

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ACERCA DEL PRINCIPIO DEL RESPETO A LAS AUTONOMÍAS CULTURALES Y SU TRASCENDENCIA EN LATINOAMÉRICA

DR. RAÚL CERVINI*

I. SUBCULTURAS Y NORMATIVIDAD PENAL

A. Señala Alessandro Baratta¹ que el principio del respeto a las autonomías culturales, se traduce en la imposibilidad de criminalizar conductas aceptadas socialmente en culturas minoritarias.

En otras palabras, la ley penal no debe incluir *prohibiciones que violenten aquello culturalmente aceptado*.

A nuestro juicio, la jerarquía innegable de este principio garantizador referido por el Profesor de Saarbrücken se reafirma si tomamos como punto de partida del análisis la moderna Teoría Normativa de la Cultura.

Los sociólogos americanos *Jaeger* y *Selznick* han hecho hincapié en los aspectos simbólicos de la comunicación y el aprendizaje al proponer su teoría normativa de la cultura: "la cultura se compone de todo aquello que resulta de las experiencias simbólicas compartidas y de todo aquello que es capaz de mantenerlas".²

Observan los mismos autores que su concepción normativa de la cultura conlleva una correspondiente teoría de los valores, la cual demanda considerar a las normas como "culturales" no por su virtud de normas, sino nada más que en cuanto suscitan

respuestas simbólicas que integran un *sistema de significados antropológicamente compartidos*.

B. Tradicionalmente se ha señalado que existen en las subculturas, como una parte de ese todo que es la cultura, ciertas notas características, que a luz de las nuevas propuestas normativas de la cultura redimensionan su trascendencia, así:

1. Una subcultura implica que existen juicios de valor o todo un sistema social de valores que, siendo parte de otro sistema más amplio y central, ha cristalizado aparte. Vista la situación desde la cultura dominante y más amplia, los otros valores de la subcultura segregan a la primera y obstaculizan la integración total, causando en ocasiones conflictos abiertos o encubiertos.

Como resultado del aislamiento normativo de la subcultura y a su propia solidaridad, surgen valores compartidos que sus miembros aprenden, adoptan e inclusive exhiben con trascendencia simbólica, que difieren en cantidad y calidad de los de la cultura dominante.

Así como el hombre nace dentro de una cultura, puede acontecerle también que nazca dentro de

* Profesor Asistente de Derecho Penal (Universidad De la República de Uruguay). Profesor de Criminología (Escuela Superior de Capacitación Universitaria).

1. BARATTA, Alessandro, *Requisitos mínimos del respeto de los Derechos Humanos en la Ley Penal*, en *Revista de Criminología y Derecho*, N° I, Edit. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1987, pág.11.

2. JAEGER, Gertrude y SELZNICK, Philip, *A normative theory of culture*, en *American Sociological Review*, 1964, 29:653-669.

una subcultura. Pasa con él lo que Sellin ya en 1938, hacía notar³: "Nace biológicamente equipado para recibir y adaptar conocimientos acerca de sí mismo y de sus relaciones con otros. Sus primeros contactos sociales dan inicio a un proceso de coordinaciones que durará de por vida y en el que él va absorbiendo y adaptando ideas que le son transmitidas, ya sea de manera formal o informal, mediante la instrucción o los preceptos. Estas ideas representan significados inherentes a las costumbres, a las creencias, a los artefactos, y a sus propias relaciones con sus semejantes y con las instituciones sociales. Vistas como unidades separadas, estas ideas pueden pasar como elementos culturales que van encajando en ciertos patrones o configuraciones mentales que tienden a fijarse en sistemas integrales de significados".

2. Los valores compartidos por una subcultura suelen evidenciarse y se pueden identificar fenomenológicamente en función de la conducta esperada: actos que van desde lo permitido hasta lo obligatorio en determinadas situaciones de la vida.

Cualquier norma o cuadro de valores debe ser capaz de gobernar naturalmente la conducta, en una variedad de situaciones, para que puedan calificarse legítimamente como antropológicamente fundadas.

Precisamente Radcliffe-Brown⁴ al estudiar el fundamento de las sanciones a través de las sociedades primitivas, subraya su indisoluble vinculación con los parámetros culturales de cada comunidad, ya que su eficacia deriva, entre otras razones, de que las normas se ajusten más o menos estrechamente a los valores que prevalecen en el substrato de la misma.

3. La misma subcultura puede también tolerar otros valores fuera de su propio sistema, con tal que no socaven la adhesión a los suyos propios que la caracterizan como tal, y siempre y cuando no se vea intrínsecamente amenazada su propia existencia⁵.

C. El tema tiene especial importancia en América Latina donde nos limitamos a copiar nuestros códi-

gos penales de Europa y agudamente manifiesta Zaffaroni⁶ "Si nosotros nos preguntamos qué tiene que ver la realidad del Paraguay con el Imperio Alemán para tener el Código del Imperio Alemán, no lo vamos a ver claro. Qué tiene que ver la realidad peruana para tener el proyecto suizo, tampoco lo vamos a ver muy claro. ¿Qué tiene que ver Venezuela con la Italia de la unidad para tener el Código Zanardelli? ¿Qué tiene que ver la Argentina con el reino de Baviera para tener el Código de Feurbach?"

Como vemos, durante un largo período —por no decir desde siempre— hemos estado dando la espalda a nuestra propia realidad cultural, tomando prestados fragmentos de ideologías penales a los países centrales que responden a otros parámetros socio-culturales.

