



**UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"**

ESCUELA DE POSTGRADO

**RELATIVISMO, CONTROL SOCIAL Y PENA EN
INTERNOS POR VIOLACIÓN SEXUAL DE
MENORES DE COMUNIDADES ANDINAS EN
LOS AÑOS 2007 - 2008**

**Tesis para optar el grado de Maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales**

CIRO RODOLFO TREJO ZULOAGA

Asesor: Doctor LUIS ROBLES TREJO

Huaraz - Perú

2012

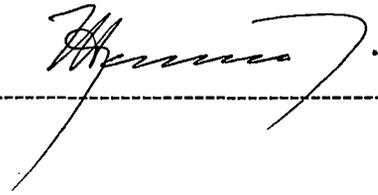
Nº Registro: T0287

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor

Wilfredo Camilo Montañés Avendaño

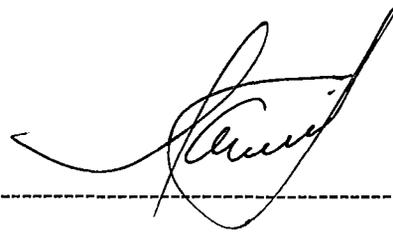
Presidente



Doctor

José Antonio Becerra Ruiz

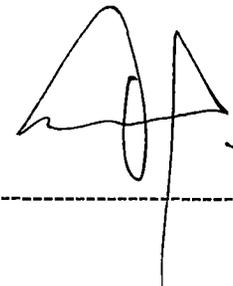
Secretario



Doctor

Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal



ASESOR

Doctor José Luis Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

- A la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo” por ser mi centro de formación profesional.
- Al Doctor José Luis Robles Trejo. Asesor del presente trabajo, por su calidad humana y profesional.
- Al Director de la Escuela de Post Grado de la UNASAM y al personal que labora en dicha Escuela por su comprensión, colaboración y apoyo constante para poder concluir mis estudios de maestría.
- A mi familia por su apoyo constante para mi realización profesional.
- A mis compañeros de estudio de la maestría, por su amistad, comprensión y apoyo.

Con profunda gratitud:

A mis padres por el ejemplo y apoyos constantes

A Mis hermanos por reorientar con amor más allá de
toda tolerancia, mis pasos en cada extravío.

A mi hijo por ser el motivo de mis constancias y
perseverancias, y

A Soledad por ensamblar mis desencuentros con su
paciencia y endulzar mi alma con su voz de sinfonía.

INDICE

	Pág.
➤ RESUMEN	
➤ ABSTRACT	
I. INTRODUCCION.....	01
1.1. OBJETIVOS.....	03
1.1.1. OBJETIVO GENERAL.....	03
1.1.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	03
1.2. HIPOTESIS.....	03
1.2.1. HIPOTESIS GENERAL.....	03
1.2.2. HIPOTESIS ESPECÍFICAS.....	04
1.3. VARIABLES.....	05
1.3.1. HIPOTESIS GENERAL.....	05
1.3.2. HIPOTESIS ESPECÍFICA.....	05
1.3.3. HIPOTESIS ESPECIFICA(2).....	06
II. MARCO TEORICO.....	07
2.1. ANTECEDENTES.....	07
2.2. BASES TEÓRICAS.....	12
2.2.1. TEORIA DEL DELITO.....	12
2.2.2. TEORIA DE LA PENA.....	24
2.2.3. TEORIA DEL RELATIVISMO.....	37
2.2.4. COMPRENSIÓN RELATIVA DEL DELITO A PARTIR DEL HOMBRE Y SUS CIRCUNSTANCIAS EXISTENCIALES.....	49
2.2.5. CONCEPTOS FILOSOFICOS DEL RELATIVISMO....	50

2.2.6. LA DIMENSION SOCIO EXISTENCIAL DE LA CULPABILIDAD EN EL MARCO DE LA COMPRESION RELATIVA DEL DELITO.....	61
2.2.7. ERROR DE PROHIBICION COMO ELEMENTO PERFORMANTE DE LA COMPRESION RELATIVA DEL DELITO.....	63
2.2.8. ERROR SOBRE LA VALIDEZ DE UNA NORMA DE AUTORIZACIÓN.....	64
2.2.9. CLASES DE ERROR DE PROHIBICIÓN.....	65
2.2.10. EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	74
2.2.11. LA CRISIS DEL PRINCIPIO QUE EL ERROR DEL DERECHO NO EXCUSA A NADIE.....	79
2.2.12. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REALIDAD COMO ESCENARIO DE FUNCIÓN PUNITIVA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE ANCASH.....	80
2.2.13. LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA....	84
2.2.14. TEORÍAS SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.....	90
2.2.15. PARAMETROS SOCIO-EXISTENCIALES PARA LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.....	124
2.2.16. DEFINICION DE TERMINOS	126
III. MATERIALES Y METODOS.....	129
3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACION.....	129

3.2.	PLAN DE RECOLECCION DE LA INFORMACION Y/O	
	DISEÑO ESTADISTICO.....	129
3.2.1.	POBLACION.....	129
3.3.	INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE LA INFORMACION	130
3.3.1.	Para el trabajo documental.....	130
3.3.2.	Para el trabajo de campo.....	130
3.4.	PLAN DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS ESTADISTICO	
	DE LA INFORMACION.....	130
3.4.1.	PLAN DE PROCESAMIENTO.....	130
3.4.1.1.	Métodos y Técnicas de investigación.....	130
3.4.1.2.	Recopilación de la Información.....	131
3.4.1.3	El análisis documental.....	131
3.4.1.4.	Redacción del Informe.....	131
3.4.2.	ANALISIS ESTADISTICO.....	131
IV.	RESULTADOS.....	132
V.	DISCUSION.....	146
5.1.	Análisis Jurídico de las sentencias.....	146
5.2.	Análisis Jurídico de los cuadros estadísticos.....	152
5.3.	Contrastación de Hipótesis.....	156
5.3.1.	Hipótesis general.	156
5.3.2.	Hipótesis Específica.....	156
➤	CONCLUSIONES.....	158
➤	RECOMENDACIONES.....	163
➤	BIBLIOGRAFIA.....	164

RESUMEN

La tesis destaca la necesidad de replantear la pretensión globalizadora del Derecho Penal como expresión formal del control social oficial adoptada por el Estado.

Si el Derecho es expresión de la cultura y responde a las necesidades de existencia social de los hombres, y siendo estas circunstancias socios existenciales disimiles en función del espacio tiempo que los individuos ocupan en la historia, lógico es entonces que el Derecho deba ser relativizado en su aplicación. Este es el propósito central de la tesis “RELATIVISMO, CONTROL SOCIAL Y PENA EN INTERNOS POR VIOLACION SEXUAL DE MENORES DE COMUNIDADES ANDINAS EN LOS AÑOS 2007-2008”. Las señales de integración de los temas tratados consolidan, pues nuestras conclusiones en el sentido de que para los depositarios de la norma originarios de las comunidades andinas concurren las causales de exclusión de responsabilidad penal en razón al absoluto desconocimiento del derecho penal y de sus alcances. En tal sentido, los sentenciados por delito de violación sexual de menores originarios de las comunidades andinas e internos en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz, han permanecido, en razón a su diversidad sociocultural que los ha colocado ante un error de prohibición invencible y que la sentencia ha consolidado en todos y cada uno de ellos una *“actitud apriorística que ha decidido encontrar culpable a una cultura y a los portadores e integrantes de ella”*.

Palabras clave:

Comprensión relativa del Delito, Control social, Dimensión socio existencial de la culpabilidad, pena, Relativismo, Parámetros socio existenciales para la individualización de la pena.

ABSTRACT

The thesis emphasizes the needs to rethink the global pretension of the criminal laws as formal expression of the official social control adopted by the State.

If the law is expression of the culture and answers to the needs of social existence of the men, and being these dissimilar existential social circumstances as a function of space-time that the individuals occupy in the history, is therefore logical that the law must be Relativized in their application. This is the central purpose of the thesis “relativism, social control and penalty for minor sexual violations from Andean communities in internal in the years 2007- 2008”. The signals of integration of the topics consolidated, our opinion us in the sense of that for the people native from the Andean communities concur the casual exclusion of criminal responsibility on account of the absolute ignorance of criminal laws and its scope. In that way, those sentenced for the crime of minor sexual violation native from Andean communities and inmates at the prison in Huaraz, have remained, on account of their cultural diversity that has placed them in face of an invincible prohibition error and that the judgment has established itself in each and every one of them a “piori attitude that has decided to find guilty to a culture and bearers and members of her”

Keywords:

Relative comprehension of crime, social control, socio existential dimension of the guilty, penalty, relativism, socio existential parameters for the individualism of the penalty.

I. INTRODUCCION

El Derecho Penal y toda la estructura ideológica y filosófica que la sustentan no son sino una descripción de las relaciones humanas en el concierto de intereses y bienes positivados a base de conceptos claros, sin contradicciones lógicas con relación a determinados tipos de ilicitud que la ley penal concreta a aquellas conductas contrarias a las “normas” que son conminadas con una pena.

En ese contexto, el tema referido al delito y a las penas no podía sustraerse al énfasis sintético de la culturas latino o indo americanas y al modo en que en ella se expresan, discurren y conservan las diferentes y diversas formas y modos de regulación comportamental y social – dicho de otro modo – las diferentes formas de control social que caracterizaron a las culturas prehispánicas latino o indo americanas.

En este concierto de ideas, el Relativismo en la comprensión del delito y la determinación de la pena trata en conjunto de esbozar el desarrollo de un pensamiento jurídico que a partir de diversas hipótesis de trabajo a concluido en la afirmación de que los integrantes de determinadas culturas no siempre tienen internalizados los valores culturales propios de la cultura occidental; de ahí que frente a la comisión de un hecho que puede ser aceptado al interior de una comunidad, pero reprochable en la cultura occidental, debe tenerse en cuenta esta situación para la exención o atenuación de la pena.

Con el propósito arriba señalado, todas las consideraciones filosóficas, sociológicas y jurídicas sobre el tema se han hecho tomando como punto central la necesidad de adentrarnos, desarrollar y consolidar la tesis del “*Relativismo, Control social y pena en internos por violación sexual de menores de*

comunidades andinas en los años 2007- 2008”; tratando de que el tema rescate el esfuerzo por reivindicar un derecho vivo que exprese el espíritu del pueblo, de la misma manera que el lenguaje es fruto espontaneo del alma popular y no la obra de los gramáticos, que solo mucho después fijan las reglas a las que debe ser sometido, de igual manera el derecho debe reconocer la misma fuente a la que deben acudir los juristas y los legisladores: esas fuerzas internas que operan silenciosamente en la *intrahistoria* de los pueblos, insertándose el derecho finalmente en esa realidad primaria y radical que es la vida humana individual y colectiva.

1.1. OBJETIVOS

1.1.1. OBJETIVO GENERAL.

Determinar si entre los años 2007-2008 los jueces penales de la Corte Superior de Justicia de Ancash, durante el proceso de juzgamiento tomaron en cuenta el relativismo en la comprensión del delito al momento de determinar la pena de los internos por violación sexual de menores pertenecientes a las comunidades andinas.

1.1.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS:

Primero:

Incorporar el universo cultural de las comunidades andinas a efectos de relativizar la aplicación del control social oficial en lo concerniente a la defensa de la indemnidad sexual de menores en aquellos lugares donde la influencia reguladora del Estado no llega.

Segundo:

Analizar si el juzgador al sentenciar a los procesados integrantes de las Comunidades andinas por delitos contra la libertad sexual de menores, valoraron las alternativas propias de organización en materia de control social desarrolladas ancestralmente por estas culturas.

1.2. HIPOTESIS

1.2.1. HIPOTESIS GENERAL

El Relativismo en la comprensión del delito de violación sexual de menores de edad no influyó en la imposición de la pena en

sentenciados originarios de las comunidades andinas recluidos en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz durante los años 2007 - 2008 al privilegiar el concepto de control social formal y oficial.

El verdadero derecho penal solo puede basarse en una aproximación parcial al universo social que pretende regular. En ese sentido, los límites de toda dogmática penal se encuentran en la libertad y dignidad del hombre estructurados a aprehendidos a partir de sus circunstancias culturales y socio existenciales, más allá del cual toda forma de control social adquiere perfiles de ferocidad.

1.2.2. HIPOTESIS ESPECÍFICAS:

Primero:

La aplicación relativa del derecho penal en la defensa de la indemnidad sexual de menores de edad en las comunidades andinas, evita que el control social formal impuesto signifique una ruptura dramática en sus formas históricas de configuración familiar, tradicional y cultural aceptadas por el consenso de grupo.

La auto constatación racional y proporcional del Estado en materia de control social solo es posible a partir de la atención y reparo de la culpabilidad del sujeto transgresor de la norma en su dimensión cultural y socio existencial al momento de determinar la pena.

Segundo:

Los jueces penales de la Jurisdicción de Ancash, al momento de determinar la pena a imponer a los procesados integrantes de las Comunidades Andinas incurso en el delito de violación sexual,

deben valorar las alternativas de organización en materia de control social como extensión de los procesos formativos de sus vidas individuales y colectivas que sus respectivas culturas expresan finalmente.

No es función del juzgador restituir la paz social o la sanción por la lesión de bienes jurídicos ignorando todos los otros aspectos de las circunstancias espacios temporales que configuran y constituyen el universo experiencial de los sujetos depositarios de la norma.

1.3. VARIABLES.

1.3.1. HIPOTESIS GENERAL:

Variable independiente: El Relativismo en la comprensión del delito.

Variable dependiente: Determinación de la pena.

1.3.2. HIPOTESIS ESPECIFICA (1)

Variable independiente: El Relativismo en la comprensión del delito.

Variable dependiente:

- 1.- Incorporación de las vivencias socio existenciales como producto cultural.
- 2.- Imposición de penas drásticas que conllevan a una ruptura dramática en las formas de configuración familiar y social históricas.
- 3.- Restablecimiento de la paz social en aquellos lugares donde estos "*delitos formales*" se produjeron.

1.3.3. HIPOTESIS ESPECÍFICAS (2)

Variable independiente: Valoración de los procesos formativos de cada cultura al momento de imponer una pena

Variable dependiente:

- 1.- Existencia de sistemas de control social basados en los usos, costumbres y tradiciones.
- 2.- Diferentes grados de desarrollo social en comparación con los núcleos sociales creadores del derecho formal y/o oficial.
- 3.- Ausencia del Estado en la implementación de una educación que permita internalizar el alcance preventivo general del derecho penal formal u oficial.

II. MARCO TEORICO

2.1. ANTECEDENTES

En las indagaciones realizadas sobre el tema de la influencia del relativismo en la comprensión del delito y en la determinación de la pena de los sentenciados por el delito Contra la Libertad Sexual – Violación de menor de edad, internos en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz, no se ha podido encontrar trabajo relevante que trate específicamente sobre el tema; sin embargo, existen algunos ensayos académicos que se refieren a la diversidad cultural y su tratamiento en el derecho penal, el error de comprensión culturalmente condicionado, y el relativismo como una concepción de la sociedad, pero tratados de manera aislada y/o independientes como pasare a acotar a continuación.

El Dr. Carlos Bladimir Zambrano¹, en su trabajo de Investigación intitulado “*Constitucionalidad, Inimputabilidad e Inculpabilidad*”, estudia el Expediente D-3751, resuelto en la sentencia C-370/20 de la Corte Constitucional de Colombia. En el referido expediente se discute la inimputabilidad por diversidad socio cultural, el reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena y la coordinación con una autoridad de la cultura a la que pertenece el infractor y se contempla la necesidad o no de incorporar la inculpabilidad de las personas diversas socioculturalmente por el *error de comprensión culturalmente condicionado*, siempre y cuando concurren las causales de exclusión de responsabilidad, las cuales exigen que el *error de prohibición* sea invencible. El argumento del autor apunta a

¹ BLADIMIR ZAMBRANO, Carlos. “*Constitucionalidad, Inimputabilidad e Inculpabilidad*”. Estudio del Expediente D-3751. Resuelto en la Sentencia C-370/20, Corte Constitucional de Colombia. Revista del Foro N° IX- Lima Perú 1986

advertir sobre los efectos de una virtual criminalización de la diversidad cultural, por lo que postula la necesidad de evitar los peligros que supone una *criminalización* de la *diversidad cultural*, lo que implica una actitud apriorística que induce a considerar como culpable a una cultura y a los portadores e integrantes de ella.

Del mismo modo el Dr. Raúl Cervini², en su artículo “*Acerca del principio de respeto a las Autonomías Culturales y su trascendencia en Latinoamérica*”, concluye en la necesidad imperiosa de excluir del marco normativo penal, aquellas prohibiciones que en virtud de las diferencias de pautas grupales, como las minorías étnicas y grupos social y culturalmente limitados, no pueden ser acatadas, y que su propuesta descriminalizadora se ajusta a los estándares Internacionales proclamados en sendas Declaraciones, Pactos y Convenciones Internacionales en materia de Derechos Humanos.

En el mismo sentido, el abogado Luís Francia Sánchez³, en el “*Foro Internacional de Jurisdicción Especial y Derecho Consuetudinario – Justicia Comunal*” presentó su ponencia “*Sistema Penal y Pluralismo Jurídico: Lineamientos para interpretar la legislación Peruana*”; concluyendo en que el Derecho Penal, sanciona las conductas que afecten los bienes jurídicos considerados de relevancia para la sociedad de acuerdo al pensamiento occidental. Sin embargo advierte que este planteamiento no

² CERVINI SANCHEZ Raúl. “*Acerca del principio de respeto a las Autonomías Culturales y su trascendencia en Latinoamérica*” Ediciones Revista Federal de Derecho N° 31. Madrid 1958, pág. 35.

³ FRANCIA SANCHEZ Luis. “*Sistema Penal y Pluralismo: Lineamientos para interpretar la Legislación Peruana*” Ponencia presentada en el Foro Internacional de Jurisdicción Especial y Derecho Consuetudinario-Justicia Comunal” Revista del Colegio de Abogados de Lima 2004.

tendría mayores problemas si se aplicase en una sociedad homogénea, es decir, en una sociedad donde exista consenso sobre que bienes jurídicos deben ser protegidos. La polémica surge en países con una pluralidad cultural y con antecedentes de una ancestral forma de control social que cuestiona en la práctica la unidad jurídica que el Estado pretende imponer. En sociedades pluriculturales, se presenta el problema de que el Estado al proteger determinados bienes jurídicos a través de la penalización de conductas, impone una gradación de importancia que muchas veces no se condice con los valores propios de cada cultura. Criminalizándose a una persona por el hecho de vivir de acuerdo a sus prácticas culturales, sin tomar en cuenta las características del entorno socio cultural donde se *expresiona* la conducta del autor; se auspicia en el fondo un *derecho penal de autor* que la ciencia penal moderna rechaza enfáticamente.

Por su parte, el Dr. José Hurtado Pozo⁴ en su artículo “*El Indígena ante el Derecho Penal: caso peruano*”, analiza el caso del “*servinacuy*” que constituye una etapa previa al matrimonio, en la cual la pareja cohabita antes de formalizar la unión conyugal. Si la mujer es menor de 14 años, las relaciones sexuales practicadas comportan, según el derecho penal vigente, la comisión de un delito sexual; siendo que por el contrario y siguiendo la pauta cultural de la comunidad, sería un comportamiento justificado por haber tenido lugar en un contexto socialmente positivo. Para el autor, la práctica de esta costumbre constituye un buen ejemplo para poner en evidencia los inconvenientes que tiene la regulación prevista en el Art. 15°

⁴ HURTADO POZO, José. artículo “*El Indígena ante el Derecho Penal: caso peruano*”, Revista Editada por la Asociación Peruana de Derecho Penal N° 07. Lima Perú, 1974. Pág., 16

del Código Penal. Para no reprimir al varón que cohabita con la menor debería declarársele incapaz, por razones culturales, de comprender el carácter ilícito de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. Lo que podría ser factible con relación a los miembros de las comunidades de indígenas que permanecen relativamente aisladas, pero no respecto a los miembros de las comunidades que, por ejemplo, han emigrado y viven en las barriadas de la capital o de otras ciudades importantes trasladando a su existencia cotidiana todo el bagaje cultural que los precede y constituye al decir del filósofo Don Miguel de Unamuno y Jugo, la *intrahistoria* dramática de sus existencias.

En el curso de las ideas expuestas, la Dra. Sánchez Romero Cecilia⁵, en su artículo “*El Abolicionismo y el Rol de las Comunidades Indígenas*” sostiene que la frecuente inspiración y a menudo copia de nuestras leyes de la legislación extranjera, ha presentado siempre no pocas dificultades, dado el desfase evidente en muchos casos y sobre todo, por el desconocimiento y falta de correlación con la realidad hacia la cual se dirige. “*Explicar porque ocurre la importación de la Ley, cuáles han sido sus efectos, se convierte así en una cuestión esencial para la comprensión científica del Derecho dentro de nuestro proceso social. Es una manera de preguntarse porque nuestro Derecho no es propio y cuales han sido las consecuencias de ello. La respuesta como es obvio interesa a un público mucho más amplio que el de los profesionales en derecho*”. Sin embargo, como el punto escapa a nuestro objeto, nos limitamos a resaltar porque resulta obvio, la desatención

⁵ SANCHEZ ROMERO, Cecilia. “*El Abolicionismo y el Rol de las Comunidades Indígenas*” Asociación de Ciencias Penales. Revista N° 11. Ediciones Pueril –Bolivia 1994 Pág., 55 y sgts

de la situación penal del indígena que por supuesto conlleva a una imposición, discriminadora y arbitraria de particulares y drásticos patrones de comportamiento a grupos étnicos, culturalmente diversos, poseedores de pautas conductuales y axiológicas muy diversas de las sustentadas por el legislador y por el derecho foráneo que importaba.

Igualmente la Dra. Mireya Bolaños González,⁶ expresa que la antijuridicidad es el elemento del delito que pone de manifiesto el verdadero contenido pernicioso y negativo de que esta cargado un hecho, en relación con el sistema de valores que impere en el ámbito espacial en el que se produce. De manera tal que un hecho que no agote estas expectativas y que no logre contradecir realmente el sistema de valores, principios e intereses que mueven a una comunidad organizada a partir de lo que significa su sistema de vida, es un hecho que no tiene ninguna trascendencia jurídica, ya que carece de uno de los elementos estructurales que permiten afirmar la existencia del delito, esto es, la *antijuridicidad*. Según la estudiosa mencionada, *valorar* no significa evaluar el contenido de lo que se valora a partir de la nada, haciendo referencia a conceptos vacíos de contenido, sino en la medida de su aplicabilidad, a partir de las pautas valorativas que nos ha enseñado la convivencia pacífica, como la manera formalmente establecida para lograr compartir con nuestros semejantes. *“No juzgamos desde la ignorancia o desde la imparcialidad imposibles, sino desde un saber que constituye nuestra historia personal y existencial, a partir de nuestras íntimas convicciones de las cuales es muy difícil que podamos desprendernos”*.

⁶ BOLAÑOS GONZALES Mireya. *“Hacia una nueva lectura de la Responsabilidad penal del indígena en Venezuela”*. Universidad de Zulia, Maracaibo. Venezuela 2001.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. TEORIA DEL DELITO.

La teoría del delito es un sistema de categorización por niveles, conformado por el estudio de los presupuestos jurídicos –penales de carácter general que deben concurrir para establecer la existencia del delito, es decir, permite resolver cuando un hecho es calificable de delito.

Esta teoría, creación de la doctrina pero basada en ciertos preceptos legales admite como elementos constitutivos la: La acción, La tipicidad, La anti juridicidad y La culpabilidad.

Para MEZGER, el delito es un concepto dogmático y forma parte de las concepciones materiales del delito. ⁷

La Acción.- La Acción es definida como el comportamiento humano base de la Teoría del delito. Si no hay acción humana no hay delito. El fenómeno delictual tiene que estar acompañado por una acción humana. El delito se basa en la actividad humana por acción u omisión.

La Acción es, pues, Es todo comportamiento humano que depende de la voluntad. El delito es acto humano, cualquier mal que no tiene origen en la actividad humana no puede reputarse como delito.

Sujeto de la Acción.

El sujeto de la acción es el ser humano, si no es un ser humano, no puede ser considerado delito.

⁷ GOLDSTEIN, Raúl. “*Diccionario de Derecho Penal y Terminología*”. Buenos Aires, Argentina, Astrea, 3ª, 1993, pp. 293).

La Tipicidad.

La tipicidad es la adecuación, o encaje del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley como delito.

“La ley al definir los delitos es decir al establecer los tipos legales se limita a menudo a dar una mera descripción objetiva. En la mayor parte de los códigos es por demás simple y puede ser paradigma de brevedad. Limítense a decir las legislaciones que el homicidio consiste en matar a un hombre”⁸

Así, si la adecuación no es completa no hay delito. La tipicidad es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal.

El Tipo Penal.

El tipo penal es la descripción de un acto omisivo o activo como delito establecido en el presupuesto jurídico de una ley penal.

El componente objetivo del tipo penal es una conducta exterior realizada por una persona y se expresa a partir de un verbo: matar, dañar, sustraer, ocultar, etc. Pero en la gran mayoría de los casos no es suficiente la existencia de un acto exterior para que se cumpla la situación prevista en el tipo penal, siendo necesario también que exista un componente subjetivo, que en la mayoría de los casos es la intención (dolo) de realizar la conducta exterior descrita, y en algunos casos también la negligencia (culpa) en el accionar. En

⁸ JIMÉNEZ DE ASUA Luís. *“La Ley y El Delito”*. Editorial Sudamericana. Onceava Edición.. Buenos Aires 1980. Pág. 253.

algunos pocos casos el *tipo penal* no contempla ningún componente subjetivo, y en esos casos se denomina *delito formal*. Los delitos formales suelen ser cuestionados y por lo tanto suelen estar ligados a infracciones menores⁹

Los tipos penales están compilados en la Parte Especial del Código Penal. El tipo penal es el concepto legal. El tipo penal es la descripción de las acciones que son punibles, y se las compila en un código, reconociéndosele como principales funciones las siguientes:

- Garantiza a los ciudadanos contra toda clase de persecución penal que no esté fundada en una norma expresa dictada con anterioridad a la comisión del hecho, excluyendo de este modo de aplicar las leyes penales por analogía o de forma retroactiva.
- Fundamenta la responsabilidad criminal en sentido amplio porque tanto la imposición de una pena como la aplicación de una medida de seguridad requiere que el agente haya realizado una acción adecuada a un tipo penal.
- Sirve de soporte para el instituto de la participación criminal porque dada la naturaleza accesoria de esta, sólo podrá ser considerado partícipe punible quien ha colaborado con el autor de una acción adecuada a un tipo penal.

⁹ ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, Alejandro (2300). “*Tratado de Derecho Penal*”, Buenos Aires: Ed. Ediar

La Anti juridicidad.

