
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Derechos Ancestrales

Justicia en Contextos Plurinacionales

Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia
Editores



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469 914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

Equipo de Apoyo
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
María Paz Ávila
Tatiana Hidalgo Rueda
Jorge Vicente Paladines
Nicole Pérez Ruales
Carolina Silva
María Belén Corredores

Corrección de Estilo:
Miguel Romero Flores (09 010 3518)

ISBN: 978-9978-92-774-8
Derecho de autor: 032358
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2009
1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica, Ministro de Justicia y Derechos Humanos</i>	
Prólogo	ix
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, Editores</i>	
I. Justicia indígena: reconocimiento y matices	
Derechos de las minorías en filosofía política y el derecho internacional	3
<i>Will Kymlicka</i>	
Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la humanidad, pueblos indígenas y derechos humanos	33
<i>David Sánchez Rubio</i>	
El relativismo cultural desde la perspectiva de la niñez indígena y la Convención de los Derechos de los Niños	65
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad	75
<i>Judith Salgado Álvarez</i>	
Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal	99
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
II. Pluralismo jurídico y justicia intercultural	
La Jurisdicción especial indígena	125
<i>Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo</i>	

Los caminos de la justicia intercultural.....	175
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	
Justicias ancestrales analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes.....	219
<i>Diego Zambrano Álvarez</i>	
La Autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia	251
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
Los caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originaria campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario	297
<i>Idón Moisés Chivi Vargas</i>	
Perspectivas sobre justicia indígena en la jurisprudencia anglosajona: casos paradigmáticos de Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá.....	357
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda</i>	

III. Perspectiva de la justicia indígena en el Ecuador

El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008.....	389
<i>Agustin Grijalva</i>	
El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: Entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico	409
<i>Christian Masapanta Gallegos</i>	
La Justicia indígena en el Ecuador	451
<i>Rosa Cecilia Baltazar Yucailla</i>	
Reflexiones básicas e ideas iniciales Sobre el Proyecto de Ley de Coordinación y Cooperación entre el Sistema Jurídico Ordinario e Indígena.....	473
<i>Carlos Poveda Moreno</i>	

IV. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos	505
Comité de Derechos Humanos	511
Corte Constitucional de la República de Colombia	559

Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal¹

Eugenio Raúl Zaffaroni*

Sumario

I. La trascendencia histórica del reconocimiento penal del pluralismo cultural. II. ¿Sería la primera vez en la historia que se reconoce la vigencia territorial de dos sistemas jurídicos? III. ¿Una cuestión de teoría del Estado? IV. ¿Les podemos ofrecer un sistema mejor? V. La objeción: las penas atroces. VI. Las disposiciones proyectadas. VII. Bibliografía.

1 El Presente ensayo forma parte un estudio introductorio realizado con motivo de la presentación del Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Bolivia, realizado por la Comisión de Reforma Integral del Código Penal de Bolivia, integrada por Luis Arroyo Zapatero, Matías Bailone, Elías Carranza, Adán Nieto Martín, Moisés Moreno Hernández, José Sáez Capel, Jan Simón, Eugenio Raúl Zaffaroni. Edición digital www.cienciaspenales.net.

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Buenos aires (UBA) y ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Autor de obras como *Manual de Derecho Penal, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Criminología: Aproximación desde un margen, En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal, y El enemigo en el Derecho Penal.*

I. La trascendencia histórica del reconocimiento penal del pluralismo cultural

Pocas dudas caben acerca de que la concepción de ley penal en la tradición jurídica europea de los últimos siglos responde mucho más a la idea hobbesiana del estado que a la idea liberal de Locke² Para el fundador del concepto de soberanía (aunque cabe contar también a Bodino en Francia) la ley penal implicaba la inclusión de todos sin excepción, pues quienes quedaban fuera del contrato por el que se entregaba la totalidad del poder al *soberano* se volvían peligrosos y debían ser tratados como enemigos³ y no como delincuentes. En cierto sentido, las disposiciones del código peruano de 1924⁴, al igual que la posición de Medrano Ossio en el debate de los años cuarenta del siglo pasado con López-Rey Arrojo, parecen ser hijas directas de Hobbes.

No es para nada extraño que las ideas del positivismo criminológico —que nutren esas disposiciones— coincidan con el planteo hobbesiano, sino todo lo contrario. En el siglo XIX, el racismo de Spencer —que no era biólogo ni filósofo, sino ingeniero de ferrocarriles— fundó la antropología imperialista británica en un pseudocientífico reduccionismo biologista que legitimó los genocidios del neocolonialismo —como el belga en África Central⁵ y otros— y para eso *biologizó* racistamente la exclusión de los colonizados del contrato por el que se entregaba todo el poder al *soberano*. La *inferioridad biológica* de los colonizados no sólo legitimaba el colonialismo sino que también los hacía peligrosos, pues eran *salvajes* y presentaban características atávicas, es decir, correspondientes a especies inferiores, no evolucionadas. Pero también los criminales europeos eran biológicamente inferiores, porque eran los europeos pobres que tampoco habían

2 Es difícil imaginar lo que hubiese decidido Locke frente a una situación como la actual y a un planteamiento de respeto a la pluralidad cultural. Sería interesante desarrollarlo. Intuitivamente creemos que la proyección de su contractualismo no lo rechazaría en absoluto.

3 Thomas Hobbes, *Leviathan*, edited with an Introduction by C. B. Macpherson, London, 1985, p. 356.

4 La autoría del derogado código peruano en general se debe al legislador Víctor M. Maúrtua y fue sancionado en enero de 1924 y entró en vigencia en julio del mismo año. Los artículos referidos son el 44 y el 45, el primero a “salvajes” y el segundo a “indígenas semi-civilizados”.

5 Sobre ello, véase la famosa novela de Joseph Conrad, *Heart of Darkness*, Firenze, 2005.

evolucionado como los ricos y, por ende, presentaban las mismas características atávicas o regresivas que los colonizados; eran los criminales natos de los que primero habló el frenólogo español Cubí Soler en España⁶ y más adelante perfeccionó y difundió mundialmente su concepto el famoso Cesare Lombroso⁷.

El racismo biologista —del que el positivismo criminológico no fue más que un capítulo—, legitimó las conquistas del neocolonialismo del siglo XIX y como parte de éste el reparto de África que en el Congreso de Berlín de 1884/1885 hicieron las potencias *civilizadas* y del que participaron Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Portugal, Rusia, España, Suecia, Turquía y los Estados Unidos⁸.

Este positivismo racista legitimó el *apartheid* mundial y también sus diferentes versiones nacionales. De su nivel mundial deriva, como consecuencia clara, el triste espectáculo actual del continente olvidado —la pobre África— que debe su historia reciente de genocidios y luchas fratricidas⁹ a la artificial división política inventada por el fatídico congreso de Berlín.

