

**TESINA DEL DIPLOMADO SUPERIOR EN
DERECHOS HUMANOS Y SEGURIDAD
DEMOCRATICA**

**TEMA: DERECHO, IGNORANCIA Y DIVERSIDAD
CULTURAL**

ROMEL GUSTAVO JURADO VARGAS

**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS
SOCIALES**

1998 - 1999

TABLA DE CONTENIDO

<u>DERECHO, IGNORANCIA Y DIVERSIDAD CULTURAL.</u>	<u>2</u>
1.- INTRODUCCIÓN. _____	2
2.- LA CONSTRUCCIÓN DEL DISCURSO PENAL. _____	7
3.- FUNDAMENTACIÓN Y TRATAMIENTO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE “QUE LA IGNORANCIA DE LA LEY NO JUSTIFICA A NADIE DE SU INCUMPLIMIENTO”. _____	11
4.- EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL ERROR EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA. _____	17
5.- LOS AVANCES DE LA TEORÍA DEL DELITO EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y SUS REPERCUSIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE QUE LA IGNORANCIA DE LA LEY NO EXIME A NADIE DE SU CUMPLIMIENTO. _____	23
6.- TRATAMIENTO DEL ERROR EN LA MODERNA TEORÍA DEL DELITO. _____	31
7.- ACERCAMIENTO SOCIO-POLÍTICO A LAS TENSIONES ENTRE EL ORDENAMIENTO DEL ESTADO NACIONAL Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. _____	38
BIBLIOGRAFIA _____	51

DERECHO, IGNORANCIA Y DIVERSIDAD CULTURAL.

1.- Introducción.

Contemporáneamente se va fortaleciendo la tendencia a reconocer y respetar la multietnicidad y la pluriculturalidad al interior de los Estados Nacionales. Esta tendencia mundial de apertura a la diversidad que se expresa también en Latinoamérica y que tiene, por supuesto, niveles de conflictividad y de reconocimiento distintos en cada caso específico, plantea en el fondo el problema de determinar los alcances y los límites que deberían tener las reivindicaciones y aspiraciones de quienes han sido considerados históricamente una minoría étnica, generalmente, poco influyente en la elaboración de las políticas que determinan el destino de las personas de un Estado cualquiera.

En relación a las diferencias y características de cada proceso reivindicatorio que tiene como base la diversidad étnica y cultural, cabe decir que nada está resuelto. Ciertamente no existe una base teórica o empírica que permita cierto grado de unidad con respecto a conceptos decisivos que orienten los alcances de las propuestas de los movimientos socio-políticos de aquellos grupos humanos que son considerados o se consideran a sí mismos como diversos, ya sea por razones étnicas y/o culturales, a la cultura dominante que ha constituido el ordenamiento del Estado Nacional.

En esta dirección podemos señalar la ambigüedad que se mantiene en torno al concepto de “pueblos”, que desde el discurso de los Estados es un concepto que se identifica histórica y jurídicamente con el concepto de población, es decir con el concepto de habitantes del Estado Nacional como el componente humano que hace parte constitutiva del Estado. Mientras que, los movimientos indígenas en Latinoamérica o los

movimientos separatistas en Europa del Este, entienden el concepto de pueblo como aquel que rescata las notas esenciales comunes a un grupo social determinado y que permiten establecer la identidad de tal o cual comunidad, basándose en criterios como la historia, el lenguaje, el origen étnico, las costumbres y las formas de organización jurídica-administrativa tradicionales y compartidas.

Si se acepta este último concepto de pueblo, el derecho a la autodeterminación de los pueblos contemplado en la Carta de Naciones Unidas puede constituirse en el argumento legitimatorio que impulse procesos reivindicatorios, de quienes se consideran dotados de la identidad propia de un pueblo. Los objetivos de estos procesos pueden fluctuar desde un cuestionamiento al ordenamiento estatal en busca de una reestructuración de las reglas operantes para tratar sus exigencias, derechos y obligaciones frente al Estado, hasta procesos separatistas por los cuales se pretende la creación de nuevos Estados que se constituirían en función de las particularidades de quienes logren hacerse reconocer como pueblos diversos.

Un ejemplo de esta forma de asumir la concepción de pueblos, es el caso de la ex Yugoslavia, en donde la diversidad étnica alimenta proyectos separatistas que no solo aspiran a cierto grado de representatividad y respetabilidad dentro del ordenamiento del Estado sino que promueven procesos destinados a la creación de una nueva unidad jurídico política en la que se sientan plenamente soberanos y totalmente identificados con el Estado que los organice y represente.

Por otra parte existe un debate conceptual sobre los componentes tanto cualitativos como cuantitativos que merecen ser integrados en el concepto de pueblos, y que darían

origen a sus derechos e incluso legitimidad a sus procesos reivindicatorios. Este debate ha propuesto más interrogantes que respuestas, por ejemplo ¿es posible englobar bajo la categoría pueblo en igualdad de condiciones a la nación Vasca y la etnia de los Huaorani, bajo la consideración de que ambos casos tienen historia, costumbres, lenguaje y formas de organización comunes y tradicionales; sin tomar en cuenta las distancias y las diferencias que en el mundo contemporáneo tienen uno y otro grupo humano?. ¿Es posible establecer una identidad compartida, que pueda permanecer y consolidarse, entre los diferentes grupos indígenas de Latinoamérica, o incluso entre los diferentes grupos que coexisten en países como Bolivia Guatemala o Ecuador; o se requiere darle a cada grupo específico el derecho a ser reconocido como un pueblo diverso?.

Sin embargo de las ambigüedades conceptuales, de las especificidades de los procesos de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, y de los grados de conflictividad que suponen en cada caso, al situarnos en la realidad ecuatoriana es necesario señalar que esa tendencia global a reconocer la multietnicidad y pluriculturalidad se ha cristalizado en un reconocimiento, al menos formal, que se visibiliza en las normas constitucionales que ha adoptado recientemente el Ecuador con respecto a los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, los avances alcanzados no han llegado, en determinados casos, a establecer con claridad cuales son las reglas que operarán para resolver conflictos de competencias o intereses originados en cosmovisiones no solo diferentes, sino contrapuestas en ciertos asuntos específicos.

Dentro de estos aspectos confrontativos, uno de especial relevancia para este trabajo, es el que tiene que ver con el juzgamiento penal de acciones realizadas por miembros de los pueblos indígenas, que en función de la ignorancia de los mandatos y prohibiciones

jurídicas del Estado Nacional o bajo el condicionamiento de sus prácticas socio-culturales, están enfrentados a una especial situación al momento de establecer la reprochabilidad jurídica de sus conductas.

Actualmente en nuestro país, a pesar del reconocimiento a los derechos que implica la aceptación de la pluriculturalidad y multietnicidad, continúa vigente el principio de que: la ignorancia de la ley no exime a *nadie* de su cumplimiento. Este principio es defendido con dos argumentos centrales, en primer lugar se afirma que hacer excepciones a este máxima de derecho, sobre el cual se edifica nuestro ordenamiento jurídico, supondría vulnerar los principios de generalidad y de igualdad ante la ley; y en segundo lugar, supondría el resquebrajamiento del poder regulatorio del Estado.

Consecuentemente, las objeciones a este principio jurídico, ya sean formuladas por razones de imposibilidad real de conocimiento de la prohibición, ya sean fundamentadas en limitaciones culturales para interiorizar la prohibición, o ya sean dirigidas en cuanto a la capacidad del juzgador para valorar adecuadamente las acciones cometidas por los miembros de otro pueblo cuya cultura es diferente, son, en la práctica, irrelevantes para efectos del juzgamiento dentro de la jurisdicción del Ecuador.

Sin embargo de lo anotado, cabe señalar que la aplicación llana y simple de este principio no solo que puede producir (como de hecho sucede) fallos judiciales irracionales e injustos, aunque formalmente sean legales, sino que, en el contexto de los derechos de los pueblos indígenas, suponen una invisibilización intencionada de los mecanismos de control social coercitivo que dichos pueblos han desarrollado y que en determinados casos operan plenamente en su vida cotidiana. Tal invisibilización es

frecuentemente asimilada como una violación al derecho que tienen los pueblos indígenas a que se respete su cultura y sus formas de organización social y jurídica, como lo prescribe el art. 84.7 de la Constitución vigente, según el cual el Estado garantizará a los pueblos indígenas “Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de autoridad”. Este fenómeno expresa privilegiadamente la tensión contemporánea que domina la relación entre los pueblos indígenas y los Estados Latinoamericanos. En tal sentido Carlos Rivadeneira anota: “De fondo, se dibuja una paradoja: se reclama derecho a la igualdad y a la ciudadanía ante el Estado y la ley y a la par, derecho a la especificidad, a la diferencia, al goce de la tradición y cultura propia”¹ .

Con estos elementos cabe preguntarse ¿Es posible que, actualmente, en nuestro país existan condiciones suficientes (jurídicas y prácticas) para continuar sosteniendo el carácter absoluto del principio de la inexcusabilidad por ignorancia de la ley?; y ¿existen razones suficientes para que nuestra legislación incorpore regulaciones acerca de conductas formalmente típicas que son realizadas en función de condicionamientos culturales?.

El presente trabajo está orientado al análisis crítico de la fundamentación teórica de la inexcusabilidad de la ignorancia respecto a la ley penal en el Ecuador, y al análisis de las argumentaciones que desde el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas y desde la propia teoría del delito, han ofrecido alternativas de tratamiento jurídico-

¹ RIVADENEIRA, Juan Carlos, Derecho, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado, pag. 5, Ediciones Abya-Yala, Quito, 1993.

político a la cuestión de la ignorancia de la ley, y las connotaciones que la diversidad cultural puedan tener al respecto.

Específicamente este trabajo se propone cuestionar el carácter absoluto del principio de que la ignorancia de la ley no justifica a nadie de su cumplimiento y aportar elementos jurídico-políticos que permitan establecer la relevancia de los condicionamientos culturales para efectuar el juzgamiento penal de los miembros de los pueblos indígenas, bajo ciertos presupuestos fácticos y teóricos.

2.- La construcción del discurso penal.

El discurso del derecho penal es parte del discurso jurídico, el cual según Kelsen debe ser considerado autónomo y autoreferido, ya que, en coincidencia con los normativistas y formalistas, este autor considera que las posibilidades de desentrañar los alcances de la norma son inmanentes al universo del conocimiento jurídico, por lo cual los elementos de análisis sociológicos y/o culturales tienen una pertinencia y utilidad limitadas para explicar al discurso jurídico como tal; en este sentido Giménez señala: “Esta pretensión de autonomía e inmanencia absolutas... ha sido defendida con gran fuerza por los formalistas normativistas y, particularmente, por Kelsen. Según esta corriente, la “Teoría pura del Derecho” solo debe ocuparse de componentes formales de toda experiencia jurídica posible... sin incursionar en ámbitos reservados a la sociología y a la historia”². En otras palabras lo que se plantea es que el discurso jurídico como tal, no está constituido por la realidad social, sino por un conjunto de abstracciones jurídicas en las cuales el ámbito social constituye su antecedente y/o su espacio de implementación.

² GIMENEZ Gilberto, Poder, Estado y Discurso, Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso jurídico, pag. 66, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1983.

político a la cuestión de la ignorancia de la ley, y las connotaciones que la diversidad cultural puedan tener al respecto.

Específicamente este trabajo se propone cuestionar el carácter absoluto del principio de que la ignorancia de la ley no justifica a nadie de su cumplimiento y aportar elementos jurídico-políticos que permitan establecer la relevancia de los condicionamientos culturales para efectuar el juzgamiento penal de los miembros de los pueblos indígenas, bajo ciertos presupuestos fácticos y teóricos.

2.- La construcción del discurso penal.

El discurso del derecho penal es parte del discurso jurídico, el cual según Kelsen debe ser considerado autónomo y autoreferido, ya que, en coincidencia con los normativistas y formalistas, este autor considera que las posibilidades de desentrañar los alcances de la norma son inmanentes al universo del conocimiento jurídico, por lo cual los elementos de análisis sociológicos y/o culturales tienen una pertinencia y utilidad limitadas para explicar al discurso jurídico como tal; en este sentido Giménez señala: “Esta pretensión de autonomía e inmanencia absolutas... ha sido defendida con gran fuerza por los formalistas normativistas y, particularmente, por Kelsen. Según esta corriente, la “Teoría pura del Derecho” solo debe ocuparse de componentes formales de toda experiencia jurídica posible... sin incursionar en ámbitos reservados a la sociología y a la historia”². En otras palabras lo que se plantea es que el discurso jurídico como tal, no está constituido por la realidad social, sino por un conjunto de abstracciones jurídicas en las cuales el ámbito social constituye su antecedente y/o su espacio de implementación.