La antijuridicidad según la Enciclopedia de la Ciencia Jurídica es uno de los elementos esenciales del delito. El delito es una acción típicamente antijurídica y culpable. De lo dicho se desprende que la acción digna de pena debe ser antijurídica. La antijuridicidad es en principio lo contrario al Derecho.¹⁰

La anti juridicidad describe el acto o conducta humana que se opone al ordenamiento jurídico por tanto no debe justificarse. La condición de la anti juridicidad es el tipo penal. El tipo penal es el elemento descriptivo del delito, la antijuridicidad es el elemento valorativo.

dentro de la antijuridicidad se ha distinguido dos clases: la *antijuridicidad formal* y la *antijuridicidad material*. Esta distinción proviene de la discusión filosófica en torno a si el legislador puede valorar arbitrariamente las conductas (ordenando o prohibiéndolas sin limitaciones) o está sometido a restricciones derivadas de la naturaleza o estado de las cosas.

Los partidarios de la primera posición sólo reconocen la existencia de una antijuridicidad formal, concebida como simple infracción de la ley positiva; mientras los segundos reconocen, junto a ésta, una antijuridicidad material, declarando antijurídica sólo a las conductas que contrarían la ley positiva, ajustándose a parámetros trascendentales del ordenamiento, especialmente, de dañosidad

¹⁰ EZAINE Amado. Diccionario Jurídico. Editores Importadores. Segunda Edición. Lima – Perú. 1991. Pág. 74.

social. Esta polémica se expresa de manera particularmente interesante entre iusnaturalistas y iuspositivistas.

- Antijuridicidad formal: se afirma que una conducta es formalmente antijurídica, cuando es meramente contraria al ordenamiento jurídico. Por tanto, la antijuridicidad formal no es más que la oposición entre un hecho y la norma jurídica positiva.
- Antijuridicidad material: se dice que una conducta es materialmente antijurídica cuando, habiendo transgredido el ordenamiento jurídico tiene, además, un componente de dañosidad social, es decir, ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico protegido.

En efecto, si bien es cierto en su concepción tanto la antijuridicidad formal como la antijuridicidad material difieren una de la otra; sin embargo, ambas tienen en común la valoración de la acción u omisión típica. En el primer caso al desvalorarla por su contrariedad al derecho y la segunda, por lesionar o poner en peligro de lesión a un determinado bien jurídico protegido, claro está, siempre y cuando no encuentre el amparo de alguna causa de justificación penal, situación en la que se está frente a un injusto penal.¹¹

¹¹ CURY URZÚA, Enrique (1994). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago: Jurídica de Chile. ISBN 956100956-K Tomo II.

La Culpabilidad.-

La culpabilidad es la irreprochabilidad de la conducta de una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera compatible con la ley, no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena.

La culpabilidad es el elemento subjetivo que coloca a una persona natural en una situación de imputabilidad y responsabilidad.

La culpabilidad, en Derecho penal, es la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir supone la reprochabilidad del hecho ya calificado como típico y antijurídico, fundada en que su autor, pudiendo someterse a los mandatos del Derecho en la situación concreta, no lo hizo ejecutándolo. El problema de la culpabilidad es central en el Derecho penal, por cuanto determina finalmente la posibilidad de ejercicio del ius puniendi.

Bajo la categoría de la culpabilidad, como último elemento de la teoría del delito, se agrupan todas aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho típico y antijurídico.

Antecedentes .

Valoración de conducta.

La culpabilidad exige inexcusablemente una valoración del comportamiento humano, y allí donde pueda hacerse un juicio de reproche puede existir una culpabilidad.

Juicio de reproche

Artículo principal: Juicio de reproche.

Es la valoración que se hace en el individuo que cometió un ilícito y su correspondiente acción. En el juicio de reproche se individualiza la pena, es decir, se vincula al hecho injusto con su autor.

Puede decirse que es una consecuencia de la valoración de la conducta.

Estructura

La culpabilidad está estructura por tres elementos que se tienen que dar simultáneamente para que el sujeto sea culpable:

- La imputabilidad: capacidad de conocer lo injusto del actuar, así como de reconocer la posibilidad de actuar de otra manera.
- La conciencia de antijuridicidad: posibilidad de comprender lo injusto del acto concreto.

- La exigibilidad de actuar de forma diferente: posibilidad de autodeterminarse conforme al Derecho en el caso concreto.

Elemento negativo

Su elemento negativo de la culpabilidad es el Error de Prohibición, el cual anula la culpabilidad y puede ser de dos formas:

1. Directo: la persona piensa que no concurre en un hecho antijurídico cuando en realidad concurre. Para saber si es vencible o invencible se utilizan criterios subjetivos (de cada persona):
 - *Vencible*: El sujeto podría haberse informado y haber evitado el error. A este sujeto suele sancionársele en menor medida que en caso de haber dolo total, o considerándosele un cuasidelito, o incluso en algunos casos se le exculpa por falta de tipo penal para el caso.
 - *Invencible*: el sujeto debido a sus características no podría haber evitado el error, por lo que excluiría la culpabilidad. Pero al haber pasado el tipo global injusto se le castigaría con una sanción en vez de con una pena.
1. Inverso: el sujeto piensa que concurre en un hecho antijurídico cuando en realidad no concurre, ya que esa acción que el sujeto piensa que esta desvalorada por el derecho no lo esta. No se le

castiga ya que no se puede castigar una conducta no desvalorada por el derecho. Ejemplo: el adulterio

Culpabilidad como proceso psicológico

Sentimiento de culpa es el proceso psicológico que se da ante la experiencia subjetiva de la culpabilidad. Supone un estado afectivo consciente o inconsciente ante la creencia de haber infringido alguna ley, principio ético o norma, sean estas reales o imaginarias,¹² y que produce malestar continuado. La función del sentimiento de culpa¹³ es la expresión del miedo de ser censurado o desaprobado, la defensa contra ese miedo y la defensa contra el impulso de acusar a los demás.

Este estado teje una *estructura neurótica en el comportamiento que se manifiesta en la relación real o ficticia con el otro.*

Imputabilidad

La imputabilidad es la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión.

Imputabilidad es la capacidad del ser humano para entender que su conducta lesiona los intereses de sus semejantes y para adecuar su

¹² ↑ KARABAIC, Claudia. *¿Qué es el sentimiento de Culpa?*. Klein, Melanie. (1948). *Sobre la teoría de la ansiedad y la culpa.*

¹³ ↑ SERRET TAIXÀ, Jordi. (2011). *La culpa: Cuando yo soy el otro. De la responsabilidad a la exigencia.* JARAMILLO, Javier. "*El sentimiento de culpa, el súper yo y la pulsión de muerte*". Revista Colombiana de Psicología.

actuación a esa comprensión. Significa atribuir a alguien las consecuencias de su obrar, para lo cual el acto debe ser realizado con discernimiento, intención y libertad. Es un concepto jurídico de base psicológica del que dependen los conceptos de responsabilidad y culpabilidad. Quien carece de estas capacidades, bien por no tener la madurez suficiente (menores de edad), bien por sufrir graves alteraciones psíquicas (enajenados mentales), no puede ser declarado culpable ni puede ser responsable penalmente de sus actos.

Se entiende todo lo contrario a la imputabilidad. Ya que es inimputable quien actúa sin voluntad y conciencia, es decir no tiene la capacidad de entender y querer al momento de cometer el acto punible.¹⁴

CONCEPTO

El autor Eugenio Florián en su obra “Parte General del Derecho Penal” nos define la imputabilidad como: “el conjunto de condiciones merced a las cuales un hecho puede ser atribuido a un hombre como a su causa, para que éste responda de las consecuencias que se derivan de él, diversas según los criterios adoptados. En efecto, la imputabilidad es física o externa, si el hecho se le atribuye al hombre como a su causa puramente material, de acuerdo con la ley de causalidad física; es psicológica, en cuanto al hecho estuviere acompañado de la voluntad del agente; es moral, si

¹⁴ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal: Parte General*. 8ª edición. Barcelona: Reppertor, 2008.

se le atribuye en el sentido de que el hombre lo haya cometido conscientemente y con libre voluntad; es jurídica, si se le atribuye en el sentido de que deba responder para efectos legales”.¹⁵

De igual manera el tratadista colombiano Luis Carlos Pérez define la imputabilidad como: “un estado del sujeto, permanente o transitorio, que le permite dirigir su conducta en armonía con el orden jurídico-social existente. Es, en términos equivalentes, la capacidad en que se encuentra el sujeto para comprender el acto y para ejecutarlo de acuerdo con su designio. De éste modo, no es imputable quien no goza de sus atributos intelectivos y voluntarios, bien porque no los tenga aún, bien porque los ha perdido, o porque sufre momentáneos oscurecimientos o trastornos”¹⁶

Por su parte el autor Sergio Tulio Ruíz, señala que la imputabilidad “ocurre cuando el sujeto, en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, tiene la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión”. El jurista desarrolla dos elementos de la imputabilidad, a saber:

1. Elemento intelectual: el cual consiste en la capacidad de comprensión que es esa facultad del hombre maduro y sano de mente de representarse la conducta que va a realizar, el resultado que pretende obtener, esto es, de valorar de antemano su comportamiento

¹⁵ (FLORIAN, Eugenio, “*parte general del derecho penal*”, La Habana, Imprenta y Librería “*La Propagandista*”, 1929, Tomo I, págs. 303-304).

¹⁶ (PEREZ, Luis Carlos, *Derecho Penal*, Editorial Temis, Colombia, Tomo II, 2da Edición, 1989, pág. 3-4).

y deducir de esa valoración si su ejecución constituye una violación, una desobediencia, vale decir, si es ilícito.

2. Elemento volitivo: El cual es esa capacidad del sujeto sano de mente y maduro de dirigir su actividad, de guiar su comportamiento, en uno u otro sentido para alcanzar el resultado ilícito, o abstenerse de alcanzarlo, según determinación adoptada.

La imputabilidad, entonces, se centra en la existencia en el sujeto de ciertas condiciones (madurez psicológica y sanidad mental) para la valoración del hecho en relación con una norma penal y el ligamen de ésta valoración con su autor, la cual permite determinarse (dirigir su conducta) en uno u otro sentido”.¹⁷ En éste mismo orden de ideas, el conocido tratadista colombiano Alfonso Reyes Echandia define la imputabilidad como: “un modo de ser de la persona, que influye en su comportamiento y del cual se derivan determinadas consecuencias jurídicas. Pero ese modo de ser está revestido de elementos psicológicos, biológicos, psiquiátricos, culturales y sociales respecto de cuya importancia no se ha puesto de acuerdo la doctrina, lo mismo que en relación con el sitio que ha de ocupar éste concepto dentro de la teoría del delito”¹⁸

¹⁷ (RUÍZ, Sergio Tulio, Teoría del Hecho Punible, Ediciones Librería del Profesional, Colombia, 3 Edición, 1985, pág.96).

¹⁸ (REYES ECHANDIA, Alfonso, “*Imputabilidad*”, Editorial Temis, Colombia, 1989, pág. 6).

2.2.2. TEORIA DE LA PENA

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.

En el presente trabajo de investigación se han analizado diversos modelos de individualización judicial de la pena, proponiéndose las bases para un modelo de determinación de la pena proporcional al hecho alternativo al modelo neo proporcionalista que se está extendiendo en el ámbito anglosajón, alemán y escandinavo. Los dos puntos de partida esenciales serían:

- a) La teoría de la determinación de la pena es una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto, y.
- b) La prevención especial no influye en la pena adecuada al injusto culpable, sino sólo a sus posibilidades de sustitución o suspensión.

Hace ya algunos años que las cuestiones relativas a la determinación de la pena ocupan un lugar destacado en el ámbito de las discusiones y preocupaciones político-criminales comunes de los países de nuestro entorno cultural, siendo uno de esos temas que están posibilitando influencias mutuas y aportaciones recíprocas entre el ámbito de las culturas jurídicas anglosajonas y el de las culturas jurídicas europeas continentales. Llamam la atención, por ello, las escasas aportaciones de la doctrina española a este debate internacional y la escasa resonancia del mismo a nivel interno. Aunque es evidente la importancia de esta cuestión en países en los

que los órganos judiciales gozan de un amplio margen de decisión con respecto a la concreción de la pena, incluso los sistemas que, como el nuestro, se caracterizan por una mayor desconfianza del legislador hacia el órgano jurisdiccional a la hora de determinar la pena concreta, tienen que dejar abierto un margen de discrecionalidad judicial. Las reglas de dosimetría penal establecidas por el legislador no resuelven toda la compleja cuestión de determinación de la pena.

Debido a la parquedad de criterios legales para la determinación judicial de la pena, que precisa una motivación específica dentro de las sentencias condenatorias, el desarrollo de una teoría de la individualización judicial de la pena se ha hecho especialmente acuciante en el ámbito de la comprensión relativa del delito. Este punto de partida debe convertirse en una instancia político-criminal esencial o de primera magnitud. La referencia en el Código Penal a la necesidad de motivación reitera una exigencia constitucional, pero no resuelve en absoluto el problema, sino que más bien acrecienta la importancia de aportaciones doctrinales para orientar este aspecto de la motivación de la sentencia en la medida en que el Código Penal Peruano no contiene criterios generales que orienten la determinación de la pena exacta, en el contexto orientador de la relativa comprensión del delito por parte del sujeto trasgresor de una norma prohibitiva.

Con independencia de las exigencias legales y constitucionales de

motivación, siempre abstractas, lo relevante para la práctica forense es que la fase de individualización de la pena deba desarrollarse en el marco de las características particulares que constituyen el espacio-temporal e histórico del sujeto depositario de la norma que es la única forma de reconocer el derecho de todos a recibir de la jurisdicción una respuesta razonada en derecho y la que obliga a motivar las sentencias, no por cierto la que proscribiera la arbitrariedad que es desviación de fondo en el ejercicio del poder sancionador, El Relativismo en la Comprensión del delito y la determinación de la pena pretende establecer formalmente el deber judicial de razonar en la sentencia la individualización de la pena que se imponga, cuando por no concurrir circunstancias atenuantes ni agravantes o por concurrir unas y otras pueden los Jueces y Tribunales recorrer la pena prevista por la Ley en toda su extensión, atendiendo para ello a las circunstancias personales del delincuente en función de su espacio tiempo histórico y la influencia de estas en su proceso de sociabilización y a la mayor o menor gravedad del hecho en función también de la lesividad social ocasionada. La determinación de la pena no debe minusvalorar la importancia del deber de motivar la individualización punitiva -ni entenderlo cumplido con una mera y genérica alusión a las circunstancias que la Ley dispone se tengan en cuenta- porque el derecho del justiciable a recibir una respuesta razonada no puede quedar satisfecho si el Tribunal que lo juzga no explicita las razones por las que le impone una determinada

magnitud de pena, extremo de la sentencia que es, en la mayoría de los casos, el que más intensamente afecta a sus derechos y a su vida futura.

Con el interés de promover un debate del que se encuentra huérfana la doctrina peruana, el objetivo de este trabajo es hacer referencia a una de las teorías de determinación de la pena que más influencia teórica y práctica están teniendo en el ámbito del Derecho comparado: la teoría de la proporcionalidad por el hecho o de la pena proporcional al hecho en el marco de la Relativización en la comprensión del delito y su implicancia en la determinación de la pena.

En el presente trabajo se postula una crítica a la labor jurisdiccional de los jueces en la Corte Superior de Justicia de Ancash en cuanto a la aplicación de la pena, a partir de un diagnóstico crítico de la realidad en el contexto arriba determinado y el desarrollo crítico de los diversos modelos de individualización judicial de la pena.

A juzgar por la complejidad del tema podemos empezar señalando que el problema de la Pena como expresión legítima de Sanción Institucional se presenta a menudo, en su aplicación y/o dimensión práctica, interrelacionado con aspectos integrales de la cultura que tiene en el hombre su protagonista central. Desde esa perspectiva, esperamos que este modesto trabajo conduzca a una mejor apreciación de la problemática de la pena en el marco de la teoría de su individualización y proporcionalidad integrada a la cultura del

cual es parte como elemento regulador de relaciones jurídico sociales.

“La palabra pena proviene del latín *poena*, que significa castigo, tormento físico, padecimiento, sufrimiento. Para el desarrollo de la presente investigación, el concepto de pena se plantea como un concepto formal del derecho, en tal sentido, la pena es la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es un “mal” que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito. Es una figura previamente creada por el legislador, en forma escrita y estricta, al amparo del “principio de legalidad”, donde toda persona debe ser castigada si el hecho está previsto en la ley como delito con anterioridad a la comisión del mismo. Este principio, es el pilar del Derecho Penal, representado por el apotegma latino: *nullum crime, nulla poena sine lege*”.¹⁹

En tal sentido, la pena “es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente investida de dicha facultad en competencia y jurisdicción quien tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del Derecho y a causa de dicha infracción, merecedor de una sanción o aflicción conocida como *pena*”

Justificación, Fundamento y Fines de la Pena.

Para entender con claridad este asunto, es necesario distinguir tres aspectos importantes de la pena: su justificación, su fundamento y su

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. “*Derecho Penal Parte General*”. Valencia España 2000. Pág. 62.

fin; desarrollo que nos ocupa a continuación.

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una amarga necesidad. Más discutidos son los problemas sobre el fundamento y fines de la pena. Estos han constituido el objeto de la llamada "*lucha de Escuelas*", que durante muchos años ha sido el punto de quiebre de discusiones y polémicas en la Ciencia del Derecho Penal. Aquí expondremos sucintamente los tres puntos de vista principalmente mantenidos, distinguiéndose tradicionalmente, las teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión.

Las teorías absolutas o retributivas.

Las teorías absolutas o también reconocidas como *retributivas*, tienen como sus máximos representantes a Kant y Hegel. Para ellos, el fundamento de la pena radica en la mera retribución. Es la imposición de un mal, por el mal cometido. En esto se agota y termina la función y fin de la pena. A través de la retribución se hace justicia al culpable de un delito. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el antiguo principio del talión - *ojo por ojo, diente por diente*-. Kant, en su ejemplo consistente en que, "*si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverla,*

antes de ello se llevara a cabo, debería ejecutarse al último asesino que estuviera en prisión, para que todo el mundo supiera el trato que merece sus hechos”,²⁰ encuentra que la pena sólo tiene sentido si es retribución de la culpabilidad y, en consecuencia, no puede imponerse simplemente como medio para conseguir otro bien para el delincuente mismo o para la sociedad. Es decir, que la pena únicamente se justifica para sancionar un mal cometido por el delincuente, ya que si existiera otro fin, ello constituiría una afrenta a la dignidad de la persona.

Posteriormente Hegel, basándose en la dialéctica, concibe al delito como la “negación del derecho”, y a la pena, como la “negación de la negación”. Afirmando que la pena según el ordenamiento jurídico representa la voluntad general y niega con la pena la voluntad especial del delincuente expresado en la lesión jurídica que queda anulada por la superioridad moral de la comunidad, descalificando la persecución de fines distintos a la mera retribución del derecho lesionado mediante la pena.²¹

Roxin, por su parte afirma que la teoría de la retribución hoy ya no es sostenible científicamente. Si tal como se mostró, la misión del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, entonces para el cumplimiento de esa tarea, no puede servirse de una pena que prescinda de toda finalidad social. Dicho de

²⁰ KANT ENMANUEL “*Critica de la razón práctica*”. Traducción de León Dujovne Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1944 Colección Ciencia y Cultura, Pág., 307.

²¹ JORGE GUILLERMO FEDERICO HEGEL. “*Historia de la Filosofía del Derecho*”. Editorial Losada. S.A. Buenos Aires Argentina, 1960 Pág., 233.

otro modo, el Estado como institución humana, no está capacitado ni legitimado para realizar la idea metafísica de justicia. La idea de que puede compensar o eliminar un mal mediante la imposición de otro mal (el sufrimiento de la pena) sólo es accesible a una creencia a la cual el Estado no puede obligar a nadie, a partir de que él ya no deriva su poder de Dios sino del pueblo.²²

Para concluir con el análisis de estas teorías, cabe destacar el llamado de alerta que hace Raúl Eugenio Zafaroni, respecto de que, si bien ellas implicaron en su tiempo una limitación al poder absoluto del Estado, ello no trajo aparejado una proporcional reducción de la crueldad. Y recuerda a Nietzsche, para quien este mundo de los conceptos morales nunca perdió del todo *un cierto olor a sangre y tortura*.

Las teorías relativas o preventivas

Estas teorías atienden al fin que se persigue con la pena. Se oponen completamente a las teorías absolutas. Para ellas la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger a la sociedad. La pena no constituye un fin en sí misma sino un medio de prevención.

La concepción de las teorías de prevención, se remonta a los inicios de la historia del derecho, Platón decía: *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccet*; ningún hombre prudente pena porque se ha pecado, sino para que no se peque. Entonces a diferencia de la concepción de la pena retributiva, la teoría de la prevención, es teoría

²² CLAUS ROXIN, "Sentido y Límites de la Pena Estatal", en Problemas Básicos de Derecho Penal, trad. Luzán Peña, edit. Reus S.A., Madrid, 1976, Pág.20

“relativa”. Pues, encuentra su fundamento y fin en la disuasión futura de una infracción penal.

Las teorías de la prevención se pueden dividir en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial.

Las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. Entonces la pena es como una “coacción psicológica” que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos.

Las teorías de la prevención especial, ven el fin de la pena, en apartar al que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, o a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad. El delincuente no debe volver a delinquir, para ello se hace necesario observar una triple dimensión de la pena: intimidación, resocialización e Inocuidad. Fundamenta la primera en el sentido que está dirigida al delincuente como un aviso de la sanción que puede ser objeto al cometer un acto atribuido como delito. Luego, fundamenta la resocialización, en que el delincuente es susceptible de corrección mediante la educación durante el tiempo que cumple la sanción y por último precisa que la Inocuidad está dirigida a la anulación del delincuente habitual, con una sanción penal por tiempo indeterminado e incluso la pena de muerte.

En tal sentido cabe mencionar que, lo incorrecto y peligroso para la

seguridad jurídica es pensar que el fundamento de la pena es uno de los dos criterios indicados. No se impone una pena porque es necesario intimidar a delincuentes en potencia o porque se estime que es necesario someter a tratamiento al agente de una acción ilícita. Se le castiga porque culpablemente ha cometido una infracción. El “*para que*” se castiga, puede determinar una disminución o suspensión de la sanción; pero no sobrepasar en intensidad los límites de la culpabilidad.

La denominada *teoría del ámbito de juego o del margen de libertad - Spielraumtheorie*-señala que no se puede propender a que la pena se ajuste íntegramente a un criterio puntual y exacto de culpabilidad, ya que ello sería inverosímil. De lo que se trata, es que la pena, ajustada a la culpabilidad, comprenda un marco determinado entre un mínimo y un máximo, no siendo una magnitud precisa, sino, un margen de libertad adscrito al juez, en donde primero se ha de determinar la culpabilidad del individuo para, posteriormente, a propósito del juego entre lo mínimo y lo máximo, aplicar criterios de prevención especial como de prevención general, o sólo los primeros.²³

Teorías de la Unión.

Las teorías mixtas, eclécticas o de la unión tratan de mediar entre las teorías absolutas y relativas como una solución en la lucha de Escuelas. Pero como toda solución de compromiso desemboca en un

²³ ROXIN, Claus, “*La Determinación de la Pena a la Luz de la Teoría de los fines de la Pena*”. En, ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal*, cit. nota nº 13, pp. 46 y ss.

eclecticismo, adoptando posturas medias; es decir, recogen de una y otra lo mejor y no llegan a satisfacer totalmente a nadie. Esto se debe a que las teorías de retribución y prevención resultan antípodas, por lo tanto, no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente. La retribución mira al pasado, al delito cometido; la prevención, al futuro, a evitar que se vuelva delinquir.

Las teorías de la unión, en sus distintas variantes tienen, sin embargo el mérito de haber superado la parcialidad, tanto de las teorías absolutas como de las relativas. Ninguna de estas dos teorías, puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, ya que, sólo fijan su atención en partes de ese fenómeno.

Precisamente en esto fracasan también las teorías de la unión. Para éstas lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de ese marco retributivo y, por vía de excepción, admiten que con el castigo se busquen fines preventivos. Roxin manifiesta que la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la infringió, tiene un efecto preventivo general en la comunidad. Se habla en este sentido de prevención general positiva que más que la intimidación general, persigue el reforzamiento de la confianza social en el Derecho.²⁴

²⁴ Claus Roxin, ob. Cit. Pág., 26.

En tal sentido, no se puede afirmar que existe una función única en la pena, ni mucho menos asignar a la pena un fin exclusivo. La pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues, se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársela la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales.

Comúnmente las teorías mixtas le asignan al Derecho Penal la función de protección a la sociedad, sin embargo, tal función no reviste iguales características en todas las teorías. Pueden reconocerse dos grupos de fundamentaciones:

- a. Aquellas que postulan que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y que los fines de la prevención sólo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución.
- b. Las que sostienen que fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, y a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención,

impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido.

En ambos casos, la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos y las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección de bienes jurídicos.

En algunos exponentes de éstas teorías mixtas, la prevención general se presenta como la forma concreta de protección de bienes jurídicos en virtud de que el fin de protección de bienes jurídicos, por sí solo, no legitima la pena.-

Se sostiene que el criterio unificador se concreta en la afirmación de que cada concepción tiene influencia diversa según el momento en que se la considere. De modo que el criterio preventivo general es el que más gravita a nivel legislativo, es decir cuando se sanciona la norma que prevé sanción para todo aquel que realice determinado comportamiento. Los puntos de vista retributivo pasarían a primer plano durante el proceso y especialmente en la individualización judicial de la pena, ya que al sentencia debe establecerse considerando preferentemente la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor. Pasarían a segundo plano consideraciones preventivas especiales vinculadas a la personalidad del autor u al pronóstico de reincidencia, limitándose la influencia de la prevención general a una función residual, relacionada con evitar la imposición de una pena tan reducida que suponga efectos

contraproducentes para el control social.

La teoría de más incidencia durante la ejecución sería la prevención especial en su versión moderna, debido a que el sistema penitenciario debe orientarse al logro de la readaptación social del condenado.

