia del libre albedrío. Por ello, la pena se consideraba como un instrumento de «retribución». Sin embargo, el carácter punitivo del derecho penal implicaba también una proporcionalidad entre el grado de culpabilidad y la sanción, en la que se tenían en cuenta las circunstancias atenuantes.

El tratamiento penal de los indígenas mantuvo coherencia con esta doctrina. Juan de Solórzano y Pereyra, oidor de la audiencia de Lima, uno de los compiladores de la *Recopilación de Indias* y su más distinguido comentarista, asimila el estatus penal de los «indios» con el de otros delincuentes con responsabilidad penal reducida que ya conocía el derecho de Castilla y menciona, expresamente, a los «rústicos, miserables y menores de edad».⁵ Describe a los indígenas como «imbéciles, incapaces y de juicio poco firme»,⁶ tal como los «rústicos», lo cual implicaba que se les podía aplicar una exención o, por lo menos, una atenuación de la pena, a menos que el acto se haya cometido con «malicia» o «atrocidad», caso en el que se consideraba que no merecían benignidad.⁷

Al igual que el «menor de edad» (*minor viginti quinque annis*), los indígenas tenían ciertos privilegios, como el derecho a ser tutelados procesalmente. La protectoría de indios fue atribuida primero a los obispos. En 1575, el virrey Francisco de Toledo reformó la protectoría en Nueva España y estableció el puesto de protector general en las capitales de audiencia y de protectores en las principales ciudades. La reforma, luego, fue ampliada a toda Iberoamérica mediante las *Leyes de Indias*. Finalmente, cabe mencionar que, ya que eran considerados como «miserables», no se gravaba a los indígenas con costas procesales.

3 Clavero 1994: 11-19.

4 Pradel 1991: 13-15.

5 Solórzano y Pereyra 1972: lib. 2, cap. 4, párr. 27.

6 Id.: 2; 28; 29; 32.

7 Id.: 2; 28; 31.

Los indígenas eran exentos de determinados tipos penales tales como la injuria y la riña sin uso de armas.⁸ La Corona demostró también una actitud tolerante hacia la práctica de la medicina tradicional: si bien las leyes prohibían el ejercicio de la medicina sin grado y licencia, preveían una excepción para los «pueblos de indios».⁹ Las *Leyes de Indias* hacían también muestra de pragmatismo con respecto al uso de la coca: en un apartado bastante amplio dedicado a la materia, se decía que el alivio que la coca proporcionaba a los trabajadores autóctonos solo era imaginario e, incluso, se le consideró «obra del demonio». No obstante, no se prohibió su uso porque mejoraba el rendimiento laboral.¹⁰ Ciertos delitos, en cambio, se crearon para mantener el control sobre la población indígena: no era, por ejemplo, permitido que los indígenas portaran armas o montaran a caballo.¹¹ Algunos aspectos de la vida indígena que entraban en contradicción con la moral cristiana también fueron tipificados como, por ejemplo, la poligamia, la «venta» de hijas para el matrimonio (la dote), la producción tradicional de bebidas alcohólicas y los bailes sin la licencia del gobernador español.¹²

En la medida en que gran parte del continente estaba fuera del control colonial, los españoles se vieron forzados a negociar tratados. Se sabe incluso que a los indígenas no sometidos, cuando eran capturados por los españoles, se les consideraba exentos del derecho penal y debían, más bien, ser tratados como prisioneros de guerra, según el «derecho de gentes». Los españoles intentaron someter a los pueblos independientes por vía de la evangelización y comenzaron con el caso sonado de la misión de las Verapaces en Guatemala, organizada en 1542 por el propio Bartolomé de las Casas. Teóricamente, las misiones estaban sometidas al poder civil, pero, de hecho, gozaban de una gran autonomía. Debido al alejamiento de los centros administrativos, los misioneros tenían bastante libertad para sancionar según su propio criterio, aunque, en varias ocasiones, la Corona intentara prohibir que impongan castigos corporales o privación de libertad.

En la segunda mitad del siglo XVIII, se implementaron reformas administrativas que ya anticipaban los acontecimientos del siguiente siglo. Los borbones establecieron un sistema más centralista, con tendencia a limitar las autonomías gremiales y locales tanto como a abolir los restos del derecho consuetudinario. Sin embargo, no fue hasta las guerras napoleónicas y la Constitución de Cádiz de 1812 que triunfó el liberalismo. Las cortes reconocieron a los indígenas y

8 *Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias*: 5; 10; 11.

9 *Ibid.*: 5; 6; 4.

10 *Ibid.*: 6, 14, 1: «[...] deseamos no quitar a los indios este género de alivio para el trabajo, aunque solo consista en la imaginación».

11 *Ibid.*: 6; 1; 31 y 33.

12 *Ibid.*: 6; 1; 5, 6, 37, 38.

mestizos como españoles y les otorgaron los derechos civiles correspondientes. A consecuencia de ello, se abolieron la *mita*, los servicios personales y el tributo, considerados como degradantes. Sin embargo, se hicieron también patentes las desventajas que, en adelante, sufrirían los indígenas, pues el derecho consuetudinario indígena perdió su carácter jurídico; se abolieron los cabildos indígenas que, hasta entonces, habían sido los reductos de la autonomía local; y se desamortizaron las tierras comunales.

En materia judicial, fueron pocas las reformas. Se mantuvo la separación entre indígenas y españoles y, en las materias en las cuales se intentó un cambio, como en la sustitución de alcaldes por jueces de letras, las reformas fracasaron ante la resistencia de los ayuntamientos.¹³ Al mismo tiempo, el clima de inseguridad generado por las guerras de independencia contribuyó a debilitar el sistema judicial. Abundaban los casos de ejecuciones sumarias de indígenas sublevados.¹⁴

2. La independencia

Las constituciones posindependistas siguieron los cauces trazados por la Constitución de Cádiz y establecieron la igualdad de los ciudadanos de la nación. En el ámbito de la legislación ordinaria, los legisladores se limitaron a promulgar algunas leyes puntuales. La mayor parte de la legislación española, incluyendo las normas que concernían a los indígenas, quedó vigente hasta la promulgación de los códigos civiles y penales, lo cual, en muchos países, no ocurrió hasta la segunda mitad del siglo.

Los pueblos indígenas todavía no sometidos fueron tratados con ambivalencia; en algunos casos, se seguía firmando tratados en pie de igualdad, mientras que, en otros, se les calificó como parte de la nación. En materia penal, es particularmente interesante un decreto venezolano de 1840,¹⁵ que mezclaba el derecho penal con el «derecho de gentes»: cuando un indígena *guajiro* cometía un delito que afectaba los intereses de otros habitantes (no *guajiros*) de la provincia, debía ser entregado a las autoridades estatales para ser juzgado; si la comunidad no lo entregaba, se autorizaba a las autoridades estatales para que tomen represalias.

El Código Penal promulgado en Nicaragua en 1837, basado en el proyecto de Livingston para Luisiana, excluía rotundamente de su aplicación a los indígenas «salvajes». La excepción se refería a los delitos que cometieran dentro de sus

13 Cf. Pinto Soria 1996: 13, que menciona la negativa del ayuntamiento de Guatemala a implementar las reformas judiciales.

14 Cf. Ferrer Muñoz/Bono López 1998: 180-216.

15 Decreto ejecutivo sobre reducción y civilización de indígenas, del 23 de agosto de 1840, citado en De Armellada 1977: 75-78.

propios confines, siempre y cuando no perjudicasen los intereses fundamentales del Estado.¹⁶

Especialmente en la Gran Colombia —que agrupaba los futuros estados de Venezuela, Colombia y Ecuador—, se le dio continuidad al sistema misional heredado de la Colonia con el objeto de asimilar a los indígenas no sometidos o todavía no reducidos en poblados más fácilmente controlables. Las misiones estaban sometidas a un régimen administrativo especial, bajo la coordinación de juntas integradas por funcionarios estatales y eclesiásticos. En materia penal, los casos de poca gravedad quedaban a discreción de los funcionarios de misión, los que castigarían a los catecúmenos ateniéndose al criterio de «equidad», mientras que los casos más graves caían bajo la jurisdicción del poder judicial.