² GIMENEZ Gilberto, Poder, Estado y Discurso, Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso jurídico, pag. 66, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1983.

Desde la perspectiva de este trabajo, el discurso jurídico penal en el Ecuador sigue (consciente o inconscientemente) la tendencia normativista en su construcción y retroalimentación. Influidos fuertemente por la noción positivista del derecho, los ecuatorianos, en general, y nuestros juristas en particular, mantenemos un fuerte culto al legalismo, es decir a la formalidad del discurso jurídico; permanentemente estamos afirmando la inobjetabilidad de la ley, la necesidad de la solemnidad en su promulgación y el cumplimiento exhaustivo de los requisitos que comprende su implementación, en la creencia de que estas solemnidades son por si mismas suficientes para justificar la elaboración de la ley y legitimar su ejecución.

La ley y sus formalidades pretenden llenar los espacios de la fundamentación del discurso jurídico ecuatoriano, sin embargo, la construcción de este discurso en realidad no escapa a la influencia de las complejas relaciones socio-económicas y culturales de nuestro país, tal como lo plantea Alberto Wray al estudiar la visión legal de la comunidad andina. El contexto de las leyes sociales de la década del treinta en el Ecuador, la necesidad de legitimar el poder agroexportador y la presión de los grupos obreros y campesinos con tendencias socialistas empujaron la creación de un marco regulatorio, el cual, finalmente, lejos de reconocer y aceptar la especificidad de los pueblos indígenas, tenía por objeto homogeneizar las formas de organización indígenas y/o campesinas adaptándolas a los valores de la democracia liberal³. En el mismo

³ “En efecto, ante la necesidad de asegurar alguna base de legitimidad para el poder, después de que había sido abierta y directamente instrumentalizado por el capital agroexportador durante el llamado “período de la dominación plutocrática”, y como una respuesta a las luchas y movilizaciones populares de los años veinte y a la inmediata insurgencia de las ideas socialistas, el Estado optó por ampliar el alcance del “interés general” y se manifestó preocupado por la protección de los sectores obreros y campesinos, dictando para el efecto normas específicas cuyo apareamiento introdujo un tratamiento jurídico desigual,

sentido Gilberto Giménez desde el punto de vista sociológico, señala: “los fenómenos jurídicos... aún como fenómenos normativos, se hallan constitutivamente determinados y funcionalmente condicionados por el conjunto de relaciones dentro de una determinada formación social”⁴. Con esta base podemos afirmar que las formas regulatorias del derecho penal ecuatoriano no son el inocente resultado de la transferencia de principios doctrinarios a cuerpos legislativos, sino que expresan la correlación de las fuerzas sociales en su pretensión de elevar a bienes jurídicos protegidos por la ley y el Estado, sus intereses grupales. Lo que implica admitir la vigencia de la exclusión intencional de los actores sociales tradicionalmente marginados del poder político del Estado.

Sin embargo de lo anotado, la acentuada tendencia a justificar el derecho desde la legalidad, y no desde la dinámica de la sociedad, permite que el discurso jurídico en general siga siendo problematizado a partir de la ley, de hecho cuando un actor social adquiere capacidad de influencia en el Ecuador, lo primero que se plantea es dar forma a esta capacidad a través de lo que Fernando Bustamante, al analizar la cultura política y ciudadana, ha llamado “la creación de una batería personalizada de derechos o fueros”, es decir, que se busca la consagración legal que legitime formalmente el poder

en abierto contraste con la generalidad y la igualdad formales que tradicionalmente caracterizaron al derecho liberal.

La protección legal comienza por convertir a la comunidad andina ancestral en un sujeto de derechos y obligaciones. En la lógica de la dogmática jurídica tradicional, éste resulta un paso necesario e inevitable, dado que las únicas realidades que el Derecho conoce pertenecen al orden de las personas o al orden de las cosas, siendo privativo de las primeras gozar de derechos y ejercerlos. Pero el reconocimiento de la personalidad jurídica tiene su precio: las comunas se regirán por esta ley, dice el artículo 3, “y adquirirán personería jurídica por el solo hecho de atenerse a ella”. En definitiva, aunque legalmente así se lo llame, no se trata de un reconocimiento sino de la implantación de una forma de organización única cuyas características responden más bien a los criterios y las valoraciones típicas de la “democracia representativa” antes que a los usos y costumbres de la propia comunidad”. WRAY Alberto, “El problema indígena y la reforma del estado”, en Derecho, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado, pags. 12- 13, Ediciones Abya-Yala, Quito, 1993.

alcanzado. En efecto, el autor mencionado afirma: “Entre las demandas más vigorosas y sentidas, es raro encontrar aquellas que definan una ciudadanía racional, que como he tratado de demostrar, es la base moral de una gobernabilidad democrática ilustrada. La lucha por los derechos, generalmente deriva en una lucha por privilegios o por el equivalente a otros tantos “fueros” particulares”⁵.

Es precisamente por esta forma legalista de entender la dinámica del derecho que se produce la distorsión entre lo prescrito por la ley y las prácticas administrativas, judiciales y ciudadanas operantes al momento de tratar de ejercitar el derecho. El ejemplo más ilustrativo lo constituye el funcionamiento del aparato judicial, por una parte no existe la posibilidad real de argumentar racionalmente contra el contenido de la ley y obtener una decisión judicial sobre la base de esta argumentación: “la ley dice” es la forma menos imaginativa de rehusarse a razonar sobre la fundamentación jurídico-social del juzgamiento, sobre esta base se omiten por ejemplo la relevancia de los condicionamientos culturales; por otra parte, en el terreno de las prácticas operantes, los poderes extrajudiciales (el dinero, la influencia política o personal, etc.) de los contendores en juicio inciden determinadamente en la resolución final. No es sólo un problema de eficacia administrativa, sino la constatación de que el Estado de Derecho se invoca discrecionalmente por los actores sociales que tienen la fuerza suficiente para hacerlo valer en su beneficio.

•

⁴ GIMENEZ Gilberto, Poder, Estado y Discurso, Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso jurídico, pag. 67, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1983.

⁵ BUSTAMANTE Fernando, “La Cultura Política y Ciudadana en el Ecuador”, pag. 151, en Ecuador: Un problema de gobernabilidad, CORDES, Quito, 1996.

En conclusión el discurso jurídico ecuatoriano, aparentemente moderno, solo puede trasladar los valores de la ilustración a aspectos formales de la legalidad para justificarse a sí mismo, pero no puede garantizar la coherencia de tales valores con las prácticas socio jurídicas cotidianas.

3.- Fundamentación y tratamiento jurídico del principio de “que la ignorancia de la ley no justifica a nadie de su incumplimiento”.

Aunque la conformación de discurso jurídico y de la legislación operante tengan dimensiones socio-políticas y culturales relevantes para la operativización y ejercicio del derecho, por la forma “juridicista” en que se quiere fundamentar el juzgamiento penal cuando está relacionado a la ignorancia de la ley, este trabajo necesita analizar la fundamentación y el tratamiento jurídico que históricamente se le otorga al principio de que la ignorancia de la ley no justifica a nadie de su cumplimiento.

En primer lugar es pertinente anotar que, en el ámbito del derecho, la ignorancia de la ley ya sea que recaiga en la circunstancias fácticas que rodean a la acción ilícita o ya sea que recaiga sobre la ley que la tipifica, ha sido tratada como un problema de “error”. En este sentido Reyes Echandía sostiene "...Y es que toda ignorancia en el mundo del derecho conduce finalmente a un error, porque el desconocimiento de un hecho jurídicamente relevante da lugar a una equivocada valoración y por ende, a una conducta diversa de la querida...esa ignorancia determinó en mí un juicio equivocado sobre la licitud de mi comportamiento y decidió que actuaré antijurídicamente en la creencia errada de que realizaba una conducta penalmente indiferente"⁶. Esta aclaración es pertinente para situar el problema de la ignorancia de la ley dentro de la teoría del

En conclusión el discurso jurídico ecuatoriano, aparentemente moderno, solo puede trasladar los valores de la ilustración a aspectos formales de la legalidad para justificarse a sí mismo, pero no puede garantizar la coherencia de tales valores con las prácticas socio jurídicas cotidianas.

3.- Fundamentación y tratamiento jurídico del principio de “que la ignorancia de la ley no justifica a nadie de su incumplimiento”.

Aunque la conformación de discurso jurídico y de la legislación operante tengan dimensiones socio-políticas y culturales relevantes para la operativización y ejercicio del derecho, por la forma “juridicista” en que se quiere fundamentar el juzgamiento penal cuando está relacionado a la ignorancia de la ley, este trabajo necesita analizar la fundamentación y el tratamiento jurídico que históricamente se le otorga al principio de que la ignorancia de la ley no justifica a nadie de su cumplimiento.

En primer lugar es pertinente anotar que, en el ámbito del derecho, la ignorancia de la ley ya sea que recaiga en la circunstancias fácticas que rodean a la acción ilícita o ya sea que recaiga sobre la ley que la tipifica, ha sido tratada como un problema de “error”. En este sentido Reyes Echandía sostiene "...Y es que toda ignorancia en el mundo del derecho conduce finalmente a un error, porque el desconocimiento de un hecho jurídicamente relevante da lugar a una equivocada valoración y por ende, a una conducta diversa de la querida...esa ignorancia determinó en mí un juicio equivocado sobre la licitud de mi comportamiento y decidió que actuará antijurídicamente en la creencia errada de que realizaba una conducta penalmente indiferente"⁶. Esta aclaración es pertinente para situar el problema de la ignorancia de la ley dentro de la teoría del

delito⁷ como un problema de “error” y para entender la fundamentación que desde este espacio teórico se ha ofrecido con respecto a la valoración en la dogmática penal de la ignorancia de la ley.

Francisco Carrara al argumentar sobre la fundamentación de este principio señala: " El error de derecho jamás sirve de excusa. Es una exigencia política que se presume en el ciudadano el conocimiento de la ley penal, que por otra parte, todos están en el deber de conocerla"⁸, apuntalando esta tesis Vincenzo Manzini afirma que " El conocimiento de la norma es un deber cívico para los habitantes del territorio del Estado del cual hace parte la ley; dicho deber es una **compensación** de la tutela jurídica que el Estado mismo concede a los ciudadanos y a otras personas que viven en su territorio, y por lo tanto, la ignorancia de la ley no le favorece porque faltó al propio deber de conocerla"⁹. Desde esta perspectiva la corriente clásica positivista sostiene que esta máxima es una necesidad política, social y procesal cuya utilidad es fundamentar el poder de la coacción jurídica que tiene el Estado, sin lo cual el imperio de la ley quedaría seriamente vulnerado.

Tan fuerte resultaba la noción fundamentadora de la exigibilidad del conocimiento de la ley que hacer excepciones a este principio, incluso por razones culturales, se consideraba atentatorio contra los principios ordenadores de la igualdad ante la ley y de la generalidad de la misma. Por el contrario, se intentó fortalecer la exigibilidad del

⁶ REYES ECHANDIA Alfonso, La Culpabilidad, Págs. 203, 204, Editor Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1977.

⁷ La Teoría del Delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídica penal previsto en la ley.

⁸ CARRARA Francisco, Programa de Derecho Criminal, Pag. 288, Editorial Temis, Bogotá, 1956.

conocimiento de la ley desde el carácter cultural de ésta, en tal sentido Jiménez de Asúa señala como acertada la afirmación de "Los que creen encontrar el fundamento del indicado principio en consideraciones de carácter cultural, consistentes en que por participar la normatividad general de la cultura vigente y por ser esta patrimonio de todos, no es posible ignorar las prescripciones de los códigos"¹⁰.

Para instrumentalizar la aplicación de este principio en el juzgamiento penal los positivistas propusieron un tratamiento al problema del error que planteaba una clasificación entre error de hecho y error de derecho.