Este desajuste, este desencuentro entre los códigos importados y el medio cultural en que se pretenden aplicar, tiene profundas consecuencias en el campo de los derechos humanos de las comunidades indígenas y de otros colectivos sociales culturalmente diferenciados por historia, proveniencia, religión, aislamiento geográfico y otras características propias.

1. En lo referente a las etnias aborígenes debemos ante todo recordar que los textos latinoamericanos imbuidos de una visión etnocentrista parten de la base de que el indígena pertenece a un estadio inferior de la civilización y que el derecho debe esforzarse por elevarlo a uno superior, afectándose con ello claramente los principios de igualdad, libertad de cultos y derecho a la integridad psíquica de la persona, porque un hombre al que se pretende abruptamente sustraer de su cultura sufre una fractura en su sistema de significados con el consiguiente daño psíquico.

La propia Etnología nació con un perjuicio metodológico intrínseco, como teorización de un hombre "civilizado" sobre un "salvaje". Así indagó y comparó costumbres destacadas como exóticas, para aventurar luego consideraciones supuestamente universales. Su formulación científica requería un sujeto cognocente y un objeto de conocimiento, lo

3. SELLIN, Thorsten, *Culture Conflict and Crime*, en Social Science Research Council, Boletín N°41, New York, 1938, pág.11.

4. RADCLIFFE-BROWN, A. R., *Estructura y función en la Sociedad Primitiva*, Ediciones Península, Barcelona, 1974, pág. 233. Sobre el mismo tema ver BLALOCK, H. M.: *Introducao a pesquisa social* (2.ª Edic.) Editorial Zahar, Rio de Janeiro, 1977, pág. 77.

5. Conf. DA MATTA, Roberto, *Relativizando: Una introducao a Antropologia Social*, Petrópolis, 1981, pág. 86.

6. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Problemas de Política Criminal Latinoamericana*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 6, Edit. Fundación de Cultura Universitaria, 1984, pág. 28.

que llevó inevitablemente a sacrificar la dimensión humana de las etnias observadas⁷.

La historia de las etnias aborígenes era cosificada, catapultada a un tiempo cíclico que se repetía sin posibilidades reales de cambio, esa "dance sur place" de que nos habla *Gurvich*.

Los países centrales se arrogaban entonces el papel mesiánico de romper el círculo, de liberarlas del eterno retorno de lo igual a través de una "transfusión de progreso", en realidad, a través de un agresivo cambio aculturativo.

Como bien señala *Zaffaroni* en el Informe Final sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, esta antropología "victoriana" estaba elaborada para justificar las empresas colonialistas británica y francesa del siglo XIX, "que pretendían —particularmente en África— considerar a los africanos o colonizados en situación de infantilidad respecto del colonizador de cultura adulta o madura, como también a la ideología de nuestras elites del siglo pasado, contrarias a la democracia por considerar que nuestras razas indígenas o africanas aún no estaban preparadas para su práctica".⁸

El evolucionismo atacó los viejos prejuicios eurocéntricos, pero no sin generar otros. Admitía que el hombre era homogéneo en naturaleza, pero situaba a los pueblos en distintos niveles de un mismo proceso de desarrollo cultural. Así *Morgan* habló de tres estados: salvajismo, barbarie y civilización, dividiendo a los dos primeros en tres momentos: inferior, medio y superior.⁹

Significativamente, para los autores del Evolucionismo, los Aztecas, Incas y Mayas engrosaban la lista de pueblos calificados como "bárbaros" por desconocer la escritura alfabética, pese a su notable nivel de conocimientos y al monumentalismo de su arquitectura que asombró a los colonizadores. Este juicio era coherente con la idea de una secuencia evolutiva-cultural universalmente válida, medida con la vara de un criterio eurocéntrico.

Más adelante, el Funcionalismo reconoció la radical diferenciación de las culturas, pero las concibió como sistemas cerrados sin historicidad.

Levi—Strauss en su "Antropología Estructural"¹⁰ afina los conceptos expresando que "la Etnología, aquello que los ingleses llaman Antropología Social, y los norteamericanos Antropología Cultural, no puede permanecer indiferente a los procesos históricos ni a las más altas referencias conscientes de los fenómenos sociales".

No obstante, habrá que esperar los estudios de *Herskovits*¹¹ para que se desarrolle y acepte la idea de que existen vías multilineales de evolución cultural (relativismo cultural), o sea que cada cultura propone su propio modelo original de evolución sustancialmente válido.

Por otra parte, no hay un pensamiento racional y un pensamiento mítico radicalmente diferenciados. Hoy es incuestionable que todos los pueblos piensan, partiendo de premisas que se dan por aceptadas, en el proceso inconsciente de la socialización o endoculturación. Es decir que en toda mentalidad coexisten el logos y el mito; no se da una mentalidad prelógica en forma pura como tampoco una mentalidad racional pura.¹²

Actualmente está fuera de toda duda que no existe una categoría de "pueblos primitivos", que cada cultura propone un modelo original de evolución, y que así como el autodesarrollo evolutivo persigue el engrandecimiento de una cultura, el cambio aculturativo lleva a su destrucción (etnocidio), para ser reemplazada por la cultura dominante.

En mérito a ello, puede afirmarse que el cambio aculturativo a que tienden los códigos latinoamericanos, avasallando tradiciones, buscando borrar los patrones de identificación racial a fin de facilitar la asimilación de las comunidades minoritarias, representa una forma de agresión contra la especificidad cultural de esas etnias aborígenes, claramente violatoria de los derechos humanos.

