

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE

ABOGADO

**“LA DIVERSIDAD CULTURAL FRENTE A LA JUSTICIA PENAL
ORDINARIA: VIABILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN
CULTURALMENTE CONDICIONADO EN LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR”**

NOMBRE: MARIO ALEXYS FERNÁNDEZ GARCÍA

DIRECTOR: DAVID ALBERTO CORDERO HEREDIA

QUITO, JULIO 2017



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador

*Dr. J. (por favor agregar a la
carpeta del estudiante) Jb
2017/07/26*

Quito, 25 de julio de 2017

Señor doctor

Gonzalo Vaca Dueñas

Secretario Abogado de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

En contestación al oficio No. 078-SJG-2017, de 19 de julio de 2017, a través del cual se me corrió traslado con la designación de Profesor Informante de la disertación de abogacía titulada "LA DIVERSIDAD CULTURAL FRENTE A LA JUSTICIA PENAL ORDINARIA: VIABILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR" del estudiante Mario Alexys Fernández García, me permito, dentro del plazo señalado para el efecto, presentar mi informe en los siguientes términos:

- A) El error de prohibición es un tema de gran polémica y discusión en la doctrina penal, que en Ecuador tiene aún mayor importancia, por ser éste un país que en la que conviven diferentes culturas, tradiciones y conceptos jurídicos.
- B) El tesista abarca el tema con absoluta seriedad, enfocando la principal parte de su tesis a un muy bien estructurado y completo análisis de la cultura como fenómeno humano, haciendo además un extenso análisis de la diversidad cultural, temas que son la base fundamental del enfoque penal que utiliza con posterioridad.
- C) Considero que estamos frente a una muy buena tesis, aunque, por ser un tema que abarca tantas materias y posiciones incluso no jurídicas, descuida tratar con mayor profundidad la teoría de la pena, desde todas sus corrientes. Por otro lado, es imperdonable que una tesis con este tema no haya citado al menos una obra de Emiliano Borja Jiménez, la fuente más importante con la que hubiese contado el disertante.
- D) Por todas las consideraciones expuestas, califico con 9 sobre 10 la disertación de abogacía cuyo análisis, lectura e informe se me ha encomendado.
- E) Además, considero que en caso de tratar con más profundidad el campo penal, como eh dejado señalado, es una tesis impecable, que sin duda podría ser objeto de publicación.

Atentamente,


Dr. Felipe Rodríguez Moreno
Profesor Informante

*6
Recibido a las 10:07*

Quito, 24 de julio de 2017

Sr. Dr. Gonzalo Vaca
Secretario Abogado de la facultad de jurisprudencia de la PUCE
Presente.-

INFORME DE LECTORÍA DE TESIS

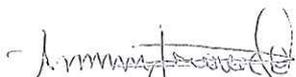
Alex Iván Valle Franco, docente de la facultad de jurisprudencia de la PUCE, respecto del oficio No. 079-SJG-2017 de 19 de julio de 2017, en el cual se me designa como lector de la disertación de abogacía del Sr. Mario Alexys Fernández García, cuyo trabajo se intitula: "La diversidad cultural frente a la justicia penal ordinaria: viabilidad del error de prohibición culturalmente condicionado en la república del Ecuador", debo manifestar:

Respecto de los aspectos formales debo manifestar que la tesis tiene una buena redacción, y tiene una estructura bastante coherente. El autor sigue el hilo conductor de su trabajo y logra captar la atención del lector. Existen; sin embargo, pocos errores de ortografía y de sintaxis.

Sobre el trabajo de fondo, el autor demuestra conocimiento del tema, el cual es reforzado por las teorías y argumentos de expertos en la materia. Adicionalmente, se complementa la información con varias entrevistas y el análisis de un caso hipotético que ayuda a comprender el desarrollo de sus afirmaciones. En definitiva el trabajo es bastante argumentado y desarrolla un buen debate entre los diversos puntos de vista respecto del error de prohibición culturalmente condicionado. Otro aspecto relevante de su trabajo es el hecho de su novedad, ya que sobre el tema en el país muy poco se ha investigado, en ese sentido constituye una buena contribución. Respecto de las conclusiones y recomendaciones pienso que el autor pudo haber explotado de forma más completa dichos acápites de sus tesis dado que tiene un buen análisis teórico y casuístico.

Por todo lo mencionado, mi decisión respecto del trabajo de tesis es de APROBARLO CON LA NOTA DE 10 SOBRE 10. Adicionalmente recomiendo su publicación siempre y cuando se realicen pequeños ajustes a la investigación. Particular que comunico a usted para que se sirva realizar los trámites posteriores pertinentes.

Atentamente,



Alex Iván Valle Franco PhD.
Facultad de Jurisprudencia de la PUCE

Recibido 29/07/2017

DEDICATORIA

A mi madre, herma y padre, por su apoyo y amor incondicional.

AGRADECIMIENTOS

A mi hermana, por su generosidad infinita.

A mi padre, por sus consejos llenos de sabiduría.

A mi madre, por inculcar en mí el valor para luchar por mis sueños, por ser un ejemplo de constancia y dedicación.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of Ecuador in 2008, prescribes the interculturality and plurinationality, promotes respect for cultural identity, provides a catalogue of rights for indigenous nationalities and recognizes legal pluralism. This has not been enough to solve the problems that arise when a practice or culturally behavior accepted by certain indigenous groups must be judge by the ordinary criminal justice. That is why this research aims to analyze the feasibility of the mistake as to the wrongfulness (or) unlawfulness of the offense as a tool for the judge to allow him to take into account the cultural element in determining the possible criminal responsibility of the involved indigenous.

RESUMEN

A pesar de que la Constitución de la República del Ecuador de 2008 prescribe la interculturalidad y plurinacionalidad, promueve el respeto a la identidad cultural, prevé un catálogo de derechos a los pueblos y nacionalidades indígenas y reconoce el pluralismo jurídico, no ha sido suficiente para resolver los inconvenientes que surgen cuando una práctica o conducta culturalmente aceptada por determinado pueblo indígena debe ser juzgada por la justicia penal ordinaria. Es por esto que en la presente investigación se pretende analizar la viabilidad de la institución del error de prohibición como una herramienta que permita al juzgador tomar en cuenta el elemento cultural a la hora de determinar la posible responsabilidad penal del indígena implicado.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I: LA CULTURA Y SU INFLUENCIA EN EL SER HUMANO	6
1.1. Desarrollo del concepto antropológico de Cultura.	6
1.2. La influencia de la cultura en el ser humano.	13
CAPÍTULO II: LA DIVERSIDAD CULTURAL EN EL CONTEXTO INTERCULTURAL Y PLURINACIONAL ECUATORIANO.	19
2.1. El Etnocentrismo.	20
2.2. El Multiculturalismo previo a la Constitución de la República del Ecuador de 2008.	25
2.3. La Interculturalidad.	37
2.4. La Plurinacionalidad.	42
CAPÍTULO III: EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO.	53
3.1. El error de prohibición.	55
3.2. El error de comprensión.	64
3.2.1. Análisis de la figura del error de comprensión.	70
3.2.2. El error de comprensión culturalmente condicionado en la legislación penal peruana. ⁷³	
3.3. Caso hipotético	91
3.3.1. Análisis y resolución del caso en función del error de prohibición culturalmente condicionado.	93
3.3.2. Viabilidad del error de prohibición culturalmente condicionado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.	101
4. CONCLUSIONES	114
5. RECOMENDACIONES	118
6. BIBLIOGRAFÍA	120

INTRODUCCIÓN

A lo largo de tiempo, la diversidad cultural ha sido abordada desde distintas maneras en el ámbito nacional ecuatoriano. Inicialmente, los pueblos y nacionalidades indígenas fueron relegados y discriminados bajo una premisa etnocentrista que ubicaba al modelo “blanco-mestizo” como el arquetipo de la sociedad ecuatoriana y a lo indígena como un grupo inferior conformado por individuos abyectos e incapaces de valerse por sí solos, desprovistos de varios derechos que a los “civilizados” sí les eran reconocidos. Con el tiempo, se cuestionó aquel modelo abiertamente injusto y discriminatorio y se inició un proceso de visibilización indígena en las esferas sociales, políticas y jurídicas y que, gracias al impulso de los movimientos y luchas indígenas, para la década de los noventa pudo instaurarse un modelo que reconocía finalmente el contexto pluricultural ecuatoriano, conocido como multiculturalismo. El problema de aquel multiculturalismo es que se trataba de un modelo basado en la tolerancia, es decir, el reconocimiento de lo indígena tenía lugar siempre y cuando no afectara o no fuera en contra de lo que lo “blanco-mestizo” dictaba, de ahí que el multiculturalismo terminó por concebir a lo indígena como algo aparte, como un segmento distinto a la sociedad mestiza, a la vez que ignoraba que las estructuras etnocentristas y discriminatorias heredadas desde la época colonial seguían vigentes y al servicio del modelo monocultural nacional.

Como respuesta a lo anteriormente mencionado, a partir del año dos mil ocho, se propone un nuevo modelo. La identidad cultural, los derechos de los pueblos indígenas, el respeto y protección de las tradiciones ancestrales y, en general, la diversidad cultural, a partir de la Constitución de la República del Ecuador vigente, tienen un nuevo alcance gracias a la Interculturalidad y Plurinacionalidad. Este nuevo modelo no se limita al simple reconocimiento de la diversidad y a la coexistencia de distintas culturas dentro del territorio ecuatoriano, impulsa y fomenta la interacción e intercambio cultural dentro de un marco de igualdad, respeto y aprendizaje mutuo. Las críticas no se han hecho esperar y es que aquel modelo intercultural y plurinacional justamente iba encaminado a aquello, a desafiar conceptos y paradigmas que habían dominado ampliamente sin cuestionamiento alguno.

El inconveniente, si se quiere llamar así, es que en algunos casos ese cuestionamiento no ha logrado ser adecuadamente abordado y ha devenido en una especie de contradicción, ya que por un lado se celebra y se reconoce la diversidad cultural y, por el otro, se sigue defendiendo y aplicando un modelo jurídico basado en un concepto monocultural de la sociedad ecuatoriana. Un claro ejemplo de ello es lo que sucede en la esfera penal; la Constitución de Montecristi reconoce la identidad cultural y el derecho a los colectivos indígenas a mantener sus formas de organización social, política y jurídica, pero, cuando dichas formas, aceptadas culturalmente por el pueblo indígena, se subsumen a aquello que la cultura mestiza o cultura dominante prohíbe o condena a través de su legislación penal, se llega a un escenario de difícil solución. De ahí que se ha visto la necesidad de que para ser consecuentes con el modelo que se ha instaurado desde el año dos mil ocho, es necesario un adecuado y justo trato a los indígenas que lleguen a ser juzgados por la justicia penal ordinaria, caso contrario, la interculturalidad y plurinacionalidad serían simplemente una herramienta de la cultura mestiza para maquillar una imposición cultural donde lo indígena es lo equivocado y lo mestizo es el parámetro o el arquetipo, reproduciendo las estructuras coloniales, etnocentristas y discriminatorias que, se supone, se intentan erradicar.

Tomando en cuenta lo anteriormente mencionado, la presente disertación pretende aclarar el alcance y la influencia que tiene la cultura en el ser humano, así como la importancia del reconocimiento de la interculturalidad y plurinacionalidad en el ámbito ecuatoriano, todo ello con el fin último de plantear y analizar una alternativa viable que permita manejar justa y adecuadamente aquellos casos penales que necesiten una valoración cultural diferente. Desde la doctrina, el error de prohibición se ha planteado como alternativa toda vez que permite tomar en cuenta al elemento cultural como un elemento que podría condicionar o hasta eliminar de la posibilidad del individuo de conocer la antijuridicidad del hecho. Sin embargo, para el caso ecuatoriano, no basta con la simple aplicación de dicha figura, es necesario también trasladar aquello que se dice de la diversidad cultural, desde el año dos mil ocho, a la esfera penal, de ahí que se ha pensado en la viabilidad de un error de prohibición culturalmente condicionado enmarcado en las propuestas de interculturalidad y plurinacionalidad.

Se debe aclarar que esta investigación no se enfoca en el análisis de la justificación del reconocimiento de la interculturalidad o de la plurinacionalidad, sino que se centra en las

ideas y las reivindicaciones que aquellas persiguen. Asimismo, no se pretende profundizar respecto al tema del pluralismo jurídico y la compleja discusión entre los límites y conflictos entre la justicia indígena y justicia ordinaria, ya que, como se verá más adelante, se parte del supuesto de que, de una u otra forma, el indígena o sujeto culturalmente condicionado debe ser juzgado por la justicia penal ordinaria y en esta última es donde se pretende analizar la viabilidad del error de prohibición culturalmente condicionado.

Bajo este orden de ideas, el Capítulo I aborda el desarrollo antropológico del término “cultura” con la intención de dejar sentada la idea de que es erróneo reducirla a su aspecto material. Luego, se aborda y se diferencia los distintos conceptos que desde la Antropología se han planteado con miras a demostrar el grado de complejidad que a dicho término le es intrínseco. Todo ello, para identificar la influencia de la cultura en la percepción que el ser humano tiene del mundo que le rodea.

Revisado el concepto de cultura y su influencia en el ser humano, en el Capítulo II se revisa el tema de la diversidad cultural, para lo cual se inicia con el estudio de la corriente etnocentrista como una de las primeras perspectivas que dominaron cuando de diferencias culturales se ha tratado. Esto, en razón de entender de mejor manera la transición que existió desde el multiculturalismo de la década de los noventas al modelo de la interculturalidad prescrita por la Constitución de Montecristi de 2008. Revisada la propuesta de la interculturalidad, se pasa al estudio de la plurinacionalidad como una propuesta que desafía el monismo jurídico y que supone un reconocimiento a favor de la autodeterminación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Teniendo claro y muy presente la complejidad de la dimensión cultural del ser humano, el trato históricamente injusto de los pueblos indígenas y las nuevas propuestas a favor de la diversidad cultural a partir del año dos mil ocho, el capítulo final del presente trabajo académico está dirigido a congeniar lo antes referido con la difícil labor del juzgador al momento de sustanciar y resolver un caso penal que necesite una valoración cultural diferente. De ahí que en el Capítulo III se inicie con el estudio de la naturaleza jurídica del error de prohibición como una de las vías que desde la doctrina se ha planteado para el tratamiento de dichos casos. Luego, se aborda al error de comprensión como un tipo prohibición específicamente pensado para un estado pluricultural y que ya goza de

reconocimiento normativo expreso en el Estado peruano, a fin de identificar los postulados, ideas y críticas que giran en torno a dicha figura. Todo ello, con miras a plantear y analizar la viabilidad de un error de prohibición culturalmente condicionado, figura que, como se ve más adelante, no solo evita que al indígena se le califique como un individuo carente de capacidad de culpabilidad por el solo hecho de ser diferente; o que permita al juzgador tomar en cuenta la cultura del indígena a fin de determinar si, en la circunstancia concreta, a aquel indígena le era o no exigible una conducta distinta de la que ha desplegado; sino que, en caso de ser necesaria la imposición de una sanción, aquella debe ser intercultural y materializada en una pena alternativa a la prisión.

CAPÍTULO I: LA CULTURA Y SU INFLUENCIA EN EL SER HUMANO

La cultura generalmente ha sido reducida a su aspecto material, es decir, ha sido percibida como el conjunto de utensilios o prácticas más o menos uniformes. Sin embargo, aquella concepción es limitada y no permite identificar la verdadera influencia que tiene la cultura sobre el ser humano, de ahí la necesidad de desarrollar en el presente capítulo el concepto antropológico de cultura y su incidencia en la percepción que tiene el ser humano del mundo que le rodea.

1.1. Desarrollo del concepto antropológico de Cultura.

Inicialmente, “cultura” era un término que evocaba al cultivo de la tierra o el cuidado de los campos. Esta acepción dominó hasta mediados del siglo XVI, cuando se aparta de sus connotaciones agrarias y empieza a ser utilizada en sentido figurado para designar o referirse al desarrollo de una facultad, lo cual fue aceptado en el ámbito académico en el siglo XVIII al ser incluida en el *Dictionnaire de l'Académie Française* y en la *Enciclopedia*. En dicho periodo, “cultura” era acompañada de un complemento para aclarar o precisar su significado como “cultura de las artes” o “cultura de las ciencias” (Cucho, 1996) (Gómez, 2016).

Posteriormente, el término fue individualizado y, manteniendo su uso en sentido figurado, fue utilizado para referirse a la acción de cultivar la mente, de instruirla o educarla. Luego, dejaría de denotar una acción y pasa a ser aceptada como un estado, es decir, “cultura” remitía a la idea de una mente cultivada, de refinamiento y educación del individuo. Dicha acepción fue introducida en el diccionario de la Academia Francesa en su edición 1798¹. A partir de ello, “cultura” pasó a ser considerada como una característica del ser humano que implicaba la suma de saberes acumulados y transmitidos a través del tiempo. Debido a esto, dicho término fue relacionado con la idea de evolución o progreso, acepción² que se

¹ El diccionario de la Academia Francesa en su edición 1798 puede ser revisado en el siguiente link: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k50405t/f1.image>

² Se debe agregar que durante el siglo XVIII el término “cultura”, si bien empezaba a tener cabida y difusión en el resto de metrópolis, en territorio francés gozaba de mayor aceptación el término “civilización”. Ambos estaban asociados al progreso, sin embargo, “civilización” fue el término más utilizado por los pensadores franceses para remitirse a la idea del refinamiento de las costumbres y a la educación de un individuo, de manera que solo los habitantes de la ciudad o *civitas* eran considerados individuos refinados. Posteriormente

expandió a grandes metrópolis como Milán, Ámsterdam, Madrid, Lisboa y Berlín, entre otras (Cuche, 1996) (Gómez, 2016).

Ciertamente los franceses no fueron los únicos que se ocuparon del tema, hubieron otros aportes de distintas procedencias, entre los cuales, se debe resaltar el caso alemán. Durante el siglo XVIII, la nobleza alemana estaba prácticamente aislada de las demás capas sociales y los burgueses estaban desprovistos de cualquier acción política, además, la burguesía consideraba que la aristocracia alemana debía ocuparse de la literatura y el arte en lugar de destinar todo su tiempo a imitar a la corte francesa y su idea de refinamiento (Gómez, 2016) (Cuche, 1996).

Elias Nobert, citado por Denys Cuche, sostenía que la burguesía alemana era una clase social que dudaba de sí misma y que se sentía “*relativamente alejada del poder y de los honores...*” (Cuche, 1996, pág. 17). Es por esta razón que de acuerdo a Denys Cuche la burguesía alemana acudió a la cultura como un instrumento de oposición y crítica a la aristocracia con el objetivo de encontrar su legitimación social. Esta capa social relacionó dicho término con la idea de los “verdaderos valores” o valores fundados en la ciencia, el arte, la religión, la filosofía, es decir, todo aquello que ayude al enriquecimiento intelectual y espiritual pertenencia o podía ser considerado como cultura, por tanto, los burgueses al ser considerados los intelectuales podían ser considerados también como personas con “cultura”; en tanto que los aristócratas alemanes, al centrarse en el refinamiento del individuo, cultivaban únicamente valores superficiales o “cortesés”. Entonces, la burguesía plantea la idea de que la aristocracia alemana es refinada pero sin cultura. (Cuche, 1996) (Gómez, 2016) (Güell, 2016)

Una vez que la cultura fue entendida y aceptada de esta forma, se extendió a toda la nación alemana. Posteriormente, en un intento por unificar al pueblo alemán y dejar atrás la oposición entre burguesía y aristocracia, se empezó a utilizar el término “cultura” para reflejar la idea de un conjunto de atributos que “*...particularizan a una comunidad, como*

empezó a utilizarse el término “civilización” para referirse al proceso de evolución y desarrollo de la humanidad que la aparta de la ignorancia e irracionalidad. La “civilización” se presenta como aquel proceso de mejoramiento de las instituciones, legislación y educación que debe expandirse a todas las sociedades. Aquello devino en la idea de la existencia de pueblos más y menos civilizados, teniendo los primeros el deber de ayudar a los últimos (Cuche, 1996) (Gómez, 2016)

producto del paso del tiempo o como formación histórica que deviene en espíritu nacional o Volkgeist.” (Gómez, 2016, pág. 3). Ejemplo de ello es Johann Gottfried Herder, que en 1774, en base al Volksgeist o espíritu del pueblo, sostenía que cada pueblo, a través de su cultura, expresaba de forma particular un aspecto de la humanidad; que la cultura de cada pueblo es el orgullo de la misma. Entonces, en el pensamiento alemán, “cultura” dejó de ser un instrumento de legitimación social propio de la burguesía y pasa a ser entendida como un elemento que caracterizaba y unificaba a una comunidad (Cuche, 1996) (Gómez, 2016) (Güell, 2016).

Ya en el siglo XIX, la visión alemana basada principalmente en su concepción étnico-racial de nación, presenta a la “cultura” como:

...el conjunto de conquistas artísticas, intelectuales y morales que constituyen el patrimonio de una nación, considerado como adquirido de una vez y para siempre y que constituye el basamento de su unidad...que no debe confundirse con las realizaciones técnicas, relacionadas con el progreso industrial... (Cuche, 1996, pág. 18)

De acuerdo a Denys Cuche, los alemanes y franceses cuando abordaron el tema lo hicieron muy centrados en su contexto por lo que aquellas concepciones no definen realmente lo que la cultura implica. En su opinión, solo cuando se reconoció la problemática que planteaba la diversidad humana en el estudio de la especificidad del hombre, el término “cultura” fue realmente conceptualizado (Cuche, 1996) .

La propuesta científica del concepto cultura se lo realizó desde dos vertientes distintas: quienes creían que la ciencia de la cultura debía fundarse en un análisis comparativo, posteriormente identificada como Etnología; y, quienes creían que la ciencia de la cultura era una descripción de particularidades y expresiones propias de un pueblo que lo diferenciaba de otros, lo que actualmente se conoce como Etnografía (Cuche, 1996) (Gómez, 2016) (Kottak, 2011)

Dentro del primer caso se puede encasillar al autor británico Edward Burnett Tylor, quien proponía que el estudio de la cultura debía ser teórico comparativo, es decir, se debía utilizar

datos recopilados de varias culturas para compararlas entre ellas con el fin de distinguir las e identificarlas (Cucho, 1996) (Kottak, 2011).

Edward Burnett Tylor, citado por Conrad Phillip Kottak, conceptualizaba a la cultura de la siguiente manera:

La cultura [...] es esa totalidad compleja que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, las leyes, las costumbres y cualesquiera otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad (Kottak, 2011, pág. 29)

Dicho autor creía que la cultura es una expresión de la vida social humana que se transmite a través del tiempo (de forma inconsciente en la mayoría de casos) independientemente de cualquier motivo o razón biológica. Este autor proponía la idea de que la diferencia entre las sociedades primitivas y avanzadas está dada por el grado de desarrollo de su cultura, por ende, aquellos “*salvajes*” o “*incivilizados*”, que hasta entonces eran considerados como individuos fuera de la sociedad, realmente eran el inicio incipiente de la sociedad moderna o avanzada. Además, postuló la existencia de “*supervivencias culturales*”, que en palabras del mismo autor, implica la posibilidad de que en las sociedades actuales coexistan costumbres ancestrales y recientes. (Kottak, 2011) (Moreira, 2016)

En el segundo caso, se debe nombrar a Franz Boas, quien sostenía que para estudiar una cultura se lo debía hacer “*in situ*” ya que cada cultura representa una singularidad que debe ser estudiada empíricamente por un observador/participante apartado de todo etnocentrismo³. (Cucho, 1996) (Gómez, 2016) (Moreira, 2016)

Sus ideas lo apartan del análisis teórico – comparativo propuesto por Tylor y lo llevan a la búsqueda “*in situ*” de dos objetivos principales: reconocer aquello que da unidad a una cultura en particular e identificar el vínculo entre el individuo y su cultura. Los planteamientos de Franz Boas pueden ser considerados como los primeros cimientos del relativismo cultural. (Cucho, 1996) (Gómez, 2016) (Moreira, 2016)

³ Este tema es tratado más a fondo en el apartado 2.1. del capítulo II del presente trabajo académico.

Franz Boas se opuso a la idea de que existan leyes universales que expliquen el funcionamiento y evolución de las culturas puesto que la cultura es única, irreplicable, específica, original. De acuerdo a dicho autor, la cultura debe ser entendida como:

...la totalidad de las reacciones y actividades mentales y físicas que caracterizan la conducta de los individuos de un grupo social, colectiva e individualmente, en relación a su ambiente natural, a miembros del mismo grupo y de cada individuo a sí mismo. (Boas, 2016)

Franz Boas, citado por Denys Cuche, creía que la cultura es un “...estilo particular que se expresa a través de la lengua, las creencias, las costumbres y también el arte...” (Cuche, 1996, pág. 30); y que además, cada costumbre solo puede ser entendida y explicada “... si se la relaciona con el contexto cultural propio” (Cuche, 1996, pág. 27).

Tanto la Etnología de Edward Burnett Tylor y la Etnografía de Franz Boas, forman las dos dimensiones⁴ de lo que hoy se conoce como Antropología cultural, rama de la Antropología, que se ocupa del estudio de las sociedades y su cultura (Kottak, 2011).

A partir de la Antropología se han derivado un sinnúmero de concepciones respecto al significado de cultura. Por ejemplo, el antropólogo francés, Claude Lévi-Strauss, citado por Denys Cuche, consideraba que:

Toda cultura puede ser considerada como un conjunto de sistemas simbólicos en los que en primer rango se sitúan la lengua, las reglas del matrimonio, las relaciones económicas, el arte, la ciencia, la religión. Todos estos sistemas tienen como objetivo expresar ciertos aspectos de la realidad física y de la realidad social y, más aún, las relaciones que estos dos tipos de realidades mantienen entre sí y que los sistemas simbólicos mantienen unos con otros. (Cuche, 1996, pág. 55)

⁴ La Etnografía se encarga del estudio y posterior explicación de una comunidad o cultura en particular, por ello, la principal tarea del etnógrafo consiste en un estudio de campo a través del cual va a recopilar datos que posteriormente los organizará, describirá, analizará e interpretará con el fin de otorgar una explicación adecuada de la cultura o comunidad estudiada. Por otro lado, la Etnología utiliza datos recopilados de determinadas culturas para contrastarlas y compararlas entre ellas, con el fin de realizar generalizaciones hacer de la sociedad y la cultura. Dichos datos provienen en su mayoría de la Etnografía, sin embargo, también se sirven de información proporcionada por la arqueología debido a reconstruye sistemas sociales de épocas pasadas. La Etnología centra su actividad en encontrar y explicar similitudes y diferencias culturales, a partir de las cuales intentan construir teorías para “...mejorar nuestra comprensión de cómo funcionan los sistemas sociales y culturales” (Kottak, 2011, pág. 11).

Lévi-Strauss creía que las costumbres forman sistemas que no son ilimitados y no son creados de forma absoluta por el hombre, en realidad, ya existen y solamente las sociedades las adoptan. Desde una visión estructuralista, planteaba la existencia de una cultura común a toda la humanidad de la cual se desprenden las distintas culturas; se centraba en “...*hacer el repertorio de las <<invariantes>>, es decir, de los materiales culturales siempre idénticos de una cultura a otra, obligatoriamente finitos a causa de la psiquis humana*” (Cuche, 1996, pág. 56).

Para este antropólogo francés, la diversidad cultural es una realidad que podría verse afectada si todas las culturas mantienen interacciones constantes entre ellas, se confundirían, perderían sus particularidades, su atractivo o su razón de ser. Es por ello que él creía que cada cultura debía ser de alguna manera impermeable respecto de otras, es decir, cada cultura debía mantenerse lo suficientemente alejada de las demás para mantener su originalidad o su integridad cultural (Cuche, 1996) (Altarejos, 2003) (Geertz, 1996) (Sánchez, 2007).

El antropólogo Bronislaw Malinowski, en su obra “*Una teoría científica de la cultura*”, define a la cultura de la siguiente manera:

Es ella evidentemente el conjunto integral constituido por los utensilios y bienes de los consumidores, por el cuerpo de normas que rige los diversos grupos sociales, por las ideas y artesanías, creencias y costumbres. (Malinowski, 1970, pág. 49)

Para dicho autor, la cultura es un mundo secundario o artificial creado por el mismo ser humano y que debe ser reproducido, conservado y administrado permanentemente. A ello, agrega que una vez que las necesidades básicas hayan sido satisfechas derivan en nuevas necesidades que deberán ser resueltas de la misma forma: a través del aparato material, espiritual y humano conocido como “cultura” (Malinowski, 1970).

Este autor también manifestaba que no se debe reducir el estudio de la cultura a una simple recolección de rasgos o comportamientos, lo que en realidad importa es poder identificarlos dentro de un sistema global y comprender qué función cumplen dentro de la totalidad de una comunidad determinada. Entonces, la cultura se presenta como un todo coherente que

implica que todo elemento, objeto, idea y creencia está en armonía entre sí y cumplen una función específica. (Gómez, 2016) (Malinowski, 1970).

El antropólogo Clifford Geertz, en su obra “*La interpretación de las culturas*”, sostiene que la cultura es un sistema

... históricamente transmitido de significaciones representadas en símbolos, un sistema de concepciones heredadas y expresadas en formas simbólicas por medios con los cuales los hombres comunican, perpetúan y desarrollan su conocimiento y sus actitudes frente a la vida. (Geertz, 2006, pág. 88)

Para Geertz, la cultura proporciona un marco de significaciones dentro del cual el ser humano orienta su manera de actuar socialmente; y dichas significaciones se expresan en símbolos. De acuerdo a Nivón y Rosas, cuando Geertz habla de símbolos se está refiriendo a cualquier

... tipo de objeto, acto, acontecimiento o cualidad que sirva para vehicular ideas o significados, los entiende entonces como fuentes de información (suministran un patrón o modelo en virtud del cual se puede dar una forma definida a procesos exteriores) externa (extrapersonal) que los humanos usan para organizar su experiencia y sus relaciones sociales. Son modelos de realidad (interpretaciones y representaciones de la realidad) y modelos para la realidad (que ofrecen información y guía para organizarla)... Los sistemas de símbolos constituyen esas fuentes extrínsecas que suministran "patrón o modelo", un programa para instituir los procesos sociales y psicológicos que modelan la conducta pública... Así los sistemas de símbolos suministran fuentes de información, en cuyos términos pueden estructurarse otros procesos, y a la vez representan esos procesos estructurados como tales, expresando su estructura en otro medio. (Nivón & Rosas, 1991, pág. 45).

Por esta razón, la cultura puede ser vista como una especie de texto que para ser entendido primero debe ser decodificado, descifrado y/o interpretado. De ahí la importancia que le da Geertz a aquellas significaciones, pues a partir de ellas “...los individuos definen su mundo, expresan sus sentimientos y formulan sus juicios” (Geertz, 2006, pág. 30).

Los conceptos arriba mencionados no son los únicos y ciertamente no se pretende agotarlos. Ya sea desde una corriente universalista o particularista, etnográfica o etnológica, funcional o interpretativa, entre otras, el común denominador es que la cultura no es simplemente la creación de objetos materiales o la repetición de actos más o menos uniformes, sino un elemento capaz de brindar al ser humano pautas a partir de las cuales moldea su forma de vivir y desarrollarse (Cuche, 1996) (Gómez, 2016) (Geertz, 2006) (Kottak, 2011).

Ahora bien, para efectos del presente trabajo académico, cuando se hable de cultura se lo hará en los términos de la definición propuesta por Clifford Geertz, ya que actualmente la Antropología Simbólica o Interpretativa goza de amplia aceptación (Nivón & Rosas, 1991, pág. 45) (García M. , 1998).

1.2. La influencia de la cultura en el ser humano.

Para iniciar el presente apartado es necesario acudir a Clifford Geertz, quien manifiesta que la cultura no fue algo accesorio que se agregó a un ser humano “completo” o “terminado”, en realidad, la cultura fue un elemento que ayudó a constituirlo y a producirlo. Geertz sostiene que durante la Edad de Hielo, el perfeccionamiento de las herramientas de caza, el fuego, la organización familiar, el uso de sistemas simbólicos, entre otros, ya suponían la creación de un mundo secundario o artificial que puede ser considerado como las primeras expresiones de cultura. La capacidad de adaptarse a este nuevo mundo jugó un papel importante en la selección natural del ser humano, por lo que se considera que la evolución de aquel está íntimamente relacionada a sus creaciones, a su “cultura” (Geertz, 2006).

Para Clifford Geertz, la conexión entre cultura y naturaleza humana es tal, que el ser humano, de forma inconsciente, a través de miles de años desarrolló una interrelación positiva entre sus creaciones, su cerebro y su cuerpo, por lo que llega a sostener que:

... de manera literal, aunque absolutamente inadvertida, el hombre se creó a sí mismo... En suma, somos animales incompletos o inconclusos que nos completamos o terminamos por obra de la cultura... (Geertz, 2006, págs. 54-55).

La reciente investigación de la paleoantropóloga Genevieve von Petzinger es uno de los ejemplos que puede darse respecto de lo dicho en el párrafo anterior, ya que gracias a su trabajo se pudo saber que los símbolos geométricos que suelen ser acompañados a las representaciones o imágenes plasmadas por los “europeos” durante la Edad de Hielo no eran simples decoraciones, ya que durante 30,000 años los utilizaron solamente 32 símbolos geométricos distintos, lo cual sugiere que: *“las marcas <<pretendían transmitir información>>, un primer paso en el largo camino de la humanidad hacia el desarrollo de la escritura.”* (Pringle, 2016, pág. 1). De acuerdo a Von Petzinger, *“...si [nuestros antepasados] no hubieran dado esos primeros pasos tentativos en el mundo de la comunicación gráfica, sus descendientes no habrían tenido los bloques de construcción cognitivos para crear los sistemas de escritura que hoy damos por sentados”* (Pringle, 2016, pág. 1).

Desde la Antropología se dice que durante los primeros años de vida del ser humano tiene gran incidencia la cultura, ya que el proceso se centra en un aprendizaje constante sin que exista mayor crítica o rechazo toda vez que un recién nacido o un menor no tiene la posibilidad de resistirse a las “fuerzas culturalmente moldeadoras”. De acuerdo a Serena Nanda, dicho aprendizaje puede ser consciente o inconsciente, empírica, por acierto y/o error, es decir, no existe una sola vía mediante la cual el ser humano recepte, decodifique, interprete, comprenda e interiorice la cultura que le es enseñada. Conforme el individuo interioriza aquellos conceptos o significaciones, los vuelve parte de sí, de su forma de vivir y pensar (Nanda, 1994) (Kottak, 2011).

Este proceso de aprendizaje cultural se conoce como enculturación. Uno de los aspectos más importantes de la enculturación es justamente lo que se menciona en el párrafo anterior, es decir, este proceso no siempre se lo hace directamente o de forma consciente, sino que en muchos casos resulta de una actividad inconsciente o por deducción propia del individuo. Dicho de otra manera, el conocimiento cultural no siempre *“...es enseñado intencionalmente, ni tampoco estamos conscientes de estar aprendiéndolo”* (Nanda, 1994, pág. 49).

Es por esta razón que se puede llegar a confundir aquello que es connatural al ser humano y lo culturalmente adoptado. No es extraño que el hombre actúe de determinada forma sin

siquiera llegar a cuestionarse si lo que está realizando es o no parte de su cultura, debido a que los mecanismos de control los ha interiorizado de tal forma que los practica y obedece espontáneamente. Un ejemplo de ello sería un individuo que cree que al alimentarse solamente está nutriendo su cuerpo para tener energía durante el día, sin embargo, pasa por alto el hecho de que lo que está comiendo, a la hora que lo hace y de la forma que lo hace, es propio de su cultura y no de otra (Kottak, 2011),(Nanda, 1994) (Malinowski, 1970).

La línea divisoria entre aquello que es connatural al ser humano y lo que ha sido culturalmente aprendido puede llegar a ser confundida. Sin embargo, al respecto se puede decir que todo aquello que responda a una razón biológica u orgánica, en su etapa inicial y originaria, no puede ser confundido con una práctica cultural; alimentarse, sentir frío, sueño, entre otros, son fenómenos biológicos que tienen lugar sin una enseñanza cultural previa. Sin embargo, en el momento en que el ser humano empieza a desarrollarse, su cultura será la que determine cómo deberá alimentarse, abrigarse, la hora en la que debe dormir o despertarse, etc. (Kottak, 2011) (Nanda, 1994) (Malinowski, 1970).