El error de hecho era conceptualizado como el conocimiento equivocado, ya sea por ignorancia o por distorsión, de las circunstancias materiales que componen la acción ilícita, en las cuales no se incluían los elementos de la acción que tuvieran una significación jurídica. Con este presupuesto se consideró que el error de hecho podía dividirse en inimputable e imputable. Se consideraba que existía error de hecho inimputable cuando el autor de la acción tenía un conocimiento equivocado de los elementos objetivos, sin que haya mediado la negligencia o faltado la buena fe, siendo la consecuencia que se exima de responsabilidad penal a quien obró bajo estas condiciones. En este sentido Bernardo Gaitán Mahecha anota " condiciones esenciales de esta eximente son, en primer término la ausencia de dolo (buena fe) o de culpa (ausencia de negligencia)...; en segundo lugar, el error debe ser esencial, es decir debe ser de naturaleza que determine a obrar en el sentido de la acción, considerando hipotéticamente que si el sujeto hubiese estado en posibilidad de conocer la realidad, no

⁹MANZINI Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, Volumen II, Pag. 328, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1948.

habría actuado de ese modo, que en eso consiste la médula de la buena fe"; y, aclara "El error de hecho se refiere siempre a las circunstancias objetivas que erróneamente interpretadas determinan la acción"¹¹.

Por error de hecho imputable, en cambio, se tenía a aquel conocimiento equivocado pero no esencial de los elementos objetivos que careciendo de dolo demuestre un obrar negligente, la consecuencia jurídica era que se excluía la pena por delito doloso pero se aplicaba del delito culposos.

En cuanto al error de derecho se estimaba que este debe entenderse como un error sobre la existencia o aplicabilidad de la ley que castiga el hecho; y, que bajo ninguna circunstancia debía otorgársele relevancia jurídica penal, es decir, que el error de derecho no podía servir de excusante, eximente o cualquier figura que determine inculpabilidad, ratificando así el principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa para su cumplimiento. La consecuencia es que quien obra bajo error de derecho sea juzgado bajo los condicionamientos de un delito doloso.

Hasta mediados de siglo el dolo era entendido como un concepto penal que expresaba la voluntad "maliciosa" del autor de la acción de causar daño conscientemente. Consecuentemente se juzgaba con el mismo rigor a las personas que cometieran una acción delictiva conociendo la prohibición legal, que a quienes, ignorando esta prohibición, realizarán la misma acción.

¹⁰ JIMENEZ DE ASÚA, citado por Londoño Fernando, El Error en la Moderna Teoría del Delito, pag. 16, Temis, Bogotá, 1982.

¹¹ GAITAN Bernardo, Curso de Derecho Penal, Pag. 182, Ediciones Lerner, Bogotá, 1981.

El tratamiento del error desde esta perspectiva planteaba en la práctica problemas de difícil resolución, ya que en el error de hecho solo se incluían elementos “esencialmente materiales”. Los elementos normativos que componían en determinados casos la descripción típica debieron, para ser consecuentes con el precepto teórico del error de hecho, excluirse por ser elementos “jurídicamente valorados” y no solo sensorialmente perceptibles, tal el caso de la calidad del cheque en los delitos de estafa. Sin embargo, se admitía que quien estafa con un cheque debe tener conocimiento de que el documento que firma efectivamente es un cheque, ese conocimiento no viene dado por los sentidos, sino que es un ejercicio de valoración conceptual, basado en la significación jurídica que la ley otorga al cheque. A pesar de esta consideración la doctrina aceptó que se tratará como error de hecho al conocimiento equivocado que el autor de la acción demostrará tener sobre la calidad del documento cheque .

El caso fue que se tornó prácticamente imposible determinar cuando la ignorancia de un elemento normativo, que esté incluido en la descripción típica, motivaba un error sobre el hecho y cuando sobre el derecho, sobre todo si se considera que las consecuencias eran substancialmente distintas: si era un error de hecho se podía eliminar la responsabilidad penal o convertirla en responsabilidad penal culposa, mientras que si era error de derecho la responsabilidad siempre existía y era dolosa, es decir la que mayor pena amerita por su grado de reprochabilidad. Respecto a la inclusión de elementos normativos en el error de hecho, Fernando Londoño Berrio señala: “Al observarse que elementos esenciales integrantes de la disposición penal tenían una significación jurídica, sin la cual no podían ser perfectamente aprehendidos, la ignorancia sobre ellos tuvo que ser tratada como errores de hecho, a pesar de no ser en estricto sentido un error de esta naturaleza. Todo ello, con el objeto de amparar dichas situaciones de error,

que en las legislaciones solo cobijaban al error de hecho"¹². Zaffaroni, por su parte, considera que esta distinción entre error de hecho y de derecho no solo es poco clara, sino que tiene por objeto intentar justificar la validez del principio que defiende la inexcusabilidad del autor por ignorancia de la ley¹³.

El avance sobre el análisis de la ignorancia de la ley como un problema de error, dentro de esta misma concepción, permitió realizar ciertas inferencias que podrían conceptuarse en lo práctico como una disminución de los niveles de culpabilidad de quien obraba bajo circunstancias de ignorancia invencible. Debido a que, si el conocimiento de la ley era asumido como un **deber exigible**, perfectamente se podía transgredir dicho deber por negligencia, es decir hacerlo sin conciencia y voluntad pero con falta de cuidado requerido por la norma. Siendo la consecuencia que la ignorancia invencible no podía ser causa de excusa o inculpabilidad pero abría la posibilidad de ser tratada con las reglas del delito culposo, lo que significaba abordarlo desde un grado menor de responsabilidad que la del delito doloso.

Esta aparente solución al problema de la ignorancia de la ley fue duramente cuestionado, siendo finalmente suprimida, dado que suponía situaciones tan absurdas como el hecho de que una persona que se apropiaba de una cosa, con conocimiento de que no era suya,

¹² LONDOÑO Fernando, *El Error en la Moderna Teoría del Delito*, pag. 13., Temis, Bogotá, 1982.

¹³ "La distinción entre lo que es error de hecho y error de derecho no es nada clara, particularmente si, por un lado, creemos que todos los errores son, en último análisis, errores de "hecho", porque el error de derecho es un error acerca del hecho de que el legislador prohibió una conducta (Graf zu Dohna), o si, por otro, caemos en alguna exageración positivista jurídica, de las que afirman que todos los conceptos que "toca" el derecho se "juridizan". Así, si cuando la ley dice "elefante" debemos entender -según esta corriente- que se trata de un concepto jurídico penal de "elefante", terminaremos afirmando que todos los errores son errores de "derecho".

Aparte del inconveniente que esta teoría tiene para deslindar ambas clases de error (Facti y Juris), el objeto que persigue al distinguirlos es la afirmación de que el error de derecho no tiene relevancia penal, es decir, que el error de derecho no puede servir de excusa". Zaffaroni Eugenio, *Manual de Derecho Penal*, pag. 415, Ediar, Buenos Aires, 1987.

pero ignorando la prohibición de hurtar, pueda ser juzgado, culposamente. La pregunta que esta tesis no pudo contestar es ¿cual es el deber de cuidado que se transgrede cuando una persona sabe lo que hace y hace lo que quiere?, ya que la conciencia y voluntad en la realización de la acción son los presupuestos del dolo y no de la culpa.

4.- El tratamiento jurídico del Error en la legislación penal ecuatoriana.

La adscripción formal de la legislación ecuatoriana a los argumentos positivistas, con que se fundamenta el principio de la exigibilidad del conocimiento de la ley, se deja sentir con mayor fuerza en las disposiciones de la ley civil con respecto al error de hecho y error de derecho, aunque posteriormente la concepción y la práctica civilista sobre la ignorancia de la ley sería derivada a la legislación penal con el mismo carácter absoluto que tiene en el Código Civil.

La clasificación del derecho civil está orientada a tratar el problema del error como un vicio del consentimiento de los actos y declaraciones de voluntad que dan origen a derechos y obligaciones jurídicas en el campo privado. Según los partícipes de esta división el error de hecho consiste en el conocimiento equivocado de uno o varios de los elementos materiales que son inherentes a la cosa materia del acto jurídico. Por lo tanto, el obrar bajo los presupuestos del error de hecho da como resultado que el consentimiento quede viciado y consecuentemente el acto o contrato puede ser reputado como nulo. Esta definición acepta, como elementos materiales inherentes a la cosa, a todas aquellas calidades que podían ser percibidas por los sentidos.

Por otra parte considera que se producía error de derecho cuando el conocimiento equivocado recae sobre una de las reglas jurídicas que regulan a tales actos de voluntad,

pero ignorando la prohibición de hurtar, pueda ser juzgado, culposamente. La pregunta que esta tesis no pudo contestar es ¿cual es el deber de cuidado que se transgrede cuando una persona sabe lo que hace y hace lo que quiere?, ya que la conciencia y voluntad en la realización de la acción son los presupuestos del dolo y no de la culpa.

4.- El tratamiento jurídico del Error en la legislación penal ecuatoriana.

La adscripción formal de la legislación ecuatoriana a los argumentos positivistas, con que se fundamenta el principio de la exigibilidad del conocimiento de la ley, se deja sentir con mayor fuerza en las disposiciones de la ley civil con respecto al error de hecho y error de derecho, aunque posteriormente la concepción y la práctica civilista sobre la ignorancia de la ley sería derivada a la legislación penal con el mismo carácter absoluto que tiene en el Código Civil.

La clasificación del derecho civil está orientada a tratar el problema del error como un vicio del consentimiento de los actos y declaraciones de voluntad que dan origen a derechos y obligaciones jurídicas en el campo privado. Según los partícipes de esta división el error de hecho consiste en el conocimiento equivocado de uno o varios de los elementos materiales que son inherentes a la cosa materia del acto jurídico. Por lo tanto, el obrar bajo los presupuestos del error de hecho da como resultado que el consentimiento quede viciado y consecuentemente el acto o contrato puede ser reputado como nulo. Esta definición acepta, como elementos materiales inherentes a la cosa, a todas aquellas calidades que podían ser percibidas por los sentidos.

Por otra parte considera que se producía error de derecho cuando el conocimiento equivocado recae sobre una de las reglas jurídicas que regulan a tales actos de voluntad,

en estos casos se considera que el consentimiento no resulta viciado y el acto o contrato, por tanto, es válido. Bajo esta óptica el Código Civil ecuatoriano vigente dispone en su artículo 1495: "El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento".

A pesar de esta definición los legisladores incluyeron en el error de hecho, en materia civil, al conocimiento equivocado que se tiene sobre la **especie** del contrato, siendo que la especie del contrato es un elemento que no es material sino abstracto; y, que requiere una valoración eminentemente jurídica a través de las normas legales que caracterizan a cada contrato, a pesar de lo cual el artículo 1496 del Código Civil vigente señala: "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la **especie** de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada y el comprador entendiese comprar otra".

En pocas palabras se incluye la especie de un contrato como un objeto, sobre el que se puede cometer un error de hecho. Sin embargo, la especie de un contrato, puede ser sólo determinada por la ley, lo que nos llevaría a afirmar que se trata de un error de derecho, y como para la ley el error de derecho no acarrea nulidad, pues es irrelevante, lo lógico sería afirmar que el contrato termina siendo válido, cosa que no sucede en la práctica jurídica civilista de nuestro país.

En última instancia la finalidad de esta distinción en materia civil era otorgarle al error de "hecho" el poder de nulitar un acto jurídico, mientras que el error de "derecho" era irrelevante para las consecuencias jurídicas que dicho acto generaba. Es necesario acotar

que esta clasificación concordaba y sostenía lo referido en el artículo 13 del Título Preliminar del Código Civil según el cual " La Ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros y su ignorancia no excusa a persona alguna".

