

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
USFQ**

Colegio de Jurisprudencia

**Análisis de la necesidad de legislar el error de prohibición
culturalmente condicionado en el Ecuador.**

Micaela Salgado Segovia

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
abogada

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Micaela Salgado Segovia

Código: 00138017

Cédula de identidad: 1724018922

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**ANÁLISIS SOBRE LA NECESIDAD DE LEGISLAR EL ERROR DE PROHIBICIÓN
CULTURALMENTE CONDICIONADO EN EL ECUADOR¹**

**ANALYSIS OF THE NEED TO LEGISLATE THE CULTURALLY CONDITIONED PROHIBITION
ERROR IN ECUADOR**

Micaela Salgado Segovia²
michaelas98@yahoo.com

RESUMEN

La plurinacionalidad y la interculturalidad que caracteriza al Ecuador, produce un constante análisis de consideraciones respecto de las diversas costumbres de las personas miembros de comunidades indígenas. Este trabajo analiza la necesidad de legislar el error de prohibición culturalmente condicionado a través de una metodología sistemática deductiva que permite hacer un análisis del ordenamiento jurídico ecuatoriano, comenzando por el bloque de constitucionalidad, normativa internacional y normativa comparada. El derecho ecuatoriano ha incluido el error de prohibición, sin embargo, no está dedicado a miembros de comunidades indígenas de reciente contacto o de aislamiento voluntario, como lo sugiere la normativa internacional. Adicionalmente, se señala la importancia de ciertos elementos que permitirán cumplir los objetivos de legislar la figura analizada, como la pericia antropológica y una adecuada redacción del artículo, que evidencie la especificidad de la aplicación y que, además, evite vulneraciones a los derechos de las víctimas e impunidad de delitos.

PALABRAS CLAVE

error de prohibición culturalmente condicionado, plurinacionalidad, interculturalidad, culpabilidad, ordenamiento jurídico ecuatoriano.

ABSTRACT

Ecuador's multi-nationality and interculturality produces a constant analysis of certain aspects of indigenous people's traditions. This paper analyses the need to legislate the culturally conditioned prohibition error through a systematic deductive methodology that allows an analysis of the Ecuadorian legal order, starting with the Ecuadorian constitution as well as international human rights law, which is incorporated to the constitution, and comparative law. Ecuador's legal system has included the prohibition error; however, that addition does not mention indigenous communities of recent contact or voluntary isolation in a specific way, as suggested by international law. This paper also points the importance of certain aspects that will enable the objective of including the analyzed figure. Aspects such as the requirement of an anthropologic expertise and the fact that it should reflect the specificity and, at the same time, avoids violations to the victims' rights and impunity of the crimes.

KEY WORDS

culturally conditioned prohibition error, multinationality, interculturality, guilt, ecuadorian legal system.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Belén Alejandra Aguinaga Aguinaga.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020
Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO TEÓRICO.- 2.1. MARCO NORMATIVO.- 2.2. POSTURA SOBRE LA LEGISLACIÓN DE FIGURAS DOCTRINARIAS.- 3. ESTADO DEL ARTE.- 4. SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN.- 4.1 PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- 4.2. EL ERROR DE PROHIBICIÓN.- 5. LA CONDICIÓN CULTURAL.- 5.1. ECUADOR COMO PAÍS INTERCULTURAL Y PLURINACIONAL.- 5.2 PLURALISMO JURÍDICO.- 5.3. NECESIDAD DE INCLUSIÓN EN LA JUSTICIA ORDINARIA.- 6. ¿EXISTE LA NECESIDAD DE LEGISLARLO?.- 6.1. TRATAMIENTO EN EL ECUADOR.- 6.2. DERECHO COMPARADO.- 6.3. ¿CÓMO DEBERÍA SER REGULADO? 6.3.1. LA PERICIA ANTROPOLÓGICA.- 6.3.2 EL SER INDÍGENA.- 7. DISCUSIÓN - IGNORANTIA IRIS NON EXCUSAT.- 8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. Introducción

El ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla al error de prohibición. Sin embargo, tomando en cuenta que en el Ecuador existen alrededor de 13 distintas nacionalidades indígenas³ y que esto produce interacción entre ellas, la cual no siempre sucede con el pleno conocimiento mutuo de las normas de cada comunidad; a lo largo del trabajo se analiza la suficiencia de lo legislado hasta hoy, es decir, si se necesita una figura específica para la protección de derechos como el de tutela judicial efectiva⁴ de miembros de comunidades indígenas de contacto reciente y de aislamiento voluntario.

En las Recomendaciones de la CIDH para el pleno respeto los derechos humanos de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas, se define a estos grupos como “los últimos pueblos que no fueron colonizados y que no tienen relaciones permanentes con las sociedades nacionales prevalecientes en la actualidad”⁵. Por lo tanto, estas personas no necesariamente tienen conocimiento del largo catálogo de delitos que existe dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y, este desconocimiento, está estrechamente ligado a su cultura. Entonces, resulta necesario analizar el alcance de la legislación actual en materia de inclusión en el derecho penal y, posteriormente, analizar la introducción de figuras garanticen la inclusión de los grupos de pueblos indígenas y que abracen la diversidad de culturas existentes en el Ecuador, sobre todo de los grupos indígenas en aislamiento voluntario y de contacto inicial.

³ Instituto Nacional de Estadística y Censos, Población y Demografía, “Nacionalidades”, Censo del 2013, acceso 1 de octubre del 2020 <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/resultados/>

⁴ Artículo 75, Constitución de la República del Ecuador, R.O.449, 20 de octubre de 2008.

⁵ Recomendaciones de la CIDH para el pleno respeto a los derechos humanos de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas, Informe, Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre del 2013, 7.

Por lo expuesto, a lo largo del trabajo se analizará la necesidad de legislar el error de prohibición culturalmente condicionado también conocido como error de comprensión culturalmente condicionado. Para este trabajo se utilizará una metodología sistemática - deductiva dado que, en primer lugar, se definirá el error de prohibición y se explicará la condición cultural necesaria para poder utilizar esta figura y, por último, se explorará la necesidad de legislar el error de prohibición culturalmente condicionado, a partir de la premisa de que el derecho penal tiene como fuente única a la ley. En cuanto al método sistemático, se investigará sobre términos y definiciones con relación al tema de este trabajo, además, se hará un análisis de derecho comparado con países como Perú y Bolivia junto con jurisprudencia comparada de la Nación Argentina que si bien no cuenta con legislación al respecto, sí tiene desarrollo jurisprudencial. A través de este análisis, se llegará a concluir si el error de prohibición culturalmente condicionado debe ser legislado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano o no. Además, a pesar de que tiene un componente sociológico importante, el análisis se realizará desde una perspectiva jurídica.

2. Marco Teórico

2.1. Marco Normativo

La Constitución del Ecuador reconoce ciertos derechos colectivos relevantes para este trabajo, en el artículo 57 de la siguiente forma:

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

(...)

12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora.

Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto⁶.

(...)

En cuanto a instrumentos internacionales, integrantes del bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que:

La comprensión de que la Constitución tiene más derechos que los expresamente reconocidos en su texto, o que los derechos y el contenido de los derechos

⁶ Artículo 57, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

constitucionales se desarrollan en instrumentos ajenos a su texto, es lo que se ha conocido como el **bloque de constitucionalidad**⁷ (Énfasis añanido).

En consecuencia, “la validez de la norma solo dependerá de los procedimientos para su creación, sino de la observancia y correspondencia de sus contenidos y la armonía que guarde con los valores, principios y reglas manifestados en la Constitución”⁸ Al respecto están el artículo 11 de la Constitución, numeral 3 que reconoce que “los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”⁹ y el artículo 3 numeral 1 establece que la garantía de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales es un deber primordial del Estado¹⁰. En concordancia, el artículo 424, segundo inciso, establece que los tratados internacionales de derechos humanos que contengan derechos más favorables que los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica¹¹.