En 1799, se conoció el caso de un niño de aproximadamente 12 años de edad que fue encontrado en un bosque en Aveyron, Francia. Jean-Marc-Gaspard (encargado de la educación del niño una vez que fue hallado), citado por Serena Nanda, mencionaba lo siguiente:

...<<...cuyos ojos tenían una mirada insegura, sin expresión, que vagaba de un objeto a otro...tan poco entrenado en el sentido del tacto, que nunca pudo distinguir un objeto en relieve de uno pintado. Su...capacidad auditiva era insensible a los ruidos fuertes y a la...música. Su voz se redujo al estado de total mudez y solamente escapaba de él un sonido gutural uniforme...era igualmente indiferente al olor del perfume como a la fétida exhalación de la suciedad que llenaba su cama... (su) tacto se había restringido a la sujeción mecánica de su objeto...(tenía) tendencia a trotar y galopar...(y) un hábito obstinado de oler cualquier cosa que se le diera...mascaba como un roedor con uso frecuente de los incisivos...(y) no dio muestras de sensibilidad ante el frío o calor y podría agarrar carbón ardiente de una hoguera sin vacilar o echarse semidesnudo sobre un suelo húmedo en pleno invierno y quedarse ahí durante horas...Era incapaz de prestar atención y pasaba su tiempo meciéndose apáticamente hacia adelante y hacia atrás, igual que los animales en un zoológico>>... (Nanda, 1994, pág. 65).

Los estudios realizados por el psicólogo Jean-Marc-Gaspar concluyeron que la conducta del menor, descrita en la cita anterior, no se debía a una deficiencia o discapacidad mental, sino a la falta de participación e interacción dentro de un grupo o comunidad humana. El caso del “niño salvaje de Aveyron” sentó las bases para poner sobre la mesa la idea de que la cultura no solo modifica y moldea al ser humano, sino que además le permite desarrollar sus capacidades y cualidades. En palabras de Clifford Geertz “... *la cultura suministra el vínculo entro lo que los hombres son intrínsecamente capaces de llegar a ser y lo que realmente llegan a ser...* (Geertz, 2006, pág. 57).

A propósito del caso mencionado en los párrafos precedentes, se cree oportuno acudir a Luis Cencillo y José García, quienes manifiestan que sería un error estudiar el aspecto orgánico y biológico del ser humano sin estudiar su cultura, pues en ese caso, se estaría estudiando un animal, pero no a un ser humano. Para dichos autores, el mundo en el que vive el ser humano está constituido por dos realidades: una natural y una cultural. La realidad natural está compuesta por elementos u objetos con presencia física y corpórea que sirven al ser humano para satisfacer sus necesidades primarias. Ahora bien, cuando el ser humano tiene contacto con dichos objetos y elementos, no puede interiorizarlos o introducirlos a su conciencia en su estado natural y puro, sino que forzosamente les otorga significaciones y sentido, por ende, cuando el hombre se sirve de los elementos de aquella realidad natural lo hace en base a sus módulos sociales y simbólicos, dando paso a una realidad posterior, que no le viene dada y que se constituye como una creación humana (y por tal le es propia), conocida como Cultura (Cencillo & García, 1973).

El autor ecuatoriano Bolívar Echeverría, en su obra “*Definición de cultura*”, se remite a los lugareños de la Islas Trobriand y manifiesta que aquellas personas dan un trato especial a un árbol antes de que sea cortado y preparado como barca, ya que de acuerdo a su cultura, dicha preparación ayudará a que el árbol se convierta en una *buena barca para navegar*. Si relacionamos lo dicho por Echeverría a la idea de Cencillo y García, el árbol sería el elemento u objeto natural con presencia física y corpórea, mientras que la preparación y trato especial a dicho árbol – que deviene de costumbres y significaciones propias –, tiene que ver con su cultura (Echeverría, 2010).

Para la antropóloga Serena Nanda, la cultura es capaz de influenciar la percepción que el ser humano tiene de la realidad o del mundo. La concepción de cultura de la cual parte es muy similar a la de Clifford Geertz y puede resumirse de la siguiente manera: a) la cultura es un sistema coherente de símbolos arbitrarios que no necesariamente tienen una conexión natural con el objeto o elemento con el que se les relaciona; b) dichos símbolos son previamente establecidos, por tal, su uso y significado han sido compartidos y aceptados por toda la comunidad a través del tiempo; y, c) una vez interiorizado el sistema de símbolos y significados establecidos y compartidos por la comunidad, se instauran como guías o pautas de conducta, ergo, la cultura se presenta como una especie de mecanismo de control conductual (Cucho, 1996) (Kottak, 2011) (Geertz, 2006) (Nanda, 1994).

Para Nanda, cualquier objeto de la realidad física tendrá un significado particular acorde a la cultura a partir de la cual sea percibida, lo cual implica que un mismo objeto podría tener distintos significados. Si se acude nuevamente al ejemplo proporcionado por Bolívar Echeverría, pero esta vez relacionándolo con los planteamientos de Nanda, se puede identificar que la cultura que se maneja en las Islas Trobriand ha establecido que un árbol, como objeto de la realidad física del hombre, no solamente constituye un material a través del cual se puede construir una barca, sino que además necesita un trato especial que no responde a métodos funcionalistas sino místicos (Nanda, 1994).

Complementariamente, se puede utilizar el ejemplo propuesto por Dorothy Lee, citado por Serena Nanda, el cual versa de la siguiente manera:

<<Veo árboles, me gusta que algunos estén ahí; respeto a otros, tengo la intención de tirarlos para que no invadan más el pequeño espacio libre que dejé para mi casa>> [...] la percepción de un indio de Dakota, Reno Negro [...] considera que <<el árbol tiene derecho a la tierra, al igual que su...gente que vive de pie, en donde seres alados constituyen chozas y crían sus familias>> (Nanda, 1994)

En ambos ejemplos, tanto en Echeverría como en Lee, se puede identificar cómo la cultura puede transformar la percepción de la realidad física. En el ejemplo del indio de Dakota, Reno Negro, el árbol tiene *derecho* a la tierra; en las Islas Trobriand el árbol es materia prima

que debe pasar por un ritual místico para convertirse un “buena barca”. Es a partir de aquellas diferencias que Serena señala que

... los marcos de referencia conceptual correspondiente a diferentes culturas proporcionan diferentes formas para percibir una misma realidad física [...] todas las visiones de la realidad que son conformadas culturalmente pueden contener una faceta diferente de la misma verdad. Estas concepciones de la realidad que son culturalmente diferentes moldean igualmente nuestra percepción de la relación que sostenemos con el entorno natural (Nanda, 1994, pág. 66)

En este orden de ideas y teniendo en cuenta lo hasta aquí mencionado, se pueden destacar tres grandes ideas respecto a la cultura: primero, la cultura no puede reducirse a un conjunto de utensilios o conductas repetidas en el tiempo, en realidad, se trata de un sistema de significaciones transmitido en el tiempo a partir del cual el ser humano define su mundo; segundo, incide de tal forma en el ser humano desde su nacimiento que es capaz de modificar o regir su forma de percibir la realidad y como se desarrolla en ella; y, tercero, debido a que cada cultura es un sistema de significaciones propio y particular a cada comunidad, cada una de ellas tendrá su propia percepción de la realidad y, en algunos casos, aquella forma particular de ver la realidad podría resultar en un *conflicto*, tema que justamente se aborda en el siguiente capítulo (Conderana, 2007) (Narvaja, 2016) (Geertz, 1996) (Altarejos, 2003) (Cuche, 1996) (Gómez, 2016) (Hidalgo, 2016) (Geertz, 2006).

CAPÍTULO II: LA DIVERSIDAD CULTURAL EN EL CONTEXTO INTERCULTURAL Y PLURINACIONAL ECUATORIANO.

La diversidad cultural puede ser entendida como la existencia de una variedad de culturas dentro de un mismo territorio; aquella diversidad, en líneas generales, puede ser el resultado de dos grandes fenómenos: por la migración de individuos con una cultura distinta a la sociedad que los acoge; o, por la variedad de pueblos aborígenes o comunidades históricas que se han mantenido a lo largo del tiempo y no han sido asimilados por el modelo de la sociedad dominante. Valdez Pimentel identifica ambos fenómenos en la diversidad cultural, a los cuales los denomina extrasistémica e intrasistémica, la primera, justamente como el resultado surgido por la migración, y la segunda, como la diversidad surge dentro del mismo estado (Almeida, 2011) (Cruz, 2013) (ANDES, 2015) (Ayala, 2001) (Valarezo, 2011).

Ninguna de estas dos perspectivas se adapta por sí sola al contexto ecuatoriano y, en realidad, ambas forman parte de la innegable diversidad cultural ecuatoriana. Ahora, para efectos del presente trabajo académico se excluye al primer fenómeno ya que en él no está enfocado el análisis de la aplicación del error de prohibición culturalmente condicionado, sino en los pueblos o comunidades indígenas que a pesar del trato históricamente injusto del cual han sido objeto, han podido mantener su cultura y una forma particular de entender y vivir la realidad que comparten junto a la cultura occidental (Almeida, 2011) (ANDES, 2015) (Cruz, 2013) (Ayala, 2001) (Valarezo, 2011).

Dicho esto, es pertinente manifestar que el presente capítulo se inicia reconociendo al etnocentrismo como una de las perspectivas que inicialmente dominaría en el ámbito de la diversidad cultural. Esto permitirá entender de mejor el desarrollo de la segunda etapa del presente capítulo que se refiere a la transición que existió desde el multiculturalismo a la interculturalidad a partir de la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Finalmente, estudia la plurinacionalidad como nuevo paradigma en favor de la autodeterminación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas llamado a desafiar y cuestionar los conceptos e instituciones tradicionales.

2.1. El Etnocentrismo.

Se dice que uno de los primeros autores en referirse al etnocentrismo fue el norteamericano William G. Sumner, en su obra "*Folkways*". De acuerdo a dicho autor, citado por Dennis Cuche, el etnocentrismo es "...el término técnico para la percepción de las cosas según el cual nuestro propio grupo es el centro de todo y todos los otros grupos son medidos y evaluados en relación con él..." (Cuche, 1996, pág. 26).

Generalmente el etnocentrismo ha relacionado con el racismo por lo que principalmente ha sido entendido como un sentimiento de privilegio por ser parte de una cultura o sociedad y no de otra, es decir, el individuo o colectivo etnocentrista cree que su cultura o sociedad es superior a las demás, erigiéndose como una especie de arquetipo o modelo a seguir. Para Conrad Philip Kottak, el etnocentrismo es la tendencia a "... considerar la cultura propia como superior y a utilizar los estándares y valores propios para juzgar a los extranjeros" (Kottak, 2011, pág. 42).

De acuerdo a Nicolás Sánchez Durá, no existe un solo tipo de etnocentrismo sino que puede presentarse en tres niveles: etnocentrismo como universalidad impostada, etnocentrismo del exotismo y el etnocentrismo como particularismo narcisista exacerbado (Sánchez, 2007) (Sánchez, 2013).

El etnocentrismo como universalidad impostada no solo implica superioridad de una cultura sobre otra, sino también conlleva un sentimiento de rechazo, repudio y condena a formas culturales distintas a las propias o cercanas; niega la humanidad a los extraños y los relega al ámbito animal. Este etnocentrismo reconoce al otro como un humano defectivo, inferior, incompleto, por ende, tiene la obligación de aprender y asimilar la cultura dominante para convertirse en un ser completo. Ejemplo de este tipo de etnocentrismo puede encontrarse en Marie-Jean-Antoine Nicolas de Caritat, marqués de Condorcet, quien creía en el derecho a esclavizar a otros – los negros – (Sánchez, 2007) (Sánchez, 2013).

El etnocentrismo del exotismo consiste en un mecanismo de proyección de valores o virtudes. El individuo *culturalmente superior* cree que los "otros" podrían tener las virtudes

o valores que desde su cultura se consideran ideales si son cultivados (Sánchez, 2007) (Sánchez, 2013).

El etnocentrismo o particularismo narcisista exacerbado, promulga la idea que no es reprochable la lealtad a los valores de la propia cultura; insta a ser indiferentes o a rechazar los valores de otros a fin de preservar la propia identidad. Entre los defensores de este último nivel de etnocentrismo se puede encontrar al antropólogo Claude Lévi-Strauss, sobre quien se cree que es necesario ahondar un poco más (Sánchez, 2007) (Sánchez, 2013).

Claude Lévi-Strauss sostenía que cada cultura⁵ para mantener sus particularidades, su originalidad, su *atractivo* o razón de ser, debe ser impermeable de las demás, es decir, cada cultura debe mantenerse lo suficientemente alejada de las demás para conservar su integridad cultural. Ello no quiere decir que el antropólogo francés negaba la existencia de un intercambio cultural, sin embargo, creía que aquel intercambio estaba limitado solo a un nivel material y no a los sentidos o significados de cada cultura ya que estos últimos solo pueden ser entendidos dentro del marco o sistema del cual emergen, ergo, cuando un individuo de una determinada cultura recibe un mensaje remitido desde una cultura distinta a la suya solamente puede realizar una interpretación unilateral que muy probablemente no coincidirá con el sentido original con el que fue enviado dicho mensaje (Altarejos, 2003) (Geertz, 1996) (Sánchez, 2007).

En este sentido, el intercambio cultural, propuesto por Lévi-Strauss, se ejemplificaría en el caso en el cual un individuo (A) de la cultura (X) utiliza un instrumento producido por el individuo (B) de la cultura (Y) para cumplir determinada finalidad dentro de su propia cultura (X) sin llegar a tener el mínimo interés por el valor o el significado que tiene dicho instrumento dentro de la cultura (Y). Si el individuo (A) se propusiera entender el valor o significado que le atribuye (B) al objeto que ha utilizado, debería adoptar y participar del

⁵ Su posición pro etnocentrista está cimentada en la concepción que manejaba de cultura. Lévi-Strauss, citado por Clifford Geertz, sostiene que: “somos... como pasajeros de los trenes que son nuestras culturas, cada uno viaja sobre sus propios raíles con su propia velocidad y en su propia dirección. Los trenes que corren junto al nuestro, en direcciones similares y a velocidades no muy distintas a la nuestra, nos son al menos visibles cuando los miramos desde nuestros compartimentos. Pero aquellos trenes que van por una vía oblicua o paralela y circulan en dirección opuesta, no lo son. [Nosotros] percibimos sólo una imagen vaga, fugaz, apenas identificable, normalmente un contorno borroso en nuestro campo visual, que no nos proporciona ninguna información sobre sí misma y solamente nos irrita porque interrumpe nuestra plácida contemplación del paisaje que sirve de telón de fondo a nuestra ensoñación” (Geertz, 1996, págs. 78-79).

sistema cerrado y autosuficiente de (B), lo cual implicaría, de acuerdo a este antropólogo francés, la pérdida de su integridad cultural debido a que:

... uno no puede fundirse plenamente en el disfrute del otro, de identificarse con él, y, al mismo tiempo, permanecer diferente. Cuando se alcanza una comunicación integral con el otro, se presagia tarde o temprano un desastre tanto para su creatividad como para la mía”
(Geertz, 1996, pág. 71)

Así, la diversidad cultural es concebida por este autor como el producto de la resistencia de cada cultura por distinguirse de otras, por lo que todo intento de igualdad y la fraternidad entre cada una de ellas provocaría efectos negativos a dicha diversidad. Lo que defiende Lévi-Straus es la lealtad que debe un individuo o una comunidad a su cultura o sus valores y no a los de otra gente, priorizando su forma de vida o pensar por sobre la de los demás. Este narcisismo cultural (como un tipo de etnocentrismo), a criterio del antropólogo francés, no debería ser reprochado sino defendido ya que gracias a ello se evitaría la pérdida de la integridad cultural y además se garantizaría que cada individuo y cada comunidad viva de acuerdo a su cultura y en sus propios términos (Altarejos, 2003) (Sánchez, 2007) (Geertz, 1996) (Hidalgo, 2016) (Kalpokas, 1999).

Los críticos del planteamiento de Lévi-Strauss sostienen que la visión de diversidad cultural e interacción cultural que plantea solo tendría lugar en un mundo donde la interacción humana es limitada e indiferente, sin acuerdos esenciales sobre aspectos fundamentales, con sociedades encerradas en sí mismas, incapaces de desvincularse de su historia e instituciones y constituidas por culturas que son indiferentes y “sordas” entre sí; aquel mundo de Lévi-Strauss se ha visto superado por una realidad donde la comunicación entre grupos humanos sobrepasa sus diferencias y su lenguaje, supera la distancia entre ellos y es cada vez es más frecuente y constante; un mundo globalizado donde los espacios sociales y sus límites son irregulares y difíciles de diferenciar, donde las naciones son cada vez más dependientes entre sí (Cucho, 1996) (Geertz, 1996) (Altarejos, 2003) (Hidalgo, 2016) (Kottak, 2011).

Para Clifford Geertz, a pesar de que Lévi-Strauss tiene cierta razón al dejar sentada la dificultad que conlleva la interpretación de mensajes u objetos que han sido construidos en sistemas culturales ajenos o diferentes, no es imposible. Aun cuando existan problemas en

la traducción literal y estricta de ciertos elementos culturales no necesariamente quiere decir que no puedan ser entendidos. Si se realiza un dialogo adecuado entre culturas y se mejora su comunicabilidad no solo es posible entender valores y pautas culturalmente distintas sino que también pueden ser parafraseadas a un lenguaje dentro del cual no fueron creadas (Conderana, 2007) (Narvaja, 2016) (Geertz, 1996) (Altarejos, 2003) (Cuche, 1996) (Gómez, 2016) (Hidalgo, 2016) (Geertz, 2006)

De acuerdo Geertz, uno puede conocerse a sí mismo y cómo es identificando en otros aquello que parece remoto o evocador, sensato o disparatado, atractivo o repelente; lo que uno cree y siente y lo que otros creen y sienten hace posible tener claro en qué parte del mundo se sitúa cada individuo o comunidad, reconociendo donde se quiere estar o a donde se debería ir, lo que uno es y lo que uno no desea ser. Es por ello que manifiesta que el etnocentrismo propuesto por Lévi-Strauss oscurece dichas asimetrías dividiendo el mundo en un “somos lo que somos” y “ellos son lo que son”, lo cual obstaculiza el intercambio de conocimiento e ignora el hecho que desde el inicio de la sociedad humana ha existido un mestizaje cultural, dicho de otra manera, cada cultura ha atravesado un proceso dentro del cual ha adquirido nuevas prácticas, ha modificado algunas y ha abandonado otras. Este mestizaje gracias a la globalización no solo dejó de ser ignorado sino que además situó a la diversidad cultural como un fenómeno dentro de las sociedades y ya no solo entre ellas, transformando el mundo en un enorme *collage* donde la influencia de otras culturas en la cultura propia es cada vez más constante (Geertz, 1996) (Altarejos, 2003) .

El *collage* al que se refiere Clifford Geertz es el resultado de lo que se conoce como aculturación. De acuerdo a Robert Redfield, Ralph Linton y Melville Herskovits, integrantes del comité creado por el Consejo de investigaciones de ciencias sociales de los Estados Unidos en 1936, en su “*Memorándum para el estudio de la aculturación*”, de 1936, la definen de la siguiente manera:

La aculturación es el conjunto de fenómenos que resultan de un contacto continuo y directo entre grupos de individuos de culturas diferentes y que inducen cambios en los modelos (patterns) culturales iniciales de uno o de los grupos (Cuche, 1996, pág. 66)

Se debe aclarar que en la aculturación no hay una cultura que sea únicamente “emisora” o “receptora”, puesto que es un proceso que implica una mutua influencia entre las culturas intervinientes, sin embargo, es el grado de dicha influencia lo que determina a una cultura como dominante o dominada. Este intercambio no debe ser entendido como la mera conversión de una cultura a la otra, en realidad, existe una especie de selección⁶ de los elementos culturales que van a ser recibidos y aceptados (Cucho, 1996) (Kottak, 2011).

Con la aculturación, los antropólogos determinaron dos cuestiones fundamentales: que los elementos técnicos y materiales se transfieren más fácilmente que los elementos simbólicos, ya que el grado de aceptación e integración de estos últimos dependerá del nivel de acuerdo entre las culturas participantes respecto a la significación del elemento que se desea transferir; y, que la cultura no puede ser considerada como un sistema estático, encerrado en sí mismo, ya que se ha formado a partir de distintas fuentes en el espacio y en el tiempo. A partir de ello, no solo se descartó la idea de la existencia de culturas puras sino que además se reconoció a la cultura como un sistema dinámico y en constante cambio (Cucho, 1996) (Kottak, 2011).

Como respuesta al etnocentrismo, nace una corriente conocida como relativismo cultural que principalmente estaría dirigida a reconocer y respetar el valor intrínseco de cada cultura. De acuerdo a Dennis Cucho, el antropólogo Franz Boas, cuando propuso su principio metodológico para el estudio de la cultura, dejó cimentadas las bases de lo que actualmente se conoce como relativismo cultural. Según Cucho, Boas manifestaba que toda cultura debía ser estudiada

... sin aplicar categorías propias para interpretarla, sin compararla prematuramente con otras culturas... Era consciente de la complejidad de cada sistema cultural y pensaba que sólo el examen metódico de un sistema cultural por sí mismo podía lograr su complejidad
(Cucho, 1996, pág. 26)

Ahora, se puede decir que el relativismo cultural ha experimentado un desarrollo conceptual a través del tiempo. Inicialmente el relativismo cultural era presentado como una teoría

⁶ El intercambio no se da necesariamente entre los aspectos positivos de las culturas participantes (Cucho, 1996)

según la cual las culturas constituyen entidades definidas y separadas, encerradas en sus propios límites, por lo que no podían ser comparadas ni valoradas entre sí. Posteriormente pasó a ser entendido como un principio ético que pregonaba la neutralidad frente a las culturas diferentes, reconociendo su valor intrínseco, para colocar en un mismo nivel a todas las culturas. Sin embargo, aquella neutralidad ética ocultaba “...una actitud elegante del fuerte frente al débil, del que, tranquilo en la legitimidad de su propia cultura, puede darse el lujo de cierta apertura condescendiente con la alteridad” (Cuche, 1996, pág. 147).

Finalmente, el relativismo cultural volvió a los planteamientos de Franz Boas, es decir, volvió a ser considerado como un principio metodológico que pone sobre la mesa la posibilidad de entender otra cultura siempre y cuando se pueda comprender su racionalidad interna, es decir, para entender lo que una cultura es, es necesario evitar su comparación o valoración bajo parámetros de la propia (Cuche, 1996).

Hay autores que rescatan del relativismo cultural la idea del respeto a todas las culturas sin distinción alguna y realzan el valor propio de cada una de ellas. En palabras del antropólogo Marvin Harris, citadas por David Alvargonzález, el relativismo cultural supone que “...<<toda pauta cultural es intrínsecamente tan digna de respeto como las demás>>...” (Alvargonzález, 1999, pág. 8)

2.2. El Multiculturalismo previo a la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

La información que recibían los europeos de lugares ajenos al suyo, hasta finales del siglo XV, era solamente a través de los navegantes y exploradores que regresaban de tierras africanas, asiáticas o del Cercano Oriente. Con el descubrimiento de América, los informes oficiales de la Corona española y las crónicas de los viajeros permitieron vislumbrar un mundo distinto y nuevo del que el habitante del viejo continente creía conocer. De acuerdo a Eduardo Almeida Reyes, América, en dicha época, tenía una variedad extraordinaria de pueblos que se distinguían por su comportamiento particular, diversidad lingüística y diferentes niveles de desarrollo (Almeida, 2011)

Durante el siglo XVI, cuando inicia la conquista española, dentro del pensamiento europeo tenía especial importancia la idea del progreso de las sociedades, el término cultura aún mantenía sus connotaciones agrarias; el etnocentrismo, aunque evidente, ni siquiera estaba cerca de ser planteado; y todo lo extraño o exótico, aunque despertaba curiosidad, era rechazado, repudiado o condenado (Cucho, 1996) (Ferré, 2016) (Manzano, 1991) (Sánchez, 2013) (Gómez, 2016).

Es por ello que los colonos españoles cuando iniciaron la conquista del territorio Americano negaron las creencias, prácticas y costumbres indígenas e impusieron las suyas como únicas y verdaderas; desconocieron las formas de organización social del nuevo mundo por considerarlas incipientes o primitivas; y trataron a los pueblos indígenas como si perteneciesen al reino animal por considerarlos seres salvajes e incompletos (Cucho, 1996) (Ferré, 2016) (Manzano, 1991) (Sánchez, 2013) (Gómez, 2016)

Este etnocentrismo estaba tan enraizado en el pensamiento español, que creyeron que los pobladores del nuevo mundo no eran “dignos” de ser regulados por las leyes castellanas. Ejemplo de ello es lo que mencionaba Juan Solorzano, citado por Juan Manzano:

Las leyes castellanas dictadas para un pueblo que había llegado a un grado avanzado de su evolución histórica, no podrían ser aplicadas sin más ni más a otro pueblo extraño que apenas si se encontraba en los primeros pasos de su desenvolvimiento. (Manzano, 1991, pág. 32)

El proceso de colonización, desde el punto de vista antropológico, supuso un proceso de aculturación asimétrica. Como se mencionó en el capítulo anterior, en la aculturación no existe un solo emisor o un solo receptor y muy rara vez desemboca en una asimilación cultural⁷, sin embargo, el grado de dominio o influencia que tuvo la cultura española sobre la indígena fue tal, que la gran mayoría de los rasgos y pautas culturales indígenas de dicha época quedaron enterrados bajo un sinnúmero de nuevos elementos culturales traídos del viejo continente; y aquellos que pudieron sobrevivir, no son idénticos a cómo eran en ese entonces, no solo por la influencia española, sino porque como ya se dijo, la cultura no es

⁷ “... implica la desaparición total de la cultura de origen y la interiorización completa de la cultura del grupo dominante” (Cucho, 1996, pág. 67)

algo estático, permanente o fosilizado, es un sistema dinámico y en constante cambio (Cuche, 1996) (Ferré, 2016) (Kottak, 2011) (Geertz, 1996) (Malo, 2002).

El efecto inmediato de aquella imposición cultural española puede encontrarse en la época independentista del siglo XIX, ya que a pesar de conseguir la liberación del poderío español, los nuevos gobernantes, las clases elitistas, los mestizos, en mayor o menor medida, seguían ligados al pensamiento español etnocentrista y mantenían vivo el sentimiento racista y discriminatorio en contra de los aborígenes, por lo que la independencia de América Latina “... no supuso devolver a las comunidades indígenas sus derechos... solamente provocó una emancipación al servicio de las élites políticas y económicas” (Ferré, 2016, pág. 4)

La propuesta de independencia...si bien simbólicamente cumple con una etapa del proceso de liberación de América por los principios en los que se basa, no responde a la realidad de los pueblos indígenas, afro y mestizo, los que quedaron relegados en sus derechos. No se vislumbró tampoco un proyecto político diferente al del sistema colonial, más bien se convirtió en una réplica del mismo, ya que conservó su vista hegemónica respecto de la población en general, y del pueblo indígena, en particular... por lo que se puede decir que la independencia ha quedado inconclusa. (Kowii, 2011, págs. 18-19)

De acuerdo a Ramiro Ávila, luego de conseguir la liberación española, la región aun concentraba la voluntad y el poder en la clase dominante la cual encajaba y mantenía los patrones y estándares de la visión eurocéntrica dejada por los españoles; los aborígenes seguían siendo considerados como grupo humano inferior y marginado; la organización social y las formas de vida de los indígenas no fueron ajenas a la crítica y menosprecio. En definitiva, los indígenas aún eran vistos como sujetos de negación y desconocimiento (Espinosa, 2002, pág. 50) (Santos, 2013) (Ávila, 2016).

Para Catherine Walsh, lo que sucedió después de la época independentista fue el establecimiento de un

...sistema de clasificación e identificación social basado en la supuesta superioridad blanca (y en las ventajas del blanqueamiento), el despojo y la represión de las identidades originales, y la conformación de nuevas identidades bajo el signo de lo negativo – lo “indio” y lo “negro – para servir a intereses económicos ligados al control de la fuerza laboral, el

poder colonial construyó y marcó las fronteras identitarias e impulsó los procesos de subordinación, subalternización y exclusión. (Walsh, 2012, pág. 28).

Ejemplo de la cita anterior es el Artículo 68⁸ de la Constitución de 1830, ya que al establecer la tutoría de los indígenas a cargo de curas párrocos se estaba identificando a los primeros como individuos incapaces de valerse por sí mismos, como si de personas ignorantes se trataran. Además, los adjetivos utilizados en dicho artículo – calificando a los curas párrocos como venerables (superiores), en tanto que a los indígenas como individuos inocentes, abyectos y miserables – dan muestra de la dominación y racismo que sufría la población indígena (Ávila, 2016).

A partir de 1857, los indígenas son considerados por primera vez como ciudadanos, sin embargo, seguían siendo excluidos de los procesos electorales por analfabetos y pobres. El concepto de raza se introduce en la legislación para referirse a distintos grupos étnicos existentes en el territorio ecuatoriano (Villavicencio G. , 2002).

A partir de la Revolución Liberal de 1895, el sector indígena se convierte por primera vez en una de las “preocupaciones” del Estado. Entre 1897 y 1906 se dispone la protección especial a la “raza india” frente a los abusos del concertaje; en 1897 se elimina la esclavitud; para el año 1899 se establece la prohibición de servicios gratuitos de los indígenas a los “patrones” y se inicia una etapa

“... que pretendía consolidar el Estado Nacional mestizo del Ecuador y un proyecto nacional igualmente mestizo. Ello supuso, en primera instancia, la “civilización del indígena mediante la enseñanza del idioma castellano y adopción de la cultura nacional”...” (Llásag, 2012, pág. 94)

Para Raúl Llásag, lo mencionado anteriormente podría ser considerado como un gran avance para el sector indígena de no ser por el hecho de que aquellos cambios legislativos solamente protegían al indígena por representar una potencial mano de obra; y, en la práctica, aun subsistía un trato abiertamente injusto a pesar de que formalmente se eliminaron figuras

⁸ “Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y podares naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable” (Ávila, El Neconstitucionalismo Andino, 2016, pág. 21)

abusivas como el concertaje. Esto provocó que durante los primeros años del siglo XX ocurrieran varias luchas indígenas en defensa de sus derechos. Así se tiene por ejemplo el levantamiento de población indígena en Patate-Urcu, provincia de Tungurahua, en 1907; en Sig-Sig, provincia del Azuay, en 1931, por la lucha de las tierras comunitarias; en las haciendas Quinua-Corral y Espino, provincia de Bolívar, en 1914, para reclamar la posesión de las tierras dentro de las cuales laboraban; en la parroquia San Felipe, provincia de Cotopaxi, en 1916, por el abuso nuevas imposiciones fiscales; en Latacunga, provincia de Cotopaxi, en 1920, por el abuso de las autoridades policiales; en Guano, Cojimíes y Columbe, provincia de Chimborazo, en 1921, por la explotación que sufrían por parte de los terratenientes y autoridades del Estado; en Cayambe, provincia de Pichincha, en 1925, para frenar los abusos y maltratos que sufrían y reclamar la mejora de salarios y condiciones de vida; entre otros (Llásag, 2012) (Cucho, 1996) (Gómez, 2016) (Kottak, 2011) (Lopez Hurtado & Valentín Ruiz, 2011) (Padrós Reig, 2000) (Moreira, 2016).

Con la Constitución ecuatoriana de 1929, se reconocen varios derechos sociales a los indígenas y se dispuso como deber de los Poderes Públicos “...*la protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social, muy especialmente en lo relativo a su educación y condición económica.*” (Constitución Política de la República del Ecuador, 1929, pág. 44).

Después de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional, a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, se propuso defender y proteger la dignidad y la justicia de todo ser humano reconociendo derechos y libertades fundamentales e inherentes a la naturaleza humana, entre ellos, el derecho a participar dentro de la vida cultural de la comunidad. El Derecho occidental o Derecho de tradición eurocéntrica (como lo denomina Boaventura de Sousa) y sus disposiciones normativas abusivas, clasistas o discriminatorias son criticadas o, al menos, cuestionadas a partir de los Derechos Humanos que poco a poco empezaban a abrirse espacio en la academia y en la política para pasar de meros enunciados idealistas a pilares fundamentales de los procesos de democratización del siglo XX (Lopez Hurtado & Valentín Ruiz, 2011) (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948) (Naciones Unidas, 2016) (Santos, 2013) (Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos, 1981) (Moreira, 2016) (Guzmán, 2003).

Empero de ello, detrás de esta transición, en el contexto ecuatoriano, los indígenas aún eran despojados de sus tierras, sus recursos eran sobreexplotados, sus formas de vida eran continuamente amenazadas y el pensamiento dominante de la época seguía reproduciendo los planteamientos evolucionistas de Edward Burnett Tylor⁹ o Henry Lewis Morgan¹⁰ (Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos, 1981) (Moreira, 2016) (Guzmán, 2003) (Hernández, 2011) (Llacta!, 2016) (Hernández, 2011).

Todo ello provoca que, entre la década de los sesenta y ochentas, la comunidad indígena se organice y forme los primeros movimientos indígenas como la Federación Shuar¹¹ en 1960; la Federación de Organizaciones Campesinas del Napo (FEPOCAN) en 1968; el Ecuador Runakunapak Rikcharimui (ECUARUNARI) en 1972, siendo actualmente una de las organizaciones indígenas más importantes de la sierra; 1973 la Federación de Organizaciones Indígenas del Napo (FOIN) en 1973; la Asociación de Cooperativas del Litoral (ACAL); la Asociación de Cooperativas del Ecuador (ACAE); el Consejo de Coordinación de las Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONACNIE) en 1980; la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE)¹² en 1986; entre otros (Hernández, 2011) (Llacta!, 2016) (Hernández, 2011).

⁹ El inglés Edward Burnett Tylor (2 de octubre de 1832 – 2 de enero de 1917), fue uno de los primeros antropólogos en sostener que las sociedades compartían un mismo proceso evolutivo diferenciadas solamente por el grado de desarrollo de su cultura, por ende, las sociedades “salvajes” o “incivilizadas” eran la etapa inicial e incipiente de la sociedad moderna o civilizada, destinadas a desaparecer ya que tarde o temprano, alcanzarían su más alto grado de desarrollo asemejándose a la cultura occidental dominante (Cucho, 1996) (Gomez, 2016) (Kottak, 2011) (Lopez Hurtado & Valentín Ruiz, 2011) (Padrós Reig, 2000)

¹⁰ El estadounidense Lewis Henry Morgan (21 de noviembre de 1818 a 17 de diciembre de 1881), citado por Manuel Alberto Jesús Moreira en su artículo “El concepto de cultura en el derecho”, clasificaba el proceso evolutivo de las sociedades de la siguiente forma: “...*salvajismo inferior (recolección de frutos silvestres), salvajismo medio (captura del pescado, uso del fuego y lenguaje), salvajismo superior (utilización del arco y la flecha), barbarie inferior (invención de la cerámica), barbarie media (domesticación de las plantas y animales) barbarie superior (utilización de armas y el metal) y civilización (invención de la escritura)*” (Moreira, 2016, pág. 5).

¹¹ La Federación Shuar obtendría personería jurídica en 1964 y más tarde se convertiría en la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía (CONFENIAE). Sería la primera organización indígena en iniciar “... *su propia reivindicación en cuanto a cultura, salud, formas de vida y ejercicio de derechos dentro del concepto de nacionalidad. Además, empieza a delinear la idea de plurinacionalidad*” (Hernández, 2011, pág. 9)

¹² La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) actualmente tiene alcance nacional y está integrada por la CONFENIAE (Amazonía), el ECUARUNARI (sierra) y COICE (costa). Incidió en gran medida en la defensa de los derechos indígenas en el ámbito económico, sociocultural y político (Hernández, 2011).

A partir de los años ochenta, se reconoce el derecho al sufragio facultativo de los analfabetos; la lengua y las tradiciones ancestrales son reconocidas por el Estado; y, la diversidad cultural es un fenómeno innegable dentro de la realidad ecuatoriana (Villavicencio G. , 2002).

En la década de los años noventa, la cultura empieza a ser introducida en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, la diversidad cultural se convierte en eje transversal de los ordenamientos jurídicos y son reconocidos los derechos colectivos indígenas. Así se tiene por ejemplo el Capítulo II del Título XII de la Constitución colombiana de 1991, que está dedicado enteramente a los derechos sociales, económicos y culturales; el Capítulo VII del Título II de la Constitución paraguaya de 1992, que se refiere a la educación y a la cultura; el numeral 19 del Artículo 2 y el Artículo 89 de la Constitución peruana de 1993 que reconocen el derecho fundamental de toda persona a su identidad étnica y cultural y el deber del Estado de respetar la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas, respectivamente; el Capítulo IV y V del Título III de la Constitución ecuatoriana de 1998 que se refieren a los derechos económicos, sociales y culturales y a los derechos colectivos, respectivamente; el Capítulo VI y VIII del Título V de la Constitución venezolana de 1999, que consagran derechos culturales y educativos y derechos de los pueblos indígenas (Moreira, 2016) (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999) (Constitución Política del Perú, 1993) (Constitución Política de Colombia, 1991) (Constitución Nacional de Paraguay, 1992) (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998).