Las versiones latinoamericanas del racismo positivista fueron diferentes. Terminadas nuestras luchas entre los intereses de las economías extractivas propias del viejo colonialismo y las nuevas economías mercantilistas propias del nuevo o neocolonialismo —en casi toda la región identificadas como luchas entre conservadores y liberales— siguió al triunfo de las últimas el establecimiento de repúblicas oligárquicas *cuasifeudales* con minorías que detentaban el poder económico y político, vinculadas estrechamente a los

6 La expresión la utilizó el frenólogo español Mariano Cubí Soler en 1843, o sea, más de treinta años antes que Lombroso. Sobre este autor, véase Alfonso Serrano Gómez, *Historia de la Criminología en España*, Madrid, 2007, pp. 36 y ss.

7 Lombroso sostenía que los criminales natos tenían caracteres mongoloides y africanoides, es decir, de colonizados que constituían una *specie generis humani* diferente, pues no habían conseguido completar el desarrollo ontogenético que sintetizaba el filogenético, o sea, que nacían sin terminar. Así: Lombroso, *L'uomo delinquente*, 3ª ed., Torino, 1884, p. 295. Fructuoso Carpena sostenía hace un siglo que la criminología era algo así como un capítulo de la zoología: *Antropología criminal*, Madrid, 1909.

8 Cfr. Wayne Morrison, *Criminology, Civilization and the New World Order*, London, 2006, p. 149.

9 Sobre ellas, Martin Meredith, *The State of Africa, A History of Fifty Years of Independence*, London, 2006.

intereses de las nuevas metrópolis, o sea, minorías proconsulares que asumieron el discurso positivista racista, proclamándose iluminadas y adelantadas de la *civilización*, lo que justificaba la exclusión de las grandes mayorías originarias o mestizas de toda ingerencia política, con privación completa de la ciudadanía, incluso de la meramente formal. Tales fueron las repúblicas oligárquicas del *porfiriato* mexicano, del *patriciado* peruano, de la *oligarquía vacuna* argentina, de la *República velha* brasileña o de la triste oligarquía del estaño boliviana.

Para esas oligarquías el originario quedaba totalmente fuera de juego, era un ser inferior al que se podía exterminar si era necesario para quitarle tierras o, en el mejor de los casos, no pasaba de ser un *objeto explotable* si se lograba convertirlo en campesino, reduciéndolo a una mercancía cuya propiedad se transfería con la del fundo. Los más humanistas entre los corifeos científicos de las oligarquías proponían *civilizarlos*, o sea, privarlos de sus culturas e incorporarlos forzosamente a la *civilización*, pero siempre en una nebulosa diferida a un futuro lejano al que se relegaba esta propuesta de verdadero *genocidio cultural*. Por supuesto que tampoco faltaron genocidios físicos —como la campaña al desierto argentina—, pero hubo otra forma genocida, menos mentada, que fue impedir los nacimientos mediante la esterilización, lo que también se nutría de la falsa ciencia biológica, en este caso bajo la advocación de la *eugenesia* inglesa, que prendió brutalmente en los Estados Unidos impulsada por los criadores de ganado y los veterinarios¹⁰ y de allí pasó a Alemania, acabando en la destrucción física de millones de personas, entre otros de enfermos¹¹.

Buena parte de Latinoamérica sufrió otro racismo, desconocido en Bolivia. Cuando el genocidio colonialista de los primeros siglos acabó con buena parte de la población originaria, fue necesario importar mano de obra extractiva y se produjo el tráfico esclavista, que importó culturas africanas. En Bolivia, la inadaptación física del negro para la extracción minera impidió

10 Cfr. Edwin Black, *War against the weak. Eugenics and America's campaign to create a master race*, New York, 2003.

11 Sobre ello: Alice Ricciardi von Platen, *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*, Firenze, 2000; investigaciones recientes han puesto de manifiesto la muerte masiva de enfermos mentales por hambre en los manicomios franceses durante la República títere de Vichy.

este tráfico en gran escala, pero en los países con cultivos intensivos se montó una economía esclavócrata que se extendió masivamente y se arrastró hasta fines del siglo XIX (la *Lei Aurea* brasileña es de 1888). Frente al problema que esta cultura africana le creaba a las oligarquías vernáculas, éstas echaron mano del mismo discurso racista positivista para legitimar el mantenimiento de la población liberta en condiciones de subordinación política, económica y social, o sea, para inventar un *apartheid* local.

América Latina tiene una característica, provocada por lo que Hegel le señaló a los ibéricos como un error político, que según él no habían cometido los británicos¹² y que le otorga una particularidad: los colonizadores primitivos se mestizaron con los pobladores originarios. Esto creó un serio problema a las oligarquías vernáculas del neocolonialismo: su mayor dificultad política para mantener el *orden* no fueron los originarios ni los negros puros esclavizados o sus descendientes, sino los mestizos y mulatos que, participando en buena parte de los caracteres físicos de los *criollos* y estando *aculturados*, tenían una autoestima mucho mayor y no aceptaban dócilmente la subordinación, especialmente en las concentraciones urbanas¹³. De allí que desde fines del siglo XIX se teorizase desde la *ciencia penal* en contra del mestizaje racial, con la pretensión de profundizar al *apartheid* hasta el extremo, imitando las prohibiciones de *matrimonios mixtos* de los Estados Unidos¹⁴.

Para teorizar este *apartheid* se echó mano del consabido positivismo racista, esta vez de cuño francés, dando preferencia a la idea de *degeneración* de Morel¹⁵, sosteniendo que era un suicidio racial mezclar *filos genéticos* lejanos, para lo cual cada uno de los racistas consideró *lejanos* los que más convenían a su versión local del *apartheid*: el fundador de la criminología brasileña consideraba *lejanos* a los africanos y a los ibéricos¹⁶, en la Argentina eran *lejanos*

12 Véase, Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, 1980, p. 171.

13 Esto lo prueba, entre otras investigaciones, el trabajo pionero de Martha Knisely Huggins, *From Slavery to Vagrancy in Brasil. Crime and Social Control in the Third World*, New Jersey, 1985.

14 La Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional la ley de Virginia que prohibía los matrimonios de negros y blancos en 1957.

15 Sobre Morel y sus seguidores: Daniel Dic, *Volti della degenerazione: una síndrome europea 1848-1918*, Firenze, 1999.

16 Así, Raimundo Nina Rodríguez, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, Bahia, 1894.

los indios y los ibéricos¹⁷, cuyo producto era el *gaucho*, o sea el mestizo indócil de la pampa, al que se reclutaba a la fuerza y se mandaba a combatir al indio¹⁸.