7. Conf. CALAN, Hilary, *Etología y Sociedad*, Breviarios N° 235, Edit. Fondo de Cultura Económica, 1973, Méjico, pág. 11 y ss. y MAUSS, Marcel, *Mentalidade primitiva y participacao en antropologia*, San Pablo, 1979, pág. 150 y ss.
8. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (Informe Final), Documento final del programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986). Coordinador profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 56.
9. Conf. CARO BAROJA, Julio, *Ritos y Mitos equívocos*, Ediciones Istmo, Madrid, 1974, pág. 12; y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (Informe Final), *op. cit.*, pág. 55.
10. LEVI-STRAUSS, *Anthropologie Structurale*, Editorial Plon, París, 1958, pág. 34.
11. HERSKOVITS, Melville, *El hombre y sus obras. La ciencia de la Antropología Cultural*. Ed. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1964.
12. Conf. CARO BAROJA, Julio, *op. cit.*, pág. 60 y ss., y MALINOWSKI, Bronislaw, *Crimen y Costumbre en la sociedad salvaje*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1985, pág. 103 y ss.

2. Además de las minorías étnicas referidas, en todos nuestros países, caracterizados por esa marginalidad estructural de que nos habla *Zaffaroni*, existen otros grupos que se encuentran culturalmente aislados, por diversas causas, tanto en el ámbito rural como en el urbano y que merecen a nuestro parecer un tratamiento diferenciado por parte del sistema penal.

Al finalizar la década del '50, el antropólogo norteamericano *Oscar Lewis* daba a luz la primera de sus obras "*Antropología de la Pobreza*",¹³ libro especialmente destacable, pues a la vez de brindar un cuadro íntimo y objetivo de la vida diaria de cinco familias mexicanas —en su mayoría pertenecientes al sector de ingresos más bajos— nos enseña que la llamada "cultura de la pobreza" se manifiesta no sólo en la privación económica, sino también en una especial capacidad creativa que provee adaptaciones a los desposeídos frente a su posición marginal. Muchas de las particularidades subculturales de estas poblaciones, pueden considerarse como tentativas de solucionar localmente problemas que las instituciones de la sociedad global no resuelven y es ese aislamiento relativo, una de las características más importantes que influyen en la conservación de los rasgos de la cultura de la pobreza. "Fuera de mi barrio ya no me siento en México", dice entrevistado Manuel Sánchez.

En otra obra posterior,¹⁴ el mismo autor, destaca que los patrones compartidos dentro de estas comunidades minoritarias muchas veces coliden con los de una sociedad global intolerante que no reconoce la diversidad.

Precisamente, una investigación de campo, que desarrollamos con un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, en dos "cantegriles" (barrios marginales) de la ciudad de Montevideo y de la cual hasta la fecha sólo existen resultados fragmentarios e inéditos, confirma el concepto anterior: un sustancial porcentaje de los encuestados mayores de edad, íntimamente, no considera ni comprende como ilícitas, algunas conductas que se encuentran formalmente tipificadas como delictivas en los textos susceptibles de serles aplicados. Así a vía de ejemplo: un 67% de los encuestados ignora que mantener relaciones sexuales

con una persona menor de 15 años, aun en el caso de que ésta hubiera prestado su total consentimiento, configura el delito de violación "ope legis" al presumirse violencia (art. 272 del C. Penal), y lo que es más importante, el 94% de los mismos encuestados —en virtud de las pautas de su propio grupo cultural— no puede comprender que haya un ilícito en tal conducta, ya que en su ambiente juega como un imperativo subcultural categórico, el hecho de que las jóvenes se relacionen sexualmente a partir de los 12 años y con una cierta vocación de estabilidad.

De la misma encuesta resulta que el 82% de las personas interrogadas al azar en esos mismos barrios manifiesta no comprender la razón por la cual el contrabando y la ulterior comercialización de los productos así ingresados al país, son consideradas actividades delictivas en los códigos, cuando para ellos son un simple medio de vida que cuenta, por lo demás, con cierta aquiescencia de los terceros.

En el mismo contexto subcultural existen auténticas acciones prohibidas, y entre ellas tal vez la delación constituya el caso más claro. Estar considerado en esos medios como "batidor" o "dortiba" (expresiones del lunfardo criollo que definen a quien denuncia un hecho tipificado como ilícito) constituye un estigma vergonzante para la absoluta mayoría de quienes allí viven.

También en el ámbito de otra subcultura marginal: las "favelas" de Rio de Janeiro, los equipos de trabajo coordinados por el profesor *Joao Marcello de Araujo Jr.*, analizando las implicancias subculturales de la droga en esos conglomerados, detectaron numerosos ejemplos de conductas que han sido formalmente criminalizadas a través de normas que carecen del más mínimo fundamento antropológico, principalmente entre los numerosos inmigrantes procedentes del nordeste brasileño.¹⁵

3. Aclarado el alcance y variado espectro de pautas sociales diferenciadas a las que se vincula el principio del respeto a las autonomías culturales, nos ocuparemos en los dos capítulos siguientes, fundamentalmente de las minorías culturales indígenas, cuya existencia genera una problemática, que a nuestro modo de ver, tiene en la mayoría de los casos, una solución ligada a la propuesta descriminalizadora.

13. LEWIS, Oscar, *Antropología de la pobreza*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1961.

14. LEWIS, Oscar, *A study of Slum Culture*, Edit. Random House, New York, 1968, citado por HERRAN, Carlos, *La cultura de la pobreza*, Editorial Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1972.

15. Trabajo de campo preparatorio aún inédito sobre aspectos subculturales del consumo de drogas, coordinado por el Catedrático de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro JOAO MARCELLO DE ARAUJO JURNIO, en el marco del denominado: "Proyecto Alternativo de Rio".

