

# 1 Doutrina Internacional

## DIVERSIDAD CULTURAL Y SISTEMA PENAL

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Huelva

**ABSTRACT:** The cultural diversity originated in migratory process has great significance in the conformation of the european penal systems. The punishment worsen when the crime is committed by ethnic, racial or religious reasons. And some foreign customs, like the polygamy, are not accepted, maintaining their criminal character. Another assumption of multiculturalism makes reference to the Criminal Law applicable to the indigenous peoples in Latin America. The usual indigenous Criminal Law must be respected, but demanding the total observance of the fundamental Rights.

**KEY WORDS:** Cultural diversity; European penal systems; Ethnic, racial or religious reasons.

**RESUMEN:** La diversidad cultural originada en procesos migratorios tiene gran importancia en la conformación de los sistemas penales europeos. Las penas se agravan cuando el delito se comete por motivos étnicos, raciales o religiosos. Y algunas costumbres foráneas, como la poligamia, no son aceptadas, manteniendo su carácter delictivo. Otro supuesto de multiculturalidad hace referencia al Derecho penal aplicable a los pueblos indígenas en América Latina. Debe respetarse el Derecho penal consuetudinario indígena pero exigiendo la plena observancia de los Derechos fundamentales.

**PALABRAS CLAVE:** Diversidad cultural; Sistemas penales europeos; Motivos étnicos, raciales o religiosos.

### 1. Aproximación

Uno de los fenómenos más complejos de nuestro tiempo - desde un punto de vista jurídico y social - se encuentra en el modelo de convivencia multicultural que están adoptando los seres humanos, producto de los procesos migratorios. Se puede

hablar incluso del surgimiento de una nueva “civilización nómada”, en la que ya no se trasladan sujetos individualizadamente sino familias y hasta pueblos casi completos, lo que tiende a conformar modernas sociedades multiétnicas, multiculturales y multirreligiosas<sup>1</sup>. Esta perspectiva plural es muy enriquecedora para la evolución social pero puede resultar al mismo tiempo problemática, en cuanto fuente potencial de conflictos de integración de los que se derivan consecuencias que conciernen al mundo jurídico en general y al sistema penal en particular. En síntesis, los procesos migratorios están incidiendo en cierta medida en el Derecho penal europeo. Sin embargo, no podemos olvidar que en otras partes del mundo también existen conflictos penales cuyo origen es la multiculturalidad, pero a diferencia de la situación europea afectan a poblaciones poco propicias a la movilidad, que han padecido un importante proceso histórico de colonización. Este es el caso del Derecho penal aplicable a los pueblos indígenas de América Latina.

Podemos afirmar que a comienzos del siglo XXI prácticamente todos los Estados del mundo son multiculturales. El problema se localiza en las formas de interrelación entre estos modos de vida tan diversos, es decir, la tendencia a enfrentamientos y desencuentros que puede llevar a situaciones de conflicto. El punto de partida es el de la desigualdad entre culturas, que en ocasiones conduce al etnocentrismo, es decir, como lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “una tendencia emocional que hace de la cultura propia el criterio exclusivo para interpretar los comportamientos de otros grupos, razas o sociedades”. Por este motivo y como principio aplicable a todas estas situaciones se hace necesario subrayar que *ninguna cultura es portadora de verdades absolutas*<sup>2</sup>.

## 2. La multiculturalidad en Europa

El fenómeno contemporáneo de la multiculturalidad en Europa se relaciona directamente con la fortaleza económica que se ha ido alcanzando a partir de 1945, después de la Segunda Guerra Mundial, y fundamentalmente desde la creación de la Comunidad Económica Europea, tras la firma del Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957. De aquella incipiente organización económica formada por seis países se ha pasado a la actual Unión Europea integrada por 27 Estados, con 23 idiomas oficiales, y aproximadamente 500 millones de habitantes, muchos de ellos extracomunitarios. Es evidente que una Europa económicamente poderosa e inmersa en el proceso globalizador necesita la fuerza de trabajadores de todo el mundo, familias completas que ven en estos procesos migratorios una esperanza para mejorar su calidad de vida. En este contexto es ilusorio pensar en una “cultura única” europea. En definitiva, hoy en Europa conviven muchas etnias, religiones y civilizaciones, cuyo principal punto de encuentro debe ser el reconocimiento del ser humano en su dignidad, con independencia de su pertenencia étnico- religiosa<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Sobre el impacto del pluralismo étnico y religioso motivado por la inmigración en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y la reaparición de las culturas nómadas, cfr. Dalla Torre, G. Pluralismo religioso, multiétnicidad y bioderecho, en *Medicina y Ética* 2007/3, p.181 y sig.

<sup>2</sup> Cfr. Bernardi, A. El Derecho penal ante la globalización y multiculturalismo, *Revista Derecho y Proceso penal* n° 8, 2002, p. 26.

<sup>3</sup> Cfr. Dalla Torre, G. Pluralismo religioso, op. cit. p.186 y sig.

Podemos afirmar que en principio todo aquel que se traslada debe adaptarse al país de acogida, incluso renunciando parcialmente a sus hábitos y tradiciones. Pero la integración no supone que deban asumirse todos los valores dominantes en el lugar de destino. Se pretende la convivencia pacífica entre todos los grupos sociales y culturales, sin olvidar que la migración humana es tan necesaria para los que ofrecen como para los que reciben el trabajo. Esto supone que todos los grupos implicados deben conciliar sus diferencias guiados por el diálogo y el principio de tolerancia. Corresponde a cada Estado planificar la integración, salvaguardando los distintos espacios culturales y sin olvidar en ningún momento que existe un auténtico Derecho a la diversidad.

Como presupuesto básico debemos recordar que todos aquellos que pertenecen a una minoría étnica, religiosa o lingüística son titulares del conjunto de Derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas y demás instrumentos jurídicos internacionalmente vinculantes<sup>4</sup>. Sin embargo, necesariamente deben existir limitaciones o restricciones a ciertas manifestaciones culturales, pues algunas costumbres aceptadas en los países de origen pueden ser totalmente incompatibles con el marco jurídico del país de acogida. Piénsese en ciertas prácticas que son punibles para la cultura europea, como por ejemplo la mutilación genital femenina que es habitual en distintos países africanos, o la propensión a la poligamia, que es plenamente legal en algunas naciones asiáticas.

