

# El indígena frente a la ley penal: Una posición desde los Derechos Humanos de los pueblos indígenas

The indigenous facing the criminal law: A position from  
the Human Rights of indigenous peoples

Luis Abel Zárate Meriles\*\*

Cómo citar este artículo: Zárate Meriles, L. A. (2018). El indígena frente a la ley penal: Una posición desde los Derechos Humanos de los pueblos indígenas. *Revista Verba Iuris*, 14 (41). pp. 77-88

## Resumen

El desarrollo actual de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas nos exige repensar las diferentes áreas del derecho para garantizar y efectivizarles un trato digno e igualitario. Ante este escenario, debemos repensar la posición del indígena frente al derecho penal. El presente trabajo busca proponer una posición en construcción sobre el tratamiento del indígena dentro de los estratos analíticos de la teoría del delito. Una posición que tiene en cuenta el actual reconocimiento de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas, y ofrece a la dogmática jurídico-penal, una alternativa acorde a la diversidad cultural y respetuosa de los principios que rigen el sistema penal.

**Palabras clave:** Derechos Humanos de los pueblos indígenas, principio de igualdad, derecho penal, teoría del delito.

## Abstract

The current development of the Human Rights of indigenous peoples requires us to rethink the different areas of law to guarantee and effect a dignified and egalitarian treatment. Given this scenario, we must rethink the position of the indigenous against criminal law. This work seeks to propose a position in construction on the treatment of the indigenous within the analytical

---

Fecha de Recepción: 6 de julio de 2018 • Fecha de Aprobación: 27 de octubre de 2018

\* El presente trabajo es el resultado del proyecto de investigación: “El indígena frente a la ley penal: Una posición desde los Derechos Humanos de los pueblos indígenas” en el programa de la maestría en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

\*\* Abogado, especialista en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires (Argentina), Magister en Derecho Penal, por dicha universidad. [luiszarate@usantotomas.edu.co](mailto:luiszarate@usantotomas.edu.co)

Reception Date: July 6, 2018 • Approval Date: October 27, 2018.

\* This work is the result of the research project: “The indigenous in front of the criminal law: A position from the Human Rights of the indigenous peoples” in the program of the master in Criminal Law of Universidad de Buenos Aires (Argentina).

\*\* Lawyer, Specialist in Criminal Law from Universidad de Buenos Aires (Argentina), Master’s Degree in Criminal Law, by the mentioned University. Electronic mail: [luiszarate@usantotomas.edu.co](mailto:luiszarate@usantotomas.edu.co)

strata of the theory of crime. A position that takes into account the current recognition of the Human Rights of indigenous peoples, and offers legal-criminal dogmatic, an alternative according to cultural diversity and respectful of the principles that govern the criminal system.

**Keywords:** Human Rights of Indigenous People, Principle of Equality, Criminal Law, Criminal Theory.

## Introducción

Dentro del derecho penal, la discusión sobre el tratamiento del indígena latinoamericano es una cuestión estudiada desde el Siglo XIX en nuestro continente. Las opiniones son variadas y van desde quienes no aceptan ningún trato diferenciado basados en la “igualdad ante la ley”, hasta quienes buscan su justificación o exculpación basados en el respeto a la diversidad cultural y principios constitucionales especialmente.

Por su parte, dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; los derechos de los pueblos indígenas han ido incrementando su reconocimiento jurídico en gran manera. Más esta coyuntura legal no ha sido muy tenida en cuenta en el análisis dogmático penal latinoamericano.

Es por ello que el presente trabajo tiene por objeto dar a conocer una posición sobre el problema. Una posición que tenga en cuenta el actual reconocimiento de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas, a fin de ofrecer a la dogmática jurídico-penal una alternativa acorde a la diversidad cultural y respetuosa de los principios que rigen el sistema penal.

Por el tipo de investigación (descriptivo) y la extensión del trabajo, no indagaremos sobre cuestiones históricas que hacen a la discusión, tampoco profundizaremos sobre la discusión actual entre comunitarismo e individualismo cultural, y no ahondaremos en el debate con otras posturas actuales sobre el tema. El trabajo se limitará a la exposición y justificación de una posición tomada frente al problema que se presenta cuando un indígena realiza una

conducta que resulta ser contraria al ordenamiento positivo de la cultura dominante.