II. DESENCUENTRO ENTRE LOS TEXTOS NORMATIVOS Y LAS CULTURAS NATIVAS EN AMÉRICA LATINA

A. Formas de control social en las culturas Indo-americanas.

Un estudio serio sobre la situación de estas comunidades ante las normas penales de las culturas dominantes hace insoslayable un conocimiento cabal de los exactos términos en los que se desarrolla la vida del aborígen. Para ello, como paso previo, es necesario "descolonizarse" mentalmente.

En tal sentido la venezolana Gladys Yrureta¹⁶ citando a Reyes Posada, sostiene que "el derecho de una cultura tribal, no se expresa mediante reglas explícitas que puedan ser captadas por personas ajenas a su cultura, a menos que se profundice en el estudio de las instituciones que les son propias, como tampoco aparecen evidentes el aparato coactivo que obliga al cumplimiento de las normas y su cuerpo de sanciones. Pero que no obstante ello, cada una de las instituciones, desarrolladas en la comunidad, relaciones de parentesco, organización política, organizaciones del trabajo y educativas, la mitología y la religión entre las más destacadas, tienen una enorme fuerza social y no son confusas en el ámbito de su cultura".

El "derecho" de los pueblos precolombinos tenía su mayor expresión, precisamente en el ámbito penal,¹⁷ imponiendo una normativa de gran fuerza, con sistemas propios suficientemente eficaces, para hacer cumplir sus normas, como ha señalado Soler¹⁸ al tratar el carácter público del Derecho Penal entre los incas.

Pero, si algo caracteriza esta particular normativa es su diversidad, ya que no siempre los hechos

que configuran delitos para nosotros, son tenidos por estos pueblos como tales, pues en muchos casos éstos forman parte de sus costumbres y ritos. Así, por ejemplo, el rapto, que constituye una tradición a efectuarse antes del matrimonio en algunas tribus, lo mismo que la posibilidad que tiene el marido de convivir con dos o tres mujeres, además de la esposa, e incluso, el suministro de ciertas drogas, constituye en algunas de estas etnias un imperativo vinculado a propósitos religiosos, rituales y militares.¹⁹

Por otro lado, algunas tribus indo-americanas, imbuidas de un sentido altamente solidario, sorprendente para nuestra cultura, consideran delitos, al egoísmo, la acumulación de riquezas y en algunos casos, la mentira y la cobardía.²⁰ También las respuestas grupales suelen ser especiales, ej.: soluciones composicionales, y la exclusión del grupo étnico, con la consiguiente pérdida de identidad que es la más grave de todas las sanciones.²¹

B. Régimen jurídico penal aplicado a las comunidades indo-americanas.

1. La dominación española significó un virtual aplastamiento de las manifestaciones nativas. Los colonizadores desorganizaron meticulosamente las estructuras tradicionales de las culturas aborígenes. Los indígenas perdieron sus tierras, se vieron obligados a ceñirse a reglas de vida para ellos incomprensibles, forzados a abjurar de sus creencias y a adoptar otras que les eran ajenas.

Enseña la profesora G. Yrureta²² en su profundo estudio del indígena ante la ley penal, que una

16. YRURETA, Gladys, *El Indígena ante la ley penal*, Edición conjunta de la Universidad Central de Venezuela y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981, pág. 11, *op. cit.*: REYES POSADA, Alejandro, *El Sistema Jurídico de los Guahibos en Colombia*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Kelly, Bogotá, 1974, págs. 12 y 13.
17. Conf. RODRÍGUEZ ROUANET, Francisco, *Prácticas Tradicionales de los indígenas*, en *Revista Guatemala Indígena*, Volumen IV, Nº. 2, publicación editada por el Instituto Indigenista Nacional, Guatemala, 1969, pág. 51.
18. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Tercera Edición, tomo I, Buenos Aires, 1956, pág. 96.
19. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El Nuevo Régimen Penal y Administrativo sobre Estupefacientes y Psicotrópicos en Méjico*, en *Criminología, Marginalidad y Derecho Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pág. 36.
- CÁRDENAS DE OJEDA y col., *Toxicomanía y narcotráfico, aspectos legales*, Fondo de Cultura Económica, 2.ª Edic., Méjico, 1967, pág. 10.
- SIMOES, Luiz, *Cultura y control en las primitivas sociedades indo-americanas*, Cuadernos del Sur, Vol. 2, Edit. Diana, Caracas, Venezuela, 1969.
20. RAMÍREZ MIRANDA, Miguel, *Delitos y Sanciones Tribales*, en *Revista Guatemala Indígena*, Vol. IV, Nº 4, 1969, pág. 120.
21. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Sistemas Penales...*, *op. cit.*, pág. 58.
22. YRURETA, Gladys, *El Indígena ante la ley penal*, *op. cit.*, pág. 28.

simple revisión de la recopilación de las leyes de los reinos de indias nos permite verificar la existencia de un buen número de normas que atacaban la autonomía cultural de las comunidades indígenas: quitándoles sus ídolos, aras y adoratorios; apartándoles de sus hechicerías y sacerdotes,²³ implantándoles la lengua del conquistador,²⁴ prohibiendo su "amancebamiento" y su relación poligámica,²⁵ etc.