El régimen misional tenía por prioridad asegurar el mantenimiento de la paz interior de las misiones y, sobre todo, la asimilación de los catecúmenos. En lo penal, sus fines eran «prevencionistas». El reglamento de 1817 para el gobierno de las misiones del Caroni preveía, en este sentido, la necesidad de «prevenir el mal antes que corregirlo» y «aterrar con el castigo» a los que no entendieran la razón.¹⁷

3. El régimen de plantaciones

En el período siguiente, la mayoría de los países iberoamericanos logró alcanzar mayores niveles de estabilidad política y económica. El fin de las guerras civiles que los azotaban de forma casi permanente desde la independencia permitió, nuevamente, un crecimiento basado en las monoculturas agroexportadoras y la minería. Sin embargo, los cambios conllevaron una ola de expropiación de tierras comunitarias y de leyes destinadas a movilizar y reprimir la mano de obra forzosa que se necesitaba para las plantaciones. Se dio, entonces, prioridad al fortalecimiento de los aparatos administrativos y de seguridad y se creó un marco jurídico que protegiera la seguridad de las inversiones que sustituyó las viejas e inadecuadas leyes coloniales por códigos civiles y penales importados de Europa.

La codificación penal iberoamericana coincidió con el florecimiento de la escuela clásica del derecho penal en Europa: los modelos que esencialmente se adoptaron fueron los códigos españoles de 1848 y 1870, y los códigos más netamente liberales de Bélgica (1867) y de Italia (1889).¹⁸ La codificación se realizó sin mención alguna de la población autóctona. Pareciera, incluso, que, para los codificadores, no existían los indígenas: así, en la exposición de motivos del Código

16 artículo 14 del Código Penal, citado en Zaffaroni 1988: 204.

17 «Introducción al Reglamento provisional para el gobierno y administración de las misiones del Carona», del 8 de mayo de 1819, citada en De Armellada 1977: 24-25.

18 Berdugo/Zaffaroni 1994: 63-75.

Penal peruano de 1863, los autores no vacilaron en afirmar que habían adoptado el modelo español de 1848 porque las costumbres de los peruanos estaban «[...] vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla».¹⁹ No obstante, el tratamiento especial de la población indígena, ya parcialmente integrada, no desapareció por completo. Se siguieron promulgando muchas leyes que preveían que se trataría a los indígenas como personas «miserables» y se estipuló específicamente que no se les cobrarían costas procesales.

Las codificaciones tampoco significaron la desaparición del régimen especial de misiones. Por lo contrario, bajo la creciente presión por la tierra, se expandió hacia territorios nuevos como en el caso de las misiones del padre Subirana en Honduras. En Colombia y Venezuela, donde las misiones tenían una larga historia, la legislación dejó de ser coyuntural. Más bien, se unificó y se hizo más precisa. En Venezuela, por ejemplo, la tendencia hacia la unificación ya se había manifestado en la ley de reducción de 1841.²⁰

Merece también mencionarse que, a partir de 1880, se decretaron varios códigos orgánicos para diferentes territorios de Venezuela, con contenido casi idéntico, que reformaban los códigos civil, penal y comercial referentes a su aplicación en los territorios en cuestión.²¹ En materia penal, los códigos territoriales establecieron detalladas normas sustantivas para los indígenas no reducidos: no les eran penalmente aplicables las leyes sobre el estado civil y los delitos contra la salud pública —por ejemplo, la práctica de la medicina tradicional cuando los involucrados eran indígenas no reducidos—; el hecho de ser indígena no reducido constituía una atenuante en todo juicio y siempre se debía aplicar el mínimo de la pena prevista para el delito en cuestión; el delito de vagancia no era aplicable al indígena no reducido; y la calificación de «vago» no constituía una agravante. Algunas disposiciones como la atenuación de las penas de prisión por buena conducta eran aplicables a todos los indígenas del territorio.

En Colombia, la ley 153, de 1887, evidenció claramente la subordinación de la política criminal de las misiones al objetivo de asimilación: en el artículo 320,

19 Citado en Hurtado 1979: 7. Cf. <www.unifr.ch/derechopenal/leyimp/liet.htm> (consulta realizada el 20 de febrero de 2003).

20 Ley sobre reducción y civilización de indígenas, del 28 de abril de 1841, citada en De Armellada 1977: 79-80.

21 Cf. los decretos orgánicos de las misiones de la provincia de Guayana del 18 de agosto de 1841; del 15 de octubre de 1842, que modificaba el anterior; del 6 de noviembre de 1845, que derogó el decreto de 1842; y el decreto organizando la provincia de Amazonas, del 2 de junio de 1856, que deroga el decreto de 1845. También cf. los decretos orgánicos del distrito de Río Negro del 20 de agosto de 1841 y del 15 de octubre de 1842, que modificó el anterior; y, finalmente, el decreto ejecutivo sobre los indios de la Guajira del 22 de octubre de 1842. Todos citados en De Armellada 1977: 80-91, 106-110, 129-132, 141-144, 93-101, 110-114 y 117-126.

estipuló que «los bárbaros» condenados a penas corporales y bautizados durante la condena podían pedir la atenuación de la pena y que las autoridades estaban autorizadas a concederla si lo juzgaban conveniente.²² Posteriormente, la ley 89, de 1890, asimiló los «indígenas reducidos a la vida civil» a los menores de edad con respecto a su capacidad de disponer sobre sus terrenos. La ley excluyó a los «salvajes que vayan reduciéndose a la vida civil por medio de Misiones» de la aplicación de la legislación común y previó reglamentar su situación mediante acuerdos entre el gobierno y la iglesia. Sin embargo, la situación penal de este segundo grupo de indígenas no llegó a regularse, hecho que se hizo patente en un juicio muy sonado ante el Tribunal Superior de Antioquia, de 1914, en el cual el jurado absolvió al reo indígena (no reducido) por falta de normas represivas estatales aplicables a su situación.²³

A partir de 1915, el régimen de misiones en Venezuela se basó en convenios entre el Estado y diferentes órdenes religiosas católicas, y se caracterizó por el alto grado de autonomía de las autoridades misionales frente al poder ejecutivo.²⁴ Y a pesar de que las leyes no lo autorizaban, los misioneros llegaron, incluso, a desempeñar la jurisdicción penal para delitos, sin sujeción a ninguna otra regla que al criterio de «equidad».²⁵ A partir de 1918, se empezó a manifestar una tendencia parecida en Colombia, aunque nunca alcanzó el mismo grado de desarrollo que en Venezuela. La jurisdicción penal de las misiones perduró hasta 1970 en Colombia y no fue derogada oficialmente en Venezuela sino a finales de 2005, con la promulgación de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.

Cabe anotar que, en otros países y especialmente en el extremo sur y norte de Iberoamérica, las misiones no jugaron un papel tan importante como en los países anteriormente mencionados. La creciente eficiencia técnica y militar de los regímenes de la época permitió romper el empate de fuerzas y vencer a los últimos grupos indígenas que todavía oponían resistencia. En Argentina y Chile, militares y finqueros llevaron a cabo campañas de exterminio contra los sobrevivientes mapuches. En México, numerosos indígenas mayas, yaquis y mayos fueron deportados y vendidos como esclavos. Algunas de las regiones de conflicto, tal como el distrito de Tepic (Jalisco) y Quintana Roo, fueron puestas bajo gobierno militar.

22 Duque 1916: 188.

23 Cf. Duque 1916.

24 Cf. Ley de Misiones, del 16 de junio de 1915, citada en De Armellada 1977: 265-266.

25 Cf. el Memorando C-299 del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 10 de octubre de 1944, citado en De Armellada 1977: 296-298, según el cual correspondía aplicar las sanciones que las autoridades misionales consideraban «[...] adecuadas al grado de responsabilidad que pudiere presumirse en el indígena delincuente no civilizado [...]».

La época liberal también fue el momento en el cual se gestaron las teorías positivistas antropológicas que adquirieron gran significado en el campo de la criminología. No es casual que surgieran precisamente en pleno auge del colonialismo europeo, pues legitimaban su acción. Una de las corrientes más importantes, el evolucionismo, proclamaba la existencia de una sola cultura universal. Sus propuestas no eran inocentes, en la medida en que planteaban la relación entre las etnias en términos de una supuesta «jerarquía» cultural: los distintos pueblos se encontraban en diferentes niveles de desarrollo cultural, caracterizado por la evolución desde lo sencillo hacia lo complejo, desde el hombre «primitivo» hacia el hombre «civilizado», lo cual justificaba la dominación de este sobre el primero. Lo viejo debía ceder el paso al progreso.