En resumen: la teoría de la pena aquí sostenida puede ser resumida de la siguiente manera; la pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzar esta medida, en tanto esto sea necesario para las necesidades de prevención especial y no se opongan a ello requisitos mínimos de prevención general.²⁵

2.2.3. TEORIA DEL RELATIVISMO.

No existe una única definición, para unos (por ejemplo, algunos de los más importantes críticos contra esta corriente, como la Iglesia Católica, Ayn Rand o Emmanuel Kant), el relativismo cultural es el relativismo o nihilismo absoluto con respecto a los valores culturales, para otros (Michel de Montaigne) todo es relativo menos la moralidad y la ética de la cultura respectiva, y aun para otros el relativismo cultural es sencillamente, si bien tomar partido por alguna visión universal de la ética o la cultura, tampoco sectarizarse al respecto

Esto significa que el relativismo cultural conlleva a considerar cualquier aspecto de otra sociedad o grupo en relación con los

²⁵ Manual de Derecho Penal. Parte General. 3ra Reimpresión. Editorial TEMIS S.A. Santa Fe de Bogota – Colombia. 1996.

estándares culturales de ese grupo, en vez de hacerlo desde un punto de vista considerado universal, o en relación a la valoración desde otras culturas. Por ejemplo, considera relativas a cada sistema cultural las diferentes formas de matrimonio, como la poligamia o la poliandria.

En resumen, según esta corriente de pensamiento todas las culturas tendrían igual valor, y ninguna sería superior a otra pues todos los valores son considerados relativos (adecuados a una situación, diría²⁶ De hecho los relativistas argumentan que no hay una ley que abarque lo universal: sólo hay diferentes formas de pensar dentro de las culturas, afirmando además que nuestra propia moral no tendría una categoría en especial; considerando que resulta ser sólo una entre muchas.

El relativismo cultural es realmente una mezcla de varios pensamientos. Es importante separar los distintos elementos de la teoría, porque al analizarlos, algunas partes resultan ser correctas, mientras que otras parecen erróneas.

Cabe resaltar entre estos puntos varias ideas de porqué los relativistas consideran que se deben de respetar las diferentes culturas:

- Las sociedades son diferentes en cuanto a su educación moral; ya que cada pueblo, grupo o sociedad tiene diferentes formas de educación que son correctas para ellos.

²⁶ JOSE ORTEGA Y GASSETT. Revista de Occidente. S.A. En torno a Galileo. Esquema de las crisis. Colección El arquero Madrid- España. 1959. Pag 17.

- Cada sociedad propone como correcto lo que para ellos está bien según sus creencias morales; como bien menciona, cada cultura es diferente.
- El relativismo cultural considera por tanto imposible decir qué criterio es mejor dentro de varias sociedades, porque que son totalmente diferentes moralmente; esto sigue con lo mismo, esta corriente considera que no se debe aprobar algo solo porque dentro de una sociedad esté visto como bien hecho, considerando otra sociedad en donde se considera lo contrario.
- El relativismo cultural considera que no hay una sola verdad que abarque la verdad absoluta dentro de todas las verdades. Partiendo de este último punto los relativistas tratan de explicar porqué todas las sociedades son diferentes, con sus autorizaciones y sus limitantes, según sus creencias morales.

Según esta filosofía, ninguna de las culturas nos podría permitir con propiedad decir cuál es la que tendría que ser superior y porqué, ya que lo que para unos sea lo correcto contrastará con otro grupo humano para el que no lo sea. Por ejemplo, citando a Alain de Botton, "*nadie debería juzgar las acciones de otras sociedades, por el solo hecho de ser diferentes a las nuestras, tenemos que ser tolerantes y aceptar que simplemente todos somos diferentes*".²⁷

Según el filósofo americano, James Rachels, "el único razonamiento

²⁷ ALAIN DE BOTTON. *Las consolaciones de la filosofía*, Capítulo 4: "*Consolación para la ineptitud*" y Capítulo 6: "*Consolación para las dificultades*", Editorial Losada, S.A. Buenos Aires Argentina 1956 Pag 46 y sgtes y 65 y sgtes.

que prudentemente podría usarse para censurar las acciones de cualquier sociedad incluida la nuestra, es cuestionarnos si la práctica fomenta o limita el bienestar de las personas cuyas vidas se ven perturbadas por ella²⁸

En ese contexto, el problema del Derecho como expresión civilizada de regulación social, adquiere especial actualidad en sociedades que han experimentado un desarrollo NO homogéneo, más aun como el nuestro donde coexisten varios estadios de desarrollo social histórico y cultural. Si nos atenemos al apotegma Hegeliano de que “la historia propiamente dicha de un pueblo comienza cuando este pueblo se eleva a la consciencia”²⁹, habría que reparar necesariamente en este detalle como punto de partida de nuestras reflexiones sobre el papel del Relativismo como postura Filosófica en la comprensión del delito en los sujetos activos del mismo cuyo lugar de procedencia se extiende a grandes sectores de la sociedad peruana: aquel referido a las comunidades andinas y/o campesinas de nuestra patria.

La definición, comprensión y adherencia al derecho formal y/o oficial, resulta gnoseológica y prácticamente difícil, vale decir, un problema teórico. Si entendemos al derecho penal en sus múltiples clasificaciones como la positivización objetivada de un conjunto de intereses colectivos en pro de la protección de lo que se ha venido en

²⁸ Rachels, James.(2007). *Introducción a la filosofía moral*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica 2: 38-61.

²⁹ JORGE GUILLERMO FEDERICO HEGEL “*Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*”; traducción de José Gaos, Alianza Editorial, Madrid, 1989, 150.

llamar “bienes jurídicos”, cabría entonces plantearse la siguiente interrogante: ¿existen intereses objetivos consensuados?, ¿ La protección de bienes jurídicos a través de la norma positivada puede expresar en la representación mental de los legisladores un contenido que sea independiente de sus apreciaciones circunstanciales?.

Podría agregarse en este sentido dos citas expresivas del largo alcance de la visión Hegeliana cuando dice: *“cada pueblo vive un estado tan individual que debe resolver u resolverá siempre por si mismo...Cada pueblo se halla en una relación tan singular, que las relaciones anteriores no son congruentes nunca con las posteriores, ya que las circunstancias resultan completamente distintas...Lo plástico en la Historia es una cosa bien diferente de las reflexiones extraídas de la historia”*³⁰.

Partiendo del supuesto de que el Derecho Penal representa el propósito regulador y sancionador del Estado en el marco de una prevención general, y/o especial, pretendiendo traducir en ella el espíritu defensivo de una época; cabría afirmar también que los *“distintos espíritus defensivos de los pueblos se separan en el Espacio y en el Tiempo y en este respecto actúa el influjo de la conexión natural, de la conexión entre lo espiritual y lo natural, el temperamento, la historia, la cultura, etc.”*³¹

Si el Derecho Penal es la inclusión en la historia de la consideración

³⁰ HAYA DE LA TORRE VICTOR RAUL. Obras Completas. Espacio Tiempo Histórico Pág. 379. Edit. Juan Mejía Baca. Lima Perú. Tercera Edición 1984.

³¹ JORGE GUILLERMO FEDERICO HEGEL: *“Lecciones sobre filosofía de la historia Universal. Introducción Especial I.”*. Editorial Losada, Buenos Aires Argentina, 1951

reguladora y *sancionadora* del Estado, y el Estado representa la evolución histórica de un pueblo, es decir, su acceso al grado de civilización a través de la forma mas excelsa de organización; y si la historia propiamente dicha de un pueblo “*comienza cuando este pueblo se eleva a su consciencia*”³² y si el Derecho Penal constituye en su perspectiva defensiva y de auto composición social a través de la pena, una suerte de individualidad histórica de cada pueblo y esta se separa en el Espacio y en el Tiempo en el que actúan la conexión entre lo espiritual y lo natural, el temperamento, la cultura y la historia, etc.; entonces el legado de ideas y propuestas universales que la historia deja al porvenir como el derecho penal, tienen que reflejar necesariamente *la consciencia histórica de cada pueblo*, como consciencia de su espacio y de su Tiempo. Y es con la ayuda de la nueva formulación de estos conceptos aportados por el Relativismo científico a la filosofía de nuestro tiempo es que es posible el primer intento de la tesis que postulamos sobre la comprensión relativa del delito y su influencia en la determinación de la pena en los sujetos trasgresores de la ley penal y sancionados por el delito de violación sexual provenientes de las comunidades campesinas y zonas alto andinas de Ancash. Un Derecho Penal que sea expresión inseparable del movimiento evolutivo de cada pueblo o grupo social dentro de un campo gravitacional o escenario de la historia. Así y solo Allí será posible ubicar el proceso de formación

³² JORGE GUILLERMO FEDERICO HEGEL. Tomo II División de la Historia Universal. Editorial Losada Buenos Aires, Argentina, 1957

del derecho penal dentro de un cuadro mundial de interpretaciones relativas inseparables e indeliguables de sus determinaciones espacio-temporales. Así parece también más lógica, coherente y proporcional la aplicación del derecho penal y la determinación de la pena considerando los tantos espacios tiempos históricos como campos de observación y de aplicación ofrezca.

Lo cierto es que la utilidad práctica del derecho penal depende que a través de sus elementos normativos, sus conceptos y teorías, refleje exactamente la realidad objetiva del depositario de la referida norma, en sus diversas formas y modalidades, la cual solo se puede probar mediante la verificación en la realidad, y no en un mundo de abstracción.

Ahora se plantea el problema de si el conocimiento que tenemos sobre el delito y su estructura e implicancias es relativo o absoluto. Al respecto se sostiene que la propia verdad objetiva que encierran los tipos penales aparecen, en realidad, en la forma de verdad relativa, en el sentido de que todo conocimiento - y el derecho en sus múltiples expresiones y/o manifestaciones no deja de serlo – es producto cultural de un momento dado, no es completo y exhaustivo sino relativo y, al mismo tiempo, no deja de expresar exigencias e imperativos validos solo para un espacio tiempo histórico determinado³³

³³ FEUERBACH, Luis. *"Contribución a la crítica de la Filosofía de Hegel"*, Editorial Progreso, Moscú, 1839

Desde este punto de vista se puede apreciar que el derecho penal a través de la tutela de determinados bienes jurídicos no expresa la realidad objetiva única y universal ni agota ese propósito en un solo acto, sino en sucesivos actos, por cuanto el ser humano – sujeto activo y pasivo que le da consistencia y constituye el *arge* de lo punitivo, se va adentrando en ese universo criminógeno y criminalizable de manera progresiva y en función al escenario donde se desenvuelve y la experiencia que le toca vivir, por lo que el Derecho Penal no puede pretender establecer la tesis de una propuesta sancionadora total, globalizante y definitiva dado que la misma realidad que en sus múltiples manifestaciones (sociedad, valores, y norma) es fuente de derecho; resulta siendo dinámica, se modifica constantemente o periódicamente; en consecuencia, un Derecho penal con mensajes dogmáticos y absolutos devienen en alternativas de organización, incoherentes y carentes de contenido ético y finalmente resultan lesivos al propósito que busca toda norma que es la paz social. Por esa razón no se puede concebir un Derecho Penal que pretenda expresar “mensajes” totalizadores y definitivamente concluidos, particularmente, por tratarse de un producto social, reiteramos que nace y se expresa en una realidad social, donde los factores que la condicionan, preforman y le dan sustento, son eminentemente dinámicos.

De lo expuesto se establece que en un determinado espacio y tiempo, el contenido del derecho penal puede reflejar una verdad relativa y

absoluta a la vez, pero, en otras circunstancias socio históricas puede carecer de valor científico. En este sentido se puede decir que el derecho penal y su conocimiento tienen necesariamente que ser relativos al lugar y al tiempo donde se plasma, como el reflejo de su realidad. Sobre esta cuestión, la teoría de la relatividad, formulada por Albert Einstein ha puesto al descubierto las formas concretas de los nexos del espacio y tiempo con la materia y de los fenómenos entre si, por lo que se ha concluido sosteniendo que todo conocimiento como el derecho penal solo expresa la verdad relativa en una situación dada³⁴

En consecuencia, independientemente de que atribuyamos la fuerza motriz del desarrollo social a lo socio económico o a lo jurídico, no podemos negar que estos dos elementos no son sino aspectos de un mismo problema; se encuentran entrañablemente entrelazados, se implican mutuamente y existe entre ellos una cierta interacción cuya naturaleza es preciso aclarar. Un cierto tipo de sociedad exige un cierto tipo de derecho y viceversa. Y el desplazamiento entre estos dos aspectos de la vida social produce disfunciones que repercuten a todo nivel.

Relativismo y sociedad

El relativismo cultural considera por tanto totalmente errónea la idea de creer superiores a algunas culturas, como de hecho se han considerado y consideran entre diferentes círculos la cultura greco-

³⁴ EINSTEIN, Albert: "*La teoría de la relatividad*". Editorial BOSCH, Alemania, 1845-1952.

romana, la mesoamericana-azteca, la cultura maya, la judeo-cristiana, china, etcétera, desde el punto de vista de los valores que promueven. Además, el relativismo cultural nos alerta de que nuestras tendencias e inclinaciones están condicionadas por lo que hemos aprendido en el medio social en el que nos criamos, y pretende con ello incitarnos a mantener una postura accesible, dejando de lado la presunción de que lo que nosotros pensamos y hacemos es lo correcto.

El relativismo cultural es la actitud o punto de vista por el que se analiza el mundo de acuerdo con los parámetros propios de cada cultura.[1] Su filosofía defiende la validez y riqueza de todo sistema cultural y niega cualquier valoración absolutista moral o ética de los mismos. Se opone al etnocentrismo y al universalismo cultural —de carácter positivista— que afirma la existencia de valores, juicios morales y comportamientos con valor absoluto y, además, aplicables a toda la humanidad. El etnocentrismo suele implicar la creencia de que el grupo étnico propio es el más importante, o que algunos o todos los aspectos de la cultura propia sean superiores a los de otras culturas. Este hecho se refleja por ejemplo en los exónimos peyorativos que se dan a otros grupos y en los autótonimos positivos que el grupo se aplica así mismo. Dentro de esta ideología, los individuos juzgan a otros grupos en relación a su propia cultura o grupo particular, especialmente en lo referido al lenguaje, las costumbres, comportamientos, religión y creencias. Dichas

diferencias suelen ser las que establecen la identidad cultural.

“Para descubrir cuál es el concepto de Derecho vigente en la época actual se requiere conocer las características de la sociedad actual. En esta forma, comprenderemos mejor qué es lo que los factores sociales, económicos, políticos, etc. exigen del derecho, que rol le piden que cumpla; y a su vez, en qué medida la acción del derecho modifica tales factores sociales. En otras palabras, lo que se busca es plantear la problemática de una teoría del derecho en el interior de una teoría de la sociedad”.³⁵

En consecuencia independientemente de que atribuyamos la fuerza motriz del desarrollo social a lo socio económico o a lo jurídico, no podemos negar que estos dos elementos no son sino aspectos de un mismo problema; se encuentran entrañablemente entrelazados, se implican mutuamente y existe entre ellos una cierta interacción cuya naturaleza es preciso aclarar. Un cierto tipo de sociedad exige un cierto tipo de Derecho y viceversa. Y el desplazamiento entre estos dos aspectos de la vida social produce disfunciones que repercuten a todo nivel.

Relativismo y elementos normativos del derecho.

Por supuesto es posible imaginarse una sociedad sin legislatura, sin cortes ni funcionarios de ningún tipo. En realidad hay muchos estudios de comunidades primitivas que no solamente demuestran

³⁵ DE TRAZEGNIES, FERNANDO “*Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho. Materiales de enseñanza de la Facultad de Derecho*”. Editada por la Oficina de Publicaciones para la Docencia e impresa en la Imprenta de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Perú. Julio de 1988. Pág. 16.

que esta posibilidad se presenta en la realidad sino que pintan en detalle la vida de sociedades donde el único medio de control social es la actitud general del grupo con relación a sus propios patrones de conducta en los términos de lo que hemos caracterizado como reglas de obligación”.³⁶

“Entre tanto, recordemos que el valor, como el tiempo, es un concepto *relativo*: que se encontrara que todas nuestra veintiuna sociedades si las medimos por las sociedades primitivas, han realizado un buen trabajo; y se encontrara que ninguna de ellas, si las medimos por un patrón ideal, esta en condiciones de tirar la primera piedra a las demás”³⁷.

“Otros elementos del sistema son culturales. Estos son los valores y actitudes que constituyen la argamasa del sistema y que determina el lugar del sistema jurídico dentro de la cultura de la sociedad entendida como un todo. ¿Que piensa la gente del derecho?, ¿Hay respeto por la Ley, por el gobierno, por la tradición?, ¿Cuál es la relación entre la estructura de clase y el uso o no de Instituciones jurídicas?, ¿Qué controles sociales informales existen además de o en vez de los controles formales?, ¿Quién prefiere que clase de control y porque?. Estos aspectos del derecho-la cultura jurídica-influencian todo el sistema jurídico”.³⁸

³⁶ HART, H.L.A. El Concepto de Derecho. At the Clarendon Press. Oxford, 1961, pp. 89.96.

³⁷ ARNOLD TOYNBEE. Estudio de la Historia. EMECE EDITORES S.A. Buenos Aires 1952.

³⁸ FRIEDMAN, LAURENCE M. “*Cultura Jurídica y estructura social*”. Escrito en colaboración con Macaulay S. Una publicación del “Instituto de Ciencias y Derecho” Bobbs-Merrill, USA, 1969, PP.1000-4, 1006-8.

2.2.4. . COMPRENSIÓN RELATIVA DEL DELITO A PARTIR DEL HOMBRE Y SUS CIRCUNSTANCIAS EXISTENCIALES.³⁹

En el planteamiento general del tema referido al Relativismo en la comprensión del delito surge como primera dificultad la *autoría* como elemento consustancial del hecho criminoso.

Este aspecto de la *autoría* se ha sustentado en posiciones doctrinarias distintas muchas veces contradictorias, sin embargo todas las corrientes del pensamiento filosófico han coincidido en asimilar en una unidad indivisible como elementos de la acción: *al hombre*, como sujeto activo del hecho; la *conducta* como voluntad dirigida a un fin; el *propósito* como la racionalización del efecto deseado con la actividad ilícita y finalmente la *acción* como el *dominio pleno del propósito querido en sujeción estricta a las circunstancias que le toca vivir, enfrentar y contrastar*. Por tratarse de una exposición desde el balcón filosófico, en el presente no vamos a hacer las aclaraciones sobre los diferentes alcances de la autoría y sus variantes (autoría mediata, inmediata); participación y co autoría, por corresponder esta a las distinciones típicas, sino a esa actividad humana propia e intransferible llamada: *ACCION, es decir a aquel dominio pleno del propósito querido en sujeción estricta a las circunstancias que le toca vivir, enfrentar y contrastar*.

³⁹ 1) Basado en el compendio de "Historia de la Filosofía Moderna" (Desde el Renacimiento hasta schopenhauer) de Friedrich Jodl. Edición Póstuma a cargo del Dr. Kart Rosentz, profesor agregado de la Universidad de Viena. Editorial Losada S.A. Buenos Aires 1951

2.2.5. CONCEPTOS FILOSOFICOS DEL RELATIVISMO.

El relativismo mantiene que existen muchas "verdades" o formas de conceptualizar ciertos hechos sociales, en general incompatibles entre ellas. En cuestiones humanas y sociales se reconocen tres formas básicas de relativismo:

- a) Cognitivo
- b) Moral
- c) Cultural

Es conveniente tratarlos juntos ya que se hallan estrechamente vinculados. Por ejemplo el relativismo lingüístico considera que existen interrelaciones entre el nivel cognitivo, el nivel cultural y la lengua materna de una persona. Incluso, quienes se adhieren a uno de ellos, generalmente se adhieren también a los restantes, mientras que quienes los rechazan, lo hacen en forma conjunta. O. Spengler escribió: "Toda cultura tiene su propio criterio, en el cual comienza y termina su validez. No existe moral universal de ninguna naturaleza".

En el primer caso, admitiendo su veracidad, se niega la verdad absoluta, por lo que no existiría interés por buscarla. En el segundo caso se niega la existencia del Bien objetivo, por lo que habría que borrar a la Ética como actividad intelectual que busca un camino para alcanzarlo. En el tercer caso, no existiría una cultura mejor que otra, por lo que tampoco deberíamos esmerarnos por buscarla. Algunos autores estiman que, en el nivel epistemológico, el

relativismo surge de una actitud escéptica, mientras que en el nivel moral surge de una actitud cínica.

Hay varias razones por las que algunos autores consideran adecuado el relativismo. Se pueden destacar entre ellas:

- La influencia de elementos físicos, psicológicos o culturales en las creencias de las personas;
- La observación de las muchas ideas o concepciones que tienen los distintos grupos o culturas;
- La observación del cambio de ideas a través del tiempo.

Todo ello puede favorecer la convicción de que realmente es imposible dejar de lado la subjetividad en la adquisición de la verdad y de la concepción del mundo. No hay que confundir dos teorías muy próximas pero distintas, el relativismo y el escepticismo: el escéptico afirma que no cabe conocimiento alguno, el relativista que sí es posible el conocimiento pero que éste es relativo a las personas y que por lo tanto pueden existir muchas verdades respecto de las mismas cosas.

Cabe ser relativista en relación a ciertos géneros de realidades y objetivista respecto de otras. Por ejemplo, muchas personas parecen aceptar puntos de vista relativistas respecto de los valores morales, pero no respecto del conocimiento del mundo físico. El relativismo más radical es el relativismo individual y referido a la totalidad de los conocimientos humanos.

Sócrates y Platón consideraron inadmisibles el punto de vista relativista, tanto por sus consecuencias en el plano moral y político como porque, según ellos, es una teoría absurda y que hace imposible el conocimiento.

Aristóteles nos ofrece una de las posibles críticas (por reducción al absurdo) al relativismo de los sofistas.

"La doctrina de Protágoras parte del mismo principio (...). En efecto, si todo lo que pensamos, si todo lo que nos aparece, es la verdad, es preciso que todo sea al mismo tiempo verdadero y falso. La mayor parte de los hombres piensan diferentemente los unos de los otros; y los que no participan de nuestras opiniones los consideramos que están en el error. La misma cosa es por lo tanto y no es. Y si así sucede, es necesario que todo lo que aparece sea la verdad; porque los que están en el error y los que dicen verdad, tienen opiniones contrarias. Si las cosas son como acaba de decirse todas igualmente dirán la verdad".⁴⁰

Relativismo cultural y moral

Artículo principal: *Relativismo cultural*.

Se plantea el problema del relativismo cultural, cuando afirmamos que la diversidad de ideas y valores entre las distintas sociedades es irreducible; no se puede juzgar un elemento cultural desde otra sociedad, lo único importante es que tenga sentido dentro de esa cultura.

⁴⁰ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Libro Cuarto, V (Biblioteca Filosófica. "Obras filosóficas de Aristóteles". Volumen 10. Traducción: Patricio de Azcárate)

El relativismo cultural llega a afectar seriamente la moral como usos y costumbres, magnificando el concepto: *no hay una verdad absoluta y ésta depende de cada individuo en un espacio o tiempo concreto o intereses*. Según estas posturas, cada afirmación moral depende de convenciones de las personas de esa cultura, y no puede ser cuestionada.

Sus defensores afirman que el relativismo salvaguarda la subjetividad y promueve el respeto hacia opiniones diversas y culturas distintas.

Sus detractores afirman la necesidad de asumir la existencia de verdades reales, objetivas, válidas para toda cultura. Se afirma asimismo que la verdad está ligada a la práctica, y que la acción concreta exige valorar el acierto o el error como algo real, no relativo. Una salida dura al relativismo es el positivismo como metodología de la objetividad para teorías verificables, para evitar la *relativización del acceso a la verdad*. Un nuevo principio incorporable al conocimiento científico es la relativización, no deseable como categoría o como marco, perfeccionando la percepción de las metodologías. La paradoja tolerancia - pluralidad contra uniformidad. También se afirma que es posible hallar una contradicción lógica interna en el concepto de relativismo: resulta imposible establecer como ley o verdad universal que todo es relativo, dado que entonces ese mismo postulado tendría el carácter de relativo, invalidándose a sí mismo. Asimismo, el relativismo en

materia moral se presenta en nuestros días como modelo superador en contraste con la idea de un grupo de normas de conducta de validez universal, y se le atribuye como virtud el promover la pacífica convivencia entre diferentes culturas promoviendo la tolerancia. A esta afirmación, la crítica opone la idea de que tolerar no significa un intercambio de ideas provechoso y enriquecedor que fomente la paz social, sino simplemente admitir sin discusión la coexistencia de numerosos, diferentes y frecuentemente opuestos sistemas de normas morales, lo cual dificulta la concordia y atenta contra el logro del bien común de la sociedad.⁴¹

El problema del Derecho como expresión civilizada de regulación social, adquiere especial actualidad en sociedades que han experimentado un desarrollo NO homogéneo, como el nuestro donde coexisten varios estadios de desarrollo social histórico y cultural. Si nos atenemos al apotegma Hegeliano de que “la historia propiamente dicha de un pueblo comienza cuando este pueblo se eleva a la consciencia”⁴², habría que reparar necesariamente en este detalle como punto de partida de nuestras reflexiones sobre el papel del Relativismo como postura Filosófica en la comprensión del delito en los sujetos activos del mismo cuyo lugar de procedencia se extiende a grandes sectores de la sociedad peruana: aquel referido a las comunidades andinas y/o campesinas de nuestra patria.

⁴¹ JAVIER ECHEGOYEN OLLETA. “*Historia de la Filosofía*”. Volumen 1: “*Filosofía Griega*”. Editorial Edinumen. Buenos Aires – Argentina.

⁴² JORGE GUILLERMO HEGEL. “*Historia de la Filosofía*”. Ediciones ESPASA CALPE Argentina, S.A.

La definición, comprensión y adherencia al derecho formal y/o oficial, resulta gnoseológica y prácticamente difícil, vale decir, un problema teórico. Si entendemos al derecho penal en sus múltiples clasificaciones como la positivización objetivada de un conjunto de intereses colectivos en pro de la protección de lo que se ha venido en llamar “bienes jurídicos”, cabría entonces plantearse la siguiente interrogante: ¿existen intereses objetivos consensuados?, ¿La protección de bienes jurídicos a través de la norma positivada puede expresar en la representación mental de los legisladores un contenido que sea independiente de sus apreciaciones circunstanciales?

Podría agregarse en este sentido dos citas expresivas del largo alcance de la visión Hegeliana cuando dice: *“cada pueblo vive un estado tan individual que debe resolver u resolverá siempre por sí mismo...Cada pueblo se halla en una relación tan singular, que las relaciones anteriores no son congruentes nunca con las posteriores, ya que las circunstancias resultan completamente distintas...Lo plástico en la Historia es una cosa bien diferente de las reflexiones extraídas de la historia”*⁴³.

Partiendo del supuesto de que el Derecho Penal representa el propósito regulador y sancionador del Estado en el marco de una prevención general, y/o especial, pretendiendo traducir en ella el espíritu defensivo de una época; cabría afirmar también que los *“distintos espíritus defensivos de los pueblos se separan en el*

⁴³ HAYA DE LA TORRE, Víctor Raúl. Obras Completas. “Espacio Tiempo Histórico” Pag 379. Edit. Juan Mejía Baca. Lima Perú. Tercera Edición 1984.