La Carta Magna de 1998 del Estado ecuatoriano reconoció varios derechos a la comunidad indígena, así como la reivindicación de su identidad como actores sociales, políticos y culturales. Supone uno de los grandes avances en cuanto a diversidad cultural se refiere ya que: define al Estado como pluricultural y multiétnico (Artículo 1); establece como deber primordial del Estado la preservación del patrimonio cultural (Artículo 3 numeral 3); prevé la nacionalidad por naturalización a los pueblos ancestrales en frontera (Artículo 7 numeral 5); reconoce el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad (Artículo 23 numeral 22); define a la cultura como patrimonio del pueblo y como elemento esencial de su identidad y además insta al fomento de la interculturalidad (Artículo 62); garantiza un sistema de educación intercultural bilingüe (Artículo 69); reconoce un pliego de derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas (Artículo 84); establece como deber de todo ciudadano

propugnar las relaciones interculturales y conservar el patrimonio cultural del país (Artículo 97 numeral 12); consagra el derecho de las autoridades indígenas a ejercer funciones de justicia siempre y cuando se sujete a la ley y a la misma Constitución (Artículo 191); dispone que para la planificación económica y social será necesario tener en cuenta la diversidad étnico cultural (Artículo 254); entre otros (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998).

Ciertamente no se puede desconocer la importancia que tuvo esta Constitución para la población indígena, sin embargo, este aparataje armado en pro de la diversidad cultural no logró satisfacer las expectativas que había generado. Entre sus principales deficiencias se puede encontrar el hecho de que la Carta Magna de 1998 a pesar de reconocer una serie de derechos colectivos en favor de la comunidad indígena y hacer varias referencias culturales en temas de salud, educación o idiomas, lo cierto es que todo este avance dependía de la expedición de diversas leyes que regularan “...*el uso oficial de los idiomas indígenas, la coordinación de las jurisdicciones indígenas con al estatal, la educación y la salud intercultural, la regulación de las jurisdicciones territoriales indígenas...*” (Grijalva, 2008, pág. 54).

A criterio del autor ecuatoriano Agustín Grijalva, estos desarrollos fueron limitados y “...*no llegó a dictarse casi ninguna normativa legal al respecto, el Tribunal Constitucional Generó una magra jurisprudencia y la mayoría de instituciones públicas actuaban como si tal normativa constitucional no existiera.*” (Grijalva, 2008, pág. 50).

A esto se suma el hecho de que en aquella constitución a pesar de referirse a la interculturalidad en sus artículos 62, 66 y 97, lo cierto es que dichas disposiciones limitaron a lo discursivo transformándola en una estrategia estatal para *reconocer* la lucha indígena. Aquello provocó que todo el avance en cuanto a diversidad cultural se refiere haya sido reducido a lo que se conoce como multiculturalismo (Santos, 2013) (Walsh, 2002) (Grijalva, 2008)

En este punto es necesario realizar una aclaración conceptual, ya que multiculturalismo no es lo mismo que multiculturalidad, pues esta última se refiere a la multiplicidad de culturas

que coexisten dentro de un mismo espacio, pero sin que tengan necesariamente una relación entre ellas. Un término muy próximo a la multiculturalidad es la pluriculturalidad, dicho término identifica a una sociedad conformada por un sinnúmero de grupos humanos con diversa étnica, lengua o cultura; para Catherine Walsh, la pluriculturalidad es un término propio de América Latina que se utiliza para referirse a un pueblo donde la comunidad indígena y negra comparten una historia y un presente común con los blanco-mestizos; refleja el mestizaje, la resistencia cultural y la revitalización de las diferencias, sin que esto implique necesariamente una interrelación entre sus culturas (Derecho, Gerencia y Desarrollo, 2016) (Walsh, 2002) (Almeida, 2011).

De acuerdo a Walsh, la diferencia entre multiculturalidad o pluriculturalidad es mínima y agrega que lo “multi” o “pluri” a veces es utilizado como un término descriptivo, tal cual sucedió en el Artículo 1 de la Constitución ecuatoriana de 1998. Ahora, cuando la multi o pluriculturalidad es oficializada, pasa de las luchas de las culturas excluidas a ser una política de Estado, pierde su sentido reivindicatorio y es desarrollada a partir de derechos, políticas y prácticas institucionales que reconocen a las minorías y las integran a campos ya existentes. Entonces, se tiene un multiculturalismo que puede ser entendido como una ideología que responde a distintos intereses y trata “...de dar acomodo a la diversidad cultural reconociéndola de manera explícita y pública” (Palladino & Latorre, 2016, pág. 1). De acuerdo a Danielle Provensal¹³, citado por Eduardo Almeida Reyes, el multiculturalismo es “...la teoría de la diversidad y gestión política de la misma” (Almeida, 2011, pág. 35).

Según Eduardo Almeida Reyes, el multiculturalismo es un término relativamente nuevo que aparece en la década de los sesentas utilizado por el gobierno canadiense para promover las diferencias étnicas y culturales a través de un Estado-nación democrático que intentaba evitar la posibilidad de separatismo de Québec y fomentar la unidad de Canadá. Aquellos grupos “diferentes”, por su tamaño, en relación a la cultura nacional, son identificados como “minorías” y debido a su condición son “beneficiados” con ciertos derechos que no goza la mayoría, conocidos ahora como derechos colectivos o diferenciados (Almeida, 2011)

¹³ Fernández García y José G. Molina, Coordinadores (2005): *Multiculturalidad y educación. Teorías, ámbitos y prácticas*. Alianza Editorial, Madrid

Hay quienes se oponen al multiculturalismo aduciendo que el Estado, desde una posición neutral, debe garantizar o proporcionar los instrumentos necesarios para que todos los ciudadanos puedan alcanzar sus opciones culturales, religiosas o ideológicas. En este sentido, sería inadmisibles garantizar derechos diferenciados a favor de un grupo minoritario en función de su etnia o nacionalidad ya que iría en contra de la neutralidad que se supone debería tener el Estado frente a las aspiraciones y metas individuales. Lo que debe hacer el Estado es tolerar la diversidad cultural y permitir el desarrollo y libre desenvolvimiento de las minorías en la medida en que no afecte a las mayorías (Almeida, 2011) (Ayala, 2001).

En defensa a la crítica liberal del multiculturalismo mencionada en el párrafo anterior, se tiene al filósofo canadiense Will Kymlicka. Para este autor, es cada vez más común que dentro de las sociedades modernas los grupos minoritarios exijan el reconocimiento de su identidad y reivindicación de sus diferencias culturales que les fueron desconocidas, ya sea por asimilación forzada, conquista o inclusión no voluntaria, por lo que el multiculturalismo está llamado a atender las demandas de aquellas minorías culturales a través del reconocimiento su identidad cultural diferenciada dentro de un marco político que prevea un estatuto y derechos diferenciados en función de la minoría (Almeida, 2011) (Kymlicka, 1996).

Además, Kymlicka replanteando la teoría liberal sostiene que la libertad permite a las personas elegir lo que consideran una vida buena, y en caso de que se equivoquen, también les permite repensar y abandonar aquella decisión por una mejor. Agrega que esta posibilidad solo se da dentro de una cultura, ya que solo accediendo a ella se puede conocer el verdadero significado de las prácticas sociales, y por ende, decidir inteligentemente sobre la vida que se desea vivir. Entonces, la cultura ya no es algo que se deba proteger por sí mismo, sino porque garantiza y fomenta la libertad de las personas (Cruz, 2013) (Almeida, 2011) (Kymlicka, 1996).

De acuerdo a Edwin Cruz, el multiculturalismo aborda el tema de la diversidad cultural a partir de sociedades donde las decisiones recaen en la mayoría y las minorías se ven constantemente vulneradas. Dentro de esos casos, la población blanco-mestiza ocupa los lugares de poder y estratos sociales altos, en tanto que las “minorías” están relegadas del poder público y ocupan estratos sociales bajos. A partir de esto, el multiculturalismo plantea

la idea de que las relaciones de desigualdad entre las culturas están dadas por el tamaño de cada una de ellas y como solución a dicha desigualdad propone la coexistencia y la tolerancia entre culturas basadas en una igualdad formal. Esta igualdad formal se orienta a reconocer el autogobierno o autodeterminación de las minorías dentro del Estado, a darles representación en la discusión pública e integrarlas a la cultura mayoritaria (Cruz, 2013).

Para Cruz, basar la coexistencia de culturas en la tolerancia, por el mismo significado de ésta última palabra, estaría reconociéndose implícitamente que dicha coexistencia no es un bien en sí mismo, sino un mal menor o soportable, por tal, la diversidad cultural termina siendo un problema étnico-cultural que afecta a la colectividad (Geertz, 1996) (Cruz, 2013) (Almeida, 2011).

Se dice que el multiculturalismo está planteado para un Estado donde la diversidad cultural es soportada siempre y cuando la cultura de las minorías no interfiera en la cultura de las mayorías. Por tanto, en lugar de instar a las culturas a interrelacionarse, se promueve la separación de las mismas y se presentan a las “minorías” como un segmento aparte de la sociedad (Geertz, 1996) (Cruz, 2013) (Almeida, 2011).

Varios autores creen que la desigualdad entre culturas no está dada necesariamente por el tamaño y como muestra de ello se tiene a Latinoamérica, donde no es del todo apropiado hablar de culturas mayoritarias o minoritarias. Los planteamientos del multiculturalismo coinciden con la realidad de Ecuador o Colombia, donde la “mayoría” ha pasado por encima de las “minorías”, pero no puede ser aplicada en los casos de Bolivia o Guatemala, donde a pesar de que la mayoría de la población pertenece a distintas culturas indígenas, estas han sido dominadas a lo largo de la historia por una “minoría” mestiza instaurada a través del Estado como cultura de la nación. Ya sea en el caso de Ecuador y Colombia o Guatemala y Bolivia, lo cierto es que la desigualdad de las culturas en América Latina se debe a las estructuras de poder heredadas desde la dominación colonial que se fundamenta en la idea de raza, subordinando lo indígena a lo blanco, lo salvaje a lo racional, idea que se ha mantenido hasta la actualidad, de una u otra forma (Cruz, 2013) (Walsh, 2002) (Valarezo, 2011).

Para el multiculturalismo, la identidad colectiva – pueblo, nación, cultura – está dada por patrones, rasgos o atributos comunes (raza, lengua, territorio) entre un grupo humano que los define y agrupa, que los encierra y los limita. Sin embargo, existen grupos humanos que pueden compartir atributos o rasgos comunes pero no tienen un sentido de pertenencia ni la intención de formar una identidad colectiva; por otro lado, existen individuos que se reconocen mutuamente, comparten creencias y no necesariamente tienen una característica común, propia y determinada, como los kichwas en el Ecuador, que no tienen un territorio limitado y se asientan junto a pobladores mestizos (Cruz, 2013) (Miller, 1997).

Según Roque Espinosa, el término “cultura” en el contexto ecuatoriano fue entendido como un referente de etnicidad y reflejo de la lucha indígena por mantenerse y distinguirse del “otro”, lo cual reforzó la idea de que los indígenas eran distintos o diferentes, convirtiéndose en un grupo humano objeto de derechos y prácticas institucionales “aparte” (Espinosa, 2002). Con el multiculturalismo, aquella idea se afianzó, las culturas indígenas y la mestiza terminaron por ser entendidas como totalidades delineadas y plenamente identificables entre sí; no se negaba su coexistencia, pero aquella era limitada a sus fronteras, como si fueran piezas de un gran mosaico. Es por eso que aquel reconocimiento formal de las diferencias resultó en una parcelación de la sociedad promoviendo la creación de “...una sociedad en la que se patentiza la separación de los individuos por el solo hecho de no ser iguales...” (Almeida, 2011, pág. 37)

De ahí que durante la década de los noventa, lo indígena y lo mestizo coexistían pero no se interrelacionaban; lo indígena fue presentado como una parte o un segmento dentro de lo mestizo oficial. La diversidad cultural fue simplificada y se ocultaron las relaciones de poder y subordinación indígena, por ello, se dice que la Constitución de Ecuador de 1998 a pesar de que describe al Estado ecuatoriano como pluricultural y multiétnico, habría introducido un multiculturalismo que a pesar de que reconoció la heterogeneidad de la sociedad ecuatoriana, terminó por parcelar a la sociedad en lugar de orientar a la construcción de un “...respeto mutuo y el desarrollo de individuos y colectividades trascendiendo las diferencias culturales (Cruz, 2013, pág. 39) (Walsh, 2002) (Grijalva, 2008) (Santos, 2013) (Villavicencio G. , 2002)

2.3. La Interculturalidad.

A partir de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, se prevén nuevas instituciones que no son creaciones propias de la esfera jurídica y tienen un sentido reivindicatorio que busca cambiar paradigmas tradicionales, monoculturales y etnocéntricos. Entre aquellas instituciones se encuentra la interculturalidad, la cual es mencionada¹⁴ varias veces a lo largo dentro de la Carta Magna, por ejemplo, cuando aquella identifica al Ecuador como un Estado intercultural (Art.1); regula los idiomas para la relación intercultural (Art. 2); fomenta el derecho a la comunicación (Art. 16), educación (Art. 27), salud (Art. 32) desde la interculturalidad; impone como responsabilidad la promoción de relaciones interculturales (Art. 83 numeral 10) y el respeto a las diferencias étnicas (Art. 83 numeral 14); fomenta la participación democrática desde la interculturalidad (Art. 95); dispone que las circunscripciones territoriales se regirá por varios principios, entre ellos, el de interculturalidad (Art. 257); dispone que como requisito al buen vivir el goce de derechos y el ejercicio de responsabilidades dentro del marco intercultural. El sistema nacional de inclusión y equidad (Art. 340), de educación (Art. 343 y 347.9), de salud (Art. 358) y de cultura (Art. 378); las relaciones con la comunidad internacional (Art. 416 numeral 10) y la integración con países de Latinoamérica y el Caribe (Art. 423 numeral 4) se refieren de una u otra manera a la interculturalidad; entre otras (Ávila, 2016) (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El listado anterior es ejemplificativo y aunque no contempla absolutamente todas las disposiciones referidas expresamente a la interculturalidad, es evidente que aquella se encuentra a lo largo de toda la Constitución. El problema es que la Carta Magna no la define ni la describe, por lo que ha llegado a ser considerada como una voz obscura y dispersa sujeta

¹⁴ También se debe tener presente que hay otras disposiciones en el texto constitucional antes mencionado que a pesar de no referirse expresamente a la interculturalidad están muy ligados a ella. Así se tiene por ejemplo al Art. 11, numeral 2, inciso segundo que dispone que nadie podrá ser discriminado por su etnia, lugar de nacimiento, identidad cultural; el Art. 21 que versa sobre el derecho a la identidad cultural. Otro ejemplo es el Art. 66 de la Constitución ecuatoriana sobre los derechos de la libertad, entre los cuales se reconoce la igualdad formal y material y a la no discriminación; el libre desarrollo de la personalidad; el derecho de toda persona de practicar, conservar, cambiar o profesar una religión o sus creencias; la reserva sobre las convicciones propias; la objeción de conciencia; la participación en la vida cultural de la comunidad; la identidad personal o colectiva. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

a la interpretación de quien la promueve y defiende. Por esta razón, a continuación, se pretende identificar lo que representa la interculturalidad (Ávila, 2016) (Walsh, 2016).

Para Richard Salazar Medina, la interculturalidad puede ser entendida como un intercambio cultural que no se limita a la convivencia de los diversos sino a una plena interacción en términos de igualdad y mutuo enriquecimiento. Hay autores que sostiene que la Interculturalidad puede ser entendida desde dos formas, una descriptiva-crítica y otra política-pedagógica. La primera permite explicar y analizar el encuentro de dos o más culturas o grupos étnicos; la segunda, como producto de la primera, es el conjunto de disposiciones y labores encaminadas a acabar los efectos negativos de las interacciones culturales conflictivas (Almeida, 2011)

Según Enrique Ayala Mora, la interculturalidad es la superación de prejuicios en pro de la valorización del otro, implica la construcción de

... puentes de relación e instituciones que garanticen la diversidad pero también la interrelación creativa. No es reconocer al otro, sino también entender que la reclamación enriquece a todo el conglomerado social, creando un espacio no solo de contacto sin de generación de una nueva realidad común. (Ayala, 2001, pág. 61)

A ello, agrega que la interculturalidad no es una característica natural de toda sociedad y la califica como un proyecto con un objetivo determinado que

“...va mucho más allá de la coexistencia o el dialogo entre culturas; es una relación sostenida entre ellas. Es una búsqueda expresa de superación de los prejuicios, el racismo, las desigualdades y las asimetrías que caracterizan a nuestro país, bajo condiciones de respeto, igualdad y desarrollo de espacios comunes” (Ayala, 2001, pág. 61)

Según Ramiro Ávila, la interculturalidad “... es una forma mediante la cual se materializa la convivencia y la riqueza de la diversidad...implica, por un lado, el respeto de la cultura diversa y, por el otro, el mutuo aprendizaje.” (Ávila, 2016, pág. 32).

Eduardo Almeida conceptualiza a interculturalidad como un conjunto de principios antirracistas, antisegregacionistas e igualitaristas que tienen como base la relación entre

grupos humanos con culturas distintas a fin de llegar a una interacción positiva a través del conocimiento y enriquecimiento mutuo (Almeida, 2011).

De acuerdo a Edwin Cruz, la interculturalidad no se limita o persigue la equidad entre las culturas, también promueve intercambios y aprendizaje mutuo “...entre personas y grupos con distintos saber, valores, tradiciones y racionalidades, y se orienta a construir el respeto mutuo y el desarrollo de individuos y colectividades trascendiendo las diferencias culturales” (Cruz, 2013, pág. 39); y aclara que la interculturalidad no pretende que se asuma el pensamiento del otro, sino que permite que aquellas diferencias abran nuevas perspectivas de convivencia (Cruz, 2013)

Se puede decir que la interculturalidad de cierta manera cuestiona y desafía las ideas etnocentristas, reconoce la diversidad cultural como un bien en sí mismo, promueve la interacción entre culturas en términos de igualdad y equidad y cuestiona y niega la jerarquización cultural desconociendo la existencia de culturas avanzadas o retrasadas, altas o bajas (Ávila, 2016) (Walsh, 2012).

Con la interculturalidad se promueve el aprendizaje mutuo y se reconoce la posibilidad de cada cultura de cambiar, mejorar y perfeccionarse. Por ende, la interculturalidad cuestiona la vieja idea de que las culturas son algo estático o permanente en el tiempo, ya que reconoce su capacidad de “evolucionar” (Conderana, 2007) (Narvaja, 2016) (Altarejos, 2003) (Geertz, 2006) (Ávila, 2016).

Para Catherine Walsh, la interculturalidad, en general, ha sido pensada desde tres perspectivas: una racional, una funcional y una crítica. La perspectiva racional de la interculturalidad promueve el intercambio entre personas, prácticas, saberes, valores y tradiciones culturales, sin embargo, se enfoca solamente en el contacto o en la relación per sé. La interculturalidad desde la perspectiva funcional reconoce la diversidad cultural pero dentro una estructura ya establecida, de ahí su nombre, pues es funcional al sistema preexistente (Walsh, 2012).

De acuerdo a Walsh, a pesar de que la perspectiva racional y funcional reconozcan la diversidad cultural, la primera cae en el error de descontextualizar y simplificar a la

diversidad cultural y la segunda no cuestiona la estructura preexistente caracterizada por ser discriminatoria, monocultural y etnocéntrica. Por ende, esta autora cree que no basta con reconocer las diferencias, la interacción y el aprendizaje mutuo entre culturas, sino que se debe identificar en el entorno dentro del cual se desarrollan y buscar erradicar los factores que han propiciado el trato abiertamente injusto al que históricamente han sido sometidas las distintas culturas “dominadas”. De ello trata justamente la tercera perspectiva propuesta por Walsh, esta es, la perspectiva crítica (Walsh, 2012) (Ávila, 2016).

De acuerdo la perspectiva crítica de interculturalidad, además de reconocer a la diversidad cultural y promover el aprendizaje mutuo, es necesario erradicar de la colonialidad del poder, que no es otra cosa que una forma de denominación utilizado por un grupo humano sobre otro para despojarlo de su historia, cultura e identidad. Esta colonialidad implica un ejercicio de poder que opera principalmente a través de tres mecanismos: diferenciación, jerarquización y dominación. Quien tiene el poder, diferencia y clasifica, se identifica y separa, es decir, crea dualismos que dividen a la realidad en un “yo” y un “otro”; luego, ordena y jerarquiza ubicando al “yo” sobre el “otro”; y, finalmente, como consecuencia de todo lo anterior, el “yo” domina al “otro” quien no tiene otra opción que cumplir sin cuestionamiento aquello impuesto por quien tiene el poder. En el caso concreto, el “yo” representa la cultura mestiza occidental que ha fungido a lo largo de la historia como una cultura dominante, en tanto que el “otro” está constituida por aquellas culturas que han sido objeto de discriminación, subalternización e invisibilización (Walsh, 2012) (Ávila, 2016).

En palabras de Catherine Walsh, desde la perspectiva crítica

...la interculturalidad se entiende como una herramienta y como proceso y proyecto que se construye desde la gente... se entiende como una estrategia, acción y proceso permanente de relación y negociación... en condiciones de respeto, legitimidad, simetría, equidad e igualdad... afirma la necesidad de cambiar no solo las relaciones, sino también las estructuras, condiciones y dispositivos de poder que mantienen la desigualdad, inferiorización, racialización, discriminación. (Walsh, 92).

Ramiro Ávila comparte esta perspectiva de interculturalidad, y manifiesta que aquella está “... encaminada a emancipar, a resistir y a combatir todo poder que oprima o subordine, y

a transformar, reinventar y rehacer la sociedad y al estado.” (Ávila, El Neoconstitucionalismo Andino, 2016, pág. 146). Este autor, en la misma línea que Walsh, cree que una vez reconocida la diversidad cultural y la colonialidad, identificada la necesidad de establecer relaciones equitativas e igualitarias entre las culturas, es necesario combatir los mecanismos de la colonización. Para ello sugiere tres momentos: primero, armonizar la convivencia de varias visiones o características en una sola esencia, es decir, evitar los dualismos; segundo, desjerarquizar a las culturas otorgándoles igual valor y reconocimiento; y, finalmente mantener relaciones de cooperación entre las culturas, fundadas en la solidaridad e igualdad sustancial (Ávila, 2016).

Entonces, la interculturalidad crítica, además de buscar la interacción y aprendizaje mutuo entre culturas, o el reconocimiento de la identidad cultural y sus diferencias, busca acabar con aquellas estructuras basadas en la discriminación, dominación y subalternización. De ahí que la interculturalidad es un proyecto a largo plazo que abarca a todas las personas haciéndoles parte de *problema*¹⁵ y por ende responsables de la solución. Es en este sentido crítico en el que se cree debería entenderse la interculturalidad, reconocida y consagrada por la Constitución de Montecristi de 2008 (Walsh, 2012).

Ramiro Ávila resalta la importancia del reconocimiento del Ecuador como un Estado intercultural y, en su criterio, aquello tiene tres grandes implicaciones:

1. La una, constatación de una realidad, que reconoce que en Ecuador existen culturas distintas a la hegemónica: somos heterogéneos en Ecuador y también reconoce que existe colonialidad. 2. La otra, una inspiración, que todas las culturas tengan la posibilidad de desarrollar al máximo sus potencialidades y poder compartir y aprender de otras culturas...3. Finalmente, la idea de transformar, que implica desterrar y superar el colonialismo de la cultura hegemónica. (Ávila, 2016).

Por lo anteriormente mencionado, se cree que la Constitución ecuatoriana de 2008 realmente da un paso hacia adelante al reconocer a la interculturalidad, convirtiéndola en un rasgo

¹⁵ Problema en referencia a las estructuras coloniales que hasta ahora se preservan y no a la diversidad cultural como tal.

fundamental del derecho y del Estado ecuatoriano que a lo largo de la historia ha estado presente, pero que a partir de dicha Constitución finalmente fue reconocida formalmente. La consecuencia de ello, como bien señala Ramiro Ávila, es que todo el ordenamiento jurídico debe ser entendido, interpretado y aplicado desde la lógica intercultural. Sin embargo, la interculturalidad al tratarse de un proyecto que trae consigo un cambio de paradigmas no está exenta de críticas u obstáculos, de ahí que existe una diferencia entre lo que se “dice” de la interculturalidad y otra lo que se “hace” por o con ella, tal como se ve más adelante.

2.4. La Plurinacionalidad.

Una vez conseguida la independencia del poderío español, se trató de formar una nueva identidad ecuatoriana “independiente” y “propia”, con sentido de pertenencia a un estado soberano, sin embargo, y como ya se dijo en el subcapítulo anterior, lo que realmente sucedió es que la clase hegemónica- influenciada por el pensamiento español- impuso sus ideas racistas y colonialistas y terminó por dividir a la sociedad entre aquellos que encajaban con aquel proyecto y quiénes no (Kowii, 2011) (Mejía, 1994) (Ávila, 2016).

Es por ello que la identidad ecuatoriana inicialmente no representó un proceso construido desde un pueblo que comparte un tronco común, una individualidad histórica o una sola cultura, sino que fue una construcción impuesta por una minoría a una mayoría que no tuvo más que aceptarlo y acoplarse; en palabras de Ramiro Ávila Santamaría, “... *se construyó una cultura nacional a la medida de quienes gobernaban el estado a costa de desconocer otras culturas*” (Ávila, 2016, pág. 27)

Empero de lo anterior, los movimientos indígenas por encima de la estructura estatal unicultural, conservaron y mantuvieron distintas formas de entender y construir identidades, territorialidades y sistemas de vida, por eso, cuando la lucha indígena se consolida en la década de los noventa con una participación considerable en el ámbito social y político, desde su seno nace la idea de la plurinacionalidad que no fue reconocida sino hasta la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (Walsh, 2008, pág. 142).

De acuerdo a Ramiro Ávila, la plurinacionalidad puede ser entendida como la “... *convivencia de otras culturas además de la cultura mestiza dominante.*” (Ávila, El

Neoconstitucionalismo Andino, 2016, pág. 27); Raúl Llásag Fernández cree que la plurinacionalidad se sustenta en “...*el reconocimiento de todas las diversidades, sean éstas étnicas, culturales o de otra naturaleza*” (Llásag, La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad, 2009, pág. 182); para Julio César Trujillo, no es otra cosa sino “*el reconocimiento de la realidad o del hecho de que en el territorio del Ecuador coexisten con la mayoría mestiza naciones o nacionalidades indígenas*” (Trujillo, 2013, pág. 306).

Según Catherine Walsh, es “... *un término que reconoce y describe la realidad de un país en el cual pueblos, naciones o nacionalidades indígenas y negras – cuyas raíces predatan al Estado nacional- conviven con blancos y mestizos.*” (Walsh, 2008, pág. 142). A ello agrega que plurinacional también implica el reconocimiento de la naturaleza diversa de su elemento poblacional; supone el respeto y reconocimiento de los distintos pueblos y nacionalidades que lo conforman promoviendo la unidad, igualdad y solidaridad entre ellos (Walsh, 2016) (Ávila, 2016) (Llásag, 2009).

Ahora, un escollo que surge al hablar de plurinacionalidad – además del uso del término en sí mismo¹⁶ – es que no está totalmente claro qué se debe entender cuando se hace referencia a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Para Raúl Llásag, la comunidad indígena debe ser entendida como:

... los gobiernos comunitarios que funcionan al interior de los pueblos o nacionalidades indígena. En dicha denominación se engloban las comunas, colonias, centros, asociaciones o cualquier otra denominación que se le haya dado a una unidad de gobierno comunitario que funciona al interior de un pueblo o nacionalidad indígena. (Llásag, 2009, pág. 188).

Respecto de los pueblos indígenas, el Convenio de 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales de 1989, menciona lo siguiente:

¹⁶ La plurinacionalidad desafía la idea del Estado-nación que presentaba al Estado como “... *una nación hegemónica (con una sola identidad cultural, idioma, religión)*...” (Yrigoyen, 2004, pág. 173)

... los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, pág. 2)

De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los pueblos indígenas se definen como

... aquellos grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros europeos. Esta continuidad histórica se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la autoidentificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos. Estos pueblos se conocen en nuestros países porque mantienen formas de vida y de cultura que los distinguen del resto de la sociedad, y han estado subordinados y marginados tradicionalmente por estructuras económicas, políticas y sociales discriminatorias, que prácticamente los han mantenido en condición de ciudadanía de segunda clase, a pesar de que en las legislaciones, formalmente, los indígenas tienen los mismos derechos que tienen los no indígenas. Pero, en la realidad, esta ciudadanía es como imaginaria, porque siguen sufriendo de formas estructurales de discriminación, de exclusión social, de marginación. (Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingi Vs Nicaragua, 2001, pág. 24)

Para Llásag, los pueblos indígenas deben ser entendidos como: “... *colectividades con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad ecuatoriana, regida por sus propias formas de organización social, política, económica y jurídica, que forman parte de una nacionalidad.*” (Llásag, 2009, pág. 187).

Si se sigue a Raúl Llásag, se puede decir que las comunidades serían un componente de los pueblos indígenas, y estos a su vez son parte de una nacionalidad, por lo que queda entender qué es una nacionalidad dentro de este contexto. Para la CONAIE, citada por Raúl Llásag, las nacionalidades son “... *colectividades que guardan una identidad histórica, idioma, cultura, que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas*

tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y bajo el ejercicio de su propia autoridad” (Llásag, 2009, pág. 186).

Para Enrique Ayala Mora no es acertado el uso del término nacionalidades, ya que

... los dos documentos internacionales más importantes sobre el tema, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, los definen así, como <<pueblos>>. Ninguno de los dos se refiere a <<nacionalidades>> o a <<Estados plurinacionales>>. (Ayala, 2001, pág. 56)

Ramiro Ávila reconoce que la plurinacionalidad no fue el mejor término para referirse a la convivencia de varias culturas o nacionalidades dentro de un mismo Estado, sin embargo, sostiene que a pesar de ello es necesario redefinirla o reconceptualizarla en los términos de reivindicación que persigue, siendo esto justamente el objeto del presente apartado (Mejía, 1994) (Ávila, 2016) (Llásag, 2009).

Teniendo en cuenta lo arriba mencionado, vale decir que lo plurinacional además buscar la estabilidad y bienestar de todos los pueblos y nacionalidades que lo conforman, propone repensar y re-fundar lo que hasta ahora ha sido el monopolio de lo mono-nacional y colonial, por ende, supone un proyecto que presenta al Estado y a la sociedad pensadas desde la diversidad, pluralidad y diferencias ancestrales, impulsando la participación de sujetos históricamente excluidos en la esfera social, jurídica y política. Ejemplo de ello son los derechos previstos en los numerales 3, 6, 7, 14, 15, 16, 17 y 18 del artículo 57 de la Constitución de la República (Constitución de la República del Ecuador, 2008) (Walsh, 2008) (Ávila, 2016) (Llásag, 2009).

Se puede decir también que la plurinacionalidad busca garantizar el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a vivir en su territorio conforme a sus creencias, visiones y formas de organización social, económica, política y jurídica, a través del reconocimiento de su identidad, formas de organización y administración propias. Estos derechos se encuentran previstos en el Artículo 57 antes referido, específicamente en sus numerales 1, 2, 4, 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 19, 20 y 21 (Constitución de la República del Ecuador, 2008) (Walsh, 2008) (Ávila, 2016) (Llásag, 2009).

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto a estos derechos específicos que le han sido reconocidos a los colectivos indígenas, menciona lo siguiente:

En el marco de esta normatividad, para el respeto y ejercicio pleno de la diversidad cultural el Estado reconoce a los miembros de los pueblos indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra (artículo 11 numeral 2), pero además, en aras de materializar esa diversidad cultural, reconoce derechos específicos relativos a los pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos de derechos (artículo 10). Dicho en otras palabras, conviven los derechos del individuo como tal y el derecho de la colectividad a ser diferente y a contar con el soporte del Estado para respetar tal diferencia. (Sentencia No 004-14-SCN-CC, 2014, pág. 14)

Ejemplo de aquello que menciona la Corte Constitucional puede ser el derecho a la identidad cultural reconocido a todas las personas sin distinción alguna en el Art. 21¹⁷ de la Constitución de la República, y el derecho del colectivo indígena a mantener su identidad, en cuanto sujeto de derechos, reconocido en el numeral 1¹⁸ del Art. 57 *Ibidem*. Dichos artículos tienen concordancia con el Art. 10 del mismo texto normativo que reconoce como sujetos de derechos a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y con el Art. 11 numeral 1 que dispone que los derechos podrán ejercerse individual y colectivamente (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Como se puede ver el reconocimiento de la plurinacionalidad trajo consigo no solo el reconocimiento de los pueblos y nacionalidades indígenas, sino que además rompió los esquemas tradicionalmente aceptados. De acuerdo a Agustín Grijalva, una de las críticas que ha recibido la plurinacionalidad es que aquella podría constituir una propuesta peligrosa que pondría en peligro la unidad del Estado ecuatoriano ya que al enfatizar la autonomía y autodeterminación de las nacionalidades y pueblos indígenas, se estaría dando pie a una posible secesión, lo que a criterio de dicho autor es inexacto, toda vez que la

¹⁷ “Art. 21.- Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 16).

¹⁸ “1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 28).

plurinacionalidad no propone en ningún momento la división del Estado, en realidad, lo que plantea es su reestructuración y reorganización a fin de que se integre dentro de él la diversidad de los pueblos y nacionalidades que lo comprenden (Grijalva, 2008).

En palabras de Catherine Walsh, la pluriculturalidad pretende fomentar “... *la unidad en la diversidad e interculturalidad dentro de un mismo Estado a fin de descolonizarlo mediante el reconocimiento no solo de los pueblos indígenas sino de todos los que conforman el Estado ecuatoriano*” (Walsh, 2016, pág. 20).

Al respecto, Boaventura de Sousa manifiesta que la concepción tradicional del Estado Uninacional no es negada o desconocida por la plurinacionalidad, en realidad, lo que aquella busca es simplemente el reconocimiento de las naciones étnico-culturales fundadas en “... *en un modo de pertenencia colectivo que comparte el mismo universo cultural y simbólico, la misma ancestralidad, la misma relación con la tierra y el territorio*” (Santos, 2013, pág. 25).

En todo caso, a pesar de las críticas y cuestionamientos que han sido planteados, lo cierto es que la plurinacionalidad fue reconocida en la Constitución de Montecristi y desde aquel hito se puede decir que se dejaron atrás ciertos paradigmas monoculturales y etnocéntricos, o cuando menos, fueron cuestionados. Así se tiene a la justicia indígena que, a criterio de Boaventura de Sousa, se trata de una “...*una demostración viva y realista de las posibilidades creadas por la plurinacionalidad.*” (Santos, 2013, pág. 17).

La justicia indígena está enmarcada dentro de la propuesta plurinacional, no solo por el hecho de reconocer funciones jurisdiccionales a las autoridades de los pueblos y nacionalidades indígenas, sino porque aquel reconocimiento implica ratificar la existencia de un derecho indígena creado, desarrollado, practicado y aplicado conforme a normas y procedimientos que le son propios. De ahí que el reconocimiento de la justicia indígena implica una *transición* de un monismo jurídico a un pluralismo jurídico interno que en palabras de Raúl Llászag supone “... *la coexistencia de varios sistema jurídicos dentro de un espacio geopolítico*” (Llászag, 2009, pág. 191); o en palabras de Ramiro Ávila implica la existencia “... *varios sistemas jurídicos con normas de reconocimiento y validez distinta*” (Ávila, 2016, pág. 31).