Ahora bien, cuando se trasladó a la legislación penal ecuatoriana la noción civilista para regular los supuestos de error, las consecuencias fueron que con respecto a la ignorancia de la ley, ésta sigue considerándose irrelevante para determinar la responsabilidad penal, es decir que la ignorancia no actúa como eximente de responsabilidad, tal es objeto de la disposición contenida en el art. 3 del Código Penal: "Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas de todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa". Sin embargo cabe mencionar que los legisladores han previsto para los casos de ignorancia de la ley culturalmente condicionada una atenuación de la pena (no una disminución de la responsabilidad penal), tal como se señala en los numerales 8 y 9 del art. 29 del Código Penal: "Art. 29.- son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:

...8.- Rusticidad del delincuente, de tal naturaleza que revele que cometió el acto punible por ignorancia;

9.- Obrar impulsado por motivos de particular valor moral o social;"

Desde la perspectiva de este trabajo es pertinente hacer notar la diferencia entre atenuación de la pena y eliminación y/o disminución de los niveles de responsabilidad

penal. Dentro de la concepción moderna de la pena su fundamentación reclama que ésta cumpla la finalidad de inhibir los impulso delictivos de los autores potenciales (prevención general) y/o evitar que el autor específico de un hecho delictivo no reitere su conducta delictiva (prevención especial o individual) ¹⁴. La pena es una graduación del poder sancionatorio del Estado que se especifica dependiendo de los niveles de responsabilidad del autor para conseguir los objetivos de la prevención especial o general, sin embargo las penas pueden ser atenuadas o agravadas independientemente del grado de responsabilidad del autor, tomando en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas que sin componer la descripción típica, concurrieron en la realización del delito.

Es por ello que mientras la atenuación o agravamiento de la pena depende de circunstancias especialmente considerables, pero finalmente “atípicas”, la responsabilidad del autor se determina, dentro de la legislación ecuatoriana, por la actitud dolosa o culposa con que se efectúa la acción típica. Efectivamente, si la acción es valorada judicialmente como dolosa, implica que su autor tenía esa “voluntad maliciosa” de causar daño, es decir pleno control y responsabilidad sobre su conducta y, por lo tanto, la pena es de mayor magnitud; si la acción es catalogada como culposa, producto de un obrar negligente del autor, se está afirmando que la responsabilidad del autor es menor, ya que su objetivo no fue producir el daño causado, pero sin embargo lo

¹⁴ “ Desde hace más de dos mil años se ha intentado responder a la pregunta por la naturaleza de la pena con un gran número de puntos de vista, razón por la cual apenas resulta pensable que puedan existir nuevas respuestas (HELLMUTH MAYER, Strafrecht, AT, 1967, p.24). Estas respuestas han sido formuladas como teorías de la pena. Sin embargo, cabe señalar que las “teorías” de la pena sólo son tales en la medida en que la expresión teoría se tome en sentido amplio. En realidad, no se trata de teorías, sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en último término. Por tanto, las “teorías” de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el “ser” de la pena depende de naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?. BACIGALUPO Enrique, Manual de Derecho Penal, pag. 12, Temis, Bogotá, 1989.

produjo al transgredir el deber de cuidado necesario que le impone la norma para la realización de ciertas acciones, consecuentemente, la magnitud de la pena será menor.

Esta forma de tratar el problema de la ignorancia de la ley puede dar lugar a casos como los que este ejemplo sugiere: Imaginemos que un indígena del oriente ecuatoriano para quien la noción de propiedad privada de la cultura occidental no existe y tampoco conoce la prohibición de apropiarse de cosa ajena (hurto), toma un valioso equipo de radio de una expedición petrolera. Al ser capturado es llevado ante el Juez de la jurisdicción territorial más cercana, y éste en concordancia con lo que dispone la ley ecuatoriana lo condena por hurto, obviamente el hurto solo tiene el tipo doloso, y le impone una pena, la cual es atenuada por la “rusticidad del individuo”, pero la responsabilidad sigue existiendo y ésta es dolosa.

En este supuesto la ignorancia de la ley fundada en condicionamientos culturales es irrelevante para determinar los niveles de responsabilidad penal, aunque exista una atenuación de la pena, lo cual es contradictorio con el fundamento de la reprochabilidad penal que opera en la actualidad, según el cual las personas son penalmente responsables si tuvieron al menos la posibilidad real de conocer que su acción era antijurídica, es decir reñida con el derecho, y actuaron conforme a ese conocimiento al momento de cometer la acción que se juzga. Conocimiento que en el ejemplo propuesto no existía.

La situación se torna más preocupante si tomamos en cuenta que, en nuestra realidad judicial, ni siquiera se resuelven los casos de acuerdo al esquema planteado por los positivistas, el cual, aunque no otorgaba el poder eximente a la ignorancia del derecho,

por lo menos contemplaba la posibilidad de que la ignorancia o conocimiento equivocado de los elementos materiales del tipo penal actúe como eximente de responsabilidad (error de hecho inimputable) o que se la tratará bajo las reglas del delito culposo (error de hecho imputable).

La consecuencia es que la injusticia es consagrada en los casos de error bajo un argumento legalista, que es desde todo punto de vista irracional. En efecto supongamos que una persona realiza la acción de envenenar a otra con una sustancia que en su percepción era simplemente azúcar, y que no tuvo la posibilidad real de enterarse que dicha sustancia en realidad era veneno. Según la tesis de los positivistas estaríamos frente a un error de hecho inimputable, frente al cual no cabe responsabilidad penal, pues falta la voluntad maliciosa (dolo) de causar la muerte y el error recae sobre una circunstancia objetiva esencial que determinó el desenvolvimiento de la conducta del autor. Para los jueces penales ecuatorianos estaríamos en cambio ante un homicidio que merece una pena, ya que el resultado de muerte se ha producido y con eso basta para ejercer el poder punitivo que le otorga el Estado; en este supuesto generalmente se acude a lo prescrito en el art. 456 del Código penal, según el cual “Si las sustancias administradas voluntariamente, que pueden alterar gravemente la salud, han sido dadas sin intención de causar la muerte, pero la han producido, se reprimirá al culpado con reclusión menor de tres a seis años”.

La sentencia basada en este artículo razonaría de la siguiente manera: La sustancia suministrada era veneno, y por tanto podía causar la muerte, pero como faltó la intención de matar, aunque en efecto la muerte se produjo, entonces hay que imponer tal o cual pena. Sin embargo una de la circunstancias esenciales para determinar la

responsabilidad penal es que el autor de la acción ignoraba que esa sustancia era veneno, y como tal hecho no está regulado los jueces optan por la solución de condenar al “inculpado” sin darle valor procesal a esta falta de conocimiento, lo cual no es razonable ni siquiera para los positivistas, aunque formalmente, este procedimiento resulta legal en el Ecuador.

5.- Los avances de la Teoría del Delito en la fundamentación de la responsabilidad penal y sus repercusiones sobre el principio de que la ignorancia de la ley no exime a nadie de su cumplimiento.

Como habíamos señalado el error es una categoría que engloba a la ignorancia de la ley y al desconocimiento o conocimiento equivocado de la circunstancias objetivas que componen la realización de una acción penalmente típica, por esta razón cuando se inició el cuestionamiento a la forma en que los positivistas trataban la responsabilidad penal en cuanto al error, se vulneró el carácter absoluto del principio de la exigibilidad del conocimiento de la ley.

Hans Welzel, es identificado como uno de los mayores representantes del pensamiento finalista en la teoría del delito, que empezó por cuestionar el tratamiento que la Escuela Causalista daba a la responsabilidad penal. Inicialmente se propuso que el dolo no constituía la voluntad maliciosa de causar daño, sino solamente la conciencia y voluntad de la realización de la conducta descrita en el tipo penal. Esta variación ocasionó que se trasladara al concepto dolo de la categoría jurídica culpabilidad a la categoría tipicidad. Es decir que el dolo dejó de ser el elemento sobre el cual se funda la culpabilidad del autor (incluso moral), para constituirse en un elemento que describe el componente subjetivo con que se realiza la acción típica, por lo tanto cometer una acción dolosamente solo significaba realizar un hecho típico sabiendo lo que se hacía y queriendo hacerlo.

responsabilidad penal es que el autor de la acción ignoraba que esa sustancia era veneno, y como tal hecho no está regulado los jueces optan por la solución de condenar al “inculcado” sin darle valor procesal a esta falta de conocimiento, lo cual no es razonable ni siquiera para los positivistas, aunque formalmente, este procedimiento resulta legal en el Ecuador.

5.- Los avances de la Teoría del Delito en la fundamentación de la responsabilidad penal y sus repercusiones sobre el principio de que la ignorancia de la ley no exime a nadie de su cumplimiento.

Como habíamos señalado el error es una categoría que engloba a la ignorancia de la ley y al desconocimiento o conocimiento equivocado de la circunstancias objetivas que componen la realización de una acción penalmente típica, por esta razón cuando se inició el cuestionamiento a la forma en que los positivistas trataban la responsabilidad penal en cuanto al error, se vulneró el carácter absoluto del principio de la exigibilidad del conocimiento de la ley.

Hans Welzel, es identificado como uno de los mayores representantes del pensamiento finalista en la teoría del delito, que empezó por cuestionar el tratamiento que la Escuela Causalista daba a la responsabilidad penal. Inicialmente se propuso que el dolo no constituía la voluntad maliciosa de causar daño, sino solamente la conciencia y voluntad de la realización de la conducta descrita en el tipo penal. Esta variación ocasionó que se trasladara al concepto dolo de la categoría jurídica culpabilidad a la categoría tipicidad. Es decir que el dolo dejó de ser el elemento sobre el cual se funda la culpabilidad del autor (incluso moral), para constituirse en un elemento que describe el componente subjetivo con que se realiza la acción típica, por lo tanto cometer una acción dolosamente solo significaba realizar un hecho típico sabiendo lo que se hacía y queriendo hacerlo.

En este esquema la reprochabilidad penal que fundamenta la culpabilidad del autor está determinada por la posibilidad real de conocer la prohibición o mandato contenido en la norma y de obrar en consecuencia con este conocimiento, es decir que la reprochabilidad penal está sustentada en la conciencia de la antijuricidad que tenga el autor sobre la acción que realiza.

La diferencia con los positivistas es sustancial si nos referimos al principio de que la ignorancia de la ley no exime a nadie de su cumplimiento, pues para éstos el principio de la reprochabilidad se sustenta en el conocimiento de la ley, en cambio para los finalistas el fundamento de la reprochabilidad se sostiene sobre el conocimiento de la antijuricidad del comportamiento prohibido por la norma penal.

Esta distinción puede ser expuesta con más precisión cuando se efectúa la diferenciación entre tipo penal (ley) y norma penal (norma jurídica): El tipo penal es la descripción de la conducta prohibida, por tanto la acumulación sucesiva de tipos penales es lo que conocemos como códigos o leyes penales.

Por su parte la norma jurídica ha sido conceptuada como el presupuesto de la Ley, que no tiene necesariamente que estar escrita en el cuerpo legal, pero que puede ser deducida de éste, en este sentido Cerezo Mir nos aclara: "El derecho Penal protege los bienes jurídicos mediante sus normas (Mandatos o Prohibiciones). El Derecho Penal prohíbe las acciones dirigidas a la lesión de los bienes jurídicos o que encierren en sí el peligro de dicha lesión. Los mandatos del Derecho Penal ordenan la realización de determinadas acciones para evitar las lesiones de los bienes jurídicos.

El término norma es utilizado aquí en el sentido de precepto jurídico, independiente y obligatorio, en la forma de un mandato o prohibición sin referencia alguna a las consecuencias jurídicas. Esta definición de norma que tiene su origen en Binding, es la más frecuente en la ciencia jurídica alemana, y se aparta de la tradición jurídica española, que identifica norma y ley. La norma en el sentido aquí definido es el presupuesto lógico de la Ley. Cuando no haya sido expresamente formulada en el texto legal puede ser deducida del tipo de la Ley Penal¹⁵.

A partir de la distinción conceptual entre norma y ley uno de los argumentos que se habían esgrimido con mucha frecuencia con respecto a lo cuestionable que resulta la exigencia de que todos estemos obligados a conocer la ley, consistente en afirmar que es materialmente imposible que las personas comunes y corrientes tengan un conocimiento real de todas las disposiciones legales que regulan sus relaciones socio-jurídicas, cobró fuerza y extendió sus alcances, inicialmente basados en el sentido común, a consideraciones de orden cultural. Debido a que es en la noción de lo antijurídico, construida socialmente (culturalmente), sobre la que se fundamenta la reprochabilidad jurídica. De tal manera que ni siquiera a los abogados podría imponérseles razonablemente la exigencia de tener un conocimiento actual de todas las disposiciones contenidas en los cuerpos legales que componen el ordenamiento jurídico.