Por lo anterior, es importante señalar el marco normativo establecido en instrumentos internacionales, por ejemplo, las Naciones Unidas, se han pronunciado al respecto de la preservación de la diversidad biológica. Esto, a través de varias medidas de conservación que se encuentran contempladas en el artículo 8 de la Convenio Sobre la Diversidad Biológica, del cual el Ecuador es parte, la medida más relevante para este trabajo es la siguiente: “Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales”¹². En este Convenio, se señala que será la legislación nacional del país contratante, la que deberá hacer arreglos para que las costumbres de las comunidades indígenas puedan ser preservadas.

Además, el Convenio 169 de la OIT¹³ en sus artículos 9 y 10, trata sobre las obligaciones de los Estados, en cuanto a delitos cometidos por miembros de las comunidades indígenas y en cuanto a las sanciones penales previstas en los ordenamientos de cada país. En estos artículos, a pesar de que no se encuentra

⁷ Sentencia 11-18-CN/19, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte, 12 de junio del 2019, 29.

⁸ Danilo Alberto Caicedo, “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución”, *Revista de Derecho UASB* 12 (2009), 5 – 29.

⁹ Artículo 11 numeral 3, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰ Artículo 3 numeral 1. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹¹ Artículo 424, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹² Artículo 8, Convenio sobre la diversidad Biológica, Río de Janeiro, 29 de Diciembre de 1993, ratificado por el Ecuador el 23 de febrero de 1993 <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>

¹³ Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Ginebra, 27 de junio de 1989, ratificado por Ecuador el 15 de mayo de 1998. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

contemplado el error de prohibición culturalmente condicionado de manera específica, el Convenio señala lo que los tribunales deberán tener en cuenta, cuando se trata de responsabilidad penal de personas pertenecientes a pueblos indígenas. Por lo tanto, la figura analizada en este trabajo, tiene una relación directa con los artículos del Convenio. Estas normas también fueron analizadas, por la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia 113-14-SEP-CC¹⁴ conocido como “Caso La Cocha” del año 2014. Adicionalmente, en cuanto a la figura del error de prohibición culturalmente motivado (explícitamente) la Corte Constitucional del Ecuador ha reconocido la figura en la sentencia 004-2014-SCN-CC¹⁵ conocido como “Caso Waoranis – Tagaeri y Taromenane”.

Además, la Organización de Estados Americanos (OEA), en la decisión 345 aprobó el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos en el cual define a comunidad indígena, afroamericana o local como

Grupo humano cuyas condiciones sociales, culturales y económicas lo distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, que está regido total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y que, cualquiera sea su situación jurídica, conserva sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.¹⁶

En esta definición se reconoce que la comunidad mantendrá sus propias instituciones y que está regido por sus costumbres o legislación especial. Incluso, en sus disposiciones transitorias, establece que se deben incorporar normas de armonización o régimen especial, para la protección de sus prácticas tradicionales¹⁷.

En conclusión, existen varios instrumentos internacionales que se han pronunciado sobre la misma línea de que se deben hacer arreglos en la legislación interna, que permitan la preservación de las costumbres indígenas y que abracen la diversidad de culturas de cada país.

En cuanto al ámbito nacional, el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) también establece ciertos principios que deben ser observados por los funcionarios públicos, entre ellos: jueces, fiscales y defensores públicos. Para este trabajo, se consideran dos principios de los cinco que el artículo prescribe:

Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.- La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías

¹⁴Sentencia 113-14-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte, 30 de julio del 2014, 3.

¹⁵Sentencia 004-14-SCN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte, 13 de abril del 2016, 20.

¹⁶ Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, Decisión 391, Organización de Estados Americanos, Caracas, el 02 de Julio de 1996 <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec391s.asp>

¹⁷ Id

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 de la diversidad cultural;

(...)

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 internacionales¹⁸.

La relevancia del principio de diversidad radica en que, al tomar en cuenta la costumbre de otra comunidad al momento de legislar, se preserva la diversidad de culturas que conviven en el país. Además, la interpretación cultural también hace referencia a la importancia de tomar en consideración las costumbres, prácticas ancestrales, etc, de las comunidades indígenas.

Adicionalmente, en el Ecuador, el error de prohibición se encuentra tipificado en el artículo 35.1 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) que establece:

Art. 35.1.- Error de prohibición.- Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no puede prever la ilicitud de la conducta.

Si el error es invencible no hay responsabilidad penal. Si el error es vencible se aplica la pena mínima prevista para la infracción, reducida en un tercio¹⁹.

Sin embargo, en este artículo no se encuentra reflejado el elemento cultural, de ahí el objeto de análisis de este trabajo.

Además, es de vital importancia que, al momento de considerar la aplicación del error de prohibición culturalmente condicionado, el juez tenga en mente la finalidad del COIP establecida en su primer artículo y los motivos expuestos al inicio del cuerpo normativo, en los cuales se señala que el derecho penal protege los derechos de las víctimas. Adicionalmente, en los principios generales establecidos en el artículo 2 del COIP, se establece la prevención de la reincidencia y de la impunidad²⁰.

Por último, el error de prohibición culturalmente condicionado se encuentra legislado en el Código Penal peruano, en el artículo 15, bajo el nombre de “error de comprensión culturalmente condicionado”²¹. No obstante, esta norma solo puede ser

¹⁸ Artículo 344, Código Orgánico de la Función Judicial, R.O. Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009, reformado por última vez R.O. Suplemento 77 de 07 de septiembre de 2020.

¹⁹ Artículo 35.1 Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero del 2014, reformado por última vez R.O. Suplemento 107 de 24 de diciembre de 2019.

²⁰ Artículo 2, COIP.

²¹ Artículo 15, Código Penal, Perú, Decreto legislativo N°635 de 8 de abril de 1991.

aplicada en ciertos casos y, después de una pericia antropológica a quien se busca aplicar el artículo; esta pericia es requisito para los casos en donde el delito cometido atente en contra de la libertad sexual de menores de edad; esto se encuentra en el Acuerdo Plenario número 12015/CIJ-116 del 2 de octubre del 2015, en el fundamento 16 de la misma²². Es decir, a pesar de que el ordenamiento jurídico peruano ha legislado el error de conocimiento culturalmente condicionado, esta figura se encuentra regulada, con ciertas limitaciones, para evitar la impunidad de ciertos crímenes.

Adicionalmente la normativa de Bolivia, incluye al error de prohibición dentro de su legislación²³ y al error de prohibición culturalmente condicionado como un atenuante de la siguiente manera: “el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley.”²⁴ Sin embargo, a pesar de reconocer la figura, no lo hace de manera específica y no supone un error invencible, con el cual el sospechoso quedaría en libertad, además, pone la carga de la prueba sobre el imputado, lo cual representa una dificultad ya que significa una prueba sobre un hecho negativo.

2.2. Postura sobre la legislación del error de prohibición culturalmente condicionado

En cuanto a las posturas al respecto a la introducción de nuevas figuras en el ordenamiento, es apropiado hacerlo desde las fuentes del Derecho, sin embargo, dado el análisis de este trabajo, es pertinente analizar las fuentes del Derecho Penal, específicamente. En este punto, la doctrina se ha pronunciado, de manera unánime: a favor de que la principal fuente del Derecho es de dónde viene, por lo tanto, “la única fuente del Derecho Penal, era la Ley”²⁵. Esto, dado que solo el Estado es quien puede sancionar y reprimir, por lo tanto, solo de esta puede salir el derecho penal²⁶.

Después de dejar a la ley como fuente única del derecho penal, es importante responder ¿Cuál ley es fuente del derecho penal ecuatoriano? Para esto, tenemos como punto de partida al artículo 425 de la Constitución del Ecuador, que establece una jerarquía de aplicación de las normas²⁷. Entonces, con esta jerarquía, la fuente del derecho

²² Acuerdo Plenario 12015/CIJ-116, Corte Suprema de Perú, Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, fundamento 16.