Para lograr el objetivo planteado se hará, primeramente, una lectura en perspectiva de Derechos Humanos sobre el concepto de “igualdad ante la ley”; seguidamente haremos una exposición de los instrumentos internacionales en materia de protección de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas y su relación con la antijuridicidad penal; por último, analizaremos del ejercicio de un derecho como causa de justificación.

## Estado actual del arte

Podemos dividir los trabajos realizados sobre el tema en la última década en tres grandes grupos:

### Los que apuntan a la justificación de la conducta:

El caso de García Vitor (1991), donde el autor se inclina por la falta de antijuridicidad amparado en objeción de conciencia y el cumplimiento de un deber; se basa en principios constitucionales de protección a la diversidad cultural. De igual forma, Kalinsky Beatriz (1996) plantea que el respeto a la diversidad cultural exige el respeto a las cosmovisiones y sistemas jurídicos diferentes al sistema hegemónico. También Nogueira Julio en “Pluralismo jurídico. Derechos indígenas. Del impacto en el derecho privado”, donde asume una posición en defensa de los sistemas de solución de conflictos de los pueblos indígenas con límites en los Derechos Humanos. (Molina, 2016)

## Los que apuntan a la no culpabilidad por inimputabilidad del *autor*:

Así, Chingate Hugo en “Imputabilidad e inimputabilidad frente a la persona indígena” (Chiriboga, 2013), donde haciendo un análisis de la legislación colombiana, llega a la conclusión de que la inimputabilidad es la única salida legal para el imputado indígena. También, Bolaños Mireya (2002) se inclina por la inimputabilidad atendiendo también a argumentos criminológicos positivistas. Con la misma conclusión, aunque con diferente argumento Meini Iván (2007) analiza la parte positiva del ordenamiento peruano y acude a una resignificación menos discriminatoria del término “inimputable” (siguiendo a Bustos Ramírez) para justificar su posición.

Los que se inclinan por la no culpabilidad por error de prohibición u otra forma de inculpabilidad.

Así Zaffaroni Raúl (2002) apunta a la falta de introyección de las normas penal que provoca un error de comprensión culturalmente condicionado. También Moreira Manuel en “Los desafíos del pluralismo legal: derechos culturales, interlegalidad y pueblos originarios”, donde expone el “error tácitamente justificado” que es una suerte de error en los contactos interculturales cuya consecuencia final es la irreprochabilidad; Moreira se basa en el principio de pluriculturalidad reconocido en el Art. 75 la Constitución Argentina”. Yañez Nancy y Bertini Leonello en “Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional” (Chiriboga, 2013) analizan la normativa internacional de los Derechos Humanos para concluir en la exigencia de imponer una eximente o una atenuante a la responsabilidad penal. (Vargas & Bracchi, 2016)

También, Villegas Myrna (2012) analiza el ordenamiento positivo latinoamericano concluyendo en la posibilidad de sostener un error de tipo, un error de prohibición o un error

de comprensión culturalmente condicionado. Diferente Carnevali Raúl (2007), quien busca la solución en las Cultural Differences estadounidenses proponiendo un procedimiento sui generis de solución, (olvidando tal vez los diferentes fundamentos teóricos entre common law y derecho continental). Y Castillo Alejandra (2014) apunta a una exigencia de comprensión de antijuridicidad en vez del simple conocimiento en la conciencia de antijuridicidad. (González, 2014)

## Marco Teórico

Las culturas cambian la forma de entender sus valores, sus formas de relacionarse con otras culturas, sus normas de convivencia, etc. es decir, la cultura está en constante movimiento; pero el derecho, por lo general, no acompaña estos cambios al mismo tiempo, provocando una “falsa realidad” que desemboca en la imposición. Por ello creemos conveniente tomar el pensamiento de Allí Llewellyn quien propone algunas distinciones necesarias para abandonar las “vestimentas ideales típicas de la concepción tradicional” (Cueto Rúa, 1991) y de esta manera comprender el derecho como una realidad dinámica que debe ser observado como un “flujo”. El derecho no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar un fin determinado. (Quiroz, 2014)

Este concepto de “cultura en movimiento” y “derecho como realidad dinámica” nos ayudará a visualizar los nocivos efectos de un derecho que no acompaña esta idea central.