Como sostiene Bernardi, si bien en Europa las minorías poseen el reconocimiento general de su derecho a la diversidad, este derecho puede ser fuente de conflictos, por lo que existen límites que resultan de la propia Convención Europea de Derechos Humanos y de los textos Constitucionales de los distintos Estados<sup>5</sup>. En consecuencia, algunas libertades fundamentales pueden verse reducidas en base a criterios de oportunidad, tratándose de medidas que resultan necesarias para salvaguardar intereses generales en una sociedad democrática.

Una vez trazado este marco global, analizaremos algunos problemas penales que plantea la multiculturalidad en Europa. Por una parte, la diversidad debe encontrarse penalmente protegida de eventuales excesos y ataques. Uno de los motivos de mayor preocupación es el de la violencia racista, que ha ido potenciando la aparición en los distintos Estados de normas penales antidiscriminatorias. Así, por ejemplo, el Código Penal español considera como circunstancia agravante genérica obrar con finalidades excluyentes, es decir, “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o

---

<sup>4</sup> Así, el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de la ONU de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966, la Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y sus Protocolos adicionales.

<sup>5</sup> Cfr. Bernardi, op. cit. P. 29 y sig.

la enfermedad o minusvalía que padezca” (art. 22.4)<sup>6</sup>. Se trata de una regulación que pretende impedir actos hostiles originados en motivos raciales, étnicos o religiosos, aunque debe considerarse como un mero complemento de otras políticas de Estado que tiendan a facilitar la integración de las minorías y a evitar, a través de distintos medios preventivos, la aparición de brotes de violencia.

Por otra parte, la ancestral costumbre que existe en algunos países africanos de practicar la mutilación genital femenina pretende encontrar amparo en motivos sociológicos, sexuales o religiosos. UNICEF cifra en más de 100 millones las mujeres actualmente vivas pertenecientes a 28 países que padecen la mutilación del clítoris, lo que les genera problemas de salud irreversibles<sup>7</sup>. Evidentemente se trata de una conducta punible, al menos en los Códigos penales europeos, a través de distintas modalidades de lesiones corporales o como ha estructurado el Código penal español, a través de la tipificación de una figura específica: “El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años..” (art. 149.2)<sup>8</sup>. Sin embargo, se ha constatado una práctica frecuente que consiste en enviar a las menores a los países de origen, presuntamente para visitar a su familia, pero con la auténtica finalidad de practicar allí la mutilación genital. Al ser en ese país una práctica permitida, la conducta de los progenitores o tutores deviene impune. Para intentar impedir estos comportamientos se han articulado importantes cambios legislativos. Así, en España se ha llevado a cabo una modificación del Principio de Justicia Universal. En la actualidad, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su art. 23.4, letra h, la competencia de los Tribunales españoles para juzgar los delitos relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España. En consecuencia, la responsabilidad penal podrá recaer en los tutores, padres o responsables que envíen dolosamente a las menores a sus países de origen consintiendo la práctica de mutilaciones genitales.

La realidad cultural de los Estados en los que se admite la bigamia o poligamia no provoca tantos problemas en Europa, dado que los sucesivos matrimonios no suelen llevarse a cabo ante las autoridades europeas sino en los países de origen. A diferencia de lo que ocurre en los casos de mutilación genital femenina, para los supuestos de poligamia no suele preverse la aplicación extraterritorial de las normas penales europeas y por lo tanto, al ser conductas legales en los países de origen no podrá existir actuación penal alguna, con independencia de las consecuencias jurídico- civiles de esos enlaces. En todo caso, si el segundo enlace se lleva a cabo en un país europeo sin disolver el matrimonio anterior existirá responsabilidad

<sup>6</sup> Cfr. más ampliamente, Lorenzo Copello, La discriminación en el Código Penal de 1995, Estudios Penales y Criminológicos XIX, Santiago de Compostela, p. 279 y sig., Borja Jiménez, Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la Respuesta del Derecho Penal, Granada, 1999, *passim*, Dopico Gómez Aller, Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena, Revista General de Derecho Penal nº 4, 2005, p.1 y sig.

<sup>7</sup> Cfr. los datos de UNICEF en [www.unicef.org/spanish/protection/index\\_genitalmutilation.html](http://www.unicef.org/spanish/protection/index_genitalmutilation.html).

<sup>8</sup> En cuanto a los aspectos doctrinales de la persecución penal en España, puede verse Roperro Carrasco, La mutilación genital femenina, La Ley, 1-12, 2001.

penal, ya que los Códigos penales europeos sancionan contraer un matrimonio ulterior conociendo que subsiste legalmente el anterior. En algunos supuestos podrán presentarse situaciones de error sobre la vigencia del matrimonio anterior, o incluso sobre el marco normativo que establece la prohibición, lo que puede tener consecuencias jurídicas importantes en materia de error<sup>9</sup>.

Queda por último formular una breve referencia a una tesis en relativo auge en Europa, que a mi entender guarda relación con la multiculturalidad. Me refiero a la pretensión de crear un nuevo espacio punitivo conocido como “Derecho penal del enemigo”. Debe atribuirse a Günther Jakobs el haber acuñado esta terminología –con toda la carga ideológica que entraña– sentando las bases científicas para defender y expandir este modelo<sup>10</sup>. Jakobs divide a los individuos que participan en la sociedad en dos grupos: por un lado, los que colaboran con el funcionamiento del orden jurídico, a quienes llama ciudadanos. Por otro lado, un grupo de sujetos que habría degenerado, respecto a quienes no existen expectativas de cumplimiento de sus deberes hacia la sociedad. Estos sujetos no colaboran con el orden jurídico por diversos motivos (puede pensarse, por ejemplo, en delincuentes terroristas, delincuentes profesionales o multirreincidentes). Todos ellos se han convertido en *enemigos* de la sociedad, en “No Personas”, porque ponen en peligro la vigencia del ordenamiento jurídico. Se propone para estos sujetos un tratamiento jurídico distinto, en términos generales mucho más duro, someténdolos a una pérdida sustancial de garantías penales y procesales. Según este planteamiento, sus conductas deben “combatirse” con medidas especialmente asegurativas. Pero en esta lista de enemigos o inadaptados pueden tener fácil cabida todos aquellos que pertenecen a otra etnia, lengua, raza o religión. Considero que en última instancia el Derecho penal del enemigo está basado en el etnocentrismo y en una pretendida superioridad europea.