También figuraban en esa recopilación, reglas penales formalmente benevolentes, destinadas a aplicarse a los indígenas, ejemplo: las que establecen sanciones especiales para su amancebamiento²⁶ o procedimientos especiales contra los nativos en causas de inquisición,²⁷ incluso algunas que procuran evitar que se les someta a vejaciones y prisiones largas;²⁸ pero ciertamente, con este tratamiento propio de menores o de seres inferiores bajo tutela del colonizador, no se hacía sino degradar a esas comunidades en su dignidad.

2. En la actualidad, la situación del indígena en los códigos y proyectos penales latinoamericanos se puede sintetizar de la siguiente manera:

a. Por un lado existen muchos textos normativos que se caracterizan por la ausencia de previsiones expresas, lo que implica un grave desconoci-

miento de la ambivalencia cultural de países en los cuales los indígenas constituyen la mayoría o una parte muy apreciable de la población, caso del Código Mexicano para el Distrito Federal del 13 de agosto de 1931, o del Código Penal de Puerto Rico de 22 de julio de 1974.

b. Otros países poseen en su Derecho Positivo claros ejemplos de prohibiciones contrarias a lo culturalmente aceptado, como lo son el Decreto Ley del 5 de setiembre de 1935 en Haití que reprime el culto del vudú de práctica supersticiosa, en una isla donde el 75% de la población profesa ese rito; y el artículo 391 del Código Penal de Costa Rica que sanciona "las prácticas de brujería o cualquier otro culto o creencia contrario a la civilización o a las buenas costumbres", norma que soslaya la diversidad cultural de la costa del Caribe de ese país. Por otra parte, en Colombia, una disposición con rango constitucional (art. 53) prohíbe: "los cultos contrarios a la moral cristiana".²⁹

Por lo demás el Código Penal del Perú de 1924 en sus artículos 44 y 45³⁰ divide a los peruanos en: "hombres civilizados" e "indígenas semicivilizados" (a los cuales asimila aquellos que están "degradados por la servidumbre y el alcoholismo") y "salvajes". El

23. Ley 2, tít. I, lib. 1; Ley 3, tít. I, lib. I; Ley 4, tít. I, lib. 1; Ley 5, tít. I, lib. 1; Ley 7, tít. 1, lib. 1 y Ley 15, tít. I, lib. 1. cit. por YRURETA, Gladys. *op. cit.*, pág. 29.

24. Ley 18, tít. I, lib. 6, *cit. ibídem*.

25. Ley 4, tít. 1, lib. 6; Ley 5, tít. I, lib. 6, *cit. ibídem*.

26. Ley 6, tít. 8, lib. 7 y Ley 8, tít. 8, lib. 7, *cit. ibídem*.

27. Ley 17, tít. 19, lib. 1, *cit. ibídem*.

28. Ley X, tít. X, lib. V, *cit. ibídem*.

29. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (Informe Final) *op. cit.*, pág. 56.

30. Arts. 44 y 45 del Código Penal del Perú de 1924:

"Art. 44. Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años."

"Cumplidos dos tercios de tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los veinte años."

"Un reglamento del Poder Ejecutivo determinará las condiciones de vida de los salvajes colocados en colonia penal, que serán organizados en el propósito de adaptarlos en el menor tiempo posible al medio jurídico del país."

Y al art. 45 agrega:

"Art. 45. Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a la regla del art. 90. Podrán asimismo, en estos casos, sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la de colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional con arreglo al título VII. Podrán también reemplazar la pena de prisión según el procedimiento permitido en el art. 42".

Código Penal de Bolivia de 1973 también vigente, en sus artículos 17 y 18³¹ habla del "indio selvático" como inimputable y del "inadaptado cultural" como semiinimputable. Por último, también el Código Penal de Colombia en su artículo 96 refiere al indígena como inimputable por "inmadurez psicológica".³²

Colombia, "las medidas" a que se somete al indígena suelen tender a su incorporación cultural, es decir, que se parte de la base de que el Derecho debe esforzarse por "elevar" a esos seres que se encuentran en un estadio inferior, sobre el modelo de la cultura dominante y sus valores jurídicos.

III. SOLUCIONES DE LA DOCTRINA LATINOAMERICANA RESPECTO A LA APLICABILIDAD DE ESTAS NORMAS CONTRARIAS A LO CULTURALMENTE ACEPTADO

Intentaremos exponer en forma breve la diversidad de criterios ensayados a través de los años.

A. Desde un enfoque rígidamente positivista, *José Medrano Ossio*³³ ha sostenido que con el fin de proteger del delito a la sociedad y al propio individuo delincuente, deben establecerse medios defensivos variados en su forma e indeterminados en su intensidad, cuya medida solamente habrá de estar en el peligro que representa la causa del delito, con el fin de ver eliminado el mismo.

Por consiguiente, para este autor, aun tratándose del indígena, no interesa un examen de su imputabilidad o una declaración de su responsabilidad, sino que debe preocuparse la defensa social ante su delito, declarándolo peligroso y sometiéndolo a las medidas apropiadas no penales que eviten su reincidencia. Ciertamente, pese a la distinta denominación, en los hechos para los indígenas no integrados, la reacción difiere muy poco de las penas comunes.

B. En la mayoría de los casos se ha enfocado la solución del problema desde la óptica de la Dogmá-

tica Penal, básicamente desde dos puntos de vista:

1. Algunos³⁴ sosteniendo que aún en el caso de los indígenas debe ser mantenido a toda costa el principio de igualdad ante la ley, ya que la organización de los países americanos, descansa precisamente en los principios y sentidos democráticos de igualdad, no pudiendo, por ende, tolerar jerarquías de grupo o de raza.