Teniendo presente esto, recurrimos al concepto de “igualdad ante la ley” que propone Silvina Ramírez (2007). Ramírez entiende que el actual concepto de igualdad se basa en ideales individualistas; ideales de una razón universal, por pregonar un tratamiento “semejante” basado en condiciones comunes a todas las personas, y principios sustentados por teorías liberales que predicán su aplicación en todo

momento y lugar, con un grado de abstracción elevado y sin tener en cuenta la realidad de lo diferente. Por ello, todo esfuerzo que se realice en buscar una igualdad genuina se vuelve insuficiente. (Guarín & Aldana, 2016)

Ante esto, la autora sostiene que el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de los pueblos indígenas implica resguardar el principio a la igualdad, dejando en claro que el segundo es presupuesto del primero; sostiene además, que para que el principio de igualdad adquiera sentido en la mirada de los pueblos indígenas, es necesario una categoría que oriente la jerarquización de valores y derechos que respete la cosmovisión indígena y sus sistemas de creencia, pero a la vez no viole el Sistema Internacional de Derechos Humanos. (Cortes, 2016)

El concepto buscará el respeto a la diversidad basado en la humanidad de los sujetos (ya sean individuales o colectivos) y en su aplicación se privilegiarán unos u otros derechos o valores, dependiendo de la situación de dichos sujetos, de las dinámicas que establezcan en su relación, de su contexto y del tiempo en que se desarrollen.

A esta categoría la denominaré *Derecho como Emancipación*, dado que es una herramienta generada para que los pueblos indígenas puedan luchar por sus derechos y de ese modo alcanzar una igualdad real. (Ramírez, 2007)

Por otro lado, sentada la necesidad de ver al derecho como un ente dinámico, entendido también como un ente emancipador y un ente que a través de la igualdad ante la ley otorga la libertad a un pueblo; acudiremos a Zaffaroni (2002), pues afirma que “... *el orden jurídico no puede concebirse únicamente por normas prohibitivas, sino que requiere también preceptos permisivos para resolver los casos donde la violación de la norma prohibitiva es una forma de ejercicio de derecho*”. “... Toda comprobación de este último extremo es una ratificación del ámbito de libertad civil”, la

*libertad es la regla y la prohibición la excepción*. Estos preceptos permisivos (derechos) pueden emanar del propio derecho penal o no, ya que los encontramos también en el derecho civil, administrativo, constitucional, Derechos Humanos o cualquier parte del orden jurídico y son llamados causas de justificación o de licitud.

## Desarrollo

### La cultura en movimiento y la necesidad de un derecho dinámico

La cultura Aymara<sup>1</sup> a lo largo de su historia de más de 14.000 años, ha sufrido grandes modificaciones; anteriormente en la etapa precolombina por ejemplo se permitía la homosexualidad, para luego prohibirla durante el coloniaje y democracias del siglo XX; y hoy, nuevamente discutir las y aceptarlas en algunas comunidades. Por su parte los Wichí, históricamente han iniciado sexualmente a sus mujeres a partir de la primera menstruación; pero hoy en día, son cada vez menos las comunidades Wichí que mantienen esta práctica sea por la intromisión estatal o también porque muchas de sus mujeres se han negado a continuar esta costumbre. (Fortich & Moreno, 2012)

En nuestra sociedad occidental, el duelo con armas ha sido una práctica común y necesaria para defender la honra de una persona ofendida, mas hoy es sin duda una práctica que nadie se atrevería a defender. Ayer la infidelidad femenina era considerada causal de deshonor familiar y reproche público; hoy, en muchas sociedades, es casi igual de tolerada que la infidelidad masculina.

<sup>1</sup> Pueblo indígena que habitó los territorios que hoy conocemos como Bolivia, Perú, Noroeste Argentino, norte chileno y Ecuador. Para más, ver: Platt, T., Bouysson-Cassagne, T., & Harris, O. (2006). *Qaraqara-Charka. Mallku, Inka y Rey en la provincia de Charcas (siglos XV-XVII)*. Historia antropológica de una confederación aymara. Plural editores.

Los valores culturales van mutando de generación a generación, factores como el contacto con otras culturas, los medios de comunicación, la globalización, la educación intercultural, el sometimiento y la opresión, entre otros, son determinantes en la modificación de la escala de valores culturales.