Debemos afirmar con rotundidad que el Derecho penal de enemigos es inadmisibles en un Estado de Derecho. El que se describe como Derecho penal del ciudadano, con todo su marco garantista, es el único Derecho penal posible. Por supuesto que planteamientos que pretenden distinguir ciudadanos y enemigos pueden encontrar apoyo en grupos reducidos de científicos y legisladores. Pero no encuentro argumentos de peso que permitan contrastar las palabras de Muñoz Conde: “Desde luego, en un Estado de Derecho democrático y respetuoso de la dignidad del ser humano, ni el *enemigo*, ni nadie puede ser nunca definido como *no persona*”<sup>11</sup>.

### 3. La multiculturalidad en América Latina

La colonialización de América Latina a partir de 1492 supuso para los originales pobladores un cambio absoluto en todos los órdenes de la vida. Se modificaron

---

<sup>9</sup> Cfr. Mir Puig, Matrimonios ilegales en el Código Penal, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1974, III p. 433 y sig., en particular p. 457 y sig.

<sup>10</sup> Cfr. Jakobs y Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, 2ª. ed. Madrid, 2006, *passim*.

<sup>11</sup> Cfr. Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4ª. ed. Valencia, 2003, pp. 124.

completamente las relaciones sociales, económicas, educativas y religiosas, que fueron reemplazadas por una nueva cultura. A partir de entonces, el marco de protección de los Derechos humanos de las comunidades indígenas ha estado siempre bajo mínimos, y en algunos casos ha sido completamente violentado. En la actualidad los indígenas son titulares sin duda alguna de todos los derechos que se recogen en la Declaración Universal de Derechos humanos de Naciones Unidas, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre de la Organización de Estados Americano (ambas de 1948) y en los instrumentos jurídicos internacionales vinculantes suscritos en esta materia<sup>12</sup>. Pero este conjunto de disposiciones no puede garantizar por el momento el goce pleno y efectivo de los Derechos humanos de los pueblos indígenas. Ello se agrava en la medida en que ninguna de las mencionadas normas ha contemplado reglas específicas para solventar la peculiar situación en la que se encuentran estas comunidades. Como nos recuerda Stavenhagen, en muchos países los indígenas son discriminados por motivos étnicos, raciales y de género, no cuentan con un aceptable acceso a la Administración de Justicia ni tienen participación política significativa. Además, se les suele negar la identidad cultural y su civilización es frecuentemente menospreciada<sup>13</sup>.

Evidentemente son necesarios cambios importantes para lograr un completo reconocimiento de los derechos fundamentales de los indígenas. En este sentido, una vez admitidos sus derechos individuales más elementales, hay que destacar que también poseen derechos colectivos como miembros de una comunidad de orígenes ancestrales, que resultan imprescindibles para su supervivencia. Así, cuentan con el derecho a la integridad cultural y a la identidad colectiva, a poseer su propia lengua y religión, y en definitiva el derecho a ser diferentes. La coexistencia de distintos sistemas sociales, siendo uno de ellos mayoritario o hegemónico, refuerza la necesidad de que el sistema menos favorecido – en este caso el de las comunidades indígenas – plantee el reconocimiento de la diversidad. Dado que el Estado no garantiza plenamente sus derechos, es lógico que estas comunidades reivindiquen la validez de sus propias normas y procedimientos, muchas de ellas antiquísimas. Pero el camino de la afirmación de un genuino Derecho indígena en materia penal es de por sí bastante complejo. Para empezar, debemos recordar como tuvo lugar la histórica pérdida del *ius puniendi*.

En los siglos que siguieron al descubrimiento no puede hablarse de una influencia del Derecho penal europeo, sino de una auténtica *imposición* del las normas penales españolas y portuguesas en los nuevos territorios conquistados<sup>14</sup>. En consecuencia, el *ius puniendi* que originariamente tenían las comunidades indígenas

---

<sup>12</sup> Así, fundamentalmente el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de la ONU de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966, la Convención Americana sobre Derechos humanos o “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969 y La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la ONU de 1984.

<sup>13</sup> Cfr. Stavenhagen, Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos, en AAVV, Pueblos indígenas y Derechos Humanos, Bilbao, 2006, p. 24.

<sup>14</sup> Cfr. Hurtado Pozo, El indígena ante el Derecho penal: el caso peruano, en AAVV, La ciencia penal en el umbral del Siglo XXI, México, 2001, p. 32.

fue *expropiado* por los colonizadores. El Derecho de estos últimos desplazó a las normas de convivencia consuetudinarias por las que se regían las comunidades indígenas hasta entonces. En la España del momento se cuestionaba si los indios eran hombres libres o esclavos, lo que originó un gran debate teológico y jurídico en la Universidad de Salamanca. Los indígenas contaron con la extraordinaria defensa del padre Bartolomé de las Casas y en la discusión académica cobró gran relevancia Francisco de Vitoria inspirador de una importante escuela de Derecho Internacional, conocida como Escuela de Salamanca. Se llegó a la conclusión de que los indios no eran esclavos ni seres inferiores: eran iguales a cualquier otro ser humano y podían ser dueños de tierras y bienes. Sin embargo, la aplicación *política* posterior de estas ideas se concretó en la consideración de que eran ciudadanos libres pero no del todo, pues tenían una capacidad disminuida o limitada. Por ello, debían estar sometidos a tutela (libertad tutelada) y trabajar en las llamadas “encomiendas”, que estando ideadas para velar por su bienestar y formación, se convirtieron de hecho en una sucesión de trabajos forzados. Este sistema beneficiaba económicamente a la Corona, que necesitaba grandes sumas de dinero para poder sufragar sus guerras en Europa. En este marco es evidente la pérdida de autogobierno que padecieron estas sociedades y consecuentemente la imposibilidad de contar con un sistema punitivo propio.