Es por ello que se dice que junto al derecho estatal¹⁹, positivo²⁰, eurocéntrico²¹ o como quiera llamarse, coexiste el derecho indígena que, de acuerdo a Carlos Pérez Guartambel, citado por Miguel Hernández Terán: “...*al no contar con normas escritas y mucho menos codificadas, se mantiene en la memoria colectiva, a través del mecanismo de la oralidad, mediante la transmisión vivencial de generación en generación...*” (Hernández, 2011, pág. 14). Asimismo, junto a la justicia ordinaria, existe una justicia indígena caracterizada por “... *la oralidad, la cercanía y comprensión del conflicto con la autoridad que lo resuelve, la inmediatez, la solución reparadora y creativa.*” (Ávila, 2016, pág. 31)

Se debe precisar que la justicia indígena, a pesar de que data de una época anterior al mismo Estado, no quiere decir que deba ser vista algo estático, rígido o fosilizado. Ciertamente la justicia indígena ha preservado ciertos elementos y principios del pasado, pero a la par, ha sido capaz de adaptarse a las nuevas circunstancias y adoptar nuevos elementos. Carlos Guartambel, citado por Miguel Hernández Terán, respecto a lo mencionado anteriormente manifiesta lo siguiente

Preciso es indicar que las generaciones evolutivamente también realizan sus aportes en el perfeccionamiento de la legislación andina como una necesidad de cambio y respuesta a las nuevas demandas que las comunidades históricas y socialmente requieren... (Hernández, 2011, págs. 14-15)

Por lo antes dicho, se puede decir que el pluralismo jurídico no implica solamente el reconocimiento de la existencia de dos sistemas jurídicos dentro de un mismo territorio, sino que además insta al aprendizaje entre ellos, en base a relaciones de respeto, equidad e igualdad. Esta cuestión, en palabras de Boaventura de Sousa, puede ser entendida como “ecología de saberes” la cual se asienta justamente “... *en el aprendizaje recíproco de los*

¹⁹ Yrigoyen, R. (1999). Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal. Guatemala: Fundación Myma Mack.

²⁰ Llásag, R. (2012). Movimiento indígena del Ecuador a partir del siglo XX: visibilizando el resurgir, sus avances y retrocesos. En B. d. Santos, Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador (págs. 83-156). Quito: Abya-Yala.

²¹ Santos, B. d. (2013). Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. En B. d. Santos, & A. Grijalva (Edits.), Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador (págs. 13-50). Quito: Abya-Yala.

dos sistemas en presencia y en el enriquecimiento que de ello puede resultar para ambos”
(Santos, 2013, pág. 38)

Ahora, la coexistencia de ambos sistemas jurídicos – indígena y ordinaria– no es totalmente armoniosa y ciertamente es bastante compleja, ya que como se ha dicho varias veces, ambos sistemas tienen un origen y una lógica que no siempre es coincidente y en algunos casos puede llegar a ser contradictoria. De acuerdo a Boaventura de Sousa Santos, dicha relación entre justicia ordinaria a través del tiempo ha atravesado cuatro etapas: la primera, donde la justicia ordinaria negaba la existencia de la justicia indígena; la segunda, en la que se reconoce la coexistencia de ambas justicias pero con una prohibición de contacto entre ellas; la tercera, de reconciliación, la justicia ordinaria reconoce a la justicia indígena como una reparación del pasado injusto y discriminatorio del cual fue objeto pero siempre que dicho reconocimiento no interfiera o afecte al presente y al futuro; y, una cuarta y última etapa, basada en una convivencia que implica que ambas justicias “... *se reconozcan mutuamente y se enriquezcan una a la otra en el propio proceso de relación, obviamente respetando la autonomía de cada una de ellas y los respectivos dominios de jurisdicción reservada.*”
(Santos, 2013, pág. 36)

Esta convivencia que se cree que es aquella prescrita en la Constitución de la República de 2008, necesitará de tiempo y la participación de los operadores de justicia para entender, interpretar y aplicar el derecho dentro del contexto plurinacional e intercultural ecuatoriano a fin de que aquella pase de ser un ideal a una realidad concreta. El problema de esto es que dicha convivencia, así como la plurinacionalidad dentro de la cual se enmarca, son proyectos a largo plazo y “... *las sociedades no pueden vivir en el largo plazo, sino en el corto; y a corto plazo es más probable que la vieja política subsista en incluso domine, a menudo disfrazada de nueva política.*” (Santos, 2013, pág. 16).

Esta subsistencia de la vieja política y la resistencia a aceptar los cambios que se proponen desde la lógica plurinacional ha dado como resultado que la justicia indígena sea limitada, vista con extrañeza y desconfianza y, en algunos casos, discriminada. Ejemplo de ello es lo que menciona Orlando Alcívar Santos, citado por Miguel Hernández Terán, quien manifiesta que la justicia indígena

...comprende una serie de actos de barbarie que avergüenzan a la comunidad ecuatoriana por el primitivismo que exhiben, y es hora que el país en su conjunto, el Presidente de la República, la Fiscalía, la Función Judicial y la opinión pública, pongamos un civilizado freno al o que está ocurriendo... Es de tal naturaleza el despiste – no quiero decir la ignorancia – de algunos abogados y fiscales indígenas, que llegan al fundamentalismo de sostener que no cabe que la justicia ordinaria juzgue a quienes han cometido los delitos que se han perpetrado porque ya los juzgo y castigo la justicia indígena... los constituyentes cometieron el error de reconocer un <<derecho propio>> a los indígenas (¿alguien conoce ese derecho?) y puso en nivel igualitario a la justicia indígena y a la ordinaria para efectos de que nadie sea juzgado dos veces por la misma causa. (Hernández, 2011, págs. 101-102).

Otros ejemplos pueden encontrarse en las entrevistas realizadas por Karla Encalada a distintos funcionarios y administradores de justicia de la ciudad de Riobamba, referente a su posición respecto a la justicia indígena, obteniendo los siguientes resultados:

-Entrevista “EJP1” a Fiscal de Chimborazo, realizada el día martes 12 de abril de 2011:

En casos de delitos, nosotros tenemos que juzgarles. Ellos no pueden juzgar porque su justicia no es legal. Claro que ellos tienen sus costumbres y pueden juzgar actos chiquitos: pero ¡no! pues esos casos grandes, esos tienen que ser juzgados por la ley penal pues. (Encalada, 2013, pág. 202)

-Entrevista “EJG1” a Juez del Juzgado Penal de Chimborazo, realizada el día miércoles 27 de abril de 2011:

Mi pregunta es si ellos simplemente reciben las versiones del ofendido y de la ofendida y se impone una pena, pero pregunto: ¿esa pena está escrita? Aquí dice la Constitución, que <<no está escrita>> porque se aplican normas y procedimientos primitivos. Existe un serio riesgo de que se vayan a cometer errores, de que se vaya a sentenciar a un inocente, por un culpable. Ahí no se respeta el debido proceso, entonces mi concepto es de que este es un sistema retrógrado. Pese a que la Constitución de la República – se dice que es una de las mejores del mundo – no sé con qué objeto estableció esto de la justicia indígena... no podemos conciliar entre la justicia ordinaria y la justicia indígena (Encalada, 2013, pág. 203)

Las opiniones antes citadas pueden ser encasilladas dentro del etnocentrismo (tratado en el primer capítulo del presente trabajo), pues dichos funcionarios claramente se ubican o se reconocen como superiores o “civilizados”, en tanto que lo indígena, al ser algo *extraño* y *distinto*, lo inferiorizan y lo califican como “primitivo”. Se percibe también que aquellos funcionarios restan valor o la capacidad de la justicia indígena calificándola como ilegal e incapaz de conocer casos “grandes”, llegando a sostener que es un error haberla reconocido. Dicho de otra manera, lo “blanco-mestizo” no logra entender lo indígena, se encierra en su lógica, lo rechaza y lo aparta; le es algo distinto a tal punto que se llega a sostener que la justicia indígena comprende una serie de actos que avergüenzan a toda la sociedad ecuatoriana (Encalada, 2013) (Geertz, 1996) (Santos, 2013) (Cuche, 1996)

Lo anterior es prueba de los mecanismos del colonialismo señalados por Ramiro Ávila: se diferencia lo blanco-mestizo de lo indígena; se jerarquiza ubicando a los “civilizado” en la cúspide y a los “primitivos” en la base; y como consecuencia de ello, lo blanco mestizo o “civilizado” es capaz de dominar a lo indígena o “primitivo”. Justamente Karla Encalada, aunque no se refiere específicamente a estos mecanismos, pudo constatar en los juzgados de Riobamba, donde realizó sus entrevistas, que no existe una relación horizontal entre lo indígena y lo mestizo, señalando lo siguiente:

“...cuando los indígenas tratan de obtener información relevante para la realización de diversos trámites, los funcionarios de justicia los ignoran, no les responden o les hacen esperar... la posibilidad de un dialogo con los administradores de justicia se vuelve muchas veces un privilegio, ellos deben superar varios obstáculos (esperas, gritos, burlas, entre otros) para poder comunicarse con los funcionarios cuando necesitan obtener datos, documentos o firmas...” (Encalada, 2013, pág. 193)

Ciertamente aquellas opiniones no pueden ser generalizadas a todos los funcionarios y operadores de justicia, sin embargo, de ello se desprende que la colonialidad, la discriminación, el trato injusto y la extrañeza y desconfianza con la que es vista la justicia indígena y, en general, lo indígena, son fenómenos que no cambiarán ni desaparecerán con el mero reconocimiento de la plurinacionalidad. Es por este motivo que aquella convivencia, entre justicia indígena y justicia ordinaria, necesitará de tiempo para que poco a poco aterrice dicho proyecto en una realidad sostenible, armónica y duradera. En palabras de Boaventura de Sousa Santos, el reconocimiento de la plurinacional supone un “...periodo

de búsqueda de caminos no siempre complementarios, de soluciones de ensayo y de error.”
(Santos, 2013, pág. 37).

Consecuentemente, se puede señalar que la ejecución de la plurinacionalidad implica un proceso complejo e intrincado que deberá sortear críticas y obstáculos, los cuales, según Ramiro Ávila, se centran en los siguientes puntos:

... la relación entre justicia estatal e indígena, la propiedad de los recursos naturales en territorios indígenas por parte del estado, el control de recursos naturales y la consulta sin efectos vinculantes... los ataques gubernamentales y mediáticos a la justicia indígena, la inercia en la creación de espacios e instituciones que hagan posible el dialogo entre las culturas. (Ávila, 2016, pág. 79)

De lo dicho hasta el momento, se desprende que la plurinacionalidad se trata de una propuesta ambiciosa que logró convertirse en una conquista jurídica que trae consigo un proceso de cambio a largo plazo, por ende, su éxito o fracaso no dependerá solamente de su reconocimiento formal o la promulgación de nuevas leyes, sino que además se necesitará la participación de todas las esferas de la sociedad a fin cumplir las reivindicaciones que persigue, cuestión que como se ve más adelante, no es un tema sencillo y se ha topado con varias barreras, tanto en lo ideológico como jurídico (Walsh, 2008) (Grijalva, 2008) (Walsh, 2008) (Ayala, 2001) (Llásag, 2009).

CAPÍTULO III: EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO.

En el primer capítulo del presente trabajo investigativo se dejó sentada la idea de que la cultura es un sistema de significaciones que puede influenciar en la percepción que determinado individuo puede tener del mundo que le rodea, a partir de lo cual es posible sostener que es posible que distintas culturas, sobre una misma cuestión, diverjan o se contrapongan; la forma en como aquellas diferencias han sido abordadas ha variado a través del tiempo. En el caso ecuatoriano, aquel trato inicialmente estaría marcado por una visión etnocentrista que inferiorizaba y segregaba aquello que no encajaba en el modelo “blanco-mestizo”. Luego, desde el multiculturalismo, se reconocería el pluralismo cultural ecuatoriano históricamente invisibilizado pero sin fomentar la interacción mutua entre culturas, separando lo indígena de lo mestizo. Finalmente, a partir del año 2008, se habla de una época guiada por los principios de interculturalidad y plurinacionalidad. Ésta última etapa, a diferencia de las dos anteriormente señaladas, no se limita al reconocimiento de la diversidad cultural sino que, además, propone el cambio de paradigmas y la reconceptualización de ideas que hasta dicha época habían dominado.

Este cambio de paradigmas, por ejemplo, se puede constatar en la necesaria transición de concebir a la sociedad como “... *una comunidad de intereses debidamente tutelados bajo el concepto unitario de cultura*” (Chunga, 2016, pág. 1); ya que aquello sugiere “... *la existencia de un Estado uni-nacional; en el que el conjunto de individuos comparten una misma tradición y evocan una misma cultura*” (Chunga, 2016, pág. 1); lo cual no se acopla con la realidad ecuatoriana finalmente reconocida por la Constitución de la República del Ecuador de 2008, ya que el Estado ecuatoriano alberga no solo a distintas culturas de la mestiza o “nacional”, sino que además se reconoce la existencia de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas con derecho legítimo a mantener su cultura y sus formas de organización social, jurídica y política.

En ese sentido, para ser consecuentes con lo que dispone la Carta Magna vigente y con miras a cuestionar y desafiar la insensibilidad histórica con la que han sido tratados los pueblos indígenas y sus culturales, se cree que la justicia ordinaria no solo debe ser el último recurso para la resolución de casos que necesiten una valoración cultural diferente, sino que además

cuando llegue a ser aplicada esta deberá tener en cuenta el contexto plurinacional e intercultural ecuatoriano. Lo dicho se vuelve más delicado en la esfera penal, pues si aquella no se acopla a los principios antes referidos, en caso de que el indígena sea hallado culpable, la sanción que le sería impuesta no solo condena una pauta culturalmente aceptada sino que la legitimidad y significado de dicha sanción está por fuera de la forma en cómo percibe el mundo el indígena implicado, es decir, está por fuera de su sistema de significaciones y/o cultura. De ahí que para evitar que aquellos puntos de tensión sean resueltos bajo un enfoque monocultural y etnocentrista que señale al indígena como un individuo “equivocado” por realizar conductas que la cultura mestiza no acepta – aunque la misma cultura reconoce la legitimidad de otras culturas distintas a ella – se piensa que es necesario plantear una figura que permita acoplar o aterrizar los principios de interculturalidad y plurinacionalidad a la esfera penal.

Son varias propuestas que desde la doctrina se han planteado para el tratamiento del condicionamiento cultural en la esfera penal de las cuales despunta la vía del error de prohibición, no solo por ser menos discriminatoria que la opción de la inimputabilidad, sino que permite graduar la culpabilidad en función del condicionamiento cultural del individuo, lo cual se verá reflejado en la cuantía de la pena. Ahora, aquello no sería suficiente pues de todas maneras se estaría llegando, por un camino más complejo y elaborado, a la misma cuestión, esto es, la imposición de una pena al individuo por obrar equivocadamente en función de su cultura. Es por este motivo que se piensa en la viabilidad de un error de prohibición culturalmente condicionado circunscrito a los principios de interculturalidad y plurinacionalidad para que pueda ser compatible con lo que el ordenamiento jurídico ecuatoriano prescribe, en general, a favor de la diversidad cultural y, en especial, a favor de los pueblos indígenas.

Por lo antes expuesto, este último capítulo inicia con el estudio de la institución del error de prohibición para identificar su naturaleza jurídica, tipos y efectos. Luego, se reconoce y analiza el error de comprensión propuesto por Zaffaroni como uno de los tipos de error de prohibición vinculados al pluralismo jurídico y cultural. Finalmente, en base al desarrollo de los dos puntos anteriores, se procede al estudio y análisis de la viabilidad de un error de prohibición culturalmente condicionado en el contexto intercultural y plurinacional ecuatoriano

3.1. El error de prohibición.

En el presenta apartado se aborda la figura del error de prohibición, sin embargo, se debe aclarar que el desarrollo de dicha figura está orientado a identificar su naturaleza jurídica sin entrar en detalle a su historicidad. Dicho lo anterior, se cree necesario abordar primero los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad, puesto que son claves al momento de entender a la figura del error de prohibición (Reyes, Culpabilidad, 1999).

De acuerdo a Hanz Welzel, la antijuridicidad “...expresa el puro desacuerdo entre orden jurídico y acción” (Welzel, 1956, pág. 59); es decir, la antijuridicidad es “... la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no solo con una norma aislada) (Welzel, 1997, pág. 60). Raúl Zaffaroni, por su parte, sostiene que la antijuridicidad “... es la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana” (Zaffaroni E. R., Derecho Penal: parte general, 2000 a, pág. 460)

Heleno Claudio Fragoso, citado por Reyes Echandía, entiende por antijuridicidad al “... juicio de valor respecto de un hecho frente a las exigencias del orden jurídico total” (Reyes, 1997, pág. 21). Para Antonio Vicente Arenas la antijuridicidad es “... la contradicción o pugna entre la conducta humana típica y el ordenamiento jurídico general” (Arenas, 1967, pág. 16) El tratadista Reyes Echandía, define a la antijuridicidad como: “... el juicio negativo de valor que el juez emite sobre una conducta típica en la medida en que ella lesione o ponga en peligro, sin derecho alguno, el interés jurídicamente tutelado en el tipo penal. (Reyes, 1997, pág. 23)

Autores como el alemán Hans-Heinrich Jescheck o el colombiano Pedro Pabón diferencian entre antijuridicidad formal y material: formal, cuando se tiene en cuenta solo la contradicción que existe entre la acción frente a la norma jurídica, entendida esta última como un mandato o prohibición; y material, cuando se tiene en cuenta el daño que aquella contradicción provoca en el bien jurídico penalmente protegido (Jescheck, 2002) (Welzel, 1997) (Pabón, 2002).

Pedro Pabón agrega que la antijuridicidad formal y material son necesarias entre sí, puesto que la contradicción formal por sí sola no basta, es decir, la mera oposición entre conducta y norma no es suficiente si no se atenta o daña un bien penalmente protegido; por el otro lado, no podría “...haber antijuridicidad por lesión o peligro de un bien jurídico que no esté protegido positivamente” (Pabón, 2002, pág. 343).

De acuerdo a Reyes Echandía, una vez que determinado comportamiento humano sea considerado como típico, el juez, en nombre o representación del ordenamiento jurídico debe realizar un juicio de valor para saber si aquella conducta típica “... lesiona o pone en peligro, sin justa causa, el interés jurídico que el Estado pretende tutelar; si la conclusión es positiva, la conducta enjuiciada, además de típica, es antijurídica” (Reyes, 1997, pág. 12)

Entonces, se puede decir que la antijuridicidad es aquel juicio de valor objetivo que recae sobre la conducta típica siempre que aquella lesione un bien jurídico tutelado penalmente, y no esté permitida o justificada. Es un juicio de valor objetivo porque recae sobre la acción y no sobre el autor que la desplegó. El objeto de dicho juicio valorativo debe ser una conducta típica, es decir, una conducta legalmente subsumible a un tipo, caso contrario, dicha conducta se encontraría fuera de la esfera penal. Se habla de lesión o daño de un bien jurídico porque es aquello lo que motiva al enjuiciamiento negativo-objetivo de la conducta típica, toda vez que si dicha conducta no vulnera un bien jurídico penalmente protegido, carece de importancia y no podría ser valorada como contraria al ordenamiento jurídico (Reyes, 1997) (Jescheck, 2002) (Zaffaroni E. R., 2014) .

Se debe agregar que no es suficiente que la acción típica sea contraria al ordenamiento jurídico, sino que además, no debe estar permitida o justificada. Esto debido a que así como el ordenamiento jurídico manda y prohíbe, también prevé autorizaciones que, al estar integradas de proposiciones permisivas, prevalecen frente a la acción típica desplegada. A estas proposiciones permisivas se las conoce como causales de exclusión de antijuridicidad o causas de justificación. Estas causas de justificación dan legitimidad a la acción típica principalmente por dos razones: porque hay ausencia de interés en el bien jurídico lesionado o puesto en peligro; o, por la “...primicia de un interés sobre otro con el cual entra en conflicto” (Reyes, 1997, pág. 59)

Una vez identificada o valorada la conducta típica como antijurídica, corresponde cruzar a la esfera de la culpabilidad, la cual, “...en su más propio sentido, es solamente la reprochabilidad como valoración de la voluntad de acción...” (Welzel, 1956, pág. 148)

Para el tratadista Hans Welzel la culpabilidad es aquel reproche que recae sobre el agente “... por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haberla podido omitir” (Welzel, 1956, pág. 147); el penalista español José Cerezo la define como “...la reprochabilidad personal de la acción típica y antijurídica” (Cerezo, 2001, pág. 16); para Hans-Heinrich Jescheck la culpabilidad es “...la reprochabilidad por la formación de la voluntad” (Jescheck, 2002, pág. 434); Raul Zaffaroni manifiesta que la culpabilidad debe ser entendida como “... un juicio personalizado que le reprocha al autor su injusto, considerando el ámbito de autodeterminación con que actuó.” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 508); Reyes Echandía cree que “...por culpabilidad ha de entenderse la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche, en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente” (Reyes, Culpabilidad, 1999, pág. 26)

De acuerdo a Santiago Mir Puig, lo que importa en la culpabilidad es que el agente haya tenido el “conocimiento potencial” de la antijuridicidad de su conducta. Ahora, aquel “conocimiento” al que se hace referencia no es el conocimiento exacto de la norma jurídica, basta el conocimiento del lego o del profano (Mir Puig, 2015) (Zaffaroni E. R., 2014).

En este orden de ideas, se debe tener en cuenta que, para hablar de la posibilidad del agente de actuar de otro modo, es preciso que dicho agente sea capaz de actuar conforme a sentido, es decir, la culpabilidad se funda en la idea del hombre como ser capaz de autodeterminarse. Es por ello que se presume que todos tienen capacidad de culpabilidad o son capaces de imputación, salvo ciertas excepciones legalmente previstas. Esta capacidad de culpabilidad o imputabilidad está conformada por dos elementos, uno intelectual y otro volitivo: el primero se refiere a la capacidad del autor de comprender el injusto, y el segundo, de determinar su voluntad conforme a dicha comprensión (Zaffaroni E. R., 2014) (Welzel, 1997) (Cerezo, 2001) (Jescheck, 2002) (Mir Puig, 2015).

Entonces, si el agente tiene capacidad de culpabilidad, luego, tiene la posibilidad de conocer la antijuridicidad de su conducta, entonces, puede ser reprochada su voluntad de acción

antijurídica porque podía haber obrado de otro modo. Ahora, aquella posibilidad, de acuerdo a las circunstancias, puede verse anulada o disminuida, siendo en esos supuestos donde entra en juego las reglas del error de prohibición (Welzel, 1997) (Cerezo, 2001) (Zaffaroni E. R., 2014).

De acuerdo a Zaffaroni *“Se denomina error de prohibición al que impide la comprensión del carácter y entidad del injusto del acto solamente”* (Zaffaroni E. R., 1987, pág. 183); Pedro Pabón sostiene que el error de prohibición se da *“... cuando el agente cree que actúa lícitamente, pero también cuando ni siquiera se representa la licitud o ilicitud del hecho”* (Pabón, 2002, pág. 408); Reyes Echandía sostiene que se tiene error de prohibición *“... cuando versa genéricamente sobre la antijuridicidad del hecho”* (Reyes, Culpabilidad, 1999, pág. 171); Ramiro García Falconí, siguiendo a Bacigalupo, sostiene que el error de prohibición recae sobre aquellos casos en los que *“... el autor haya tenido un conocimiento correcto de las circunstancias determinantes de la tipicidad, pero ha obrado creyendo que la realización del tipo no estaba prohibido por la ley”* (García R., 2016, pág. 721); de acuerdo a Welzel²², al error de prohibición es *“... el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo”* (Welzel, 1997, pág. 196); Roxin, citado por Natalia Benítez, sostiene que un error de prohibición ocurre *“... cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida...”* (Benítez, 2016, pág. 4)

Se debe precisar que el conocimiento de la antijuridicidad al que se hace referencia en el error de prohibición no se refiere al conocimiento formal de la ley, basta la posibilidad del conocimiento del desvalor jurídico de la conducta, es decir, de su divergencia o su contraposición con el orden jurídico; en palabras de Zaffaroni *“... no es necesario que al sujeto le sea exigible el conocimiento del tipo legal, lo que sería conocimiento técnico del derecho o de la ley, sino que basta con que al sujeto le sea exigible el conocimiento del hecho de la tipificación que marca la especial relevancia penal de la conducta antijurídica.”* (Zaffaroni E. R., 1987, pág. 101)

²² En una obra anterior, Welzel define al error de prohibición de la siguiente manera: *“... El error de prohibición, en cambio, deja intacto el dolo del hecho y se refiere – con pleno conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho – a otros fundamentos que están fuera del tipo, que excluyen la antijuridicidad según la opinión del autor”* (Welzel, 1956, pág. 177).

Habiendo identificado a la figura del error de prohibición, es preciso reconocer sus categorías, estas son, el error de prohibición directo e indirecto. García Falconí, siguiendo a Bacigalupo, sostiene que son casos de error de prohibición directo aquellos causados por “... desconocimiento de la existencia de la prohibición o del mandato de acción, así como la apreciación errónea del alcance de la norma. De igual forma, en caso de conocer la existencia de la norma, pero considerarla no vigente o no aplicable” (García R., 2016, pág. 721)

Por otro lado, el error de prohibición indirecto²³ responde generalmente a tres supuestos: (i) cuando el sujeto cree que existe una causa de justificación que en realidad la ley no prevé; (ii) cuando el agente se equivoca respecto de los límites de una causa de justificación, como la falsa suposición de creer que la legítima defensa permite, en toda circunstancia, dar muerte a quien ha provocado la agresión actual e ilegítima; y, (ii) cuando el sujeto cree que concurren todos los elementos para la conformación de una causa de justificación cuando en la realidad no es así (Welzel, 1997) (Mir Puig, 2015) (Zaffaroni E. R., 2014)

Sea que se trate de un error de prohibición directo o indirecto, de acuerdo a sus efectos, podrán ser errores vencibles o invencibles. Se estará ante un error de prohibición invencible cuando el agente, en la circunstancia concreta en la que se encontraba, no tenía posibilidad alguna de conocer la antijuridicidad del hecho a pesar de realizar la diligencia necesaria para el efecto; en tanto que se tendrá un error de prohibición vencible cuando el agente sí tenía, aunque disminuida, dicha posibilidad (Welzel, 1997) (Mir Puig, 2015) (Zaffaroni E. R., 2014).

²³ Ramiro García Falconí, respeto del error de prohibición indirecto menciona lo siguiente: *..la suposición sobre una causa de justificación que, en realidad no existe en el ordenamiento jurídico o de los presupuestos de una causa de justificación establecida en el ordenamiento jurídico, así como de los límites legales de la justificante y rebase los exigencias para el caso concreto... En el primer caso... vale señalar el caso del dueño de casa que considera lícito poner una nueva cerradura en el inmueble de su inquilino que se encuentra en mora en los pagos del canon de arrendamiento. En el segundo caso, quien estima que al ser asaltado puede perseguir a sus asaltantes y agredirles, bajo los presupuestos de la legítima defensa. En el tercer caso, conocido como error sobre los presupuestos fácticos de la causa de justificación, quien considere que está siendo víctima de una agresión inminente y no provocada, cuando en realidad tal agresión no existe (defensa putativa).* (García R., 2016, pág. 721).

Para García Falconí, debe tenerse en cuenta que un error de prohibición invencible no solo existe cuando el sujeto “... *se representa positivamente que no actúa de modo antijurídico, sino también, cuando le falta en absoluto la conciencia de la antijuridicidad sin que hubiera reflexionado nunca sobre tal posibilidad... no hay por tanto un sujeto responsable, lo cual no elimina el injusto pero sí la culpabilidad.*” (García R., 2016, pág. 723)

Roxin, citado por Natalia Benítez, respecto al error de prohibición invencible sostiene que: “... *Si sólo con esfuerzos extremos se habría podido alcanzar indicios de antijuridicidad de su conducta [...] todavía existe una (pequeña) culpabilidad; pero, como tales esfuerzos ya no son exigibles, [...] se excluye la responsabilidad jurídicopenal...*” (Benítez, 2016, pág. 5).

Entonces, en el caso del error de prohibición invencible, debido a que el agente no tiene posibilidad alguna de conocer la antijuridicidad del hecho, no tiene motivos para actuar de otra manera, por ende no obra culpablemente y se excluye la pena, siguiendo el principio de culpabilidad (Zaffaroni E. R., 2014) (Welzel, 1997) (Mir Puig, 2015).

Respecto del error de prohibición vencible, García Falconí, siguiendo a Gil y Gil, lo define como “... *aquel cometido por quien no conoce la antijuridicidad de su conducta, pero habría podido conocerla*” (García R., 2016, pág. 723).

Se dice que en el error de prohibición vencible el sujeto actúa culpablemente porque tenía la posibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho, y por ende, actuar de otra manera. Ahora, dependiendo de la posibilidad que tenía el sujeto, en la circunstancia concreta en la que se hallaba, de conocer o no dicha antijuridicidad, disminuirá su reprochabilidad, lo cual se reflejará en la cuantía de la pena. En palabras de Santiago Mir Puig, se dice que la culpabilidad de un sujeto “... *puede hallarse disminuida, en la medida en que el desconocimiento de la antijuridicidad reduzca su reprochabilidad*” (Mir Puig, 2015, pág. 566).

Hay autores que sostienen que en el caso del error de prohibición vencible “... *bastará con la posibilidad de lograr la conciencia exigida y no el conocimiento, pues hay que tomar en*

cuenta que una mínima parte de la población ha leído la ley penal, pero casi la totalidad está conciente de la existencia de las prohibiciones legales” (García R., 2016, pág. 723).

Entonces, el error de prohibición vencible “... *para nada afecta la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena...*” (Suarez, 2007, pág. 277)

Para Zaffaroni, la vencibilidad o evitabilidad siempre debe ser valorada en relación al sujeto y a las circunstancias en las que se encontraban y no a un modelo imaginario. A ello agrega que dicha evitabilidad o vencibilidad supone al menos tres aspectos que deben ser analizados para su correcta valoración:

- (a) Si le fue posible acudir a algún medio idóneo de información;*
- (b) Si la urgencia de la toma de decisión le impidió informarse o reflexionar, y*
- (c) Si le era exigible que imaginase la criminalidad de su conducta, lo que no sucede cuando, conforme a su capacidad intelectual, a su instrucción o entrenamiento y con su standard mínimo de prudencia, no hubiera tenido motivos para presumirla. (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 570).*

Ramiro García Falconí, siguiendo a Roxin, sostiene que la vencibilidad o evitabilidad del error de prohibición tiene tres presupuestos: “1) *la existencia de un motivo para verificar la situación jurídica; 2) el autor no debe haberse esforzado seriamente por cerciorarse o debe haberlo hecho de manera insuficiente; y, 3) haberse podido alcanzar el conocimiento del injusto*” (García R. , 2016, pág. 723)

Ahora, una vez abordada la figura del error de prohibición, corresponde distinguirla del error de tipo, a fin de tener más claro el panorama al momento de analizar el error de comprensión culturalmente condicionado que tiene lugar en los siguientes apartados.

Para el tratadista colombiano Pedro Pabón, el error de tipo se da cuando el sujeto “...*actúa con la convicción errada e invencible de que en su acción no concurre alguno de los elementos de la descripción que efectivamente se configura*” (Pabón, 2002, pág. 288); Hans

Welzel al respecto menciona que *“El error de tipo es el error sobre una circunstancia objetiva del hecho del tipo legal: excluye el dolo de la realización típica.”* (Welzel, 1997, pág. 196); de acuerdo a Santiago Mir Puig, el error de tipo sucede cuando el agente desconoce alguno o todos los elementos del tipo de injusto (Mir Puig, 2015).

Se puede decir que el error de tipo se refiere al error sobre el conocimiento de los elementos estructurales del tipo, los cuales pueden ser descriptivos o normativos, es decir, el error de tipo, no es solamente *“...el error sobre <<lo material>>, como cosa, cuerpo, causalidad, sino también sobre <<lascivia>> de la acción, <<ajeno>> de la cosa, <<embargo>>, <<documento>>, <<funcionario>>”.* (Welzel, 1997, pág. 177).

El error de tipo puede ser vencible o invencible. Se estará ante un error de tipo vencible cuando el agente, en la circunstancia en la que se encontraba, aplicando el cuidado debido, podía superar el error en el que se encontraba, y, consecuentemente, no realizar el tipo objetivo. Es invencible cuando el agente a pesar de implementar medios normales u ordinarios de diligencia y debido cuidado, en la circunstancia en la que se encontraba, no hubiere podido superar el error en el que se encontraba (Zaffaroni E. R., 2014) (Mir Puig, 2015) (Pabón, 2002).

De acuerdo a Santiago Mir Puig, el error de tipo vencible, excluye el dolo pero no la imprudencia, por lo tanto, si el tipo prevé una modalidad culposa, el agente responderá por esta última (Mir Puig, 2015). Es decir, *“El autor puede ser castigado por hecho culposo, cuando este está sancionado con pena.”* (Welzel, Derecho penal alemán, 1997, pág. 196).

Por otro lado, si es invencible, se excluye tanto el dolo como la imprudencia, por lo que daría lugar a la impunidad (Mir Puig, 2015). En palabras del tratadista colombiano Pedro Pabón, el error de tipo invencible excluye *“...por entero la tipicidad subjetiva, y por ende, de responsabilidad penal, tanto a título de dolo como de culpa”* (Pabón, 2002, pág. 292)

Para Raúl Zaffaroni, lo mencionado en el anterior párrafo se puede resumir de la siguiente manera:

...(a) el error de tipo excluye siempre la tipicidad dolosa (sea vencible o invencible); (b) siendo vencible puede haber tipicidad culposa (si existe tipo legal y si se dan los demás requisitos de esta estructura típica); y (c) cuando sea invencible elimina toda eventual tipicidad culposa... (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 414).

Como ejemplo de lo mencionado, se puede poner la situación en la cual un sujeto que cree que toma una cosa mueble ajena creyendo que es suya, cuando en realidad, es de otra persona. O un cazador que dispara a un objeto en movimiento creyendo erróneamente que se trata de una pieza de caza cuando en realidad es un hombre. En el primer caso, existe un error respecto a los elementos del tipo hurto, y en el segundo, respecto a los elementos del tipo homicidio; sin embargo, en ambos casos, no despliegan su conducta dolosamente, por lo que, teniendo en cuenta la circunstancia concreta en la que se encontraban, dependiendo de la vencibilidad o no de su error, se excluirá o disminuirá su responsabilidad, eliminando el dolo y/o culpa (Zaffaroni E. R., 2014) (Mir Puig, 2015) (Pabón, 2002).

De lo dicho, se desprende que quien actúa bajo un error de tipo, no sabe lo que hace o piensa estar realizando una conducta distinta; en el error de prohibición, la persona sabe lo que hace, pero incurre en la falsa suposición respecto de la antijuridicidad del hecho (Zaffaroni E. R., 2014). Dicho de otra manera, en palabras de Santiago Mir Puig, el error de tipo se distingue del error de prohibición debido a que: “...éste último no supone el desconocimiento de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino (sólo) del hecho de estar prohibida su realización” (Mir Puig, 2015, pág. 278)

Quien se encuentra dentro de un error de tipo, no sabe lo que hace, por ende, no puede exigírsele conocer la prohibición o la antijuridicidad de lo que no sabe que está haciendo. En palabras de Zaffaroni: “No tiene sentido preguntarse si podía comprender la ilicitud del homicidio quien no sabía que causaba una muerte” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 568). Otra diferencia que puede mencionarse es que mientras el error de tipo vencible puede dar lugar a tipicidad culposa, el error de prohibición vencible no convierte el injusto doloso en culposo, solamente afecta su reprochabilidad, lo cual es traducido en la cuantía de la pena (Zaffaroni E. R., 2014) (Loor, 2011).

Como se ve, la figura del error de prohibición es realmente compleja, sin embargo, aquello no evitó que sea aceptada por el derecho penal moderno y esté prevista en distintas legislaciones como la argentina, colombiana, peruana, entre otras, lo que seguramente responde a la importancia de su fundamento, que no es otra cosa que la inexigibilidad “... *de otra conducta, puesto que no puede considerarse motivable por norma penal y por tanto, sujeto de juicio de reproche, quien ni siquiera se encuentra consciente de la antijuridicidad de su conducta.*”. (García R. , 2016, pág. 722).

3.2. El error de comprensión.

A partir de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, la diversidad cultural y su tratamiento jurídico toman gran relevancia. El reconocimiento de la interculturalidad y plurinacionalidad supone el inicio de un proyecto a largo plazo que pretende reivindicar la importancia y valía de la pluriculturalidad que le es propia al Estado ecuatoriano. Sin embargo, como se vio en el capítulo anterior, aquello no es una tarea sencilla puesto que también implica el cambio de paradigmas y el desafío a conceptos e instituciones tradicionales. De ahí que la diversidad cultural se enfrente a varios obstáculos, entre los cuales importan aquellos generados en el ámbito penal, concretamente, aquella divergencia que existe cuando la cultura indígena permite cierta conducta y la cultura mestiza o “nacional” la prohíbe y condena a través de una ley pensada y realizada en función de su sistema de significaciones (Chunga, 2016).

Una de las vías que se han planteado desde la doctrina para el tratamiento de aquellas divergencias es el error de comprensión, figura que principalmente ha sido atribuida al tratadista argentino Raúl Zaffaroni y que ya fue reconocida legislativamente por el Código Penal peruano – punto sobre el que se vuelve más adelante. De acuerdo a Natalia Benítez, esta figura estaría vinculada al pluralismo cultural y jurídico, de ahí la importancia de estudiar dicha figura pues permitiría identificar y analizar los lineamientos que se podrían tener en cuenta a la hora de abordar la diversidad cultural desde la esfera penal (Benítez, 2016).