Pero, así como la cultura está en constante “movimiento”, notamos que el derecho no acompaña al mismo ritmo a estos cambios (prueba de esto es que el código penal argentino data de 1921). Es por ello por lo que necesitamos entender al derecho de una manera diferente.

En 1991 Alli Lewellyn (Cueto, 1991) dirigió un programa de investigación que proponía varias distinciones necesarias para abandonar definitivamente, las “vestimentas ideales típicas de la concepción tradicional” y así, observando al derecho como flujo, entenderlo como una realidad dinámica. El autor buscaba explicar al derecho como un medio para alcanzar finalidades sociales y no un fin en sí mismo. Con este objetivo, el programa establecía la separación temporaria, a fines de estudio, del ser y el deber ser. Se debía desconfiar de las normas jurídicas tradicionales y de sus conceptos. Luego se debía ordenar la valoración del derecho con base en sus resultados, sus efectos o consecuencias; afirmando que el que no conoce los efectos, ignora qué es el derecho.

Este es el método que nos permite ver a la legalidad como un derecho que está aconteciendo no de una forma mecánica sino en relación con los campos de fuerzas sociales que restringen, expanden, sofocan o refuerzan la pretensión jurídica. (Moreira, 2010)

Entendiendo que el derecho es dinámico, debemos reinterpretar / resignificar los conceptos y principios básicos que rigen a esta área del conocimiento y que han quedado estáticos en el tiempo.

Con esta premisa proponemos la resignificación de uno de los principios básicos del derecho, cual es, el principio de igualdad.

## La Igualdad como emancipación

El derecho a la igualdad tiene sus bases en el liberalismo del siglo XVIII y tiene por tal un corte individualista.

La libertad y la igualdad son pilares de nuestra sociedad occidental. Estos valores supremos han sido presentados desde la teoría liberal como valores jerárquicamente diferentes (Ej. El planteo no pocas veces escuchado: la libertad está por encima de la igualdad). (Palomares, 2015). Ahora bien, cuando llevamos este principio al plano de los derechos de los pueblos indígenas, nos damos cuenta de que la igualdad se transforma en una condición para el ejercicio real de la libertad. La igualdad se presenta como un valor tan relevante como la libertad. (Ramírez, 2007)

Gray citado por Ramírez (2007, p. 3) nos dice que “...no podemos tratar a las personas de formas iguales a menos que sepamos cuáles son sus intereses”.

Compartimos con Ramírez cuando afirma que:

*“...los ideales de una razón universal, de un tratamiento ‘semejante’ basado en supuestos denominadores comunes a todas las personas, y de principios que sustentan las teorías liberales y que predicán su aplicación en todo tiempo y lugar con un grado de abstracción considerable, sin tomar en cuenta la realidad de lo diferente, conspiran contra el afianzamiento de modos de vida asentados en valores inconmensurables, donde lo ‘individual’ no es el centro de la cosmovisión.”* (2007, p. 7)

Hay que entender una igualdad que signifique “tratamiento diferencial”, una igualdad que se enmarque en el respeto a una serie de valores y derechos que encuentran su fundamento en la humanidad de los sujetos individuales como colectivos (Gamboa, 2016). Y no olvidar que el efectivo ejercicio del derecho a la libertad

de los pueblos indígenas implica resguardar el principio a la igualdad, dejando en claro que el segundo es presupuesto del primero. (Ramírez, 2007)

Con esto postulamos una relación intrínseca entre igualdad y libertad en los pueblos indígenas, como así también postulamos que igualdad es sinónimo de “trato diferente” para lograr el efectivo goce de los Derechos Humanos reconocidos a los pueblos indígenas. Es menester entender la igualdad no como un fundamento individual, sino humanista. (Aldana & Guarín, 2016)

Instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas

*De manera General:*

- Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. 1963.
- Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. 1965.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966.
- Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural. 2001.

*De Manera específica:*

- Año 1957. El primer instrumento internacional de protección fue el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo. Este fue el primer intento para codificar obligaciones internacionales de los Estados con respecto a los pueblos tribales e indígenas. El convenio define los pueblos indígenas como grupos humanos diferenciados y hace hincapié en la necesidad de mejorar las

condiciones de vida y trabajo a las que están expuestas.