²³ Artículo 16, Código Penal, Bolivia, [CP], DL 10426 de 10 de Marzo de 1997, reformado el 08 de Octubre del 2010.

²⁴ Artículo 40, CP.

²⁵ Luis Jiménez de Asúa, “Las fuentes del Derecho Penal: Ley, costumbre, jurisprudencia, analogía, doctrina y principios generales”, (9na Conferencia de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela, s/f.), 1, transcripción en: <http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/L-645/A-04.pdf>

²⁶ Luis Jiménez de Asúa, “Las fuentes del Derecho Penal...”.

²⁷ Artículo 425, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

penal ecuatoriano será la Constitución y la ley orgánica que, en este caso, es el COIP ya que, al tratarse de una afectación directa a la libertad personal la ley fuente debe ser, por lo menos, orgánica. Adicionalmente, la misma Constitución establece que los jueces deberán aplicarla directamente, junto con los instrumentos internacionales más favorables en derechos humanos, por lo tanto, todos estos instrumentos, se los considera como parte del ordenamiento jurídico y estos gozan de una jerarquía superior al resto de normas que este comprende.

Por otro lado, tomando en cuenta que la doctrina es considerada una herramienta para la interpretación de la ley²⁸ y que el error de prohibición se encuentra expresamente contemplado en el COIP, junto con otros instrumentos del bloque de constitucionalidad que son de directa e inmediata aplicación, se podría cuestionar la necesidad de legislar el error de prohibición culturalmente condicionado. Esto sucede porque bastaría con una interpretación con perspectiva intercultural que permita un acercamiento y un mejor entendimiento de la diversidad cultural²⁹ para que las diferencias con los miembros de pueblos y nacionalidades indígenas sean reconocidas.

Al respecto, el COIP establece en la exposición de motivos que en este cuerpo normativo se “[...] incorporan los desarrollos (...) doctrinales (...) modernos y se los adapta a la realidad ecuatoriana, como mecanismos estratégicos para promover una nueva cultura penal y el fortalecimiento de la justicia penal existente”.³⁰ Es decir, el legislador considera que la doctrina irá fortaleciendo a la justicia penal existente sin que esto signifique reformar el ordenamiento jurídico, sino que basta con el apoyo de la jurisprudencia y de la doctrina para que la justicia ordinaria se vaya fortaleciendo.

3. Estado del Arte

Al hablar de la categoría dogmática de la culpabilidad, se analiza el error de prohibición. Esto se explica desde los principios axiológicos de Ferrajoli, específicamente en el de *Nulla actio sine culpa*³¹ que es uno de los Diez axiomas del garantismo penal conocido como el principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal el cual da pie al hecho de que se necesite el elemento de intencionalidad para

²⁸ José Luis Piñero, “Las Fuentes del Derecho Penal entre la modernidad y la posmodernidad”, *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho* (2003), 7 – 8.

²⁹ Rocío Villanueva Flores, “La interpretación intercultural en el Estado constitucional.” *Revista Derecho del Estado* 34 (2015), 289-310. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337640285013>

³⁰ Motivo 4, COIP.

³¹ Luigi Ferrajoli y Norberto Bobbio, “Modelos Del Derecho Penal”, en *Derecho y razón: teoría Del Garantismo Penal* (Madrid: Trotta, 2014), 91 – 116, <https://www.sedh.gob.hn/odh/documentos/derechos-penales/64-derecho-y-raz%C3%B3n-teor%C3%ADa-del-garantismo-penal/file>.

cometer un delito. Es decir que un acto “no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con consciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer”³². Este axioma, hace énfasis en la importancia del elemento subjetivo, al momento de revisar el cometimiento de un delito. En consecuencia, si una persona no tiene la voluntad y consciencia de realizar la conducta tipificada, esta no puede ser penada, ya que hace falta el elemento de culpa y, si esta no tiene la capacidad para comprender, ni la voluntad, esta no podrá ser sancionada.

Sobre el error de prohibición culturalmente condicionado, Eugenio Raúl Zaffaroni analiza los tipos de errores en el derecho penal. Sobre el error de prohibición culturalmente condicionado, señala que esta figura tiene lugar cuando la ignorancia está ligada a su cultura o cuando, el tipo penal no puede ser internalizado por la persona ya que esta se encuentra sujeta a una cosmovisión distinta y, por lo tanto, no puede internalizar el tipo ni la ilicitud de la conducta³³. Es decir, esta ignorancia o desconocimiento de las leyes está ligada a razones culturales de la persona. En estos casos, se considera inadecuado sancionar a quien realizó el acto ya que se violaría el principio de culpabilidad.

Al respecto de la plurinacionalidad, la doctrina ecuatoriana, también se ha pronunciado y, sobre la necesidad del respeto entre comunidades. Esto fue analizado por desde una perspectiva consitucionalista, y concluye que uno de los retos del constitucionalismo contemporáneo es el poder respetar, de manera recíproca, la identidad y la condición del resto de naciones que habitan en el territorio ecuatoriano³⁴. Se da una especial importancia a lo señalado, dado que el hecho de compartir territorio con otras culturas y naciones, hace que sea inevitable la comunicación y la convivencia; y con estos, el diálogo en igualdad de condiciones es vital, para que esta sea pacífica. Además, la convivencia entre naciones, también da pie a que entre ordenamientos jurídicos se relacionen entre sí y, en general, a que las culturas se relacionen, sin embargo, el hecho de que las culturas y costumbres de cada comunidad sean diferentes hace que no siempre se conozca a cabalidad el ordenamiento jurídico del otro ni las costumbres de las otras

³² Luigi Ferrajoli y Norberto Bobbio, *Derecho y razón: teoría Del Garantismo Penal*.

³³ Eugenio Raúl Zaffaroni, et al., “La inexigibilidad de comprensión de la criminalidad proveniente del error (errores exculpantes)”, en *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: EDIAR, 1998) 725 – 740, https://www.academia.edu/32234639/Zaffaroni_Eugenio_Raul_Derecho_Penal_Parte_General.

³⁴ Julio César Trujillo, “Plurinacionalidad y justicia indígena” en *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 309 – 315, <https://vlex.ec/vid/justicia-gena-515951150>.

comunidades³⁵. Es por esto que es importante que el reconocimiento de los otros sistemas de justicia y el respeto de culturas sea recíproco³⁶. Su análisis toma especial relevancia ya que, para que las culturas convivan, los ordenamientos deben incorporar figuras que cumplan con el objetivo de una convivencia que valide las costumbres de cada una.

Por otro lado, este tema también ha analizado desde dos casos emblemáticos: Waorani – Tagaeri y Taromenane (grupos indígenas no contactados y de reciente contacto, respectivamente) y el caso La Cocha, dentro de un análisis corto sobre el pluralismo jurídico y la subordinación de la justicia indígena, con respecto a la justicia ordinaria. Además, critica a los razonamientos de las dos sentencias, con fundamento en que, dentro de un país con pluralismo jurídico, la delimitación y la convivencia entre ordenamientos, debe ser analizada y estudiada a profundidad (sobre todo por las altas cortes) ya que es un problema de trascendencia³⁷. El autor critica a las sentencias por la falta de estudio de las comunidades indígenas y de la forma de entender el derecho indígena y señala que es evidente que la Corte considera que existe una subordinación de la justicia indígena a la justicia ordinaria, tal vez por la falta de entendimiento de lo que significa ser indígena, de manera holística, frente a análisis individual como lo ha hecho la Corte³⁸.

4. Sobre el error de prohibición

4.1. Principio de culpabilidad y principio de legalidad

Para el desarrollo y ejercicio del derecho penal y, por lo tanto, del poder punitivo del estado, el Principio de Legalidad juega un rol fundamental, esto sucede porque este principio brinda una base y un límite al poder estatal. Es decir, este principio es como la columna vertebral del derecho penal. Además, el principio de legalidad es la base del principio de culpabilidad, el cual dará luces de la relevancia de la necesidad de legislar la figura analizada en el presente trabajo.