Antes de abordar la figura del error de comprensión, se cree pertinente desarrollar algunas ideas de Zaffaroni entorno a dicha figura y así entender de mejor manera su propuesta. En

este sentido, se puede empezar señalando que en la definición de culpabilidad propuesta Zaffaroni²⁴ toma especial importancia el ámbito de autodeterminación del sujeto, el cual, según el autor argentino, debe ser precisado siempre teniendo en cuenta las condiciones personales generales del sujeto, “... *las modificaciones que sufría en esa coyuntura y las circunstancias en las que se halla en concreto*” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 508). Respecto a ello, el Zaffaroni aclara que tener en cuenta la personalidad del autor no supone la reprochabilidad de la personalidad misma, sino que sirve para “...*señalar el catálogo de posibles conductas que el sujeto tenía a su disposición, el menú del que pudo servirse a la hora de elegir.*” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 510).

Ahora bien, el tratadista argentino sostiene que pueden darse varios supuestos en los cuales aquel ámbito de autodeterminación se vea reducido o cancelado, lo cual podría dar lugar a lo que él denomina causas de exculpación o de inculpabilidad, a las que divide en dos: (i) cuando “...*al sujeto no puede exigírsele la comprensión de la antijuridicidad de su injusto...*” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 533); y (ii) cuando “...*pese a esa comprensión le sea exigible, exista una constelación gravemente conflictiva que reduzca considerablemente sus posibilidades de decisión*” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 533).

De aquella división, la que importa para el presente apartado es la primera (i), pues dentro de ella enmarca al error de prohibición al cual lo define como el error que “...*recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta.*” (Zaffaroni E. R., 1987, pág. 543); o como aquel error que “...*impide exclusivamente la comprensión del carácter y entidad de injusto del acto.*” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 576).

Para Zaffaroni, el error de prohibición será invencible “... *cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto.*” (Zaffaroni E. R., 1987, pág. 543), por lo que elimina la culpabilidad. En el caso del error de prohibición vencible solamente tiene el efecto de disminuir la reprochabilidad, la cual se traduce en la cuantía de la pena (Zaffaroni E. R., 1987).

²⁴ “... *un juicio personalizado que le reprocha al autor su injusto, considerando el ámbito de autodeterminación con que actuó.*” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 508).

Anteriormente ya se dijo que el error de prohibición puede ser directo o indirecto, sin embargo, ahora importa lo que al respecto manifiesta Zaffaroni. Para él, el error de prohibición indirecto es aquel en el cual sujeto conoce “...*la tipicidad prohibitiva, pero cree que su conducta está justificada*” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 582). Dentro de éste error indirecto, identifica dos supuestos: cuando el sujeto cree que existe una causa de justificación que en realidad la ley no reconoce; y, b) cuando el sujeto supone erróneamente que concurre un “...*supuesto fáctico de justificación (cree que es agredido y se defiende)*” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 575).

En cuanto al error directo, el tratadista argentino sostiene que es aquel que “... *recae sobre la norma misma, es decir, sobre la representación de la valoración jurídica del acto conforme a la norma prohibitiva*” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 577); e identifica los siguientes casos: a) error respecto al conocimiento de la prohibición²⁵; b) el error en el que incurre el sujeto respecto al alcance de la prohibición; y, c) cuando el sujeto no puede comprender la prohibición. (Zaffaroni E. R., 2014).

De lo anterior, se desprende claramente que el autor argentino distingue un error que se limita solo al conocimiento de la norma prohibitiva y otro respecto de su comprensión, dicho en sus propias palabras, el error de prohibición directo “...*también abarca el caso en que, existiendo este conocimiento, el error determina únicamente la falta de comprensión. Este error es una forma especial de aparición del error directo de prohibición, que llamamos error de comprensión*” (Zaffaroni E. R., 1987, págs. 190-191)

Para entender de mejor manera este tipo de error de prohibición directo, llamado error de comprensión, se debe resaltar varios de los planteamientos de Zaffaroni: primero, manifiesta que la comprensión no es el mero conocimiento de un dato de la realidad, sino que es una instancia superior de incorporación que implica entender, penetrar, incluir, alcanzar alguna cosa; segundo, reconoce que la cultura o “universo de significaciones”²⁶ puede condicionar

²⁵ Respecto del error de conocimiento, Zaffaroni sostiene que sucede cuando: (i) el sujeto desconoce la norma como tal; (ii) el autor conoce la prohibición pero la interpreta mal o cree que no es válida²⁵; y, (iii) el sujeto conoce la prohibición pero cree que las sanciones serán solo civiles o administrativas (Zaffaroni E. R., 2014).

²⁶ “... *los para qué de cada cosa, que es su cultura, lo que le permite la cotidianidad que le posibilita la autenticidad*” (Zaffaroni E. R., Manual de derecho penal : parte general, 2014, pág. 535).

la forma en como el ser humano comprende el mundo que lo rodea²⁷; y, tercero, sostiene que un individuo puede conocer un desvalor, pero no necesariamente va a comprenderlo pues puede no compartirlo²⁸, es decir, podría suceder que un sujeto (X) internalice a la acción (A) como buena, en tanto que un sujeto (Y) comprenda la misma acción (A) como mala. Entonces, para Zaffaroni, si se tiene presente que la antijuridicidad es una valoración²⁹, puede darse el caso en que el sujeto a pesar de que conozca que una conducta es calificada por el derecho como “mala”, podría no comprenderla, ya que aquella valoración (antijuridicidad) responde a una concepción del mundo que le es ajena, por lo que en ciertas circunstancias, aquella concepción particular del mundo (determinada por su cultura), podría hacer que comprensión de la antijuridicidad le sea jurídicamente inexigible “... *porque no se le puede exigir a nadie que haga parte de sus propias pautas de conducta, otras que responden a una concepción del mundo y de sí mismo por entero diferente.*” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 535).

De ahí que para Zaffaroni, el error de prohibición directo

... no se presenta solo como desconocimiento de la prohibición o de su alcance, sino que también abarca el caso en el cual, pese a ese conocimiento, no puede exigirse la comprensión: es el llamado puro de error de comprensión. Son los casos en los que el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo. Son supuestos frecuentes cuando el agente pertenece a una cultura o subcultura diferenciada, donde internalizó valores diferentes e incompatibles con los legales. (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 580).

Se debe aclarar que Zaffaroni no habla de la internalización (comprensión) efectiva³⁰ del desvalor que supone la antijuridicidad, basta que el sujeto haya tenido la posibilidad de

²⁷ “El ser humano esta lanzado a ese universo de significaciones, en forma tal que la comprensión del mundo del polinesio, del esquimal, del legislador que tipifica el concubinato o la brujería, son distintas.” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 535).

²⁸ La antijuridicidad es una valoración: el derecho señala una acción como mala. Para comprender una valoración no basta con conocerla. Puedo conocer un desvalor y no comprenderlo por no compartirlo: para otro una acción puede ser mala y para mi buena.” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 534).

²⁹ “La antijuridicidad es una valoración: el derecho señala una acción como mala” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 534).

³⁰ “... para la culpabilidad es suficiente con la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad y, a contrario sensu, que solo es inculpable aquel al que no se le pueda exigir razonablemente la comprensión de la antijuridicidad” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 536).

comprenderla para que le puede ser jurídicamente exigible³¹ (Zaffaroni E. R., 2000 b) (Zaffaroni E. R., 1987) (Zaffaroni E. R., 2014) (Zaffaroni E. R., 2000 a) o, dicho en sus propias palabras, citadas por Natalia Benítez:

...cuando se lleva a cabo una acción típica y antijurídica, la culpabilidad no requiere que el sujeto haya introyectado esos valores, puesto que la más de las veces el injusto obedecerá precisamente a la falta de internalización. Por ello, lo único que requiere es que el sujeto haya tenido la posibilidad de internalizarlos en un grado razonablemente exigible. (Benítez, 2016, pág. 9)

Para Zaffaroni, el error de comprensión se superpone en parte a la conciencia disidente³², la cual “... tiene lugar cuando los valores personales del agente no coinciden con los de la ley y éste experimenta el apartamiento de sus valores como un sufrimiento de conciencia” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 580).

La autoría por conciencia es distinta de aquellos casos en los que el agente, conociendo la norma prohibitiva, decide realizar con libertad y conciencia la conducta prohibida. Para el Zaffaroni, el autor por conciencia o por convicción se diferencia del mero objetor³³ porque aquel realiza la conducta antijurídica como un mandato de su esquema valorativo, como un deber de conciencia en función de un sistema de valores distinto del “oficial”, por lo que tendría, en algo, reducida su capacidad para internalizar la antijuridicidad del hecho. Es por esta razón que para Zaffaroni la autoría por conciencia “... será siempre, al menos, una causa de disminución de la culpabilidad” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 581).

Si bien la figura de la conciencia disidente generalmente ha sido rechazada por la doctrina – aspecto que se aborda en el siguiente apartado –, para Zaffaroni pueden ocurrir casos “...conciencia disidente en que aparezca un verdadero error de comprensión invencible y, en tales supuestos no habrá culpabilidad. Particularmente relevantes serán en este sentido

³¹ “... la llamada posibilidad de comprensión de la antijuridicidad no es más que un grado de exigibilidad de la posibilidad hipotética de la comprensión del injusto del hecho” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 536).

³² “Se llama autor <<conciente>> o <<por conciencia>>, <<autor por convicción>> o autor por <<conciencia disidente>> a aquél que obra en función de un imperativo de su ética individual, diferente de los valores jurídicamente objetivados” (Zaffaroni, 1987, pág. 89)

³³ “... el grado de esfuerzo que debería haber realizado el mero objetor no es igual al que debía realizar un verdadero autor por conciencia, que actuase como consecuencia con un sistema cerrado de valoraciones y consiguientes pautas, distinto del jurídico” (Zaffaroni E. R., 2000 b, pág. 705)

los errores de comprensión culturalmente condicionados.” (Zaffaroni E. R., 1987, pág. 550).

Dicho autor, cuando se refiere a la figura del error de comprensión culturalmente condicionado lo hace en los siguientes términos: “... *los errores de comprensión culturalmente condicionados, es decir, cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta de la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura...*” (Zaffaroni E. R., 1987, pág. 550).

Zaffaroni precisa la idea y sostiene que aquel error de comprensión culturalmente condicionado “... *por regla general, será un error invencible de prohibición, que eliminará la culpabilidad de conducta, por mucho que la conciencia disidente, en principio, por sí misma, no es una causa de inculpabilidad*” (Zaffaroni E. R., 1987, pág. 550). En su obra “Manual de Derecho Penal: parte general”, publicada 27 años después de las obras a la que pertenecen las citas anteriores, sostiene lo siguiente:

... la conciencia disidente o autoría por conciencia será siempre, al menos, una causa de disminución de la culpabilidad.

No obstante, puede haber casos en que tenga el efecto de excluir la culpabilidad. Tal sucede cuando el esfuerzo que hubiese debido realizar el autor fuese de magnitud tal que surja claramente su inexibilidad jurídica, y por ende, queda excluida la reprochabilidad, o sea, cuando el error de comprensión sea un invencible error de prohibición.

Este supuesto tiene lugar, principalmente, cuando la dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente: cuando el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no la puede internalizar por razones culturales; por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización (comprensión).” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 581).

A lo anteriormente desarrollado, se debe agregar que para Zaffaroni se debe tener muy presente la relación que existe entre la exigibilidad de la internalización de las pautas jurídicas y el grado de esfuerzo que tuvo que realizar el individuo para ello. En palabras de dicho autor, se sabe lo siguiente:

La exigibilidad de la internalización (comprensión) de las pautas jurídicas (señalización de las conductas antijurídicas) depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debía realizar para materializar esa internalización o comprensión efectiva. En caso de concluir que era posible exigirle jurídicamente esa comprensión, el injusto será reprochable y, por consiguiente, el grado de reprochabilidad (culpabilidad) necesariamente se remitirá al grado de la exigibilidad y al respectivo grado de esfuerzo que el sujeto hubiese debido realizar. (Zaffaroni E. R., 2000 b, pág. 705)

De lo visto hasta el momento, se tiene claro que el error de comprensión se trataría de un tipo de error de prohibición directo que, a pesar de enfocarse específicamente en el elemento cultural, no lo hace exclusivamente respecto de los miembros de las comunidades indignas, sin embargo, a estos últimos los identifica como los principales casos³⁴ que podrían subsumirse a la figura del error de comprensión en su modalidad invencible. Ahora, al tratarse de una figura relativamente nueva que desafía la construcción tradicional del error e prohibición, es preciso analizar e identificar las ventajas y posibles desventajas de su aplicación, cuestión que se desarrolla en el apartado que sigue (Zaffaroni E. R., 1987) (Zaffaroni E. R., 1987) (Zaffaroni E. R., 2000 a).

3.2.1. Análisis de la figura del error de comprensión.

De acuerdo a Zaffaroni, pueden haber casos de conciencia disidente³⁵ que den lugar a un error de comprensión invencible y que en dichos casos se estará ante un error de comprensión culturalmente condicionado que vendría a ser un error de prohibición invencible³⁶. Consecuentemente, el error de comprensión culturalmente condicionado sería un caso de conciencia disidente y/o error de comprensión invencible y/o error de prohibición invencible. Se cree que esto podría dar lugar a ciertas confusiones, sin embargo, más allá de

³⁴ Zaffaroni, citado por Lolo Valdez, pone como ejemplo lo siguiente: <<Si pensamos en un sujeto nacido y crecido en una comunidad indígena, con sus moldes culturales, que lleva a cabo las inhumaciones conforme a su ritual, pero en violación de las leyes vigentes, bien puede conocer esas leyes y saber que las inhumaciones en esas condiciones pueden propagar una enfermedad peligrosa. No obstante, el sujeto no podrá internalizar (comprender) la antijuridicidad de su conducta, porque frente al ritual funerario, el riesgo le parecerá siempre nimio y no podrá exigirselo que lo comprenda de otra manera>> (Valdez, 2012, pág. 88)

³⁵ "...habrá casos de conciencia disidente en que aparezca un verdadero error de comprensión invencible y, en tales supuestos no habrá culpabilidad. Particularmente relevantes serán en este sentido los errores de comprensión culturalmente condicionados." (Zaffaroni E. R., 1987, pág. 550).

³⁶ "El error de comprensión culturalmente condicionado, por regla general, será un error invencible de prohibición..." (Zaffaroni E. R., 1987, pág. 550).

aquel inconveniente, se debe tener presente que la conciencia disidente³⁷ es una figura que dista del error de prohibición, ya que en dicha figura el individuo no incurre en un error, está consciente de la prohibición pero por un mandato³⁸ de conciencia despliega el injusto (Zaffaroni E. R., 1987) (Zambrano, 2008) (Valdez, 2012).

La doctrina generalmente no ha aceptado a la conciencia disidente principalmente porque aquella figura supone dejar a la conciencia individual del individuo la vigencia del Derecho, cuestión que el mismo Zaffaroni reconoce. A lo anterior, se debe agregar que autores como Valdez Pimentel sostienen que la conciencia disidente está dirigida a sujetos que perteneciendo a la cultura *dominante* u *oficial*, se rebelan en contra de los valores que aquella impone. Cuestión que se supone no ocurre en el error de comprensión culturalmente condicionado ya que aquel prevé el caso de un sujeto que obedece lo que su cultura le impone, pero dicha imposición es divergente de aquella que manda la cultura “dominante” u “oficial”; el individuo actúa en base a un sistema de significaciones aceptado por una determinada comunidad y no en deber o mandato individual de conciencia; no hay una contradicción entre el individuo y la comunidad/cultura a la que pertenece, hay una contradicción u oposición entre su cultura y la cultura desde la que se pretende juzgarlo (Valdez, 2012) (Zambrano, 2008) (Zaffaroni E. R., 2014).

Otra cuestión que se debe observar en la propuesta de Zaffaroni es que al dividir en dos niveles al error de prohibición, aceptando que existe un error respecto del conocimiento de la prohibición y otro respecto de la comprensión de la misma, podría prestarse para confusiones con el tema de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, pues, de acuerdo a la doctrina, esta última está conformada por dos elementos, uno intelectual y otro volitivo: el primero se refiere a la capacidad del autor de comprender el injusto, y el segundo, de determinar su voluntad conforme a dicha comprensión (Valdez, 2012) (Zaffaroni E. R., 2014) (Welzel, 1997).

³⁷ “...la llamada conciencia disidente o autoría por conciencia, que tiene lugar cuando los valores personales del agente no coinciden con los de la ley y este experimenta al apartamiento de sus valores como un sufrimiento de conciencia.” (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 580).

³⁸ Hans Welzel, refiriéndose a la conciencia disidente, citado por Zaffaroni, sostiene que el autor por conciencia toma “... una decisión orientada a las categorías de lo bueno y de lo malo que el individuo percibe como vinculante e incondicionalmente obligatoria, tal que, él no podría actuar contra ella sin una seria necesidad de conciencia” (Zaffaroni E. R., 1987, pág. 89).

Para Guillermo Portilla el error de comprensión podría no corresponder verdaderamente a un error de prohibición directo y, en realidad, se trataría de un caso de inimputabilidad. Para dicho autor cuando el individuo conoce la prohibición de su conducta pero es incapaz de comprenderla “... *no hablamos técnicamente de un error de prohibición sino de un supuesto de inimputabilidad.*” (Portilla, 2017, págs. 439-440). Dicho autor agrega que son varios los tratadistas que rechazan aceptar al error de comprensión como un caso de error de prohibición, entre los cuales, menciona a Terradillos Basoco, Jérico Ojer, Monge Fernández, Vazquez Gonzales, entre otros (Portilla, 2017).

Dentro de esta misma línea se puede mencionar a Natalia Benítez, quien no se refiere expresamente a la confusión que puede existir entre error de comprensión y error de prohibición, sin embargo señala que:

... la caracterización del miembro de un pueblo indígena o al inmigrante como alguien que <<no comprende>> o <<es incapaz de comprender>> la prohibición –que es, al fin y al cabo, lo que postula la teoría del error en la comprensión de la prohibición—no es adecuada, y deja entrever una perspectiva occidentalista con marcados rasgos discriminatorios. (Benítez, 2016, pág. 26).

Además de lo ya dicho, se debe agregar que el error de comprensión está pensado para casos que en los cuales el individuo conoce la prohibición, pero no puede comprenderla o interiorizarla, consecuentemente, aquello implicaría que el individuo en cuestión ya ha tenido un acercamiento³⁹ con la cultura oficial. De ello se sigue que el error de comprensión, en realidad, tendría un alcance limitado ya que deja por fuera casos en los cuales el sujeto culturalmente condicionado ni si quiera se plantea la existencia de la prohibición; o que pueda comprender la prohibición pero por su condicionamiento cultural su posibilidad de conocer la antijuridicidad estaba reducida; o que conozca y comprenda la antijuridicidad de su acto pero crea que existe una causa de justificación que le exime de responsabilidad. El mismo Zaffaroni da cuenta de aquello, y expresamente señala que: “*El planteo general del*

³⁹ *Para hablar de error sobre normas penales, debe considerarse que el sujeto mínimamente estuvo en condiciones de conocer sus normas; y esto nos lleva a la conclusión: que en el error el sujeto debe poseer nociones de esas normas, y, a esta noción o conocimiento se llega, o bien cuando el sujeto pertenece a la misma sociedad; o cuando pese a no pertenecer a la sociedad debido a factores de socialización tiene indicios del contenido de las normas”* (Valdez, 2012, pág. 56).

error culturalmente condicionado excede, pues, en mucho al del error de comprensión... ”
(Zaffaroni E. R., 2000 b, pág. 705).

3.2.2. *El error de comprensión culturalmente condicionado en la legislación penal peruana.*

De acuerdo a la exposición de motivos del actual Código Penal peruano, se tiene claro que al momento de redactar dicho cuerpo normativo la intención era reconocer la heterogeneidad cultural⁴⁰ peruana y abandonar o superar el modelo discriminatorio que sus anteriores legislaciones penales⁴¹ habrían tenido respecto del tratamiento de la diversidad cultural (Valdez, 2012) (Meini & Villavicencio, 2016) (Hurtado, 2003) (Hurtado, 2007).

Siguiendo los planteamientos de Zaffaroni, la vía que se optó en dicho cuerpo normativo para mejorar el trato jurídico de los sujetos culturalmente condicionados fue la del error de comprensión culturalmente condicionado, la cual se prevé expresamente en su Art. 15:

Artículo 15.- Error de comprensión culturalmente condicionado

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la penal. (Código Penal, 1991, pág. 21).

, Una de las críticas que se esgrimen en contra de la propuesta del error de comprensión es que no se trataría de un error de prohibición y, en realidad, se está haciendo referencia a un supuesto de inimputabilidad. Justamente dicha crítica ha sido trasladada al caso peruano y hay opiniones diversas entre quienes creen que el Art. 15 debe ser entendido como una causa de inculpabilidad y quienes creen que, en lugar de plasmar una modalidad de error de

⁴⁰ ... *En reconocimiento a la heterogeneidad cultural de los habitantes de nuestro país, pero sin recurrir a una terminología despectiva con la que infelizmente utilizó el "Código Maúrtua" ("salvajes", "indígenas semicivilizados o de degradados por la servidumbre y el alcoholismo"), el proyecto de la Comisión Revisora ha dado acogida a una forma especial de error conocida en la doctrina como "error de comprensión culturalmente condicionado" (Código Penal, 1991, pág. 8).*

⁴¹ "... *por ejemplo el Código Penal del Perú de 1924 -vigente hasta 1991-, (arts.44 y 45) dividía a los peruanos en: <<hombres civilizados>> e <<indígenas semicivilizados>> (asimilados a los que están degradados por la servidumbre y el alcoholismo) y <<salvajes>>." (Valdez, 2012, pág. 62)*

prohibición, se ha reconocido una causa de inimputabilidad por razones culturales (Portilla, 2017) (Valdez, 2012).

Entre quienes defienden al Art. 15 del CP peruano prevé una causa de inculpabilidad se puede mencionar a autores como Luis Francia, Bramont Arias, Peñaca Cabrera o Felipe Villavicencio. A criterio de este último autor, citado en un artículo de la revista THEMIS, el Art. 15 del Código Penal peruano:

... debe entenderse como un error propiamente dicho, que imposibilita la comprensión de la antijuridicidad de la conducta, originado por el condicionamiento cultural del individuo. Se trata de un error que, por su carácter invencible, excluye la culpabilidad y toda sanción penal, ya que, siguiendo el marco establecido de los elementos del delito, –los cuales son la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad–, de no cumplirse uno de ellos no podría configurarse un delito. (Meini & Villavicencio, 2016, pág. 54)

Del otro lado, entre quienes son partidarios de que el Art. 15 prevé una causa de inimputabilidad, se puede mencionar a Hurtado Pozo, quien sostiene lo siguiente:

“En nuestra opinión, a pesar de la intención de los redactores del art. 15, expuesta en la Exposición de motivos del Proyecto, el art. 15, debido al (p. 361) contexto normativo en el que debe ser interpretado, se afilia más a las propuestas de considerar las diferencias culturales como causas de inimputabilidad que a la iniciativa de Zaffaroni para estatuir una circunstancia de inculpabilidad.” (Hurtado, 2003, pág. 3)

En esta misma línea se puede encontrar al autor Ivan Meini, quien menciona lo siguiente:

“Solo por la terminología que emplea, el artículo 15 del Código Penal debería ser rechazado. Pero además, si se revisa lo que ahí se dice, queda absolutamente claro que no se regula ningún error... el artículo 15 del Código Penal tiene que interpretarse como una causa de inimputabilidad, sin que eso signifique un trato peyorativo”. (Meini & Villavicencio, 2016, pág. 55)

Sobre esta discusión que gira en torno al Art. 15 del Código Penal peruano, Valdez Pimentel sostiene que “... si bien en el plano teórico tiene sus fundamentos, este no fue recogido de

la forma idónea en el artículo 15... De ahí que, algunos autores lo interpreten como un error de prohibición y otros como un supuesto de inimputabilidad" (Valdez, 2012, pág. 139)

Ya en la parte práctica, de acuerdo a Raquel Yrigoyen, aun cuando la figura del error de comprensión culturalmente condicionado ya tiene más de una década en la legislación penal peruana, en la mayoría de casos, ha sido utilizado junto a concepciones antropológicas “... *bastante tradicionales no obstante de utilizar nuevas normas y alguna terminología sobre la diversidad cultural*” (Yrigoyen, 2007, pág. 295).

De acuerdo a la misma autora, en algunos casos los jueces se refieren a la diversidad cultural usando conceptos peyorativos, lo que resulta en una subvaloración de la diferencia cultural que ubica a “... *todo saber y prácticas no occidentales como inferiores: en la cultura occidental hay religión, en las otras brujería; en una medicina, en las otras <<medicina folklórica>>...*” (Yrigoyen, 2007, pág. 295)

Como ejemplo de lo anterior se tiene el Caso No. 98-0175-191601-SP, del Distrito Judicial de Loreto, de fecha 10 de agosto de 1999, en el que un miembro de la comunidad nativa secoyas secuestró a una menor de 8 años de edad – que no pertenecía a su comunidad – a quien “... *intentó varias veces hacerle sufrir acto sexual*”. (Yrigoyen, 2007, pág. 300). Una vez que fue llevado a la justicia ordinaria, fue acusado de delito de secuestro y violación de libertad sexual con agravio de una menor de 8 años. Durante el proceso se comprobó que el individuo intentó ocultar el hecho pues no tuvo consentimiento de los padres de la menor, y al gobernador de la comunidad la presentó como su hija. El juez acude al Art. 15 del CP peruano y en base a las condiciones personales y culturales del miembro de la comunidad secuoya, catalogándolo como incivilizado, decidió aplicar una pena atenuada que se traduce en 8 años de privación de libertad, reparación civil y tratamiento terapéutico (Yrigoyen, 2007)

De acuerdo a Yrigoyen, durante el proceso no se realizó una pericia antropológica para saber cuál es la costumbre de los Secoyas respecto de la unión conyugal. Sin embargo, basada en estudios antropológicos externos, agrega que el individuo no actuó conforme a una pauta cultural, toda vez que la costumbre de dicha comunidad secuoya dicta que sus miembros raptan mujeres de otras comunidades “...*en incursiones guerreras o, si se llevan una menor*

para después hacerla su mujer es con consentimiento de los padres y los actos sexuales ocurren cuando se considera a la mujer apta para ello, esto es, después de la menstruación no antes.” (Yrigoyen, 2007, pág. 301).

Según Yrigoyen, entre los términos que utilizó el administrador de justicia para referirse al miembro de la comunidad fueron peyorativos y discriminatorios, pues lo catalogó como un individuo incivilizado, por lo que su cultura era vista como algo atrasado e inferior. Sin perjuicio de aquello, se cree que la gravedad del asunto radica en la inexistencia de una pericia antropológica, no solo porque se desconoce si la pauta cultural estaba o no de acuerdo a la cultura del infractor, o si había realmente un condicionamiento cultural, sino que la solución del caso recae en la pura discrecionalidad del juez de atenuar o no la pena, que en este caso, ocurrió en uso del Art. 15 CP. En opinión de Yrigoyen, en este caso, la atenuación de la pena tiene lugar no solo porque se considere inferior al indígena, sino por una actitud “compasiva” del juez que cree que los indígenas tienen una actitud relajada en cuanto a la sexualidad se refiere, lo que se agrava cuando ciertos abogados defensores de los indígenas “... *prefieren reforzar la idea del indígena como inferior, primitivo, incivilizado, si gracias a ello van a lograr un rebajamiento de la condena.*” (Yrigoyen, 2007, pág. 296).

Adicionalmente, Yrigoyen señala que durante el proceso se comprobó que el miembro de la comunidad “... *quería ocultar sus actos ilícitos*” (Yrigoyen, 2007, pág. 300). Si se tiene presente aquello, entonces, se sabe que en el caso concreto el individuo conocía y comprendía que lo que hacía estaba prohibido – o en otras palabras, no era correcto, de otra manera no hubiere mentido ni ocultado su conducta –, por lo tanto, es claro que no podría serle aplicado el error de comprensión, pues el individuo, con conciencia y voluntad, intentó llevarse a la menor de 8 años para forzarle a realizar actos sexuales. Sobre ello, Yrigoyen sostiene lo siguiente:

Teniendo estrictamente en cuenta los hechos, no cabría la atenuación de la pena por el Art. 15 in fine, pues los mismos no reflejan el seguimiento de una pauta cultural. Solo cabría una consideración general de las condiciones del sujeto... y, en todo caso, la consideración de una pena alternativa en aplicación del Convenio 169 de la OIT. (Yrigoyen, 2007, pág. 300)

Raquel Yrigoyen también se refiere al caso No. 98-173, del Distrito Judicial de Loreto, de fecha 17 de febrero de 1999, dentro del cual un nativo de la comunidad Quinchua ahorcó a un “brujo” y el cadáver lo arrojó al río. El descargo del nativo se basa en que el brujo representaba un peligro para la comunidad y había provocado la muerte de sus padres y tíos, entre otros moradores de la comunidad. Los testigos que participaron en el caso manifestaron que el “brujo” había hecho daño a la comunidad y por ese motivo no era “querido”. La decisión judicial, citada por Raquel Yrigoyen, versa de la siguiente manera:

... Si bien se ha planteado como defensa que ha realizado homicidio movido por sus costumbres y actos ancestrales, reivindicando la vida antes que la muerte, encarnado por el brujo, tales argumentos pueden atenuar la responsabilidad en el contexto de nuestra sociedad multiracial y multicultural, que nuestra Constitución Política del Estado reconoce propendiendo la integración de etnias y comunidades a nuestra nacionalidad, respetando su tradición, cultura y costumbres, legislando también el error de comprensión culturalmente condicionado... empero tales elucubraciones resultan insuficientes para eximir de pena...acusado no sólo ha infringido norma de su entorno sino el que rige en nuestra sociedad formal... No ha probado el daño causado por brujo. (Yrigoyen, 2007, pág. 301).

De lo anterior, se desprende, por ejemplo, la “integración” que debería existir entre la sociedad nacional “dominante” y las demás etnias y comunidades, como si se trataran de grupos segmentados de la sociedad que necesitan ser parte de la sociedad “más desarrollada”. Según Yrigoyen, en la pericia antropológica que fue realizada en dicho caso, se llegó a saber que la comunidad ciertamente rechaza que una persona mate a otra, sin embargo, la brujería es percibida como una actividad repudiable y debido a la peligrosidad que representa, puede dar lugar a una reacción drástica, en el caso concreto, la muerte del brujo. Sin embargo, a criterio del juzgador, aquel daño no pudo ser probado. De ahí que en la resolución del juicio, el nativo fue hallado culpable y, en aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado se le impuso una pena atenuada de 5 años, lo cual está debajo del mínimo legal, el que al Art. 106 del Código Penal peruano, oscila entre seis y veinte años (Yrigoyen, 2007) (Código Penal, 1991).

Otro caso que cita Yrigoyen, muy parecido al referido líneas arriba, es aquel signado bajo el No. 98-302, del Distrito Judicial de Loreto, en el cual un nativo de la comunidad Quinchua, da muerte a un brujo que merodeaba dicha comunidad. Durante el proceso, se llegó a

identificar que los miembros de la comunidad son creyentes de la brujería y la identifican como una actividad que es realizada por personas que causan daño, físico y mental, por lo que los comuneros, para liberarse de dicha práctica peligrosa, como un servicio a la comunidad, “eliminan” a quienes practican la brujería, sin que aquello implique un sentimiento de culpa o remordimiento, ya que a pesar de que la muerte esté rechazada, en el caso concreto, se encuentra justificada. La autoridad competente, no obstante, sostuvo que el daño o la peligrosidad que representa la brujería no pudo ser probado, además, el nativo violó una norma sustantiva y a pesar de que haya actuado bajo una pauta cultural, sin sentimiento de culpa y al servicio de la comunidad, no es suficiente para que se pueda excluir su culpabilidad, toda vez que la vida es un bien jurídico que se debe respetar en todas las sociedades y no se puede dejar en la impunidad dicha clase de delitos, por lo que se procedió a imputar al nativo una pena atenuada en base al Art. 15 del Código Penal peruano, esto es, el error de comprensión culturalmente condicionado (Yrigoyen, 2007).

Tanto el caso No. 98-173 como el No. 98-302 sucedieron en la misma cultura y en los peritajes antropológicos se llegó a establecer que aun cuando dicha cultura reconoce que dar muerte a alguien es algo reprochable, por tratarse de brujos, la muerte está justificada toda vez que “se elimina el peligro” y la conducta de ambos nativos termina siendo una especie de servicio comunitario. El problema, de acuerdo a Yrigoyen, es que los jueces a pesar de contar con los elementos necesarios para entender la cultura de los nativos procesados, juzgaron ambos casos desde su propia cultura. Concretamente, cuando se menciona que no se ha podido probar los daños que representa la brujería, no es porque en el peritaje antropológico no se lo demuestre, sino porque aquel daño no pudo ser comprado bajo los términos de la ciencia occidental. En palabras de dicha autora, lo importante es que

... los encausados prueben que los brujos les hacían daño, sino que se pruebe que, dentro de su marco cultural, los procesados creían ser víctimas de daños y que se veían exigidos a la eliminación de los brujos como la única vía para proteger su vida o la de sus familiares. (Yrigoyen, 2007, pág. 301).

A criterio de Yrigoyen, en ambos casos se debió aplicar un error invencible y, por lo tanto, se debía excluir la culpabilidad de los nativos ya que aun cuando la vida es un bien jurídico

que debe ser respetado por todas las sociedades, en el caso concreto, existía una justificación para atentar contra dicho bien jurídico. En palabras de Raquel Yrigoyen:

No comprender el carácter delictuoso de un acto no sólo se refiere al acto concreto (matar) sino a la existencia de causas de justificación. En estos casos, según la propia sentencia, por la cosmovisión de los nativos (su concepción cultural de la brujería y cómo opera), ellos creen que sus hechos (matar al brujo que hace daño y causa muertes) están justificados. Por lo tanto, estos casos corresponderían a los supuestos de exención de pena del art. 15 del CP. (Yrigoyen, 2007, pág. 301).

Como se desprende de lo desarrollado en el presente apartado, la figura del error de comprensión no puede escapar a su posible confusión con una causa de inculpabilidad y, aun cuando esta ha sido prevista expresamente en la legislación penal peruana, aquello no ha sido garantía para mejorar el tratamiento de la diversidad cultural pues aún pueden encontrarse visiones o posiciones etnocentristas en los juzgadores frente a aquellos sujetos condicionados a una cultura distinta de la mestiza (Código Penal, 1991) (Valdez, 2012) (Hurtado, 2003) (Código Penal Colombiano, 2000) (Código Penal de la Nación Argentina, 1984).

3.3. El error de prohibición culturalmente condicionado.

En base a lo desarrollado hasta el momento, se cree que a pesar de que el error de comprensión sea una figura novedosa vinculada al tema del pluralismo cultural, debido a su alcance limitado y su posible confusión con una causa de inimputabilidad, no garantiza necesariamente un adecuado tratamiento de los sujetos culturalmente condicionados. Lo dicho no tiene la intención de desmerecer el aporte de Zaffaroni y, en realidad, se reconoce que los planteamientos que dicho autor ha desarrollado alrededor de aquella figura son interesantes y varios de ellos se rescatan y se mencionan en lo que queda del presente trabajo académico. No obstante, se piensa que para el caso ecuatoriano, sería más viable un error de prohibición culturalmente condicionado enmarcado en los principios de interculturalidad y plurinacionalidad que acudir a la compleja e intrincada vía del error de comprensión y así evitar la discusión o los inconvenientes que actualmente tienen lugar en el caso peruano.

En el primer capítulo se desarrolló el concepto de la cultura, desde sus inicios en el pensamiento europeo hasta llegar a su elaboración científica gracias a la Antropología; ya que con ello se pretendía hacer hincapié en la idea de que la cultura permite a cada individuo cargar su realidad de significaciones aprendidas y transmitidas en el tiempo, que de una u otra forma (consciente o inconscientemente, individual o socialmente, empíricamente, por acierto y/o error), son interiorizadas y se convierten en “reglas” que influyen y determinan la manera en como cada individuo piensa y actúa, como percibe la realidad y como se desenvuelve en ella. De lo anterior se sigue entonces que al hablar de diversidad cultural se estaría hablando también de una diversidad de percepciones de la realidad. A ello, hay que añadir que las significaciones que maneja una cultura no necesariamente tienen una conexión natural con el elemento en cuestión. De ahí que distintas culturas, sobre una misma cuestión, podrían tener una percepción idéntica, semejante u opuesta. En el caso concreto, dicha “cuestión” recae sobre la antijuridicidad de una conducta, tema que es una construcción occidental y ajena a la esfera indígena.