- Año 1989. Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo. Constituye un instrumento jurídico internacional actualizado y más exhaustivo que el 107; define los derechos de los pueblos indígenas y los principios a los que los Estados, organizaciones multilaterales y otros agentes deberían atenerse.
- Año 1992. Programa 21 y la Declaración de Río dentro de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo.
- Año 1993. Convenio sobre Diversidad Biológica y Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
- Año 1993. Declaración y Programa de Acción de Viena – Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Esta Conferencia puso un avance histórico en el fomento y la protección de los derechos de grupos frecuentemente marginados, incluyendo pueblos indígenas, mujeres y niños. Mediante la Declaración de Viena, la Conferencia reafirmó “la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de los pueblos indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. La Conferencia dio inicio a la creación del Foro Permanente de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas.
- Año 2007. Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas. Sin duda el mayor avance en materia de reconocimientos a los derechos de los pueblos indígenas; la Declaración estableció una norma esencial para eliminar las violaciones de Derechos Humanos cometidas contra los pueblos indígenas en todo el mundo,

para combatir la discriminación y la marginación, y para defender la protección de medios de subsistencia indígenas.

En este punto, cabe aclarar que dentro del ejercicio habitual que los Organismos de protección de Derechos Humanos es común encontrar un ejercicio integrador de los derechos cuando se toman en cuenta, a nivel estrictamente interpretativo, los criterios internacionales provenientes del Sistema europeo o africano y del Sistema Universal de Derechos Humanos (Garzón, 2013). Así:

*143. de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, a efectos de interpretar y dar aplicación más específica a la normativa convencional para determinar los alcances de las obligaciones estatales en relación con los hechos del presente caso, la Corte toma en cuenta la importante evolución de la regulación y principios del Derecho Internacional de Refugiados, sustentados también en las directrices, criterios y otros pronunciamientos autorizados de órganos como ACNUR. En este sentido, si bien las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma, la misma Convención hace expresa referencia a las norma de Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación. Así, al determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado, o de sus normas, con la propia Convención u otros tratados respecto de los cuales tiene competencia, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos, a la luz de otros tratados y normas pertinentes. En este caso, al utilizar las fuentes, principios y criterios del Derecho Internacional de Refugiados como normativa especial aplicable a situaciones de determinación del estatuto de refugiado de una persona y sus*

*derechos correlativos, en forma complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos.*

Es decir, para realizar un correcto análisis de los casos planteados, los Organismos Internacionales de protección de los Derechos Humanos deberán revisar, según reglas de interpretación, los demás instrumentos internacionales en la materia, aunque éstos últimos no hayan sido firmados por el Estado demandado en el caso en cuestión. Así lo entendió por ejemplo la Corte IDH en materia de pueblos indígenas cuando al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana, en relación a la propiedad comunitaria de los miembros de comunidades indígenas, el Tribunal Interamericano tuvo en consideración el Convenio 169 de la OIT, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el art. 29 del Pacto de San José, para interpretar las disposiciones del citado Art. 21 de acuerdo con la evolución del Sistema Interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

- Tanto el Sistema Universal como el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos han creado diferentes mecanismos de protección a los derechos de los pueblos indígenas como: El Grupo de Trabajo sobre los Pueblos Indígenas de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas; el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas; se creó la Relatoría Especial sobre los Derechos Humanos de libertades fundamentales de los Indígenas (Comisión de Derechos Humanos); el Grupo Interinstitucional de Apoyo sobre Cuestiones Indígenas; Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

## La Antijuridicidad como lugar de discusión

El problema del indígena frente a la ley penal cuando éste realiza una conducta contraria al ordenamiento positivo de la cultura dominante tiene varias posiciones en la teoría del delito que debemos descartar antes de exponer nuestra visión.

Estimamos que la solución no está en el estrato Acción<sup>2</sup> puesto que seguimos un concepto final de acción y en estos casos es indudablemente que existe una conducta que ha generado de manera voluntaria una modificación en el mundo externo.