Tanto la criminología brasileña como la argentina nacieron bajo el inconfundible signo del racismo. El racismo fue cobrando tonalidades propias en cada uno de nuestros países. En México le resultaba difícil a la oligarquía ocultar que Benito Juárez y Porfirio Díaz eran mestizos y que muchos de sus blancos afrancesados eran descendientes de los soldados desertores del invasor napoleónico del imperio de opereta de Maximiliano de Austria. En todo el eje Andino se topó con la resistencia secular de las culturas originarias y con los sincretismos de sus mestizajes. En el Brasil el mulato adquirió superioridad hasta redondear su cultura e imponer un amplio sincretismo religioso. En la Argentina la subestimación del mestizo se combinó con una idealización del inmigrante europeo que, cuando llegó, trajo consigo los reclamos sociales de sus tierras originarias y la oligarquía reaccionó con un nuevo racismo: postuló que los inmigrantes eran los *atávicos* europeos, o sea, que entre ellos venían los *criminales natos* de Lombroso.

La ley penal ignoró estas cuestiones. No podía reconocerlas porque era pensada como un instrumento de control social de esos *inferiores*, diferentes en cada país, pero coincidentes en que cada uno tenía *inferiores* y debía controlarlos porque eran peligrosos. Sólo se pueden hallar en la codificación las referencias tardías del código de Maúrtua, como novedad vernácula en la general inspiración proveniente de los proyectos de Karl Stooss para la lejana Suiza. Cuando en los años sesenta del siglo pasado se discutió el llamado Código Penal Tipo Latinoamericano, se rechazaron los dispositivos peruanos, pero no se mencionó para nada al originario: en la segunda mitad del siglo pasado seguía siendo un extraño para la ley penal. El silencio continuaba como regla, porque mantenía plena vigencia la concepción hobbesiana de la ley penal. *Reconocerlo expresamente importa quebrar esta tradición de silencio casi absoluto, no ya de la ley penal sino del propio estado. Tenemos hoy la suerte de vivir en un momento en que es posible proponerlo sin caer en un escándalo universal.*

17 Así Carlos Octavio Bunge, *Nuestra América, Ensayo de psicología social*, Buenos Aires, 1903.

18 Este drama fue la base del poema nacional de José Hernández, *Martín Fierro*.

II. ¿Sería la primera vez en la historia que se reconoce la vigencia territorial de dos sistemas jurídicos?

Si bien el expreso reconocimiento de dos derechos o sistemas de resolución de conflictos quiebra una tradición hobbesiana, ésta es relativamente moderna y no siempre fue ortodoxamente respetada, pues lo cierto es que el abandono del principio de territorialidad único no es algo completamente nuevo en la historia ni mucho menos, toda vez que se lo abandonó en múltiples casos de forzada coexistencia de culturas.

Desde la cuna misma de la tradición jurídica invocada para imponer un único derecho territorial, es decir, en la vieja Roma, parece que se reconoció el principio de personalidad del derecho en algunos momentos respecto de pueblos dominados. Más adelante, en la Europa de los germanos se discute si el famoso Edicto de Rotari del año 643 —que ordenó el derecho germánico del norte de Italia— era aplicable sólo a los longobardos y en qué medida a los pueblos originarios¹⁹, pero no cabe duda alguna de que en España, *como en los demás países invadidos, los bárbaros siguieron rigiéndose por su derecho y respetaron las instituciones jurídicas de los sometidos*²⁰.

De este modo, resulta indiscutible que los mismos colonizadores primitivos tuvieron vigentes dos derechos en su propio territorio²¹. Pero mucho más cerca en el tiempo, en pleno neocolonialismo y a despecho de su concepción del estado tan única y *soberana*, las mismas potencias neocolonialistas echaron mano del principio de personalidad cuando les convino, como los ingleses en la India o los franceses en Argelia, e incluso se adaptaron a ese criterio las potencias coloniales originarias en esta nueva era de dominación, como los portugueses en la India a fines del siglo XIX²².

19 Cfr. Francesco Calasso, *Medio Evo del Diritto*, Milano, 1954, I, p. 110.

20 Salvador Mingujiñón Adrián, *Historia del Derecho Español*, Barcelona, 1933, p. 44.

21 Puede verse el estudio histórico que precede al *Fuero Juzgo en Latín y Castellano cotejado con los más antiguos y precisos códices por la Real Academia Española* (Madrid, por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M. 1815) de la pluma de Manuel de Lardizábal y Uribe.

22 Puede verse el reconocimiento del derecho de familia indio y mahometano en Goa: Luís Da Cunha Gonçalves, *Direito Hindú e Mahometano. Comentário ao Decreto de 16 de Dezembro de 1880 que ressalvou os usos e costumes dos habitantes nao cristaos di distrito de Goa na Índia Portuguesa*, Coimbra, 1923.

No obstante, no acaban allí los antecedentes, pues aunque no se lo recuerde con frecuencia, la excepción de la norma penal en las comunidades originarias de América estuvo consagrada en algunos de nuestros primeros códigos penales, pese a que, por ser también códigos importados, poco sabemos de los efectos de su real vigencia, no obstante lo cual es significativo anotar que algunos liberales —los centroamericanos— lo adoptaron como principio, antes de que los códigos posteriores entrasen en el silencio total al respecto.

En efecto: en los primeros años del siglo XIX el político y jurista norteamericano Edward Livingston proyectó para su estado —Louisiana— una legislación penal, procesal penal y penitenciaria que más tarde adaptó en un proyecto que sostuvo en el Senado de los Estados Unidos para la justicia federal²³. En su texto establecía que la ley penal no era aplicable a los originarios por hechos cometidos entre ellos en las reservas. Sus teorías eran cercanas a las de Bentham y su obra fue la primera que dedicó un amplio espacio a la ejecución de la pena privativa de libertad. Pese a que los proyectos de Livingston nunca fueron sancionados en Louisiana ni en los Estados Unidos, lo cierto es que hubo una traducción castellana²⁴ y que su código fue sancionado en Guatemala y en Nicaragua en 1837²⁵, incluyendo la cláusula mencionada²⁶. El código de Livingston competía en América Central, en los albores de nuestra codificación independiente, con el código español de 1822 y, aunque el primer código sancionado fue este último en El Salvador en 1826, lo cierto es que a los pocos años se sancionó en dos países de la región

23 *Exposé d'un système de législation criminelle pour l'État de la Louisiane et pour les Etats-Unis d'Amérique, précédée d'un préface par M. Charles Lucas et d'une notice historique par M. Mignet, Paris, 1872; también: Rapport su le projet d'un Code Pénal, fait à l'Assemblée Générale de l'Etat de la Louisiane, Paris, 1825.*

24 *Código Penal de Livingston con el discurso que precedió a la obra sobre los principios de su sistema, traducido del inglés por José Barrundia, impreso por orden del Gobierno Superior del Estado, Guatemala, Imprenta de la Unión, Año de 1831.*

25 Sobre la adopción del código de Livingston en Guatemala, David Vela, *Vida, pasión y muerte de los códigos de Livingston*, en "Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales", año I, n° 0, 1991, pp. 41 y ss.