Dicho esto, se cree que la cultura realmente puede constituir un elemento que pueda afectar la posibilidad del agente de llegar o no a conocer el injusto, por lo que se cree que a través del error de prohibición sería posible analizar y determinar, según el caso, la exención o reducción de la culpabilidad del agente en función de su condicionamiento cultural.

Una de las ventajas que tendría el error de prohibición culturalmente condicionado sobre el error de comprensión es que el primero podría ser aplicado a situaciones más diversas que el segundo. El tratadista Jérico Ojer, citado por Guillermo Portilla, es de la opinión que aquellos supuestos en los cuales el agente a pesar de que conoce la prohibición realiza el injusto debido a su condicionamiento cultural deberían ser tratados como un error de prohibición indirecto, ya que el sujeto culturalmente condicionado, en realidad, tiene una concepción errónea de que actúa justificadamente, es decir, que su cultura le permite realizar la conducta desplegada, de ahí que, trasladándolo a la construcción tradicional del error de prohibición, se tendría un caso de error indirecto pues el sujeto culturalmente condicionado cree actuar amparado en una causa de justificación que en realidad la ley no prevé: la cultura. Con esto, se supera la confusión que anteriormente se señalaba entre el error de comprensión y los casos de conciencia disidente ya que, de todas maneras, aquellos confluyen o se encuentran cuando dichos supuestos configuran un caso de error de prohibición indirecto

que, a criterio del mismo Zaffaroni⁴², eran los casos en los cuales la doctrina sí aceptaba la figura de la conciencia disidente (Portilla, 2017)

Ahora, sea que se trate de un error de prohibición directo o indirecto, la vencibilidad del error debería ser analizada y evaluada en función del condicionamiento cultural del agente. Para Zaffaroni, la vencibilidad del error puede ser determinada en función de tres aspectos importantes: (i) la posibilidad de acudir a un medio de información idóneo; (ii) la urgencia de la decisión tomada y la posibilidad de reflexionar o no ante dicha urgencia; y (iii) si era posible exigirle al individuo que se “imagine” la criminalidad de su conducta.

De acuerdo a lo dicho, se podría poner como ejemplo a un indígena que haya tenido contacto suficiente con la cultura oficial le será posible acudir a un medio idóneo de información, reflexionar sobre su decisión ante la urgencia de la decisión tomada y podría imaginarse la criminalidad de su conducta en virtud de lo que ya conoce o le es posible conocer de la cultura “oficial”, sin embargo, si el indígena no tiene contacto con la cultura oficial o es mínimo, tal vez, no podría acceder a un medio de información idóneo pues lo que conoce y sabe lo ha obtenido solo desde su cultura; también, no podría reflexionar sobre algo que da por sentado que es correcto y normal; y, como consecuencia de lo anterior, no podría exigírsele a un indígena o sujeto culturalmente condicionado imaginar la criminalidad de una conducta que toda su vida le fue dicho o impuesto que es “bueno y aceptado” (Zaffaroni E. R., 2014).

Ramiro García Falconí, siguiendo a Roxin, sostiene que la vencibilidad o evitabilidad del error de prohibición sucede cuando: (i) el autor haya tenido un motivo para verificar la situación jurídica en la que se hallaba; (ii) no se esforzó lo suficiente para cerciorarse o lo hizo de manera insuficiente; y (iii) no pudo alcanzar el conocimiento del injusto. De igual manera que en el párrafo anterior, el indígena debía tener un contacto suficiente con la cultura “oficial” para que a través de ella haya tenido un motivo para verificar su situación jurídica, le sea exigible cerciorarse de lo que está haciendo y pueda alcanzar el conocimiento

⁴² “...cuando el autor por conciencia (o por conciencia disidente) se encuentra en un error indirecto de prohibición en razón de suponer falsamente la existencia de una justificante no reconocida por el derecho” (Zaffaroni E. R., 2000 b, pág. 704)

del injusto, caso contrario, si todo lo que conoce o sabe está dado por su cultura, es difícil que dentro de ella misma pueda encontrar un motivo que le llevé a verificar, cerciorarse o alcanzar un conocimiento de algo que para sí y para su comunidad le es ajeno (García R., 2016).

Ahora, uno de los inconvenientes que se tendría a la hora de optar la figura del error de prohibición para el tratamiento de la diversidad cultural es que en caso de que el condicionamiento cultural no llegue a fundar un error invencible, el sujeto culturalmente condicionado quedaría sujeto a una pena que podría ser privativa de libertad. Este es uno de los argumentos de la Corte Constitucional Colombiana para optar por la vía de la inimputabilidad. Cuando fue entró en vigencia Código Penal colombiano, en el año 2000, mediante Ley No. 599, al mantener el modelo de inimputabilidad por diversidad sociocultural⁴³ en su Art. 33⁴⁴, la Corte Constitucional Colombiana, mediante sentencia No. C-370/02, tuvo que pronunciarse sobre la constitucionalidad de dicho artículo (y de los artículos 69 y 73 de la ley ibídem), y entre los puntos principales de aquella sentencia, a través de la cual se declara la exequibilidad⁴⁵ del Art. 33 del Código Penal colombiano, se puede mencionar lo siguiente: a) la inimputabilidad no debe ser leída en un sentido peyorativo pues esta no se deriva de una incapacidad del agente sino de una cosmovisión diferente, lo que permitiría entenderla en “...*términos de protección y tutela de quienes son culturalmente diversos.*” (Sentencia C-370/02, 2002, pág. 43); b) si se sigue la teoría del error, puede darse casos en los que el agente a pesar de tener un condicionamiento cultural no le baste para fundar un error invencible, por lo que podría serle impuesta una pena⁴⁶, entonces, el modelo de la inimputabilidad ayudaría a evitar aquellos inconvenientes pues no

⁴³ “... es claro que la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural se predica esencialmente de los indígenas. Sin embargo, el hecho de que no hubieran explícitamente limitado esa figura a los indígenas, indica que ésta podría ser aplicable en otros casos...” (Sentencia C-370/02, 2002, pág. 1)

⁴⁴ Artículo 33. Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental. Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. (Código Penal Colombiano, 2000)

⁴⁵ El numeral 4 del Art. 69 y el Art. 73 de la ley ibídem, fueron declarados inexecutable. (Sentencia C-370/02, 2002).

⁴⁶ La declaratoria de inexecutable de la expresión acusada del artículo 33 del estatuto penal podría tener efectos contraproducentes en la protección de la diversidad cultural, en la medida en que permitiría la imposición de penas, incluso privativas de la libertad, para ciertos comportamientos de los indígenas que, si se mantiene en el ordenamiento la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural, no estarían sujetos a una pena sino a una medida de seguridad, pues la persona sería declarada inimputable. (Sentencia C-370/02, 2002, pág. 38)

distingue la vencibilidad o no del error respecto del conocimiento de la antijuridicidad; c) en base al principio de igualdad, se prescribe que en aquellos eventos en los que un indígena o miembro de una cultura minoritaria haya obrado típica y antijurídicamente, primero deberá analizarse si no ha incurrido en alguna de las causas exculpación legalmente previstas, en especial, si se configura o no un error de prohibición invencible, pues en ese caso debería ser absuelto el agente y no declarado inimputable, caso contrario, el indígena sería objeto de una medida de seguridad cuando, en las mismas circunstancias, un no indígena sería absuelto; y, c) la figura de la inimputabilidad permite controlar las conductas típicas y antijurídicas que atentan contra bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento nacional, sin penalizar al infractor (Sentencia C-370/02, 2002).

Ahora, la misma Corte Constitucional colombiana mediante sentencia C-370/02, señalaba que el concepto de inimputable, en general, tiene

... sesgo peyorativo pues hace referencia a individuos que carecen de la capacidad para comprender la ilicitud de un acto, o para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a la disminución, temporal o permanente, de sus capacidades intelectuales, valorativas o volitivas, ya sea por inmadurez mental o por una alteración sicosomática. La calificación de inimputable implica entonces un cierto juicio de disvalor, puesto que implica una especie de protección paternalista de las personas que tienen esas calidades. (Sentencia C-370/02, 2002).

Hernán Darío Benítez, citado por la Corte Constitucional colombiana, sostiene que:

Los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con inmadurez psicológica o trastorno mental, factores que utiliza el Código Penal para caracterizar a los inimputables. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: <<retraso mental cultural>>. (Sentencia T-496/96, 1996, pág. 12)

Felipe Villavicencio, quien es citado por Valdez, sostiene que el uso de la inimputabilidad implica

... la plasmación de un pensamiento antropológico etnocentrista propio de tiempos pretéritos que colocaba en un pedestal a la civilización occidental en detrimento de las comunidades o agrupaciones que no pertenecieron a ella como se consideraba a la “indígena”, la cual, a través de la aplicación de sanciones penales... debía alinearse o adaptarse a aquella por “ser” la abanderada del progreso o desarrollo de la humanidad. (Valdez, 2012, pág. 78)

Prueba de lo dicho por Villavicencio son los argumentos utilizados por los autores Estrada y Giraldo Ángel. Federico Estrada, citado por Echandía, sostiene que:

El indígena que ha permanecido secularmente en su medio natural alejado del mundo de la civilización, sin contacto alguno con el mundo de los valores éticos, culturales y sociales de las comunidades desarrolladas, padece grandes limitaciones y deficiencias en la esfera cognoscitiva que afectan todo su comportamiento y que lo convierten, sin duda alguna, en un sujeto psicológicamente inmaduro. El juicio de inimputabilidad se hará, sin embargo, clínicamente, teniendo en cuenta las particulares condiciones socio-culturales de cada uno, la formación y el desarrollo moral, la influencia del medio ambiente, etc. (Reyes, 1997, pág. 178).

Por su parte, Giraldo Ángel, citado por Echandia, sostiene que:

“Hay agrupaciones de indígenas en estadios muy primitivos de su desarrollo evolutivo, pero esto no obedece a su condición de indios, sino al abandono en que se les ha tenido, el marginamiento en que han estado de todos los adelantos culturales, tecnológicos y científicos...” (Reyes, 1997, pág. 179)

Por este motivo, autores como Valdez Pimentel sostienen que la inimputabilidad aplicada a los indígenas estaría fundada en la idea errónea de que las sociedades comparten un mismo proceso evolutivo diferenciadas solamente por el grado de desarrollo de su cultura, ubicando a lo indígena en la etapa inicial o en un estadio inferior de la sociedad moderna o civilizada. En todo caso, si se llegara a aceptar el modelo de la inimputabilidad, valdría preguntarse si el individuo occidental-mestizo también debería ser considerado como un ser incapaz de comprender la prohibición indígena (o de cualquier otra cultura distinta de la oficial) y actuar

conforme a dicha comprensión; o, ¿el occidental-mestizo sí tiene la capacidad de comprender pautas culturales que le son ajenas pero un indígena no? (Valdez, 2012).

La inimputabilidad⁴⁷, en esencia, implica que el individuo carezca o no tenga la capacidad⁴⁸ de culpabilidad, por lo que el indígena o el sujeto culturalmente condicionado, por el hecho de pertenecer a una cultura distinta de la oficial, carecería de dicha capacidad, de ahí que no se considere una adecuada alternativa para el tratamiento de la diversidad cultural. Evidentemente, si se llegara a demostrar que el indígena carece de la capacidad de culpabilidad, pero por una razón debidamente comprobada y no fundada en su cultura, debería ser declarado inimputable (Sentencia C-370/02, 2002) (Reyes, 1997) (Geertz, 1996) (Valdez, 2012).

Ahora, un tema interesante que vale la pena ser mencionado nuevamente es lo dicho por la Corte Constitucional colombiana respecto al alcance limitado del error de prohibición en caso de que el condicionamiento cultural no logre fundar un error invencible y el individuo quede a merced de una sanción que podría implicar su privación de libertad. Se cree que este tipo de supuestos, en el contexto intercultural y plurinacional ecuatoriano, tomaría un matiz diferente.

Si se tiene en cuenta los postulados de la plurinacionalidad reconocida por la Carta Magna ecuatoriana, la aplicación del error de prohibición estaría limitada. Primero, porque un sujeto propio de una comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad indígena para que sea llevado ante la justicia penal ordinaria primero se debería determinar el caso si debe ser conocido por la jurisdicción indígena⁴⁹⁵⁰ u ordinaria⁵¹ (Ávila, 2016) (Yrigoyen, 2004) (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009) (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Ahora, la línea que divide o delimita el “campo de juego” de una u otra jurisdicción es borroso, y, además, la misma justicia ordinaria se ha tomado medidas que, como se ve más

⁴⁷ “... el concepto de inimputabilidad supone en la persona de quien se predica incapacidad para conocer y comprender dicha ilicitud o para determinarse de acuerdo con esa comprensión.” (Reyes, 1997, pág. 41)

⁴⁸ “La capacidad para reconocer lo injusto y actuar correspondientemente, prespone la integridad de las fuerzas mentales superiores de la persona...” (Welzel, 1956, pág. 166).

⁴⁹ Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁵⁰ Art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.

⁵¹ Este tema ha abierto el debate especialmente porque hay quienes creen que aquello limita el alcance de la jurisdicción índica (Dorado, 2017).

adelante, han generado ciertas críticas o rechazo. Debido al planteamiento del presente trabajo investigativo, esta discusión queda en segundo plano y se parte del supuesto que, de una u otra forma, el caso ha terminado en manos de la justicia ordinaria y un juez de garantías penales deberá resolverlo. Dicho esto, el segundo límite al que se enfrenta el error de prohibición, también desde la plurinacionalidad, es que no toda conducta propia de una cultura indígena por divergir con la cultura mestiza o “nacional” necesariamente debe ser reprimida, ya que sería un sinsentido reconocer la diversidad cultural si, a continuación, va a ser criminalizada. Al respecto, se debe tener en cuenta que la Constitución de la República del Ecuador de 2008 a la vez que reconoce el derecho a la identidad cultural, la jurisdicción indígena y los derechos específicos de los colectivos indígenas para mantener su identidad cultural, también los limita al respeto de la misma Constitución y de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales (Constitución de la República del Ecuador, 2008)..

Desde el ámbito internacional sucede lo mismo, ya que en los instrumentos correspondientes también prevén ciertos límites, por ejemplo, el numeral 2 del Art. 46 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, dispone que los derechos enunciados en dicha Declaración deberán ser ejercidos con respeto a “...*los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos.*” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, pág. 15); o el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes de 1989, que en su Art. 8 numeral 2 y al Art. 9 numeral 1 dispone lo siguiente:

Artículo 8

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, pág. 4)

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, pág. 4).

Entonces, se tiene claro que a nivel nacional e internacional existe cierta conformidad en cuanto a los límites que deben prevalecer ante los derechos de los pueblos indígenas y de sus miembros. A partir de ello, si se dice que el error de prohibición tiene como presupuesto una conducta típica y antijurídica, en este tipo de casos, habría que identificar primero si la conducta desplegada por el indígena no solo atenta contra la ley, sino que además va en contra de la Constitución y/o instrumentos de derechos internacionales, pues solo en ese momento rebasa el límite permitido y la intervención de la justicia ordinaria se hace necesaria.

Ahora, de acuerdo a Miguel Hernández, actualmente es aceptado que la Carta Maga y los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales sean considerados un límite a la identidad cultural, pues suponen mínimos fundamentales que le corresponden a toda persona por el hecho de ser tal y que deben ser respetados independientemente de la cultura a la que perezca, sin embargo, la particularidad del asunto radica en que aquellas normas constitucionales e internacionales al tener un origen y una lógica distinta a la cultura indígena, no siempre son coincidentes y a pesar de que dichas normas prevean derechos fundamentales que se entienden connaturales a todo ser humano “... *las actuaciones concretas que los respetan a los violan, no siendo éticamente neutras, pueden ser objeto de interpretaciones opuestas conforme a las normas culturales de las que se parta*” (Santos, 2013, pág. 41) (Hernández, 2011).

Por lo dicho, se cree que el tema de la plurinacionalidad no basta por sí solo, sino que además es necesario su complementariedad con la interculturalidad. De ahí que para evitar la imposición de límites y lógicas occidentales sobre el indígena a través del error de prohibición, se cree que los hechos y derechos controvertidos deberían ser leídos, interpretados y aplicados interculturalmente, por más que se traten de “mínimos fundamentales”, ya que así se pueden buscar equivalencias entre las culturas en conflicto y no identidades o igualdades. Consecuentemente, el error de prohibición culturalmente

condicionado no solo debería estar circunscrito en el tema de la plurinacionalidad, sino que debería también tener muy presente a la interculturalidad.

En este punto vale resaltar algunas ideas sobre la interculturalidad. Como ya se vio anteriormente, aquella además de buscar la interacción y aprendizaje mutuo entre culturas, o el reconocimiento de la identidad cultural y sus diferencias, busca acabar con aquellas estructuras basadas en la discriminación, dominación y subalternización; o en, palabras de Ramiro Ávila, la interculturalidad está “... *encaminada a emancipar, a resistir y a combatir todo poder que oprima o subordine, y a transformar, reinventar y rehacer la sociedad y al estado.*” (Ávila, 2016, pág. 146).

De acuerdo a Ramiro Ávila, una vez reconocida la interculturalidad en el Art. 1 de la Constitución de la República, el resto del ordenamiento jurídico debe ser leído y aplicado en virtud de dicho reconocimiento. Así, se tiene por ejemplo, al Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 24 que prevé el principio de interculturalidad, el cual establece la obligatoriedad de todo servidor de justicia de considerar elementos de diversidad cultural de los colectivos que le sean puestos a su conocimiento; y, en su Art. 344 dispone expresamente que la actuación y las decisiones de los jueces (y otros servidores judiciales), deberá tener en cuenta los principios de diversidad, entre los cuales, se debe resaltar el de diversidad, igualdad e interpretación intercultural:

Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.- La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

a) Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena;

(...)

b) Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.

(...)

e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, págs. 103-104).

Entonces, cuando llegue a conocimiento del juez un caso dentro del cual se vea implicado un individuo miembro de una comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, debe sustanciarlo y resolverlo dentro del marco intercultural, por lo tanto, los derechos controvertidos en el litigio deben ser valorados no solo desde la lógica mestiza-occidental, sino también desde la lógica indígena, es decir, no se debe pretender encontrar en el la pauta cultural instituciones, derechos, obligaciones, sanciones o principios idénticos a aquellos previstos en la cultura “oficial”, ya que no se trata de buscar de buscar una identidad o igualdad, sino que a través de una traducción y/o interpretación adecuada se busquen equivalencias (Yrigoyen, 2004).

El tema de la interpretación no es nuevo en la región, en realidad, la corte Constitucional colombiana ya se ha pronunciado al respecto mediante sentencia T-254/94, a través de la cual dispuso como reglas de interpretación, las siguientes:

1. A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía. 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. 3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. (Sentencia No 004-14-SCN-CC, 2014, pág. 20)

Además, en virtud de lo dispuesto en los Arts. 11 numeral 3, 424 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador, se debe tener en cuenta lo que dispone el Convenio 169 de la

OIT, especialmente en su Artículo 9 numeral 2 y Artículo 10, los cuales se citan a continuación:

Artículo 9

(...) Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento. (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, pág. 4).

Por lo anteriormente visto, queda claro que el Juez no solo debe atender a la cultura del sujeto infractor, sino que además, llegado el caso, deberá dar preferencia a otros tipos de sanción que no sean el encarcelamiento. Entonces, regresando a la crítica señalada por la Corte Constitucional colombiana respecto de la posible aplicación de una pena al indígena en caso de que su condicionamiento cultural no funde un error invencible, si se tiene en cuenta todo lo anteriormente mencionado, el indígena culturalmente condicionado que incurra en un error vencible y fuera objeto de una sanción, esta última no debería ser privativa de libertad, sino que en aplicación del principio de interculturalidad, se debería buscar otras alternativas respetuosas y no discriminatorias de la diversidad cultural (Sentencia C-370/02, 2002) (Reyes, 1997).

Además, aplicando la figura del error se evitaría acudir a las medidas de seguridad⁵² que deben ser impuestas a los inimputables, como sucede en el caso colombiano. Dichas medidas de seguridad, en general, han sido pensadas para proteger, curar, tutelar y rehabilitar al inimputable o, en el caso del Código Orgánico Integral Penal, para lograr la superación de su perturbación y su inclusión social. Aquellas medidas detonan claramente un sentido

⁵² Si se revisa el Art. 76 del Código Orgánico Integral Penal, se tiene como ejemplo de individuo inimputable a aquel que sufre trastorno mental y como medida de seguridad se tiene al internamiento en un hospital psiquiátrico (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

peyorativo frente al indígena, pues señalan o lo etiquetan como un individuo que, por tener una cultura distinta, debería ser curado y rehabilitado, que debe superar su perturbación para ser “incluido socialmente”, cuestión que está alejada de la realidad, ya que la cultura, como se dijo anteriormente, puede modificar o influenciar en la percepción del mundo de acuerdo al sistema de significaciones que haya aprendido e interiorizado el individuo, sin embargo, esto no quiere decir que la cultura merme o deteriore la capacidad del individuo para entender y comprender aquello que le rodea (Geertz, 1996) (Ávila, 2017) (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Por lo anteriormente mencionado, se cree la inimputabilidad sería una vía etnocentrista que acabaría por jerarquizar las culturas ubicando en la cúspide a mestiza occidental. De ahí que se considere que la vía del error es más adecuada y, en el peor de los casos, menos discriminatoria, ya que aquella no niega la capacidad de culpabilidad del indígena, sino que se enfoca en determinar si su cultura afecta o no la posibilidad del individuo de conocer la antijuridicidad del hecho.

3.3. Caso hipotético

A continuación se elabora un caso hipotético que contempla a miembros de una nacionalidad indígena ecuatoriana que serán juzgados por la justicia penal ordinaria y, bajo ese supuesto, se pretende aterrizar la figura del error de prohibición culturalmente condicionado

Diez personas deciden ingresar a territorio Waorani para obtener madera ilegalmente cerca de una comunidad indígena X, la cual ha tenido muy poco con la cultura dominante. Una vez que estos diez madereros ilegales llegan al lugar, utilizaron herramientas invasivas y su actividad se extendió por horas causando un grave daño ecológico. Dos waoranis adultos (a) y (b) de la comunidad X, ambos con mínimo contacto con la cultura mestiza occidental, se encontraban cerca del lugar y pudieron visibilizar a los madereros ilegales. Una vez que los Waoranis (a) y (b) identifican a los madereros, dan cuenta del ruido y daño que están causando, por lo que deciden atacar y producto de dicho ataque hieren a tres de los diez madereros ilegales. Como respuesta, uno de los madereros, con un arma de fuego, dispara en contra de los waoranis, a uno de ellos lo mata (a) y al otro (b) le provoca una herida

superficial. El nativo (b) huye del lugar y los madereros retornan al campamento que habían instalado días atrás fuera de territorio waorani.

En la tarde del mismo día, el waorani lastimado (b) regresa a la comunidad X y comenta lo sucedido. La madre y la viuda del waorani (a), afligidas por el dolor, exigen se vengue su muerte, razón por la cual el padre (c) del waorani fallecido inicia la planificación de la venganza que llevará a cabo conjuntamente con otros tres waoranis que eran íntimos amigos de (a); todos ellos, al igual que el waorani fallecido, tenían mínimo contacto con la cultura occidental. El hermano menor (d) del waorani fallecido (a), quien habría abandonado su comunidad para vivir en una zona distinta con gran movimiento de comercio y contacto con la cultura mestiza, al enterarse de los acontecimientos, decide regresar a su comunidad para participar en la venganza.

Para la venganza, el waorani (c) habría confeccionado su propia lanza y seguido las tradiciones preparatorias como manda su cultura, en tanto que (d), siendo el waorani más joven y con más contacto con la cultura mestiza occidental, habría traído consigo armas de fuego que pensaba utilizar en la venganza sin que de este particular haya tenido conocimiento el waorani (c) o cualquier otro miembro de la comunidad.

Llegado el día, (c) y (d) junto a los tres amigos del fallecido waorani parten en busca de los madereros ilegales. Después de dos días de búsqueda incesante, quedan rezagados los amigos del waorani fallecido, por lo que (c) y (d) deciden explorar el terreno para encontrar un lugar ideal en el que todos puedan descansar. Mientras (c) y (d) exploraban, logran visibilizar a los madereros ilegales y los identifican gracias a la descripción previamente dada por el waorani (b). Los waoranis (c) y (d), luego de esperar el momento indicado, deciden actuar: (c) mata a uno de los madereros ilegales con su lanza en tanto que (d), con el arma de fuego que habría adquirido, dispara y hiere gravemente a uno de los madereros a quien posteriormente, con una roca que estaba cerca, lo golpea varias veces hasta matarlo. Los demás madereros que se encontraban en el lugar logran escapar.

3.3.1. *Análisis y resolución del caso en función del error de prohibición culturalmente condicionado.*

Es pertinente empezar identificando a la cultura Waorani de la cual son parte los sujetos implicados. De acuerdo a estudios recientes, se tiene conocimiento que los Waoranis aun cuando fueron parte de un proceso de “cambio” o “acercamiento” con la cultura occidental que data de hace varias décadas, han sabido mantener su estructura cultural. De acuerdo al antropólogo Iván Paredes a pesar de que “...*la influencia Occidental se refleja en su cotidianidad, todavía conservan su continuidad histórica, demostrando esa seguridad y confianza con su accionar cultural*” (Paredes, 2014, págs. 9-10)

Como se había mencionado en los anteriores apartados, los cambios culturales implican un proceso de selección a través del cual, conscientemente o no, se elige que prácticas o patrones culturales se modifican, abandonan o adoptan. Por ejemplo, se sabe varias comunidades de la nacionalidad waorani se han “acercado” a la cultura mestiza occidental, las cuales han incorporado elementos externos que “tradicionalmente” no les era propios, por ejemplo, el uso de celulares, autos, internet, hachas de metal y otras herramientas que suponen una especie de ventaja “tecnológica” para el grupo que las posee. Del otro lado, se tienen a comunidades que son reticentes o tienen muy poco contacto con la cultura mestiza manteniendo patrones o características culturales ancestrales que en otras comunidades waorani ya no se encuentran o se encuentran en menor grado, de ahí que varios individuos puedan tener distintos niveles de condicionamiento a pesar de pertenecer a la misma cultura (Paredes, 2014) (Solórzano, 2014)

Antropólogos como Roberto Narvaez, Ivan Paredes o Jessica Solórzano señalan que aun cuando ha existido un contacto entre la cultura Waorani y la cultura occidental mestiza, aquello no quiere decir o no implica necesariamente que los waoranis hayan afianzado o interiorizado las normas e instituciones del Estado, toda vez que el contacto que ha existido ha sido asistencialista en lugar de dirigirse a un intercambio y aprendizaje intercultural, de ahí que las normas e instituciones no hayan sido socializadas correctamente (Narvéez, 2013 b) (Solórzano, 2014).

Adicionalmente, se debe tener presente que ciertos aspectos o elementos de la cultura Waorani no han sido y no son del todo compatibles con la cultura occidental mestiza, tanto así, que en algunos casos, desde la óptica “civilizada”, la cultura Waorani ha sido identificada como salvaje, sanguinaria, jíbara, entre otros calificativos peyorativos que consistían en una suerte de deslegitimación cultural. De acuerdo al antropólogo Ivan Paredes:

En este proceso tan complejo, donde también han influenciado la religión, las compañías petroleras, madereras, caucheras, la Nacionalidad Waorani ha podido mantenerse cultural y socialmente, más cuando, les han calificado con epítetos como salvajes, despiadados, feroces, sanguinarios, jíbaros (peyorativamente)... (Paredes, 2014, págs. 9-10)

Hasta hace poco se creyó que aquellas prácticas waoranis “sanguinarias” habían sido “erradicadas” debido a la labor “pacificadora” de organizaciones occidentales, sin embargo, por acontecimientos de reciente data se ha llegado a considerar que:

“... la conciencia colectiva en relación a la percepción sobre la muerte se encuentra latente, y desemboca en la necesidad de reafirmar el <<ser>> Waorani...El <<ser>> WAorani remite justamente a todos esos aspectos de la cultura tradicional dentro de los que estaría la concepción respecto de la muerte, de la venganza y de la guerra como parte sustancial de la vida waorani.” (Narváez, 2013 b, pág. 49)

Ya referente al caso hipotético antes planteado, se ha llegado a conocer que el ruido excesivo provoca malestar en sus pueblos, ya que afecta la tranquilidad de las familias y ahuyenta a sus presas incidiendo directamente en sus actividades de caza, actividad principal para su subsistencia. Asimismo, la incursión abrupta y poco respetuosa de agentes externos (compañías petroleras, caucheras, madereras, entre otros) a los espacios Waoranis ha provocado que estos últimos se unifiquen y decidan protegerse y proteger el medio en el que se encuentra atacando a aquellos “extraños” que invaden su territorio (Narváez, 2013 b).

En palabras del antropólogo Ivan Paredes, la invasión o incursión a territorio waorani “... de manera abrupta, incluyendo el temor generado, hace que en este grupo social nazca la defensa por su espacio, su cultura y su integridad, denominando a los extraños cowode (<<extranjero>>, <<canibal>>, <<no persona>>).” (Paredes, 2014, pág. 23).

De acuerdo a Narváez, el ataque a los extraños o invasores por parte de los miembros de la cultura Waorani implica un ejercicio de territorialidad que tiene como fin dos cuestiones principales: reafirmar los derechos sobre el territorio que les pertenece e instar a los extraños o invasores a reconocer aquel derecho (Narváez, 2013 a).

Visto lo anterior, se entendería culturalmente aceptado el ataque de los Waorani (a) y (b), pues implicaría un ejercicio de territorialidad para remarcar su derecho al espacio que aquellos madereros ilegales no solo han accedido sin permiso, sino que lo han puesto en peligro. De acuerdo a Paredes, “... los Waorani, manifestaron querer y respetar a la naturaleza, como una madre, dispuestos a defender y proteger su hábitat y su origen de cualquier manera sin importar los límites para ello.” (Paredes, 2014, pág. 24).

Ahora, sobre la situación del waorani (a) no cabría un análisis, sin embargo, en lo que respecta al Waorani (b) debería obrar un error de prohibición invencible, ya que aquel individuo: i) tiene poco o nulo contacto con la cultura mestiza occidental, por lo que no se le puede exigir al individuo cuestionar su conducta en base a parámetros o elementos que desconoce; ii) consecuentemente, si lo único que conoce son las normas y reglas que le imponen su cultura, no tiene motivos para dudar de la legitimidad de su ejercicio de territorialidad; iii) no podría haber alcanzado el conocimiento pleno de que lo que ha realizado es prohibido, ya que para ello hubiera sido necesario un proceso de aprendizaje intercultural y una correcta socialización de la antijuridicidad de su conducta. Por lo tanto, el condicionamiento cultural del waorani (b) lo ubica en una posición donde no podría tener motivos para verificar, cerciorarse o alcanzar un conocimiento de algo que para sí y para su comunidad le es ajeno, extraño y desconocido (García R. , 2016).

Adicionalmente, el waorani (b) no habría tenido la posibilidad de acudir a un medio idóneo de información, ya que se encontraba a solas con el waorani (a); debido a la urgencia de la toma de decisión, (b) no podría haberse informado o reflexionado sobre lo que hacía, y, de todas maneras, no hubiera podido hacerlo ya que no le es posible formarse una opinión sobre algo que desconoce o le es ajeno; y, (iii) el waorani (b) sabía perfectamente lo que debía hacer en la situación en la que se encontraba ya que su cultura es clara respecto a los

“invasores” y el derecho a su territorio, por lo que no habría tenido motivos para presumir que lo que hacía estaba prohibido (Zaffaroni E. R., 2014).

A lo anterior, se debe agregar que “... *cuando mayor es la lesión jurídica, mayor es también el reporche y, por ende, cualquier exculpación debe ser de mayor entidad, o sea que el ámbito de determinación debe estar reducido por motivos más fuertes.*” (Zaffaroni E. R., 2000 b, pág. 706). Entonces, el waorani (b) al haber causado heridas pero no incapacidad ni muerte a los madereros ilegales, el condicionamiento cultural o la reducción del ámbito de determinación del atacante es suficiente para fundar un error invencible.

En lo que se refiere al caso del padre (c) del waorani fallecido (a), se debe tener presente las consideraciones que a continuación se desarrollan. La muerte de un miembro de la comunidad Waorani generalmente es entendida como el producto de la voluntad humana, es decir, el ejercicio de una persona sobre la vida y muerte de otra. De ahí que la muerte para esta cultura indígena tenga connotaciones parecidas a las que la cultura occidental le atribuye al asesinato. Adicionalmente, es preciso señalar que la muerte de un Waorani genera tristeza y frustración en su grupo familiar más cercano, sin embargo, ese no es su único efecto. La antropóloga Jessica Solórzano y el antropólogo Roberto Narváez coinciden en que la muerte para esta cultura indígena es fuente de derechos y obligaciones: a) de derechos porque el o los hijos y el/la o la pareja de la persona “asesinada” pueden reclamar para sí el derecho a vivir en el área en la cual murió la víctima; y, b) de obligaciones porque se genera en sus pares más cercanos la responsabilidad de vengar su muerte so pretexto de convertirse en *huarani*, es decir, en enemigos de la propia comunidad, de ahí que dar muerte a otra persona para los waorani no es por iniciativa propia sino que implica un acto como grupo socio-cultural (Solórzano, 2014) (Paredes, 2014).

La venganza se vuelve una obligación social con el reclamo de las mujeres, viudas o familiares cercanos a los otros miembros de la comunidad para que con dicha venganza devuelvan el equilibrio o armonía a la familia de la víctima. Esta obligatoriedad recae en determinados miembros según al parentesco o alianza que hayan tenido con el miembro waorani fallecido. Así, quienes estarían principalmente obligados a participar en el hecho cultural son los padres, hijos, hermanos, cuñados y yernos del fallecido. Se suman también quienes tenían una relación de amistad cercana con la víctima. Luego, quienes tienen una

alianza o amistad cercana con quienes participan en la venganza. (Solórzano, 2014) (Paredes, 2014).

Es por este motivo que se cree que la muerte y la venganza a dicha muerte, para la cultura Waorani, van más allá de un simple acto “sanguinario”, implica afianzar o sostener alianzas y relaciones comunitarias, representa fuente de derechos y obligaciones. Adicionalmente, se ha llegado a saber que la participación en la venganza de un waorani fallecido tiene un efecto de reafirmación social, es decir, quienes participan en el hecho cultural se presentan y se dejan reconocer frente a la comunidad como gurreros, como hombres de ahí que no esconden su participación, en realidad, la pregonan al resto de la comunidad (Solórzano, 2014) (Paredes, 2014).

En resumen, se puede decir que para la cultura Waorani la venganza no representa únicamente dar muerte a otra persona, ni siquiera se la considera una acción individual sino que responde a una intención socio-cultural. En segundo lugar, la vida también es protegida en el caso Waorani, sin embargo, en ellos existen “causas de justificación” que les permiten atentar contra ella, tal como existe en la misma cultura mestiza, guardando la lógica distancia entre una y otra. En tercer lugar, la conducta que fue desplegada por el waorani (c) responde no solo a una motivación personal, responde a una obligación y reafirmación social frente a su comunidad. Bajo aquel contexto, se entendería que la posibilidad de (c) de conocer la antijuridicidad de su conducta está condicionado a su cultura y dista de los significados que la cultura mestiza maneja para aquel supuesto. Para Narváez,: “... *la nacionalidad Waorani y su población no tienen conocimiento total de las estructuras organizativas y legales imperantes en el Estado ecuatoriano...*” (Narváez, 2013 b, pág. 90). A lo mencionado por Narváez vale agregar que, según Jessica Solórzano, en general, la estructura social del Estado nacional ecuatoriano no se encuentra afianzada en las comunidades Waoranis debido a que no han existido suficientes aproximaciones para su socialización e internalización, por lo que en aquellas comunidades indígenas más aisladas las normas y estructuras occidentales carecerán de legitimación y aceptación (Solórzano, 2014, pág. 7).