Pasados algunos siglos se produce la emancipación de las metrópolis, es decir, los procesos de independencia que desmembraron las posesiones de España y Portugal en múltiples Estados. Las nuevas autoridades recuperaron el *ius puniendi*, retomando la plena libertad para dictar leyes penales. Sin embargo la independencia en América Latina no supuso devolver a las comunidades indígenas sus derechos, pues solamente provocó una emancipación al servicio de las élites políticas y económicas. La nueva clase gobernante que asumió el poder era la representante de la burguesía local, de los hijos de inmigrantes que habían hecho fortuna –criollos– y de algunos europeos disidentes, que no pensaban de manera distinta que sus antecesores respecto a los indígenas. En definitiva, los nuevos dirigentes añoraban Europa y eso se vió reflejado en sus leyes. Por ese motivo siguieron manteniéndose ligados intelectualmente a la península ibérica y al resto de Europa. La prueba más evidente es que casi todos los Códigos penales del siglo XIX en América Latina se inspiraron en las leyes españolas e italianas del momento, con pocas y puntuales excepciones. Los gobernantes habían cambiado y compartían con los indígenas la misma nacionalidad pero no los mismos derechos. En esta etapa no puede hablarse de imposición sino de influencia normativa europea, aunque para muchos pueblos indígenas el cambio político seguramente pasó bastante desapercibido. A lo largo de la historia se debe destacar el desprecio hacia el indígena en América Latina por parte de sus propios gobernantes, que en general los trataron como niños, más concretamente como seres jurídicamente incapaces, incluso sometiéndolos en ocasiones a la jurisdicción penal de menores. A principios del siglo XX encontramos asombrosas pruebas de la terrible marginalidad en la que se hallaban aún los indígenas. El Código Penal peruano de 1924 dividía a los seres humanos en tres

categorías: sujetos civilizados, indígenas semicivilizados y salvajes<sup>15</sup>. Sin pretender agotar los ejemplos, baste decir que existieron precedentes parecidos en Colombia, Bolivia, Paraguay, etc.

La situación comienza a cambiar con las Convenciones Internacionales suscritas en defensa los Derechos humanos a partir de la Segunda Guerra Mundial, pero lo hace de una manera más efectiva paradójicamente a partir de una norma de naturaleza laboral, el Convenio n° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo (1989). Este Convenio tiene en cuenta la especial vulnerabilidad laboral de los indígenas, procurando facilitar su integración en el ámbito del trabajo, mejorar sus condiciones de vida y los niveles de salud y educación<sup>16</sup>. Sin embargo, su texto no se limita a atender los aspectos estrictamente laborales, sino que asume otros temas de naturaleza penal<sup>17</sup>. Lo más destacado de cara a los mecanismos de justicia indígena es que otorga derecho a resolver sus conflictos aplicando sus propias normas, con sus procedimientos y ante sus tribunales, “siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. De esta forma el texto de la OIT se ha convertido en el principal instrumento jurídico internacional con carácter vinculante en esta materia, aunque por el momento sólo ha sido ratificado por una veintena de Estados. El problema es bastante complejo pues no existe un único pueblo indígena sino que en toda América hay miles de comunidades, contando cada una de ellas con sus propias costumbres y peculiaridades. No se puede caer en el error de pretender dar el mismo tratamiento legal a toda la población indígena<sup>18</sup>. Ello supone que existen comunidades que han abandonado la costumbre de aplicar penas, confiando al sistema formalizado la resolución de sus conflictos. En estos casos no se podrá hacer revivir un derecho

---

<sup>15</sup> Cfr. Hurtado Pozo, *El indígena.. op. cit.* p. 36 y sig.

<sup>16</sup> Sobre la génesis y contenido del Convenio, Cfr. GÓMEZ, *El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, en AAVV, *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Bilbao, 2006.

<sup>17</sup> Dice el Convenio OIT 169: Art. 8.1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. Art. 9.1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. Artículo 10.1 Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento.

<sup>18</sup> Cfr. Ardito, *Cambios y perspectivas dentro del derecho consuetudinario q'eqchi*, en *Revista Pena y Estado* n° 4, 1999, p. 17.

consuetudinario ya desaparecido. Por el contrario, existen pueblos que mantienen plenamente vigente un sistema sancionatorio basado en costumbres ancestrales.

Evidentemente será distinta la situación en los países que son signatarios del Convenio 169 de la OIT respecto a los que no lo han suscrito o ratificado. En relación a los países signatarios del Convenio, es necesario saber cuándo la actividad punitiva ejercitada por las autoridades indígenas es conforme a la Constitución y las leyes. La aplicación del Convenio exige que el derecho positivo establezca los parámetros de compatibilidad con el sistema jurídico formalizado: la validez de los procedimientos y el reconocimiento de las sentencias que evite el doble juzgamiento. En otras palabras, las normas del Estado deben permitir expresamente a las comunidades indígenas o campesinas el ejercicio de este *ius puniendi*<sup>19</sup>. Esto es lo que ha ocurrido con los países andinos, concretamente Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela, que se declaran Estados multiétnicos y en consecuencia han consagrado en sus respectivas constituciones un *sistema jurídico dualista* en el que, junto al marco normativo estatal formalizado, convive el reconocimiento pleno del derecho consuetudinario indígena. Por ello puede apreciarse que coexisten dos sistemas jurídicopenales<sup>20</sup>, aunque el problema sea, lógicamente, compatibilizarlos<sup>21</sup>. Para poder hacerlo se debe contar con normas de desarrollo. Así, por ejemplo, en el caso colombiano se recurre a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que coloca dentro de la estructura judicial una Jurisdicción de las comunidades indígenas, estableciendo en su artículo 12: [...]“Las autoridades de los territorios indígenas previstos en la Ley ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos *los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y las leyes*”. Sin embargo, hay que tener presente lo que ha puesto de manifiesto la Corte Constitucional colombiana, entendiendo que la responsabilidad de las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales es igual a la de un funcionario o empleado judicial, por lo que además de estar sometidos a la Constitución y a las leyes “adquieren por igual la responsabilidad de respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de las personas que intervienen en el proceso, sin importar el sexo, la raza, el origen la lengua y la religión”<sup>22</sup>. En

---

<sup>19</sup> Cfr. Ramírez, Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje interdisciplinario, en Revista Pena y Estado n° 4-1999, p. 71.