En esta línea de ideas, el jurista norteamericano Lewis Morgan diferenció entre tres grandes fases evolutivas de la humanidad (salvajismo, barbarie y civilización), caracterizadas, cada una de ellas, por determinadas formas de organización política y de nivel tecnológico. A los pueblos «salvajes» y «bárbaros» de la actualidad, testimonios anacrónicos del pasado, se les solía caracterizar como infantiles y degenerados. El concepto de la «degeneración» proviene de la antropología *lamarckiana*, que veía en la diversidad de las «razas» humanas el resultado de la transmisión de características biológicas por vía de la herencia.²⁶ Se pensaba que los rasgos «atávicos» del hombre primitivo, bajo la influencia de ciertos factores socioculturales, tales como el alcoholismo o la vagancia, volvían a aparecer en el delincuente. De allí, la equiparación sistemática entre el delincuente y el hombre «primitivo», o sea, el indígena. Es más, se consideraba que la tendencia hacia la delincuencia se reflejaba en las características físicas del indígena. Esta visión de la predeterminación racial de la criminalidad se refleja muy bien en los comentarios del abogado mexicano Manuel F. de la Hoz, según el cual «[...] el crimen recluta la inmensa mayoría de sus corifeos en las clases bajas de nuestro pueblo, que pertenecen a la raza indígena [y] se componen de individuos que tienen los signos característicos de un tipo siempre uniforme y muy poco variado».²⁷

El México del imperio se transformó en un laboratorio para científicos europeos que se dedicaban a estudiar y categorizar los rasgos de las distintas etnias indígenas. En 1891, se inauguró la penitenciaría de Puebla, que contaba con un departamento de antropología criminal donde investigaban los médicos Francisco Martínez Baca y Manuel Vergara. En sus *Estudios de antropología criminal*, obra premiada en la exposición internacional de Chicago en 1892 y que recibió las felicitaciones del criminólogo italiano Cesare Lombroso, Martínez Baca con-

26 Urías Horcasitas 2000: 69-70.

27 Citado en Urías Horcasitas 2000: 176.

cluye que «[...] el principio sentado por Lombroso, de que el hombre criminal es un salvaje nacido en medio de una sociedad civilizada, con las ideas y el gusto estético del hombre de las primeras edades, es en nuestro concepto el más justo que por la observación se ha podido inducir».²⁸

Las doctrinas criminológicas de la época se caracterizan claramente por su determinismo: se niega la importancia del libre albedrío. El hombre, y en mayor medida el hombre «primitivo», no es más que la presa de sus instintos y pasiones. No conviene, entonces, castigarlo por el acto culpable que cometió en el pasado, sino tratarlo conforme al peligro futuro que representa para la sociedad —de estas ideas, nacerá la escuela de la defensa social—. La pena se vuelve tratamiento y su protagonista debe ser el médico y no el jurista, aunque, en el caso del delincuente por causa racial, algunos autores duden de la eficacia de la educación, pues se supone que la causa de su criminalidad es biológica.²⁹

En Iberoamérica, las enseñanzas de la antropología criminológica tienen un efecto legitimador para el régimen de misiones, pues permite el «tratamiento» de los catecúmenos mediante la educación. La asimilación a la cultura dominante se vuelve una medida preventiva y socializadora. En buena cuenta, representa, sin embargo, un callejón sin salida a la hora de enfrentar la criminalidad de las masas harapientas que empiezan a poblar los barrios marginales de las ciudades. La gran mayoría de las poblaciones de México y de los países andinos son de ascendencia indígena. Si el indígena es un criminal potencial y si esta característica es hereditaria, serán también criminales los mestizos e indígenas proletarizados que inspiran tanto miedo a la oligarquía criolla de las ciudades. Se pregunta, espantado, el autor mexicano Carlos de Roumagnac: «¿Qué epidemia más peligrosa que aquella contra la cual no conocemos procedimientos higiénicos con qué combatirla y para la que serían inútiles cordones sanitarios porque la llevamos dentro de nosotros mismos, infiltrada en nuestra sangre desde hace años, y que transmitimos a nuestra descendencia legándole [...] el virus que tarde o temprano ha de florecer en los asquerosos botones del crimen o del delito?».³⁰

A finales del siglo, quedó evidenciado el fracaso de las políticas poblacionales mediante las cuales se intentaba «blanquear» el continente con inmigrantes europeos y, asimismo, que no hay respuesta «biológica» a la falta de homogeneidad de las naciones iberoamericanas y con respecto a una criminalidad cuyo crecimiento acelerado es provocado por los cambios sociales y económicos de la época. Los argumentos eugenésicos dejaron de servir en Brasil y México, países con grandes mayorías no europeas. En su lugar, empiezan a exaltarse las virtudes de

28 Cruz Barrera 2000: 54-55.

29 Cf. los planteamientos de Carlos de Roumagnac citados en Urías Horcasitas 2000: 191-192.

30 Citado en Urías Horcasitas 2000: 194.

la mesticidad como fundamento de la identidad nacional —es distinto el caso de Argentina, donde se resuelve el «problema indígena» mediante el genocidio—. Las políticas de asimilación pondrán, en adelante, mayor énfasis en la educación y en la integración del indígena en el mercado laboral. En la criminología, se percibe, al mismo tiempo, un cambio de énfasis desde los factores biológicos, esgrimidos por Lombroso, el padre de la antropología criminal, hacia los factores sociológicos, estudiados por su discípulo y compatriota Enrico Ferri.

4. El indigenismo

A partir de la segunda década del siglo xx y, especialmente, a partir de la crisis de la economía mundial en 1929, el modelo de Estado liberal, autoritario y agroexportador entró en una profunda crisis. En medio de los procesos de reestructuración política, económica y social surgieron actores nuevos: la burguesía industrial, las clases urbanas medias, el proletariado industrial y los movimientos campesinos. Bajo el incremento de las presiones sociales y económicas, la política estatal se volcó hacia la industrialización. Urgían también reformas para aumentar la baja productividad del agro y transformar al campesino autosuficiente y al peón en trabajadores asalariados y consumidores. En Perú y México, países con poblaciones indígenas numerosas, se planteó la necesidad de elaborar programas masivos de integración social, de salud y de educación para la población indígena, políticas estatales que llegarían a ser conocidas como indigenistas. Los indigenistas redefinieron el «problema indígena» como social y cultural en vez de racial y se distanciaron de las políticas de asimilación forzosas de la época anterior. En vez de esto, plantearon la necesidad de integrar al indígena como ciudadano y de que se le permita, por tanto, por lo menos de modo temporal, conservar los elementos de su cultura que no obstaculizaran su integración.

Las nuevas constituciones establecieron el marco de las políticas indigenistas, sobre todo en cuanto al reconocimiento y a la seguridad jurídica de las tierras comunitarias, así como a la fundación de cooperativas agrarias. Luego, se promulgaron leyes ordinarias para la implementación de los programas de integración. No obstante, muchos indigenistas mantuvieron una postura ambivalente en cuanto a la creación de una legislación especial, pues se percibió el riesgo de perpetuar la segregación en lugar de integrar al indígena como ciudadano. Por ello, los delegados del I Congreso Indigenista Interamericano, celebrado en Pátzcuaro (1940), rechazaron la «diversidad legislativa basada en la diversidad de razas» pero recomendaron, al mismo tiempo, tomar en cuenta su situación cultural a través de medidas protectoras en el ámbito legislativo.³¹

31 Citado en Yrureta Lanza 1981: 50-51, 65.

El debate sobre la conveniencia de establecer normas especiales para los indígenas fue particularmente fuerte en el dominio penal. En México, país con una sólida tradición liberal, la gran mayoría de la doctrina rechazó esta idea. Solo se admitió la necesidad de hacer uso de los instrumentos generales que ofrecía el derecho penal para atenuar las sanciones. Según el penalista José Ángel Ceniceros: «La actitud del Estado para con la población indígena debe ser igual a la que tiene para el resto de la población, sin distingos basados en prejuicios de razas superiores e inferiores, pero con el de humanizar la ley en sentido protector al aplicarse al indio, no en cuanto a que es indio, sino en cuanto a que su situación cultural amerita tener en cuenta todas las circunstancias personales que concurren».³²

En la misma línea de ideas, el destacado penalista Raúl Carrancá y Trujillo anotó que el derecho penal moderno —es decir, la doctrina de la defensa social— no se basaba en la culpabilidad, sino en la peligrosidad del sujeto y que, siendo así las cosas, no era posible más que atenuar la pena, «[...] aún tratándose de un pueblo heterogéneo, iletrado, víctima de las más impresionantes desigualdades económicas y culturales, e instalado en un territorio semidesértico y mal comunicado».³³

Sin embargo, existió también otra doctrina que aprobaba la promulgación de normas especiales. El ejemplo más sonado, en este sentido, es, sin duda, el Código Penal peruano de 1924, elaborado por Víctor Maurtua y basado en los anteproyectos de 1915 y 1916 de Carl Stooss para un nuevo Código Penal helvético. En los anteproyectos de Stooss y, luego, en el Código Maurtua, se hace sentir la influencia de la Escuela de Política Criminal, que le restaba importancia a la discusión sobre la existencia del libre albedrío e intentaba unificar pragmáticamente los puntos de vista de la escuela clásica y de la defensa social. El profesor penalista Adolfo Prins propuso, por lo tanto, un *sistema de doble vía* con penas para los delincuentes imputables y medidas de seguridad para los que no lo eran. Stooss enriqueció este esquema proponiendo medidas educativas para determinados tipos de delincuentes imputables tales como los delincuentes alcohólicos y ociosos.