De lo anterior, se tiene claro lo que dispone la cultura waorani respecto de la muerte de uno de sus miembros y consecuentemente el condicionamiento cultural en el cual estaría inmerso el atacante (c), sin embargo, no se puede perder de vista que aquel individuo atentó contra

la vida de otro ser humano, por lo tanto, siguiendo a Zaffaroni, el condicionamiento cultural en el cual debió estar inmerso (c) debía ser de tal magnitud que fuera capaz de privar a (c) toda posibilidad de conocer la antijuridicidad de la conducta para así fundar un error invencible. Con aquella aclaración, se debería tener en cuenta lo siguiente: (i) el waorani (c) sabía lo que tenía que hacer pues su cultura tiene disposiciones o exigencias claras respecto a los hechos antes relatados, de todas maneras, su poco contacto con la cultura occidental no fue suficiente como para generar en el motivos suficientes para verificar la situación jurídica en la que se encontraba y lo poco que conoce de la lógica occidental no le fue transmitido correctamente. (ii) Debido a que se trata de un waorani avanzado en edad que ha vivido toda su vida en base a la estructura cultural que le fue impuesta, no tenía razones para esforzarse por cerciorarse si lo que estaba haciendo era o no malo, pues, de acuerdo a su cultura, es completamente aceptable y hasta obligatoria la conducta realizada; y, (iii) el waorani (c) no habría tenido posibilidad de alcanzar el conocimiento pleno del injusto pues es un significado que pertenece a una forma de ver el mundo que le es extraña o ajena, para el efecto, habría sido necesario un proceso de socialización y aprendizaje intercultural (García R., 2016, pág. 723).

También hay que tener presente que el waorani (c) debía tener la posibilidad de acceder a un medio idóneo de información y dicha idoneidad estaría presente si el medio de información podría causar en el waorani la internalización de la norma prohibitiva, lo que realmente es difícil de imaginarse en las circunstancias del caso. Adicionalmente, la acción desplegada por el waorani (c) no fue emergente, sin embargo, debido a la particularidad del caso, se debe encontrar una equivalencia o lectura intercultural, en este sentido, lo que al waorani le habría impedido reflexionar sería su cultura; es decir, el waorani (c) no podría formarse una opinión sobre algo que no conoce o no es parte de su sistema de significaciones.

Ahora, puede ser que el medio no haya sido el idóneo o puede ser que por su cultura no haya podido reflexionar sobre la decisión tomada, sin embargo, la vida fue el bien jurídico contra el cual se atentó, por lo que el condicionamiento cultural del waorani podría no ser suficiente para fundar un error invencible pues existe evidencia de un contacto que, aun siendo mínimo, impide afirmar con absoluta certeza que el waorani no tuvo la posibilidad alguna de imaginarse la criminalidad de su conducta en base a la información que le fuere transmitida desde la cultura mestiza. A esto se debe agregar que los contactos que han existido con la

cultura woarani justamente han tenido a ese “objetivo”, el de “pacificar” las conductas “sanguinarias” de aquellos “incivilizados”, entonces, no es posible afirmar con absoluta certeza que el woarani (c) no tuvo la posibilidad de imaginarse de la prohibición de su conducta. Este parámetro propuesto por Zaffaroni podría ser superado, por ejemplo, por miembros de pueblos indígenas no contactados con nulo acercamiento a la cultura mestiza-occidental (Narváez, 2013 b) (Solórzano, 2014) (Zaffaroni E. R., 2000 b, pág. 706) (Paredes, 2014)

Por lo antes expuesto, se cree que en el caso de (c) tendría lugar un error de prohibición vencible, por lo que habría que viabilizar o analizar una pena intercultural alternativa a la prisión y que además no sea invasiva con la comunidad y suponga un aprendizaje intercultural respetuoso y no discriminatorio.

En lo que se refiere al caso del woarani (d) más joven, se debe tener en cuenta lo elementos que a continuación se menciona. El Woarani (d) pertenece a la cultura woarani, sin embargo, su condicionamiento cultural sería menor y consecuentemente su ámbito de autodeterminación estaría reducido en menor grado que los anteriores casos toda vez que se trata de un individuo con contacto frecuente con la cultura occidental. Adicionalmente, se debe precisar que no ha cumplido con los patrones culturales que su comunidad exige respecto a los hechos acontecidos al introducir elementos nuevos o con “ventaja tecnológica”. De acuerdo a lo desarrollado en el presente trabajo académico, ya se dijo que las culturas no son algo estático y a través del tiempo pueden modificar, introducir o abandonar ciertos elementos. De ahí que la introducción de una ventaja tecnológica por uno de sus miembros no implica el desacato a las pautas culturales. Lo particular de este caso es que para la cultura Woarani, lo que fundamenta o llena de sentido aquel acto de venganza es el vínculo que se forma entre el woarani y la elaboración o confección de su lanza; el cumplimiento de los rituales previos y posteriores al acto; la reafirmación social de ser guerrero depende del valor que haya demostrado el woarani y el compromiso que demuestra con la acción realizada, y, según se ha llegado a conocer a través de estudios antropológicos a dicha cultura, la venganza perdería valor cuando no se cumplen aquellos estándares o parámetros.

Entonces, para el caso del waorani (d), debido a su contacto con la cultura occidental y dado que ha utilizado objetos distintos a los aceptados por su cultura, habría tenido motivos para verificar y cerciorarse que lo que estaba haciendo no era lo correcto ni en su cultura ni en la cultura con la que ya ha tenido contacto. El waorani (d) habría tenido la posibilidad, aunque mínima, de

De igual manera, la cultura aunque le hubiera condicionado la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad del hecho, debido al contacto que mantenía con la cultura dominante, habría tenido posibilidades, aunque mínimas, de informarse o reflexionar sobre lo que hacía o de acceder a un medio de información idóneo respecto a la prohibición de su conducta, sea desde lado de la lógica occidental – en lo que se refiere a matar a otra persona – o desde su propia cultura – en lo que se refiere a la introducción de ventajas tecnológicas no aceptadas o reprochadas. Consecuentemente, el waorani podría no haber tenido la posibilidad de imaginarse la criminalidad de su conducta, pero cuando menos, podría haber presumido que el uso de armas de fuego sería reprochado por su propia cultura (Zaffaroni E. R., 2014, pág. 570).

Como se puede ver, la situación en la que se hallaba el waorani (d) no podría fundar un error invencible, sin embargo, el condicionamiento cultural en el que se encontraba, cuando menos, le habría impedido o dificultado la posibilidad de conocer plenamente la antijuridicidad del hecho, pues en él se halla interiorizado un sistema de significaciones distinto del mestizo. Por lo anteriormente mencionado, se cree que tendría lugar un error de prohibición vencible, consecuentemente, le correspondería una pena intercultural bajo parámetros que afecten o se traduzcan en una deslegitimación de la cultura de la comunidad pero que a la vez suponga un aprendizaje respetuoso y no discriminatorio que evite actos atentatorios contra la vida de otra persona y que se encuentren fuera de lo que la propia cultura del sujeto o agente establece.

Por todo lo anteriormente mencionado, ya sea en el caso de (b), (c) o (d), se ve necesario que durante la resolución del caso los peritajes antropológicos no se centren únicamente en describir la cultura del implicado, sino que permitan reconocer el condicionamiento cultural que podría existir debido a las diferencias u oposiciones entre lo que manda la lógica/cultura “nacional” o “dominante” y lo que prevé la cultura del presunto infractor. De esta manera,

el análisis de la vencibilidad o evitabilidad del error de prohibición culturalmente condicionado será más cercano y apegado a la realidad.

3.3.2. *Viabilidad del error de prohibición culturalmente condicionado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.*

Como se había mencionado en su momento, dentro del presente trabajo investigativo no se analizarían el intrincado y complejo tema en cuanto a los límites entre la justicia ordinaria e indígena, pues se parte del entendido que para la aplicación del error de prohibición culturalmente condicionado el caso debe ser de conocimiento justicia ordinaria. Sin embargo, se cree necesario desarrollar varios puntos alrededor del alcance de la justicia indígena frente a la justicia ordinaria.

De acuerdo al Art. 171 de la Constitución, se entiende que la jurisdicción indígena estaría delimitada al territorio indígena y a los asuntos internos; asimismo, estaría limitada por el respeto a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos. De manera semejante, el Código Orgánico de la Función Judicial, en su Art. 343, dispone que la jurisdicción indígena podrá ser ejercida dentro de su ámbito territorial para la resolución de sus conflictos internos, siempre y cuando, su aplicación no sea contraria a la Constitución ni a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales; en su art. 344 establece que una vez un que el caso sea conocido por la justicia indígena, no podrá ser revisado ni juzgado por la justicia ordinaria (literal c), y, en caso de duda entre justicia ordinaria e indígena, se preferirá a esta última. Además, en su Art. 345 se establece que los jueces que lleguen a tener conocimiento de un caso que esté ya en las manos de autoridades indígenas, deberán de declinar su competencia con la condición de que la autoridad indígena se haya pronunciado en dicho sentido (Constitución de la República del Ecuador, 2008) (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 8 numeral 2 establece que los pueblos podrán conservar sus costumbres e instituciones siempre que no vayan en contra de los derechos fundamentales establecidos en el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos; y, en su Art. 9 numeral 1 prevé que los métodos que los pueblos utilicen para reprimir los delitos cometidos por sus miembros serán respetados en la

medida que dichos métodos sean compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos y el sistema jurídico nacional (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989).

Ahora, lo antes mencionado no es una cuestión sencilla. Por ejemplo, en lo que se refiere al territorio son varios quienes sostienen que no debería ser leído al espacio físico dentro del cual se concentran las comunidades y pueblos indígenas, sino que aquel límite jurisdiccional debería ser entendido en los términos del numeral 2 artículo 13 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes de 1989, que conceptualiza al territorio como aquel que *“cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”* (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, pág. 5)

De ahí que dicho límite empieza a tornarse borroso, al menos, si se toma en cuenta lo dicho por el instrumento internacional antes citado. En cuanto a los conflictos internos se sigue con la misma suerte, es decir, no está claro el límite y la implicación a dicha referencia ya que en un conflicto interno de una comunidad indígena bien podría participar un miembro externo a ella, casos en los cuales los tratadistas sostienen que a fin de evitar intervencionismos, fortalecer la autonomía y las formas de organización social de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, la justicia indígena podría ser aplicada no solo a indígenas, sino también a no indígenas siempre y cuando ocurra dentro del ámbito territorial indígena y sea para proteger los bienes y derechos indígenas (Yrigoyen, 2004) (Llásag, 2009) (Hernández, 2011).

Así mismo, dentro de un conflicto interno podría participar un miembro de una comunidad resultando en un conflicto entre pueblos y/o nacionalidades indígenas, es decir, un conflicto interétnico. En dichos casos, según el tratadista ecuatoriano Rafael Oyarte, en una entrevista otorgada al diario La Hora, sostiene que dichos conflictos no estarían en el ámbito de la jurisdicción indígena; en dicho artículo, además se señala lo siguiente:

“El experto hace notar que esa jurisdicción, si bien está reconocida por la Constitución, solo podría aplicarse para la solución de conflictos internos de una comunidad, siguiendo las líneas trazadas en el artículo 169 de la OIT. Con esos elementos... es el Estado quien

debe intervenir para aclarar y sancionar los hechos denunciados y para superar la conflictividad” (La Hora, 2014)

Como se puede observar, a pesar de que se hable de territorio o conflictos internos los casos o los supuestos son varios y no todas las interrogantes serán fácilmente respondidas. Una de las cuestiones que se encontraba en una situación a lo antes referido es el tema de qué materia puede o no conocer la jurisdicción indígena, ya que no se hace mención expresa ni en el sistema jurídico nacional ni en el internacional, de ahí que los tratadistas, como Raquel Yrigoyen, sean partidarios de no limitar dicha cuestión. En palabras de dicha autora se sabe lo siguiente:

“... los sistemas jurídicos indígenas tienen competencia para conocer todo tipo de materias y de toda gravedad o cuantía en tanto tengan interés en hacerlo de acuerdo con sus normas y procedimientos... es la propia jurisdicción especial la que podría, si así lo estimara conveniente, delegar materias o casos para el conocimiento de la jurisdicción ordinaria, o pedir el apoyo de la fuerza pública” (Yrigoyen, 2004, pág. 184).

Sin embargo, dicha cuestión no es la que se maneja en el contexto nacional. Además de los límites a la territorialidad y conflictos internos, la Corte Constitucional ecuatoriana agregó uno más: casos atentatorios contra la vida de las personas. De acuerdo a la Sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana N° 113-14-SEP-CC, dentro del caso N°0731 – 10 – EP o “La Cocha”, se dejó zanjada la cuestión respecto a lo que puede y no puede conocer la jurisdicción indígena, a saber:

La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atentan contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios. (Dorado, 2017, pág. 3)

La crítica ha tendido a señalar que con dicha sentencia, no solo se relativizó los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, sino que desconoce la capacidad de las autoridades indígenas para resolver asuntos “importantes” que serían mejor tratados desde la justicia ordinaria, es decir, se excluye a las autoridades indígenas de casos que atente contra la vida de las personas “... por cuanto es un bien jurídico que amerita supervisión permanente del Estado (desde la visión occidental)...” (Dorado, 2017, pág. 10).

En referencia al caso hipotético, se tiene que la violación o atentado al territorio de la nacionalidad Waorani, es lo que motivó, en un inicio, la respuesta de los indígenas, lo cual estaba culturalmente aceptado y, por lo tanto, ni siquiera se hubiera visto la necesidad de que la justicia indígena conozca el caso pues no había una conducta que sancionar, con excepción de que las autoridades indígenas Waorani hubieren creído pertinente sancionar a aquel indígena que utilizó armas de fuego para llevar a cabo la venganza, lo que, en principio, estaría permitido pues aquella acción tuvo lugar dentro de su territorio y es de asunto interno. Sin embargo, en virtud de los hechos de aquel caso y según lo antes expuesto, tratándose de una violación al bien jurídico vida, se hace necesario su conocimiento por parte de la justicia penal ordinaria aun cuando se trate de una conducta culturalmente aceptada, de ahí la importancia de la figura que ha motivado el presente trabajo investigativo.

Como se vio anteriormente, de acuerdo al sistema de significaciones cada comunidad atribuye y maneja una percepción distinta de la realidad, por lo que cada comunidad tiene sus propios “bienes jurídicos”, sus normas, prohibiciones y sanciones; entonces, si existe un conflicto que solo afecta a la comunidad en cuestión y tuvo lugar en su propio territorio, la materia sobre la cual verse el caso en concreto no debería ser impedimento para que las autoridades indígenas puedan o no resolverlo, ya que ellos, inmersos en aquel sistema de significaciones, comprenderán el verdadero sentido del conflicto y no tendrán, en ese aspecto, problemas para resolverlo. Al pasar aquellos casos a la justicia ordinaria, no solo se tendrá una divergencia entre el sistema indígena y ordinario prevén para dicho caso particular, sino que la autoridad que estará encargada de sustanciar y resolver el caso, debido a que ha interiorizado un sistema de significaciones distinto del indígena, posiblemente no valorará el caso en el mismo sentido en el que lo hubiere hecho la autoridad indígena, de ahí que los peritajes antropológicos toman tanta importancia ya que de ellos depende que el juez comprenda o no a la cultura indígena en cuestión y, en función de ello, pueda o no valorar

adecuadamente los hechos y derechos controvertidos para la debida resolución del caso a través de la posible aplicación de un error de prohibición cuteramente condicionado.

En este orden de ideas, lo plurinacional no es suficiente para garantizar el debido respeto a las comunidades y nacionalidades indígenas, sino que se ve necesario también la aplicación de la interculturalidad, existiendo una complementariedad entre ambas figuras. Lo plurinacional, estableciendo las “reglas de juego” o los “límites” entre la justicia ordinaria y justicia indígena – tema que como ya se vio es intrincado y complejo- y lo intercultural prescribiendo el aprendizaje, valoración y respeto entre ambos sistemas jurídicos. Esta interculturalidad, como ya se había señalado anteriormente, representa uno de los principios a tener en cuenta a la hora de resolver un caso en el que se necesite una valoración cultural diferente. Además de lo ya previsto en la Carta Magna, en el Código Orgánico de la Función Judicial, en el Convenio 169 de la OIT, entre otras, vale agregar que la Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia N° 004-14-SCN-CC, caso N° 0072-14-CN, 06 de agosto del 2014, citando a la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, en sentencia N° 008-09-SAN-CC, caso N°0027-09-AN, señala que para una verdadera administración de justicia se deben seguir principios con perspectiva cultural, los cuales constan a continuación:

- a) *El de la Continuidad histórica: el cual plasma que los pueblos y nacionalidades indígenas, no obstante de su colonización, sus secuelas estructurales, están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades nacionales, haciendo uso de sus costumbres, culturas, normas, instituciones jurídico-política-religiosas, nociones filosóficas e idiomas, asentados en territorios indígenas en los cuales ejercen el autogobierno comunitario*
- b) *El de la Diversidad Cultural: a partir del cual, la función de la ley, en este caso de las normas, es la de preocuparse en considerar no solo la relación entre Estado y la ciudadanía, sino <<las identidades entre los pueblos>>, es decir, tomar en cuenta la presencia de los distintos pueblos indígenas, con sus instituciones, sus costumbres y sus filosofías en relación con otros pueblos no indígenas que comparten un mismo territorio nacional.*
- c) *El de la Interculturalidad: el cual tiene que ver con el diálogo, fundamentalmente epistémico; no se trata de un diálogo en el cual los pueblos indígenas sean los convidados de piedra: el dialogo intercultural. Como lo señala Oscar Guardiola Rivera, no es otra cosa que: <<el diálogo entre las diferencias epistémicas que, al existir posiciones hegemónicas,*

son luchas cognitivas que tienen que ver con el modo en que diferentes pueblos hacen uso de diversas formas de producir y aplicar conocimiento. Para relacionarse entre sí, con otros, con la naturaleza, con el territorio, con la riqueza, con la sociedad diversa>>.

- d) *El de la Interpretación Intercultural, el cual no es otra cosa que la obligatoriedad de poner en marca una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aun tratándose de pueblos indígenas” (Sentencia No 004-14-SCN-CC, 2014, págs. 19-20)*

La Corte acude a los principios antes citados a propósito de la consulta que le fue realizada dentro del caso No. 0072-14-CN respecto de la constitucionalidad de la aplicación del artículo innúmero (genocidio) inserto antes del Art. 441 del antiguo Código Penal a individuos parte de una nacionalidad indígena. A criterio de la Corte, la simple lectura del Art. 44 del Código Penal ecuatoriano ya derogado no presenta vicios de constitucionalidad, sin embargo, luego de revisar el tipo penal concreto la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio señala que

... en el caso sub júdice se puede evidenciar que la aplicación de la norma constante en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal, sin un análisis previo sobre criterios de interculturalidad que en el caso exige, podría generar una afectación al principio de diversidad étnico y cultural, y por tanto a los derechos colectivos reconocidos por la Constitución a los pueblos y nacionalidades indígenas, en la medida que la aplicación de la norma genera una afectación a su identidad como pueblo originario, aislando a los miembros de la comunidad de su entorno social y tradicional y generando una desvinculación con sus valores históricos y culturales propios... Si bien la norma contenida en el Código Penal ecuatoriano es una norma legal imperativa, esta no puede ser aplicada fuera del contexto del principio de diversidad étnica y cultural que el caso concreto exige. Con aquello se deja constancia de que la norma consultada es una norma válida y vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, empero en el caso sub júdice, al tratarse de pueblos no contactados o de reciente contacto, para no generar una afectación a sus derechos colectivos, debe ser interpretada y aplicada desde una perspectiva intercultural y una vez verificado y argumentado el cumplimiento de todos y cada uno de los presupuestos convencionales que configuren el delito de genocidio... (Sentencia No 004-14-SCN-CC, 2014, págs. 21-22)

Se piensa que la sentencia antes citada de la Corte Constitución ecuatoriana es clara muestra de lo que se ha dicho hasta el momento, esto es, la importancia de interpretar los hechos y los derechos controvertidos en un caso en el que participen individuos propios de un pueblo o nacionalidad indígena, pero con la salvedad de que lo hasta aquí tratado no se enfoca al tema de la constitucionalidad del tipo penal como tal sino a su análisis con un enfoque interculturalidad en la sustanciación y resolución del proceso.

Lo dicho no es la única razón por la cual se ha traído a colación la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, sino que también se debe a que en dicho pronunciamiento aquella Corte se refiere específicamente al *error de comprensión culturalmente condicionado*, figura que anteriormente fue analizada debido a su vinculación con el pluralismo jurídico y cultural. La Corte señalada da cuenta de que dicha figura está ya prevista en el Código Penal Peruano y añade que el error de comprensión culturalmente condicionado sería un desarrollo doctrinario enfocado en la “... *solución de conflictos en los que están inmersos pueblos ancestrales...*” (Sentencia No 004-14-SCN-CC, 2014, pág. 21)

En el capítulo pertinente ya se había señalado que dicha figura se refiere a la comprensión de la antijuridicidad por parte del sujeto culturalmente condicionado, siendo dicha particularidad justamente lo que la ha hecho merecedora de varias críticas, debido a su posible confusión con una causa de inimputabilidad por razones particulares. Ahora, la particularidad del pronunciamiento de la Corte Constitucional es que al hablar o referirse a dicha figura habla del conocimiento de la norma penal y no de su comprensión, a saber:

... para la solución de conflictos en los que están inmersos pueblos ancestrales, la doctrina penal desarrolló el denominado error de comprensión culturalmente condicionado, siempre y cuando se demuestre que uno o varios de los miembros de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena que supuestamente perpetró un ilícito se encontraba en una situación que les impedía conocer la norma penal por la cual se les imputa la comisión de un delito...
(Sentencia No 004-14-SCN-CC, 2014, pág. 21)

De lo anterior, se desprende que la Corte Constitucional no habla de la comprensión de la antijuridicidad – como se esperaría-, de ahí que se piensa que la Corte Constitucional, en

realidad, está hablando de un error de prohibición culturalmente condicionado, pues se refiere al conocimiento de la norma penal, ya que a renglón seguido agrega lo siguiente:

En ese orden de ideas, corresponderá al juez de la causa, a través de peritajes antropológicos, sociológicos y todos los elementos de convicción necesarios, determinar en qué medidas los presuntos infractores desconocían el contexto de la norma que contiene el delito cuya responsabilidad se les imputa, así como si dentro de su cultura se evidencia estas prácticas como actos propios de su cultura... (Sentencia No 004-14-SCN-CC, 2014, pág. 21)

De acuerdo a lo antes citado, se puede creer que la vía del error de prohibición culturalmente condicionado para la resolución del caso hipotético planteado en apartados anteriores, no es no es completamente “descabellada” y prueba de ello es justamente lo referido por la Corte Constitucional ecuatoriana, misma que coincide en la importancia de los peritajes y la necesidad de tomar en cuenta el desconocimiento o no de la antijuridicidad del hecho por parte de los agentes culturalmente condicionados, y señala como prerrogativa del juez de turno a determinar el conocimiento o no de la antijuridicidad del hecho en función del condicionamiento cultural del individuo. Una cuestión que es importante añadir en este punto es que la Corte Constitución ecuatoriana confunde al error de comprensión y error de prohibición, dejando sentada una vez más el hecho de que la figura del error de comprensión, a pesar de ser innovadora, no es clara y se presta para mal entendidos.

Visto lo anterior, al menos en *papel*, existirían elementos para creer que es posible el debido respeto a la diversidad cultural a partir de la interculturalidad y plurinacionalidad, siendo justamente en ese marco en el cual se presenta y se enmarca la propuesta del error de prohibición culturalmente condicionado. Ahora, la cuestión está en cómo podría manejarse dicha propuesta dado el contexto particular de la legislación penal ecuatoriana. No se puede pasar por alto que en el panorama nacional la figura del error de prohibición no ha sido suficientemente desarrollada ni discutida, tanto así, que se pueden encontrar casos en los cuales ha llegado ser confundida con la figura del error de tipo. Por ejemplo, en el juicio penal signado bajo en No. 334-2013, se dio el caso en el que el señor Germán C. mantuvo relaciones sexuales con la menor NN cuando esta tenía 13 años de edad producto de lo cual quedó embarazada, y, tiempo después, contrajo matrimonio con el acusado. Del caso, se

desprende que la menor engañó a Germán C. sobre su edad, pues al momento de conocerse sostuvo que tenía 18⁵³ años de edad y que además habría dado su consentimiento para tener relaciones sexuales. La defensa sostuvo que existía error de tipo toda vez que el acusado no conocía uno de los elementos constitutivos del tipo. Este argumento es aceptado en primera instancia y agregando que la legislación penal no contempla un tipo de violación culposa, se ratificó⁵⁴ la inocencia del señor Germán Chusin (Caso No. 334, 2013).

En segunda instancia, la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha sostiene que la ley se reputa conocida por todos, por lo que resulta improcedente la motivación de primera instancia cuando se basa en la figura del error de tipo, toda vez que aquella figura no está contemplada en la legislación penal ecuatoriana⁵⁵, en virtud de ello, y, habiéndose comprobado la existencia material del a infracción penal, revocó la sentencia venida en grado y, en su lugar, encontró culpable al acusado German C. y lo condenó a una pena privativa de 8 años de reclusión mayor extraordinaria como autor del delito de violación (Caso No. 334, 2013).

El procesado interpuso recurso de casación. En su sustanciación, del lado del Sr. Germán C., se mantuvo la posición sobre la existencia de un error de tipo, sin embargo, cuando participa el delegado de la Fiscalía General del Estado, ocurre algo que vale ser mencionado. El representante de la Fiscalía sostiene que hará su exposición en dos sentidos, una, como ciudadano ecuatoriano, en virtud de la cual manifiesta que en el presente caso existiría un error de prohibición, y otra como representante de la Fiscalía General del Estado, arguyendo que se debería rechazar el recurso de casación por improcedente. Cuando se pronuncia el

⁵³ ...su amiga le presentó a Germán Chusin, luego de lo cual él la llamó para encontrarse en la parada, le preguntó sus nombres y su edad, pero ella le mintió y afirmó que tenía 18 años de edad, empezaron a salir, fueron enamorados, le invitó a conocer su departamento, le preguntó si quería tener relaciones ella le dijo que bueno, él no la obligó, producto de este trato sexual tienen a un hijo menor y contrajeron matrimonio, el día que le detuvieron a su hoy cónyuge y acusado se encontraban viviendo juntos en San Roque, desde que se conocieron han tenido una relación de amor y por eso siguen juntos... (Caso No. 334, 2013, pág. 7).

⁵⁴ ...el colegiado llega a la convicción que el acusado al momento de mantener relaciones sexuales con la menor de edad NN actuó en el entendido que ésta obviamente tenía dieciocho años de edad, creencia que razonablemente se sustentaba en la información que sobre éste particular le proporcionó la propia víctima, hecho que se encuentra acreditado, fundamentalmente, con lo manifestado por la indicada menor de edad, por tanto, este Tribunal juzgador entiende que en la actuación del acusado GERMAN CHUSIN LISINTUÑA, medió un falso conocimiento acerca de la edad del sujeto pasivo, elemento sustancial en la configuración del tipo atribuido al acusado, perfeccionándose de este modo lo que la doctrina ha dado en denominar <<el error de tipo>>... (Caso No. 334, 2013, pág. 7)

⁵⁵ "...de acuerdo con nuestra legislación la ley se entiende conocida por todos y su ignorancia no es motivo de excusa por tanto, resulta improcedente la motivación de mayoría basada en el error de tipo, tanto más que no se halla expresamente contemplado en nuestra legislación penal..." (Caso No. 334, 2013, pág. 13)

Tribunal de casación de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia para determinar si el juzgador de apelación transgredió o no la ley, entre otras consideraciones: primero, rechaza lo actuado por Fiscalía pues agrega que aquella función es indivisible y de todas maneras estaría actuando contradictoriamente⁵⁶; segundo, sostiene que al existir el consentimiento de la víctima, no correspondería hablar de un error de tipo sino un error de prohibición⁵⁷; tercero, repasando la figura del error de prohibición y error de tipo, llega a sostener que en el sistema penal ecuatoriano rige el principio de que la ignorancia o error de derecho no exime de responsabilidad a quien vulnera la norma, por lo tanto, no se podría aplicar ni el error de tipo ni el error de prohibición. De ahí que el Tribunal, por unanimidad declaró “... *improcedente el recurso presentado, en tanto no se ha acreditado conforme a derecho, ninguna transgresión a la ley, respecto del error de tipo alegado por la defensa técnica recurrente y del error de prohibición que ha planteado la Fiscalía...*” (Caso No. 334, 2013, pág. 22)

Como puede verse, en el caso antes expuesto, existen posiciones diversas: la defensa técnica del acusado alegó la existencia de un error de tipo, la fiscalía error de prohibición y el Tribunal de la Corte Nacional de Justicia error de prohibición. A ello hay que agregar un punto interesante, y es que en primera instancia sí se aceptó la aplicación de la teoría del error aun cuando la figura expresamente no estaba prevista en la legislación penal ecuatoriana, sin embargo, finalmente terminó por sopesar la posición legalista del Tribunal de Casación (Caso No. 334, 2013)

⁵⁶ la intervención del representante de la Fiscalía resultó contradictoria, con la propia Fiscalía, y no definida, por lo que en aplicación de Principios como el del interés superior del niño, la doctrina de la protección integral; y, de la univocidad, no puede admitirse que: Se haya presentado como en dos personas distintas, una como sujeto procesal en tanto representante de la Fiscalía y otra como una persona que no es sujeto procesal, que sostiene lo contrario a la propia Fiscalía, lo que no es admitido en el proceso penal puesto que vulneraría principios del debido proceso como la defensa, igualdad de armas, y la legalidad; y, El mismo sujeto procesal, único e indivisible llamado Fiscalía, exponga dos posiciones diferentes, al argumentar en favor del recurrente y al mismo tiempo solicitar se rechace el recurso, teniendo por lo tanto, una Fiscalía que durante el proceso sostuvo la existencia y responsabilidad del sentenciado, interponiendo el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, emitida por la primera instancia, y otra Fiscalía que en la audiencia de casación argumenta tanto a favor de una eximente de responsabilidad como porque se rechace el recurso. (Caso No. 334, 2013, pág. 15)

⁵⁷ “Cabe indicar que la defensa técnica al fundamentar la existencia del error de tipo se refirió al <<consentimiento>> dado por la víctima, que correspondería más bien a un error de prohibición al hacer referencia al supuesto consentimiento de la víctima.” (Caso No. 334, 2013, pág. 19)

Otro punto a tener en cuenta en el ámbito nacional es que en el proyecto del actual Código Orgánico Integral Penal había sido incluida la figura del error de prohibición – y también el error de tipo –, sin embargo, fue excluida por veto presidencial bajo el siguiente fundamento:

Esta figura es bastante peligrosa, ya que podría ser utilizada por jueces inescrupulosos para dejar en la impunidad un sinnúmero de delitos, ya que bastaría la nueva alegación del desconocimiento de la antijuridicidad de una conducta y la aquiescencia de un administrador de justicia corrupto o ignorante para que cualquier persona que haya cometido un delito pueda quedar en la impunidad, aumentando la desconfianza en la administración de justicia. Es por esto que no considero conveniente incluir esta causa de inculpabilidad tanto más cuanto que, en el presente Código se le otorga una gran preeminencia a los derechos de la víctima, pero que en este caso quedaría en una total indefensión si algún juez acepta y aplica esta institución ligeramente (Objeción Parcial al proyecto Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 3)

Para Ramiro García Falconí, esta exclusión y los fundamentos en los que se han basado para ello implica que se tenga la idea errada de que se pueda aplicar pena sin culpabilidad y que desde las esferas oficiales se acepte que los jueces no tienen la capacidad o preparación suficiente para implementar este tipo de figuras jurídicas (García R., 2014).

Ahora, autores como el mismo Ramiro García Falconí o Ramiro Ávila Santamaría o Zambrano Ruilova, consideran que el error de prohibición, a pesar de no estar expresamente previsto en el Código Orgánico Integral penal, podría ser aplicado. Ramiro García Falconí, cuando comenta a detalle al Código Orgánico Integral Penal, sostiene que si se da lectura a al Art. 34⁵⁸ del Código Orgánico Integral Penal, se desprende que para que un individuo sea considerado responsable penalmente debe ser imputable y debe actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, por lo que, en su opinión, la pregunta obligada que se debe hacer es qué sucede cuando la persona no actúa con dicho conocimiento, siendo en ese momento donde entraría en juego las reglas del error de prohibición. En palabras del propio Ramiro García Falconí se sabe lo siguiente:

⁵⁸ “Art. 34.- Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 20)

Para unos jueces procederán las formas de error contempladas por la moderna dogmática penal y para otros no, lo que significa que la responsabilidad o inocencia de una persona dependerá de factores como la suerte y el ánimo del juez que conoce la causa... si el artículo 34 del COIP al definir la culpabilidad, incluye como elemento sustancial el conocimiento de la antijuridicidad, es forzoso preguntarse qué pasa cuando este conocimiento no existe o es defectuoso. La existencia del error, sea de tipo o de prohibición, no depende por tanto de su reconocimiento en la norma penal, sino que se constituye en una consecuencia forzosa del esquema conceptual manejado por el COIP. Esto ya sucedió en Alemania cuando en 1952 el Tribunal Supremo Federal dictó una sentencia que reconoce estas formas de error, sin que los mismos se encuentren expresamente señalados en el Código Penal. (García R., 2014).

Se podría considerar que la Corte Constitucional ecuatoriana en sentencia N° 004-14-SCN-CC, caso N° 0072-14-CN, 06 de agosto del 2014, de cierta manera se alinea con la posición de los referidos autores pues menciona como responsabilidad del juez justamente analizar el desconocimiento o no de la norma prohibitiva; de igual forma, en el caso No. 334-2013 antes revisado, a pesar de las confusiones señaladas, aunque no estaba legalmente prevista la figura del error de prohibición se dio paso a la misma (Caso No. 334, 2013) (Sentencia No 004-14-SCN-CC, 2014, pág. 21)

Si se sigue esta línea, el error de prohibición culturalmente condicionado podría ser aplicado directamente debido a la construcción dogmática del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con las disposiciones y principios de interculturalidad previstas en el Constitución de la República, el Código Orgánico de la Función Judicial y los instrumentos internacionales de derechos humanos como el Convenio 169 de la OIT. Entonces, el caso hipotético planteado en el presente capítulo, en función de lo dicho en los párrafos anteriores, podría ser resuelto directamente de la manera en la que se ha propuesto sin necesidad de una acción por parte del legislativo. Evidentemente, la aplicación de dicha figura estaría sujeta a que el juzgador sea partícipe de dicha corriente o, por el contrario, se decante por una posición legalista que “...no significa muchas veces sino el sacrificio de la inocencia a la necesidad de una omnipotencia puramente objetiva del Derecho, que desconoce la base esencialmente subjetiva justificadora de la retribución personal. (Herrera, 1991, pág. 57)

En todo caso, sea que se elija la posición de los tratadistas antes referidos - aplicación directa, o una posición legalista al respecto -lo que deviene en la necesidad de una reforma legislativa –, lo que se tiene claro es que la naturaleza jurídica del error de prohibición no se contrapone al Código Orgánico Integral Penal. De lo cual se sigue que la figura del error de prohibición culturalmente condicionado, a la vez que supera los escollos del error de comprensión, es compatible con el desarrollo normativo ecuatoriano referente a la diversidad cultural y, por lo tanto, se puede decir que el error de prohibición culturalmente condicionado sería una figura viable dentro del ordenamiento jurídico que permitiría aterrizar los principios de interculturalidad y plurinacionalidad a la dogmática penal para la mejor resolución de casos en los cuales se necesite una valoración cultural diferente.

Resta por decir solamente que aun cuando la figura del error de prohibición culturalmente condicionado sea viable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en donde radica el verdadero cambio o mejora es en las manos de los administradores de justicia, toda vez que de nada serviría contar con dicha figura, o remitirse a las disposiciones normativas tendientes a garantizar el debido proceso a los miembros los pueblos y nacionalidades indígenas ecuatorianas o contar con los mejores peritos si el juzgador mantiene una posición abiertamente etnocentrista, ya que aun cuando al juzgador se le proporcione todo lo necesario para una verdadera administración de justicia, si cree que el supuesto infractor por ser parte de una cultura distinta a la suya lo hace necesariamente inferior y debido a esa inferioridad fundamenta la imposibilidad o posibilidad disminuida de conocer la antijuridicidad del hecho, el error de prohibición culturalmente condicionado se tornaría inevitablemente en una figura que “perdonaría la ignorancia” de los *diferentes*. Si juez llegare a utilizar el error de prohibición culturalmente condicionado con dicho enfoque, en lugar de congeniar las diferencias culturales y buscar una solución adecuada a la infracción cometida - desde la justicia ordinaria –, respetando las diferencias culturales, en realidad, estaría promoviendo una justicia paternalista y discriminatoria, imponiendo lógicas monoculturales y etnocentristas, restando importancia al valor que la supuesta infracción penal tiene para el agente, para su comunidad y su cultura.