Espacio y en el Tiempo y en este respecto actúa el influjo de la conexión natural, de la conexión entre lo espiritual y lo natural, el temperamento, la historia, la cultura, etc.

Si el Derecho Penal es la inclusión en la historia de la consideración reguladora y sancionadora del Estado, y el Estado representa la evolución histórica de un pueblo, es decir, su acceso al grado de civilización a través de la forma mas excelsa de organización; y si la historia propiamente dicha de un pueblo “*comienza cuando este pueblo se eleva a su consciencia*”⁴⁴ y si el Derecho Penal constituye en su perspectiva defensiva y de auto composición social a través de la pena, una suerte de individualidad histórica de cada pueblo y esta se separa en el Espacio y en el Tiempo en el que actúan la conexión entre lo espiritual y lo natural, el temperamento, la cultura y la historia, etc.; entonces el legado de ideas y propuestas universales que la historia deja al porvenir como el derecho penal, tienen que reflejar necesariamente *la consciencia histórica de cada pueblo*, como consciencia de su espacio y de su Tiempo. Y es con la ayuda de la nueva formulación de estos conceptos aportados por el Relativismo científico a la filosofía de nuestro tiempo es que es posible el primer intento de la tesis que postulamos sobre la comprensión relativa del delito y su influencia en la determinación de la pena en los sujetos trasgresores de la ley penal y sancionados por el delito de violación sexual provenientes de las comunidades

⁴⁴ FEDERICO GUILLERMO HEGEL. “*Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*”. Tomo II . Editorial Losada. S.A. Buenos Aires Argentina, 1960 Pág., 257.

campesinas y zonas alto andinas de Ancash. Un Derecho Penal que sea expresión inseparable del movimiento evolutivo de cada pueblo o grupo social dentro de un campo gravitacional o escenario de la historia. Así y solo Allí será posible ubicar el proceso de formación del derecho penal dentro de un cuadro mundial de interpretaciones relativas inseparables e indesligables de sus determinaciones espacio-temporales. Así parece también más lógica, coherente y proporcional la aplicación del derecho penal y la determinación de la pena considerando los tantos espacios tiempos históricos como campos de observación y de aplicación ofrezca.

Lo cierto es que la utilidad práctica del derecho penal depende que a través de sus elementos normativos, sus conceptos y teorías, refleje exactamente la realidad objetiva del depositario de la referida norma, en sus diversas formas y modalidades, la cual solo se puede probar mediante la verificación en la realidad, y no en un mundo de abstracción.

Ahora se plantea el problema de si el conocimiento que tenemos sobre el delito y su estructura e implicancias es relativo o absoluto. Al respecto se sostiene que la propia verdad objetiva que encierran los tipos penales aparecen, en realidad, en la forma de verdad relativa, en el sentido de que todo conocimiento - y el derecho en sus múltiples expresiones y/o manifestaciones no deja de serlo - es producto cultural de un momento dado, no es completo y exhaustivo sino relativo y, al mismo tiempo, no deja de expresar exigencias e

imperativos validos solo para un espacio tiempo histórico determinado⁴⁵

Desde este punto de vista se puede apreciar que el derecho penal a través de la tutela de determinados bienes jurídicos no expresa la realidad objetiva única y universal ni agota ese propósito en un solo acto, sino en sucesivos actos, por cuanto el ser humano- sujeto activo y pasivo que le da consistencia y constituye el *arge* de lo punitivo- se va adentrando en ese universo criminógeno y criminalizable de manera progresiva y en función al escenario donde se desenvuelve y la experiencia que le toca vivir, por lo que el Derecho Penal no puede pretender establecer la tesis de una propuesta sancionadora total, globalizante y definitiva dado que la misma realidad que en sus múltiples manifestaciones (sociedad, valores, y norma) es fuente de derecho; resulta siendo dinámica, se modifica constantemente o periódicamente; en consecuencia, un Derecho penal con mensajes dogmáticos y absolutos devienen en alternativas de organización, incoherentes y carentes de contenido ético y finalmente resultan lesivos al propósito que busca toda norma que es la paz social. Por esa razón no se puede concebir un Derecho Penal que pretenda expresar “mensajes” totalizadores y definitivamente concluidos, particularmente, por tratarse de un producto social, reiteramos que nace y se expresa en una realidad social, donde los factores que la condicionan, preforman y le dan sustento, son eminentemente dinámicos.

⁴⁵ FEUERBACH, Luis. “*Contribución a la crítica de la Filosofía de Hegel*”. Alemania 1839

De lo expuesto se establece que en un determinado espacio y tiempo, el contenido del derecho penal puede reflejar una verdad relativa y absoluta a la vez, pero, en otras circunstancias socio históricas puede carecer de valor científico. En este sentido se puede decir que el derecho penal y su conocimiento tienen necesariamente que ser relativos al lugar y al tiempo donde se plasma, como el reflejo de su realidad. Sobre esta cuestión, la teoría de la relatividad, formulada por Albert Einstein ha puesto al descubierto las formas concretas de los nexos del espacio y tiempo con la materia y de los fenómenos entre si, por lo que se ha concluido sosteniendo que todo conocimiento como el derecho penal solo expresa la verdad relativa en una situación dada⁴⁶

Para descubrir cuál es el concepto de Derecho vigente en la época actual se requiere conocer las características de la sociedad actual. En esta forma, comprenderemos mejor qué es lo que los factores sociales, económicos, políticos, etc. exigen del derecho, que rol le pidan que cumpla; y a su vez, en que medida la acción del derecho modifica tales factores sociales. En otras palabras lo que se busca con el estudio previo de la sociedad en sus especiales características, es plantear la problemática de una teoría del derecho en el interior de una teoría de la sociedad.

En consecuencia, independientemente de que atribuyamos la fuerza motriz del desarrollo social a lo socio económico o a lo jurídico, no

⁴⁶ EINSTEIN, ALBERT: *"La teoría de la relatividad"*. Alemania, Editorial BOSCH, Alemania, 1845-1952.

podemos negar que estos dos elementos no son sino aspectos de un mismo problema; se encuentran entrañablemente entrelazados, se implican mutuamente y existe entre ellos una cierta interacción cuya naturaleza es preciso aclarar. Un cierto tipo de sociedad exige un cierto tipo de derecho y viceversa. Y el desplazamiento entre estos dos aspectos de la vida social produce disfunciones que repercuten a todo nivel.

Por supuesto que es posible imaginarse una sociedad sin legislatura, sin cortes ni funcionarios de ningún tipo. En realidad hay muchos estudios de comunidades primitivas que no solamente demuestran que esta posibilidad se presenta en la realidad sino que pintan en detalle la vida de sociedades donde el único medio de control social es la actitud general de grupo con relación a sus propios patrones de conducta en los términos de lo que ha venido en caracterizar como reglas de obligación.

Otros elementos del sistema son culturales. Estos son los valores y actitudes que constituyen la argamasa del sistema y que determinan el lugar del sistema jurídico dentro de la cultura de la sociedad entendida como un todo. ¿Qué piensa la gente del derecho?, hay respeto por la ley, por el gobierno, por la tradición?, etc. ¿Cual es la relación entre la estructura de clase y el uso o no de Instituciones Jurídicas? ¿Que controles sociales informales existen además de o en vez de los controles formales?, ¿Quién prefiere que clase de control y porque?. Estos aspectos del derecho – la cultura jurídica –

influyen todo el sistema jurídico relativizándola, por lo cual no podemos soslayarla.

2.2.6. LA DIMENSION SOCIO EXISTENCIAL DE LA CULPABILIDAD EN EL MARCO DE LA COMPRESION RELATIVA DEL DELITO

Cuando los supuestos que asume el Estado pretenden expresar una cultura bien integrada y en base a ello es diseñada su política de control social; los actos transgresores se convierten a menudo en *metamorfosis de desemejanza*.

La *DIMENSION SOCIO EXISTENCIAL* de la *CULPABILIDAD* implica, pues comprender que en el todo del comportamiento humano, la culpabilidad como elemento jurídico que fundamente y justifique la aplicación de la pena, *no es simplemente la suma de las partes sino el resultado de un único ordenamiento y de una única interrelación de las partes en su dimensión humana y social que han producido una nueva actividad llamada DELITO en un espacio tiempo histórico determinado.*

La dimensión socio existencial de la culpabilidad implica, pues, entender la conducta humana unida a un cuerpo de variedades y complicaciones que con gran acierto ha sido llamado por algunos: *el pequeño universo delictivo*, que no hace sino expresar la *experiencia volitiva* y la *experiencia social en íntima relación de reciprocidad*, *DANDO ORIGEN e influyendo continuamente a la CULPABILIDAD.*

La dimensión socio existencial de la punibilidad obliga a tomar en cuenta no solo los principios de lesividad y proporcionalidad sino también *la trascendencia social que ocasiona el delito*.

La atención de la culpabilidad en su dimensión socio-existencial al momento de determinar la pena importa *facilitar la auto constatación del Estado en materia de control social, con racionalidad y proporcionalidad*. Es por ello que el juzgador a través de la aplicación de la pena no puede buscar la acentuación de una restitución de la paz social o la sanción por la lesión de bienes jurídicos, ignorando todos los otros aspectos de la situación personal y existencial del sujeto activo del delito en función de las circunstancias espacio temporales que configuran y constituyen su universo experiencial.

Tan pronto como las teorías relativas del derecho penal que incorpora en su análisis los componentes sobre la dimensión socio existencial de la culpabilidad, la individualización de la pena y la proporcionalidad al hecho en su aplicación, sean asumidas plenamente por jueces filósofos y no burócratas operadores del Derecho - Jueces, Fiscales y Abogados -estaremos ante el baluarte de una correcta Administración de Justicia, lo que permitirá recuperar la fe en el Derecho y sus fines a partir de los instrumentos primarios de existencia.

2.2.7. ERROR DE PROHIBICION COMO ELEMENTO PERFORMANTE DE LA COMPRESION RELATIVA DEL DELITO.

EL ERROR DE PROHIBICIÓN.- Los registros bibliográficos sobre el tema son abundantes, sin embargo, el profesor José Hurtado Pozo refiere que quien denominó primero a este Instituto tal y como ha llegado hasta nosotros, fue, *Alexander Garf Zu Dohna* en el año de 1925.⁴⁷

El desarrollo doctrinario sobre el tema le debe a la legislación comparada, la justificación de sus especulaciones. Por ejemplo, destaca la regulación expresamente contenida sobre el *error de prohibición* en el Código Penal Alemán – párrafo 17 del Art. 6º, de lo que se señala también el Código Penal de Letonia que ha sido decisivo para que se produzca la regulación legal del *error de prohibición* anglosajón, primero según parece, en el proyecto alternativo de 1966 (párrafo 20) y después, en su actual texto, la Sentencia del Tribunal Federal del 18 de marzo de 1952 que, en su apartado V, resuelve el error sobre la *ilicitud invencible y vencible*, respectivamente. La sentencia señalada, en la parte pertinente, expresamente dice: “y el error sobre la prohibición legal, cuando es *insuperable*, excluye la culpabilidad, y siendo evitable, la reduce, sin

⁴⁷ JOSE HURTADO POZO. “*Métodos de resolución de casos penales*”, pág. 243. Contra la denominación “*error de prohibición*”, Quintano Repolles, cfr. Jiménez de Asus. Tratado. VI

*excluír, empero, el dolo con respecto a la acción*⁴⁸.

Así mismo el Código Penal Tipo para Latinoamérica ha regulado el *error de prohibición* en su artículo 28. Si bien correctamente admite la inculpabilidad del error invencible y la disminución de la pena si el error fuera vencible, sin embargo, mantiene como base del comportamiento el *dolo* como elemento de culpabilidad en estos dos casos.

2.2.8. ERROR SOBRE LA VALIDEZ DE UNA NORMA DE AUTORIZACIÓN.

Estamos ante este supuesto cuando el autor de una conducta antijurídica, cree que su comportamiento *está justificada* por la existencia de una norma de derecho que la autoriza (norma permisiva). JESCHECK llama a este supuesto “error de prohibición indirecto”⁴⁹, porque el autor no cree aquí que su conducta esté jurídicamente aprobada, sin embargo, en el caso concreto, desconoce la *antijuricidad de su conducta* en merito a una suposición errónea de una disposición legal prohibitiva. Un caso citable puede ser la de aquel que cree que es lícito matar a una persona gravemente enferma sin posibilidades de recuperarse, solo por el ruego que le hace; o bien la de la joven que ha sido violada y cree que es lícito practicarse un aborto en esas circunstancias.

⁴⁸ QUINTERO OLIVARES-Muñoz conde. Conferencias sobre la Reforma Penal de 1983, Pág. 39 y Sgtes

⁴⁹ JESCHECK...Ob. Cit. Pag 125

2.2.9. CLASES DE ERROR DE PROHIBICIÓN.

El error de prohibición puede ser considerado básicamente desde dos perspectivas:

- a) Según la exclusión o atenuación de la responsabilidad: invencible y vencible.
- b) Según el conocimiento o desconocimiento de la norma prohibitiva por parte del agente: directo e indirecto.

Si bien la mayoría de casos de error de prohibición se fundaran en la creencia de obrar justificadamente sin estarlo por parte del agente – por creer erróneamente en la existencia de una causa de justificación que ampare su conducta-, en los países de la Comunidad Andina (CAN) han de tener mayor incidencia los supuestos de error de prohibición directo en su variante del error de prohibición culturalmente condicionado, pues los grupos indígenas con costumbres y culturas propias son muy numerosos en dichos países.

El error de prohibición en el Ecuador podría encontrar su mejor utilidad como herramienta idónea para resolver problemas que son propios de la diversidad étnica nuestro país. Aquí el error de prohibición no refleja su lado dogmático ni su construcción jurídica compleja, sino su gran utilidad social. Me refiero al caso del indígena ecuatoriano, importante sector de nuestra población que se encuentra en una situación difícil ante la realidad penal y el duro tratamiento que se le imparte en las agencias judiciales.

El caso de los indígenas pone de manifiesto que el principio “error

juris nocet” es irrealizable. Es obvio, pues como podemos pretender si quiera exigir el conocimiento de la ley penal a quienes, por sus costumbres, organización social, valores y forma de vida les es imposible conocerla, peor comprenderla o asimilarla. No podemos esperar del indígena común el cumplimiento de la presunción del conocimiento del artículo tres ya que su prototipo social en algunos supuestos cumple un rol distinto del que las agencias judiciales esperan del sujeto común. Bien dice Roxin en su tratado que “en sentido jurídico un error de prohibición no solo es invencible cuando la formación de dudas (en el agente) era materialmente imposible, sino también cuando el sujeto poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, de modo que la actitud hacia el Derecho que se manifiesta en su error no precisa de sanción”. Es de esperarse que las personas pertenecientes a comunidades indígenas por lo general no puedan motivarse por muchas normas penales que no les han de ser exigibles siempre y cuando quede demostrado que dichas normas eran de comprensión e internalización imposible para ellos. El nivel de riesgo jurídicamente desaprobado les será muy reducido frente a la importancia que para ellos poseen conductas propias de su cultura.

Ejemplos de conductas propias de comunidades indígenas que podrían equivaler a injustos penalmente relevantes para el común denominador de los habitantes de Ecuador son:

- Casos en que indígenas utilizan sustancias prohibidas de

contenido estupefaciente o psicotrópico para elaborar sus mundialmente conocidos medicamentos “alternativos”, los mismos que provienen de recetas ancestrales propias de su cultura (Shamanes).

- Los indígenas de la comunidad Shuar, ubicada el sur del oriente ecuatoriano, que utilizaban el procedimiento ancestral consistente en la reducción de las cabezas de sus enemigos caídos en guerra.
- Hijos de un mismo padre, esto es, de descendencia pater lineal, están autorizados por la costumbre indígena de sus tribus a mantener relaciones incestuosas con sus medio hermanas –para la ley ecuatoriana igual hermanas- de diferente madre y sin importar su minoría de edad, etc.
- Los miembros de la comunidad indígena Ahuca, en el oriente ecuatoriano, tienen el convencimiento de que el hombre de piel blanca siempre los matará, de modo que para prevenir esta acción culturalmente supuesta y como mecanismo de defensa, se adelantan ofensivamente a un miembro de tez blanca al divisarlo.

El Estado ecuatoriano, por su mega diversidad étnica no puede permanecer aislado del tratamiento que debe tener el indígena en su juzgamiento y el error de prohibición brinda la posibilidad de conseguir fines más justos que determinen una solución pacífica a esta problemática. Es cierto que el código penal en su artículo veintinueve en sus numerales octavo y noveno contempla

circunstancias como la “rusticidad” y el “obrar impulsado por motivos de particular valor moral o social”, pero estas circunstancias no dejan de ser sólo atenuantes modificatorias de la pena y que de ser consideradas, únicamente logran disminuir la culpabilidad, con una reducción de la pena y por consiguiente, se mantiene el estatus de delincuente. Para este problema el error de prohibición es la herramienta disponible para su correcta apreciación y solución luego del estudio del caso concreto y con la posibilidad de ofrecer la exclusión total de la culpabilidad cuando el error sea inevitable. En este caso la incorporación del error de prohibición a nuestro ordenamiento jurídico equivaldría a poner un límite a eventuales arbitrariedades y abusos cometidos en ciertos juzgados y tribunales, para aspirar a una pena más justa o a la exclusión de la misma. El doctor Zambrano Pasquel en su proyecto de Código Penal para el Ecuador no descuida esta problemática y apela al conocimiento de la antijuridicidad como requisito indispensable para el juzgamiento de quien por su condición étnico cultural no puede asimilar que ha quebrantado un bien jurídico susceptible de protección penal.

Transcribo a continuación el artículo dieciocho de su proyecto:

Art. 18.- El que por razones de su pertenencia a una determinada etnia cultural o racial, adecua su conducta a una infracción penal, sin poder comprender la criminalidad o ilicitud de su comportamiento o determinarse de acuerdo con esa comprensión, estará exento de responsabilidad penal.

Si la posibilidad de comprender la criminalidad o ilicitud del comportamiento o determinarse de acuerdo con esa comprensión, se encontrare disminuida por iguales razones, se atenuará la pena.⁵⁰

No hay lugar a dudas sobre el reconocimiento constitucional de la socialización diferenciada –en sentido étnico y cultural- propia del Ecuador. Esta particularidad supone la existencia de unos grupos sociales no minoritarios y de gran importancia inclusive en el ámbito político de la actualidad nacional. Imponer a estos grupos sociales que cuentan con normativa propia –no necesariamente escrita y no siempre del todo aceptable en muchos supuestos- que se remonta a una antigüedad inclusive anterior a la conformación de la República de Ecuador, el conocimiento presunto de todas las leyes penales, que a lo mejor ni los profesionales del derecho terminamos de abarcar en su totalidad, equivaldría a desconocer y desvalorar el patrimonio autóctono nacional que, guste o no, estas culturas representan. Los movimientos indígenas ecuatorianos ejemplifican con una claridad excepcional un modelo de socialización distinta, exótica o extraña. Dice Jakobs en su tratado “En la medida en que el autor pueda aportar razones especiales por la que se le dificulta la comprensión – mediante socialización en parte extraña- de lo ilícito, el error puede exculpar; de lo contrario, no”... “Lo que es un error sobre los fundamentos se determina no solo con arreglo a la norma en cuestión, sino también con arreglo al ámbito vital en que durante

⁵⁰ JAKOBS, Gunther. En Castellano “*Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*”. Traducción de JOAQUÍN COELLO Contreras y José Luis SERRANO GONZÁLES DE MURILLO. MARCIAL PONS, Madrid. 1997. Pág. 657

mucho tiempo se ha desenvuelto el autor”.

Dentro de los principios de limitación funcional de la mínima intervención penal establecidos por el desaparecido profesor de Saarbrücken, Alessandro Baratta, está el del respeto por las autonomías culturales que jamás puede descuidar el derecho penal. Este principio nos habla de la apreciación de ciertos comportamientos delictivos para la aceptación social de la mayoría y que sin embargo, pueden adquirir otra significación en otro grupo social o subcultura. Los postulados que de este principio se derivan son consecuencia directa del principio de intervención mínima del derecho penal que concibe a la sociedad no solo como “igualitaria, sino antitotalitaria”. Eugenio Zaffaroni al respecto señala que es una exigencia fundamental de un derecho penal respetuoso por los derechos humanos considerar la percepción específica de la realidad y valores de las minorías étnicas y de los grupos que representan culturas diferenciadas dentro de una determinada sociedad. No habrá para este autor necesidad de criminalización de ciertos comportamientos que puedan ser considerados normales en subculturas bien delimitadas .

Imaginemos las consecuencias negativas que el principio de presunción de conocimiento de la ley penal traería en la práctica cuando algún miembro de una comunidad indígena reconocida en el Ecuador alegue una situación de error de prohibición –caso muy posible atendiendo a la configuración social de estos grupos-. Negar

este postulado acarrearía un irrespeto a la condición de persona humana que detenta este individuo. Pensemos en el principio de dignidad humana desde su faz dinámica, que trae consigo una valoración acerca de “los comportamientos exteriorizados por la persona. De allí que, en este sentido, existan diferencias y distinciones que es posible hacer entre los hombres de acuerdo con criterios de idoneidad, moralidad, técnica, etc”. “El Estado, en consecuencia, debe garantizar “el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, igual derecho de los demás”.

Con todo lo expuesto en el presente subtema y sin agotar los puntos relativos a la dignidad humana presentes en los instrumentos internacionales de derechos humanos igualmente obligatorios para el Ecuador, tenemos fundamentos suficientes para la seria elaboración de una demanda ante el Tribunal Constitucional solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo tres del código penal del Ecuador. Solo con ese cometido este trabajo tendrá la utilidad que su autor desea en pro de un sistema penal ecuatoriano más justo. Con la inconstitucionalidad del artículo tres del código penal al menos se obtendrá un panorama favorable que se ajuste a las necesidades de nuestra cultura que es, cuando menos, en extremo diversa. El Ecuador, a medida que se desarrolla como Estado no puede permanecer alejado de un sistema punitivo indiferente ante la

situación de los pueblos indígenas, así como tampoco puede quedar anclado con un Código Penal que en alguna medida, no es acorde con la realidad nacional. El problema se agudizaba ante la ausencia de una jurisprudencia que dé lugar a interpretaciones actuales de los preceptos que se encuentran en el código —este problema habría quedado solucionado en la actualidad y para el futuro es de esperar de la Corte Suprema fallos de gran calidad científica, luego de que en el año 2005 se eligió a una Corte Suprema tras un proceso transparente de selección de los Magistrados de acuerdo con sus meritos-. Cabe mencionar el “Proyecto de Nuevo Código Penal para el Ecuador” que en 1997 elaboró el actual juez de la Corte Suprema de Justicia, Alfonso Zambrano Pasquel. En este proyecto el error de prohibición es regulado en sus artículos diecisiete y dieciocho (éste último, aplicable a grupos indígenas y que se analiza en el siguiente punto) a partir de los fundamentos de la teoría de la culpabilidad como vertiente correcta para revisar los supuestos de error de prohibición:

Art. 17.- El error invencible o insuperable sobre la existencia, sentido o alcances de las circunstancias que fundan la ilicitud, excluye la responsabilidad penal.

Si el error de prohibición fuere vencible o superable se atenuará la pena.

Error invencible y vencible.- El texto del Código penal da un tratamiento distinto a los errores invencibles y vencibles pues

mientras este únicamente disminuye la responsabilidad y la determinación de la pena; aquel la excluye. Lo importante entonces es establecer cuando el error es de una u otra clase, pero como no se pueden emplear criterios estables para determinar si en el caso concreto el agente fue o no capaz de conocer lo antijurídico de su comportamiento, por regla general se tiene como vencible el error que estuvo en la posibilidad de ser superado por el sujeto.

Por otra parte, se tiene como error invencible aquel en donde al sujeto no le fue exigible superar el error ya sea por las circunstancias en que se desarrollo el hecho o por las condiciones personales del agente.

A un hombre de mediana cultura física y psíquicamente sano, por ejemplo le es exigible motivarse por una norma prohibitiva porque se *presume* que conoció los alcances del mismo. No así en cambio a otra persona que adolece de alguna anomalía física y/o psicológica o porque sus costumbres y usos le determinaron un comportamiento diferente al oficialmente esperado.

Error directo.- Será directo el error sobre la ilicitud de un comportamiento cuando el sujeto desconoce el contenido de la norma penal. Puede suceder incluso que tenga un conocimiento completo de la norma pero que, por razones ulteriores, no la crea vigente. En este último caso, como en el anterior, procederá la aplicación de las reglas de prohibición.

Error indirecto.- Se recae en esta clase de error cuando el sujeto cree

que su comportamiento está amparado por una norma que lo beneficia y lo justifica o cuando actúa justificándose en un estado de necesidad propia o de terceros o de legítima defensa ante un peligro inminente. Por ejemplo, si alguien mata al ganado enfermo de su vecino en la creencia que de esta forma está evitando el contagio masivo de los ganados sanos, convencido de que las leyes permiten este comportamiento; o quien repele una supuesta agresión ilegítima en la convicción de que se actuaba en legítima defensa cuando en realidad su “adversario” solo fingió agredirlo.

2.2.10. EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.

En la legislación peruana existe error de prohibición no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho. Esta regulación diferenciadora recoge el Art. 14° del Código Penal:

“1 El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.”

“2 El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.

“3 El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error

*fuera vencible, se aplicara la pena inferiores uno o dos grados”.*⁵¹

El artículo 14 ofrece, pues, un marco para los errores individuales que inciden en la responsabilidad criminal y, por tanto, son relevante para la misma. Los errores que no son encuadrables en alguno de los apartados que aparecen en este artículo, no son, por consiguiente relevantes en cuanto a responsabilidad penal.

Según nuestro código penal, una vez admitida la relevancia del *error*, hay que determinar cuál de las conduencias jurídicas previstas en el precitado artículo 14 es aplicable a cada caso. Determinar la distinción entre *error de tipo* y *error de prohibición* es sumamente importante para efectos de la correcta y objetiva aplicación penal en el marco de la comprensión relativa del delito. Evidentemente no es lo mismo castigar por un delito doloso a quien actuó con imprudencia, en el marco de un error vencible y por ende, la pena deberá ser atenuada necesariamente. Precisamente las distintas situaciones con consecuencias diferentes son las que obligan a decidir cuál debe ser el error que debe ser encuadrada en una u otra categoría, es decir, en la categoría normativa – error de tipo – o en la categoría de los presupuestos objetivos de una causa de justificación – error de prohibición, que son a las que se refiere el Art. 14 del Código Penal.

El problema interpretativo que hay que resolver es determinar qué

⁵¹ Régimen Penal Peruano. Eruditos Prácticos Legis. Febrero 2007, Editorial LEGIS, Lima Perú.

grupos de casos hay que tratar conforme al primer y segundo párrafo (error de tipo o sobre el elemento cualificante) y cuales conforme al tercer párrafo del artículo 14 (error de prohibición).