<sup>20</sup> Cfr. Yrigoyen Fajardo, Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador), en Revista Pena y Estado n° 4, 1999, p. 129.

<sup>21</sup> Dispone la Constitución política de la República de Colombia de 1991 en su artículo 246 “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”. En sentido similar o con ligeras variaciones, cfr. el art. 171.III de la Constitución del Estado boliviano de 1994, el art. 191 de la Constitución Política del Estado de Ecuador de 1998, el artículo 149 de la Constitución del Perú de 1993 y el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. Pese a las previsiones del art. 63 de la Constitución de Paraguay de 1992, no parece existir en la práctica un sistema dualista. Cfr. Vera Viveros, Revista Pena y Estado n° 4, 1999, p. 258 y sig.

<sup>22</sup> Cfr. Sentencia C 037-96 de la Corte Constitucional de Colombia. Debemos destacar que la Corte Cons-

cualquier caso son las propias comunidades las que deciden qué representantes concretos ejercen tareas jurisdiccionales.

En síntesis, el sistema que avala la Resolución 169 de la OIT es el de la *coexistencia* de dos mecanismos punitivos: el formalizado, aplicable en la mayor parte del territorio del Estado y creado por el Parlamento, y el comunitario que requiere normas de compatibilidad y permite en determinados territorios la aplicación de un Derecho penal indígena consuetudinario. Desde esta perspectiva se toma como fuente la costumbre, pero no cualquier costumbre, sino aquella conforme a la Constitución y a las leyes. Esto tendrá muchas consecuencias a la hora de dotar de garantías al sistema punitivo.

Afirmar que la costumbre es fuente del Derecho penal para los pueblos indígenas de América Latina exige preguntarnos por qué dicha costumbre es unánimemente rechazada como fuente en los sistemas punitivos del resto del mundo. En este sentido, hay que tener en cuenta que en la actualidad ni siquiera el derecho anglosajón se rige por la costumbre en materia penal<sup>23</sup>. El argumento para excluir la costumbre y la analogía siempre ha venido dado por los abusos y arbitrariedades que pueden producirse, en cualquier tiempo y lugar, cuando se impone una pena. Tal vez las comunidades indígenas reivindiquen el reconocimiento pleno de un *ius puniendi* consuetudinario, asentado en la tradición y la historia, con el *objetivo político* de lograr un mayor autogobierno o incluso pensando en sus integrantes a título individual, para poder resocializarlos dentro de la comunidad. Pero es evidente que los miembros de estas comunidades individualmente considerados no pueden convertirse en instrumentos para ejercitar reivindicaciones políticas o asentar la cultura, es decir, tienen pleno derecho a gozar de un completo marco garantista.

¿Por qué se rechaza que una secta religiosa, un grupo neonazi, una organización sindical o un club de pensionistas cuenten con un sistema penal consuetudinario que resuelva sus problemas cotidianos? En realidad, las comunidades indígenas no se parecen en lo más mínimo a todos los colectivos enunciados. No constituyen un grupo socialmente diferenciado sino auténticas naciones, que poseen raíces étnicas y culturales históricamente consolidadas<sup>24</sup>. La admisión del Derecho penal consuetudinario sólo se justifica porque las comunidades indígenas carecen de un cuerpo normativo formalizado que regule su sistema punitivo, y el sistema formalizado

---

titucional de Colombia se ha convertido a través de una riquísima jurisprudencia en el tribunal que más ha contribuido hasta el presente en la conciliación de un sistema penal consuetudinario indígena con otro formalizado, respetando los Derechos fundamentales.

<sup>23</sup> En el sistema norteamericano e incluso actualmente en el británico la materia penal no se rige por el *common law*, sino que prevalece casi unánimemente el derecho legislado o *statutory law*. Dichas normas están sistematizadas y por lo tanto son objeto de la interpretación jurídica. En todo el mundo anglosajón puede afirmarse la vigencia de los principios fundamentales en materia penal, como legalidad, irretroactividad, etc. Cfr. Hendler, Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos, Buenos Aires, 1996, *passim*.

<sup>24</sup> Cfr. Binder, Proceso penal y diversidad cultural: el caso de las comunidades indígenas, en Justicia Penal y Sociedad n° 3-4, Guatemala, 1993, p. 24.

por el Estado, estructurado en torno a la Ley penal, en muchos casos resuelve inapropiadamente sus conflictos. En síntesis, el sistema penal basado en la costumbre se acepta en beneficio de los propios miembros de las comunidades indígenas, para no perjudicar una posición ya de por sí muy desfavorable. Sin embargo existe una limitación territorial, pues no es aceptable la pretensión de imponer el Derecho penal consuetudinario indígena fuera de su jurisdicción, como por ejemplo cuando a través de migraciones internas un nutrido número de miembros de la comunidad se asienta en el extrarradio de las grandes ciudades<sup>25</sup>. En este caso la reinserción social debe tener como referencia la gran ciudad y no los territorios indígenas.

La existencia de una Administración de justicia indígena supone una auténtica demostración del respeto a la diversidad cultural y el pluralismo político. Simplemente surgen dudas acerca de la creación por los propios jueces indígenas de los delitos y las penas, porque este singular avance en el plano de la diversificación no puede realizarse a costa del sacrificio de las garantías individuales de los miembros de la comunidad. Puede haber justicia indígena en materia penal siempre que no implique la imposición de penas inhumanas o degradantes, o se violenten los principios constitucionales fundamentales como el de legalidad y culpabilidad que se han ido consolidando a nivel mundial desde la Revolución Francesa de 1789. La costumbre da lugar a un conjunto de reglas procedimentales, delitos y penas que combinadamente pueden aproximarse a un sistema coherente y lógico<sup>26</sup>. Pero para que este sistema posea legitimidad debe ser respetuoso con los Derechos humanos<sup>27</sup>.