En definitiva, la distinción entre norma jurídica y ley penal, permitió afirmar que no es cierto que los miembros de una misma unidad socio-cultural tengan la posibilidad real

¹⁵CEREZO MIR José, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Pags. 16 y 17, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.

de conocer todas las disposiciones de los códigos, lo que si es posible, es que sus miembros tengan una noción aceptable de los comportamientos socialmente permitidos y de los comportamientos convencionalmente contrarios al orden jurídico imperante, vale decir una noción cultural de lo antijurídico sobre la realización de las acciones no permisibles o extremadamente intolerables (delitos). Por lo expuesto, la noción cultural de lo antijurídico no recae en la disposición concreta (tipo penal) sino en la conciencia del autor de la acción sobre lo permisible o prohibido de la conducta que realiza. Conciencia que se puede adquirir por el conocimiento de la ley o que es inferible de las pautas de convivencia compartidas por los individuos de una misma unidad socio-cultural.

Desde esta perspectiva los argumentos de autores positivistas como Carrara, Manzini y Jiménez de Asúa, perdieron peso, pues si el conocimiento de la ley no es el fundamento de la coercitividad y/o de la reprochabilidad penal, ignorarla tampoco puede ser considerado como un acto que vulnere gravemente el imperio de la ley o el poder regulatorio del Estado, en este sentido Zaffaroni anota: "Los argumentos de carácter político-práctico para sostener el principio "error juris nocet" son de poco peso. Se afirma que su rechazo introduciría la inseguridad jurídica, pues cualquiera podría escudarse en el subterfugio del desconocimiento de la prohibición.

Este argumento puede esgrimirse contra cualquier eximente, pues a pretexto de legítima defensa o del mismo "error de hecho" se podría eludir la acción penal, lo que a todas luces es inadmisibles si se tiene en cuenta que procesalmente no basta con afirmar que se dan los extremos por los medios de la prueba legalmente idóneos, que incluyen las presunciones. No creemos que a ningún habitante de las zonas urbanas de nuestro país

le sea fácil convencer a un tribunal de que creía que no estaba prohibido el robo con violencia o la violación"¹⁶.

Por otra parte y para apuntalar la validez de fundamentar la reprochabilidad penal en la conciencia cultural de lo antijurídico cabe mencionar que la construcción del discurso jurídico e incluso la formulación de las leyes, como hecho sociológico, no escapan a las valoraciones culturales¹⁷. En buena medida son estas valoraciones culturales las que sirven de base para seleccionar qué comportamientos serán inadmisibles y por lo tanto sancionables en el ordenamiento jurídico operante, en este sentido Binder señala: “El derecho penal es uno de los sectores más sensible a las valoraciones. Tanto en la creación de los delitos, como en el funcionamiento concreto de todo el sistema penal, las valoraciones sociales cumplen un papel bastante fácil de detectar... en la misma base del derecho se encuentran los “procesos de selección”... Este proceso de selección se funda en razones políticas, culturales, sociales, en fin, en puras valoraciones.. Esta selectividad fáctica del sistema penal se manifiesta en las orientaciones preferentes del poder penal, hacia ciertos delitos, hacia ciertos sectores, hacia ciertos métodos... Esas valoraciones, tanto sociales como individuales, no se producen en un “vacío” social. Al contrario ellas son el resultado de una determinada cultura”¹⁸.

¹⁶ZAFFARONI Eugenio, Manual de Derecho Penal, Parte General, Pag. 417, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1988.

¹⁷ “En realidad todo el Derecho penal no solo es sensible sino que es producto de las valoraciones sociales. Tan es así que ha sido un tema recurrente de los juristas el buscar incorporar la dimensión valorativa dentro de las concepciones científicas del Derecho. Desde las distintas vertientes del “Derecho Natural” , hasta las más modernas concepciones “tridimensionales” (Kantorowisk, Reale, Goldschmidt, Cossio, etc.) este esfuerzo ha sido explícito y constante. Inclusive dentro del positivismo Kelseniano existe un claro reconocimiento de la dimensión valorativa, aunque se la excluya de toda posible consideración científica dentro de la ciencia jurídica”. Nota al pie de Binder Alberto, Proceso Penal y Diversidad Cultural, pag.1, INECIP, 1992.

¹⁸ BINDER Alberto, Proceso Penal y Diversidad Cultural, pag.1 a 3, INECIP, Buenos Aires , 1992.

Tomando en cuenta que la noción de lo antijurídico no se forja necesariamente a través del conocimiento puntual de la ley, la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas que puedan demostrar que no tuvieron la posibilidad real de conocer las prohibiciones o mandatos expresados en el ordenamiento jurídico del Estado Nacional, tendría que ser específicamente determinada, con el objeto de que, en los casos en que la ignorancia está culturalmente condicionada, las resoluciones judiciales incluyan este elemento para determinar la responsabilidad penal de quienes obren afectados por ella, debido a que en Estados pluriculturales como el nuestro ciertamente existen unidades socio-culturales, dentro de las cuales dominan formas de organización jurídicas que, aunque no estén exteriorizadas en disposiciones legales típicas, regulan su convivencia social de acuerdo a las propias valoraciones de dicho grupo. Tal el caso de la cultura Shuar, en la cual “el joven shuar soltero que viola a una mujer, debe dejarse golpear en la cabeza hasta sangrar y después de ello debe abandonar a la familia o el lugar donde reside la ofendida. De todos modos, es posible el acuerdo de matrimonio como medida alternativa”¹⁹.

Por otra parte no podemos dejar de mencionar la coexistencia, sea ésta aceptada o tensamente vivida, de prácticas jurisdiccionales alternantes e incluso mixtas²⁰, hecho

¹⁹ CIDES, el derecho y los pueblos indígenas, versión preliminar, mimeo, Quito, 1991. Un análisis de la función de la violencia en la sociedad Shuar, en Bustamante Teodoro, la larga lucha de Karakan contra el sucre, Abya-Yala, Quito, 1988.

²⁰ “El problema se complica con la eventual intervención de las autoridades estatales de la localidad, particularmente de los tenientes políticos, que son funcionarios administrativos dependientes del ejecutivo facultados para actuar como jueces de instrucción en materia penal, pero cuyo radio de acción efectivo cubre toda la gama posible de conflictos. Tampoco aplican los criterios de solución oficiales y se han constituido, de facto, en una especie de órganos de justicia de paz, pero profundamente envueltos en los conflictos de poder local. Su relación con las comunidades suele ser de enfrentamiento, pero su autoridad es reconocida y temida su acción.

Lo interesante es que, a pesar de que se trata de una autoridad estatal, la intervención del teniente político está lejos de corresponder a los requisitos que caracterizan a la administración de justicia del Estado. Su actividad como órgano de solución de conflictos es intensa. Pero sus actuaciones no corresponden -o corresponden muy poco- al marco general de atribuciones y procedimientos previstos en las normas

que complejiza la problemática del tratamiento de la ignorancia de la ley culturalmente condicionada porque hace más difícil determinar sus límites de aplicabilidad. Al respecto cabe señalar, solo a manera de ejemplo, el conocido caso de las brujas de Calguasi, en el cual dos mujeres fueron flageladas, por decisión de la comunidad, pero con la anuencia de las autoridades políticas que representaban al Estado Nacional en ese sector.

Para finalizar este apartado es necesario referirse a las razones que sirvieron de base para refutar el argumento por el cual suprimir el principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa para su cumplimiento, implicaría vulnerar los principios de igualdad ante la ley y la generalidad de ésta. Al respecto Binder hace una clarísima explicación: “La generalidad de la ley sólo se define por contraposición al caso particular. la resolución de conflictos particulares, realmente existentes, le corresponde a la administración de justicia, en tanto ella pone en marcha y actualiza a la ley. No le compete al legislador resolver conflictos particulares. Frente a ello la generalidad de la ley solo significa que el legislador debe resolver o situaciones generales o casos en abstracto, sin importar si las situaciones reales reguladas por ellas son diez, cien, mil o millones.

Una ley que regula una situación que afecta a cincuenta personas es tan “general” como otra que afecta a la totalidad de los habitantes de un país. Por lo tanto, establecer leyes que regulen situaciones en la que se encuentra solo una porción de los habitantes de un

legales, en cuya virtud su competencia se limita al juzgamiento de contravenciones de policía y a la actuación como juez de instrucción en los penal. WRAY Alberto, “El problema indígena y la reforma del estado”, pag. 33, En Derecho, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado, Abya-Yala, Quito, 1993.

país de ningún modo afecta a la generalidad de esa ley: al contrario, normalmente las leyes regulan situaciones que solo afectan a grupos determinados de la sociedad.

....Debido a la formulación histórica del principio de igualdad, solemos tener una visión distorsionada de éste. En su nacimiento esta fórmula era una bandera de lucha para dejar atrás un sistema jurídico basado en los “privilegios”. Privilegios de ciertas ciudades, de ciertos estamentos, de ciertos nobles, de ciertos productos, etc. La lucha contra los “privilegios”, previstos legalmente, fue una de las banderas de la Revolución Francesa y de ciertas concepciones contractualistas democráticas.

En ese contexto la “igualdad ante la ley” significaba claramente la aspiración de un ordenamiento jurídico que reconociera el valor igualitario de los seres humanos en tanto seres racionales, con capacidad de elegir.

Nunca la igualdad ante la ley significó uniformidad o que el ordenamiento jurídico no fuera sensible a las diferencias culturales.

En el desarrollo político este concepto fue tomando un cariz muy definido. Si bien se admitía que el ordenamiento jurídico debía ser sensible a las diferencias de circunstancias, se establecieron criterios claros acerca de cuales circunstancias no podían ser tomadas en cuenta para un tratamiento diferente. Así como la complejidad de la vida moderna obligó a un derechos cada vez más complejo como instrumento de ordenamiento social, con mayor capacidad para captar la enorme multiplicidad de la vida moderna, propia de la sociedad industrial, también se estableció un freno, una valla, frente a esta complejidad creciente del instrumento jurídico.

De este modo, el concepto de “igualdad ante la ley” deviene en un conjunto de principios destinados a precisar cuando y bajo que circunstancias el derecho no puede realizar un trato desigualitario. Esto significa, en principio, que el derecho debe captar la multiplicidad y diversidad de las circunstancias salvo ciertas diferencias que no se pueden tomar en cuenta para fundar un trato desigual.

Por ejemplo, el derecho debe captar las diferencias económicas (para regular el sistema impositivo), las diferencias de edad (para exigir el cumplimiento de ciertas obligaciones), las diferencias familiares (para establecer prestaciones) y otras muchas diferencias sociales. Lo que no podría realizar es un trato desigual fundado en la raza, la religión, las ideas, en fin, todo lo que hoy en día englobamos bajo el concepto de “discriminación”, con la amplitud con que ha sido definido en las convenciones internacionales de lucha contra todas las forma de discriminación.”²¹

6.- Tratamiento del error en la moderna Teoría del Delito.

Con estos antecedentes y dentro de la perspectiva juricista del tratamiento del error, en el cual se incluye la ignorancia de la ley, la Moderna Teoría del Delito aprovechó la distinción entre norma y ley, y junto con el traslado del dolo a la categoría de la tipicidad, fue posible abordar el problema del error desde una perspectiva más técnica y además posibilitó incluir una respuesta jurídica al fenómeno de la ignorancia de la ley culturalmente condicionada.

²¹ BINDER Alberto, Proceso Penal y Diversidad Cultural, pag.5 a 8, INECIP, Buenos Aires , 1992.

De este modo, el concepto de “igualdad ante la ley” deviene en un conjunto de principios destinados a precisar cuando y bajo que circunstancias el derecho no puede realizar un trato desigualitario. Esto significa, en principio, que el derecho debe captar la multiplicidad y diversidad de las circunstancias salvo ciertas diferencias que no se pueden tomar en cuenta para fundar un trato desigual.

Por ejemplo, el derecho debe captar las diferencias económicas (para regular el sistema impositivo), las diferencias de edad (para exigir el cumplimiento de ciertas obligaciones), la diferencias familiares (para establecer prestaciones) y otras muchas diferencias sociales. Lo que no podría realizar es un trato desigual fundado en la raza, la religión, las ideas, en fin, todo lo que hoy en día englobamos bajo el concepto de “discriminación”, con la amplitud con que ha sido definido en las convenciones internacionales de lucha contra todas las forma de discriminación.”²¹

6.- Tratamiento del error en la moderna Teoría del Delito.