Ferrajoli y Bobbio, en sus intentos de mostrar la extensión del principio de legalidad, exponen sus diez axiomas del garantismo penal³⁹, en los cuales se ven

³⁵ Julio César Trujillo, “Plurinacionalidad y justicia indígena”.

³⁶ Id.

³⁷ Álvaro Román Márquez et al., “El Estado social, su intervención en el derecho penal, su relación con el pluralismo jurídico: caso Ecuador”, en *Refundación del constitucionalismo social. Reflexiones a los cien años de la Constitución de Querétaro* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2019), 467 – 482, https://app-vlex-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/#/search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+jurisdiction:EC/error+de+prohibici%C3%B3n+culturalmente/WW/vid/842194695.

³⁸ Id., 481.

³⁹ Luigi Ferrajoli y Norberto Bobbio, en *Derecho y razón: teoría Del Garantismo Penal*.

reflejados los principios del garantismo penal como el principio de materialidad; el principio de necesidad, entre otros. Pero, el más importante (para este análisis) es el de culpabilidad, que es el axioma número 6 ya que, el error de prohibición, desvirtúa la culpabilidad. Los juristas definen al principio de culpabilidad como que: un hecho “no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con consciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer”⁴⁰. Por lo tanto, cualquier eximente de culpabilidad tiene relación con este elemento interno, psicológico y, en el caso del error de prohibición culturalmente condicionado, antropológico⁴¹. Lo último causa una especial dificultad probatoria, dado que cualquier manifestación de culpabilidad se encuentra en el fuero interno de las personas.

Sin embargo, a pesar de la dificultad en el ámbito probatorio, “la culpabilidad es el factor que, añadido al injusto, permite la aparición de la Pena”⁴²; es decir, sin esta no se puede sancionar a las personas que han cometido un delito ya que es irracional exigir algo de alguien que no tiene la capacidad de comprender o que, en su defecto, no conoce otros modos de vida que no son el suyo, por lo tanto, todo su accionar está liberado de cualquier intención que permita que un delito sea cometido con intención y el conocimiento de la antijuridicidad.

Este principio se encuentra reconocido en el COIP: “Art. 34.- Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.”⁴³ Del cual se desprenden tres elementos importantes: 1) El artículo hace referencia a una responsabilidad meramente penal, es decir, no exime de la responsabilidad civil que pueda venir del cometimiento de un delito. Entonces, si bien los daños no serán sancionados por un juez de lo penal, podrían ser sancionados por un juez de lo civil. 2) La disposición señala y hace énfasis en la imputabilidad, que puede ser definida como “aquella categoría dogmática mediante la cual se establecen las condiciones que debe tener un sujeto para que le sea atribuible penalmente el hecho antijurídico que ha realizado”⁴⁴ es decir, si es que esta persona tiene la capacidad de reproche penal. 3) Por último, guardando mucha relación con el elemento

⁴⁰ Luigi Ferrajoli y Norberto Bobbio, en *Derecho y razón: teoría Del Garantismo Penal*, 487.

⁴¹ Acuerdo Plenario 12015/CIJ-116, Corte Suprema de Perú.

⁴² Mario Sánchez Dafaue, “Elementos de la culpabilidad penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 71 (2018), 214.

⁴³ Artículo 34, COIP.

⁴⁴ Gema Fonseca, “Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica. Especial referencia a su tratamiento jurisprudencial” (Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2007), 61.

anterior, el artículo hace referencia a que la persona actúe con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Este elemento, sin duda, es muy importante para poder deliberar si la persona es o no es capaz de ser reprochada penalmente

4.2. El error de prohibición

Para comprender la figura del error de prohibición, es importante comenzar por la definición del error en el derecho penal: “El error es la falsa representación o la suposición equivocada de la realidad, o simplemente la ignorancia”⁴⁵. Cuando este recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, se le denomina error de prohibición⁴⁶. Es decir, cuando una persona no está consciente de la antijuridicidad de su conducta, creyendo que esta es lícita o, si no conoce el alcance de la antijuridicidad del tipo penal. El COIP ha definido a la antijuridicidad, de la siguiente manera: “Art. 29.- Antijuridicidad.- Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código”⁴⁷. Si bien este concepto se encuentra dentro de lo que el legislador ha considerado como acciones relevantes para el derecho penal, este es válido para obtener un concepto general del error de prohibición como la falsa representación en el caso del error de prohibición vencible⁴⁸ (o ignorancia en el caso del error de prohibición invencible) de la antijuridicidad (o el alcance de esta) en una conducta realizada por alguien.

El error de prohibición, se encuentra en el marco de dos teorías: la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad (analizada con anterioridad). En consecuencia, es pertinente conceptualizar al dolo que puede ser analizado de dos maneras: como dolo natural y como *dolus malus*⁴⁹. El dolo natural “no es otra cosa que el conocer y querer: conocer los elementos objetivos del tipo y querer realizar la conducta; nótese que en este caso no implica el conocimiento de la conducta es contraria a derecho”⁵⁰. A diferencia del *dolus malus* que “implica el conocimiento de que la conducta efectuada es contraria a derecho”⁵¹. Esto es importante ya que el error de prohibición hace énfasis en la importancia del elemento del dolo al momento de realizar juzgar un acto antijurídico.

⁴⁵ Francisco Muñoz, *El error en el Derecho Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1989), 15.

⁴⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni et al., “La inexigibilidad de comprensión de la criminalidad proveniente del error (errores exculpantes)”, en *Derecho Penal Parte General*.

⁴⁷ Artículo 34, COIP.

⁴⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni et al., “La inexigibilidad de comprensión de la criminalidad proveniente del error (errores exculpantes)”

⁴⁹ Ramiro Ávila Santamaría, “La infracción penal” en *Código Orgánico Integral Penal. Hacia su mejor comprensión y aplicación* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), <https://app-vlex-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/#WW/sources/20609>.

⁵⁰ Id.

⁵¹ Id.

5. La condición cultural

5.1. Ecuador como país intercultural y plurinacional

Estos términos que serán analizados son incluyentes y proponen una descomposición de estructuras tradicionales de cómo se manejan los Estados, la plurinacionalidad y la interculturalidad, que fue reconocida por primera vez en la Constitución del 2008, permiten un abrazo a la riqueza cultural y a la inclusión de los pueblos y nacionalidades indígenas⁵².

La Constitución ecuatoriana, en su primer artículo, establece el modelo de Estado que será manejado dentro del territorio ecuatoriano de la siguiente manera: “Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, *intercultural*, *plurinacional* y laico. Se organiza en forma de República y se gobierna de manera descentralizada”⁵³. (Énfasis añadido) Además, la misma señala que es obligación del Estado el velar por la protección y defensa de las manifestaciones que configuran la interculturalidad y plurinacional del Estado ecuatoriano⁵⁴. Adicionalmente, es de suma importancia entender los términos plurinacionalidad y pluriculturalidad, para que la Constitución surta los efectos que debería ya que esto incluye a varios pueblos y nacionalidades, cada una con sus particularidades.

En primer lugar, para la definición de intercultural, es importante atender al prefijo de la palabra, que significa “entre”⁵⁵. Es decir, la palabra significa entre culturas y, uniendo con lo anterior, es deber del Estado ecuatoriano proteger a las distintas culturas que en el territorio habiten para que, como consecuencia de esto, se mantenga y se proteja la riqueza cultural que la interacción de culturas causa. Evidentemente, al constituyente le pareció de importancia suficiente, como para hacer tanto énfasis en la protección de estas culturas y de todo lo que esto significa, como el hecho de proteger sus tierras ancestrales, costumbres, etc. Todo lo anterior a la luz de que “[I]a Interculturalidad

⁵² Wilson Ordóñez, “La plurinacionalidad en el estado ecuatoriano y el caso Saraguro”, en *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos. Construcciones desde las diversidades* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2017), 277-282, https://app-vlex-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/#/search/jurisdiction:EC+inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2017-05-01../pluricultural/WW/vid/716897761.