Esta posición ha sido fuertemente criticada, en el entendido de que "es absurdo pensar que las reglas comunes del derecho público y privado puedan ser observadas y observables por poblaciones que tengan tan diversa estructura social, tan diversas tradiciones y costumbres, tan distinto género de vida familiar y social".³⁵

2. En otros casos se ha sostenido la necesidad de aplicar un sistema jurídico penal específico, para los indígenas.

Dentro de esta posición existe un sector minoritario, que sostiene la necesidad de que los indígenas sean juzgados en materia penal por un sistema completo especial aplicable a ellos,³⁶ y aquella parte de la doctrina penal, ampliamente predominante,

31. Arts. 17 y 18 del Código Penal de Bolivia de 1973:

"Art. 17: (Inimputabilidad). Son inimputables:

5. (indio selvático). El indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización".

El inciso segundo del Art. 18, sobre semiinimputabilidad, dice:

"El juez procederá en igual forma (esto es, atenuando la pena o decretando la medida de seguridad más conveniente), cuando el agente sea un indígena cuya incapacidad derive de su inadaptación al medio cultural boliviano y de su falta de instrucción".

32. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Sistemas Penales...* (Informe Final) *op. cit.*, pág. 55.

33. MEDRANO OSSIO, José, *Responsabilidad Penal de los Indígenas*. Potosí, 1941, pág. 11 y ss. Citado por YRURETA, Gladys, *op. cit.*, págs. 48-49.

34. Así: GALLINO YANZI, Carlos, *Inimputabilidad (Los estados de barbarie)*, Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XV, pág. 243.

35. COSENTINI, Francisco, *Código Agrario para la República de Méjico*, Revista Cubana de Derecho, Sección Doctrinal, Imprenta O'Reilly 62, La Habana, enero-junio 1957, págs. 62 y 63; citado por YRURETA, Gladys, en *op. cit.*, pág. 52.

36. Posición del profesor José R. MENDOZA en, *Estudio Jurídico Penal y Penitenciario del Indio*, 2.ª Ed., Madrid, 1956.

que estima que en la ley penal general deben existir algunos preceptos especiales destinados a considerar las características particulares de los indígenas, pero que no van hasta el punto de aceptar un régimen jurídico completo destinado especialmente a ellos.

En este último sector se encuentran, conforme a la sistematización propuesta por la profesora Yrureta,³⁷ los que propician la declaración de inimputabilidad del indígena (a), los que estiman que sus particularidades deben ser consideradas dentro de un examen de la personalidad del delincuente que permita una mejor individualización de la pena (b), y por último, quienes parecen ubicar el problema dentro de los variados campos de la culpabilidad (c).

a. Criterio de la inimputabilidad.

Se funda en una pretendida inferioridad en el indio, ya sea psicológica, social y económica, o debida a su "decadencia" por factores de vicio o ambientales y declaran que se debe contemplar dentro de la legislación penal una regla que reconozca su inimputabilidad.

El tratadista brasileño Aníbal Bruno,³⁸ nos plantea que los salvajes no adaptados a la vida social de nuestro nivel, a las normas complejas que la regulan y a los criterios de valor de nuestros juicios, deben ser asimilados, desde el punto de vista de la inimputabilidad penal, a la categoría de los sordomudos, pues aunque no haya allí nada de teratológico o patológico, su condición los coloca en situación de incapacidad de entendimiento y orientación volitiva, en la cualidad y grado exigido por el código.

Agrega Bruno que en los indígenas existen, además, ciertas tonalidades en sus procesos psíquicos y ciertos complejos afectivos que los determinan, bastantes para confirmar esa inimputabilidad.

Diversos autores han compartido esta posición,³⁹ la que ha sido recogida por los códigos penales de Bolivia (arts. 17 y 18) y Código Penal de Colombia (art. 96).

Por cierto que este criterio se funda como señalamos en una posición paternalista o tutelar y en el supuesto de una pretendida inferioridad del indígena.

Francisco Olesa (aun cuando tratando de pueblos africanos) explica que el indígena vive en un mundo diferente al nuestro, fruto del particular contacto del hombre con el medio que le influye y que a su vez, y en cuanto frente a él reacciona, es influido... lo que impide que debamos juzgarlo psicológicamente con arreglo a nuestros propios patrones culturales... y exige apartar la idea de que la no coincidencia signifique en él mengua de facultades psíquicas.⁴⁰

b. Criterio de la regulación de la pena de acuerdo con el examen de la personalidad del delincuente.

De acuerdo con esta posición, la particular situación del indígena puede ser considerada penalmente como una circunstancia de atenuación de su responsabilidad penal, o como antecedente sobre su personalidad como imputado.⁴¹

c. Criterio que ubica el problema del indio dentro de la consideración de la culpabilidad.

En su manual, Zaffaroni, al referirse a la exclusión de la culpabilidad, observa certeramente que el error de prohibición cuando es invencible elimina la comprensión de la antijuridicidad; en ocasiones porque impide el propio conocimiento de la antijuridicidad, otras veces, porque aun existiendo tal conocimiento, falta en el sujeto una internalización suficiente de ella que le permita comprenderla. Expresa textualmente: "se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Cuando es invencible, es decir cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta a la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, te-

37. YRURETA, Gladys, *op. cit.*, pág. 57.

38. BRUNO, Aníbal, *Direito Penal, Parte Generale*, tomo II, Editora Jurídica, San Pablo, pág. 137 y ss.

39. En ciertos casos especiales así lo admite el tratadista español Luis JIMÉNEZ DE AZÚA en su tratado de Derecho Penal, tomo I, Editorial Losada, Buenos Aires, 1957, pág. 847 y ss.