Tanto la Convención 169 de la OIT como las normas estatales e internacionales exigen el respeto a los principios que emanan de la Constitución y las leyes, lo que se concreta esencialmente en la vigencia de los Derechos fundamentales. Desde esta perspectiva podemos afirmar que una vez admitido el Derecho consuetudinario como fuente del sistema punitivo no puede exigirse un marco de garantías idéntico al que debe imperar en el Derecho penal formalizado. Sin embargo, ello no puede suponer la desaparición completa de los principios fundamentales en materia penal, al menos los principios de legalidad, de culpabilidad (responsabilidad subjetiva y personalidad de las penas) y humanidad de las penas. Por ello nos resultan algo chocantes las opiniones que sostienen que en el Derecho penal indígena los principios de legalidad y culpabilidad "o no existen, o adquieren otra dimensión"<sup>28</sup>.

Respecto al *principio de legalidad*, el punto de partida es la inexistencia de una ley escrita, por lo que en ocasiones podremos estar ante una norma incierta. Se trata de un derecho oral, lo que se ve de manera positiva por algunos investigadores, ya que

<sup>25</sup> Nos describe esta situación Villavicencio, destacando que en el Perú se han registrado estos mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos al margen del Poder judicial. Cfr. Mecanismos alternativos de solución de conflictos, en Revista Pena y Estado, n° 4, 1999, p. 116. Está a favor de la aplicación de la ley penal indígena fuera de sus territorios Yrigoyen Fajardo, Reconocimiento, op. cit. p. 135.

<sup>26</sup> Cfr. Borja Jiménez, Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica, en AAVV, Pueblos indígenas y Derechos Humanos, Bilbao, 2006, p. 664.

<sup>27</sup> Cfr. Binder, Proceso penal.. op. cit. p. 26.

<sup>28</sup> En este sentido, cfr. Borja Jiménez, Sobre los ordenamientos.. op. cit. p. 672.

esta característica le otorgaría dinamicidad y una especial flexibilidad<sup>29</sup>. Esta puede ser una razón muy apropiada a la hora de normativizar acerca de bienes o herencias, o para servir como instrumento integrador de la comunidad. Sin embargo, en materia penal la costumbre reduce considerablemente la vigencia del principio de legalidad pues obstaculiza la observancia de una ley cierta.

Respecto al *principio de culpabilidad*, éste exige la constatación de responsabilidad subjetiva y la personalidad de las penas. Respecto a la *responsabilidad subjetiva* este principio resulta claramente afectado. Como nos relata Ardito, puede ser considerado delito el simple hecho de haber pisado un lugar sagrado, con independencia del conocimiento o intención. Y puede llegar a sancionarse por igual el homicidio doloso o el imprudente: solo importa el resultado producido<sup>30</sup>.

En cuanto al *principio de personalidad de las penas*, éstas se extienden en ocasiones a terceras personas, normalmente la familia directa o los parientes del autor de los hechos. Por ejemplo, la comunidad de indios aguarunas en el Perú permite que cualquier pariente del fallecido pueda dar muerte a otro pariente del homicida, consiguiendo así recuperar el equilibrio en la sociedad<sup>31</sup>.

El principio de *humanidad de las penas* está consagrado en todas las Declaraciones Internacionales de Derechos humanos, y cuestiona muchas de las sanciones que aplican las comunidades indígenas basándose en la costumbre. El sistema indígena de penas es tan heterogéneo como el número de comunidades que las aplican. Esto supone que muchas sanciones guardarán gran similitud con las penas del sistema formalizado (amonestación, multas, pérdidas patrimoniales en general, pérdida de un cargo comunal, trabajos comunales, expulsión del territorio, etc.). Otras penas serían impensables para las culturas europeas, como por ejemplo sancionar un homicidio poniendo a cargo del autor la sustitución de las responsabilidades del fallecido, hasta que sus hijos alcancen la mayoría de edad<sup>32</sup>. En favor del sistema penal comunitario se puede apuntar que las sanciones se ejecutan en el seno de la propia comunidad, favoreciendo que el sujeto no se desocialice, lo que sin duda ocurre cuando debe cumplir su pena en una prisión estatal<sup>33</sup>. Sin embargo, muchas de estas penas poseen un carácter cruel o vejatorio. Fundamentalmente se trata de la pena de muerte o sanciones corporales, que no pueden ser admitidas bajo ningún punto de vista. Por ejemplo, aceptar que es conforme a Derecho que una comunidad indígena aplique la Ley de Lynch<sup>34</sup>, mate a una persona a pedradas después de haber sido

---

<sup>29</sup> Cfr. Ramírez, Diversidad cultural... op. cit. p. 71.

<sup>30</sup> Cfr. Ardito, Cambios y perspectivas, op. Cit. p. 21.

<sup>31</sup> Cfr. Villavicencio, Mecanismos alternativos, op. cit. p. 114.

<sup>32</sup> Cfr. Yrigoyen Fajardo, Reconocimiento.. op. cit. p. 134.

<sup>33</sup> Cfr. Ramírez, Diversidad cultural, p. 74.

<sup>34</sup> En Guatemala existen varios ejemplos recientes de linchamientos, que gozan de bastante respaldo entre las comunidades indígenas. Cfr. Ardito, Cambios y perspectivas, op. cit. p. 24. Considera sin embargo que estos delitos poco tienen que ver con el Derecho penal indígena, sino con la ineficacia del sistema judicial que genera impunidad Sieder, Derecho consuetudinario y poder local en Guatemala, en Revista Pena y

sentenciada en proceso informal por 218 comuneros<sup>35</sup> o, sin llegar a matar, se golpee o azote públicamente al condenado nos retrotrae varios siglos de cara al respeto de los Derechos fundamentales. Como manifiesta Ardito “Esta identificación de justicia con castigo, y de castigo con violencia física ha penetrado el tejido social, al punto que, para muchas personas, los delincuentes deben morir, independientemente de la gravedad del crimen que cometen”<sup>36</sup>. Al margen de la muerte, tampoco pueden tolerarse las penas corporales. El cepto nocturno no sólo priva de la libertad, sino que también humilla y degrada al ser humano. El baño de agua fría seguido de ortigamiento genera picores, eczemas y una irritación generalizada<sup>37</sup>. En el Perú se relata la actuación de las rondas campesinas, una especie de patrullas indígenas que para salvaguardar los intereses comunales toman la justicia por su cuenta. Aunque parece que ya están más controladas, relata Villavicencio cómo son sus sanciones. “Inicialmente, los castigos físicos comprendían los denominados “pencazos” (azotes) hasta la muerte del sujeto. También se aplica el “baño” (sujeto obligado a sumergirse en un río o pozo en la noche o madrugada), la ronda obligatoria (en rondas vecinales) y el trabajo comunal (en caminos, posta médica, etc.)<sup>38</sup>. Las penas corporales no sólo son pura retribución, sino también una forma de tortura, y por lo tanto resultan inadmisibles en cualquier tipo de sociedad y en todos sus términos prohibidas por la Comunidad Internacional<sup>39</sup>.