Estimamos que no es un problema de tipicidad, ya que consideramos que las mismas reglas del dolo pueden ser aplicadas al indígena atendiendo a su condición individual.<sup>3</sup>

Por otro lado, estimamos que no se puede solucionar estos casos mediante el error de prohibición (Quintero & Molina, 2013), por los siguientes motivos:

1. En la mayoría de los casos no es que el sujeto activo no conozca la ilicitud de la conducta; es decir no es que no desconoce que su acción esté prohibida, por ello es por lo que no existe base jurídica para hablar de un "error".
2. Tratar de explicar el actuar por error de comprensión, de conocimiento o por no introyección significa dar por existente un Injusto penal.

<sup>2</sup> Según señala García Vitor (1991), la tesis de la conducta socialmente adecuada ha sido estudiada dentro de los esquemas de acción-conducta por Schmidt.

<sup>3</sup> En este punto, Villegas Díaz sostiene que en el caso del indígena procesado por hurto que no conoce la calidad de "cosa ajena" por cuestiones que hacen a su cosmovisión, debe afirmarse la falta de dolo. Pero esta solución parcial, no nos da respuestas para los casos donde el indígena si conoce lo que está haciendo y se guía por sus pautas culturales a pesar de contradecir las normas de la cultura dominante.

3. Que buscar una exculpación en la culpabilidad, significa no haber tenido en cuenta el resto del ordenamiento jurídico vigente que habilita el derecho humano del indígena a guiarse por su cosmovisión y valores de acuerdo con una correcta interpretación del principio de igualdad y libertad.

Como mencionamos anteriormente, creemos que la discusión sobre el problema del indígena frente a la ley penal se debe dar en la antijuridicidad, mas no entendemos que se trate de una Objeción de Conciencia. (Posición que asume García Vitor Enrique)

Primeramente, es necesario tener en claro dos conceptos iniciales cuales son, el orden normativo y el orden jurídico: de la legislación no solo se deduce las normas prohibitivas sino también preceptos permisivos: la interpretación no contradictoria de las primeras, a que deben responder las decisiones jurisdiccionales, es el orden normativo; y la del orden normativo con el juego armónico de los preceptos permisivos, el orden jurídico. (Zaffaroni, 2002)

Los preceptos permisivos que vendrían a ser las causas de justificación son el fruto del reconocimiento de la irracionalidad del poder punitivo. La injerencia del poder punitivo es irracional cuando el autor debe realizar una acción antinormativa como parte de su ejercicio de libertad.

La antijuridicidad en Zaffaroni es "... la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana.", "...la síntesis de la anti-normatividad y la ausencia de precepto permisivo que la abarca." (2002, p. 590)

Es decir, para determinar la antijuridicidad, no acontece que la norma coloca una prohibición que el precepto permisivo destruye, sino que la antijuridicidad de la acción típica es una síntesis de la presencia de la norma con la ausencia de precepto; en tanto que la

justificación de la acción típica es síntesis de la norma con la presencia del precepto. (Zaffaroni, 2002)

Entender a las causas de justificación como *ejercicio de derechos* significa invertir lo propuesto por la *teoría de los imperativos en el derecho* que propone a las normas jurídicas como mandatos únicos sin dar lugar a los preceptos permisivos (Bobbio, 1991). Los imperativistas llegan a la lectura de un principio de reserva (Art. 19 CN) como *todo lo que no está prohibido está permitido* o en otras palabras *todo está prohibido a excepción de lo permitido*. Por ello el autor concluye que en un estado de derecho y desde la dogmática penal contenedora del ejercicio irracional del poder punitivo, la relación entre prohibiciones y permisos debe ser exactamente a la inversa: si la norma es la regla y el permiso la excepción: *los preceptos permisivos, como parte de la general libertad humana garantizada por la Constitución y el derecho internacional son la regla, y los imperativos la excepción*; todo es lícito, excepto lo que está prohibido u ordenado. (Carvajal, 2012)

En este marco, entendemos que el orden jurídico está conformado también por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas; y este Derecho Internacional resguarda el derecho de todo indígena a practicar sus costumbres y dirigirse de acuerdo con sus valores culturales y su cosmovisión como parte del ejercicio de su derecho a la igualdad y libertad. (Niño, 2016)

Este *ejercicio de derecho* tendrá sus límites, pero eso no es materia de estudio del derecho penal; sino del derecho, la sociología, antropología y la política a través del diálogo intercultural y no el sometimiento.