Con relación a los indígenas, el Código Maurtua crea la opción de sustituir las penas por medidas de internación en colonias agrícolas, tanto para indígenas «salvajes» (artículo 44 del Código Penal) como para los «semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo» (artículo 45 del Código Penal), con el objeto de asimilarlos o de readaptarlos a la vida civil. Para los «semicivilizados», se previó, además, la posibilidad de atenuar las penas teniendo en cuenta

32 Yrureta Lanza 1981: 64-65.

33 Carrancá y Trujillo 1958: 70.

«su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres», conforme a lo que estaba establecido para los delincuentes *semimputables*.

El análisis detallado de ambos artículos y su comparación sistemática con otras normas en el Código nos revela que Maurtúa veía a los delincuentes indígenas como imputables.³⁴ Lo que puede parecer curioso a primera vista es el hecho de que se prevea expresamente la posibilidad de atenuar las penas de los «semicivilizados», mientras que se omite esta regla con respecto a los «salvajes». Desde el punto de vista de la doctrina clásica, es decir, en términos de mayor o menor culpabilidad, podría considerarse que el «salvaje» merece un mayor grado de consideración, debido a su aislamiento cultural. Esta contradicción aparente se explica con toda probabilidad por la influencia «defensista» en el Código: dado que está menos integrado, el «salvaje» podía considerarse más peligroso que el «semicivilizado».

¿Cuales habrán sido las influencias que llevaron a Maurtúa a la elaboración de estas normas novedosas? Aparte del modelo helvético, es probable que haya sido inspirado por las normas del derecho civil. De hecho, aun después de la independencia, nunca hubo escasez de normas civiles que equipararan a los indígenas con menores de edad: disposiciones de esta naturaleza se encuentran en las normas que establecían los regímenes de misión y las que preveían procedimientos especiales para la enajenación de terrenos por indígenas. Cabe también tener en mente que el Código Civil peruano de 1922 —promulgado solo dos años antes del Código Maurtúa— declaraba «incapaces relativos» a los «individuos de la raza indígena que no hablan castellano». Se debe suponer que Maurtúa estudió estas disposiciones y que los debates al respecto influyeron en su trabajo.

La contribución de Maurtúa consiste en haber encontrado una solución penal que se adecuaba a los conceptos antropológicos evolucionistas de la época, con su tripartición entre «salvajes», «semicivilizados» y «civilizados» —los últimos no se mencionan en el Código pero sirven como punto de referencia para las dos otras categorías—. Luego, debe considerarse que los códigos clásicos no se aplicaban a los «salvajes» —que eran sujetos al régimen misional—, pues se suponía que carecían del libre albedrío que se consideraba como base de la punibilidad. Con la sustitución del libre albedrío por el criterio de la peligrosidad, propio del defensismo social, Maurtúa integró a los «salvajes» al derecho penal común, aunque con la posibilidad de aplicarles medidas educativas especiales. Como tercero y último punto, debe tenerse en cuenta que el indigenismo no se preocupaba principalmente por los pequeños grupos «salvajes», sino por las masas indígenas

34 Cf. Amry 2006: 44-49.

parcialmente integradas. Maurtua fue pionero en proponer una solución a su situación penal mediante la atenuación de la pena.

El «modelo peruano» del Código Maurtua demostró la posibilidad de encontrar soluciones específicas para los indígenas. Sin embargo, este modelo no fue adoptado en otros países debido, tal vez, a que no iba lo suficientemente lejos en su diferenciación entre indígena y no indígena. Los artículos 44 y 45 del Código Penal peruano fueron aclamados por los indigenistas que se adherían al defensismo, como el senador peruano Ángel Gustavo Cornejo. Este propuso aplicarles «un régimen de mera seguridad, de función esencialmente tutelar y educadora [...]». Parecía, por lo tanto, consecuente ir un paso más lejos y plantear el problema en términos de *inimputabilidad*.

La huella más antigua, en este orden de ideas, se encuentra en el proyecto de Código Penal para Colombia de 1927, redactado por una comisión italiana y que equipara a los indígenas con los menores de edad. Su artículo 26 reza: «Los indígenas que aún no han sido reducidos a la vida civilizada se asimilan cuando delincan a los menores de edad, que deben ser juzgados con arreglo a penas y procedimientos especiales para ellos. Los indígenas menores de dieciocho años no son punibles».³⁵

La idea reaparece en Brasil, donde, en la exposición de motivos del Código Penal de 1940, se afirmó que podía considerarse que los «selvícolas inadaptados» y sordomudos tuvieran un desarrollo mental incompleto o retardado, sin necesidad de incluirlos formalmente en la disposición sobre la inimputabilidad. La propuesta cundió a partir del II Congreso Latino-Americano de Criminología, de 1941, donde el ponente boliviano José Medrano Ossio planteó que, por sus «antecedentes psicológicos», la «inferioridad en que se debate en competencia con las demás clases» y su «realidad social», debía considerarse al indígena como inimputable.³⁶ La inimputabilidad indígena es prevista, luego, en numerosos proyectos hasta plasmarse en los códigos penales de Bolivia (1972), de Colombia (1980 y 2000) y del estado mexicano de Michoacán (1980).

La transición del «modelo peruano» al «modelo brasileño» tuvo consecuencias importantes. Según el primero, bastaba que el juez estableciera la «condición cultural» del procesado, para lo cual era suficiente averiguar la presencia de determinados criterios «objetivos» tales como su dominio del español, su profesión, su uso de ropa «civilizada», etcétera. Con el «modelo brasileño», la doctrina penal se alejaba del evolucionismo al considerar que debía determinarse si el procesado, teniendo en cuenta su desarrollo mental, comprendía la ilicitud del acto y

35 Citado en Benítez Naranjo 1988: 112-113.

36 Sanguino Madarriaga 1990: 217.

era capaz de determinarlo en función de esa comprensión. No era ya una cuestión de «condición cultural» genérica como miembro de una etnia, sino de capacidad individual con relación a un determinado delito, para lo cual se necesitaba un dictamen pericial psicológico. No obstante, es cierto que, al considerar al indígena como insuficientemente desarrollado, la doctrina seguía inscribiéndose en una lógica evolucionista.

No fue hasta la década de 1970 que la doctrina penal indigenista empezó a orientarse hacia un nuevo referente antropológico: el relativismo. A diferencia del evolucionismo, esta doctrina plantea la existencia de una pluralidad de culturas que, en principio, son del mismo valor y que no pueden ser juzgadas sobre la base de los esquemas de otra cultura. Ruth Benedict, una de las representantes más destacadas del relativismo, consideró también que los comportamientos de los integrantes de cada cultura eran condicionados por la cultura en la cual vivían.

La reorientación a escala antropológica se expresó en la definición de la inimputabilidad indígena como cultural en vez de psicológica. En 1970, la Corte Suprema de Colombia, en el muy sonado caso Miquirucama, rechazó la analogía entre indígenas y menores de edad o retrasados mentales alegando que su condición derivaba de la cultura, es decir, de un factor exógeno, y no de una anomalía psíquica.³⁷ Este cambio de esquema antropológico se reflejó durante las discusiones sobre los proyectos para el nuevo Código Penal colombiano. Después de la promulgación del Código Penal de 1980, la Corte Suprema siguió, por lo general, ateniéndose a la naturaleza sociocultural de la inimputabilidad indígena, como queda expresado en el fallo Mancipe Rodríguez, de 1984, en el cual la Corte argumenta que:

[...] el hecho de que el indígena tenga un desarrollo cultural diverso del correspondiente al llamado hombre civilizado, en manera alguna permite aseverar que aquel sea inmaduro en el sentido estricto del vocablo. Se trata simplemente de dos visiones diferentes sobre el mundo y, en últimas, de la presencia de dos escalas distintas de valores, sin que sea dable dar preeminencia a alguna de ellas, a no ser como el resultado de la imposición de quienes detentan los factores reales de dominación.³⁸

La misma orientación relativista informó posteriormente la elaboración de los proyectos que antecedieron al Código Penal peruano de 1991 —aparte del proyecto de 1984, que se inspira en el Código Penal evolucionista de 1924—. ³⁹

37 Corte Suprema de Justicia, 14 de mayo de 1970, citado en Roldán Ortega/Gómez Vargas 1994: 447-451.

38 Corte Suprema de Justicia, 20 de septiembre de 1984, citado en Roldán Ortega/Gómez Vargas 1994: 451-453.

39 Amry 2006: 56-58.

Cabe, finalmente, mencionar el creciente éxito, en la década de 1970, de otra fórmula que consiste en estipular que, al determinar sobre el caso de un procesado indígena, deben «tenerse en cuenta» sus costumbres. Esta fórmula se encuentra, primero, en el artículo 45 del Código Penal peruano de 1924 a efectos de lograr una atenuación de la pena. Se retomó en 1957 en el artículo 8, literal b, del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que no indica con claridad para qué efectos se deben tener en cuenta las costumbres. La duda se aclara al poner en relación esta disposición con el artículo 10, inciso 2, del mismo convenio, que prevé que «[...] al imponerse penas previstas por la legislación general a miembros de las poblaciones en cuestión se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones». Es decir, que el «tener en cuenta las costumbres» puede servir tanto para atenuar la pena como para establecer el tipo de penas que se impongan.