⁵³ Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁵⁴ Artículo 380, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁵⁵ *Real Academia Española* [RAE], 23° ed., s.v. “prefijo inter”.

implica reconocimiento y comprensión ante la existencia de otras culturas, además de respeto, comunicación e interacción”⁵⁶.

Por otro lado, el hecho de que la Constitución reconozca la plurinacionalidad tiene una razón histórica ya que el reconocimiento de las múltiples nacionalidades que habitan en el territorio ecuatoriano, reconoce también derechos de los indígenas, así como su forma de gobierno, costumbres, justicia, educación, organización, entre otras cosas⁵⁷. Además, si bien, el solo hecho de que el constituyente tome en cuenta este término y sea reconocido, es un paso significativo para todos quienes integran las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. El solo reconocimiento no es suficiente, dado que también se necesitan medidas, campañas y organizaciones a favor de que la Constitución efectivamente garantice estos derechos, de ellos y de todos los ecuatorianos, dado que el hecho de que el país goce de tal riqueza cultural beneficia a todos los ecuatorianos. Además, estas medidas servirán para asegurar la protección de sus derechos y el mantenimiento de la riqueza cultural que tiene el Ecuador.

Es importante hacer una distinción inicial en cuanto a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y los pueblos indígenas en contacto inicial, también llamados de reciente contacto:

Por un lado, los pueblos indígenas en aislamiento voluntario son “pueblos o segmentos de pueblos indígenas que no mantienen contactos sostenidos con la población mayoritaria no indígena, y que suelen rehuir todo tipo de contacto con personas ajenas a su pueblo”⁵⁸. Entonces, por su distancia de las costumbres de las comunidades no indígenas, le es imposible saber de la antijuridicidad de las conductas.

Por otro lado, los pueblos indígenas en contacto inicial tienen un contacto esporádico e inconstante con población no indígena⁵⁹, es importante señalar que el término inicial o reciente sobre el contacto de estos grupos “no debe entenderse necesariamente como un término temporal, sino como una referencia al poco grado de contacto e interacción con la sociedad mayoritaria no indígena”⁶⁰. Entonces, por el

⁵⁶ María del Mar Bernabé Villodre, “Pluriculturalidad, multiculturalidad e interculturalidad, conocimientos necesarios para la labor docente”, *Revista Educativa Hekademos 11* (2012), 70.

⁵⁷ Andrea Madrir, “La construcción del Estado plurinacional ecuatoriano, más allá del reconocimiento constitucional: descolonización, autonomías e interculturalidad”, *Antropología Cuadernos de Investigación 22* (2019), 14-31, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7313815>.

⁵⁸ Recomendaciones de la CIDH para el pleno respeto a los derechos humanos de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas. 4

⁵⁹ Id.

⁶⁰ Id., 5.

elemento inicial o reciente, el nivel de exigencia de su conocimiento de las costumbres y derecho ordinario es mayor que a los miembros de los pueblos en aislamiento voluntario.

5.2. Pluralismo Jurídico

El pluralismo jurídico es una de las consecuencias de que el Ecuador sea un estado plurinacional e intercultural⁶¹. Este pluralismo “designa la existencia de más de un sistema jurídico, mezclados, separados o en conflicto, con legitimidad para regular conductas y resolver conflictos en un espacio geo-cultural determinado”⁶².

En el caso del pluralismo jurídico ecuatoriano, los dos sistemas jurídicos legítimos para regular conductas y resolver conflictos, son la justicia indígena y la justicia ordinaria.

En cuanto al sistema de justicia indígena, la Constitución de 1998 la revitaliza⁶³, a pesar de que esta no la nombra propiamente, en el título octavo, sobre la función judicial, la reconoce de la siguiente manera: “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes”⁶⁴. Es decir, si bien la reconoce, este es bastante vago y subordinado a la justicia ordinaria. Sin embargo, la justicia indígena no necesita ser limitada ni subordinada o, por lo menos no de esa manera. La forma más aceptada internacionalmente, para que la coexistencia de los dos sistemas sea exitosa (de manera respetuosa y recíproca) es la del Convenio 169 de la OIT que establece que los pueblos y nacionalidades indígenas deben mantener sus costumbres e instituciones mientras estas sean compatibles con derechos fundamentales, estos serán definidos por el ordenamiento jurídico nacional, en concordancia con los derechos humanos internacionalmente reconocidos⁶⁵.

5.3. Necesidad de inclusión en la Justicia Ordinaria

Tomando en cuenta la interculturalidad y plurinacionalidad que goza el Ecuador, la inclusión en la justicia ordinaria, se vuelve un elemento vital para evitar que la justicia indígena se encuentre en una especie de subordinación a la justicia ordinaria, es decir, la

⁶¹ Dado que existen muchas más como el choque cultural, el choque de educaciones distintas, etc

⁶² Edwin Cruz Rodríguez et al., “Pluralismo jurídico: Multiculturalismo e interculturalidad”, *Criterio Jurídico* 16-2 (2017), 71.

⁶³ Agustín Grijavla Jiménez et al., “Conclusiones de todos los estudios: experiencias diversas y convergentes de la justicia indígena en Ecuador”, en Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador (Quito: Abya Yala, 2012), 557.

http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf

⁶⁴ Artículo 191, Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, R.O. 1, 11 de Agosto de 1998, Derogado.

⁶⁵ Artículo 8, numeral 2. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

negación del pluralismo jurídico que vive el Ecuador⁶⁶, además, garantizaría que la interacción entre grupos de personas con diferentes costumbres y culturas sea pacífica y que la diversidad de culturas pueda ser preservada. Para esto, existen recomendaciones de organismos internacionales de supervisión en materia de derechos humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que forma parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano, la cual, se refiere a este tema en la segunda y tercera recomendación⁶⁷

La recomendación segunda, sugiere que se adopte una regulación específica, acerca de los derechos de los pueblos indígenas. En esta regulación o reglamento específico, deberían estar reconocidos derechos como “el derecho a la vida e integridad física y cultural, el derecho a permanecer aislados y los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales”⁶⁸. Dentro de los derechos que sugieren, deben ser reconocidos, el derecho a la cultura, comprendida esta como “el conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo”⁶⁹, entonces, dentro de las manifestaciones de su vida tradicional, está la forma en la que resuelven sus conflictos internos y, en este caso, como se señaló antes, el mecanismo para su solución de conflictos es la justicia indígena.

La recomendación tercera va dirigida hacia recursos internos (dentro de la justicia ordinaria) que permitan la protección de los derechos pueblos y nacionalidades indígenas. Además, estos mecanismos deberían considerar “la representación a través organizaciones indígenas u otros actores que desean y están en capacidad de salvaguardar sus derechos”⁷⁰. Es evidente que estas recomendaciones van de la mano porque, al sugerir la representación de organizaciones indígenas, también aseguran que la persona que se encuentra en situación de indefensión o vulneración de sus derechos va a sentir una representación adecuada que un abogado u organización de derecho ordinario, no podría hacer, dado que, para entender por completo una cultura, es necesario pertenecer a ella o estudiarla muy de cerca.

⁶⁶ Álvaro Román Márquez et al “El Estado social, su intervención en el derecho penal, su relación con el pluralismo jurídico: caso Ecuador”.

⁶⁷ Recomendaciones de la CIDH para el pleno respeto a los derechos humanos de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas, 86.

⁶⁸ Recomendaciones de la CIDH para el pleno respeto a los derechos humanos de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas, 86.

⁶⁹ *Real Academia Española*, 23° ed., “Cultura popular”.