26 El texto nicaragüense puede verse en Antonio A. de Medina y Ormaechea, *La Legislación Penal de los Pueblos Latinos*, México, 1899.

el texto de Livingston, que se había convertido en bandera liberal. Pese a que los archivos de Guatemala y El Salvador se han perdido, esta historia se ha reconstruido con bastante precisión.

Nada nuevo parece haber bajo el sol, dado que retomamos algo que proviene de la vieja Roma o, al menos con certeza, de la propia formación del derecho impuesto por la colonización y que en algún momento proyectó y fue ley positiva en algunos códigos nacionales posteriores a la independencia.

III. ¿Una cuestión de teoría del Estado?

Es posible que desde la perspectiva de la moderna teoría del estado se cuestione la vigencia de dos sistemas de solución de conflictos en un mismo territorio. No obstante, la idea de soberanía que proviene de Bodino y de Hobbes hoy parece estar bastante opacada en la actual hora de globalización, en que ya no es sostenible en sus versiones primigenias. El derecho internacional ha pasado a formar un incipiente orden mundial ante el cual no sólo ceden los derechos nacionales, sino que, conforme a la teoría del derecho único ampliamente dominante —y única coherente— forma parte de los mismos derechos nacionales.

Nuestros países han ratificado los tratados respectivos y han reconocido incluso la costumbre internacional como fuente, en forma tal que ya nuestros estados no pueden negar su vinculación jurídica con el orden mundial. Conforme a este orden mundial es incuestionable que el genocidio es un crimen que todos los estados tienen el deber de sancionar y que, además, es imprescriptible. Nadie puede dudar a estas alturas que la colonización ha sido una empresa genocida y, por ende, conforme al derecho vigente, sus crímenes son imprescriptibles. Tampoco puede dudarse de que nuestros derechos vigentes son herederos de los coloniales, al punto de que con muchísima frecuencia, en las disputas territoriales internacionales, invocamos en el presente los derechos de nuestros colonizadores: la ruptura política con ellos en la independencia ha implicado la subrogación en sus derechos. Cabe preguntarnos, por consiguiente, cuál es la fuente de legitimidad de nuestros derechos nacionales, y la respuesta no puede ser otra que el genocidio

colonialista. La *Grundnorm* sería un crimen imprescriptible. Por supuesto que como los perpetradores de ese crimen están muertos, las acciones penales se han extinguido. ¿Y las civiles? ¿Son acaso prescriptibles las acciones civiles emergentes de un crimen imprescriptible? Si la respuesta fuese afirmativa, equivaldría esto a decir que el tiempo convierte a un genocidio en *Grundnorm* de un orden jurídico que, por su parte, le reconoce el carácter de crimen imprescriptible. La contradicción es palmaria.

La doctrina de un país que se caracteriza por la originalidad con que ha resuelto la cuestión entre culturas y etnias colonizadora y colonizada, como es Nueva Zelanda, ha planteado la cuestión²⁷ y en su sistema lo ha resuelto colocando como norma básica o fundamental *Waitangi*, o sea, un tratado un tanto mitológico celebrado entre los primeros colonizadores y los jefes de los pueblos originarios, pero nosotros no tenemos nada parecido. Nuestros derechos nacionales entran en contradicción a la luz de la normativa vigente hoy en su territorio. No tuvimos ningún *Waitangi* originario fundacional ni lo podemos inventar, lo que tenemos originariamente es el genocidio imprescriptible, que el paso del tiempo no puede convertir en fuente originaria de derecho sin caer en el absurdo.

No debe confundirse *pragmatismo con realismo*. Si el pragmatismo es lo que opta por lo más práctico en una circunstancia, desentendiéndose de su racionalidad, *un derecho u orden jurídico realista es el que lleva a cabo el máximo esfuerzo de captación de la realidad y trata de aportar soluciones racionales*. No es posible desandar el tiempo y poner a funcionar en sentido inverso el filme de la historia. La más elemental racionalidad indica que sólo podemos corregir sus consecuencias actuales, especialmente *las de las poblaciones que padecen hoy las consecuencias de los hechos atroces imprescriptibles*. Nuestro reclamo al derecho internacional será el de abrir la discusión acerca de las reparaciones en algún momento futuro y, así como se instala una Corte Penal Internacional, aspirar a que llegue el día en que se pueda establecer una Corte Civil Internacional, que se ocupe de estas reparaciones. Pero esta aspiración no puede materializarse si antes, con mínima coherencia, no comenzamos por ensayar las soluciones reparadoras nacionales y, por lo menos,

27 Cfr. F. M. (Jock) Brookfield, *Waitangi and Indigenous Rights*, Auckland University Press, 1999.

detener el avance y agravamiento de las consecuencias actuales de los crímenes pasados.

La primera medida será detener la destrucción de las culturas originarias, lo que no significa condenarlas al estancamiento, sino proporcionarles los elementos para su propia dinámica. Para ello es elemental reconocerles su capacidad de resolución de conflictos y no entrometer el sistema penal legal en las soluciones comunitarias tradicionales que sean eficaces.

IV. ¿Les podemos ofrecer un sistema mejor?

Además de las antedichas razones, hace mucho que en el campo de la política criminal se critica seriamente el funcionamiento de los sistemas penales dominantes en nuestra cultura jurídica. La crítica criminológica, el abolicionismo y el *minimalismo* penal, en todas sus vertientes y sin referencia exclusiva a las más radicalizadas ni mucho menos, han puesto de manifiesto de modo incontrastable, la inevitable selectividad de nuestro ejercicio del poder punitivo, al punto tal que en los últimos años predomina un discurso legítimo de éste que se reduce a su función simbólica o que apela a la mera reafirmación de la vigencia de la norma en términos claramente idealistas²⁸.

En el plano de la realidad social las características de selectividad y las más eventuales pero innegables de violencia y corrupción ya no pueden negarse por ningún criminólogo serio, lo que en los últimos años determina un giro peligrosísimo de la criminología del dominio sociológico hacia un renacimiento biológico con la insistencia en estudios e investigaciones genéticas.