Con estos antecedentes y dentro de la perspectiva juricista del tratamiento del error, en el cual se incluye la ignorancia de la ley, la Moderna Teoría del Delito aprovechó la distinción entre norma y ley, y junto con el traslado del dolo a la categoría de la tipicidad, fue posible abordar el problema del error desde una perspectiva más técnica y además permitió incluir una respuesta jurídica al fenómeno de la ignorancia de la ley culturalmente condicionada.

²¹ BINDER Alberto, Proceso Penal y Diversidad Cultural, pag.5 a 8, INECIP, Buenos Aires , 1992.

En el caso de error sobre las circunstancias objetivas de la acción, a la que la teoría denominó error de tipo, se determinó que éste podría recaer tanto sobre elementos normativos como sobre los elementos materiales que estaban integrados en la acción. El conocimiento equivocado de estos elementos, si es que es inevitable, tiene el efecto de eliminar la responsabilidad penal. Si el error es evitable, pero el resultado de daño se produce a consecuencia de obrar negligente del autor, la responsabilidad es culposa si previamente se ha establecido un tipo penal que contemple la realización culposa de tal delito²².

Como ya hemos adelantado, la Moderna Teoría del Delito requiere que el autor de la acción haya tenido la posibilidad real de comprender, la prohibición o el mandato que encierra la norma jurídica, en este sentido Zaffaroni señala: “Comprender la antijuricidad significa conocerla e internalizarla”, más no supone un conocimiento puntual y específico del tipo penal que realiza o la sanción específica que conlleva, al respecto el mismo autor señala: “La culpabilidad se conforma con una posibilidad exigible de comprensión de la antijuricidad, no requiriendo una efectiva comprensión del injusto, que en la mayoría de casos no existe o es imperfecta. El grado de esfuerzo que el sujeto debía haber realizado para internalizar los valores jurídicos y motivarse en ellos es inverso al grado de exigibilidad y, en consecuencia, al de reprochabilidad (culpabilidad)”²³. El desarrollo de este planteamiento sobre la culpabilidad, desembocó, en materia de error, en la construcción del Error de Prohibición.

²² Ver BACIGALUPO Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito, pag. 39 y 40, Editorial HAMMURABI, Buenos Aires, 1986.

²³ ZAFFARONI Eugenio, Manual de Derecho Penal, Parte General, Pag. 530, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1988.

El error de prohibición recae por tanto sobre la comprensión de la antijuricidad de la conducta prohibida por la norma penal. Si este error es invencible, tiene el efecto de eliminar la responsabilidad penal en todos sus niveles. Si el error era evitable, es decir vencible, la consecuencia es que la responsabilidad penal subsiste. Sin embargo por razones de reprochabilidad jurídica se ha considerado que la solución político-criminal más adecuada para este caso es que se penará al culpado con el mínimo de la sanción que la ley haya previsto para la realización dolosa de esa conducta.

Desde esta perspectiva técnico jurídica el error de prohibición puede ser de dos clases:

1) Error que afecta el conocimiento de la antijuricidad, que a su vez puede ser:

Directo.- Cuando recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva; como cuando un sujeto ignora invenciblemente que está prohibido cambiar las cerraduras de un inmueble para impedir el acceso de su legítimo poseedor, o como cuando el miembro de una etnia del oriente ecuatoriano, a pesar de toda la diligencia que le es razonablemente exigible, ignora que está prohibido oponerse por la fuerza al cumplimiento de un fallo judicial dentro de su territorio.

Indirecto.- Que recae sobre la permisión de la conducta y que puede consistir en :

- La falsa suposición de existencia de un permiso que la ley no otorga; por ejemplo un empleado cree equivocadamente que está autorizado a vender las mercaderías de su empleador y disponer del dinero producto de la venta con el fin de cobrar los salarios que no le han pagado. Otro ejemplo es el del gobernador Chachi, en nuestro país, que

considera que está autorizado para imponer la flagelación de aquel miembro del grupo que a cometido un delito²⁴.

- La falsa admisión de una situación de justificación que no está dada.- Dentro de todo ordenamiento jurídico existen causas de justificación para acciones que normalmente serían castigadas con una pena, tal es el caso de la legítima defensa, por la cual, en términos generales, quien es víctima de una agresión ilegítima tiene el derecho de defenderse aunque ello implique la lesión del agresor. Las otras causas de justificación son el estado de necesidad justificante; las autorizaciones especiales por el cumplimiento de un deber, profesión o cargo; y el consentimiento del ofendido.

Por tanto existe error de prohibición indirecto en el caso de un sujeto que cree falsamente que es agredido por unos encapuchados y reacciona golpeándolos cuando, en realidad, se trata de unos amigos haciéndole una broma.

En la misma situación estarían los indígenas que dieron muerte a monseñor Alejandro Labaca, un religioso capuchino que en su afán evangelizador asumió el riesgo de internarse en territorios dominados por la etnia de los Huao, para quienes la invasión de un extraño a sus dominios representa una amenaza mortal inminente, de la que tenían que defenderse, y por tanto actuaron en función de ese convencimiento. En este contexto el asesinato de monseñor Labaca, constituye una acción que para los miembros de la comunidad no solo era irreprochable, desde los parámetros de su organización jurídica, sino que era un comportamiento socialmente adecuado y exigible a quienes tenían a

²⁴ Ver WRAY Alberto, "El problema indígena y la reforma del Estado", pag 31, en Derecho, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado, Abya-Yala, Quito, 1993.

cargo la seguridad comunitaria. Sin embargo, desde la perspectiva de la teoría del delito occidental, los indígenas en cuestión habrían supuesto falsamente la existencia de una agresión ilegítima, razón por la cual su conducta se halla dentro de los presupuestos del error de prohibición indirecto.

2) Error de comprensión, que afecta la comprensión de la antijuricidad pero no al conocimiento de la prohibición o mandato contenido en la norma, es decir que se incurre en esta forma de error cuando a pesar de que el sujeto conoce la prohibición, no le es exigible actuar de acuerdo con ella por razones culturales, es decir que no le es exigible la internalización de premisa jurídica que conoce. Tal es el caso del gobernador sachila, que no ignora la obligación que tiene de entregar a los ladrones de ganado a las autoridades del Estado Nacional, sin embargo, opta por procesar el conflicto buscando un avenimiento de las partes involucradas, el cual se basa generalmente en la compensación del daño causado a través de una indemnización en especies, ya que desde su valoración cultural de la sanción es mucho más importante que ésta sirva para reconciliar a los involucrados y al grupo social, que para castigar (léase “rehabilitar”) al autor en los parámetros de la cultura jurídica del Estado Nacional.

Es como si a cualquier mujer de catorce a dieciséis años, que ha vivido siempre bajo los parámetros de la cultura occidental, pretendieran obligarla a que se inicie sexualmente sin brindar su consentimiento, solo porque conoce de esa obligación socio-jurídica para las mujeres jóvenes de una etnia guatemalteca, a la cual visita o cuyo espacio territorial comparte por ser parte de una familia de “colonos”. Es irrazonable pensar que a esta

jovencita se le pueda exigir que actúe consecuentemente con los parámetros jurídicos de una cultura que, aunque conoce, no le es posible interiorizar²⁵.

Otro ejemplo menos dramático lo encontramos en las prácticas funerales de los pueblos del altiplano boliviano, quienes a pesar de conocer la prohibición de que se vele a los muertos por mas de una noche, continúan haciéndolo por dos o tres días, debido a que la prohibición resulta incompatible con su visión cultural del rito funerario, razón por la cual no les es exigible cumplir con la disposición del Estado Nacional sobre inhumaciones.

Estos aportes teóricos, nos llevan a pensar que se puede incurrir en cualquiera de los supuestos de error de prohibición por razones o condicionamientos culturales. Para lo cual nos plantea desde el punto de vista jurdicista una solución técnica (dentro de la racionalidad jurídica occidental) al problema del tratamiento jurídico de los miembros de unidades socio-culturales específicas que violenten el ordenamiento jurídico del Estado Nacional. Sin embargo los parámetros y límites fijados por esta teoría no son fácilmente trasladables a la práctica en todos los casos, ya que no existen pautas generales de prueba que permitan demostrar con absoluta certeza, cuando una persona tuvo o no la posibilidad real de ser consciente de la antijuricidad de su comportamiento en relación a las prescripciones del ordenamiento jurídico del Estado.

Como hemos visto hay ejemplos tipos en los que es relativamente fácil demostrar si procede o no aplicar los presupuestos técnico jurídicos del error de prohibición

²⁵ Sobre el tratamiento del Error de Prohibición ver Zaffaroni Raúl, Manual de Derecho Penal, 542 a 556, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1988.

culturalmente condicionado, como el caso del habitante de la ciudad que argumenta ignorancia de la prohibición de robar. En este caso difícilmente el juzgador aceptaría la viabilidad de un argumento fundado en la ausencia de comprensión de la antijuricidad para eximirlo de responsabilidad. En el otro extremo está el caso del indígena que jamás tuvo la posibilidad real de conocer la dinámica socio-jurídica de la cultura occidental porque vivió siempre aislado de todo contacto con ella y por lo tanto no le es técnica ni razonablemente exigible que actúe de acuerdo a los parámetros del ordenamiento jurídico del Estado Nacional con respecto a la prohibición de apropiarse de cosas ajenas sin autorización de su dueño legítimo. Pero más allá de estos casos ilustrativos, el sincretismo propio de un Estado pluricultural tiene el efecto de impedir una delimitación precisa de la noción de antijuricidad que se admitirá para el juzgamiento penal de los integrantes de una unidad socio-cultural diversa y/o específica. Juzgamiento que razonablemente efectuado implicaría la valoración procesal de los condicionamientos culturales que influyeron en el cometimiento de la acción que se juzga.

Por otra parte la propia teoría del error de prohibición reconoce que es bastante difícil encontrar reglas generales e infalibles que determinen la diferencia entre un error de prohibición vencible y un error de prohibición invencible, por lo cual la única pauta generalizable es que el juzgador haga una valoración de cada caso concreto que se le presente y resuelva en función de las circunstancias específicas que existen en cada uno de ellos, al respecto Zaffaroni anota: “Estamos seguros de que no es posible dar reglas fijas que sean útiles en los casos límites, puesto que la exigibilidad de la comprensión, o sea, la vencibilidad del error, es cuestión que deberá determinarse en cada caso, teniendo en cuenta las características personales, profesionales, el grado de instrucción, el medio cultural, la oscuridad de la ley, las contradicciones de resoluciones

administrativas y judiciales al respecto, etc. Como en cualquier límite de culpabilidad, no es posible sentar reglas que pasen por alto las particularidades individuales”²⁶.

7.- Acercamiento socio-político a las tensiones entre el ordenamiento del Estado Nacional y los derechos de los pueblos indígenas.

La solución juricista propuesta por la teoría del error de prohibición (a pesar de ser técnicamente la más razonable) resulta limitada para tratar adecuadamente, aún desde la esfera de lo jurídico, la cuestión de la relevancia de los condicionamientos culturales de los miembros de los pueblos indígenas que realizan acciones que, en el ordenamiento del Estado Nacional, constituyen delitos, ya que, en última instancia dicha teoría propone una solución jurídica desde la racionalidad de la cultura predominante en el Estado Nacional.

Es decir que la cosmovisión del otro, su cultura y sus formas de organización jurídica continúan siendo marginadas de los procesos aceptados por el Estado como legítimos para valorar las conductas que se consideren delitos, para establecer quienes serán los juzgadores y para determinar cuales serán las sanciones aplicables en los casos concretos. Consecuentemente las prácticas socio-jurídicas de los miembros de los pueblos indígenas continúan siendo irrelevantes para la organización del ordenamiento jurídico del Estado Nacional. En el más optimista de los supuestos y asumiendo que trasladará a la práctica judicial del Estado Nacional los presupuestos del error de prohibición, las prácticas socio-jurídicas tradicionales de los pueblos indígenas y los valores que las fundamentan sólo constituirán un dato importante para efectuar el juzgamiento penal, el mismo que seguiría realizándose desde las instituciones y los

²⁶ ZAFFARONI Raúl, , Manual de Derecho Penal, 548, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1988.

administrativas y judiciales al respecto, etc. Como en cualquier límite de culpabilidad, no es posible sentar reglas que pasen por alto las particularidades individuales”²⁶.

7.- Acercamiento socio-político a las tensiones entre el ordenamiento del Estado Nacional y los derechos de los pueblos indígenas.