Debemos reiterar que *el cuerpo humano es intangible*. Y si condenamos enérgicamente las prácticas milenarias en África, basadas en la costumbre, según las cuales se produce la mutilación genital femenina por motivos rituales o religiosos, también debemos cuestionar que las comunidades indígenas de América se extralimiten con sanciones de extrema crueldad, aunque respondan a las costumbres de culturas ancestrales. Estas sanciones no persiguen otra cosa que la pura retribución, por lo que no pueden cumplir finalidades preventivas de ninguna naturaleza. No considero que esta finalidad resocializadora pueda extraerse del ilustrativo ejemplo que brinda Emiliano Borja: “La misma pena de latigazos, que desde la perspectiva occidental nos parece bárbara y cruel, cuando se aplica, cada golpe viene acompañado de un consejo, para que se entienda que la sanción no es sólo castigo sino que también está orientada a mejorar a las personas que han delinquido”<sup>40</sup>.

---

Estado, n° 4, 1999. Tal vez la responsabilidad sea compartida y fruto del fracaso de los dos sistemas.

<sup>35</sup> Es el llamado caso Huancay de 1974 en el Perú, relatado por Villavicencio, *Mecanismos alternativos*, op. cit. p. 111.

<sup>36</sup> Cfr. Ardito, *Cambios y perspectivas*, op. cit. p. 24.

<sup>37</sup> Cfr. Borja Jiménez, *Sobre los ordenamientos..* op. cit. p. 679.

<sup>38</sup> Cfr. Villavicencio, *Mecanismos alternativos*, op. cit. p. 113.

<sup>39</sup> Sólo a título de ejemplo diremos que la legislación española prohíbe la extradición de los delincuentes “Cuando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes” (art. 6° Ley 4/1985 de 21 de marzo, de extradición pasiva). Esto supone que en cada proceso de extradición de un presunto delincuente miembro de una comunidad indígena el Estado solicitante deberá garantizar que no será juzgado por estas comunidades, ante la posible aplicación de penas corporales por parte de la justicia indígena.

<sup>40</sup> Cfr. Borja Jiménez, *Sobre los ordenamientos..* op. cit. p. 680.

Por otra parte, debe existir el *derecho a optar* por la aplicación de la ley penal comunitaria o la del sistema penal formalizado. Un miembro de la comunidad que habite en su territorio pero no participe de todos sus valores, aunque si de otros constitucionalmente válidos (creencias, vestimenta, religión, sexualidad, alimentación y todo el espacio de libertad imaginable) podría recibir una sanción penal comunitaria que violaría sus derechos fundamentales. Pensemos en la natural rebeldía de los jóvenes, que quieren cambios en su vida, sin asumir las costumbres sociales o religiosas de los mayores. Entiendo que no puede defenderse a ultranza la obligatoriedad de la jurisdicción indígena, argumentando que no hacerlo supone “un debilitamiento de la estructura comunal y la distorsión del reconocimiento constitucional”<sup>41</sup>, o en general que es requerida para reforzar la *identidad indígena*. La obligatoriedad basada en estas premisas supone instrumentalizar al individuo a favor de los intereses de la comunidad, lo que es incompatible con las bases de un Estado social de Derecho. Considero que también tienen posibilidad de optar las personas no indígenas que cometen delitos dentro del territorio de las comunidades<sup>42</sup>.

El establecimiento de frenos al poder punitivo del Estado, la lucha del ciudadano contra la opresión que se viene librando desde los tiempos de Beccaria parecen desaparecer cuando se trata de restringir el poder punitivo de la comunidad indígena. ¿Es que la justicia indígena es tan infalible que no necesita poner límites a la arbitrariedad, tan propia de buena parte de los seres humanos? ¿Por qué son impredecibles los límites para el legislador y el juez *oficiales*, pero parecen desaparecer para las autoridades indígenas? Entiendo que ante la imposibilidad de constatar la vigencia plena de los principios de legalidad, culpabilidad y humanidad de las penas debe concluirse que el derecho penal consuetudinario indígena, reconocido y necesario pero limitadamente garantista, debe circunscribir su aplicación a faltas o delitos leves que no pongan en peligro de manera irremediable las garantías y derechos fundamentales de los propios indígenas. Ello es así porque todas las disposiciones jurídicas aplicables (Convenio 169 de la OIT, textos constitucionales y leyes) exigen un *límite material* al sistema penal indígena: no debe contradecir el catálogo de Derechos fundamentales y Derechos humanos que están consagrados en los Convenios internacionales, la Constitución y las Leyes. Entendemos que los principios de legalidad, culpabilidad y humanidad de las penas se fundamentan en este marco garantista básico y su eventual vulneración condiciona las competencias penales de las comunidades indígenas<sup>43</sup>. Un argumento añadido aporta el ya

---

<sup>41</sup> Así, Ramírez,. Diversidad cultural... op. cit. p. 73.

<sup>42</sup> Considera que el Derecho consuetudinario indígena debe aplicarse obligatoriamente a los no indígenas que delincan en sus territorios, para reforzar el Derecho indígena Yrigoyen Fajardo, Reconocimiento.. op. cit. p. 134, argumentando que en muchas ocasiones estos delitos quedan impunes. Este razonamiento supone, como ya hemos manifestado, una instrumentalización del ser humano poco compatible con el Estado de Derecho.