Para los latinoamericanos nada de esto puede distraernos. Nuestros sistemas penales presentan las características señaladas por los autores de los países poderosos con lentes de marcado aumento y letras mayúsculas. Nuestros sistemas penales se presentan con servicios de seguridad deteriorados y corruptos, los políticos apelan a la destrucción de la racionalidad de las leyes para acallar tanto protestas sociales en reclamo de seguridad pública como campañas de *ley y orden* orquestadas por medios masivos de comunicación

28 Así, G. Jakobs, Norm, *Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 1999.

mercenarios o simplemente ávidos de publicidad. Conocemos los *escuadrones de la muerte* en varios de nuestros países, los fusilamientos sin proceso, las torturas, las cárceles superpobladas y con alta mortalidad y morbilidad, la selectividad criminalizante en grado máximo, la impunidad de los poderosos elevada a su más alta expresión, la desaparición forzada de personas, las *zonas liberadas* para que operen delincuentes comunes en connivencia con quienes deben reprimirlos, etc. No hay aberración imaginable que no hayan conocido ni padecido nuestros sistemas penales y que, lamentablemente, justo es confesarlo, no han podido ser erradicadas del todo, pues hemos carecido de políticas de estado en esta materia, movida a los vaivenes de medidas coyunturales inorgánicas y contradictorias, en la mayor parte de los casos destinadas a los medios masivos. Ni siquiera disponemos de un cuadro de situación que permita orientar la política criminal: carecemos de estadísticas confiables orientadas a la prevención secundaria y menos aún a la primaria.

Frente a este panorama —y sin contar con las razones antes expuestas— *no tenemos autoridad moral alguna para imponerles a las comunidades originarias un sistema de solución de conflictos mejor que el que ellas mismas practican*. Si el sistema penal de que dispone la pretendida civilización es el que padecemos en nuestros países, lo racional es admitir que es preferible el comunitario y en la medida en que funcione lo mejor que podemos hacer es reconocerlo y no entrometernos, porque no tenemos nada mejor que ofrecerles.

Más allá del respeto debido al pluralismo cultural y de la necesidad de su reconocimiento por imperio de los Derechos Humanos consagrados en nuestras Constituciones y en el derecho internacional, lo cierto es que nuestro sistema de solución de conflictos es mucho peor que el que se practica tradicionalmente en esas comunidades.

A tal punto es ello cierto que, si analizamos con detenimiento lo que se está proponiendo hoy en el mundo para resolver los difíciles problemas del sistema penal dominante —y aunque no lo podamos analizar aquí en detalle— no dista mucho de lo que practican esas comunidades. En efecto: se trata de encontrar soluciones que, dejando de lado la venganza o reduciéndola en la medida de lo posible, procuren involucrar a los lesionados y repararlos, volver a la víctima, tomarla en cuenta como persona y no como mero dato sobre el cual justificar la represión sin sentido ni objeto, buscar

soluciones restaurativas, conciliatorias, terapéuticas, que contribuyan a restablecer el debilitado tejido social de nuestras sociedades. No otra cosa propone en definitiva la justicia restaurativa, la mediación en los conflictos, el minimalismo penal, la insistencia en la identificación de grupos de riesgo y en la prevención primaria orientada hacia ellos. En el extremo —y pese a todo su utopismo— el desafío doctrinario del abolicionismo importa tanto como preguntarse si nuestra civilización ha tenido éxito con su sistema penal y con su dato esencial, o sea, con la *confiscación de la víctima* a partir del momento en que el soberano se proclamó y continúa proclamándose la *víctima única* y el *dueño de la venganza*.

Sería bueno preguntarnos si hemos establecido el orden o el caos y, al final del camino, después de la soberbia de todas las bibliotecas del mundo, comunitarias, qué autoridad moral tenemos para negarles a quienes las practican el reconocimiento de su sistema de solución de conflictos.

V. La objeción: las penas atroces

Aunque en la práctica nada hay más atroz que nuestros sistemas penales, formalmente no podemos aceptar las penas atroces. Nuestros sistemas penales se han introyectado en el equipo psicológico de quienes participamos de la civilización industrial, y en buena medida han devenido *objetos de fe*. La confianza ilimitada en ellos, su pretendida capacidad para resolverlo todo, no son más que una idolatría de la civilización industrial. El poder punitivo ha venido a usurpar el lugar de Dios: lo puede todo. Es un ídolo y como tal, tiene sus fanáticos, sus seguidores enceguecidos, que frente a cualquier conflicto, de la naturaleza que fuere, de inmediato procuran la solución punitiva, lo ponen en manos del sistema penal, con lo cual lo privan de su naturaleza y, por lo tanto, de cualquier posible solución efectiva. Cuando un problema económico se saca del campo económico, uno de salud del campo sanitario, uno educativo del campo pedagógico, y a todos se les asigna la misma naturaleza artificial —penal—, demás está decir que ninguno se podrá resolver. Y así, impulsado por sus fanáticos idólatras y explotado por muchísimos intereses coyunturales cruzados y por la impotencia de muchos políticos, el campo de lo penal crece al infinito.

Sin duda que los idólatras del *panpenalismo* alzarán sus lamentos y alaridos de alarma ante la propuesta de reconocimiento de un ámbito de justicia comunitaria y, especialmente, fundados en las penas atroces, inadmisibles, pues sólo son admisibles las atrocidades del sistema penal legal de la civilización industrial, por más que las desbocadas agencias de éste hayan sido las que protagonizaron los peores genocidios del siglo pasado.

Por suerte disponemos de los antropólogos y de sus investigaciones: *no hay penas atroces en la justicia comunitaria*. El linchamiento tiene su origen en Charles Lynch, el plantador de Virginia del siglo XVIII, y se usó fundamentalmente por las organizaciones racistas para matar negros en los Estados Unidos²⁹, sin que tenga nada que ver en eso la justicia comunitaria. Preocupó en el siglo XIX a todos los penalistas y criminólogos europeos de su tiempo, que escribieron y denostaron por ello a las *multitudes*³⁰ y, en general, lo practicaron los civilizados. No estaba compuesta por indios la turba conservadora que en Quito arrancó del panóptico y linchó al líder liberal hace un siglo; tampoco lo eran los que asesinaron a los jueces de la Corte Suprema de Colombia hace algo más de veinte años. El linchamiento es una práctica de *civilizados*, lo que por supuesto no descarta que sea un crimen que eventualmente lo puedan cometer originarios, del mismo modo que pueden cometer cualquier otro delito y, lo cometa quien fuere, siempre será una aberración, una brutalidad incalificable, *pero no es ninguna sanción practicada por ninguna comunidad originaria* reportada como tal por ningún antropólogo ni por ningún testigo responsable, y en cualquier caso debe ser materia de pena formal.