La solución juricista propuesta por la teoría del error de prohibición (a pesar de ser técnicamente la más razonable) resulta limitada para tratar adecuadamente, aún desde la esfera de lo jurídico, la cuestión de la relevancia de los condicionamientos culturales de los miembros de los pueblos indígenas que realizan acciones que, en el ordenamiento del Estado Nacional, constituyen delitos, ya que, en última instancia dicha teoría propone una solución jurídica desde la racionalidad de la cultura predominante en el Estado Nacional.

Es decir que la cosmovisión del otro, su cultura y sus formas de organización jurídica continúan siendo marginadas de los procesos aceptados por el Estado como legítimos para valorar las conductas que se consideren delitos, para establecer quienes serán los juzgadores y para determinar cuales serán las sanciones aplicables en los casos concretos. Consecuentemente las prácticas socio-jurídicas de los miembros de los pueblos indígenas continúan siendo irrelevantes para la organización del ordenamiento jurídico del Estado Nacional. En el más optimista de los supuestos y asumiendo que trasladará a la práctica judicial del Estado Nacional los presupuestos del error de prohibición, las prácticas socio-jurídicas tradicionales de los pueblos indígenas y los valores que las fundamentan sólo constituirán un dato importante para efectuar el juzgamiento penal, el mismo que seguiría realizándose desde las instituciones y los

²⁶ ZAFFARONI Raúl, , Manual de Derecho Penal, 548, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1988.

parámetros establecidos por la concepción modernista del derecho que opera en nuestro país; que por otra parte, como ya se ha dicho, tiene graves dificultades para ser coherentemente aplicada en nuestra realidad judicial.

Aceptar esta forma de tratar el problema significa ratificar que el ordenamiento jurídico del Estado Nacional es el único que tiene legitimidad y vigencia absolutas, y que su constitución y aplicación no requiere respetar las formas de organización sociales, jurídicas y políticas de los pueblos indígenas con una cultura diversa. Consecuentemente todo lo que podría hacerse desde esta perspectiva es incluir en el ordenamiento jurídico del Estado Nacional un conjunto de garantías procesales que, sumadas a los presupuestos del error de prohibición, permitan desde la racionalidad de la cultura dominante optimizar las condiciones del juzgamiento penal. En este sentido se consideran progresos, por ejemplo, la inclusión obligatoria de un traductor en los procesos penales en que la persona juzgada pertenezca a una cultura diversa cuya lengua materna no es el idioma de los actos oficiales del Estado, o el derecho a que sea asistido por un abogado de oficio, etc.

La aceptación incondicional de este tipo de medidas jurídicas que “perfeccionan” el juzgamiento penal de los miembros de los pueblos indígenas implica el desconocimiento de sus formas de organización socio-jurídica y sobre todo fortalece las posibilidades de legitimar las propuestas de homogeneización de los habitantes del Estado en relación al ordenamiento jurídico oficial. En fin de cuentas siguen en la vieja línea de “incorporar” al indígena al Estado nacional a costa de la “superación” (léase supresión) de sus prácticas culturales. Sin embargo, el efecto inmediato de racionalizar el juzgamiento de los indígenas puede ser percibido como un avance en el

reconocimiento de sus derechos individuales, aunque en determinadas situaciones pueden significar conculcación de sus derechos colectivos. Sirvamos de un caso hipotético, aunque posible dentro de la situación jurídica vigente en el Ecuador, para ilustrar esta afirmación: supongamos que en ejercicio de sus facultades el Estado Nacional concesiona la explotación de un recurso natural del subsuelo de una zona selvática habitada ancestralmente por un pueblo indígena. Pueblo que ante el desbrozamiento de la selva, la ocupación de su territorio y la polución de su hábitat, reacciona violentamente intentando expulsar a quienes percibe como invasores. Los protagonistas de ese acto de violencia son detenidos y enjuiciados. Según los preceptos del error de prohibición las personas acusadas serían liberadas de responsabilidad penal en razón de sus condicionamientos culturales, mediante un juicio en que se haya provisto de las debidas garantías procesales, lo cual significaría pleno ejercicio de sus derechos individuales expresados, en este caso, en el cumplimiento de un debido proceso. Sin embargo, finalmente su relación con la tierra en que habitaban ha sido irreparablemente afectada, su vida comunitaria substancialmente modificada y su cultura ha tenido que soportar una intromisión por la cual sus valores han sido subordinados a las nociones de bien común y justicia que maneja el Estado Nacional.

Esta manera de enfocar el problema produce un doble efecto, por una parte disminuye las posibilidades de un juzgamiento irracional de los miembros de los pueblos indígenas en los parámetros del ordenamiento jurídico estatal, lo cual implica una reducción en las injusticias que se cometen actualmente contra estas personas; pero, por otra parte, el costo a pagar es la subordinación y aceptación de las razones que el Estado Nacional esgrime para ejercer su poder, aunque esto signifique en determinados casos renunciar

forzadamente a derechos colectivos o relaciones ancestrales de convivencia y organización social.

Estos riesgos persisten aunque se lograra implementar en la práctica ese conjunto de medidas jurídicas destinadas a optimizar el juzgamiento penal, situación que todavía está lejos de convertirse en un hecho en nuestro país, constituye apenas una expectativa. Lo que nos lleva a volvernos sobre la situación actual del indio con respecto al ordenamiento jurídico estatal, en esta dirección Sierra señala: “Cuando el indígena se enfrenta a la ley lo hace en una situación de doble desventaja: por su condición de clase, como grupo subalterno, y por su condición étnica. Es bien sabido que las cárceles rurales suelen albergar a las poblaciones más desfavorecidas, generalmente campesinos mestizos e indígenas, quienes no tuvieron los recursos legales o económicos suficientes para pagar por su “justicia”. En el caso de los indios esta situación se complica aún más por el desconocimiento o dominio limitado del idioma nacional, por su condición propiamente de indio, por la dificultad de contar con el apoyo legal para defenderse, y por enfrentarse a un sistema normativo y a procedimientos jurídicos que no sólo desconoce sino que suelen contraponerse a las formas locales de ejercer la justicia, y a las normas y valores propias a la cultura del grupo, lo cual resulta en procesos de injusticia y en una violación a los derechos humanos individuales y colectivos más elementales, el paso del indio por la ley es en efecto una violación a sus normas y a su cultura”²⁷.

²⁷ SIERRA María Teresa, “Conflicto y transacción entre la ley y la costumbre indígena”, pag. 14, en *Antropología Jurídica problemas conceptuales y metodológicos*, México, 1991.

Partiendo de esta descripción de la situación del indio ante la ley del Estado, cabe decir que una opción podría constituir el perfeccionamiento del juzgamiento penal y de las condiciones procesales de éste para los miembros de los pueblos indígenas con los riesgos y ventajas que ya se han señalado, pero queda latente el problema de articular este proceso con el respeto a las formas de organización socio jurídica de tales pueblos, queda latente la cuestión del respeto a su cultura e identidad social, sobre todo si tomamos en cuenta que estas comunidades tienen costumbres jurídicas²⁸ que coexisten en la práctica con las formas de administración de justicia formales.

La cuestión determinante es averiguar si en la visión occidental del Estado y del sujeto de derecho es posible procesar las diferencias socio culturales de grupos humanos específicos; los cuales tienen demandas, condicionamientos y necesidades divergentes de la racionalidad moderna. Al respecto cabe decir que la legitimidad de los Estados Modernos contemporáneos descansa en la construcción de un sistema democrático, el cual, tiene por fundamento la aceptación incondicional de un conjunto de valores universales, que se han constituido en derechos en virtud del consenso histórico, y que se han denominado Derechos Humanos²⁹, sobre los cuales construye los principios indiscutibles de la convivencia social (modelo de sociedad) y del Estado de Derecho (modelo de Estado). Sin embargo, la inflexibilidad y eventual distorsión con que

²⁸ “Al hablar de costumbre jurídica me refiero aquí a ciertas prácticas y, procedimientos que suelen ser recurrentes en la resolución de las disputas entre los vecinos de una comunidad, o grupo étnico y a los principios o normas que el grupo valora ante un determinado hecho.

Me interesa mostrar que si bien es posible distinguir el ámbito o formas que podríamos llamar “indígenas” de ejercer la justicia (entendiendo éstas no como supervivencias históricas, sino a las formas actualmente usadas por el grupo) estas se encuentran integradas o incluso sobrepuestas con la ley nacional y sus aparatos en múltiples relaciones de intermediación y transacción y los indígenas se ve involucrados en ellas según determinadas circunstancias, y muchas veces por su propia elección”. SIERRA María Teresa, “Conflicto y transacción entre la ley y la costumbre indígena”, pag. 14, en Antropología Jurídica problemas conceptuales y metodológicos, México, 1991.

²⁹ Ver BOBBIO Norberto, Fundamento y Futuro de la Democracia, Edival, Valparaíso, 1987.

algunos Estados (sobre todo los menos democráticos)³⁰ han manejado el discurso de los derechos humanos como fundamentación del carácter hegemónico del poder regulatorio y coercitivo del Estado, no deja de plantear dudas sobre su eficacia práctica.

En este sentido “Cassese, nos planta la *universalidad* como un *mito* en el mundo actual. La observancia de los derechos humanos difieren de país en país y los derechos humanos se conciben de manera distinta. Sin embargo la humanidad dispone de extensos textos normativos que indican cuáles son los derechos y las libertades fundamentales que corresponden, en principio, a cada individuo de la Tierra, y que autolimitaciones han de imponerse los estados para garantizar esos derechos y libertades. Esos textos han sido elaborados dentro de Naciones Unidas.... Estos instrumentos señalan unos mismos parámetros de conducta para todos los estados. Sin embargo, sería poco realista que diseñasen, rígidamente, para todos los países del mundo, el mismo esquema de relación entre el gobierno y los individuos; en otras palabras, que proyectasen, a nivel mundial, el mismo *modelo de sociedad* y el mismo *modelo de Estado*.... Como se puede apreciar la Declaración y los Pactos intentan consagrar unos parámetros del alcance universal que, por lo menos tendencialmente, deberían ser válidos para todos los estados del mundo y, tener así, como beneficiarios a todos los habitantes de la Tierra. ¿Pero es real esta relativa universalidad? Esos parámetros, esos preceptos universales, ¿se entienden, se perciben y se ponen en

³⁰ En el hemisferio occidental, en donde se ha realizado elecciones en todos los países con excepción de Cuba, un estudio realizado por el académico Larry Diamond, en 1993, determinó que 10 de los 22 principales países de América Latina “tenían niveles de abuso incompatibles con la consolidación de la democracia (liberal) “. ZAKARIA Fareed, *El surgimiento de la democracia liberal*, pags. 7 y 8, BID, 1998.

práctica en todo el mundo del mismo modo o hay diferencias y distanciamientos *mayores que los permitidos por los parámetros mismos?*³¹.

El propósito de esta reflexión no es cuestionar la necesidad de que existan un conjunto de derechos sobre los cuales se sostenga la noción misma de la dignidad humana y que permiten impulsar la lucha por erradicar prácticas vejatorias como la mutilación de órganos a cuenta de ser consideradas como sanciones judiciales tradicionales o la infibulación de clítoris a título de que constituye una práctica religiosa ancestral o culturalmente establecida; sino que, se trata de establecer que: un manejo inflexible del discurso de los derechos fundamentales puede resultar contraproducente cuando se utiliza la “universalidad” de éstos como argumento para defender la incuestionabilidad de la hegemonía del ordenamiento estatal ante las demandas de los grupos humanos con una cultura diferente, y por ende con valoraciones propias de las conductas sociales y de los sistemas coercitivos que son utilizados para procesar sus conflictos sociales.

El cuestionamiento contemporáneo a la legitimidad factual del Estado Moderno Latinoamericano desde la óptica de los pueblos indígenas y/o las minorías étnicas radica precisamente en la manipulación de la “universalidad” de los derechos humanos para intentar estandarizar una noción de ciudadanía y obediencia a la ley que no toma en cuenta sus particularidades socio-jurídicas y políticas, y que coloca al Estado y a sus razones como entes privilegiados y definitorios para determinar el contenido de nociones como: desarrollo, legitimidad, derecho, justicia, etc.

³¹ CASSESE Antonio, citado por BARTOLOMEI María Luisa, en *Universalismo y diversidad cultural en Latinoamérica*, Pags. 545 a 547, Serie: Estudios Básicos en Derechos Humanos, Tomo VI.