40. OLESA MUÑIDO, Francisco, *Régimen Jurídico-Penal del indígena en los territorios españoles del Golfo de Guinea*, en *Estudio Jurídico Penal y Penitenciario del Indio*, Edit. Instituto de Cultura Hispánica de Madrid, Madrid 1956, pág. 231.

41. En esta posición: CENICEROS, José A., *Responsabilidad penal de los indígenas*, en *Revista Jurídica de Criminología y Ciencias Penales*, Bolivia, mayo 1945, pág. 59 y ss., citado por YRURETA, Gladys, *op. cit.*, pág. 65.

niendo solo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza...⁴²

O sea que el problema del indígena queda así calificado como un error de comprensión culturalmente condicionado. Con ello el profesor argentino alude y jerarquiza, siguiendo las modernas concepciones sobre la cultura, la internalización (aprendizaje) que desde niño se hizo de pautas de conducta diferentes. Más adelante agrega que este condicionamiento cultural no sólo puede originar el error de prohibición, sino que puede dar lugar también a otros tipos de errores tales como justificantes putativas, errores de tipo, etc.

3. A nuestro modo de ver, *Zaffaroni*, al redactar el Informe Final sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, redimensiona sus conclusiones, en forma totalmente congruentes con sus anteriores aportes sobre la necesidad de un fundamento antropológico del Derecho Penal.

a) En relación con el fundamento antropológico del Derecho Penal, el profesor argentino ha escrito:

"En nuestra cultura el Derecho Penal es para el hombre y no el hombre para el Derecho Penal; el Derecho Penal es algo que le sirve al hombre para algo (que es significativo), y si no desentrañamos para qué sirve (su significación), le quitaremos al Derecho Penal su característica de hecho humano".⁴³ Expresa más adelante:

"Para que el Derecho Penal tenga efectividad será menester que respete la condición humana: que sirva al hombre a partir de un reconocimiento del ser del hombre. Esto es la fundamentación antropológica. El Derecho Penal efectivo deberá estar antropológicamente fundamentado...".⁴⁴

Para este autor, el Derecho Penal que no tenga la capacidad de servir como garantía externa de la existencia de los individuos integrantes de una comunidad dada, no será efectivo, sino que por el contrario generará permanentes tensiones sociales y conflictos que destruirán su eficacia.

Consecuentemente, no todo lo que tiene forma de ley es Derecho, ni toda "Ley Penal" es "derecho penal", ya que cuando el Estado desconoce al individuo como "persona humana" rompe con una es-

tructura lógico-objetiva, la norma no estará antropológicamente fundada y se reducirá su accionar a un mero ejercicio de poder que no es Derecho.

b) En el Informe Final sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, estas elaboraciones sobre la necesidad de un fundamento antropológico del Derecho Penal se desarrollan e inspiran muchas de sus recomendaciones, especialmente al tratar el tema: "Desconocimiento de las culturas diferenciales". En el citado capítulo expresa:

"Si bien no puede considerarse al indígena inimputable por el mero hecho de ser indígena, no cabe duda de que no puede exigírsele que internalice las pautas de una cultura que no es la de su crianza y, por ende, debe respetarse en relación con el mismo el principio de culpabilidad y declararlo inculpable cuando la diferencia de pautas grupales sea tal que no pueda reprochársele su conducción conforme a la pauta jurídica".⁴⁵

Pero insistimos, será en las recomendaciones finales sobre el tema donde se plasma, en una síntesis admirable, la real proyección del pensamiento del profesor argentino, por lo que nos permitimos transcribir su texto:

"Por lo expuesto, creemos que debe recomendarse:

1. La supresión de cualquier 'medida' o 'pena' que pretenda sustraer forzosamente a una persona de las pautas de su grupo cultural, salvo que se trate de pautas que atenten directamente contra la vida o la integridad física o la libertad de las personas.

2. La supresión de toda persecución o criminalización de grupos culturales o religiosos, sea en forma directa o con el pretexto de tutelar otros bienes jurídicos, por vía penal o policial.

3. La elaboración de conceptos doctrinarios que permiten concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes.

4. Posibilitar la extinción de la acción penal o de la punibilidad en los casos en que haya tenido o vaya a tener lugar una sanción o composición conforme a las pautas tradicionales de su grupo indígena y ello no repugne al respeto debido a la dignidad humana".⁴⁶

42. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 4ª Edición, 1985, pág. 543.

43. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual...*, op. cit., pág. 301.

44. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual...*, op. cit., pág. 302.

45. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Sistemas Penales...*, (Informe Final), op. cit., pág. 57.

46. *Ibid.*, pág. 58.

IV. CONCLUSIONES

A. Reconocimiento de la diversidad cultural.

1. En América Latina hay alrededor de 30 millones de indígenas distribuidos en más de 400 grupos lingüísticos (sólo en Méjico existen 56 grupos indígenas con una población total de cerca de 10 millones). En numerosos países del continente, los indígenas constituyen minorías demográficas, pero en algunos (Bolivia, Guatemala) son mayoría absoluta. En otros países, como en Méjico, aunque están en minoría a nivel nacional, representan una neta mayoría en ciertas regiones o provincias.⁴⁷

2. El profesor brasileño *Nilo Batista*⁴⁸ en la misma línea de *Roberto Lyra*, —entre otros— ha subrayado acertadamente la existencia en las comunidades indígenas latinoamericanas de una normativa penal diferenciada que, aunque sencilla y a veces embuida de elementos mágicos, tiene las características de un verdadero "derecho" por su probada efectividad para mantener el orden y el equilibrio necesarios dentro de esas comunidades.