Posteriormente, el artículo 56 del Estatuto del Indio de 1973 (Brasil) previó una causa de atenuación y la obligación del juez de atender al grado de integración del indígena en la aplicación de la pena. En 1974, el gobierno de Juan Velasco Alvarado, en Perú, promulgó una Ley de Comunidades Nativas, cuyo artículo 16 estableció que los tribunales debían tener en cuenta «las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las comunidades». Aunque textualmente parece dejarse abierta la cuestión sobre qué consecuencias tendría el «tener en cuenta» estos elementos, pareciera tratarse de una adecuación de la situación de los indígenas «nativos» (que, anteriormente, habían sido calificados como «salvajes») a la situación de los indígenas «semicivilizados», que ya estaba regulada en el artículo 45 del Código Penal. Lo anterior nos permite concluir que la fórmula del «tener en cuenta» la cultura indígena proviene, con toda probabilidad, del Perú y que se refería, originalmente, a la atenuación de las penas. También es llamativo que, en ambos países en los cuales apareció antes de la década de 1980 (Perú y Brasil), ya existieran normas especiales para indígenas, para las cuales la disposición constituía un complemento.

5. El nuevo marco pluralista

A finales de la década de 1970, las crisis políticas, económicas y sociales contribuyeron a debilitar los regímenes autoritarios que imperaban en el continente. La apertura democrática culminó en reformas constitucionales en las que participó la sociedad civil, incluyendo el movimiento indígena. A mediados de la década de 1980, en una primera ola de reformas, se reconoció la identidad cultural. Hasta entonces, el indigenismo, basado en una visión antropológica evolucionista, se había orientado hacia la asimilación o, por lo menos, había mantenido una postura ambivalente con respecto a la cultura indígena. Las reformas constitucionales rom-

pieron con este esquema. El reconocimiento del pluralismo cultural se inscribe en el marco del reconocimiento de un amplio catálogo de derechos humanos, que incluía derechos de la segunda generación, así como de una visión antropológica inspirada por el relativismo, corriente que predica el respeto por la diferencia cultural. Posteriormente, las reformas constitucionales de la década de 1990 fueron aún más lejos y reconocieron, entre otros, el derecho a la jurisdicción propia.

El nuevo paradigma constitucional no tardó en repercutir en lo penal, pues era contradictorio reconocer el derecho a la identidad cultural y seguir penalizando conductas que reflejaban esta identidad. La doctrina comenzó a reevaluar las opciones penales que se ofrecían para superar esta contradicción y, así, se agudizó la crisis del concepto de la inimputabilidad sociocultural. El concepto tradicional de la imputabilidad se basaba en el libre albedrío. Sin embargo, como observó Juan Bustos Ramírez, este concepto es estigmatizante, pues diferencia entre personas que disponen de libre albedrío y otros que, por falta de capacidad, se encuentran relegados a la categoría de seres humanos incompletos que necesitan ser tutelados.⁴⁰

Algunos autores propusieron superar la estigmatización mediante un concepto renovado de la inimputabilidad, a la que definieron, más bien, como una «racionalidad distinta» o como el «resultado de un proceso de socialización», en vez de una incapacidad, pero estos intentos no lograron parar el declive de la inimputabilidad sociocultural. En la preparación del nuevo Código Penal peruano de 1991, quedaron desplazadas las propuestas basadas en la inimputabilidad y fueron sustituidas por otra, que llegó a aprobarse bajo el nombre de «error culturalmente condicionado».

Del mismo modo, se derogaron las disposiciones sobre inimputabilidad indígena en los códigos penales de Bolivia y de Michoacán. La inimputabilidad indígena sobrevivió solo en Colombia, donde, incluso, fue retomada en el Código Penal de 2000. Sin embargo, a los dos años de su promulgación, la Corte Constitucional declaró inexecutable la medida de reintegración forzosa para indígenas socioculturalmente inimputables.⁴¹ La Corte dejó executable la inimputabilidad sociocultural por considerar que parecía ofrecer una protección más amplia en comparación con el error de prohibición. Sin embargo, condicionó su aplicación al declararla subsidiaria al error de prohibición y estableció que, en adelante, no seguiría teniendo sentido peyorativo.

Mientras iba disminuyendo la importancia de la inimputabilidad sociocultural, apareció una propuesta que parecía adecuarse mejor al esquema pluralista: el «error de comprensión culturalmente condicionado». La aplicación del error de

40 Cf. García Víctor 1994: 43-44.

41 Corte Constitucional, 14 de mayo de 2002, C-370.

derecho a la temática indígena y, más tarde, del error de prohibición no era totalmente nueva. Ya en 1964, Luis Jiménez de Asúa parece favorecer esta solución cuando escribe que:

[...] la ley arranca de la norma que es de cultura, y no un estado meramente legal; y el dolo ha de integrarse por elementos intelectuales además de los «emocionales». Si el sujeto no conoce en forma profana lo que el técnico llama «antijuricidad» de la conducta y «tipicidad» de la acción, el dolo no existe. ¿Es capaz el indio de conocer las «normas» de cultura en que el blanco y el mestizo viven, y de conocer la significación de sus actos exigidos para el dolo? Parece que no.⁴²

Nótese que, sobre la base de la teoría del dolo, el error de derecho tenía como efecto la eliminación del dolo. Hubo algunos casos aislados de aplicación del error de derecho a casos culturales en el Perú —donde, con base en el Código de 1924, solo comportaba la atenuación de la pena— y en México.⁴³ Más tarde, la «teoría del dolo» sería desplazada por la «teoría de la culpabilidad», según la cual el error de prohibición tiene como consecuencia la exención de culpabilidad y, en caso de ser vencible, la atenuación de la pena.

El «error de comprensión culturalmente condicionado» parece haber sido concebido y discutido por primera vez en 1977 por Raúl Zaffaroni, quien combina el concepto penal de «error» con el de «condicionamiento cultural», que proviene de la antropología relativista, y más específicamente del trabajo de Ruth Benedict.⁴⁴ Zaffaroni distingue entre el error de prohibición a escala «cognitiva» y el error de «comprensión».⁴⁵ El primero afecta el «conocimiento directo» (conocimiento de la norma prohibitiva) o «indirecto» (creencia errónea en la existencia de una causa de justificación) de la criminalidad del acto. El error de «comprensión», por otra parte, no es un «error» en el sentido literal de la palabra, pues el sujeto sabe que el acto es punible, sino que afecta la capacidad para «internalizar» la norma. Según Zaffaroni, en ciertas situaciones, no se puede exigir la internalización, pues las normas corresponden a una visión y experiencia del mundo totalmente distintas a las del procesado.

El error de prohibición y el error de comprensión cultural han tenido un éxito innegable. A nuestro conocimiento, fue la reforma del Código Penal Federal mexicano, en 1983, la primera en reconocer el error de prohibición por razones culturales. Su artículo 59 bis, preveía un error de prohibición invencible por «extremo atraso cultural y aislamiento social del sujeto» y que tendría como con-

42 Jiménez de Asúa 1964: 956.

43 Amry 2006: 51 y 133-134.

44 Benedict 1953: 15.

45 Cf. Zaffaroni 1988: 577-591; Zaffaroni 1982: 183-231.

secuencia la atenuación de la pena o el tratamiento en libertad. El Código fue reformado en 1993 y se eliminó la referencia al «error cultural», lo cual mejoró la situación del procesado indígena, que ahora se beneficiaría del error de prohibición general —que conlleva una exención de culpabilidad en lugar de la atenuación y del tratamiento—.