⁷⁰ Recomendaciones de la CIDH para el pleno respeto a los derechos humanos de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las América, 86.

Haciendo una inferencia relativa al análisis del presente trabajo, una herramienta para acoger las recomendaciones mencionadas, es la inclusión del error de prohibición culturalmente condicionado, ya que, este tomará en cuenta su condición cultural, sus costumbres y garantiza que los indígenas de aislamiento voluntario o de contacto inicial no sean castigados porque en su forma de vida tradicional existen parámetros distintos del deber ser reflejado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Sin embargo, en cuanto a delitos en los cuales el bien jurídico protegido es distinto al patrimonio, en los que la conducta ilícita afecte a derechos fundamentales, el juez deberá buscar la protección de los derechos de las víctimas, reconociendo la condición cultural del sujeto activo. Es decir, el juez deberá velar por los derechos de las dos personas implicadas en el caso, para asegurarse que las conductas que merezcan pena privativa de la libertad, no queden en impunidad y, a su vez, que las víctimas ejerzan su derecho a la reparación integral a la luz de lo que establece el COIP como su finalidad⁷¹.

Entonces, para que el juez cumpla con garantizar los derechos de las partes implicadas en cada caso, deberá analizar que si bien, quien cometió el delito, no tiene conocimiento de la antijuridicidad su conducta, esto no quita el hecho de que existe una víctima de su conducta y que esta ha sufrido un daño que deviene de esta. Al respecto, el COIP establece que la reparación integral “radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas”⁷². Entonces, la reparación dependerá del delito que se cometió y del daño que causó, es por esto que el artículo 78 del mismo cuerpo normativo indica los mecanismos de reparación integral y el 78.1 hace distinción con la reparación integral en casos de violencia en contra de las mujeres. Esto, en contraposición con la pena privativa de libertad que, aunque no repara a la víctima, tiene el objetivo de rehabilitar a las personas sentenciadas⁷³. Esta pena deberá ser cumplida por las personas que sean sentenciadas culpables por los tribunales ecuatorianos. Es decir, el juez deberá buscar una especie de equilibrio entre el reconocimiento de la diferencia de culturas y la evitar impunidad de actividades delictivas.

⁷¹ Artículo 1, COIP.

⁷² Artículo 77, COIP.

⁷³ Artículo 1, COIP.

6. ¿Existe la necesidad de legislarlo?

6.1. Tratamiento en el Ecuador

En el Ecuador, el COIP fue reformado en el 2019 y, como producto de esta, se introdujo al error de prohibición, en el artículo 35.1 que estipula que este existe cuando el sujeto no puede sentir el elemento ilícito en su conducta, esto se da por desconocimiento invencible⁷⁴.

El artículo utiliza la palabra ilicitud, lo cual hace referencia a todo lo que está en contra de la ley. Por lo tanto, tomando en cuenta la reserva absoluta de la ley del derecho penal, es técnicamente correcto.

Adicionalmente, en cuanto al trato jurisprudencial, la Corte Constitucional del Ecuador ha aplicado el error de prohibición culturalmente condicionado en un solo caso. Este es el de Waoranis – Tagaeri y Taromenane, el cual es un caso de consulta de constitucionalidad de un artículo sobre el genocidio. La Corte, en su razonamiento, explica el desarrollo de la doctrina sobre el error de comprensión culturalmente condicionado y cita la legislación peruana. Además, señala que será el juez quien pida los peritajes necesarios para poder determinar hasta qué punto, los sospechosos, desconocían el contexto de la antijuridicidad de su conducta, esto con el fin de garantizar que “el proceso penal sea sustanciado desde una interpretación con perspectiva intercultural”⁷⁵. Por último, concluye que: el caso analizado merece una interpretación intercultural de la norma, dado que los grupos indígenas involucrados eran de reciente contacto, el uno, y de aislamiento voluntario, el otro⁷⁶.

Esta sentencia es de relevancia para este trabajo dado que señala la necesidad de pericias para poder delimitar cuál es el alcance de la influencia de su cultura en su capacidad de comprender el contexto y la antijuridicidad de su conducta, dentro del marco normativo ecuatoriano. La Corte señala que el juez, a partir de las pericias antropológicas, determinará si los presuntos delincuentes merecen un trato especial, es decir, la aplicación del error de prohibición culturalmente condicionado y, a su vez, cuál es el alcance de su desconocimiento y si este existe por su condición cultural. Sin embargo, la Corte se valió de legislación comparada, como es la peruana, para poder aplicar esta figura que fue lo suficientemente importante como para que, al final, la Corte decida que sí es necesario un trato distinto a este grupo de personas que se encuentran bastante lejanas a la realidad

⁷⁴ Artículo 35.1, COIP.

⁷⁵ Sentencia 004-14-SCN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte, 13 de Abril del 2016.

⁷⁶ Sentencia 004-14-SCN-CC, 33

de cómo funciona la justicia ordinaria. Por lo tanto, la Corte sentencia que, en ese caso, el art. 441 del COIP merece una interpretación desde una perspectiva intercultural.

Para llegar a la conclusión señalada, la Corte cita a una sentencia previa en la cual hace un análisis del principio igualdad que se proyecta también al aplicar la ley, en la cual señala que el “principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyen equitativamente entre ellos”⁷⁷ y concluye que no se puede tratar de manera idéntica a los Waoranis, dado que su realidad cultural, histórica y, en general, su cosmovisión son diferentes. La Corte señala que, a pesar de que sus situaciones son similares, su cosmovisión es muy diferente a la de la población hegemónica⁷⁸, es decir, se les da un trato diferente a pesar de la similitud.

A pesar del análisis de la Corte, es importante resaltar que este criterio no es aplicable a todas las comunidades ni a todas las personas pertenecientes a comunidades indígenas, esto dependerá del nivel de contacto que estas tengan con comunidades no indígenas y sujetas a justicia ordinaria.

6.2. Derecho Comparado

La legislación del error de prohibición culturalmente condicionado no es una figura desconocida en el derecho penal latino, el código penal peruano, en su artículo 15, ya prevé esta figura de la siguiente manera:

Error de comprensión culturalmente condicionado

Artículo 15°.- 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 pena.⁷⁹

Esto se hizo en reconocimiento de las distintas culturas que habitan en el Perú.

Este es un reconocimiento novedoso de la figura doctrinaria ya que, en legislaciones anteriores, se utilizaron términos despectivos como “semi civilizados” o “salvajes”. Por lo tanto, la inclusión del error de comprensión culturalmente condicionado, obedece a un énfasis al abrazo peruano hacia las comunidades que han sido irrespetadas por el legislador peruano⁸⁰.

La inclusión del del error de prohibición culturalmente condicionado en la legislación, soluciona la problemática de que hay personas que, incluso conociendo que

⁷⁷ Sentencia 004-14-SCN-CC, 31.

⁷⁸ Sentencia 004-14-SCN-CC

⁷⁹ Artículo 15, Código Penal, Perú.

⁸⁰ Decreto legislativo N° 822, *25 años de vigencia del Código Penal*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú (Décimo Segunda Edición Oficial, Mayo 2016) 31 http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf.

existe una norma que prohíbe cierta conducta, no logran internalizar el alcance de la norma o, no puede comprender la relación de su accionar con la norma prohibitiva. Lo anterior, gracias a la influencia que ha tenido la cultura en la que sea ha formado⁸¹. Entonces, en un país como Perú, que goza de una interacción entre culturas, el escenario de que una persona no esté consciente del alcance de una norma o de la antijuridicidad de su conducta, es más plausible que en otros países.

En cuanto a Bolivia, este país ha legislado al error de prohibición, en su artículo 16, segundo inciso de la siguiente manera:

Art. 16º (ERROR).

(...)2. (ERROR DE PROHIBICIÓN).- El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo del tipo penal excluye la responsabilidad pena. Si el error fuera vencible, la pena podrá atenuarse conforme al artículo 39⁸².