3. Desde hace muchos años, a través de innumerables pronunciamientos y declaraciones, los propios grupos indígenas del continente reclaman el respeto a sobrevivir y desarrollarse como indios, concretamente como mayas, nahuas, miskitos, aymaras, quechuas, mapuches, yanomani, etc., en el marco de las sociedades nacionales. Reclaman el derecho a su cultura, a su lengua, a sus modos de vida y sus tradiciones a regirse por sus normas y jueces, y no aceptan que la modernización y el desarrollo signifiquen necesariamente la desaparición de sus culturas, algunas veces milenarias. En otras palabras, al etnocidio planteado por tecnócratas, juristas e indigenistas más o menos bien intencionados, los indios de hoy contraponen el etnodesarrollo cultural enraizado en su propia identidad y basado en su propia creatividad y dinámica.

4. Por último, debemos reiterar que en Latinoamérica existen otros grupos sociales en grado de aislamiento cultural o de incorporación relativa, con patrones de regulación propios y ciertamente efectivos en su medio. En esa situación se encuentra un

importante porcentaje de la población del continente debido a circunstancias derivadas del condicionamiento económico (habitantes de "villas miseria", "pueblos jóvenes", "cantegriles", "favelas", etc.), del aislamiento geográfico, religioso, etc.

B. Sentido cultural de las normas y necesidad de un fundamento antropológico para un derecho penal garantizador.

A nuestro entender, la Cultura es un armazón de pautas de conducta (normas culturales), y el Derecho un orden externo de conducta que refiere a la formalización normativa. Siendo el Derecho un orden externo de conducta no es posible concebir a un ser humano que haya internalizado totalmente el orden jurídico. Pero, precisamente para cumplir su función, el Derecho debe encerrar una aspiración ética: la de convertirse en pauta de conducta individual, debe aspirar a que los individuos puedan internalizar sus normas y se conduzcan de acuerdo con ellas.

Esta aspiración ética conlleva una obligación del Estado: la de reconocer la autonomía cultural del individuo y en tal sentido es un límite a su acción y un freno a sus desbordes. Entendemos, siguiendo a *Zaffaroni* que cuando el Estado desconoce al individuo como persona culturalmente referida, rompe con una estructura lógico-objetiva, la norma no tendrá fundamento antropológico, quedando su accionar en mero ejercicio de poder que no es Derecho.

Desde este enfoque, el Derecho Penal debe traducirse en su orden regulador de la conducta humana que en sus valoraciones reconozca la identidad cultural de los individuos, de lo contrario, se estará regulando la conducta de ficciones y no de hombres reales.

C. Propuestas desde el ideal de la mínima intervención penal.

1. Estimamos finalmente que se hace imperioso excluir del marco normativo penal, aquellas prohibiciones que en virtud de las diferencias de pautas

47. STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derechos Humanos y Derechos Indios*, en *Revista Jurídica y Paz*, Año 1, Nº 2, Méjico, febrero de 1986, pág. 8 y ss.

48. BATISTA, Nilo, *Práticas penais no direito indígena*, en *Revista de Direito Penal*, orgao oficial do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, Nº 31, Editorial Forense, Rio de Janeiro, 1981, pág. 75.

En el mismo sentido: FRIEDLANDER, Judith, *Ser indio en Hueyapan. Un estudio de identidad obligada en el Méjico contemporáneo*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1977.

grupales no puede pretenderse que las minorías étnicas u otros grupos sociales culturalmente delimitados cumplan. Este proceso descriminalizador, se ajusta a lo proclamado en varias declaraciones, pactos y convenciones internacionales en materia de derechos humanos.⁴⁹

2. Acorde con ello, y a fin de cumplir con las exigencias mínimas de un orden justo, deben reconocerse como vigentes y válidas las normas de conducta social, sistemas de sanciones y procedimientos de aplicación de las mismas, tradicionalmente aceptadas por esas mismas minorías culturales, excepción hecha de los casos extremos, en que las normas y valores vigentes en esas culturas resulten directamente lesivas a bienes fundamentales (vida, integridad física, orden público).

3. En todo caso y subsidiariamente, de acuerdo con lo ya expresado, se puede acudir a una causa de inculpabilidad basada en la ausencia del conoci-

miento de la antijuridicidad de la acción para eximir de pena a aquel integrante de una comunidad cultural minoritaria, que en el caso concreto no estuvo en posición de conocer que su acción estaba reprobada por el ordenamiento normativo nacional.

No queremos terminar este tema sin recordar la recomendación Nº 3 de la Declaración de Barbados, documento indigenista fundamental, surgido del Simposio de Antropólogos sobre Fricción Interétnica en América del Sur (enero, 1971).

"...3. El Estado debe reconocer el derecho de las entidades indígenas a organizarse y regirse según su propia especificidad cultural, lo que en ningún caso puede limitar a sus miembros para el ejercicio de todos los derechos ciudadanos, pero que, en cambio, los exime del cumplimiento de aquellas obligaciones que entren en contradicción con su propia cultura".⁵⁰

* * *

49. Textos comprometidos según el Informe Final sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos, *op. cit.*, pág. 55, son: la Declaración Universal, arts. 2 y 18; el Pacto Internacional, arts. 4, 14, 18, 26, y 27; la Declaración Americana, arts. 2 y 3, y la Convención Americana, arts. 1 y 12.

50. Compilación del Proyecto Marandú. Documentos y Testimonios, Ediciones del Sol, Serie Antropológica, Buenos Aires, 1975, pág. 23.