El Código Penal peruano de 1991 fue el segundo en prever lo que la mayor parte de la doctrina califica de «error de comprensión culturalmente condicionado», pero que, en realidad, se parece mucho a la inimputabilidad. En Costa Rica, no hubo reformas constitucionales a favor de los indígenas, pero el país fue uno de los primeros en ratificar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Basándose en el Convenio, la Corte Suprema de Justicia, en varias oportunidades, reconoció la aplicabilidad del «error de comprensión culturalmente condicionado».⁴⁶ Asimismo, cabe recordar que, incluso en Colombia, a raíz de la sentencia C-370/02, es reconocido el error cultural y que, en Bolivia, se derogó la inimputabilidad del «indio selvático», con lo cual se abre la posibilidad de aplicarle la exención de culpabilidad por error de prohibición.

Aparte del error cultural, es también notable el éxito de la fórmula que obliga al juez a «tener en cuenta» la costumbre o el derecho consuetudinario indígena. Al igual que el error cultural, se adoptó, incluso, en países que anteriormente no habían reconocido la inimputabilidad sociocultural. Así, en el artículo 6 del Estatuto Paraguayo de las Comunidades Indígenas, de 1981, se estatuye que: «[...] en los procesos que atañen a indígenas, los jueces tendrán también en cuenta su derecho consuetudinario, debiendo solicitar dictamen fundado al Instituto Paraguayo del Indígena o a otros especialistas en la materia». Posteriormente, se adoptaron normas parecidas en las legislaciones de las provincias argentinas de Formosa y Santa Fe, en el Código Penal Federal de México y de muchos de los estados de la federación, en la Ley Indígena de Chile, en el Código de Menores de Colombia, en el Código de Niños y Adolescentes del Perú y en varios códigos procesales penales. A diferencia de las normas de la década de 1970, estas disposiciones, en general, no aclaran los efectos que tendrá el «tener en cuenta» las costumbres, es decir, no hacen otra cosa que remitir a las opciones generales que ofrece el derecho penal.

Llegamos, finalmente, a otra consecuencia importante del reconocimiento del pluralismo cultural, consistente en la descriminalización de ciertas conductas. Se da, principalmente, en dos materias: el uso ritual de sustancias narcóticas y la jurisdicción propia. En 1985, el IX Congreso Indigenista Interamericano recomendó la legalización del uso ceremonial de sustancias psicoactivas y, posterior-

46 Cf. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, votos n.º 446-492, 561-593 y 251-295.

mente, se declaró lícito en Colombia (1986), Bolivia (1988) y Argentina (1989).⁴⁷ En Bolivia, se declararon lícitas las formas tradicionales de uso de la hoja de coca y, en Argentina, se estableció que no sean considerados como delitos la tenencia y el consumo tradicional de la coca. La solución venezolana fue distinta, pues solo se creó una causa de exención de culpabilidad.

El reconocimiento de la jurisdicción propia empezó muy paulatinamente y de manera más o menos limitada con el Estatuto del Indio en Brasil (1973), la Ley de Comunidades Nativas en Perú (1974), el Estatuto de las Comunidades Indígenas en Paraguay (1981) y la Ley Integral del Aborigen de la provincia argentina de Formosa (1984). A escala internacional, el Convenio 169 de la OIT prevé el reconocimiento de los métodos tradicionales para la represión de delitos, condicionado a que sean compatibles con el «sistema jurídico nacional». El Convenio 169 no tuvo mayor repercusión en materia penal, salvo en el caso de Costa Rica —y, más recientemente, en Guatemala—, donde, incluso, se interpretó restrictivamente la limitación de los valores culturales por el derecho ordinario. La Corte Suprema estableció que debían reconocerse las decisiones de las autoridades propias, aun cuando contradijeran el sistema jurídico nacional, a menos que estén afectados los derechos fundamentales o las normas o principios de orden público fundamentales del ordenamiento costarricense.⁴⁸

El reconocimiento constitucional explícito de la jurisdicción propia se dio a partir de 1991 y empezó con la Constitución colombiana. Se realizaron reformas similares en Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998), Venezuela (1999) y México (2001). Sin embargo, sólo en algunos pocos casos, el legislador promulgó leyes para compatibilizar la jurisdicción indígena con la del Estado. El reconocimiento de la jurisdicción indígena implica, a la vez, una descriminalización de ciertas conductas vinculadas con esta; dicho de otro modo, los límites de la jurisdicción indígena son también los límites de la descriminalización.

La Corte Constitucional colombiana desarrolló una doctrina muy coherente con respecto al reconocimiento de la jurisdicción propia y de sus límites. Uno de los criterios más importantes es el «principio de maximización de la autonomía» para los casos donde las personas y los intereses involucrados pertenezcan al mismo grupo étnico, el cual implica, a la inversa, una «[...] minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía».⁴⁹ Este principio es de gran interés, pues no solo es aplicable a la jurisdicción propia, sino que puede aplicarse más generalmente a todos los aspectos de la vida cultural de los pueblos indígenas como instrumento para demarcar los

47 Amry 2006: 179, 216-217.

48 Corte Suprema de Justicia, votos n.º 3003-3092 y 1867-1895.

49 Corte Constitucional, T-349/96.

límites entre lo permitido y lo ilícito. En este orden de ideas, la Corte, en una de sus sentencias, ha establecido de manera general que: «[...] el derecho colectivo de las comunidades indígenas a mantener su singularidad puede ser limitado solo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a esta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad».⁵⁰

III. CRÍTICAS A LAS SOLUCIONES ACTUALES Y PROPUESTAS PARA EL FUTURO

1. El reconocimiento constitucional del derecho a la identidad cultural

Las reformas constitucionales en materia indígena, a pesar de las diferencias entre los diferentes países, tienen en común el reconocimiento del derecho a la identidad cultural. El reconocimiento amplio de la cultura como forma de vida se hizo necesario considerando que los pueblos indígenas se diferencian de otros sectores de la población no solo por su folclore, sino por su cosmovisión y forma de organizarse. Siempre que quede afectado un aspecto básico de esta forma de vida, como la economía tradicional o el modo de resolver sus conflictos, se pueden prever consecuencias graves en muchos otros aspectos de la vida comunitaria, incluso poniendo en peligro su existencia como pueblos.

También es necesario delimitar el derecho a la identidad cultural, pues la cultura no es un fenómeno homogéneo y el grado de aceptación de una conducta determinada puede variar dentro de un grupo étnico. Para que sea, entonces, considerada como ejercicio del derecho a la identidad, es necesario que los que formen parte del grupo la consideren como legítima. Si bien, por ejemplo, la violencia intrafamiliar es un fenómeno cotidiano en la comunidad, no puede ser calificada como parte de la cultura, toda vez que no se trata de comportamientos aprobados, aunque, posiblemente, sean tolerados dentro de ciertos límites.

2. Críticas a las soluciones penales actuales

Las soluciones penales históricas se inscriben, básicamente, en tres corrientes. La primera, heredada de la Colonia, es conservadora y pone énfasis en las «diferencias» entre las etnias con el objeto de justificar la explotación de la población autóctona. Las normas coloniales trataban a los indígenas como si fueran seres humanos incompletos y se promulgaron disposiciones para tutelarlos.

50 Corte Constitucional, T-496/96.

Ya antes de la independencia empezó a desarrollarse un acercamiento diametralmente opuesto al conservadurismo: el proyecto liberal. Este predicaba la igualdad de los ciudadanos y la eliminación de las autonomías gremiales y territoriales que servían para mantener las diferencias entre estos. En la segunda mitad del siglo XIX, el ímpetu liberal de la primera hora fue mitigado por el advenimiento del evolucionismo, que graduaba las culturas según su supuesto estado evolutivo. Ello justificaba tratar de manera distinta a los indígenas recién reducidos y someterlos a un régimen especial con el objeto de asimilarlos. Posteriormente, con el advenimiento del indigenismo, la doctrina penal se dividió en una doctrina más liberal que se oponía a las disposiciones tutelares —se le podría llamar el *modelo mexicano*— y otra corriente más cercana al evolucionismo que exigía, por lo menos temporalmente, tener en cuenta el «atraso cultural» indígena a través de la inimputabilidad —el *modelo brasileño*—.

En la década de 1970, se operó un giro en la doctrina antropológica penal, en el cual se empezó a descartar el evolucionismo a favor del relativismo, doctrina antropológica que partía de la equivalencia valorativa de las culturas. El giro político y legal hacia el reconocimiento del pluralismo étnico y cultural llegó poco tiempo después y parecía útil, por la afinidad entre ambas corrientes, que el pluralismo político-constitucional se sirviera del relativismo como referente antropológico, lo cual contribuye a explicar el éxito del error culturalmente condicionado en la doctrina penal.