El argumento del linchamiento pierde consistencia y sólo puede esgrimirse como un modo de infundir miedo en la población y de descalificar la iniciativa de reconocimiento penal del pluralismo cultural.

29 Sobre linchamientos en pleno siglo XX, después de finalizada la guerra 1914-1918: Ginzberg-Eichner, *El negro y la democracia norteamericana*, México, 1964, pp. 254 y ss.

30 Véase Gustavo Le Bon, *La psicología política y la defensa social*, Madrid, 1912; del mismo autor, *Psicología das multidoes*, Rio de Janeiro, 1954; Scipio Sighele, *I delitti della folla*, Torino, 1910; J. M. Ramos Mejía, *Las multitudes argentinas*, Buenos Aires, 1912; en general sobre la criminalización de las multitudes y de sus líderes, Jaap Ginneken, *Folla, psicología e politica*, Roma, 1989.

VI. Las disposiciones proyectadas**

En base a las consideraciones antes señaladas y no habiendo disponibles modelos o textos señeros, la labor de proyectar disposiciones que provean el reconocimiento de la pluralidad cultural en campo penal debe ser creativa e imaginar sus posibles implicancias, procurando abrir camino en la materia, con conciencia de la importancia que esta tarea puede tener, no únicamente para Bolivia sino también para la región.

Por supuesto que existe una concepción antropológica básica que nutre todo el texto proyectado y que, por ende, también abarca las disposiciones referidas al pluralismo cultural: es *la idea del ser humano como persona*, dotada de autonomía moral, impuesta por el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y que rechaza de plano toda discriminación jerarquizante de seres humanos.

El racismo positivista envenenó a tal punto la civilización industrial que culminó con el genocidio europeo del siglo XX. La ideología colonialista se enredó entre los dedos de los propios colonizadores y terminó en una catástrofe sin precedentes. El artículo primero de la Declaración de 1948 parece un inocente principio ético fuera de contexto histórico, pero en el contexto de su momento cultural, significó el compromiso de la comunidad de naciones para archivar definitivamente el racismo biologizante que había llevado a la masacre.

El positivismo criminológico, con su *peligrosismo* policial, no fue otra cosa que uno de sus capítulos. Cada vez que se invoca la expresión *peligrosidad* en el derecho penal, se está apelando a un concepto del ser humano como mera cosa o ente —no como persona— y, si queremos decirlo claramente y con todas las letras, se está volviendo al racismo genocida.

De allí que todo el texto proyectado se base sobre la idea del ser humano como persona, traducida al campo penal como derecho penal de culpabilidad y de acto, descartando toda posibilidad o brecha de derecho penal de peligrosidad y de autor.

** Ver Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Bolivia, realizado por la Comisión de Reforma Integral del Código Penal de Bolivia.

En este entendimiento, el texto proyectado no define los límites del sistema comunitario, porque entendemos que éstos se establecen por sí mismos. Se planteó la cuestión de las personas pertenecientes a etnias originarias en medios urbanos, pero éstas no pueden ser derivadas a la justicia comunitaria sencillamente porque en los medios urbanos no existen las autoridades comunitarias y, por ende, falta quien haga efectiva esa justicia. Es elemental que la justicia comunitaria se aplica cuando hay una autoridad comunitaria, y este es el límite natural de su operatividad.

Esto no significa desconocer que en el medio urbano se puede establecer —y sería deseable— un sistema de solución de conflictos mediante una autoridad de menor cuantía, como pueden ser jueces de paz o de vecindad, con competencia para resolver restaurativamente los conflictos, aprovechando los valores culturales de las etnias originarias de pertenencia de las personas involucradas, pero esto no sería justicia comunitaria, sino justicia oficial impartida con aprovechamiento de esos valores.

En los principios señalados en el artículo 1º del texto proyectado, se incorporan dos disposiciones. Conforme a la primera³¹ se establece que en caso de duda acerca de la competencia, ésta se resolverá a favor del sistema que *mejor resuelva el conflicto, respete el pluralismo cultural y conserve o restablezca la paz social*. Tenemos la certeza de que en la mayoría de los casos este sistema ha de ser el de la justicia comunitaria, pero no creemos conveniente establecer un *in dubio* en favor invariable de ésta, pues en casos concretos puede no resultar verdadero desde el punto de vista de la conveniencia social, que se fija como objetivo prioritario.

La segunda regla establecida en el artículo 1º³² indica que para establecer la responsabilidad penal en cualquier caso deberán tomarse en cuenta *la cosmovisión y los valores culturales de los protagonistas del conflicto*. Esta regla se refiere a la justicia oficial y a la aplicación del código. La mayor parte de la población comparte valores de pueblos originarios y, por consiguiente,

31 “11º.- (*Pluriculturalidad*) Toda duda acerca de los límites de la competencia de la justicia comunitaria será decidida a favor de la jurisdicción que mejor resuelva el conflicto, respete el pluralismo cultural y conserve o restablezca la paz social”.

32 “13º.- (*Valores culturales*) La responsabilidad penal en todos los casos se establece tomando en cuenta la cosmovisión y los valores culturales de los protagonistas del conflicto”.

debe imponerse a los magistrados la obligación de tomarlos en cuenta a la hora de establecer la responsabilidad y cuantificar la reacción punitiva del estado. Nadie puede juzgar el comportamiento de otra persona si no es capaz de colocarse en la situación del infractor para valorar su grado de malicia en cada caso y establecer la reprochabilidad y su cuantía.

Los artículos 11 al 14 del proyecto son los que ocupan el título segundo, o sea, los propiamente referidos a la justicia comunitaria, o sea, al sistema alternativo de resolución de conflictos. El artículo 11 establece la competencia de la justicia comunitaria. Su inciso primero³³ establece que la ley penal no se aplica a quienes viven en una comunidad cuando para su cultura el hecho no configure un delito. De cualquier modo y como garantía elemental, aunque no se hayan detectado casos, se exceptúan casos extremos referidos a bienes jurídicos fundamentales.

El inciso segundo se refiere a hechos que según la ley penal son delitos³⁴, pero que son juzgados y sancionados por la justicia comunitaria como infracciones. Lo único que se exige como límite en este supuesto es que la sanción comunitaria no resulte insignificante cuando se trate de hechos contra bienes jurídicos fundamentales, considerando que la insignificancia de la reacción penal importa prácticamente una impunidad que, referida a esos bienes jurídicos, no debe ser tolerada.

El artículo 12 del texto proyectado se refiere a los casos de penas crueles, inhumanas o degradantes³⁵. No se incluyen aquí los casos de linchamiento, porque, como hemos dicho, no se trata de penas comunitarias y, en caso de producirse, quedan fuera del concepto mismo de justicia comunitaria.