Por esta razón, el presente trabajo considera que confundir a la democracia liberal, en la que se fundamenta teóricamente el Estado moderno latinoamericano, con un sistema político en el que la mayoría dominante puede darse el lujo de la intolerancia, con respecto a aquellos que están minoritariamente representados o que no comparten los valores hegemónicos de la cultura que ha constituido el Estado, constituye un grave error. Y es un grave error fundamentalmente porque la democracia liberal más allá de significar sólo la posibilidad de elegir masivamente a los gobernantes³², constituye el sistema de convivencia en que el poder está delimitado y las personas cuentan con un conjunto de derechos fundamentales. En este sentido, Fareed Zakaria anota: “Las democracias liberales maduras pueden usualmente asimilar divisiones étnicas sin violencia o terror y vivir en paz con otras democracias liberales. Pero, sin antecedentes de liberalismo constitucional, la introducción de la democracia en sociedades divididas ha fomentado, más bien, nacionalismos, conflictos étnicos y hasta la guerra”³³.

La pregunta que queda planteada es ¿los Estados Latinoamericanos, que cuentan con procesos electorarios que se consolidan cada día más y que apelan permanentemente al discurso la defensa de los derechos de las personas como eje legitimador de su razón de ser, tienen o no ese ancestro de liberalismo constitucional que les permita la aceptación, respeto y coexistencia normada y pacífica con lo diverso?. La respuesta es debatible; y, aunque desde el punto de vista de Zakaria es evidentemente negativa, la lucha por consolidar un Estado latinoamericano en el cual las reglas del juego democrático sean

³² “Los regímenes democráticamente elegidos, a menudo los que han sido reelectos o reafirmados a través de referéndum, están ignorando los límites constitucionales de su poder y despojando a los ciudadanos de sus libertades y derechos básicos.... por casi un siglo la democracia en Occidente ha sido sinónimo de democracia *liberal*, un sistema político caracterizado no sólo por elecciones libres y justas, sino también por el imperio de la ley, la separación de poderes y la protección de las libertades básicas de expresión, reunión, culto y derecho a la propiedad. De hecho, este conjunto de libertades -que podría denominarse

respetadas por los ciudadanos en el marco de un estado de derecho, parece ser un objetivo que convoca al propio Estado, a las mayorías populares y a las minorías tradicionalmente marginadas (entre las que se puede incluir a los pueblos indígenas).

En este contexto la subordinación absoluta al ordenamiento jurídico de un Estado Nacional, que aunque se legitima en el discurso de la defensa de los derechos humanos no realiza esfuerzos serios por tener una práctica consecuente con él, adquiere una significación que rebasa la esfera de lo jurídico y que, dependiendo de las características de las comunidades y pueblos indígenas, puede comprometer la integridad de su identidad colectiva e individual.

Ante tal situación los movimientos indígenas han planteado una serie de alternativas que están orientadas a lograr la recuperación, preservación y desarrollo de sus constructos identitarios así como la mayor participación de estos pueblos en las esferas política, económica, social y jurídica del Estado Nacional.

Sin embargo de no existir una vertiente unívoca o consensuada sobre cuales deben ser las reivindicaciones prioritarias de los pueblos indígenas ni sobre el alcance de éstas, debido a que los movimientos indígenas no funcionan como una unidad orgánica y centralizada, lo que en el fondo se plantea es lograr que el Estado acepte la existencia de formas de organización propias de estos pueblos que ameritan ser reconocidas a través de una redistribución de competencias, recursos y facultades decisorias para poder intervenir legal y legítimamente en la resolución de conflictos tantos individuales como

liberalismo constitucional- es teóricamente diferente e históricamente distinta de la democracia". ZAKARIA Fareed, El surgimiento de la democracia liberal, pag. 1, BID, 1998.

³³ ZAKARIA Fareed, op cit. pag. 16.

colectivos que impliquen a miembros de su comunidad; y, para participar en las decisiones nacionales que, real o potencialmente, afecten a los pueblos indígenas.

Aunque el listado de reivindicaciones particulares de cada organización indígena puede ser extenso, Diego Iturralde nos propone un marco de acción en cual se ha desenvuelto la lucha del movimiento indígena como un actor social a nivel latinoamericano, en este sentido señala: “Aún cuando el nivel de desarrollo de las plataformas es diverso y se conocen muchas formulaciones de éstas, hay por lo menos cinco grupos de derechos que son reclamados por las organizaciones indígenas nacionales y regionales:

- a.- El reconocimiento legal (y constitucional) de la existencia de los pueblos y comunidades como sujetos específicos al interior de la nación; de los derechos que como tales les corresponden, y de las obligaciones de los Estados y los gobiernos de garantizar su ejercicio y desarrollar la legislación pertinente;
- b.- El establecimiento del derecho de los pueblos y comunidades a disponer de los medios materiales y culturales necesarios para su reproducción y crecimiento; de manera especial la conservación, recuperación y ampliación de las tierras y territorios que han ocupado tradicionalmente; derecho que incluye la participación en los beneficios de la explotación de los recursos que se encuentren en sus territorios , y la conservación de las calidades del hábitat;
- c.- La instrumentación del derecho al desarrollo material y social de los pueblos y comunidades; incluyendo los de escoger sus propias alternativas e impulsarlas, participar en los beneficios del desarrollo nacional en una medida que compense las

diferencias históricas, y, tomar parte en el diseño y ejecución de los objetivos nacionales;

d.- El derecho al ejercicio y desarrollo de las culturas propias y su crecimiento y transformación; así como la incorporación de sus lenguas y contenidos culturales en los modelos educativos nacionales. derecho que debe garantizar el acceso a los bienes culturales de la nación y la participación de los pueblos en la conformación de la cultura nacional; y,

e.- El establecimiento de las condiciones políticas y jurídicas que hagan posibles y seguros el ejercicio y la ampliación de los derechos antes señalados dentro de la institucionalidad de los Estados; garantizándoles representación directa en las instancias de gobierno, seguridad sobre sus conquistas históricas y legitimidad para sus propias formas de autoridad, representación y administración de justicia”³⁴.

Siendo esta la situación actual el problema central se plantea sobre la tensión existente entre la noción universalista de los derechos humanos que fundamentan el poder y la necesidad del Estado democrático contemporáneo, y el reconocimiento a los derechos específicos de los pueblos indígenas que viven dentro de ese Estado.

Una solución aparentemente coherente a este problema ha constituido la propuesta de que los Estados deben contemplar el reconocimiento de “ciertas” competencias para administrar justicia, ejercer autoridad, dotarse de representación y administrar recursos a

³⁴ ITURRALDE Diego, Demandas indígenas y derecho a la lengua, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1991.

los pueblos indígenas, en tanto éstas no impliquen atentar contra los derechos fundamentales ni contra la supervivencia del Estado, en cuyo caso se hace necesaria la intervención del poder nacional para hacer respetar tales derechos y mantener el orden y la cohesión nacionales. Criticando esta posición, en lo referente a los derechos fundamentales, Francisco Ballón señala: “Se acude a espectaculares saltos de garrocha como sostener que “el derecho consuetudinario vale siempre que no se violen los derechos humanos”, con lo cual -del modo menos imaginativo- retardamos la detonación de la bomba, pues entronizamos el concepto de derechos humanos como regla universal de medida (puede ser acertado pero, ¿no sería mejor el alcance de tal derecho y la supuesta contradicción antes que suponerla resuelta con un argumento discutible?)”³⁵.

En cuanto a la posible disrupción que para algunos puede significar la aceptación de los derechos de los pueblos indígenas, es necesario señalar que aunque han existido pretensiones de autonomía total o de un estado Regional Indígena, como tesis radicales de algunas organizaciones indígenas, éstas han sido automarginadas por el movimiento indígena no solo porque representarían un conflicto abierto e incluso armado contra el Estado, sino porque las circunstancias geopolíticas de Latinoamérica por sí mismas descartan esta posibilidad. En este sentido el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas comprende un proceso de negociación con el Estado y a partir del ordenamiento que éste ha establecido, en fin de cuentas implica la aceptación de su legitimidad, aunque no de su hegemonía.

³⁵ BALLÓN Francisco, “Antropología jurídica de emergencias: unir los fragmentos, pag. 179, en Derechos, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado, Abya-Yala, Quito, 1993.

Las respuesta a la tensión descrita vienen dada por la capacidad de los actores involucrados de desarrollar formas imaginativas y flexibles de articular dentro de un marco de legitimidad las aspiraciones del movimiento indígena y las prioridades del Estado Nacional, sin embargo lo que no se puede perder de vista es que muchas prácticas culturales y socio-jurídicas coexisten informalmente armonizadas o abiertamente desobedientes con respecto al ordenamiento jurídico oficial; y la falta de procesamiento de esa realidad puede redundar en violencia social y en incertidumbre jurídica. La necesidad de funcionalizar el ordenamiento jurídico en Estados pluriculturales se convierte en una necesidad impostergable, en este sentido Iturralde señala: “La ineludible pluralidad en materia de prácticas culturales: lingüísticas, religiosas, médicas, ambientales, plantea la necesidad de ir más allá de los postulados republicanos de homogeneidad e igualdad ante la ley. Este problema no se resuelve únicamente en las garantías que la tradición democrática ofrece por la vía de la pluralidad política y de la libertad ciudadana; parecería que siempre hizo falta desarrollar una normatividad funcional que las reconozca y proteja”³⁶.

³⁶ LARTIGUE Francois e ITURRALDE Diego, Antropología Jurídica: perspectivas de investigación, texto preparado para el coloquio de Antropología Jurídica, CIESAS, México DF, septiembre 1991.

BIBLIOGRAFIA

- BACIGALUPO Enrique, Manual de Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1989.
- BACIGALUPO Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito, Editorial HAMMURABI, Buenos Aires, 1986.
- BALLON Francisco, “Antropología jurídica de emergencias: unir los fragmentos, en Derechos, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado, Abya-Yala, Quito, 1993.
- BINDER Alberto, Proceso Penal y Diversidad Cultural, INECIP, Buenos Aires , 1992.
- BOBBIO Norberto, Fundamento y Futuro de la Democracia, Edival, Valparaíso, 1987.
- BUSTAMANTE Fernando, “La Cultura Política y Ciudadana en el Ecuador”, en Ecuador: Un problema de gobernabilidad, CORDES, Quito, 1996.
- CARRARA Francisco, Programa de Derecho Criminal, Editorial Temis, Bogotá, 1956.
- CASSESE Antonio, citado por BARTOLOMEI María Luisa, en Universalismo y diversidad cultural en Latinoamérica, Serie: Estudios Básicos en Derechos Humanos, Tomo VI.
- CEREZO MIR José, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.
- CIDES, el derecho y los pueblos indígenas, versión preliminar, mimeo, Quito, 1991. Un análisis de la función de la violencia en la sociedad Shuar, en Bustamante Teodoro, la larga lucha de Karakan contra el sucre, Abya-Yala, Quito, 1988.
- GAITAN Bernardo, Curso de Derecho Penal, Ediciones Lerner, Bogotá, 1981.
- GIMENEZ Gilberto, Poder, Estado y Discurso, Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso jurídico, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1983.
- ITURRALDE Diego, Demandas indígenas y derecho a la lengua, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1991.
- LARTIGUE Francois e ITURRALDE Diego, Antropología Jurídica: perspectivas de investigación, texto preparado para el coloquio de Antropología Jurídica, CIESAS, México DF, septiembre 1991.
- LONDOÑO Fernando, El Error en la Moderna Teoría del Delito, Temis , Bogotá, 1982.
- MANZINI Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, Volumen II, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1948.
- REYES ECHANDIA Alfonso, La Culpabilidad, Editor Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1977.

RIVADENEIRA, Juan Carlos, Derecho, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado, Ediciones Abya-Yala, Quito, 1993.

SIERRA María Teresa, “Conflicto y transacción entre la ley y la costumbre indígena”, en Antropología Jurídica problemas conceptuales y metodológicos, México, 1991.

WRAY Alberto, “El problema indígena y la reforma del estado”, en Derecho, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado, Ediciones Abya-Yala, Quito, 1993.

ZAFFARONI Eugenio, Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1988.

ZAKARIA Fareed, El surgimiento de la democracia liberal, BID, 1998.