En el mismo orden de ideas podemos citar el siguiente ejemplo esclarecedor:

“El que en una cacería confunde a otro cazador con un animal de caza, actúa claramente en un error sobre un elemento esencial integrante del delito de homicidio, es decir, del tipo objetivo de ese delito: *matar a otro*, quedando excluida la imputación a título de dolo (por faltar el elemento esencial del mismo)”.

En resumen, el error de prohibición tanto si es directo (sobre la existencia de la norma prohibitiva), como si es indirecto (sobre la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación, no inciden en la configuración típica, dolosa o imprudente, del delito, *sino en la culpabilidad del autor del concreto tipo delictivo que haya realizado*.

Sin embargo, este principio, que viene desde el Derecho Romano – *ignorantia legis non excusa*” Título I, Ley 20 Libro XXII del Digesto⁵², ha sido *relativizada* en su aplicación, en el sentido de admitir situaciones y circunstancias excepcionales que pueden excluir o disminuir el grado de culpabilidad de un sujeto trasgresor; esto en razón a que sería absurdo exigir de todos los ciudadanos el mismo conocimiento del derecho positivo, aun sabiendo que esto es humana

⁵² HANS HENRICH, Jescheck. “*Tratado de Derecho Penal parte General*”. Traducción de Miguel Olmedo Cardenote. Granada España. Editorial Comares

y materialmente imposible, por cuanto la persona por su condición de ser social está sujeta a una serie de variables de adaptabilidad como grado cultural, nivel socio económico, jerarquías en su organización, etc. lo que le impide una uniforme comprensión del ordenamiento jurídico penal formal.

Se entiende que con el principio de publicidad de las leyes se espera que la norma positiva deba ser conocida por todos sin excepción, pero también es cierto que las formas como el Estado implementa el control social no se elabora en abstracto, sino que debe tomar en cuenta a la persona en toda su dimensión social y existencial que como hemos indicado está sujeta a una serie de factores condicionantes que lo convierte en depositario desigual de la norma. De allí que se justifique plenamente la incorporación en la dogmática penal el *error de comprensión* y complementariamente, *el error de comprensión culturalmente condicionado*. Estas categorías jurídico penales se convierten así en el principal soporte conceptual para la relativización del conocimiento de los mandatos y prohibiciones de la estructura jurídico positiva y consecuentemente de la graduación en la determinación penal en función a la individualización de esta en la exacta proporción al hecho y en atención a la extensión de la culpabilidad.

La fórmula legal mediante el cual el sujeto que conoce la norma prohibitiva pero que no está en la posibilidad de entender los

alcances del mismo, entre otros factores por razones de carácter cultural; se encuentra, pues, por regla general exenta de *reprobabilidad* penal.

Nadie duda de que la relación de dependencia entre la norma y el sujeto se establece no solo con el conocimiento de la norma por el sujeto sino fundamentalmente con la internacionalización de éste, de los efectos de la norma prohibitiva, por lo que, podemos concluir señalando que cuando esta relación de vinculación entre: sujeto cognoscente, norma prohibitiva y conciencia de los alcances de la norma prohibitiva por parte del sujeto, es interrumpida, estaríamos ante el surgimiento de un estatus de exculpación y/o atenuación de los efectos de la ley, con lo que se estaría evidenciando, sin duda una tendencia democrática del derecho donde la norma jurídica positiva no se convierta en un fin en si mismo sino en un medio para la consecución de la paz social.

Al conceder relevancia al error de prohibición como elemento performante de la Comprensión relativa del delito, el moderno Estado social y democrático de derecho, a diferencia de los estados autoritarios y dictatoriales, comprenden la necesidad de relativizar los ámbitos de relevancia de las imposiciones normativas, debiendo aclarar finalmente que exonerar la responsabilidad penal por alguna de las formas de error de prohibición que hemos visto, no exime a su autor de la necesaria *responsabilidad civil* que le corresponde como autor del hecho, tampoco implica el reconocimiento y la imposición

de las creencias y opiniones individuales ya que ello implicaría que las normas están sujetas en cuanto a su cumplimiento al albedrío de cada individuo. El derecho punitivo como reguladora de relaciones sociales, hay que entenderlo con claridad, es expresión del estado y se ubica por encima de los intereses particulares y el error de prohibición en sus diferentes modalidades no hacen sino factibilizar su aplicación con racionalidad justificable.

2.2.11. LA CRISIS DEL PRINCIPIO QUE EL ERROR DEL DERECHO NO EXCUSA A NADIE.

En un principio se sostuvo que el error sobre la prohibición no debería ser relevante penalmente en ningún caso – *error iuris nocet* - . En ese sentido, se ha defendido la tesis de que la ignorancia de las leyes no exime a nadie de su cumplimiento ni mucho menos de sus efectos punitivos. Sin embargo ello ha entrado en crisis al admitirse que muchas veces el hombre frente al misterio de lo desconocido – mecanismo formal de control social implementado por el Estado, por la ubicación en otra dimensión de lugar, de espacio, de tiempo y de historia en que se hallan, desconocen ciertamente el universo jurídico formal con todos sus componentes de elementos normativos y de tipo, por haber sido estas, creados en otras dimensiones espacio temporales y es sobre esas “circunstancias”, supuestos y escenarios desconocidos para el hombre proveniente de las comunidades campesinas y/o alto andinas, es donde el Derecho Punitivo formal asienta su supremo poder. Admitir que el error de Derecho no excusa

a nadie, implica tan bien admitir que es posible un desplazamiento y abstracción elementales en la noción del tiempo y del Espacio, más allá del mundo del que se participa hacia el “otro mundo”. Esto está bien para las mitologías, para las concepciones religiosas, pero no para el derecho penal que por antonomasia nace a partir del hombre y sus sucesos *circunsta- existenciales* y se agotan en él, es decir que son intransferibles bajo ningún concepto. No olvidemos que el Derecho – para utilizar una expresión de Arnold Toymbee- es una expresión de los múltiples “campos inteligibles de la historia” y esta expresión, el Derecho punitivos y sancionador formal; gesta y moviliza el desarrollo de una cultura como una expresión social de su consciencia del Espacio y del Tiempo, y está gobernada por las tendencias dominantes del tiempo y del lugar⁵³ exigir al hombre, entonces, un conocimiento más allá de ese “campo” espacio – tiempo- histórico que forman y delimitan su “consciencia histórica” sería convertirlo sin duda en personaje de mitología.

2.2.12. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REALIDAD COMO ESCENARIO DE FUNCIÓN PUNITIVA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE ANCASH.

Actualmente en el Distrito Judicial de Ancash se presentan miles de delitos, las mismas que varían entre aquellos considerados leves hasta los catalogados como graves; sin embargo, incluso dentro de estas sub. Categorías existen muchas conductas que si bien han sido

⁵³ ARNOLD TOYMBEE. “*Estudio de la Historia*”. Fondo de Cultura Económica –México. 3ra Edición. 1952, Pág. 134

adecuadas a determinado tipo penal, no son idénticos, pues en atención a las circunstancias en las que estas se produjeron y los móviles que la inspiraron, aperturan un abanico de posibilidades para la determinación y aplicación de la pena.

Si bien el Estado tiene el monopolio excluyente de la imposición de la pena, esta no se aplica en abstracto, toda vez que no debemos olvidar que la conducta delictiva es la expresión de un acto humano sujeto a múltiples factores determinantes por lo que su evaluación y tratamiento debe adecuarse no solo a las circunstancias y móviles objetivos que constituyen el escenario criminógeno sino a la naturaleza intrínseca de la personalidad humana. En ese sentido, de un número determinado de hechos catalogados como violación sexual, por ejemplo, se observa que estos no participan de idénticas circunstancias ni se ejecutan con *iter criminis* estandarizados, por lo que las penas no pueden determinarse ignorando la particularidad de cada caso, de modo mecánico y estandarizado, como suele suceder en las sentencias que se emiten a diario en los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Ancash.

De la lectura de las sentencias se pueden establecer que si bien cumplen con las formalidades previstas, Parecieran, sin embargo, seguir un único formato de exposición en forma y fondo en donde solo varía el nombre del autor, los escenarios, las fechas de comisión delictiva y el *quantum* de la pena aplicada; sin embargo el origen del problema estriba en la pobreza de las motivaciones, en la ausencia de

conocimientos de los principios generales y una visión panorámica del sistema jurídico penal. En ese sentido es muy marcado el influjo ejercido por el “voluntarismo” sin antecedente doctrinario de los magistrados y jueces en la Corte Superior de Justicia de Ancash, cuyos *supuestos teóricos* de por sí discutibles, abusivamente son impuestas al plano jurídico y a la función jurisdiccional por los actuales operadores del sistema judicial en Ancash.

Cabe acentuar que las motivaciones de las Resoluciones Judiciales no son respaldadas por la formulación de Principios generales que le den validez a sus construcciones jurídicas sino por meras opiniones personales que se convierten a un tiempo en fuentes de error y causas en la mayoría de los casos de clamorosas injusticia al no reflejar la pena como “*expresión de la coerción estatal en el marco de un proceso de normalización expresada en el encierro Institucional*”, un mínimo proporcional con el hecho ilícito cometido.

La relevancia de los criterios de individualización Judicial de la pena exige por parte del juzgador la fundamentación de sus Resoluciones con sólidos argumentos descriptivos que enriquezcan las prescripciones normativas contenidas en el artículo 45° y 46° del Código Penal. De lo contrario se estaría creando una zona de riesgo que vulnera los derechos fundamentales de los procesados.

Así las cosas, las sentencias, si bien enunciativamente cuentan con

los requisitos establecidos para la individualización de la pena, parecieran ignorar el entorno social del cual proviene el delincuente, es decir, la dimensión cultural y social en donde se fueron gestando los elementos criminógenos que determinaron que relativizara necesariamente su comprensión del delito. Este último aspecto anunciado no es valorado en su exacta dimensión por los operadores del Sistema Judicial, de Ancash lo cual sumado a la deficiente labor de los abogados defensores, constituyen, hoy, en el Distrito Judicial de Ancash uno de los aspectos críticos y hartamente cuestionados.

La determinación de la pena debe incorporar en su razonamiento, el conocimiento pleno del hombre trasgresor y de su entorno socio existencial, más allá de los datos fríos consignados en el expediente los medios que den convicción al juzgador, pues, no debemos olvidar que el derecho penal es un derecho VIVO, aplicado a seres humanos y que dentro de un sistema democrático, las penas-que no son sino formas de determinación de relaciones sociales- deben ser revisados constantemente en sus bases y fines, hasta alcanzar en la practica el propósito de hacer de las penas no un fin en si mismo, sino un medio para la consecución de la paz social.

El esfuerzo de aplicar el concepto de PENA, bajo los alcances de la teoría de *prevención*, por situarse, la "*infracción punible*", en el escenario antropológico e incorporar elementos condicionantes en el contexto de una sociedad viva, solamente puede ser fructífero en un

grado limitado, es decir, en el grado de la *prevención especial*, y esto en razón a que los diferentes modos de vivir la criminalidad no son materia de distribución espacial o transmutación. Cuando esto no ocurre, resulta ocioso convertir en “principio” lo que en el mejor de los casos solo puede y debe tratarse de una *indefinida categoría empírica*, por lo que resulta de trascendental importancia lograr una verdadera individualización de la pena por parte del juez y que este se vea obligado a motivar en su resolución judicial porqué es realmente ésta y no otra la que le corresponde a determinado acusado por un determinado delito.

2.2.13. LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Ante la infracción de la norma penal se hace necesaria la imposición de una pena, y ello se debe hacer mediante un procedimiento de concreción de la misma. Este procedimiento tiene como antecedentes históricos las ideas de la Ilustración, el Movimiento Codificador y muy particularmente en la consagración del Principio de Legalidad de las Penas, desde entonces hasta nuestros días ha primado y se ha consolidado un sistema legalista en la determinación de la pena, teniendo como garantía fundamental brindarle seguridad jurídica a los ciudadanos como presupuesto indispensable en un Estado de Derecho.

Lo anterior no se opone en modo alguno a la tendencia que paulatinamente se ha ido abriendo hacia la concesión de un mayor arbitrio judicial en la individualización de la pena, pues al preverse

en ley un hecho sancionable como delito, ello es fruto de un proceso de abstracción, que no puede tener en cuenta lo sustancial y específico de un hecho y un individuo concreto, bajo circunstancias muy determinadas de tiempo, lugar y medios entre otros aspectos, de lo que si dispone el juez al momento de enjuiciar.

En tal sentido la Ley no puede diseñar la pena de forma abstracta, pues de hacerse así se vulneraría el principio de igualdad, que exige tratar desigual a los casos desiguales y por ello la pena ha de estar abierta a que una gama de datos tengan su reflejo en la misma cualquiera que sea el momento de su concreción, existiendo entonces un equilibrio entre la ley y la conducta funcional del juzgador.

Entonces el Procedimiento de Aplicación y Determinación de la Pena debemos dividirlo metodológicamente en tres grandes fases:

- La Pena Legal Abstracta
- Concreción Legal
- Individualización Judicial

En la primera fase “La Pena Legal Abstracta”, prima básicamente un cariz legalista, pues el legislador señala en la Parte Especial con carácter general para cada delito, tanto la clase de pena como el quantum asignado a la misma, fijando de este modo el marco legal abstracto dirigido al autor de la infracción penal consumada y ello constituye un punto de partida, pues visto así sólo se tendrán en cuenta las penas principales y no las accesorias y alternativas que se prevén en la Parte General del Código Penal; en tal sentido la

averiguación de la pena legal abstracta suele ser rápida y directa, pues resulta ser la pena que establece la Ley para el delito, pero a veces se incluye también una concreción legal específica de la pena abstracta en función de la toma en consideración a determinados hechos, datos o circunstancias concurrentes, que cualifican o privilegian la infracción y en consecuencia, que aumentan o disminuyen la pena inicialmente prevista.

La Concreción Legal constituye la segunda fase en la determinación de la pena y tiene por objeto la concreción legal que se hace de la pena abstracta en atención a diversas características generalmente comunes a todas las infracciones penales. La norma, por ello, es que dichas características de concreción legal de la pena se encuentran incorporadas a la Parte General del Código, teniendo como referencias principales: el *inter criminis* del delito, el grado de participación de los sujetos intervinientes en el mismo, la comprensión que tuvieron de los alcances de su actuación criminógena en atención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

Respecto a estas características generales o comunes es nuevamente la ley la que prevé un efecto específico sobre la pena, que supone que la pena es legal abstractamente, tal y como la fija la ley para el delito, transformándose en una pena legal abstracto-concreta, pues continúa siendo una pena abstracta con límite mínimo y máximo, pero implica ya una serie de valoraciones que proceden de la propia

ley, sobre las características y modificaciones que la ley franquea. Estas modificaciones o cambios tienen que necesariamente afectar conjunta o alternativamente la determinación de la pena.

La tercera fase, Individualización Judicial, en la determinación de la pena finaliza conformándose una pena absolutamente concreta o definida, una pena sin márgenes ni marcos penales y por tanto una pena exacta. Esta tarea está encomendada por mandato constitucional a los jueces que partiendo de la pena abstracto – concreta deben individualizarla motivadamente, valorando desde el punto de vista de lo injusto, de la culpabilidad y de los fines de la pena, considerando además todas las demás circunstancias objetivas del hecho y las circunstancias existenciales del sujeto que todavía no han encontrado plasmación de la pena, y que son los que confieren al hecho su singularidad y al sujeto su individualidad.

Esto quiere decir que al margen de la libre apreciación o valoración de la prueba, en la fase de determinación de la pena legal abstracta, el juez tiene libertad para decidir, entre dos penas alternativas cuál elige, y en ocasiones también la imposición de una pena conjunta, del mismo modo cuando la ley señala que puede poner, aumentar o disminuir, si a esto se le añade que puede además suspender la ejecución de la pena y hasta cierto límite sustituir una pena por otra, nos encontramos en un escenario en el que existe cierto equilibrio entre el legalismo y el arbitrio judicial, pero la realidad nos demuestra que se hace necesario en aras de una mayor racionalidad

en la aplicación de las penas una ruptura de ese buscado equilibrio, concibiendo mayores posibilidades y flexibilidad al árbitro judicial, por eso nuestro estudio se va a circunscribir al análisis de esta tercera fase del proceso, la individualización judicial de la pena, donde se encuadra la tesis de la Relatividad en la comprensión del delito y su influencia en la determinación de la pena.

Dentro de la individualización judicial de la pena, la doctrina distingue entre la individualización judicial en sentido estricto y en sentido amplio. La primera se centra en la decisión sobre el tipo y la cantidad de pena que corresponde aplicar al autor de un hecho delictivo por la trasgresión culpable de un precepto penal.

La segunda comprende la decisión sobre la aplicación o no de la suspensión de la ejecución de la pena y otras sustitutivas penales.

De estos dos aspectos sólo nos concentraremos en el primero, es decir en la determinación de la pena por el juez cuando ya se encuentra ubicado dentro del marco específico que le ha predeterminado el legislador. Aquí se inicia, en efecto, una compleja y oscura labor jurisdiccional, en determinar cuál es la cuantía de la pena concreta que ha de atribuírsele al imputado dentro de los márgenes legales, labor en la que en ocasiones se opera con cierto decisionismo y escasa racionalidad.

Pretendemos introducir algunos márgenes de racionalidad y claridad en la zona quizás más oscura y críptica de las sentencias, donde todo se da ya por sobreentendido al quedarse el juez a solas con unos

parámetros legales notablemente amplios y ambiguos, nucleados sobre lo que el legislador denomina la gravedad del hecho y las circunstancias personales del imputado.

En la determinación del marco legal concreto ha de tenerse en cuenta la teoría de la pena que se mantenga. En cualquier caso, es claro que las posturas retribucionistas y la de prevención general negativa han de quedar a un lado. Es posible defender bien una solución de prevención especial, o una de la unión. La teoría de la prevención general positiva no es predicable en este momento procesal.

En efecto, como señala Gunter JAKOBS⁵⁴, en el momento de la ejecución de la pena, la teoría de la prevención general positiva no aporta nada y dicha ejecución ha de configurarse lo más eficazmente posible desde el punto de vista de la prevención especial. Y en este sentido, defiende que la prevención especial influye tanto cuando el legislador establece los marcos penales como a la hora de determinar el quantum concreto de la pena.

En relación con este momento, es decir, con la determinación del marco legal concreto, la doctrina mayoritaria, con la mirada puesta en la reinserción social del delincuente y con los límites de la culpabilidad, se inclina por las teorías de la prevención especial. Es decir defiende la postura elaborada por Roxin⁵⁵

Las teorías de la pena tienen que tener su correspondencia y obtener

⁵⁴ GÜNTHER, Jakobs. "Fundamentos del Derecho Penal", traducido. Cancio Meliá y Peñaranda Ramos. Buenos Aires, 1996, pág.9

⁵⁵ ROXIN. "Culpabilidad y Responsabilidad "como categorías sistemáticas jurídicas-penales", trad. PEÑA, Luzán. Problemas Básicos del Derecho Penal, Madrid, 1976, Pág. 200 y 85 (también traducido por Núñez Conde. Culpabilidad y Prevención del Derecho Penal, Madrid 1981, Pág. 57 y 55

un buen rendimiento a la hora de determinar la imposición de la pena, esto es, en el momento de individualizar la pena concreta que corresponde al autor.

Las teorías que se han manejado al respecto son: la teoría del ámbito de juego, la teoría del valor de la posición y la teoría de la pena exacta⁵⁶

2.2.14. TEORÍAS SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

La pena no es una imposición en abstracto de un castigo Institucional como respuesta a una conducta lesiva de bienes jurídicos o afrenta al orden social, según sea la postura ideológica al cual uno se adscriba. Como todo producto cultural - por eso su evolución en el tiempo a través de la adopción de diversas formas en su aplicación: pena de muerte, lapidación, ahorcamiento, privación de la libertad, restrictivas de derechos, etc., la pena tiene fines a los que está dirigido como expresión legitimada e Institucionalizada de castigo.

Los caminos que se han transitado en el tema de la determinación de la pena, han sido, según los estudiosos del derecho que la han desarrollado muy distintos y hasta opuestos en cuanto a los fines que a la pena se le ha atribuido.

Doctrinariamente son muchas las direcciones por la que ha transitado la pena a lo largo de los tiempos, de las cuales podemos destacar para efectos del tema las siguientes:

⁵⁶ Véase extensamente en Bacigalupo, La Individualización de la pena en la reforma penal, Rev. FDVC, 3/1980 pág. 55 y 82.

Teoría de la pena exacta.- para esta teoría no es posible admitir que exista un marco o una zona adecuada a la culpabilidad sino que la culpabilidad debe concretarse en un punto exacto. Éste y sólo éste es el contenido de pena adecuada a la culpabilidad del sujeto. El problema, evidentemente, es el determinar con exactitud cuál es ese punto exacto que corresponde a la culpabilidad del individuo.

Teoría del ámbito de juego. Esta teoría parte de considerar que la pena debe ser medida conforme a la culpabilidad del individuo, pero admite que la culpabilidad no puede medirse hasta la determinación de un punto correcto, sino que entiende sus defensores que la culpabilidad proporciona una zona dentro de la cual puede moverse la individualización concreta de la pena.

Teoría del valor de la posición Considera esta teoría que la pena debe ser determinada teniendo en cuenta ciertos factores en función del momento de que se trate. En efecto, la culpabilidad es una categoría que sirve – según los partidarios de esta teoría – para concretar la pena en cuanto a su duración. Los criterios derivados de factores de prevención deberán ser tenidos en cuenta para fijar otras cuestiones como la clase de pena o la suspensión de la misma, en otras palabras, los fines de la pena tendrán diversa relevancia según el momento de la determinación de la pena que vaya a ser examinada. Para determinar la duración se atenderá a criterios retribuidos en función de la culpabilidad. Una vez fijada la duración de la pena en un punto concreto, entonces, tendrán relevancia los otros criterios derivados

de fines preventivos, para determinar los demás aspectos como la clase de pena (en los casos en que la ley establece alternativas) o si se concede o no la suspensión condicional de la pena. De ahí la denominación de esta teoría, pues sus partidarios atribuyen distinto valor a los fines de la pena en función del momento de que se trate, esto es, de la posición que examinemos. Así, en primer término, la pena debe verse con una finalidad retributiva, mientras que, posteriormente, es cuando se valorará el aspecto preventivo de la pena.

Como es posible advertir, las discusiones teóricas que se han desarrollado sobre la pena como *expresión de la coerción estatal en el marco de un proceso de normalización expresada en el encierro Institucional*, no han configurado su definición dentro de un molde único y equilibrado. Esta falta de integración es debida fundamentalmente a que el Derecho Penal incorpora rasgos esenciales de la cultura y la civilización circundante del cual el concepto de *Culpabilidad* no puede sustraerse. En ese contexto afirma Zapater Bacigalupo “*que el principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma. (...)*”, refuerza todavía más este principio al aseverar que “*la pena tiene una doble incidencia en el sistema de responsabilidad penal: por un lado condiciona el sí de la pena; por el otro, el quantum de la misma. Lo que quiere decir que sólo es punible el*

*autor. si ha obrado culpablemente y que la gravedad de la pena que se aplique debe ser equivalente a su culpabilidad”.*⁵⁷

La práctica de la defensa penal en el Distrito Judicial de Ancash nos enrostra un dato significativo que ya se ha destacado en la parte introductoria del presente trabajo referido al análisis de la realidad. El dato que destacamos es que entre los operadores del sistema Judicial Ancashino, la imposición de la pena es de una pobreza extrema en cuanto a la riqueza de su contenido argumentativo. No existe un desarrollo doctrinario sobre el tema a lo sumo un vago paréntesis de marco legal abstracto y concreto cuando precisamente ese contenido – margen que tiene el juzgador dentro del marco legal abstracto para imponer la pena concreta- debe exigir al juzgador una compleja y oscura labor jurisdiccional, que lo lleve a determinar cuál es la cuantía de la pena concreta que ha de atribuírsele al imputado dentro de los márgenes legales, en el contexto de una riqueza argumentativa doctrinaria en cuanto a fundamentación de fines y función que eviten que el juzgador recale en reiteradas ocasiones en decisiones motivadas por el decisionismo y la escasa racionalidad. Se ha dicho con razón que *“en un sistema democrático regido por el principio de culpabilidad, este es el fundamento de la pena y que no puede imponerse una pena superior al límite de la culpabilidad y de la persona”*. En ese contexto debemos recordar que la culpabilidad es un componente de la estructura del delito, y que todo delito

⁵⁷ Zapater Bacigalupo Ob. Cit. Pág. 36

aparece como una faceta de la vida del individuo trasgresor, con organización propia, que no se extiende a ninguna otra. Cada conducta transgresora que evidencia una dosis de culpabilidad para efecto de individualización de la pena, está aislada, formando por si misma un complejo con sus propias motivaciones y propósitos de ulterioridad propios de su campo limitado, sin extenderse a la vida total de la comunidad. He allí el fundamento de la necesidad de individualizar la pena al principio de culpabilidad evitando así que una persona pueda ser tenida como medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona. De ahí la necesidad de adecuación a la proporcionalidad del hecho ilícito cometido, toda vez que ninguna expresión psicológica característica del delincuente aparece como dominante en el espectro de la cultura delictiva en conjunto. He allí la necesidad de ponderar en el sujeto activo del delito su comprensión relativa del delito para sobre esa base considerativa determinar la pena a aplicarse.