33 "1º A hechos cometidos por personas que vivan en una comunidad perteneciente a una cultura originaria conforme a la cual no constituyan delito, salvo que se trate de hechos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual cuya impunidad importe una grave lesión a la dignidad humana".

34 "2º A hechos cometidos por una persona perteneciente a una cultura originaria, considerados como infracción y sancionados por su comunidad, siempre que ésta lo juzgue y sancione, salvo cuando, en hechos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual, la sanción comunitaria sea notoriamente insignificante en relación a la gravedad del hecho".

35 "Artículo 12.- (*Penas crueles, inhumanas o degradantes*) Las penas que impongan las culturas originarias no serán crueles, inhumanas o degradantes. En caso de serlo y haberse ejecutado, el tribunal se limitará a comunicarlo al Poder Ejecutivo, a efectos de que adopte las medidas de política cultural que mejor convengan para evitar reiteraciones de tales penas en la comunidad".

ria y no sería más que un delito cometido por algunos miembros de la comunidad. La referencia está vinculada a algunas penas físicas. Si éstas han tenido lugar y la noticia llega a estrados judiciales, se establece que el tribunal comunique lo sucedido o la práctica al Poder Ejecutivo, para que éste instrumente los planes culturales tendentes a evitar estas penas en el futuro. No es admisible que en tales supuestos el derecho penal legal intervenga con su sistema de sanciones, porque destruiría la cultura comunitaria, que debe evolucionar, pero no ser desarticulada y, por ende, la única forma de conducir la evolución es un programa social y no la intervención penal.

Queda claramente establecido que cuando la pena se ha ejecutado, aunque sea cruel, inhumana o degradante y, por tanto, prohibida según derecho constitucional, lo cierto es que el infractor la ha sufrido y, por ende, no puede nunca imponérsele otra pena legal, porque se violaría la prohibición de doble punición.

El segundo párrafo del artículo 12 proyectado³⁶ tiene en cuenta que muchas de estas penas, por más que resulten constitucionalmente prohibidas, no son en realidad verdaderas torturas ni mucho menos, sino rituales de reincorporación a la comunidad, que tienen una importancia capital para el restablecimiento de la paz en su seno. Por tal razón, creemos que deben excluirse del concepto de pena cruel, inhumana o degradante, dado que no resulta serlo dentro del contexto cultural en el que tienen lugar. Lo que en una sociedad verticalizada o corporativizada — como la de la civilización industrial— importaría un sometimiento a la vergüenza pública restaurativo de la picota, *pelourinho* o *columna infame*, curiosamente recomendado en nuestros días (la famosa *shame* de algunos criminólogos recientes), en una comunidad en que las relaciones son mucho más complejas y horizontales y las personas mucho menos intercambiables y más individualizadas, la exhibición pública de la penalidad suele asumir la forma de una *limpieza* de la persona, que de ese modo vuelve a su seno sin mácula.

36 “No se considerarán penas crueles, inhumanas o degradantes las que cumplan la función de ritual de reincorporación a la comunidad y tampoco las que importen para el infractor un sufrimiento, lesión o privación menor que el que le significaría la pena de este Código”.

El artículo 13 proyectado³⁷ insiste en la prohibición de doble punición, no sólo cuando la pena comunitaria se haya ejecutado, sino incluso en el caso en que resulte inevitable en el futuro, pues se sabe que cuando la persona retorna a la comunidad inexorablemente le será aplicada. En tales supuestos el tribunal prescindirá de pena y dejará que opere sólo la justicia comunitaria, salvo el supuesto de pena comunitaria exigua, en cuyo caso descontará ésta de la que le imponga.

Por último en el artículo 14³⁸ se prevé el supuesto de infracciones al derecho comunitario que no constituyen delitos para la ley penal. Del mismo modo, se reconoce la competencia de las comunidades originarias para sancionarlas, con los consabidos límites constitucionales, o sea, cuando no importan discriminaciones intolerables, lo que por regla no aparecen registradas por los antropólogos.

Fuera de las disposiciones referidas a la justicia comunitaria hay otras proyectadas que interesan al reconocimiento del pluralismo cultural.

El artículo 19 proyectado se refiere al error y mantiene en general el texto vigente. No obstante, en cuanto al error de tipo, se ha intercalado un segundo párrafo³⁹ referido al *error de tipo culturalmente condicionado*. Tenemos especialmente en vista que una cultura originaria puede tener una idea diferente de la causalidad, por ejemplo y, por ende, lo que para nosotros sería una agresión o una lesión, para las personas que comparten esa visión puede ser un tratamiento curativo.

A continuación del error de prohibición propiamente dicho, en el mismo dispositivo, se prevé el *error de comprensión*⁴⁰. La comprensión de la crimi-

37 "Artículo 13.- (*Prohibición de doble punición*) En cualquier caso, cuando se haya ejecutado una pena impuesta por una comunidad perteneciente a una cultura originaria o sea inevitable que la persona la sufra en el futuro, el tribunal no impondrá la pena prevista en la ley penal. Si la pena ejecutada o inevitable fuese notoriamente exigua, el tribunal impondrá una pena atenuada tomando en cuenta la sanción sufrida o inevitable".

38 "Artículo 14.- (*Hechos no punibles conforme a este Código*) Las comunidades pertenecientes a culturas originarias podrán sancionar como infracciones conductas no contempladas en la ley penal, siempre que las prohibiciones no sean discriminatorias o afecten la dignidad de la persona y las sanciones no son crueles, inhumanas o degradantes".

39 "Tratándose de personas pertenecientes a culturas originarias, el tribunal tendrá especialmente en cuenta los condicionamientos culturales que impidan o dificulten el reconocimiento de los elementos constitutivos del tipo penal".

40 (*Error de comprensión*) También se excluye la culpabilidad cuando el agente por su cultura o costumbres no comprenda la criminalidad de su obrar o no se le pueda exigir que adecue su conducta

nalidad no es la adquisición de un mero conocimiento. Todos podemos conocer valores de otras culturas, incluso exóticas, pero eso no importa comprensión. Se exige la comprensión cuando hay efectiva posibilidad de comprensión por parte de la persona, lo que implica que la persona haya tenido la posibilidad de incorporar el valor a su equipo psicológico como rector de su conducta, es decir que le haya sido posible internalizar o introyectar el desvalor jurídico. Hay casos en que la persona conoce el desvalor, pero no puede proceder a su introyección. Esto sucede cuando se trata de un ser humano que padece una gravísima atrofia de la esfera afectiva o emocional, como son las personalidades psicopáticas, en cuyo caso hay una severa dificultad de internalización de cualquier valor. Pero otro supuesto tiene lugar cuando existe todo un marco cultural (normativo) introyectado, al cual le resulta repugnante o intolerable el valor de la otra cultura. Si cualquiera de nosotros cae en una tribu antropófaga, no nos sería exigible que incorporemos el desvalor de negarnos a comer carne humana, por mucho que eso sea una terrible ofensa para esa cultura. Del mismo modo, puede resultar inaceptable para una persona de una cultura originaria nuestro ritual y práctica funeraria, en cuyo caso no se le podría reprochar que procediese con el cadáver de su pariente de acuerdo con la suya propia, por mucho que violase normas consideradas de seguridad higiénica o pública por nosotros.