## Conclusiones

A lo largo de varios siglos se ha elaborado un plexo normativo internacional que acoge los derechos de los pueblos indígenas, mas

este plexo normativo no es muy tenido en cuenta por nuestro derecho penal. Es por esta razón que los estudiosos penales escudriñan soluciones desde todas las áreas posibles para resolver este injusto tratamiento del indígena.

Este trabajo buscó el mismo fin, creyó válido afirmar que teniendo en cuenta que la cultura está en constante movimiento, debemos concebir un Derecho que “fluya” de manera constante, acorde a ese movimiento cultural. En esa tarea, debemos resignificar algunos principios básicos de nuestro sistema jurídico a fin de garantizar de mejor manera la protección de los derechos de los ciudadanos.

Por ello, el trabajo buscó argumentos para resignificar el principio de igualdad ante la ley de los pueblos indígenas, entendiéndolo como elemento inseparable del principio de Libertad. Y haciendo uso de ese principio igualdad/libertad, entendió que cuando un indígena realiza una acción guiado por los valores de su cultura, no está actuando bajo un error de tipo o de prohibición; no es un error de comprensión, un acto de inimputabilidad o una acción amparada bajo la objeción de conciencia; estamos ante un *ejercicio de derecho* reconocido no solo en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, sino también en el sistema universal y regional de protección a los Derechos Humanos.

El trabajo buscó convencer que esa es la correcta forma de interpretar el derecho penal en clave de Derechos Humanos de los pueblos indígenas.

## Referencias bibliográficas

Aldana, J. & Guarín, E. (2016) Los límites de la teoría del equilibrio como alternativa de solución a la cuestión de la prevalencia del poder del Alto Tribunal de lo Constitucional en Colombia, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 11, N.º 1 / enero-junio 2016. pp. 59-82. Documento extraído el 3 de marzo de 2018 de <http://revistas>.

usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2923/2796

Bobbio, N. (1991). *Teoría general del derecho*. Editorial Debate.

Bolaños González, M. (2002). La responsabilidad penal del indígena venezolano desde la axiología jurídico-penal. *Revista CENIPEC*, (21), 88.

Carnevali, R. (2007). Multiculturalism: A Challenge for Modern Criminal Law (El multiculturalismo: Un Desafío Para el Derecho Penal moderno). *Política Criminal*, (3).

Carvajal, J. (2012). Espacios políticos institucionales para tramitar o resolver conflictos en la globalización, en *Revista Verba Iuris*, Edición No. 27. Documento extraído el 5 de abril de 2018 de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2218/1689>

Castillo Ara, A. (2014). La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición. *Revista de derecho* (Valdivia), 27(2), 243-267.

Chiriboga, L. B., & Fuenzalida, N. Y. (2013). Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional. *Anuario de Derechos Humanos*, (9), pág-151.

Córtez, I. R. (2014). *Imputabilidad e inimputabilidad frente a la persona indígena*.

Cortes, S. (2016). Derechos Humanos en las políticas de paz y posconflicto en Colombia en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 11, N.º 1 / enero-junio 2016, pp. 129-145. Documento extraído el 3 de enero de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2926/2798>

Cueto Rúa, J. (1991). *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Fortich, M. & Moreno, A. (2012). Elementos de la teoría de los Campos de Pierre Bourdieu para una aproximación al derecho en América Latina: consideraciones previas en *Revista Verba*

*Iuris*, Edición No. 27. Documento extraído el 2 de marzo de 2018 de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2214/1687>

Gamboa, S. (2016). A propósito de una verdad contrahegemónica: aprendizajes desde la decisión de la Corte Penal Internacional sobre el ataque contra la flotilla de la libertad en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 11, N.º 1 / enero-junio 2016. pp. 11-35. Documento extraído el 5 de mayo de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2925/2797>

García Vitor, E. (2003). *Culturas diversas y sistema penal*. S. d.

Garzón, E. (2013). Globalización del derecho, fetichismo legal el velo de los Derechos Humanos, en *Revista Verba Iuris*, Edición No. 30. Documento extraído el 3 de enero de 2018 de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2154/1636>

González, O. (2014). La Corte Constitucional como agente del campo jurídico colombiano: la omisión legislativa de principios constitucionales en *Revista IUSTA*, N.º 41, julio-diciembre de 2014, pp. 123-137. Documento extraído el 17 de marzo de 2018 de <https://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2468/2405>

Jordán, A. M. P. Un aporte para entender la categoría “género” desde las diferencias culturales.