Las generalizaciones ligeras en la aplicación de las penas en el marco del control social o defensa legítima de bienes jurídicos son de lo más peligrosas, pues, estaríamos incursionando peligrosamente en el arco de la *prevención general* que como señalaba JAKOBS, en el momento de la ejecución de la pena, esta teoría no aporta nada. En este terreno, el juzgador debe ser fielmente objetivo. Así lo han determinado sendas Resoluciones Jurisprudenciales como el que a

continuación citamos: *“respecto de la determinación de la pena del acusado debe tenerse en cuenta lo siguiente: a) la pena básica que corresponda a los delitos materia de sentencia(...), b) dentro de los citados marcos legales, debe determinarse la pena concreta que ha de sufrir el citado procesado; que, así mismo debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad como relación de correspondencia entre el injusto cometido por el agente y la pena que le corresponde, que sustente el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal - no sobrepasar la responsabilidad por el hecho -, además de otras circunstancias específicas como la naturaleza de la acción, el delito de resultado, la importancia de los deberes infringidos, la circunstancia de tiempo y lugar en que se cometieron los delitos, los móviles y fines, educación, situación económica y medio social del procesado”*

Como se ha acotado, la individualización de la pena exige de parte del Juzgador el registro de todos los hechos sobresalientes en la conducta, poniendo cuidado de no efectuar una selección de los hechos que se adapten a una tesis, en conformidad de alguna suposición pretenciosa. La significación de la conducta delictiva no está agotada en el delito. La Tránsito normativa, como todo producto cultural tiende también a ser integrada. Un delito es una pauta más o menos coherente de pensamiento y acción del delincuente. En todo acto criminal hay propósitos característicos; merced a estos propósitos, cada delincuente consolida más y más su

experiencia delictiva y en proporción a la urgencia de estos impulsos los renglones heterogéneos de su conducta adquieren aspectos de mayor coherencia. Esa es la justificación señala Roxin, por el cual el Derecho Penal se enfrenta al individuo de tres maneras:

Amenazándolo con la imposición de una pena, imponiendo la pena y ejecutando penas, donde cada una de esas tres esferas de actividad estatal necesita justificación por separado; opinión que completa aseverando que cada una de las teorías de la pena dirige su mirada unilateralmente a determinados aspectos del Derecho Penal: La teoría preventiva –especial a la ejecución, la teoría de la retribución a la sentencia y la concepción preventiva – general al fin de las conminaciones penales: ”⁵⁸

Tomados de una cultura bien integrada supuesto a partir del cual el Estado diseña su política de control social, los actos transgresores se convierten a menudo en metamorfosis de *desemejanza*, por lo que las formas que estos actos de *desemejanza* adoptan a través de la multiplicidad de tipos legales, no pueden ser ignorados por el juzgador como si fuesen detalles sin importancia. El todo del comportamiento humano, no es simplemente la suma de las partes sino el resultado de un único ordenamiento y de una única interrelación de las partes que han producido una nueva actividad llamada DELITO. Nuevas potencialidades se han producido en esa nueva conducta resultante llamada delito según el tipo legal

⁵⁸ CLAUS ROXIN. Ob. Cit. Pág. 85

cometido; y su modo de presentarse es completamente distinto del de cualquiera de sus elementos en otras combinaciones que derivan en otros tipos penales. Por esa razón, los cuadros totales del evento criminal sometido a proceso penal, son, para el juzgador más convincentes a fin de no forzar los hechos con propósitos de coherencia teórica.

En las discusiones teóricas sobre los fines y función de la pena las generalizaciones acerca de su imposición y/o aplicación en el marco de la prevención general; así como su distinción entre una culpabilidad que fundamente la pena y una culpabilidad para la determinación de la pena, serán vacías de contenido práctico, en la medida de que sean dogmáticas y universales. Como bien ha señalado JAKOBS adoptando una postura contraria sobre esta distinción, *“porque presenta el inconveniente de abrir la culpabilidad de determinación de la pena, desconectándola de la culpabilidad de fundamentación de la pena, para todos los elementos posibles de determinación que resultan aparentemente legitimados por esta incorporación a un “concepto de culpabilidad”*. La aplicación individual de la pena y la determinación del quantum de la pena debe tener en cuenta no solo los principios de lesividad y proporcionalidad (...) *sino también la trascendencia social que ocasiona el delito, entendida esta en mayor o menor grado, contribuyendo para esta determinación además otros factores de punibilidad como la forma y circunstancias del delito así como las*

condiciones personales conforme el Artículo 46° del Código Penal”.

La categoría social como elemento de encuadramiento de la individualización de la pena, tiene importantes consecuencias que han sido ampliamente discutidas en sociología y psicología social. La primera de ellas es la controversia acerca de si la sociedad es o no un organismo y como tal ser incorporado como elemento graduable de la aplicación penal.

Muchos sociólogos y psicólogos sociales han argumentado que la sociedad no es ni puede ser jamás algo por encima y sobre las mentes individuales que la componen. Como parte de su exposición en el ámbito del control social penal, han atacado vigorosamente lo que ellos llaman “*la falacia de grupo*”; esa interpretación que, según estos detractores, se habría irrogado el grupo, del pensamiento y de la acción como función mística, de identidad.

Emile DURKEIM,⁵⁹ partiendo del conocimiento de la diversidad de la cultura reitero la necesidad de que estas sean estudiadas.

La Sociología de la Educación de Emile Durkheim Rompe con la visión imperante de la época, de considerar a la educación como un ente individual, ya que desde el punto de vista de Durkheim está es social y se vincula directamente con la sociedad, pues es producto de ella. Siguiendo con esta idea, Durkheim, postula que: La Educación tiene un rol eminentemente social, ya que forma un ser social que vivirá en sociedad. Su objetivo final es conseguir que el individuo se

⁵⁹ DURKEIM, Emile. “*Introducción a la sociología de la Educación*”. Autores Clásicos. Editorial PAIDOS. Buenos Aires Argentina, 1895.

asemeje a al ideal de hombre creado por la sociedad A lo largo de la Historia, las transformaciones en los sistemas educativos (Reformas Educativas), han provocado cambios económicos y sociales en las Sociedades donde se han llevado a cabo. Las características de los Programas Educativos guardan estrecha relación con las necesidades educativas de las sociedades, donde están inmersos Nadie duda de que para entender la conducta humana es necesario el estudio del fenómeno de grupo, pues, la psicología individual no puede por sí dar cuenta de los hechos que importan a la criminología y la penología, toda vez que la conducta individual debe pasar a través de la criba de la aceptación social y solamente la historia en su sentido más amplio puede dar cuenta de las aceptaciones y los rechazos en el proceso de sociabilización del hombre.

El patrón cultural de toda civilización hace uso de un cierto segmento del arco de los propósitos y motivaciones potenciales. Esta teoría parte de considerar que la pena debe ser medida conforme a la culpabilidad del individuo, pero admite que la culpabilidad no puede medirse hasta la determinación de un punto correcto, sino que entiende sus defensores que la culpabilidad proporciona una zona dentro de la cual puede moverse la individualización concreta de la pena en estrecha relación con el *valor de la posición* del sujeto transgresor de la norma. Se trata de una zona que partiendo del valor de la posición en que se encuentra el sujeto activo del delito, reconoce que el límite mínimo de la pena ya es adecuado a la

culpabilidad y cuyo límite máximo también es adecuado a la culpabilidad. En esta zona, o *ámbito de juego*, donde el valor de la posición del sujeto debe destacarse; es en el marco de ambas teorías en la que el gran arco cultural que llamamos Derecho Penal se distribuyen, de manera inmensa, intensa y lleno de contradicciones. La ponderación de la cabal comprensión del delito por parte del sujeto trasgresor de la norma cuya conducta habrá de ser penalizada deberá ser el primer requisito. Sin la ponderación relativizada y en estricta sujeción a las circunstancias existenciales del sujeto depositario de la norma, no podría pena alguna caberse proporcional y tolerable. La graduación en la aplicación de la pena que compromete la conducta funcional del juzgador al seleccionar la conducta para materializar en ella la *sanción* a través de las *pena*, importa facilitar la auto constatación del estado en materia de control social, con racionalidad y proporcionalidad. Pretendemos introducir algunos márgenes de racionalidad y claridad en la zona quizás más oscura y críptica de las sentencias, donde todo se da ya por sobreentendido al quedarse el juez a solas con unos parámetros legales notablemente amplios y ambiguos, nucleados sobre lo que el legislador denomina la gravedad del hecho y las circunstancias personales del imputado.

Entender que cada delito es una caracterización empírica única y probablemente no hay un duplicado integral de ella en sociedad alguna, implica entender la *pena* en su dimensión profundamente

humana más que como categoría jurídica de regulación de relaciones sociales. Ninguna *pena* al margen de las teorías que la sustenten, han sido capaz de desarraigar, en su aplicación, las diferencias en los temperamentos, experiencias específicas emocionales y sociales de las personas transgresoras que conforman el universo delictivo. De allí la importancia por establecer filtros de control en su aplicación, pues estas se tornarían desproporcionadas y violatorias de los derechos humanos cuando se las concibe aunque sea en teoría como inevitablemente aplicables por igual a todas las conductas transgresoras y a todos los acontecimientos de relevancia penal.

El Juzgador a través de la aplicación de la *pena* no puede buscar la acentuación de una restitución de la paz social o la sanción por la lesión de bienes jurídicos, ignorando todos los otros aspectos de la situación personal y existencial del sujeto activo del delito.

El delincuente no es en ningún sentido un psicópata. Ellos solo ilustran el dilema del individuo cuyos impulsos congénitos o comportamiento transgresor condicionado, no encuentran justificación en las Instituciones de la cultura a la que pertenece, adquiriendo significación e importancia penal cuando la conducta en cuestión es mirada como categoría de *anormalidad* perturbadora de su sociedad.

Por ello las teorías que sustentan la pena desde la perspectiva teórica que la desarrolle – prevención general o especial- debe propiciar la valorización y rehabilitación del delincuente haciendo de estos seres humanos altamente inestables, individuos socialmente aprovechables.

Las autoridades Judiciales operadores de la *pena* como la más

valiosa variante del control social aplicada a la conducta humana con el propósito de hacer del individuo personas capaces de cumplir ajustes sociales con el apoyo de las Instituciones de Ejecución Penal y/o Penitenciarias, debe ser conscientes de que la historia da cuenta del alto precio que se ha pagado por la instrumentalización de la pena para el *reordenamiento tradicional* en el marco de la prevención general y especial no orientadas por la determinación de la pena, proporcional al hecho, ni en estricta sujeción al grado de culpabilidad del agente en el marco de su nivel de comprensión sobre los alcances de la norma transgredida, en términos de sufrimiento y frustración humanas. Si a estos *reordenamientos* llámese protección de bienes jurídicos o paz social, los juzgamos meramente como la búsqueda del equilibrio en el marco de las relaciones sociales de cada espacio tiempo – histórico y no como imperativos categóricos dogmáticos y abstractos, nuestra postura y actitud naturales serían la exigir al estado y a las autoridades jurisdiccionales, la de adaptar toda forma de control social y la *pena* por excelencia, a fines racionalmente aceptables, es decir individualizando la pena en los márgenes proporcionales al hecho ilícito cometido en función a la lesividad social causada con la conducta transgresora y el universo intelectual que se insinúa como el marco de comprensión de los imperativos penales por parte del sujeto depositario de la norma de prohibición. Tan pronto como esta teoría: determinación de la pena en función al grado de comprensión

del delito por parte del agente, la individualización de la pena y la proporcionalidad al hecho en su aplicación sean asumidas plenamente en los jueces en la Corte Superior de Ancash, estaremos ante el baluarte de una correcta Administración de Justicia, lo que permitirá recuperar la fe en el Derecho Penal y la aplicación de la *pena* a partir de los instrumentos primarios de la existencia.

Sólo partiendo de los fines muy bien determinados que perseguimos con la imposición de una pena lograremos la efectividad deseada con ella. Pues bien centradas en los fines de la pena, es sobradamente conocido que ésta se encausa a tres finalidades fundamentales, que dan lugar a lo que tradicionalmente se viene conociendo como teorías de la pena. Las teorías absolutas, que centran el sentido de la pena en la retribución y las teorías relativas, que no atienden a fines expansionistas o retribucionistas, sino a objetivos útiles que benefician a la sociedad y al justiciable, dentro de cuyo aparato han de incluirse las teorías de la prevención general y de la prevención especial.

Al decir de Muñoz Conde y García Aran,⁶⁰ la pena es retribución, en tanto supone la imposición de un mal al hecho punible cometido. Ahora bien la pena no se agota en la idea retributiva, sino que también lucha contra el delito a través de la prevención general: intimidada a la generalidad de los ciudadanos que incurriesen en el comportamiento prohibido (prevención general negativa) y

⁶⁰ MUÑOZ CONDE – GARCÍA ARÁN. “*Derecho Penal. Parte General*”, Edit. Tirano lo Blanch. Valencia. 1996. Pág.51

demuestra la superioridad de la norma jurídica y los valores que representan, restableciendo o fortaleciendo asimismo la confianza en el derecho (prevención general positiva). Por último la pena opera a través de la prevención especial, esto es incidiendo sobre el delincuente ya condenado, corrigiendo y recuperándolo para la convivencia o interiorizando en él a través del castigo una actitud de respeto a la norma jurídica.

Para Roxin⁶¹ el Derecho Penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazándolo con, imponiendo y ejecutando penas, y cada una de esas tres esferas de actividad estatal necesita justificación por separado. Opinión que completa aseverando que cada una de las teorías de la pena dirige su mirada unilateralmente a determinados aspectos del Derecho Penal: La teoría preventiva –especial a la ejecución, la teoría de la retribución a la sentencia y la concepción preventiva general al fin de las conminaciones penales.

Ahora bien, aunque el fin preventivo general de la pena prevalece en la fase legislativa, el retributivo en la fase judicial de la sentencia y el fin de prevención especial en la ejecución de la condena, ello no quiere decir que cada una de las perspectivas punitivas no deben ser contempladas en las demás fases y si así fuera, parece evidente que un exceso de pena en el texto legal o en la sentencia en aras de la finalidad retributiva impediría después, ya en la fase de ejecución, una prevención efectiva.

⁶¹ CLAUS ROXIN. “Sentido y Límites de la Pena Estatal, en *Problemas Básicos de Derecho Penal*”, trad. Luzán Peña, edit. Reus S.A., Madrid, 1976, Pág.20

Así las cosas no debe extrañar que en los últimos tiempos se haya ido imponiendo en el ámbito doctrinal y jurisprudencial una concepción dialéctica y plural de los fines de la pena, en la que destaca la reimplantación del principio de culpabilidad bajo los parámetros de la admisión de que la pena puede ser relativizada en su comprensión y en función a ella determinarse la pena a imponerse. Y esto, precisamente en el marco de una perspectiva garantista encausada a limitar y controlar los posibles excesos que pudieran generar en la práctica la acentuación de las funciones preventivas que busca estandarizar los supuestos de aplicación del control social formal al depositario de dichas normas prohibitivas.

Dentro de esta línea doctrinal se destacan por su elaborada concepción y por la aceptación obtenida las tesis mantenidas por Roxin⁶². Este autor defiende una teoría mixta preventiva de la pena, excluye, por tanto, que la retribución pueda ser uno de los fines de la pena. Sin embargo, y como vamos a comprobar, aunque renuncia a toda retribución como fin específico de la pena, si admite la intervención del componente retributivo como elemento limitador de la magnitud punitiva.

En cambio, en lo que respecta a la culpabilidad como criterio de la medición judicial de la pena Roxin⁶³ afirma, que si bien no cabe acoger la retribución como fin de la pena, si debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta un elemento decisivo de

⁶² CLAUS ROXIN, *"Derecho Penal, Parte General"*, Tomo I, Trad LUZÁN PEÑA y otros, edit. civitas, Madrid 1997, pág.95 y 96

⁶³ Ibidem págs. 99 y 100

la teoría de la retribución: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. Adquiere así el principio de culpabilidad rango constitucional en su función limitadora de la pena. Y en cuanto a la determinación del grado o cuantía de la culpabilidad, si había de determinar por factores internos en la persona del autor y por la dimensión de los daños ocasionados.

En este mismo ámbito es preciso señalar que Roxin subsume los conceptos de culpabilidad y necesidad preventiva de pena en el macro-concepto de responsabilidad jurídico penal, de forma que la pena presupone siempre culpabilidad, lo que significa que ninguna necesidad preventiva de penalización, por elevada que sea, puede justificar una sanción excesiva que contradiga el principio de culpabilidad.

Bacigalupo Zapater⁶⁴ afirma que el principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma, es decir, la lesividad social causada con la conducta punible. En ese sentido, admitir que el delito puede ser relativizada en su comprensión y por ende, insuflarle grados de culpabilidad a la responsabilidad del agente, buscar, pues evitar que una persona pueda ser tenida como medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona, dignidad entendida como ya se ha señalado: libertad, racionalidad y

⁶⁴ BACIGALUPO ZAPATER. *Principios de Derecho Penal, Parte General*, edit. Akal/Lune. Madrid. 1997, págs 108 y 109

capacidad de socialización de los hombres. Y refuerza todavía más este principio al aseverar que tiene una doble incidencia en el sistema de responsabilidad penal: por un lado condiciona el sí de la pena; por el otro, el quantum de la misma. Lo que quiere decir que sólo es punible el autor si ha obrado culpablemente, es decir que no ha estado ante la posibilidad de relativizar su comprensión del delito en base a las circunstancias espacio temporales e históricas particulares que le ha tocado vivir y en ese sentido, la determinación de la pena debe orientarse en proporción y equivalencia a esa culpabilidad condicionada.

En esta misma línea se muestra Choclón Montalvo⁶⁵ para este magistrado, el principio de la culpabilidad está llamado a cumplir una importante función en el actual desarrollo de la dogmática penal, pues es el principio más transparente para garantizar la proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad, magnitud básicamente graduable. Pero como se gradúa esta proporcionalidad y culpabilidad?. Determinando *in abstracto* la selección de bienes jurídicos protegidos por el Estado e impuestos de manera fundamentalista en todo espacio tiempo e historia y/o relativizándola en función de cada sociedad en atención al “*grado de consciencia*” alcanzados?. Nosotros sostenemos esta última tesis en el entendido de que el Derecho Penal lo que busca es acentuar un equilibrio social en el marco de la multiplicidad de alternativas de organización por

⁶⁵ CHOCLÓN MONTALVO. “*Individualización Judicial de la Penal*”, edit, Colex, Madrid 1997, pág. 86 y 87

los que el hombre haya optado y ciertamente coexisten formas de control social para estatales que funcionan eficientemente y que deben ser incorporados con profundo sentido democrático.

Las consideraciones doctrinales expuestas respecto a la culpabilidad resultan razonables en su pretensión de limitar a través de este principio los excesos punitivos, sin embargo desde la práctica judicial no siempre resulta fácil operar con él para concretar el marco legal y al respecto Hassemer⁶⁶ ha planteado que si bien el principio de culpabilidad posibilita una concretización del principio de la proporcionalidad, de la prohibición de exceso y de límites de sacrificio, se trata sólo de una concretización vaga e incompleta.

Desde una perspectiva estrictamente judicial sobre la prevención general en la individualización de la pena, debemos reflexionar respecto a la importancia que en el marco de la culpabilidad juega el rol de la comprensión relativa del delito y su influencia en la determinación de la pena, destacando que esta tesis lo que busca es contener y limitar las posibles extralimitaciones de los criterios preventivos, de tal forma que, aun reconociendo las dificultades que concurren para fijar dentro del marco legal de la pena, un espacio de juego acotado por el concepto de la culpabilidad influenciada por el relativismo, no puede obviarse que esta delimitación si puede contribuir a evitar excesos punitivos.

Si queremos introducir, por tanto, cierta racionalidad, rigor y

⁶⁶ HASSEMER WINFRIED. *“Alternativas al principio de culpabilidad”*, trad. Muñoz Conde, cuadernos de Política Criminal, 1982 No. 18 pág. 478

funcionalidad en la individualización judicial de la pena mediante su control a través del principio de culpabilidad (entendido como proporcionalidad entre la gravedad del injusto del hecho delictivo en concreto y la pena, y como culpabilidad en sentido estricto: motivabilidad normativa sujeto a las circunstancias especiales de tiempo, lugar, historia, etc., en el que se desenvuelve el sujeto depositario de la norma de punición), no parece factible que intervengan en la fijación de los límites del espacio de juego factores relativos a la prevención general.

De no ser así, y en caso de computar esas circunstancias para cuantificar el límite máximo del espacio de juego marcado por el principio de culpabilidad al margen del principio de comprensión relativa del delito, se correría el riesgo de instrumentalizar al imputado por razones sociales de índole coyuntural, imponiéndosele la pena con base a hechos que es posible incluso que no conozca. Estaríamos, en fin, conculcando los imperativos kantianos al tratar a la persona como medio y no como fin.

De esa forma, se acabarían dictando sentencias comúnmente conocidas como ejemplarizantes o ejemplificadoras, a través de las cuales el proceso penal se extralimita en sus funciones al buscar razones extraprocesales de índole general que cosifican a la persona del imputado en aras de un indeterminado bien común, cuya obtención no parece que sea la función específica del juez que conoce de un caso concreto.

Ahora bien, la cuestión adquiere matices diferentes cuando el juez, operando ya dentro de los límites marcados por el principio de culpabilidad por el hecho, atiende a factores de prevención general positiva para cuantificar la pena del caso concreto. Pues, una vez ubicados dentro de ese submarco (en cuanto que se haya comprendido dentro del marco concreto legal), no parece, en principio, ya tan problemático que el juez opere en situaciones singulares, debidamente contrastadas, con factores extraídos de la realidad social para fijar la pena concreta con arreglo también a criterios de prevención general orientados hacia la pacificación social y a la estabilización de la confianza en el derecho.

En esos casos no puede negarse que concurren algunas razones de peso a favor de la aplicación de criterios propios de la prevención general positiva en la medición de la pena. En efecto, puede argumentarse que es preferible que esos factores de coyuntura social, a los que es muy difícil excluir de la práctica procesal, intervengan de forma expresa y diáfana a que lo hagan de forma larvada, ya que al plasmarlos en la sentencia podrán controlarse jurisdiccionalmente tanto los intentos de rebasar el límite del injusto culpable como la acreditación probatoria de los factores sociales pre determinantes de la prevención general positiva.

Se trata de hechos muy concretos con respecto a los cuales la sociedad, debido a su frecuencia o a su propia entidad, se muestra sensibilizada, por lo que al daño o perjuicio del bien jurídico

concreto tutelado por la norma penal ha de sobreañadirse el daño o perjuicio social en forma de desasosiego o inseguridad genera el incumplimiento de la norma en un contexto especialmente sensible a infracciones de esa naturaleza.

Como ejemplo podemos citar los delitos delito de violación de menores de edad, en el ámbito de las comunidades andinas, campesinas y/o alto andinas donde por la cultura determinante de estos lugares la iniciación sexual es temprana y cuentan con el consentimiento de la presunta agraviada y respaldada por el asentimiento familiar y de grupo. En estos caso, infracción ante la que, debido a una serie de circunstancias sociales de conocimiento común, el ciudadano no se halla particularmente sensibilizado ni muestra una especial preocupación, que puede traducirse en términos de desasosiego o de conmoción social, con todas las connotaciones que conllevan si las circunstancias fueras diferentes, por lo que, ese tipo de delitos no parecen demandar un incremento de pena por necesidades de prevención general positiva con el fin de pacificar el conflicto social y de restaurar la confianza en el derecho, toda vez que esta primero no ha sucedido, y en segundo lugar, tampoco conocían que esa conducta estuviera positivada como norma de prohibición y punible.

Ante situaciones de esa índole, y puesto que parece una obviedad que el juez no puede sustraerse a la ponderación del grado de lesividad y/o daño social generado en un contexto determinado,

parece que sería menos perturbador que dicha circunstancia especial que relativiza el derecho en todas sus implicancias, se plasmara en la sentencia y se analizara de forma expresa a que acabara operando de forma abierta, a través del principio de culpabilidad sujeta a la comprensión relativa del delito, en la cuantificación punitiva.

A diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que pueden proceder de una persona determinada. La pena se refiere aquí al sujeto que ya ha delinquido y busca que quien la sufre no vuelva a delinquir al dirigirse a personas ya determinadas se le conoce también como prevención individual.

Uno de los problemas que trae consigo la prevención especial en la individualización de la pena se cifra en dilucidar qué circunstancias personales del imputado han de examinarse dentro de la culpabilidad y cuáles han de incluirse en el capítulo de las necesidades de prevención especial, coincidiéndose que la mayoría de los elementos referidos a la personalidad del autor deben ser exclusivamente preventivos cuando se habla de medición de la pena. El propósito de encuadrar los datos relativos a la personalidad como el carácter, trayectoria de vida y demás elementos personales del autor en el ámbito de la prevención especial y fuera de la culpabilidad por el hecho racionaliza los problemas y evita, en efecto, la confusión, pero esto no resulta fácil el excluir los elementos personales del imputado del apartado de la culpabilidad si

en ella han de calibrarse las condiciones de imputabilidad y de asequibilidad normativa del justiciable.

Desde la perspectiva de la prevención especial resulta idóneo sopesar para la cuantificación judicial de la pena dentro del submarco de la culpabilidad relativizada por el conocimiento o desconocimiento de la norma, datos relativos a la personalidad y a la forma de vida (cultura, costumbres, escenario histórico y grado de desarrollo social) que han influenciado la existencia del imputado, siempre que tengan relevancia para explicar el hecho delictivo, pues traerlos a colación a los meros efectos de realizar reproches de índole moral al imputado es improcedente.

Concluyendo este punto debemos analizar toda y cada una de las posiciones doctrinales sacando como conclusión que todos aporten elementos necesarios e imprescindibles a tener en cuenta por el juez al momento de individualizar la pena sin darle preponderancia a una sobre otra, sino ubicando cada una en su justo lugar dentro de la valoración razonada y racional que compete al juez en busca de la pena adecuada para cada hecho y para cada autor y para lo cual resulta de vital importancia tener en cuenta los diferentes fundamentos doctrinales que hemos estudiado.

No es posible entender la teoría de la pena proporcional al hecho si no es en el contexto de su oposición teórica a los efectos perniciosos de una praxis judicial orientada a la prevención especial. Una de las objeciones tradicionales contra la teoría de la prevención especial

como criterio de legitimación de la pena es que disponemos de la experiencia de cómo las prácticas resocializadoras intentadas a lo largo de los años sesenta y setenta en diversos países (sobre todo en algunos estados de EEUU, Holanda y en algunos países escandinavos como Suecia⁶ o Noruega) han supuesto una decepción (*nothing works* -nada funciona-, en conocida expresión del estadounidense MARTINSON a modo de epitafio). Ante esta situación, en los países citados surgió una corriente doctrinal (con posteriores triunfos legislativos) de abandono de la ideología resocializadora como función exclusiva del Derecho Penal y de recuperación de un sistema tradicional garantista que ha sido definido -con mayor o menor fortuna- como neoclásico en el que los hechos y la pena se ven determinados antes.