<sup>43</sup> Por el contrario, considera Yrigoyen Fajardo que ninguna constitución establece límites como los aquí enunciados y por lo tanto la competencia penal indígena debe referirse a todas las materias susceptibles de juzgamiento, incluyendo delitos graves. Cfr. Reconocimiento.. op. cit. p. 133

mentado principio de humanidad de las penas. Si son intolerables todas las sanciones corporales, las comunidades deberán eliminarlas completamente y recurrir a otro tipo de penas: pecuniarias, privativas de derechos, expulsión, trabajo comunitario, etc. Ante el temor a una disminución de garantías debe asegurarse un permanente control de constitucionalidad, el derecho a obtener un juicio justo y a una defensa con asistencia letrada.

Todas las situaciones tratadas hasta aquí toman como punto de partida la vigencia del Convenio 169 de la OIT y la pertinente normativa estatal que de validez al Derecho penal indígena consuetudinario. Pero, ¿qué ocurre cuando no se ha realizado una transferencia formal del *ius puniendi* a favor de las comunidades indígenas?

<sup>44</sup> Entendemos, como venimos manifestando a lo largo de esta exposición, que la coexistencia de dos sistemas sancionatorios es beneficioso para las comunidades y sus miembros individualmente considerados. De esta forma muchos conflictos encontrarán una solución más justa. Sin embargo, es necesaria una regulación legal proveniente del Estado que regule los parámetros de compatibilidad. Si esta regulación no existe, la costumbre no puede convertirse en fuente del sistema penal. En consecuencia, si fácticamente se establecieran penas no autorizadas los responsables deberían sufrir las sanciones penales que correspondan a la entidad de derechos violentados (detenciones ilegales, torturas, delitos patrimoniales, etc.). En este caso la única exoneración de responsabilidad podría venir dada por la apreciación de un error de prohibición culturalmente condicionado.

No podemos olvidar que existe un sistema punitivo basado en el Derecho Penal formalizado, que también tiene como misión proteger y, en su caso, sancionar a personas pertenecientes a las etnias y comunidades indígenas. Este Derecho penal será de aplicación parcial en los Estados que se han decantado por el dualismo (coexistencia de un sistema penal formalizado y otro consuetudinario indígena), ya que regirá fuera de los territorios indígenas, respecto a los no indígenas que cometan delitos en dichos territorios y a las infracciones de mayor gravedad, que no podrán ser enjuiciadas por los sistemas penales consuetudinarios hasta que garanticen el pleno respeto a los Derechos fundamentales. En los Estados monistas, que no han suscrito el Convenio 169 de la OIT ni han regulado internamente un Derecho penal consuetudinario indígena solo estará vigente el Derecho penal formalizado. En todos estos supuestos debemos destacar en primer lugar que el Estado debe tutelar, a través del Derecho penal, los *bienes jurídicos* que afecten particularmente a los indígenas, e incluso incrementar o agravar la pena de algunos delitos (contra la vida o la salud, por ejemplo) cuando se aprecien motivaciones étnicas o raciales en su perpetración. En segundo lugar, determinados elementos del delito, como el error (de tipo o de prohibición: en este último caso el error culturalmente condicionado<sup>45</sup>)

<sup>44</sup> Adviértase que la mayor parte de los países americanos que han ratificado esta Convención no han establecido una regulación nacional al respecto (Así, por ejemplo, Argentina, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Honduras, México etc.).

<sup>45</sup> En Perú la modificación del artículo 15 del Código Penal exonera de responsabilidad criminal a quien “por su cultura o costumbres comete un hecho penal sin poder comprender el carácter delictivo de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión” La intención del legislador fue regular el error de prohi-

y las causas de justificación (los bienes defendibles en la legítima defensa) tienen que contemplar las particularidades de la cultura indígena<sup>46</sup>. Por otra parte, debemos tener en cuenta que la Convención 169 de la OIT indica que los jueces penales al basar sus resoluciones deben tomar en consideración las costumbres de los pueblos indígenas, sus características económicas, sociales y culturales, y que deberá darse preferencia a cualquier sanción distinta al encarcelamiento (arts. 9 y 10). Por último, el Principio *ne bis in idem* exige que una vez impuesta la sanción por parte de su comunidad no pueda volver a imponerse íntegramente una pena estatal<sup>47</sup>. El Estado debe arbitrar los medios para que de alguna forma la sanción indígena se descuenta de la pena o incluso ésta se haga desaparecer por completo, ya que el ciudadano no puede resultar perjudicado por una falta de entendimiento entre el propio Estado y los representantes de la comunidad, quienes se encuentran en puja por la titularidad del *ius puniendi*.

Reiterando las ventajas que supone el recurso al Derecho comunitario indígena, no puedo culminar este trabajo sin hacer una última reflexión. Es a primera vista un sistema positivo para la comunidad, pues permite afianzarla como creadora de normas y como titular de la Administración de Justicia. También beneficia a los propios miembros de la comunidad, que recibirán penas más apropiadas para su rehabilitación. Sin embargo, no está de más recordar que algunas de las sanciones previstas, como las que extienden la pena a la familia (venganza de sangre) suponen sólo una solución atávica o ancestral que ya aplicaban otras culturas hace cientos de años, costumbres que fueron abandonadas con el avance social y el respeto por los Derechos humanos. Lo mismo ha ocurrido recientemente con la desaparición de las penas corporales o la pena de muerte, al menos en buena parte del mundo. Conservar la tradición no puede suponer perpetuar la marginación, el atraso y el olvido. Y el Derecho penal de un Estado social de Derecho tiene que ser sensible a todos estos factores.

---

bición culturalmente condicionado, es decir, la situación de un sujeto normal que se equivoca respecto a la norma penal aplicable por su cultura indígena. Lo regulado es otra cosa: se considera al indígena como un inimputable por motivos culturales, lo que es bastante inapropiado. No está actuando por error, sino en base a pautas culturales diferentes. Cfr. al respecto Hurtado Pozo, *El indígena..op. cit. p. 40*. Villavicencio, *Mecanismos Alternativos*, op. cit. p. 125.

<sup>46</sup> Villavicencio nos indica que “la situación de escasez de recursos naturales originada en la pobreza del suelo en el que habitan guarda relación con los infanticidios selectivos en grupos amazónicos aislados”. Cfr. *Mecanismos alternativos.. op. cit. p.114*.

<sup>47</sup> Cfr. Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, 2000, p.127.