Guarín, E. A. y Aldana, J. (2016). Estado jurisdiccional y bien común. *Revista Verba Iuris*, 11(36), pp. 13-26.

Quiroz, M. (2014). Acercamiento a las “oposiciones paradigmáticas” entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico en *Revista IUSTA*, 1 N.º 41, julio-diciembre de 2014, pp. 77-97. Documento extraído el 5 de junio de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2470/2407>

Quintero, S. & Molina, D. (2013). La Ilegalidad: una herramienta de análisis para la

naturaleza del conflicto en Colombia, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 8, N.º 1/Enero – Junio 2013, Documento extraído el 6 de marzo de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/846/1127>

Kalinsky, B. (1996). Diversidad sociocultural y formas punitivas del Estado. *Alteridades*, 6(11), 89-95.

Kalinsky, B. y O. Cañete, (2000 b) Análisis del artículo 40 del anteproyecto del Código Procesal Penal para la Provincia del Neuquén, *Centro Regional de Estudios Interdisciplinarios sobre el Delito- CeReiD*, Serie Lineamientos Para una Legislación Democrática, No. 6

Kuper, Wolfgang. (1993), *Pedagogía Intercultural bilingüe, fundamentos de la educación bilingüe*, T. V, Quito Ediciones Abya Yala.

Llanán Nogueira, J. (2010). Pluralismo jurídico. Derechos indígenas. Del impacto en el Derecho Privado. *Trabajos del Centro*, (1).

Meini Méndez, I. (2007). *Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal*.

Molina González, Y. (2016). Derecho penal del enemigo y dignidad humana, *Revista Verba Iuris*, 11(36), pp. 135-146.

Moreira, M. (2009). *Antropología del control social*. Buenos Aires Antropofagia,

Moreira, M. *Los desafíos del pluralismo legal: derechos culturales, Inter legalidad y pueblos originarios*.

Niño, C. (2016). Exportación de conocimiento: Colombia como proveedor de seguridad para la lucha contra el terrorismo y el crimen internacional en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 11, N.º 2 / julio-diciembre 2016 / pp. 87-104. Documento extraído el 4 de marzo de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3277/3089>

Palomares, J. (2015). El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho

alemán, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 10, N.º 2 / julio-diciembre 2015, pp. 29-56. Documento extraído el 3 de enero de 2018 de [revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2551/2483](http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2551/2483)

Paredes Peña, P. (2015). *La costumbre indígena y responsabilidad penal*.

Platt, T., Bouysson-Cassagne, T., & Harris, O. (2006). *Qaraqara-Charka. Mallku, Inka y Rey en la provincia de Charcas (siglos XV-XVII). Historia antropológica de una confederación aymara*. Plurales editores.

Ramírez, S. (2007). Igualdad como emancipación: Los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. *Anuario CDH*.

Raúl, Z. E., Alejandro, A., & Alejandro, S. (2002). *Derecho penal, Parte general*. Buenos Aires, Editorial Ediar.

Sciortino, S., & Mariana, G. Debates recientes en torno a las mujeres indígenas, derechos colectivos y violencia de género.

Vargas Y, Bracchi C (2016). La mujer latinoamericana dentro del contexto de los Derechos Humanos: énfasis desde la perspectiva del derecho al trabajo en *Revista IUSTA*, N.º 44, enero-junio de 2016. Documento extraído el 3 de junio de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3077/2943>

Villegas Díaz, M. (2012). Entre la exculpación y la justificación: Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 177-205.

#### Sitios Web:

Centro Regional de Estudios Interdisciplinarios Sobre el Delito. [www.cereid.org.ar](http://www.cereid.org.ar)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.corteidh.or.cr/>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.oas.org/es/cidh/>

Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/default.asp>

Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas. <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/indigenas/>

Grupo internacional de trabajo sobre cuestiones indígenas. <http://www.iwgia.org/derechos-humanos/procesos-internacionales/el-foro-permanente>

Fallos Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y

Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 255; y mutatis mutandi Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 83.

Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.párrs. 124 a 131, y Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148 y 149; y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 117