¿Qué funciona en la reforma carcelaria para esta clase de “delincuentes” cuya ignorancia de la ley penal no lo eximió de ser encontrado culpable y sentenciado y confinado en prisión?, En la presente investigación, llegamos a una conclusión lapidaria tras analizar 35 casos de internos reclusos en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz sentenciados por el delito contra la libertad sexual y que son provenientes de las comunidades campesinas y zonas alto andinas de Ancash que fueron procesados y sentenciados por un hecho cuya ilicitud desconocían toda vez que las relaciones sexuales mantenidas si bien eran con menores de 18 años de edad, sin embargo, al contar con el asentimiento de la “víctima” y con el

consenso favorable del grupo como expresión de sus costumbres ancestrales de desarrollo familiar, la practicaron en el marco de lo que hemos venido en denominar: la comprensión relativa del delito. Para estos internos, lamentablemente, desde el punto de vista de la penología y de la política de Ejecución Penal en cuanto a sus fines y misión de lo penitenciario realizados entre los años 2007 y 2008: nada funciona. Para ellos, el sistema de control formal deviene entonces en modelo de injusticia. Y por eso es reputado por no pocos, como una Institución en crisis.; La obcecada imposición fundamentalista de la pena que no toma en cuenta al aplicarla la relativización de la comprensión del delito en función de las particulares elementos componentes de sociedad, individuo y formas alternativas de regulación social ha puesto en evidencia la crisis de la Institución de Administración de Justicia y como efecto colateral apéndice de esa crisis, la crisis de la ideología resocializadora en el Ámbito Ancashino, precisamente, porque su punto de partida es la crítica a la ideología del tratamiento y sus manifestaciones más sobresalientes y menos garantistas en internos cuyo perfil desentona con las variables de Tratamiento a serles aplicables.

Lo que tiene de destacable nuestra propuesta de la aplicación de la pena en función a la evaluación de la culpabilidad relativizada por la comprensión del delito, es que se orienta a buscar una mayor justicia, igualdad y transparencia en el ámbito de la determinación de la pena, intentando combatir la idea de que la medida de la pena se pueda

realizar sin tomar en cuenta la relativización que implica la formación de estados de consciencia de cada pueblo en particular de donde provienen los sujetos depositarios de la norma penal y combatir así mismo la errada concepción de que la pena deba ser incrementada en función de los pronósticos que se puedan hacer sobre sucesos y evoluciones futuros.

El proporcionalismo relativizado que propugnamos busca destacar la relevancia en las características del hecho punible a la hora de determinar la pena dentro de los márgenes del Espacio tiempo e historia particulares como superación dialéctica de las tendencias preventivo-especiales existentes hasta los años setenta y ochenta en sociedades que se reputan de “civilizadas” . Es momento de conceder al órgano judicial una discrecionalidad suficiente que la oriente a la aplicación del principio de igualdad, en el ordenamiento jurídico-penal que obliga a tratar de manera desigual a los desiguales en función a los grados de sociedad, cultura, costumbres, etc. Atisbamos que esta propuesta significará sin duda una reacción pendular crítica con las consecuencias prácticas que han tenido las orientaciones preventivo-especiales (con grandes agravaciones punitivas para determinados autores como el contemplado en el Art. 173° Inc. 3 del Código Penal), buscando una pena adecuada, racional y justa a la conducta reprochable del autor.

La tesis de la comprensión relativa del delito y su influencia en la determinación en la pena, pretende básicamente buscar un trato más

igualitario y proporcionar seguridad jurídica (*determinate sentencing*) teniendo en cuenta la heterogeneidad de las sociedades y por ende el universo formativo de los depositarios de la norma. El sistema de determinación de la pena en atención a la comprensión relativa del delito, está orientado a producir, una transformación radical y un giro de ciento ochenta grados, incorporando quizás una suerte de variables dentro del sistema de las denominadas «guías para sentencias» tanto a nivel de la Corte Suprema como de las Cortes Superiores, porque significaría destacar la justificación social de la pena, en los criterios que sirven para distribuir las penas en concreto y por ende un redescubrimiento de las ideas de justicia y de proporcionalidad al hecho en detrimento de la prevención con respecto a la teoría de la determinación de la pena.

Nuestra propuesta del *proporcionalismo* de la pena en atención a la culpabilidad condicionada a la relativa comprensión del delito nos ubica ante un modelo de determinación de la pena orientado retrospectivamente y no prospectivamente, que representa uno de los intentos más serios de desarrollar una teoría de la determinación de la pena relacionada con la idea de una prevención general limitada por la culpabilidad y la proporcionalidad con el hecho delictivo en el marco de la influencia de la relativización en la comprensión del delito. La idea esencial es que se trata de buscar cuál es la pena justa que el autor debe soportar por su hecho más que centrarse en buscar con la pena influencias más allá del propio autor o de las

circunstancias condicionantes del delito. Mientras la conminación penal abstracta estaría dirigida a los potenciales delincuentes, la aplicación de la pena en ponderación a la comprensión relativizada del delito, no puede tener cabida en el momento de imposición judicial de la pena, donde pasarían a primar las valoraciones la dimensión del hecho para el orden social desde la perspectiva de los factores condicionantes del delito que nos espeta a la realidad en su múltiple forma de manifestarse como el innegable crisol que determina el criterio de verdad a toda la teoría jurídico penal.

La tesis que postulamos del Relativismo en la comprensión del delito y su influencia en la determinación de la pena, no es más que modesto esfuerzo por integrarse a una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto.

Cuáles son los datos relevantes del hecho delictivo para modular la pena hacia arriba o hacia abajo es una cuestión que sólo puede ser resuelta de acuerdo con un concepto material de delito. De esa manera se elimina la arbitrariedad (muy preocupante en nuestra Jurisprudencia) al vincularse los criterios de determinación de la pena (del cómo) a los mismos criterios que sirven para decidir si se impone pena o no. Sólo si sabemos por qué definimos una conducta como delito es posible graduar la pena adecuada a un hecho concreto.

Desde la perspectiva del Relativismo en la comprensión del delito

buscamos pues, establecer una orientación de la determinación de la pena a la teoría del delito o al injusto culpable, considerando que la determinación de la pena debe hacerse depender sólo de la gravedad del hecho, de la correcta comprensión del delito y de la lesividad social ocasionada con el hecho punible, es decir, de la dimensión del desvalor integral y pragmático del hecho. Lo decisivo, pues, pasa a ser identificar los factores que en casos concretos permiten realizar adecuadamente el desvalor integral y pragmático según el espacio, tiempo y lugar, del hecho delictivo. En ese sentido, podemos concluir señalando que en cuanto a la orientación del sistema del delito:

- a) Facilita teóricamente la fundamentación de por qué los factores condicionantes del delito que relativizan la comprensión del mismo influyendo en el grado de culpabilidad del agente punible, debe ser introducido en el catálogo de los datos a tomar en consideración, al momento de determinar la pena por parte del juzgador.
- b) Permite la normativización de los factores condicionantes del delito y su grado de influencia en la de determinación de la pena y,
- c) Además, ayuda a aprovechar las distintas y diferentes formas de control social en función al grado de desarrollo que estas hayan alcanzado en el marco de sus respectivas alternativas de organización, destacando sus particularidades alcanzadas por

cada sociedad y que en la práctica no hacen sino enriquecer la teoría jurídica del delito. Desde una perspectiva práctica, la orientación a la teoría jurídica del delito permite excluir factores de determinación de la pena que son utilizados como factores de incremento de la pena a pesar de que carecen de vinculación normativa con el injusto o con la culpabilidad relativizada por el grado de comprensión del delito. Todo ello racionaliza un ámbito tan necesitado de racionalización como es la actividad de determinación de la pena y permite una mejor comparación entre casos para intentar evitar la arbitrariedad y la vorágine crítica en el ámbito de los tribunales administradores de justicia.

Ignorar que el delito se relativiza en su comprensión sería continuar otorgado un protagonismo excesivo a la producción del resultado típico o la medida del desvalor del resultado, en detrimento, por un lado, de los elementos expresivos o comunicativos del injusto que las formas de control social Oficiales y para oficiales asumen como punto de partida y, por otro lado, de los elementos que tienen que ver con la culpabilidad. Las sentencias que exhiben los tribunales de la Corte Superior de Justicia de Ancash en materia de relaciones sexuales consentidas de menores de dieciocho años se inscribe en el marco de una conducta funcional excesivamente dependiente del desvalor del resultado. Teniendo esto en cuenta no es extraño, por ejemplo, que sigan inaplicando los fundamentos jurídicos del Acuerdo Plenario N° 4 -2008/CJ-116 de fecha 18 de Julio del año

2008, que flexibilizan las penas en casos de violaciones de menores, en las adecuaciones de Tipo que se han venido solicitando,. Resultando inclusive que posterior al Acuerdo Plenario aludido la Corte Superior de Justicia de Ancash en la praxis siga castigando las relaciones sexuales consentidas de menores de edad en el ámbito de permisibilidad de sus costumbres y del grupo comunal al que pertenecen o cuando el sujeto infractor de la normas desconocía la existencia de dicha norma prohibitiva o que actuó creyendo que existía sobre el particular una norma de permisión, con penas sumamente drásticas ya que consideran que ello se concilia con el “gravísimo” desvalor del resultado. Como se puede apreciar en este ejemplo, los operadores de la Administración de Justicia en Ancash comparten la idea de que la medida de la pena debe depender directamente de lo que el tipo penal, en abstracto ha determinado como “gravedad del hecho”. El problema de esta concepción es que prácticamente identifica gravedad o desvalor del hecho con gravedad o desvalor del resultado (con pequeñas matizaciones relacionadas con la responsabilidad subjetiva por dolo e imprudencia o con el comportamiento defectuoso de la víctima). De esta manera su teoría de la determinación de la pena no es una teoría expresiva y comunicativa de los elementos facticos determinantes de la pena, sino una teoría en la que priman los aspectos subjetivo abstractos, debido a una concepción preventivo general del delito.

Si se asume que el delito es un injusto culpable graduable y

relativizable, la determinación de la pena tiene necesariamente también que ser graduable al *injusto culpable*. La teoría de la Relativización en la comprensión del delito y su influencia en la determinación de la pena no es una teoría sobre los efectos que se buscan con la pena concreta en el autor del delito, en terceros o en la sociedad, sino sólo una teoría pragmática y realista con todas las ventajas que esperamos hagan triunfar a ésta como ciencia jurídica. Se hace preciso, pues, desarrollar en paralelo las líneas fundamentales de la teoría del Relativismo en la comprensión del delito y su influencia en la determinación de la pena como teoría jurídica del delito y de la teoría de la determinación de la pena en la medida en la que ésta no es más que una diferenciación gradual de los diversos aspectos relevantes al control social.

En realidad, estamos obligados a reconocer que nuestra propuesta no es una idea tan novedosa, sino que ha sido defendida formalmente en la doctrina alemana, dentro del catálogo de teorías de determinación de la pena que existen, por parte de los defensores de la denominada *teoría del valor posicional (Stellenwerttheorie)* o *teoría de los escalones (Stufentheorie)*. Este modelo teórico se caracteriza por dividir en dos momentos la individualización de la pena: la individualización judicial de la pena en sentido estricto de acuerdo con la pena adecuada a la culpabilidad y la individualización judicial de la pena en sentido amplio (sustitutivos) orientada a la prevención especial o, mejor dicho, a la evitación de la desocialización, aunque

sería pertinente señalar que las críticas a esta graduación de la determinación de la pena en dos niveles en la literatura alemana se han centrado en la difícil compatibilidad de esta posición con el tenor literal de la ley; crítica que, sin embargo, no afecta, desde luego, a una teoría de la determinación de la pena que se desarrolle en otro contexto de control formal. Es más, existen ordenamientos como el Derecho Penal sueco donde esta distinción entre la determinación de la pena adecuada a la culpabilidad y la decisión posterior sobre el tipo de sanción a imponer se encuentra obligada por la ley.

Con la determinación de la pena influenciada por el Relativismo en la comprensión del delito lo que se busca es la no desocialización del reo, así como la consecución de las máximas cotas de resocialización siempre que ello sea posible. Nuestro esfuerzo se orienta a complementar el de aquellos que postulan que el juzgador en casos especiales como el analizado debe buscar la pena más benigna posible. Sin embargo, ni el reduccionismo en Derecho Penal ni la prevención especial en sentido pasivo son criterios válidos para otorgarle sentido a la pena estatal y, por tanto, no pueden orientar sin más la individualización judicial de la pena. No es muy útil una teoría que ofrece siempre la misma respuesta con independencia de la gravedad del hecho que se haya cometido: imponer la pena en su límite mínimo.

Por otro lado, el argumento gramatical al que hace referencia el Art.

45° del Código Penal sobre los criterios para la determinación de la pena hace referencia, entre otros a la cultura y costumbres y que ello obliga a determinar la pena en un sentido preventivo-especial resulta sumamente claro. Lo más importante, de este Artículo es que obliga a tomar en cuenta no solo las circunstancias personales del reo sino fundamentalmente el no perder de vista los efectos desocializadores de la pena. En ese contexto en los casos de las relaciones sexuales consentidas de menores de edad, cuando estos relativizaron sus conocimientos sobre el tipo penal por razones de índole cultural y de costumbres, estos elementos modificadores del grado de su culpabilidad deben ser tenidos en cuenta como dato para reducir la pena por debajo del mínimo legal por el significado del hecho para la generalidad con independencia de los efectos que pueda tener la pena con respecto a ese joven en el futuro. Además, en una interpretación sistémica de la ley penal, donde el texto legal hace referencia a la cultura y las costumbres así como a las circunstancias personales del autor, como, por ejemplo, en la regulación de la invencibilidad del error, etc. es evidente que se hace referencia a los efectos desocializadores de la pena.

2.2.15. PARAMETROS SOCIO - EXISTENCIALES PARA LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.-

La necesidad del control social y de una autoridad encargada de preservarla es un dato innegable que aporta la historia para distinguir

la civilización de la barbarie. En ese contexto, la sociedad y el individuo necesitan la constatación del Estado como ente regulador de todas las relaciones sociales del cual el derecho es un apéndice.

La Pena no surge como una imposición en abstracto de un castigo Institucional como respuesta a una conducta lesiva. En ese sentido, la discusión sobre la determinación de la pena tiene necesariamente que incorporar el parámetro *socio-existencial* a partir del cual desarrollar sus hipótesis de trabajo.

El *Parámetro socio existencial* para la determinación de la pena lo entendemos como el “continente” donde se expresa la pena como un intento de *normalización social expresada en el encierro Institucional* a partir del ámbito de la culpabilidad, el mismo que en su definición no establece únicamente una categoría psicológica, sino una categoría jurídico existencial, lo que explica que pese a los múltiples esfuerzos de los estudiosos de la criminología, no ha podido ser encuadrado en un molde único y equilibrado, debido precisamente a que la culpabilidad incorpora *rasgos esenciales de la cultura y la civilización circundante del cual el concepto de culpabilidad no puede sustraerse*.

La *Culpabilidad* es un componente no solo de la estructura del delito sino de la inclinación natural del hombre como ser social, apareciendo entonces ésta- *la culpabilidad*- como una faceta de la vida del individuo trasgresor, subordinada en su ejercicio –para efectos de determinación penal- a la libertad y a la razón verificada

en el orden de su moralidad y de su intelectualidad, con organización propia que no se extiende a ninguna otra.

Para efectos de individualización de la Pena, la conducta delictiva se entiende aislada, formando por sí misma un complejo con sus propias motivaciones y propósitos de ulterioridad propios de su campo limitado, sin extenderse – en sus actos preparatorios y realización (nótese que no estamos hablando de sus efectos) a la vida total de la comunidad. *He allí el fundamento de individualizar la Pena al principio de culpabilidad.* De ahí la necesidad de adecuación a la proporcionalidad del hecho cometido, toda vez que ninguna *expresión psicológica* característica del delincuente aparece como dominante en el espectro de la cultura delictiva en conjunto.

El Parámetro socio existencial para la individualización de la pena exige de parte del juzgador el *registro y ponderación de todos los hechos sobresalientes en la conducta del individuo trasgresor, poniendo cuidado de no efectuar una selección de los hechos que se adapten a una tesis, en conformidad de alguna suposición pretenciosa, pues, el delito es una PAUTA más o menos coherente de la SOCIO-EXISTENCIALIDAD del delincuente.*

2.2.16. DEFINICION DE TERMINOS

Delito.- *Podemos* definir el delito como una acción típicamente antijurídica y culpable.

Pena.- Jurídicamente la pena es la sanción característica de aquella

trasgresión que es el delito. La pena es una sanción, una sanción jurídica.

Violación.- Acto de agresión sexual conseguido por intimidación, violencia psíquica o engaño a una mujer virgen o ya desflorada.

Determinación.- Fijación, resolución

Influencia.- Acción y efecto de influir jurídicamente, no tiene una manifestación concreta, pero si subjetiva.

Error de Tipo.- Es la ignorancia o falso conocimiento sobre la norma jurídica penal o sobre su interpretación.

Error de prohibición.- Es la circunstancia que impide al sujeto activo del delito lograr la representación real del acontecimiento de su accionar, es el error sobre la materialización o consecuencia de su acto u hecho ejecutado.

Relativismo.- Doctrina según la cual el conocimiento humano solo tiene por objeto las relaciones sin sustrato permanente, es decir, que el conocimiento de las cosas no es absoluto puesto que esta se da en función a la relación de la aprehensión de los fenómenos.

Justicia.- es un valor y/o principio que establece un marco adecuado para las relaciones entre las personas e Instituciones. Este principio suele interpretarse como equidad, según el cual lo bueno y lo malo ha de estar en función del estatuto de cada persona.

Derechos Humanos.- Son exigencias elementales que puede plantear cualquier ser humano por el solo hecho de serlo y que esta indisolublemente unido a su Dignidad entendida esta como

expresión de su racionalidad, libertad y sociabilización.

Pluralismo Jurídico.- En sociología jurídica se entiende por pluralismo jurídico a la coexistencia de dos o más órdenes y por extensión a toda forma de regulación o control social jurídicos en un mismo espacio tiempo.

Multicultural.- Es una teoría que busca comprender los fundamentos culturales de cada una de las naciones, las cuales se caracterizan por su diversidad de culturas.

Derecho consuetudinario.- También llamado usos y costumbres. Es considerada una fuente formadora y orientadora de cultura.

Penalización.- Dícese de la imposición de un castigo.

III. MATERIALES Y METODOLOGIA

3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACION

Tipo de Investigación.- Respecto al tipo de investigación teniendo en cuenta la orientación, es una investigación aplicada.

Diseño y técnica de Investigación.- Teniendo en cuenta el nivel de investigación y las técnicas de contrastación, se trata de una investigación correlativa y causal explicativa, pues a partir del conocimiento del objeto de nuestra investigación, analizaremos y explicaremos las causas de la imposición de penas tan drásticas a los receptores de la norma provenientes de las comunidades andinas.

Régimen de Investigación.- El Régimen de Investigación es libre, debido a que es de interés del responsable de la Investigación.

3.2. PLAN DE RECOLECCION DE LA INFORMACION Y/O DISEÑO ESTADISTICO.

POBLACION

La presente Investigación se realizo en base a la Población conformada por 35 internos sentenciados por la Comisión del delito de violación sexual de menores provenientes de las comunidades andinas del Departamento de Ancash y reclusos en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz durante los años 2007-2008.

Se emplearan para tal propósito, el análisis de las Resoluciones de sentencias con el fin de evaluar si en esos casos, en la determinación de la pena por parte del juzgador, influyo el relativismo en la comprensión del delito por parte del sujeto sentenciado, depositario de la norma de prohibición.

Además se aplicaran encuestas y entrevistas a los 35 internos a fin de conocer su pasado, sus formas de configuración familiar, sus usos, costumbres y formas de control y solución de conflictos en sus respectivas comunidades, interactuando con ellos de un modo natural y no intrusivo.

3.3. INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE LA INFORMACION

3.3.1. Para el trabajo documental:

- El Fichaje de textos y Bibliografía de consulta
- Fichas de revisión y análisis del contenido de las sentencias.

3.3.2. Para el trabajo de campo:

- Fichas de análisis y observación
- La entrevista
- la encuesta.

3.4. PLAN DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS ESTADISTICO DE LA INFORMACION.

3.4.1. PLAN DE PROCESAMIENTO

Métodos y Técnicas de investigación

Se utilizaran los siguientes métodos:

Generales:

Inductivo.- elevarse al entendimiento desde los fenómenos o hechos particulares hasta la ley o principio de que dependen.

Deductivo.- Sacar consecuencias de un principio, proposición o supuesto.

Análisis.-separación de las partes de un todo hasta llegar a conocer sus principios o elementos.

Síntesis.- Composición de un todo por la reunión de sus partes.

Particulares:

Exegética.- Explicación e interpretación de las cosas.

Hermenéutico.- Interpretación de textos relativos al tema.

Recopilación de la Información.

Se utilizara la técnica de la encuesta con aplicación del cuestionario como instrumento para establecer el conocimiento de la Ley Penal por parte de los sentenciados por el delito de violación sexual de menores provenientes de las comunidades andinas y reclusas en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz. Adicionalmente a ello se buscara información a través de las entrevistas y análisis de las sentencias.

El análisis documental.

Una vez obtenida la información de las diferentes fuentes consultadas se procederá al análisis sociológico y jurídico de los mismos.

Redacción del Informe.-

Habiendo concluido el trabajo de Investigación a nivel teórico y de campo así como habiendo procesado la información obtenida se procederá a la redacción del trabajo para su presentación en el informe final para efectos de su revisión y posterior aprobación correspondiente.

3.4.2. ANALISIS ESTADISTICO.

Se aplicara la Estadística Descriptiva Simple.

IV. RESULTADOS

TABLA N° 01

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual no conocían el derecho penal ni sus alcances

CONOCEN	FREC.	%
SI	0	0%
NO	35	100%
TOTAL	35	100%

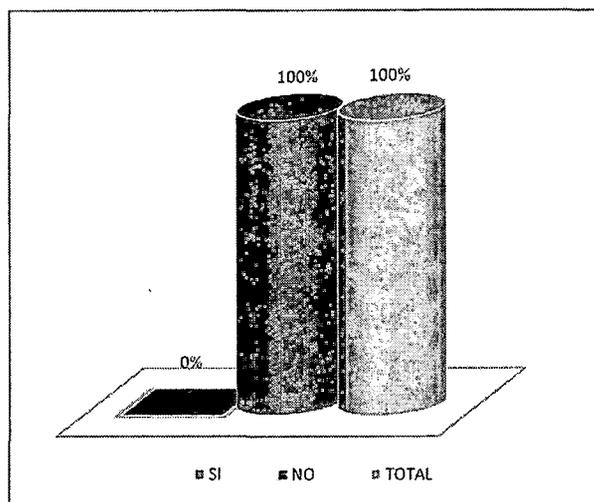


GRAFICO 01

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual no conocían el derecho penal ni sus alcances

INTERPRETACIÓN:

35 internos encuestados: 35 = no conocían el derecho penal ni sus alcances.

De 35 personas encuestadas que representan el 100% respondieron que antes de ingresar al Establecimiento Penitenciario NO conocían que era esta y consecuentemente tampoco conocían sus alcances.

TABLA N° 02

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual desconocían que era prohibido tener relaciones sexuales con menores aun con su consentimiento.

Conocen	Frecuencia	%
SI	0	0%
NO	35	100%
TOTAL	35	100%

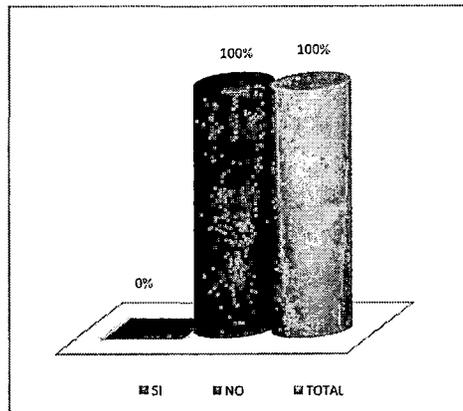


GRAFICO 02

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual desconocían que era prohibido tener relaciones sexuales con menores aun con su consentimiento.

INTERPRETACIÓN:

35 internos encuestados: 35= no sabían que era violación sexual. De 35 internos encuestados que representan el 100%; respondieron que antes de ingresar al Establecimiento Penitenciario NO sabían que era violación sexual, solo sabían que estaba mal forzar a una mujer a tener relaciones en contra de su voluntad, pero no sabían que estaba prohibido tener relaciones con su consentimiento.

TABLA N° 03

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual consideraron injusta la sentencia impuesta

CONSIDERAN JUSTA O INJUSTA	FREC.	%
injusta	35	100%
justa	0	0%
TOTAL	35	100%

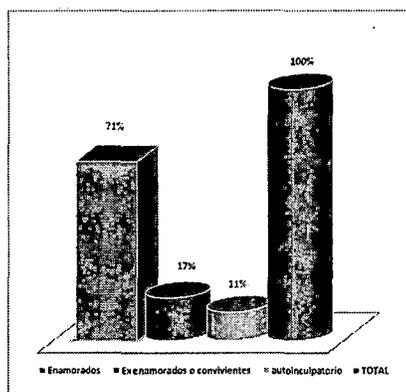


GRAFICO 03

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual consideraron injusta la sentencia impuesta

INTERPRETACIÓN:

35 internos encuestados: 35= injusta.

De 35 personas encuestadas que representan el 100%, 35 internos respondieron indicando que la consideraban injusta, porque hasta donde ellos sabían creían que no era malo tener relaciones con el consentimiento de la mujer más aun cuando les unía a ellas un nivel de relación sentimental o afectiva, en razón a que habían sido: su enamorada, ex enamorada o sus convivientes.

TABLA N° 04

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual indicaron que sus “agraviadas” habían pertenecido de una u otra forma a su universo afectivo.

RELACIÓN DE PARENTESCO	FREC.	%
Amiga	4	11%
Enamorada	16	46%
Conviviente	5	14%
Ex enamorada	10	29%
TOTAL	35	100%

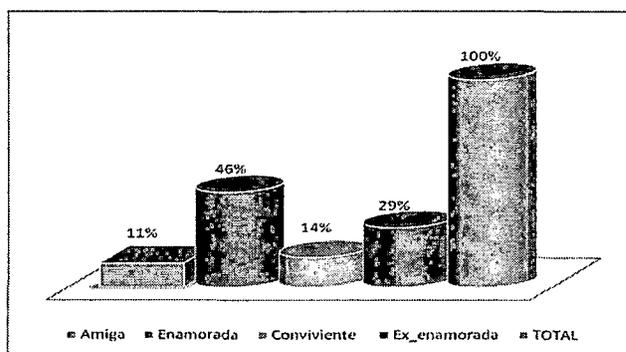


GRAFICO 04

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual indicaron que sus “agraviadas” habían pertenecido de una u otra forma a su universo afectivo.

INTERPRETACIÓN:

35 internos encuestados: 25= mantenía vínculos afectivos; de los cuales:

04=amiga; 16=enamorada; 05= conviviente; 10= Ex enamorada

De 35 personas encuestadas que representan el 100% 35 personas que representan el 100% respondieron que la agraviada era su enamorada, ex enamorada, conviviente o una amiga.