Hoy en día, la inimputabilidad sociocultural ya parece superada, sobre todo por sus connotaciones peyorativas en cuanto a la supuesta incapacidad del indígena para comprender la ilicitud de su conducta y de determinarla conforme a esta comprensión por el solo hecho de pertenecer a una cultura diferente de la dominante. Las críticas actuales se concentran, por lo tanto, en el error culturalmente condicionado. En primer lugar, como observa José Hurtado Pozo con respecto a la fórmula del error culturalmente condicionado tal como se encuentra en el artículo 15 del Código Penal peruano de 1991, no se trata de un error, sino de una incapacidad de culpabilidad, pues el artículo se refiere a la incapacidad del acusado para: «[...] comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión».⁵¹ Vale observar que esta crítica es aplicable al error culturalmente condicionado en general, tal como fue concebido por Zaffaroni, pues se refiere a la falta de capacidad del sujeto para internalizar la prohibición.

En segundo lugar, el concepto de error cultural parte del supuesto de que las personas están «condicionadas» por la cultura. Este criterio es inaceptable desde dos puntos de vista, uno antropológico y el otro jurídico. La antropología, hoy

51 Hurtado Pozo 2003: 357-380.

en día, se ha ido apartando de la idea de que alguien sea «esclavo de su cultura», como lo formula la antropóloga argentina Beatriz Kalinsky.⁵² Según ella, la cultura no prescribe determinadas normas y pautas de pensamiento o de conducta. Antes bien, dice Kalinsky, «[...] lo hace en forma no prescriptiva, conservando cualquier persona la capacidad de reflexionar sobre “su cultura” y de elegir cuándo usar o cambiar alguna de las normas que la compone». Sin embargo, el determinismo del error cultural entra también en conflicto con los derechos humanos y, específicamente, con el principio de la dignidad humana. Este principio define al ser humano por su capacidad de autodeterminación; en consecuencia, negarle al indígena su capacidad ética no significaría, entonces, otra cosa que negarle su naturaleza de ser humano pleno.

Llegamos, finalmente, al tercer grupo de reparos que se dirigen de modo general a las soluciones basadas en la culpabilidad. Según varios autores, el indígena tiene el «derecho» de comportarse de acuerdo a su cultura, aunque se trate formalmente de una conducta tipificada, pues la Constitución reconoce a los derechos culturales y, por tanto, se lo permite.⁵³ La solución debe, por tanto, buscarse desde el punto de vista del injusto y no de la culpabilidad.

3. Propuesta de acercamiento a la problemática indígena-penal

Con base en el nuevo marco constitucional, cualquier propuesta debe ser consecuente con el reconocimiento de la identidad cultural. Sin embargo, también debe tenerse en mente que la cultura no es un bien absoluto. Existen otros derechos individuales y colectivos de igual importancia con los cuales debe ponderarse el derecho a la identidad. No debemos caer en el extremo del esencialismo cultural, que niega la universalidad de los derechos humanos. En este sentido, se deben rechazar soluciones como la inimputabilidad sociocultural o el error cultural, basadas en la supuesta «naturaleza distinta» o el «condicionamiento cultural» del indígena. Son propuestas que parecen respetuosas de sus diferencias, pero que, en el fondo, lo reducen a un ser distinto de los demás y le niegan su dignidad de ser humano. La tarea actual para la doctrina penal consiste en superar un pluralismo relativista científicamente erróneo y éticamente inaceptable y reorientarse hacia un pluralismo fundado en los derechos humanos y, al mismo tiempo, profundamente respetuoso del derecho a la diferencia.

De esto, se desprende también que no existe una sola solución providencial para todos los casos que se puedan presentar. No es lo mismo hablar del uso ritual del peyote, de la economía tradicional indígena o de su derecho a ejercer su

52 Kalinsky 2000: 240-241.

53 Becerra 1997: 28-29.

propia jurisdicción que de homicidio de «brujos» o de prácticas crueles o humillantes cometidas bajo la excusa de la tradición. Nuestra tarea, en seguida, será examinar qué soluciones corresponden a determinados tipos de casos.

Las constituciones iberoamericanas reconocen el derecho a la identidad cultural, así como otros derechos más específicos (tal como la libertad de culto o la jurisdicción propia) con los cuales se pretende garantizar el derecho colectivo de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar su forma de vida y el derecho individual a participar en esta forma de vida. De ello, se desprende que existe un espacio garantizado en el cual no puede interferir el Estado. Las conductas que se enmarcan dentro de ese espacio son, en principio, permitidas y no pueden, por lo tanto, ser consideradas como contrarias al ordenamiento jurídico.

¿Qué consecuencias tiene esto para el derecho penal? En primer lugar, se sabe que los derechos constitucionales no necesariamente implican una solución en el ámbito del injusto. En Alemania y Austria, por ejemplo, se han discutido casos de conflicto entre deber jurídico y libertad de conciencia —en general, se trata de delitos de omisión— que han sido resueltos recurriendo a una exención de culpabilidad.⁵⁴ No obstante, estos casos no son comparables al de la identidad cultural, pues aquí no es cuestión de valorar la exigibilidad de determinada conducta teniendo en cuenta el conflicto interno del sujeto, sino de un derecho colectivo que implica una descriminalización de la conducta en sí y, por lo tanto, un tratamiento en el ámbito del injusto —es decir, de la tipicidad o de las causas de justificación—.

En segundo lugar, los derechos constitucionales nunca se reconocen de manera absoluta. Están limitados por «reservas de ley» explícitas o implícitas; es decir, que un determinado tipo penal puede afectar un derecho constitucionalmente reconocido sin llegar a violarlo cuando esté cubierto por una reserva de ley. En la doctrina alemana, se considera que los derechos constitucionales y, particularmente, los que estén bajo reserva explícita solo pueden restringir el alcance del

54 En el primer caso, un testigo de Jehová se negó a aceptar una transfusión de sangre para su hija, aunque los médicos le decían que, sin la transfusión, iba a morir. En el segundo caso, una mujer mortalmente enferma se negó, igualmente por razones religiosas, a aceptar el tratamiento médico necesario y su marido la apoyó en su decisión, por lo que el resultado fue la muerte de la esposa. En ambos casos, se trató de delitos por omisión y algunos autores propusieron resolverlos por vía de la «inexigibilidad» de otra conducta, mientras que otros opinaron que debía aplicarse directamente el derecho constitucionalmente garantizado a la libertad de conciencia como causa de exención de culpabilidad o consideraron que constituían casos de «estado de necesidad exculpante». Meter Lewisch, tras una ponderación de los intereses involucrados, considera que la vida de la hija es un bien claramente superior a la libertad de conciencia del padre y que este no tenía el derecho de disponer de la vida de su hija, por lo que se opone a la exculpación en el primer caso. Cf. Lewisch 1993: 356-367.

tipo penal en dos casos. Por un lado, cuando la interpretación de los elementos normativos del tipo lo permita (interpretación del tipo conforme a la Constitución) y, por otra, cuando sea aplicable una causa de justificación —tal como el «cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho», estatuidos en varias legislaciones iberoamericanas— que prevea una ponderación entre los intereses en juego.⁵⁵ El primer caso se daría, por ejemplo, en el delito de usurpación de funciones públicas del artículo 161 del Código Penal de Colombia, que prevé que incurre en delito quien, sin tener autorización legal, ejerza funciones públicas. El ejercicio de la jurisdicción indígena no constituye una usurpación de la función jurisdiccional, pues el reconocimiento constitucional de la jurisdicción propia es directamente aplicable y, de tal manera, representa una autorización legal en el sentido del artículo 161 del Código Penal. Cabe aclarar que nos estamos refiriendo a una «interpretación conforme a la Constitución» y no a la «adecuación social», pues este último medio de interpretación no se presta muy bien a los casos de conflictos de interés o a una situación de pluralidad jurídica y cultural, donde justamente no existe aceptación generalizada de la conducta.⁵⁶

Cuando no sea posible lograr un resultado favorable a la identidad cultural por medio de la interpretación conforme a la Constitución, queda la posibilidad de averiguar la existencia de una causa de justificación como, por ejemplo, el «cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho» o, incluso, de una justificación *sui generis* (la doctrina acepta la aplicación de una justificante *sui generis* cuando no exista una reserva de ley explícita).⁵⁷ Este caso puede darse, por ejemplo, cuando una autoridad indígena aplique una sanción prevista por el derecho indígena que, sin embargo, esté tipificada como delito, tal como los azotes que se aplican en algunas comunidades indígenas y que la Corte Constitucional de Colombia ha declarado conformes con la Constitución bajo ciertas condiciones.⁵⁸

Tanto la interpretación del tipo como la posible aplicación de una causa de justificación implican siempre una ponderación entre los intereses involucrados, pues el derecho a la identidad no siempre prevalecerá sobre otros bienes jurídicos amparados por la norma penal. La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica desarrolló un «test de proporcionalidad» —también conocido como «Test de Sherbert»— para la ponderación entre la libertad de culto y leyes o medidas estatales que la afecten. Como primer paso, el demandante debe exponer en qué consiste la «infracción al núcleo esencial del derecho de culto». Luego, el

55 Tiedemann 1991: 36-37.

56 Cf. García Víctor 1994: 37-39.

57 Lewisch 1993: 343.

58 Corte Constitucional, T-349/96 y T-523/97.

Estado tiene que comprobar la existencia de un «interés estatal imperioso» y que su medida constituye la «medida menos gravosa» en comparación con posibles medidas alternativas.