4. CONCLUSIONES

- 4.1. Sería un error reducir a la cultura a simples creaciones o prácticas más o menos uniformes, ya que se trata de un sistema de significaciones o concepciones expresadas en símbolos que constituyen medios a través de los cuales el ser humano se comunica, perpetua, desarrolla su conocimiento y sus actitudes. Aquellas significaciones no necesariamente tienen una conexión natural con el objeto o elemento con el que se les relaciona, en realidad, son conceptos previa y arbitrariamente establecidos por un determinado grupo humano, quienes los comparten y aceptan públicamente y los transmiten a través del tiempo. Por ello, se concluye que la cultura, concebida de esta manera, permite entender por qué cuando el ser humano tiene contacto con el mundo que le rodea, no lo percibe o introduce a su conciencia en su estado natural y puro, sino que le otorga el significado que le fue impuesto o transmitido por sus pares desde su nacimiento.
- 4.2. Luego de la revisión de las propuestas que se han adoptado al momento de abordar la diversidad cultural, se llega a la conclusión de que la interculturalidad sería la mejor vía que hasta el momento se ha planteado para congeniar y armonizar las diferencias culturales, no solo por ser compatible con el desarrollo conceptual antropológico de cultura, sino que se enfrenta y ataca a la visión etnocentrista heredada desde la época colonial sobre la cual se han erigido estructuras sociales, jurídicas y políticas abiertamente injustas y discriminatorias a los pueblos indígenas. Además, representa un escalón superior al multiculturalismo, debido a que no se limita al simple reconocimiento de la diversidad y a la coexistencia de distintas, sino a fomentar la interacción e intercambio cultural dentro de un marco de igualdad, respeto y aprendizaje mutuo.
- 4.3. La interculturalidad es una propuesta ambiciosa pero que debe ser complementada con la plurinacionalidad. La plurinacionalidad otorga mayor participación en las esferas sociales y políticas a las distintas culturas que reconoce la interculturalidad, a la vez que esta última impide que la plurinacionalidad sea entendida únicamente como un proyecto de y para los indígenas. En la confluencia de ambas propuestas se tiene un proyecto que reconoce la autonomía económica, jurídica y política de los pueblos indígenas, sin que

aquello sea entendido como un impedimento o limitante a la interacción, aprendizaje y conocimiento mutuo entre lo indígena y lo mestizo.

- 4.4. La propuesta de interculturalidad y plurinacionalidad no es inmune a la crítica, desconfianza y reticencia, toda vez que aquellas desafían el paradigma tradicional del ordenamiento jurídico ecuatoriano caracterizado por una connotación etnocentrista que relegaba a lo indígena a un ámbito de inferiorización y discriminación. Por lo tanto, el éxito o fracaso de dichas propuestas no depende únicamente de su reconocimiento formal en un cuerpo normativo, sino que está sujeta a la efectiva transición de una sociedad monocultural ecuatoriana a una sociedad intercultural con nuevas perspectivas de convivencia.
- 4.5. El reconocimiento de la interculturalidad y plurinacionalidad hace necesario un repensar del sistema nacional jurídico, lo que ha provocado que en la esfera penal exista un particular escollo pues las conductas que la cultura mestiza prohíbe o condena, desde la cultura indígena pueden ser aceptadas o hasta obligatorias. Entonces, si se quiere ser consecuente lo que se ha dicho a favor de la diversidad cultural es necesario garantizar un justo trato a los indígenas que lleguen a ser juzgados por la justicia penal ordinaria caso contrario la interculturalidad y plurinacionalidad serían simplemente una herramienta de la cultura mestiza para maquillar una imposición cultural donde lo indígena es lo equivocado y lo mestizo es el parámetro o el arquetipo, reproduciendo las estructuras coloniales y discriminatorias que, se supone, se intentan erradicar.
- 4.6. Luego de revisar la naturaleza jurídica del error de comprensión se concluye que a pesar de que se trata de una figura innovadora que se acopla al concepto antropológico defendido en el presente trabajo académico y además se halla vinculado con el tema del pluralismo legal y cultural, debido a su planteamiento muy cercano a la figura de la conciencia disidente y su alcance limitado, hacen de ella una figura que por sí sola no podría ser aplicada a todos los casos que necesiten una valoración cultural diferente y de todas maneras, en caso de ser aplicada, al versar sobre la comprensión de la antijuridicidad podría confundirse con el elemento intelectual de la capacidad de la culpabilidad tornándose oscura su ubicación ya sea como una causa de inculpabilidad o como una causa de inimputabilidad. Adicionalmente, no sería compatible con el Código

Orgánico Integral Penal por lo que la hace una figura inviable dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

- 4.7. Luego de analizar la propuesta de un error de prohibición culturalmente condicionado se concluye que, en función del ordenamiento jurídico ecuatoriano, tendría una ventaja teórica y práctica frente al error de comprensión. Teórica porque su alcance sería más extenso y su desarrollo doctrinario permite identificar claramente su ubicación en la dogmática penal facilitando su estudio, análisis y aplicación; y, práctica, porque el Código Orgánico Integral Penal prevé un desarrollo dogmático de culpabilidad que es compatible con el error de prohibición, tanto así, que varios autores sostienen que dicha figura podría ser aplicada aun cuando no se halle legal y expresamente prevista.
- 4.8. El error de prohibición culturalmente condicionado, no solo debería estar acorde a la propuesta de interculturalidad y plurinacionalidad por un tema de cumplimiento normativo, sino que es necesario que se circunscriba y se acople a sus principios e ideas reivindicatorias, a fin de aterrizarlas en la esfera del derecho penal ecuatoriano ya que así se evita que dicha figura se convierta en una herramienta de la cultura mestiza para justificar su imposición o jerarquización por sobre la cultura indígena..
- 4.9. La figura del error de prohibición culturalmente condicionado permitiría dar un adecuado tratamiento jurídico a los indígenas, primero, porque su alcance llega a una variedad de supuestos que pueden tener lugar en función del contacto que haya tenido o no el indígena con la cultura mestiza; segundo, en ningún momento se niega la capacidad de culpabilidad del indígena, por lo que no lo califica como un inimputable por el solo hecho de ser parte de una cultura diferente a la mestiza; tercero, permite tomar en cuenta a la cultura del agente o individuo implicado a fin de determinar si, en la circunstancia concreta en la que se encontraba, le era o no exigible una conducta distinta de la que ha desplegado; y, cuarto, aun cuando el condicionamiento cultural no logre fundar un error invencible, debido a la normativa vigente es posible viabilizar una pena intercultural y alternativa a la prisión.
- 4.10. Para el tratamiento adecuado de la diversidad cultural no solo basta la introducción de figuras innovadoras a la esfera penal, sino que además es necesario un manejo adecuado del concepto de cultura, una posición no etnocentrista frente a la

diversidad cultural y la búsqueda de aprendizaje e interrelación mutua, ya que aun cuando la pauta cultural en cuestión se halle prohibida por la justicia penal ordinaria, solo bajo los parámetros antes mencionados se podrá evitar que el administrador de justicia sustancie y resuelva un caso a partir de una visión monocultural y etnocéntrica.

5. RECOMENDACIONES

- 5.1. Coordinar con la autoridad competente la capacitación a los administradores de justicia que se centren en dos temas principales: primero, sobre las implicaciones negativas de mantener conceptos antiguos y reducidos de cultural y posiciones etnocentristas a la hora de sustanciar y resolver un proceso que necesite una valoración intercultural; y, segundo, los principios e ideas reivindicatorias que persigue la interculturalidad y plurinacionalidad a fin de que no sean simplificadas como pautas normativamente impuestas sino que sean percibidas también como proyectos de largo alcance que buscan el respeto y revalorización de la cultura indígena.
- 5.2. Evitar que los peritajes realizados en el caso concreto se enfoquen solamente en reconocer e identificar a la cultura del individuo implicado, ya que aquello no basta para un verdadero análisis del condicionamiento cultural del individuo, por lo tanto, se considera ideal realizar peritajes enfocados en el estudio de equivalencias o divergencias entre la cultura del indígena implicado y la cultura mestiza a fin de que el análisis de la vencibilidad o no del error sea hecho en función de datos concretos y no a la mera discrecionalidad del administrador de justicia.
- 5.3. Reconsiderar la exclusión del error de prohibición del Código Orgánico Integral Penal, o, cuando menos, la posición oficial frente a dicha figura, ya que como se ha demostrado en el presente trabajo académico, a pesar de que el error de prohibición sea una figura compleja es realmente necesaria dentro del Derecho Penal Moderno y, aún más, dentro del contexto intercultural y plurinacional ecuatoriano.
- 5.4. En caso de que los errores culturalmente condicionados no avancen a fundar un error de prohibición invencible, la sanción que corresponda deberá ser siempre pensada desde la interculturalidad y plurinacionalidad y no desde una lógica monocultural y etnocéntrica que pretenda condenar o reprimir una práctica culturalmente condenada so pretexto que para la cultura mestiza y sus normas e instituciones dicha práctica sea condenable.
- 5.5. La justicia penal ordinaria y el mismo error de prohibición culturalmente condicionado deberían ser la última instancia para resolver el caso en cuestión; se debe dar preferencia

a la jurisdicción indígena y a la aplicación de sus procedimientos y normas propias para la resolución de sus conflictos.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Abastos, M. (2016). *El delincuente en el Código Maúrtua*. Obtenido de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_01.pdf
- Albán, J. P. (2015). *Manuela Picq se ha ido (para no ser expulsada) del país de la Ciudadanía Universal*. Obtenido de <http://gkillcity.com/articulos/el-mirador-politico/manuela-picq-se-ha-ido-no-ser-expulsada-del-pais-la-ciudadania>
- Almeida, E. (2011). *Ecuador: Estado uninacional o plurinacional : análisis ético-político de la refundación de la nación*. Quito: PPL Impresores.
- Alonso, J. (2014). *¿Quién juzga las guerras de las tribus de la selva?* Obtenido de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/07/140721_ecuador_indigenas_justicia_az
- Altarejos, F. (2003). *Del relativismo cultural al etnocentrismo (y vuelta)*. Obtenido de <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/8283/1/Estudios%20Eb.pdf>
- Alvergonzález, D. (1999). Del relativismo cultural y otros relativismos. *Escepticos*, 8-13. Recuperado el 24 de Agosto de 2016, de https://www.escepticos.es/repositorio/elesceptico/articulos_pdf/ee_03/ee_03_del_relativismo_cultural_y_otros_relativismos.pdf
- Amnistía Internacional. (2015). *Mutilación Genital Femenina: Todavía 29 países siguen practicando esta forma de violencia contra las mujeres y las niñas*. Obtenido de <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/mutilacion-genital-femenina-todavia-29-paises-siguen-practicando-esta-forma-de-violencia-contra/>
- ANDES. (2015). *La emigración cubana se abre espacio en Ecuador*. Obtenido de <http://www.andes.info.ec/es/noticias/emigracion-cubana-abre-espacio-ecuador.html>
- Arenas, A. (1967). *Compendio de derecho penal*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos. (1981). *Derechos humanos en América Latina*. Quito: LIDIS.
- Ávila, R. (2016). *El Neoconstitucionalismo Andino*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ayala, E. (2001). La interculturalidad: camino para el Ecuador. En I. y. diversidad, *Ariruma Kowii* (págs. 11-32). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Benedict, R. (1971). *El hombre y la cultura*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- Benítez, N. (2016). El ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO. Análisis dogmático, jurisprudencial y normativo. *INTERCAMBIOS*, 0-27. Recuperado el 20 de Junio de 2017, de http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/nro_17/aportes/19.%20BenitezNatalia.%20Errordeprohibicioncultural.pdf
- Bernat, G. (2016). *La legislación colonial española de Indias*. Obtenido de <http://www.gabrielbernat.es/espana/leyes/index.html>
- Boas, F. (06 de 06 de 2016). *Cuestiones fundamentales de Antropología Cultural*. Obtenido de <http://www.teebuenosaires.com.ar/biblioteca/franz-boas-CFdA.pdf>
- Borrero, C. (2003). *Multiculturalismo y derechos indígenas*. Bogotá: GTZ : CINEP.
- Caso No. 334 (Corte Nacional de Justicia 12 de Marzo de 2013). Recuperado el 01 de Mayo de 2017, de

- http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CASACION-VIOLACION_181320130312&query=violaci%C3%B3n%20chusin%20error
- Cencillo, L., & García, J. (1973). *Antropología cultural y psicología*. Madrid: Publicaciones del seminario de antropología psicológica.
- Cerezo, J. (2001). *Curso de derecho penal español*. Madrid: Tecnos.
- Chunga, L. (2016). *LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL “CULTURALMENTE CONDICIONADO” FRENTE AL DERECHO PENAL*. Obtenido de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_02.pdf
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). *Registro Oficial Suplemento 544*. Obtenido de http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CIVIL-CODIGO_ORGANICO_DE_LA_FUNCION_JUDICIAL
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). *Registro Oficial Suplemento 180*. Obtenido de http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PENAL-CODIGO_ORGANICO_INTEGRAL_PENAL_COIP
- Código Penal. (1991). *DECRETO LEGISLATIVO N° 635*. Peru. Recuperado el 16 de Julio de 2017, de https://apps.contraloria.gob.pe/unetealcontrol/pdf/07_635.pdf
- Código Penal colombiano. (2000). Diario Oficial No. 44.097. Recuperado el 27 de Marzo de 2017, de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf
- Código Penal Colombiano. (2000). *Ley 599. Diario Oficial 44097*. Bogotá. Recuperado el 27 de Marzo de 2017, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=6388>
- Código Penal de la Nación Argentina. (1984). *Ley 11.179. T.O.* Buenos Aires. Recuperado el 16 de Julio de 2017, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>
- Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingi Vs Nicaragua, Serie C No. 66 (2001). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 16 de Julio de 2017, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf
- Conderana, J. (2007). Antropología, relativismo cultural y principios. *Foro de Educación No. 9*, 81-90. Recuperado el 23 de Agosto de 2016, de <http://www.forodeeducacion.com/numero9/006.pdf>
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Venezuela*. Recuperado el 09 de Septiembre de 2016, de http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Venezuela.pdf
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Registro Oficial 449*. Recuperado el 16 de Julio de 2017, de http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-CONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR
- Constitución Nacional de Paraguay. (1992). *Paraguay*. Recuperado el 17 de Septiembre de 2016, de http://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm

- Constitución Política de Colombia. (1991). *Colombia*. Recuperado el 17 de Septiembre de 2016, de <http://www.banrep.gov.co/economia/pli/cp91.pdf>
- Constitución Política de la República del Ecuador. (1929). *Registro Oficial 138*. Recuperado el 25 de Septiembre de 2016, de http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CONSTITUCION_POLITICA_DEL_ANO_1929
- Constitución Política de la República del Ecuador. (1998). *Registro Oficial 1*. Recuperado el 16 de Julio de 2017, de http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CONSTITUCION_POLITICA_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR_1998
- Constitución Política del Perú. (1993). *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993*. Recuperado el 17 de Septiembre de 2016, de <http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucion%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf>
- Convenio sobre pueblos indígenas y tribales. (1989). *Organización Internacional del Trabajo*. C169. Obtenido de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf
- Corte Constitucional Colombiana, C-176/93 (6 de Mayo de 1993). Recuperado el 27 de Marzo de 2017, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/1993/C-176-93.rtf>
- Corte Constitucional Colombiana, C-370/02 (2002). Recuperado el 27 de Marzo de 2017, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2002/C-370-02.rtf>
- Cruz, E. (2013). *Pensar la interculturalidad : una invitación desde Abya-Yala/América Latina*. Quito: Abya-Yala.
- Cuche, D. (1996). *La noción de cultura en las ciencias sociales*. (P. Mahler, Trad.) Buenos Aires: Nueva Visión.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. (2007). Obtenido de http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). *Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 217 A (III)*. Recuperado el 16 de Julio de 2017, de http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf
- Derecho, Gerencia y Desarrollo. (2016). *¿«multi-, pluri- o interculturalidad»?* Obtenido de <http://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2012/03/120319.pdf>
- Dorado, D. (2017). *Ficha de Análisis de Sentencias Caso La Cocha*. Obtenido de <http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/973742/Caso+La+Cocha/ebaa46c7-9834-40cb-bf7f-e18ec1afa054>
- Echeverría, B. (2010). *Definición de la cultura*. Mexico: Fondo de cultura económica.
- ECUAVISA. (2016). *Carlos Pérez pide reconocimiento de su matrimonio con Manuela Picq*. Obtenido de <http://www.ecuavisa.com/articulo/179061-carlos-perez-pide-reconocimiento-su-matrimonio-manuela-picq>
- ECURED. (2016). *Evolucionismo Antropológico*. Obtenido de http://www.ecured.cu/Evolucionismo_Antropol%C3%B3gico
- ECURED. (2016). *Leyes de Indias*. Obtenido de https://www.ecured.cu/Leyes_de_Indias
- EL COMERCIO. (2015). *Carlos Pérez Guartambel, presidente de la Ecuarunari, habla de su amor: Manuela Picq*. Obtenido de

- <http://www.elcomercio.com/actualidad/carlosperez-ecuarunari-amor-manuelapicq-migracion.html>
- El Universo. (2009). *La violación no se considera delito en la justicia indígena*. Obtenido de <http://www.eluniverso.com/2009/04/12/1/1447/996071916F644B0D9D3BFC803FB97ED8.html>
- Encalada, K. (2013). Racismo en la justicia ordinaria. En B. d. Santos, & A. Grijalva, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (págs. 181- 2016). Quito: Abya-Yala.
- Espinosa, R. (2002). Acerca de la cultura y la justicia indígena. En J. Salgado, *Justicia indígena: aportes para un debate* (págs. 49-68). Quito: Abya-Yala.
- Fernández, N. (2016). *Antropología y comparación. Métodos y teoría*. Obtenido de https://books.google.com.ec/books?id=yUtqBwAAQBAJ&pg=PT232&lpg=PT232&dq=kroeber+falsos+universales&source=bl&ots=ksW1VwU5qA&sig=jk11DIVW2DoPGu_ykhIRXz4AWHg&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwj1j_3-wbnNAhXJKh4KHWw1AEcQ6AEIKjAE#v=onepage&q=kroeber%20falsos%20univers
- Ferré, J. (2016). *Diversidad Cultural y Sistema Penal*. Obtenido de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/360/351>
- Firth, R. (1974). *Hombre y cultura. La obra de Bronislaw Malinowski* (Primera ed.). (R. V. Toro, Trad.) Madrid: Siglo XXI de España Editores, S.A.
- Freud, S. (1999). El malestar de la cultura. En J. Etcheverry, *Obras completas Sigmund Freud*. Buenos Aires: Amorrortu .
- Fundación para el Debido Proceso; Centro de Derechos Humanos - PUCE; Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. (18 de Septiembre de 2014). Amicus curiae en expediente No. 2009-0194-010107JP01. Bagua, Perú.
- García, M. (1998). *Clifford Geertz. La interpretación de las culturas. Nueva Revista de política, cultura y arte*. Recuperado el 08 de Abril de 2017, de Nueva Revista de Política, Cultura y Arte: <http://www.nuevarevista.net/articulos/clifford-geertz-la-interpretacion-de-las-culturas#listadoArticulos>
- García, R. (2014). *La teoría del error en el nuevo Código Penal*. Obtenido de <http://www.eluniverso.com/opinion/2014/06/09/nota/3079436/teoria-error-nuevo-codigo-penal>
- García, R. (2016). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Quito: Latitud Cero.
- Geertz, C. (1996). *Los usos de la diversidad*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- Geertz, C. (2006). *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa S.A.
- Gómez, E. (2016). *Introducción a la Antropología Social y Cultural*. Obtenido de <http://ocw.unican.es/humanidades/introduccion-a-la-antropologia-social-y-cultural/material-de-clase-1/pdf/Tema2-antropologia.pdf>
- Grijalva, A. (2008). El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008. *Ecuador Debate*, 50-62. Recuperado el 1 de Octubre de 2016, de <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/4170/1/RFLACSO-ED75-04-Grijalva.pdf>
- Güell, P. (2016). *¿Qué se dice cuando se dice cultura? Notas sobre el nombre de un problema*. Obtenido de <http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/sociologia/articulos/22/2202-Guell.pdf>
- Guerrero, P. (2001). Interculturalidad y plurinacionalidad, escenarios de luchas de sentidos: entre la usurpación y la insurgencia simbólica. En A. Kowii, *Interculturalidad y diversidad* (págs. 73-100). Quito: Corporación Editora Nacional.

- Guzmán, M. (2003). *Los derechos humanos : en especial, los derechos económicos, sociales y culturales*. Quito: Universitaria.
- Hernández, M. (2011). *Justicia Indígena, Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones (CEP).
- Herrera, L. (1991). *El error en materia penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hidalgo, V. (2016). *Cultura, Multiculturalidad, Interculturalidad y Transculturalidad: Evolucion de un Término*. Obtenido de http://www.fec-chiapas.com.mx/sistema/biblioteca_digital/cultura-multiculturalidad-interculturalidad-y-transculturalidad.pdf
- Hurtado, J. (2003). *Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?* Obtenido de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_15.pdf
- Hurtado, J. (2007). Impunidad de personas con patrones culturales distintos. *Poder Judicial Pleno Jurisdiccional Regional Penal*, 285-290.
- Hurtado, J. (2007). Impunidad de personas con patrones culturales distintos. *Poder Judicial Pleno Jurisdiccional Regional Penal*, 285-290.
- Jescheck, H.-H. (2002). *Tratado de Derecho Penal: parte general*. (M. O. Cardenete, Trad.) Granada: Comares, S.L.
- Kalpokas, D. (1999). *Entre el Objetivismo y el Relativismo: el Etnocentrismo liberal de R. Rorty*. Obtenido de http://minerva.usc.es/bitstream/10347/1141/1/pg_043-066_agora18-2.pdf
- Kottak, C. P. (2011). *Antropología cultural* (Décimocuarta ed.). (J. M. Chacón, Ed., & V. C. Olguin, Trad.) México: The McGrawHill.
- Kowii, A. (2011). Diversidad e interculturalidad. En A. K. Maldonado, *Interculturalidad y diversidad* (págs. 7-10). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural : una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.
- La Hora. (2014). Polémica sobre quién debe juzgar a pueblos no contactados. En I. Paredes, *Peritaje en Antropología Jurídica* (pág. 27). Quito.
- LA HORA. (2016). *Diversidad de nacionalidades y pueblos indígenas en Ecuador*. Obtenido de http://lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101965301/-1/Diversidad_de_nacionalidades_y_pueblos_ind%C3%ADgenas_en_Ecuador.html#.WBKt_-DhDIU
- Lee, D. (1959). *Freedom and Culture*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall.
- Llacta! (2016). *Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE)*. Obtenido de <http://www.llacta.org/organiz/conaie/>
- Llásag, R. (2009). La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad. En S. Andrade, A. Grijalva, & C. Storini, *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (págs. 179-234). Quito: Corporación Editorial Nacional.
- Llásag, R. (2012). Movimiento indígena del Ecuador a partir del siglo XX: visibilizando el resurgir, sus avances y retrocesos. En B. d. Santos, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (págs. 83-156). Quito: Abya-Yala.
- Loor, F. (2011). *Fundamentos de derecho penal moderno*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Lopez Hurtado, M., & Valentín Ruiz, F. J. (2011). *Derecho y cultura: en torno a una definición y nexos de unión entre ambos conceptos*. Obtenido de http://eprints.ucm.es/16027/1/Derecho_y_cultura.pdf

- Malinowski, B. (1970). *Una teoría científica de cultura y otros ensayos*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Malo, C. (2002). Cultura e Interculturalidad. En J. Salgado, *Justicia Indígena: aportes para un debate* (págs. 15-22). Quito: Abya-Yala .
- Manzano, J. (1991). *Historia de las recopilaciones de Indias*. Madrid, Ediciones Cultura Hispánica.
- Maurach, R. (1962). *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel.
- Medina, R. (2011). Derechos colectivos e interculturalidad: hacia la construcción del nuevo Estado. En A. Kowii, *Interculturalidad y diversidad* (págs. 101-123). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Meini, I., & Villavicencio, F. (2016). ¿Es posible hablar de error? El error culturalmente condicionado en el Perú. *THEMIS*, 53-59. Recuperado el 26 de Marzo de 2017, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/15581/16030>
- Mejía, J. (1994). *Tratamiento jurídico constitucional de la plurinacionalidad*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Miller, D. (1997). *Sobre la nacionalidad : autodeterminación y pluralismo cultural*. Barcelona: Paidós.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal: parte general*. Barcenola: Reppertor, S.L.
- Moreira, M. A. (2016). *El concepto de cultura en el Derecho* . Obtenido de <https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjNw4reu4rNAhVFMyYKHVHXBmQQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Frevistaseletronicas.pucrs.br%2Ffojs%2Findex.php%2Fcivitas%2Farticle%2Fdownload%2F4870%2F6845&usg=AFQjCNHJ2fJfuPU>
- Naciones Unidas. (2016). *La Declaración Universal de Derechos Humanos: Fundamento de las normas internacionales de Derechos Humanos*. Obtenido de <http://www.un.org/es/documents/udhr/law.shtml>
- Nanda, S. (1994). *Antropología cultural. Adaptaciones socioculturales*. Quito: Instituto de Antropología aplicada.
- Narváez, R. (2013 a). *Informe del Peritaje antropológico de las lanzas que han intervenido en ataques a pueblos en aislamiento*. Indagación Previa Nro. 220201813040001, Quito.
- Narváez, R. (2013 b). *Investigación sobre los eventos que acontecieron en Yasuní relacionados con la muerte de una pareja de ancianos waorani y de un ataque realizado a una casa de una familia en aislamiento con filiación cultural Tagaeri o Taromenane*. Informe de Antropología Jurídica, Investigación Previa No. 220201813304001, Quito.
- Narváez, R. (2013 c). *Alcance a la Investigación sobre los eventos que acontecieron en Yasuní relacionados con la muerte de una pareja de ancianos waorani y de un ataque realizado a una casa de una familia en aislamiento con filiación cultural Tagaeri o Taromenane*. Investigación Previa No. 22020181304001, Quito.
- Narváez, R. (2013 d). *Elementos culturales para identificar formas de vida tradicionales y elementos externos que pudieran incidir en procesos de violencia en familias en asimilamiento a partir del reconocimiento del lugar de los hechos*. Indagación Previa Nro. 220201813040001, Quito.
- Narvaja, B. (2016). *Algunas reflexiones sobre el relativismo cultural*. Obtenido de http://perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/2.t_narvaja_b._algunas_reflexiones_sobre_el_relativismo_cultural.pdf

- Nivón, E., & Rosas, A. (1991). Para interpretar a Clifford Geertz. Símbolos y metáforas en el análisis de la cultura. *Alteridades*, 40-49. Obtenido de <http://alteridades.izt.uam.mx/index.php/Alte/article/viewFile/683/680>
- Objeción Parcial al proyecto Código Orgánico Integral Penal. (2014). Oficio No. T. 6136-SGJ-14-46. Quito.
- Pabón, P. (2002). *Manual de derecho penal*. Bogota: Ediciones Doctrina y Ley.
- Padrós Reig, C. (2000). *Derecho y cultura: prontuario elemental para estudiantes de Humanidades*. Barcelona: Atelier.
- Palladino, J., & Latorre, L. (2016). «*Multiculturalismo no es lo mismo que multiculturalidad*» . Obtenido de <http://www.revistateina.es/teina/web/Teina3/dossierMocusi.htm>
- Paredes, I. (2014). *Peritaje en Antropología Jurídica*. Indagación Previa Nro. 220201813040001, Quito.
- Paz y Miño, J. (2015). *Historia de los Impuestos en Ecuador: visión sobre el régimen impositivo en la historia económica nacional*. Quito: SRI; PUCE, 2015. Obtenido de <http://www.pucesi.edu.ec/web/wp-content/uploads/2016/04/Paz-Juan-Cepeda-Mi%C3%B1o.-Historia-de-impuestos-del-Ecuador.pdf>
- Portilla, G. (2017). El error de comprensión culturalmente condicionado como causa de inimputabilidad. En S. Bacigalupo, B. Feijo, & J. Echano, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo* (págs. 433-447). Madrid: Centro de estudios Ramón Areces S.A.
- Prieto, J. (2002). *Cultura, economía y derecho, tres conceptos implicados*. Obtenido de <http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric01a04.htm#>
- Pringle, H. (2016). *Símbolos de la Edad de hielo, posible pista del origen de la escritura*. Obtenido de <http://www.ngenespanol.com/ciencia/descubrimientos/16/06/3/escritura-edad-de-hielo/>
- Quintanilla, P. (2010). *Verdad y justificación: los límites del etnocentrismo*. Obtenido de <http://cesfia.org.pe/analitica/4/quintanilla.pdf>
- Ramirez, S. (2017). *Diversidad Cultrual y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena*. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/538/1/RAA-02-Del%20Valle-Diversidad%20cultural%20y%20pluralismo%20jur%20C3%ADdico.pdf>
- Reyes, A. (1997). *Antijuridicidad*. Bogotá: Temis S.A.
- Reyes, A. (1997). *Imputabilidad*. Bogotá: Temis.
- Reyes, A. (1999). *Culpabilidad*. Bogotá: Temis S.A.
- Rickard, J. (2016). *Battle of Jena, 14 October 1806*. Obtenido de http://www.historyofwar.org/articles/battles_jena.html
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. (M. Conde, Trad.) Madrid: REUS S.A. Recuperado el 26 de 12 de 2016, de https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1488/mod_resource/content/1/roxinculpabilidadyprevencionenderechopenal.pdf
- Sánchez, N. (2007). ¿Etnocentrismo inevitable? *Thémata. Revista de filosofía*, 79-86. Recuperado el 13 de Agosto de 2016, de <http://institucional.us.es/revistas/themata/39/art8.pdf>
- Sánchez, N. (2013). Actualidad del relativismo cultural. *Desacatos*, 29-48. Recuperado el 22 de Agosto de 2016, de <http://www.scielo.org.mx/pdf/desacatos/n41/n41a2.pdf>
- Santos, B. d. (2013). Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. En B. d. Santos, & A. Grijalva (Edits.), *Justicia*

- indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (págs. 13-50). Quito: Abya-Yala.
- Secretaría del Buen Vivir. (2017). *El Buen Vivir en la Constitución del Ecuador*. Obtenido de <http://www.secretariabuenvivir.gob.ec/el-buen-vivir-en-la-constitucion-del-ecuador/>
- Sentencia C-370/02 (2002). Corte Constitucional Colombiana.
- Sentencia No 004-14-SCN-CC, 0072-14-CN (2014). Corte Constitucional del Ecuador.
- Sentencia No 004-14-SCN-CC, 0072-14-CN (2014). Corte Constitucional del Ecuador. Recuperado el 16 de Julio de 2017, de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/004-14-SCN-CC.pdf>
- Sentencia No. 008-09-SAN-CC, Caso No. 0027-09-AN (2015) Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/gaceta-constitucional/Gaceta011.pdf>
- Sentencia T-496/96 (1996). Corte Constitucional Colombiana. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/1996/T-496-96.rtf>
- Sisniegas, R. (2017). *Inimputabilidad-Error de comprensión culturalmente condicionado*. Obtenido de http://www.academia.edu/11176442/INIMPUTABILIDAD_-_ERROR_DE_COMPRENSI%C3%93N_CULTURALMENTE_CONDICIONADO_-_ROGER_SISNIEGAS_RODR%C3%8DGUEZ
- Sistema de Indicadores Sociales. (2016). *Listado de nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador*. Obtenido de <https://www.google.com.ec/search?q=SIISE&oq=SIISE&aqs=chrome..69i57j69i65j69i60j69i5912j69i60.1120j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>
- Solórzano, J. (2014). *Informe de Peritaje Sociológico*. Indagación Previa Nro. 220201813040001, Quito.
- Sosa, J. (2002). *Estudios de derechos humanos fundamentales*. Guayaquil: Jurídica Miguez Mosquera.
- Suarez, D. G. (2007). Error de Prohibición. *Poder Judicial Pleno Jurisdiccional Regional Penal*, 276-283. Recuperado el 05 de Marzo de 2017, de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/865de60046e103d68f4c8f44013c2be7/Te+ma+IV.-+Error+de+Comprensi%C3%B3n+Culturalmente+Condicionado+en+los+Delitos+Sexuales.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=865de60046e103d68f4c8f44013c2be7>
- Trujillo, J. (2013). Plurinacionalidad y Constitución. En B. d. Santos, *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad* (págs. 305-316). Quito: Abya-Yala.
- Valarezo, G. (2011). La interculturalidad frenada: los límites de la "revolución ciudadana". En A. Kowii, *Interculturalidad y diversidad* (págs. 131-150). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Valdez, L. (2012). *Diversidad Cultural e imputación objetiva en el Derecho Penal ¿Son delitos las conductas de las sociedades étnico-culturalmente minoritarias? El Multiculturalismo en Latinamérica, mención especial del caso peruano: Retos del moderno Derecho Penal*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Obtenido de http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1594/1/Valdez_pl.pdf
- Villavicencio, F. (2017). *Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal*. Obtenido de <http://vmrfirma.com/publicaciones/wp->

- content/uploads/2012/08/Villavicencio-Tratamiento-penal-de-la-diversidad-cultural-por-la-justicia-estatal1.pdf
- Villavicencio, G. (2002). Pluriculturalidad e interculturalidad en el Ecuador. El reconocimiento constitucional de la justicia indígena. En J. Salgado, *Justicia indígena: aportes para un debate* (págs. 37-48). Quito: Abya-Yala.
- Walsh, C. (2002). Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico. En J. Salgado, *Justicia indígena: aportes para un debate* (págs. 23-36). Quito: Abya-Yala.
- Walsh, C. (2008). Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: Las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tábula Rasa*, 132-152. Obtenido de <http://www.revistatabularasa.org/numero-9/08walsh.pdf>
- Walsh, C. (2012). *Interculturalidad crítica y (de)colonialidad : ensayos desde Abya Yala*. Quito: Abya Yala.
- Walsh, C. (2016). *Interculturalidad y Plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente*. Obtenido de <http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/100412.pdf>
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Depalma.
- Welzel, H. (1997). *Derecho penal alemán*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Yrigoyen, R. (1999). *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myma Mack.
- Yrigoyen, R. (2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El otro derecho*, 171-195. Obtenido de <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>
- Yrigoyen, R. (2007). Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú. *Poder Judicial Pleno Jurisdiccional Regional Penal*, 292-305.
- Zaffaroni, E. R. (1987). *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (1987). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2000 a). *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2000 b). *Derecho penal : parte general / Eugenio Raúl Zaffaroni ; Alejandro Alagia ; Alejandro Slokar*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2014). *Manual de derecho penal : parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Zambrano, A. (2008). *Manual de derecho penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

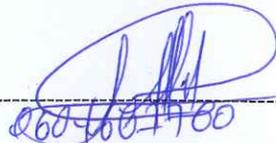
DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, Mario Alexys Fernández García, C.I. 0604607780 autor del trabajo de graduación intitulado: LA DIVERSIDAD CULTURAL FRENTE A LA JUSTICIA PENAL ORDINARIA: VARIACIÓN DEL FECHO DE PROMISIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO EN LA REPUBLICA DEL ECUADOR, previa a la obtención del grado académico de ABOGADO en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 28 DE JULIO DE 2017



0604607780

FIRMA Y CÉDULA


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA
 APELLIDOS Y NOMBRES
FERNANDEZ GARCIA MARIO ALEXYS
 LUGAR DE NACIMIENTO
CHIMBORAZO RIOBAMBA LIZARZABURU
 FECHA DE NACIMIENTO **1994-07-07**
 NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
 SEXO **M**
 ESTADO CIVIL **SOLTERO**

No. **060468778-0**

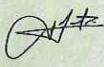



INSTRUCCIÓN **SUPERIOR** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** E333311222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
FERNANDEZ MORALES MARIO A
 APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
GARCIA TAMARIZ AMPARO DEL R
 LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
RIOBAMBA 2012-07-10
 FECHA DE EXPIRACIÓN
2022-07-10



000539058

 
 DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO





CERTIFICADO DE VOTACIÓN
 ELECCIONES GENERALES 2017
 2 DE ABRIL 2017



016 **016 - 165** **0604687780**
 JUNTA No. NÚMERO CÉDULA

FERNANDEZ GARCIA MARIO ALEXYS
 APELLIDOS Y NOMBRES



CHIMBORAZO CIRCUNSCRIPCIÓN:
 PROVINCIA
RIOBAMBA
 CANTÓN ZONA:
VELASCO
 PARROQUIA




ECUADOR
ELIGE CON
TRANSPARENCIA

ELECCIONES 2017
 GARANTIZAMOS TU DECISIÓN

CIUDADANA (O):

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN LAS ELECCIONES GENERALES 2017

ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS


 F. PRESIDENTE DE LA JURY

IMP. JGM, MJ