Además, en el artículo 40, numeral 4, trata como atenuante el caso en el que “el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley”⁸³. Entonces, si bien este cuerpo normativo no trata al error de prohibición culturalmente condicionado de manera explícita; trata como un atenuante al error de prohibición de un indígena, pero no hace una mención a que este error esté íntimamente ligado a su formación cultural distinta ni a las costumbres del grupo indígena al que pertenece. No hace mención a su condición cultural como tal, sino a su ignorancia de la ley. Además, por la forma de redacción del artículo, hace que se deba comprobar la ignorancia de la ley, lo cual, en el fondo, es probar un hecho negativo que necesitará de mucho esfuerzo para ser probado.

Adicionalmente, este atenuante, indica tres elementos 1) que la persona sea indígena, 2) que esta careza de instrucción y 3) que pueda comprobar la ignorancia de la ley. Sin embargo, una persona mestiza también podría carecer de instrucción e ignorar la ley, es decir, si bien este atenuante busca incluir a los miembros de comunidades indígenas, por su redacción, no liga su ignorancia a su cultura ni a sus costumbres.

En cuanto a al desarrollo jurisprudencia de la Nación Argentina, a pesar de que no tiene legislación al respecto. Su jurisprudencia se ha pronunciado dos veces sobre el error de prohibición culturalmente condicionado. Por un lado, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha establecido que no basta con enunciar que

⁸¹ Natalia Benítez, “El Error de Prohibición Culturalmente Condicionado. Análisis dogmático, jurisprudencial y normativo”, en *Revista Virtual INTERCAMBIOS* 17 (2016), 9. http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/nro_17/aportes/19.%20BenitezNatalia.%20Errordeprohibicioncultural.pdf.

⁸² Artículo 16, CP.

⁸³ Artículo 40, CP.

la persona es extranjera para que el error de prohibición culturalmente condicionado se configure, también deben ser acreditadas las pautas culturales, pertenecientes a la tradición del imputado, que hacen que su comprensión de la antijuridicidad se encuentre comprometida⁸⁴. Por otro lado, la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, al referirse al alegato de error de prohibición culturalmente condicionado ha señalado que el imputado “poseía un conocimiento representativo”⁸⁵ sobre el delito que cometió y, con ese conocimiento, basta para que se encuentre en situación para aplicar el error de prohibición culturalmente condicionado, a pesar de ser una persona “del interior con una escasa instrucción, de bajos recursos y que habita en una zona humilde de conurbano”⁸⁶.

6.3. Aspectos a tener en cuenta en la regulación del error de prohibición culturalmente condicionado

6.3.1. Distinción entre pueblos indígenas de contacto reciente y de aislamiento voluntario

Con el objetivo de que el error de prohibición culturalmente condicionado sea aplicado únicamente en los casos de personas pertenecientes a grupos indígenas de contacto reciente y de aislamiento voluntario, se necesitarían ciertos requisitos. Esto sucede por la complejidad de su desarrollo cultural dado que todo lo relacionado “sobre las relaciones y prácticas con su entorno y son transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral. Estos saberes son intangibles e integrales”.⁸⁷ Es decir, sus costumbres, su legislación y, en general, su manera de convivir es realmente distinta al desarrollo cultural que tienen las poblaciones que no son indígenas.

Como recomendación, después de la investigación y comparación con otros países, se deberían pedir al menos dos requisitos al momento de tomar consideración la aplicación del error de prohibición culturalmente condicionado en la legislación ecuatoriana:

En primer lugar, debería ser legislado de tal forma que se entienda por completo que está dirigido a personas parte de un grupo indígena, pertenecientes a una cultura de reciente contacto o en aislamiento voluntario. La aplicación del error de prohibición culturalmente condicionado estará ligada a cuál es el nivel de acercamiento del pueblo

84 Caso No. 81-13, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, 21 de febrero del 2013.

85 Caso No 6.662/III, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 1 de noviembre del 2012.

86 Caso No 6.662/III.

87Rodrigo de la Cruz et al., “Conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas”, en *Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena* (Caracas: Unidad de Publicaciones de la CAF, 2005), 11.

indígena con población no indígena, entonces dependerá del grupo al cual pertenece la persona implicada. Lo anterior se debe a que las personas miembros de pueblos indígenas en aislamiento voluntario no mantienen contacto sostenido con población no indígena y suelen rechazar cualquier contacto con personas ajenas a su pueblo. Por lo tanto, estas personas conocerán menos de justicia ordinaria que una persona miembro de un pueblo indígena en contacto inicial que mantiene un contacto intermitente o esporádico con población no indígena y que en consecuencia tendrá un conocimiento inicial (aunque no pleno) de la justicia ordinaria⁸⁸.

Al respecto, el informe de fondo emitido en el año 2020 por la Comisión Interamericana de Derechos humanos (CIDH), sobre el caso Waorani – Tagaeri y Taromenane establece como recomendación, que el Estado debe incluir “un marco normativo e institucional claro y adecuado a la realidad de los PIAV^{89,90}. A pesar de que este informe hace referencia a la propiedad colectiva, como se ha visto a lo largo de este trabajo, sus derechos no se limitan a este, por lo tanto, bajo la misma recomendación, se necesita que la redacción del error de prohibición culturalmente condicionado sea lo suficientemente específica, de tal forma, que se entienda por completo a quién esta dirigido.

6.3.2. La pericia antropológica

En segundo lugar, para poder aplicar el principio de interpretación cultural establecido en el COFJ, que comprende el tomar elementos culturales, de sus costumbres y de sus prácticas ancestrales, en este punto, toma importancia la necesidad de una visión integral de la comunidad y de sus integrantes ya que para estudiar estas culturas se necesita un enfoque de disciplinas combinadas, como la antropología con la sociología⁹¹. Para esto, “[l]a antropología se nos presenta como fundamental en el estudio de las sociedades, como la ciencia social básica donde convergen diversos conocimientos que facilitan la comprensión del hombre aquí y ahora”⁹². Es decir, esta ciencia cuenta con varias perspectivas que permiten brindar una visión más amplia.

⁸⁸ Recomendaciones de la CIDH para el pleno respeto a los derechos humanos de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas, 4-5.

⁸⁹ Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario.

⁹⁰ “La CIDH presenta caso sobre Ecuador ante la Corte Interamericana”, Organización de Estados Americanos, Comunicado de prensa, publicado el 2 de octubre de 2020, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/245.asp>.

⁹¹ Tomás Rubio, “La Antropología, una ciencia de conceptos entrelazados”, *Gaceta de Antropología* 24 (2008), N/D, http://www.ugr.es/~pwlac/G24_51TomasAntonio_Rubio_Carrillo.html.

⁹² Tomás Rubio. “La Antropología, una ciencia de conceptos entrelazados”.

Por lo anterior, la pericia antropológica sería un requisito fundamental para la aplicación del error de prohibición culturalmente condicionado, dado que “para la antropología la prueba es posible por el método deductivo y busca expresar lo real, los elementos de cultura que se manifiestan en rutinas y costumbres”.⁹³ Por lo tanto, para poder emitir un criterio, en cuanto a la condición cultural de una persona, es imprescindible una pericia de esta naturaleza ya que:

La utilidad de la pericia antropológica es mostrar de manera panorámica (desde el punto de vista de la comunidad) si la conducta de los procesados respondió a una acción basada en su bagaje cultural, es decir, si es conducente y válida en ese entorno⁹⁴.

Es decir, no solo evidencia los elementos culturales y de sus costumbres, también evidencia si es que la conducta del procesado estuvo ligada a su condición cultural y cómo se ve esta acción reflejada en el entorno de la comunidad. Por lo expuesto, la pericia antropológica es la herramienta más idónea para que el juzgador se asegure de la condición cultural de quien busca alegar la figura analizada en este trabajo.