En 1964, la Corte Suprema de California aplicó el «test de Sherbert» al caso *People vs. Woody* sobre el uso ritual del peyote.⁵⁹ La Corte resaltó que el peyote formaba una parte indispensable del culto de la Native American Church of the State of California y que su prohibición afectaría el «núcleo esencial» del derecho al ejercicio de la religión. A partir de allí, resolvió que el uso del peyote, cuando se realiza *bona fide*, no frustra ningún interés imperativo del Estado y que la aplicación de la prohibición penal de la «posesión ilegal de narcóticos», en este tipo de casos, violaría la primera enmienda de la Constitución. De esta manera, el «test de Sherbert» adquiere gran importancia para el ámbito penal al reconocerse el derecho al ejercicio de la religión como causa de justificación.⁶⁰ Sin embargo, hay que reconocer que, desde entonces, la jurisprudencia estadounidense ha aplicado de manera cada vez más restrictiva el test de proporcionalidad.

En Alemania, también se aplica un «test de proporcionalidad» parecido al «test de Sherbert» para evaluar la constitucionalidad de leyes y medidas estatales. No obstante, existen diferencias. En los Estados Unidos de Norteamérica, en los casos relativos al derecho de culto, se suele averiguar la afectación del «núcleo esencial» del derecho de culto y «solo en caso de estar afectado este núcleo» se prosigue con el «test de proporcionalidad» —es decir, que se considera que una norma que no afecta el núcleo esencial no viola el derecho en cuestión—. En Alemania, al contrario, se realiza el «test del núcleo esencial» para constatar si la norma o medida afecta el núcleo y «sólo en caso de no estar afectado el núcleo esencial» se pasa a averiguar la proporcionalidad —las normas que afectan el núcleo siempre se consideran como una violación, a menos que medien bienes jurídicos superiores, como el derecho a la vida—.

La Corte Constitucional de Colombia desarrolló una variante especial del test de proporcionalidad con relación al derecho de autonomía indígena, caracterizado por la regla de la «maximización de la autonomía» en cuanto a sus relaciones internas y la «minimización de las restricciones admisibles» a las que sean necesarias para proteger bienes jurídicos de jerarquía superior, tal como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición del trabajo forzoso y la legalidad en el

59 Corte Suprema de California, *The People vs. Woody*, 61 Cal.2d 716, 394 P.2d 813, 40 Cal. Rptr. 69 1964.

60 Véase también el caso *Frank vs. State of Alaska*, en el cual la Corte Suprema de este estado justificó la conducta de un cazador indígena acusado de transportar un alce ilegalmente matado. Su intención había sido de llevarlo a una ceremonia religiosa tradicional: un *pollatch* funerario. Cf. Corte Suprema de Alaska, *Frank vs. State of Alaska*, 604 P. 2d 1068 1979.

procedimiento.⁶¹ En la ponderación, se le da un peso grande al derecho de autonomía, sin el cual resultaría perjudicada la supervivencia de la cultura indígena.

Resumiendo lo anterior, el derecho a la identidad indígena demanda, en principio, un tratamiento en el ámbito del injusto, pues se trata de conductas que constituyen el ejercicio legítimo de un derecho y no de una cuestión de culpabilidad individual. Siendo así, la teoría del delito demanda un análisis primero en la interpretación del tipo, pues si no existe conducta típica, no es necesario averiguar su justificación. En segundo lugar, se puede averiguar la aplicabilidad de una causa de justificación prevista por el derecho penal o, en el caso de un derecho cultural reconocido sin reserva de ley explícita, también se puede recurrir a una causa *sui géneris*. En todo caso, es necesaria una ponderación entre los bienes jurídicos en cuestión tomando en cuenta el principio de la maximización de la autonomía cultural, con lo cual solo prevalecerían los intereses contrapuestos al derecho a la cultura cuando se trate de derechos de la más alta jerarquía.

En el ámbito legislativo, sería recomendable desarrollar normas que descriminalicen las conductas amparadas por los derechos humanos con el objeto de crear mayor seguridad legal para el ejercicio de estos derechos. En este sentido, las normas penales podrían aclarar que las conductas consideradas como legítimas en las comunidades indígenas y que se inscriban en el marco del ejercicio del derecho a la identidad cultural no serán consideradas como injustas siempre y cuando, teniendo en cuenta el principio de la maximización de la autonomía cultural, no violen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los instrumentos internacionales vigentes en el país.

Con base en la metodología que acabamos de exponer, resultarían atípicas o justificadas muchas conductas pero no todas, pues algunas conductas no pueden ser consideradas como parte de la cultura y otras, aun siendo expresiones culturales auténticas, no son proporcionales a la violación de otros derechos. Los asesinatos de brujos, por ejemplo, a menudo ni siquiera pueden ser considerados como parte de la «cultura» indígena, sino que, más bien, son señales de aculturación de las comunidades.⁶² Y aun si algunas comunidades indígenas permitieran tradicionalmente la tortura, no resultaría admisible por violar el derecho a la integridad física.

No obstante, en todos estos casos donde no resulte justificada la conducta, el principio de culpabilidad demanda que se valoren los factores culturales a escala individual. Se conocen casos de indígenas que han matado a una persona conocida en la comunidad como chamán por creer que estaba a punto de matarlos a

61 Corte Constitucional, T-349/96.

62 Cf. Kalinsky 2000: 168-179.

ellos por medio de hechicerías.⁶³ En casos de esta naturaleza, se podría pensar en la aplicación de la legítima defensa putativa. Del mismo modo, es posible, especialmente en el medio rural, que los autores de un delito no hayan conocido la ilicitud de sus actos y hayan incurrido en un error de prohibición. En todo caso, es trascendental que, al momento de valorar la actuación del acusado comparándola con la de una persona modélica, siempre se tome como punto de partida una persona de este tipo en las circunstancias sociales y culturales del acusado.

En última instancia, también podría pensarse en la aplicación de la atenuación. Lo que resultaría discriminatorio es seguir aplicando figuras penales tales como la inimputabilidad sociocultural o el error cultural que declaren incapaces a los indígenas por pertenecer a culturas diferentes.

Sin embargo, es insuficiente que solo se respete y se tenga en cuenta la cultura ajena. El reconocimiento es una condición, mas no la única, para que un Estado pueda ser considerado como auténticamente democrático y pluricultural. La convivencia de las culturas exige la construcción de consensos interculturales y el Estado debe asumir sus responsabilidades sociales hacia los sectores vulnerables, cuya marginación económica, política, social y cultural es la causa verdadera de muchos delitos llamados «culturales».

La justicia penal puede contribuir a estos objetivos por medio del fortalecimiento del diálogo intercultural, tal como lo exige la Corte Constitucional de Colombia. Sería deseable que, incluso, se institucionalice esta medida en el ámbito legislativo estableciendo como una obligación de los jueces, consultar con las autoridades indígenas al momento de valorar los hechos y aun después de la sentencia para informar sobre la fundamentación de esta. Ello propiciaría el debate dentro de las comunidades, golpeadas a menudo por la represión y la desarticulación social y cultural, sobre la identidad propia y el significado de los derechos humanos en la reconstrucción de la comunidad; contribuiría al entendimiento de las normas de coordinación entre ambos sistemas legales y sus límites respectivos; y daría a los jueces una oportunidad para conocer el contexto cultural de los casos sobre los cuales tengan que fallar. Y, finalmente, permitiría la construcción de relaciones de confianza entre la comunidad y los representantes del Estado en la lucha común por la justicia y el respeto de los derechos humanos.

63 Véase, como ejemplo, una sentencia del Tribunal Superior de Popayán del 18 de enero de 1973, citada en Roldán Ortega/Florez Esparragoza 1983: 282-288.