El inciso 4º del artículo 62⁴¹, que establece en general los criterios para la cuantificación de la penalidad, en consonancia con el inciso 4º del artículo 1º⁴², hace una clara referencia a la co-culpabilidad. Ninguna sociedad otorga ni ha otorgado jamás a sus habitantes los mismos espacios sociales, y mucho menos en las sociedades sumamente estratificadas como son las nuestras. Por consiguiente, es importante que siempre que haya que cuantificar la pena y,

a dicha comprensión. Cuando por las mismas causas no se excluya totalmente la posibilidad de comprensión o de adecuación de la conducta, el tribunal podrá establecer la pena conforme al grado de exigencia que podría formularse”.

41 “4º Las circunstancias que concurren en el delito y, especialmente, las económicas, sociales y culturales del procesado. En particular, el juez deberá considerar las carencias de cualquiera de estos órdenes que padezca y que hayan influido en su obrar”.

42 “4º.- (*Culpabilidad y co-culpabilidad*) No hay pena sin culpabilidad y en la medida de ésta. La culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena. Para determinar el reproche de culpabilidad se tendrán en cuenta también las posibilidades reales que la sociedad haya ofrecido al infractor para comportarse de otra manera”.

por ende, el reproche personalizado que se traduce en su cuantía, cargue la sociedad con la parte que le corresponde por no haberle proporcionado mayor espacio social al infractor, o bien, que éste cargue con mayor reproche por haber sido beneficiado con un mayor espacio. Los grupos de riesgo existen en todas las sociedades y es deber de la autoridad ocuparse de ellos disminuyendo los factores de riesgo que provengan de privaciones o carencias alimentarias, sanitarias, educativas, etc. En la medida en que esto no se ha hecho, no se pueden cargar al reproche del infractor del mismo modo en que se lo haría respecto de otro habitante que no hubiese sufrido esas circunstancias.

Por último, en los casos de delitos que son declarados casos de particular gravedad y que merecen especial atención en razón de los bienes jurídicos lesionados y del modo en que lo han sido, se abre una participación de la comunidad, pertenezca ésta a la cultura que sea, remedando el origen del jurado popular, que comenzó siendo un grupo vecinal consejero del juzgador. Así, el artículo 87 proyectado dispone que el tribunal no tomará ninguna medida de determinación de la pena ni en el curso de su ejecución (sustitución de penas), sin antes consultar a cinco ciudadanos del lugar de comisión del hecho o del domicilio del infractor, o de ambos, tomados al azar del padrón electoral⁴³. De esta forma, se aporta una opinión valiosa al tribunal en cuanto al efecto que sus decisiones tengan para el restablecimiento o conservación de la paz social.

Creemos de esta manera haber dado una amplia relevancia al pluralismo cultural en el texto proyectado. No obstante, dado que no existen antecedentes rectores en la legislación comparada de la región, señalamos la conveniencia de la difusión amplia de este texto para su discusión. Seguramente de la propia comunidad surgirán iniciativas que sirven para mejorar y enriquecer lo proyectado.

43 “El tribunal también oír en forma personal y directa, en audiencia privada y secreta, a cinco ciudadanos de la comunidad, pueblo, municipio o vecindad del domicilio del condenado y del lugar donde se hubiese cometido el delito o de ambos, sorteados del padrón electoral”.

VII. Bibliografía

- Black, Edwin, *War against the weak. Eugenics and America's campaign to create a master race*, New York, 2003.
- Brookfield, F. M. (Jock), *Waitangi and Indigenous Rights*, Auckland University Press, 1999.
- Bunge, Carlos Octavio, *Nuestra América, Ensayo de psicología social*, Buenos Aires, 1903.
- Calasso, Francesco, *Medio Evo del Diritto*, Milano, 1954.
- Conrad, Joseph, *Heart of Darkness*, Firenze, 2005.
- Da Cunha Gonçalves, Luís, *Direito Hindú e Mahometano. Comentário ao Decreto de 16 de Dezembro de 1880 que ressalvou os usos e costumes dos habitantes nao cristãos di distrito de Goa na Índia Portuguesa*, Coimbra, 1923.
- De Medina y Ormaechea, Antonio A., *La Legislación Penal de los Pueblos Latinos*, México, 1899.
- Dic, Daniel, *Volti della degenerazione: una síndrome europea 1848-1918*, Firenze, 1999.
- Ginneken, Jaap, *Folla, psicología e politica*, Roma, 1989.
- Ginzberg-Eichner, *El negro y la democracia norteamericana*, México, 1964.
- Hegel, Georg Wilhelm, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, 1980.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan, edited with an Introduction by C. B. Macpherson*, London, 1985.
- Jakobs, G., Norm, *Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 1999.
- Knisely Huggins, Martha, *From Slavery to Vagrancy in Brasil. Crime and Social Control in the Third World*, New Jersey, 1985.
- Le Bon, Gustavo, *La psicología política y la defensa social*, Madrid, 1912
- , *Psicología das multidoes*, Rio de Janeiro, 1954.
- , *Scipio Sighele, I delitti della folla*, Torino, 1910.
- Lombroso, Cesare, *L'uomo delinquente*, 3ª ed., Torino, 1884.
- Meredith, Martin, *The State of Africa, A History of Fifty Years of Independence*, London, 2006.
- Minguijón, Adrián, *Historia del Derecho Español*, Barcelona, 1933.

- Morrison, Wayne, *Criminology, Civilization and the New World Order*, London, 2006.
- Nina Rodríguez, Raimundo, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, Bahia, 1894.
- Ramos Mejía, J. M., *Las multitudes argentinas*, Buenos Aires, 1912.
- Ricciardi von Platen, Alice, *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*, Firenze, 2000.
- Serrano Gómez, Alfonso, *Historia de la Criminología en España*, Madrid, 2007.
- Vela, David, *Vida, pasión y muerte de los códigos de Livingston*, en “Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales”, año I, nº 0, 1991.