La pericia antropológica también es de relevancia para establecer qué nivel de interacción tiene la comunidad indígena con comunidades no indígenas, lo cual brindará claridad al juez para determinar si se debe aplicar la figura del error de prohibición culturalmente condicionado o no.

6.3.3. El ser indígena

La identificación de una persona como indígena es un elemento muy importante, no solo por el hecho de ser parte del grupo, sin también por la forma en la que se identifican dentro del grupo ya que su identificación como persona indica una relación con su cultura y con el resto de miembros de la comunidad. “Esto significa que el indígena se reconoce como tal únicamente en la medida que es reconocido en cuanto indígena; es decir, sólo en relación con otro sujeto y al interior de recíprocos reconocimientos e identificaciones”⁹⁵. Entonces, su identificación la hacen a través del colectivo y en unidad con su comunidad.

Por otro lado, existen nuevas posiciones en cuanto a lo que significa ser indígena y el concepto se diferencia, cada vez menos, de lo que es ser blanco o mestizo y se alinea

⁹³ Armando Guevara et al., “*El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica*”, (Lima: CICAJ, 2015) 36 – 37,

<http://files.pucp.edu.pe/departamento/derecho/cicaj/2015/05/14175213/libro-completo-peritaje.pdf>.

⁹⁴ Id., 154.

⁹⁵ José Sánchez – Parga, “De la entrevista a la escucha antropológica”, en *Qué significa ser indígena para el indígena* (Quito: Abya – Yala, 2013), 104, <https://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/5596/1/Que%20significa%20ser%20indigena%20para%20el%20indigena%202013.pdf> .

más a “posicionamientos sociopolíticos, y sobre todo ambientales, respecto de la naturaleza y sus recursos”⁹⁶. Es decir, como si lo que significa, identifica y diferencia lo que es ser indígena está ligado cada vez más a una forma de vivir y de comportarse y menos a una diferencia de color de piel o de ubicación geográfica⁹⁷.

Además, es importante mencionar que la palabra *indígena* no es aceptada por algunas personas miembros de ciertas comunidades que consideran que esta palabra no es la correcta para identificarse ya que consideran que “homogeniza la diversidad de identidades indígenas y no reconoce las diferencias entre ellos”.⁹⁸ Lo anterior es una de las muchas muestras de la incompreensión en la que vivimos respecto de esta comunidades ya que, en los convenios y doctrina, solo se utiliza la palabra indígena, a pesar de que estas han mostrado su inconformidad con la equiparación de comunidades, sobre todo por la complejidad de cada una de ellas y su desarrollo cultural.

7. **Discusión - *ignorantia iuris non excusat***

El principio utilizado en contra de la aplicación del error de prohibición culturalmente condicionado es el *ignorantia iuris non excusat*. Este principio se encontraba plasmado en el Código Penal ecuatoriano de 1971: “Art. 3.- Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas de todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa”.⁹⁹ En caso de que este cuerpo normativo y este artículo se encontraran vigentes, sería indiscutible la aplicación del error de prohibición culturalmente condicionado ya que no establece ninguna excepción.

Sin embargo, este cuerpo normativo fue derogado y la normativa vigente es el Código Orgánico Integral Penal, el cual contiene principios procesales, dentro de los cuales se encuentra el de objetividad, descrito de la siguiente forma:

Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

(...)

21. Objetividad: en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas.

Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan¹⁰⁰.

(Énfasis añadido)

⁹⁶ Id., 142.

⁹⁷ José Sánchez – Parga, “De la entrevista a la escucha antropológica”.

⁹⁸ Id., 110.

⁹⁹ Artículo 3. Código Penal, 1971, R.O. Suplemento 147, 22 de Enero de 1971, Derogado.

¹⁰⁰ Artículo 5, COIP.

Es decir, en el caso de los miembros de pueblos indígenas, es de relevancia para el proceso penal, su condición cultural ya que esta determinará el alcance de su comprensión de las normas penales. El alcance dependerá de si la persona implicada es parte de una comunidad indígena de reciente contacto o de aislamiento voluntario porque cada comunidad tendrá diferentes niveles de conocimiento de la antijuridicidad de sus conductas y esto dependerá de su nivel de contacto con comunidades no indígenas.

Adicionalmente, la Constitución del Ecuador establece el reconocimiento y garantiza la conservación y protección de sus conocimientos colectivos¹⁰¹, lo cual comprende la cultura de estas comunidades, es decir, “el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y efectivos que nos caracterizan como sociedad o grupo social”¹⁰² así como las costumbres de las comunidades. Sin embargo, la conservación de todos estos elementos culturales, se encontrarían en riesgo si es que el poder judicial castiga las acciones que son consideradas como parte de la cultura, ya que los miembros de las comunidades adaptarán sus acciones a lo aceptado por la justicia común .

Entonces, existe concordancia entre el la Constitución y con la normativa penal vigente, respecto del respeto y protección de las costumbres de los pueblos indígenas. Y, el error de prohibición culturalmente condicionado, sería la figura doctrinaria que mejor encaja con lo establecido en los cuerpos normativos mencionados y con las garantías y derechos reconocidos en la Constitución del Ecuador ya que toma en consideración la condición cultural de la persona que, presuntamente, ha cometido un delito.

8. Conclusiones y Recomendaciones

A lo largo de este trabajo, se ha hecho un análisis deductivo - sistemático, sobre la legislación actual del error de prohibición y la necesidad de legislar el error de prohibición culturalmente condicionado. A partir de esto, se ha evidenciado que Ecuador contempla el error de prohibición en el Código Orgánico Integral Penal, este toma en cuenta la intención de quien está involucrado en el proceso. Adicionalmente, el ordenamiento del país fronterizo del Ecuador: Perú, sí contempla al error de prohibición culturalmente condicionado, por la pluriculturalidad que le caracteriza a los países de la región.

¹⁰¹ Artículo 57, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰² Fácil guía 1: Cultura y nuestros derechos culturales, documentos de programa o de reunión, CR/2012/CLT/PI/15, 2012, 10, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000228345>.

En concordancia, se ha señalado que el Estado ecuatoriano es un país intercultural y plurinacional, esto se encuentra reconocido en la Constitución del Ecuador. Como producto de esto, el país goza de un pluralismo jurídico, en el cual conviven la justicia indígena y la justicia ordinaria. Por lo tanto, la forma de regular esta figura, debería ser de tal manera que se entienda por completo que está dirigido a miembros de las comunidades indígenas a quienes, por el caso concreto, no se les aplica justicia indígena, además, en estos casos, la pericia antropológica toma especial relevancia.

A pesar de lo que ha sido analizado y expuesto en el trabajo, existen temas como el pluralismo jurídico o la naturaleza de la plurinacionalidad, que pueden ser analizados mucho más. La investigación del alcance de la pericia antropológica, a pesar de ser un tema que se sale de la esfera jurídica, también puede hacerse con mucho más detalle y detenidamente.

Además, es importante señalar que la aplicación de esta figura se encuentra ligada íntimamente con el nivel de conocimiento que las comunidades indígenas tengan del derecho y la justicia ordinaria. Es por esto que se hizo la distinción entre comunidad de reciente contacto y de aislamiento voluntario, ya que quienes pertenezcan a estas tendrán diferentes niveles de contacto con comunidades no indígenas y, por lo tanto, diferentes niveles de conocimiento sobre la antijuridicidad de sus conductas y de las costumbres de los pueblos no indígenas.

Por último, tomando en cuenta que el Estado ecuatoriano es un país pluricultural y, los derechos de las comunidades indígenas se encuentran protegidos por varios instrumentos internacionales y por la Constitución del Ecuador, se debería considerar la posibilidad de reformar el COIP, por la necesidad de legislar el error de prohibición culturalmente condicionado, sin embargo, a través de un estudio cuantitativo de la fiscalía, en la cuál se puedan visibilizar los casos en los que personas miembros de comunidades indígenas han sido juzgados sin tomar en cuenta su condición cultural.