TABLA N° 05

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual indicaron que antes de la sentencia pensaban casarse, convivir y tener hijos con sus “agraviadas”

PROYECTOS PERSONALES	FREC.	%
SI	25	71%
NO	10	29%
TOTAL	35	100%

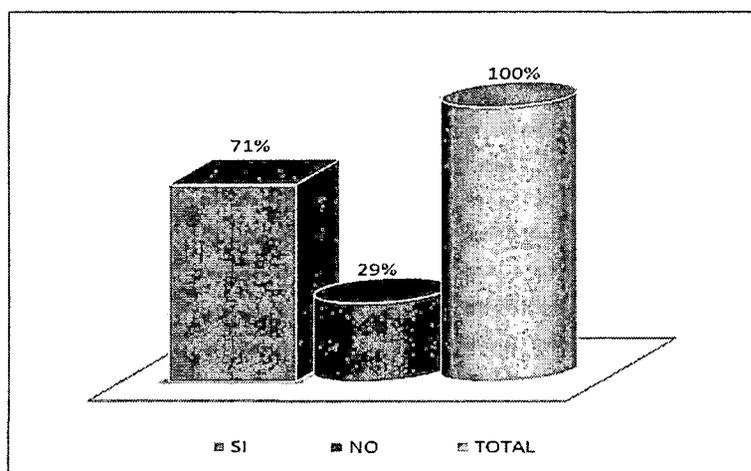


GRAFICO 05

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual indicaron que antes de la sentencia pensaban casarse, convivir y tener hijos con sus “agraviadas”

INTERPRETACIÓN:

De 35 personas encuestadas que representan el 100% 25 personas que representan el 71% respondieron que tenían proyectos de vida con sus “agraviadas”, es decir, pensaban casarse o convivir y tener hijos.

TABLA N° 06

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual indicaron que desde la reclusión y a la fecha han sido abandonados progresivamente por familiares y amigos por diversos factores.

NIVEL DE COMUNICACIÓN	FREC.	%
SI	25	71%
NO	10	29%
TOTAL	35	100%

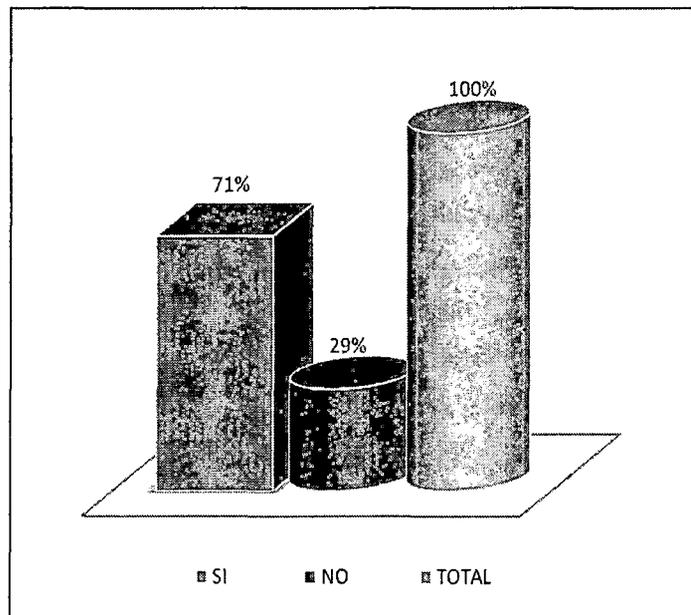


GRAFICO 06

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual indicaron que desde la reclusión y a la fecha han sido abandonados progresivamente por familiares y amigos por diversos factores.

INTERPRETACIÓN:

De 35 personas encuestadas que representan el 100%; 25 personas que representan el 71% respondieron que durante los primeros meses de reclusión eran visitados por la “agraviada”, y por familiares y amigos de esta; pero que después por razones de lejanía del lugar donde viven y por razones económicas fueron perdiendo progresivamente el contacto hasta que después del 2do o 3er año, la ausencia se hizo definitiva con sus “agraviada”. Por otro lado, 10 internos que representan el 29% respondieron que después de la sentencia perdieron todo contacto con sus “agraviadas”.

TABLA N° 07

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual indicaron que la sentencia destruyo sus proyectos de vida futura en lo personal y familiar.

LA SENTENCIA AFECTA	FREC.	%
Personal	11.7	33%
Social	11.7	33%
Familiar	11.6	33%
TOTAL	35	100%

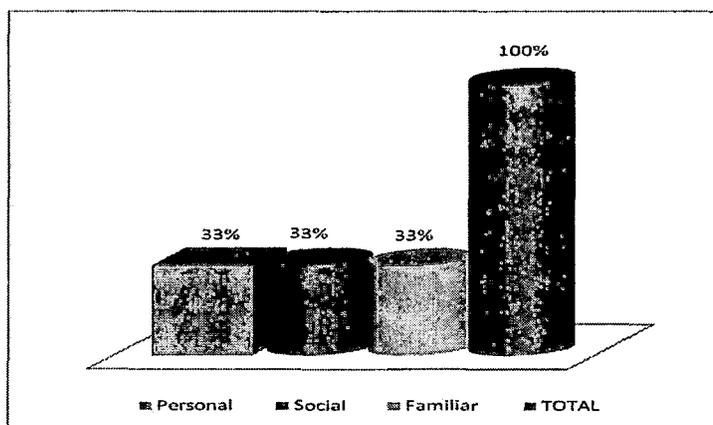


GRAFICO 07

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual indicaron que la sentencia destruyo sus proyectos de vida futura en lo personal y familiar.

INTERPRETACIÓN:

De 35 personas encuestadas que representan el 100%, 35 personas que representan el 100% respondieron que los había afectado negativamente destrozando sus sueños y proyectos y truncando todas sus expectativas futuras en lo personal, social y familiar.

TABLA N° 08

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual indicaron que en su comunidad se desconoce la “Ley penal”

CONOCEN AUTORIDAD	FREC.	%
SI	00	00%
NO	35	100%
TOTAL	35	100%

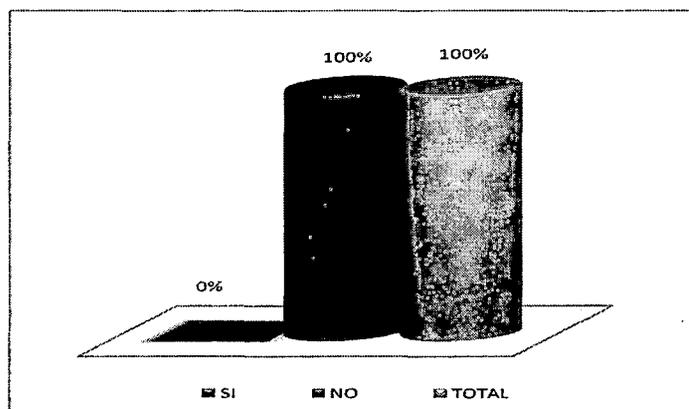


GRAFICO 08

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual indicaron que en su comunidad se desconoce la “Ley penal”

INTERPRETACIÓN:

De 35 personas encuestadas que representan el 100%, 35 personas que representan el 100% respondieron que en su comunidad no conocen lo que es la ley penal y que los conflictos se solucionan acudiendo al teniente gobernador o al presidente de la Comunidad o en su contrario, acudiendo a los familiares mas longevos cuyas opiniones son muy valoradas por estar precedidas por la experiencia que dan los años.

TABLA N° 09

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual indicaron que la “Ley penal” no expresa los usos y costumbres de su comunidad

PENA SANCIONADO	FREC.	%
SI	00	100%
NO	35	00%
TOTAL	35	100%

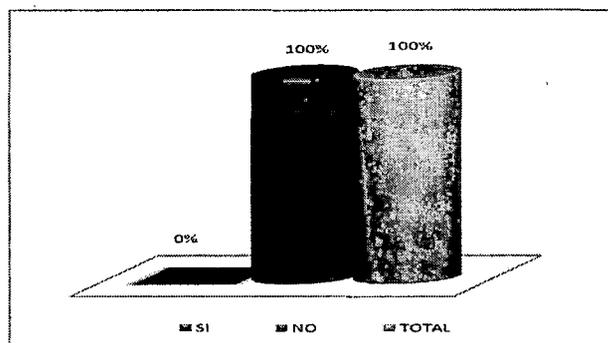


GRAFICO 09

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual indicaron que la “Ley penal” no expresa los usos y costumbres de su comunidad.

INTERPRETACIÓN:

De 35 personas encuestadas que representan el 100%, 35 personas que representan el 100% respondieron que la ley penal que sanciona el delito de violación sexual NO ha expresado correctamente las estructuras de clase, usos y costumbres de su comunidad en razón a que en estas, se conceptúa que está mal “forzar” a una chica a tener relaciones contra su voluntad en tanto que tienen la creencia que si es voluntario entonces es correcto, sin importar la minoría de edad de la mujer.

TABLA N° 10

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual indicaron que los conflictos que surgen en su comunidad lo solucionan en Asambleas comunales.

CONTROLES SOCIALES	FREC.	%
Reuniones Familiares, Asambleas comunales, Religión	35	100%
Derecho penal	00	00%
TOTAL	35	100%

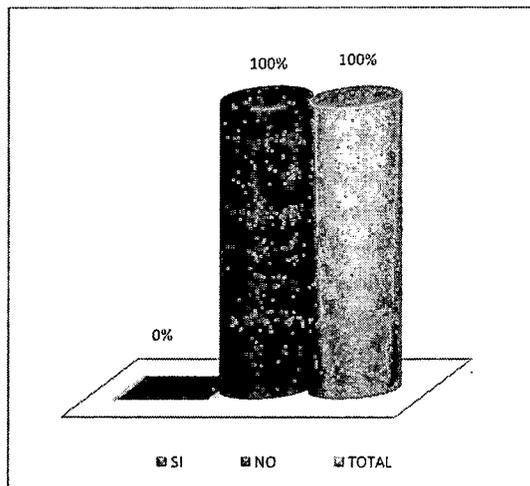


GRAFICO 10

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual indicaron que los conflictos que surgen en su comunidad lo solucionan en Asambleas comunales.

INTERPRETACIÓN:

De 35 personas encuestadas que representan el 100%, 35 personas que representan el 100% respondieron desconocer que cosa es control social, así como desconocer que es derecho penal. Señalan que el concepto de lo bueno o lo malo es aprendido en el seno familiar con la influencia de la religión, como una extensión de conservación de lo primario de sus existencias y que los conflictos que se suscitan son sometidos a consideración de un consejo de familia o dependiendo de la lesividad social que estas impliquen, lo someten a consideración de las Asambleas comunales.

TABLA N° 11

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual señalaron que en su comunidad las familias se forman desde los 12 años con la aceptación de los familiares.

FORMAS ANCESTRALES	FREC.	%
12 Años a menos	00	100%
12 Años a más	35	00%
TOTAL	35	100%

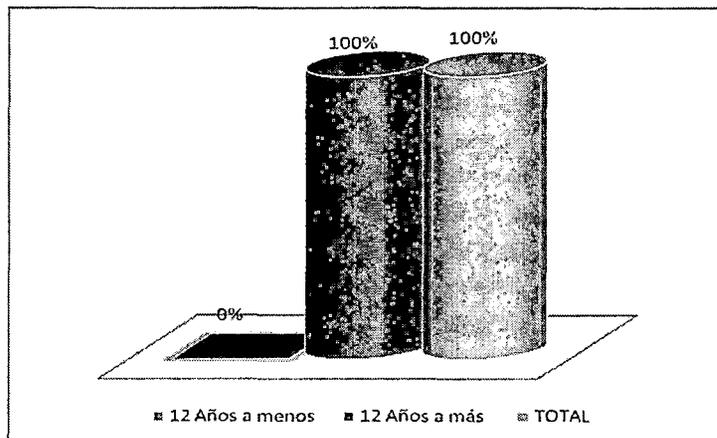


GRAFICO 11

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual señalaron que en su comunidad las familias se forman desde los 12 años con la aceptación de los familiares.

INTERPRETACIÓN:

De 35 personas encuestadas que representan el 100%, 35 personas que representan el 100% respondieron que la formación de la familia en el caso de las mujeres se da a partir de los 12 años para adelante en la que con el consentimiento de la familia forman parejas y tienen hijos.

TABLA N° 12

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual señalaron que en su comunidad los conflictos se solucionan en base a la costumbre y a la tradición.

SURGIMIENTO DE CONFLICTOS	FREC.	%
Costumbre, tradición	35	100%
Ley	00	00%
TOTAL	35	100%

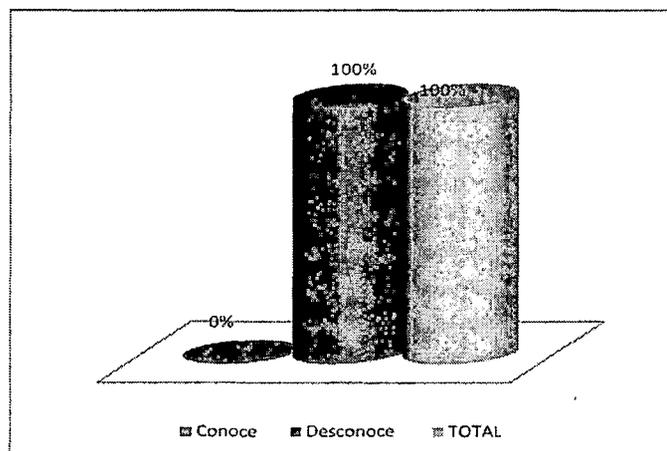


GRAFICO 12

Los internos de las comunidades andinas de Ancash, sentenciados por el delito de violación sexual señalaron que en su comunidad los conflictos se solucionan en base a la costumbre y a la tradición.

INTERPRETACIÓN:

De 35 personas encuestadas que representan el 100%, 35 personas que representan el 100% respondieron que ante el surgimiento de conflictos en su comunidad acuden a soluciones de raíz ancestral, es decir, auspiciadas en la costumbre y la tradición, pues indicaron DESCONOCER la ley penal.

V. DISCUSION.

Análisis Jurídico de las sentencias.

Habiéndose ponderado las 35 sentencias analizadas y que corresponden a los internos originarios de las comunidades andinas y campesinas de Ancash sentenciado a penas privativas de la libertad Art. 173^a del Código Penal por el delito de violación sexual, se ha llegado a determinar que destaca en todas ellas las siguientes características comunes:

- 1.- Que las relaciones sexuales fueron con el consentimiento de las agraviadas.
- 2.- Que el consentimiento de dio en al marco de una relación de enamorados y de convivencia mantenidas con ellas por parte de los agentes activos
- 3.- El convencimiento que los agentes activos tenían de que no estaban cometiendo ningún delito ya que “no estaban forzando a nadie” sino que contaban con el consentimiento de ellas.
- 4.- Que en los delitos de violación sexual “el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual de los menores”;
- 5.- Que el consentimiento de las menores carecen de validez, configurándose una presunción *juris et de iure* de la incapacidad de los menores para consentir válidamente”.

El error de prohibición como elementos de análisis de las sentencias

El Derecho Penal como elevada superestructura formal del control social no puede sustraerse de la dimensión antropológica y cultural de los hombres finalmente depositarios de dichas normas, en ese sentido, las 35 Resoluciones de sentencia analizados en el presente trabajo de Investigación han ignorado flagrantemente como parte de su universo considerativo, argumentativo y

motivacional que los internos originarios de las comunidades andinas, juzgados y sentenciados por el delito contra la libertad sexual, desarrollado cada uno, una conducta aceptable en el marco de un espacio tiempo históricos existenciales propios, particulares formas de comportamiento que la doctrina penal ha venido en llamarla el error de prohibición , por lo que es pertinente a efectos de una mejor sustentación del análisis que nos ocupa; un desarrollo somero del mismo a efectos de abundar en argumentos que permitan consolidar la tesis del Relativismo, control social y pena en el ámbito de las comunidades andinas.

El error de prohibición en la doctrina, ignorancia y error.- Son muchos los autores que se han ocupado del presente tema. La diferencia estriba en la distinción entre falso conocimiento y falta de conocimiento. La ignorancia es puro no saber y el error el saber mal, es decir, un conocimiento que se tiene por verdadero o exacto, siendo falso. Para *Savigni*, el error es siempre una forma de la ignorancia, puesto que el error existe como consecuencia de ignorar alguna cosa. Binding, en esa corriente de pensamiento señala que “todo conocimiento falso supone, precisamente, un no conocimiento, en tanto que todo lo no conocido es un conocimiento no erróneo”.

Si bien es cierto que el error de prohibición ha sido doctrinariamente muy discutido, sin embargo se ha reconocido con convicción que plantea ciertos problemas en la práctica- y las sentencias analizadas confirman este aserto- ; además obviamente de reconocer lo injusto de su exclusión desde el punto de vista axiológico, pues se ha podido observar en las 35 sentencias analizadas que el error no siempre se refiere a la norma prohibitiva, sino a la existencia de una causa de justificación o a los presupuestos facticos de dicha causa, como el creer,

por ejemplo que VIOLAR es tener relaciones sexuales. SIEMPRE EN CONTRA DE LA VOLUNTAD del agente pasivo, en tanto que *contrario sensu* CREER que cuando EXISTE CONSENTIMIENTO, independientemente de la edad de la víctima – máxime en el ámbito de un escenario espacio tiempo histórico como el de las zonas alto andinas, NO SE COMETE EL DELITO DE VIOLACION.

Una visión diferente del problema supone la teoría del dolo según la cual este exige como forma de la culpabilidad tanto el conocimiento de los elementos del tipo como de la antijuridicidad; por lo que el juzgador al momento de evaluar los casos judicializados y que son materia del presente análisis, debió ponderar el tratamiento del error de tal manera que le hubiera llevado a excluir en todos los casos la culpabilidad si el error era invencible como en los casos analizados; excluir el dolo, pero castigar, en el peor de los casos por imprudencia si el error era vencible. En ese sentido, *Quintero Olivares y Muñoz Conde*⁶⁷ concluyen indicando que “el error sobre la prohibición legal, cuando es insuperable, excluye la culpabilidad y siendo evitable, la reduce, sin excluir, empero, el dolo con respecto de la acción”. Son muchas las formas como la doctrina admite como aparición de las formas de error, sin embargo, para efectos del análisis de las sentencias destacamos el error sobre la validez de una norma de autorización llamado por Jescheck Hans Henrich⁶⁸ “*error de prohibición indirecto*”, el mismo que consiste en que el autor no cree que su conducta este jurídicamente aprobada, sin embargo en el caso concreto, desconoce la antijuridicidad de su conducta en merito a una suposición errónea de una disposición legal prohibitiva, como en el

⁶⁷ QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE. Conferencias sobre la reforma penal de 1983, Pág. 39 y sgtes.

⁶⁸ JESCHECK HANS HENRICH. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Editorial COMARES Granada España, 2002

presente caso en que todos los sentenciados creyeron que solo “estaba mal” o estaba prohibido o era delito de violación, cuando se tiene relaciones sexuales en contra de la voluntad del sujeto yacente mientras que no se estaría cometiendo delito de violación cuando se cuenta con el pleno consentimiento de “la víctima”. El juzgador al momento de la ponderación de los hechos e imponer sentencia, no ha tomado en cuenta el Art 14 del Código Penal el mismo que prescribe que “el error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”. Las 35 sentencias analizadas nos colocan en ese caso, por la narración de los hechos glosados en la parte considerativa de las Resoluciones. Hemos sostenido con énfasis en el presente trabajo que las formas como el Estado implementa el control social no se elabora en abstracto, sino que debe tomar en cuenta a la persona humana en toda su dimensión social y existencial y que por su misma naturaleza de ser en función de los “*otros proximales*”, para usar una expresión de *José Ortega y Gasset*, está sujeta a una serie de factores condicionantes que lo convierte en depositario desigual de la norma. De allí que se haya justificado plenamente la incorporación en la dogmática penal del error de comprensión y complementariamente, el “error de comprensión culturalmente condicionado”. Estas categorías jurídicas penales pese a convertirse en el principal soporte conceptual para la relativización del conocimiento de los mandatos y prohibiciones de la estructura jurídica positiva y consecuentemente de la graduación de la determinación penal en función a la individualización de esta a la exacta proporción al hecho y en atención a la extensión de la culpabilidad, sin

embargo y pese a ello, el operador de la Administración de Justicia de la Corte Superior de Justicia de Ancash tanto a nivel de Juzgado y de tribunal no la aplicó en las 35 Resoluciones de sentencias analizadas y que fueron impuestas a los originarios de las comunidades andinas de Ancash.

El Tipo y la adecuación social como elementos relevantes en el análisis de las sentencias.

Destaca en segundo término, del análisis de las sentencias que la conducta reconocida por los imputados durante todo el proceso y ratificada por las “víctimas” en el sentido de haber mantenido relaciones sexuales con el pleno consentimiento de ellas como una extensión de sus condiciones ya sea de enamoradas, “amigas”, convivientes, etc., es decir, el conjunto comportamental que configuran formas de expresión del universo afectivo de los sujetos del Derecho Penal, si bien ingresa en forma aparente en la figura de violación sexual, resulta atípica, pues constituye una acción socialmente adecuada. Al respecto, Hanz Welzel⁶⁹ sostiene que *“la adecuación social constituye en cierto modo la falsilla de los tipos penales: es el estado “normal” de la libertad social de acción que les sirve de base y es supuesto tácitamente por ellas. Por otra quedan también excluidos de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aun en todos aquellos casos que pudieran ser subsumidas en ellos, de acuerdo a criterios causales”*.

La sentencia debió contener sin duda como aspecto sustancial de su motivación, la adecuación social que líneas arriba hemos indicado, situación que no se ha observado en ninguna de las 35 sentencias analizadas. No se ha ponderado que si

⁶⁹ HANZ WELZEL. Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile. Cap. IV. Tipo y Adecuación Social.

bien es cierto, la conducta es *formalmente adecuada al tipo*, sin embargo, se ha observado que las conductas que han sido materia de sentencia no han revestido por la forma y circunstancias en que ocurrieron, un verdadero carácter criminal. Los juzgados y tribunales en los casos analizados han reflejado en las sentencias sanciones draconianas aplicadas a conductas que en ninguna momento cayeron fuera del orden social aceptado, toda vez que las conductas en los 35 casos de internos originarios de las comunidades Andinas de Ancash, pese a ser lesivos al orden jurídico, se encontraron en todo momento dentro de “su orden social” y por ende no debieron ser alcanzadas por la descripción contenida en el tipo, por lo que esos comportamientos debieron ser excluidos del tipo penal de violación sexual Art. 173^a del Código Penal por parte de los juzgadores, mediante el uso de ciertos correctivos, toda vez que como indica Enrique Bacigalupo⁷⁰ *“el legislador por la necesidad que tiene de crear tipos suficientemente abstractos se ve obligado a veces a incluir literalmente en la descripción, conductas que no caen fuera del orden social. Para eliminar esos casos del ámbito del tipo penal se deben constituir a partir de los operadores del sistema de administración de justicia, “conceptos reguladores” distintos a las señaladas en la ley penal”*.

En definitiva, en las sentencias analizadas, el juzgador debió haber recurrido al momento de emitir su fallo, a categorías genéricas creadas por la dogmática penal como la teoría de la adecuación social. En efecto, las 35 sentencias analizadas reflejan que se ha sancionado drásticamente y dramáticamente, conductas socialmente adecuadas o toleradas, pues el sentimiento corriente y los usos de las comunidades andinas la han puesto fuera de la esfera del derecho penal por no encontrarse el

⁷⁰ ENRIQUE BACIGALUPO. Lineamientos de la teoría del delito. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974, Pág. 66/68.

bien jurídico protegido por la norma, afectada en forma relevante.

Análisis Jurídico de los cuadros estadísticos.-

Cuadro N° 01

De acuerdo a los resultados, la mayoría de los encuestados establecen dos momentos en su conocimiento del derecho penal y sus alcances. Un absoluto desconocimiento del tema Antes de ingresar a la cárcel y posterior a ella un conocimiento impreciso del mismo, relacionándola de manera ambigua a: “malos comportamientos”, “delito” (desconociendo ciertamente su definición técnica y científica) y a cárcel y “castigo”. En tal sentido, en los entrevistados, concurren las causales de exclusión de responsabilidad, en razón a que por su diversidad sociocultural los ha colocado ante un error de prohibición invencible y que la sentencia lo que ha hecho es consolidar en todos y cada uno de ellos una *“actitud apriorística que ha decidido encontrar culpable a una cultura y a los portadores e integrantes de ella”*.

Cuadro N° 02

De acuerdo a los resultados, la mayoría de los internos refiere NO haber conocido que era Violación sexual ni mucho menos su implicancia en lo personal y social. A lo sumo manifiestan haber tenido conocimiento que “era malo” cuando la mujer era forzada a tener relaciones en contra de su voluntad mas no así cuando se contaba con el consentimiento de ellas. Desde esta perspectiva y siguiendo la pauta cultural de la comunidad, tener relaciones con el consentimiento de la mujer es un comportamiento justificado por haber tenido lugar en un contexto socialmente positivo y que al yacer con una menor con su consentimiento, están evidenciando un comportamiento que por razones culturales, no los ha hecho

comprender el carácter ilícito de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esta comprensión.

Cuadro N° 03

De acuerdo a los resultados la mayoría de los internos percibe que la imposición del derecho penal traducida en la sentencia es INJUSTA toda vez que al momento de ser esta impuesta no han tomado en cuenta el sistema de valores, principios e intereses que mueven a una comunidad organizada a partir de lo que significa sus sistemas de vida y que en ese contexto, el hecho por el cual han sido sentenciados carece de trascendencia jurídica, ya que carece de uno de los elementos estructurales que permiten afirmar la existencia del delito, esto es, la antijuridicidad; es decir, aquel elemento pernicioso y negativo del que está cargado un hecho, en relación con el sistema de valores que impera en el ámbito espacial en el que se produce.

Cuadro N° 04

Destaca como argumento de justificación en el 100% de los encuestados el que las “agraviadas” eran o sus enamoradas, convivientes o amigas y que las relaciones sexuales habidas fueron con el pleno consentimiento de ellas.

Cuadro N° 05

La mayoría de los encuestados han internalizado el derecho penal como un factor disociador que ha irrumpido en sus vidas interrumpiendo todo un proceso de socialización que como, proyecto de vida habían desarrollado a partir de la pretensión de una unión con la pareja y la consolidación a través de la familia. En ese contexto, el libre desarrollo es uno de los pilares del Estado Democrático de

Derecho, que implica diversos aspectos de la personalidad: de orden religioso, psicológico, formativo y por supuesto, de carácter sexual. El libre desarrollo se enmarca dentro de las condiciones necesarias que deben ser respetadas por el Estado para la satisfacción del proyecto de vida de cada persona, por lo que no es posible mediante una norma penal o de otro tipo, restringir el derecho del adolescente a desarrollar su personalidad en todos los ámbitos. No basta una ley para la restricción de los derechos fundamentales, sino que esta cumpla con ser adecuada con las expectativas de progreso de la sociedad.

Cuadro N° 06

La mayoría de los encuestados ha visto interrumpida sus proyectos futuros, es decir que percibe el derecho no como un instrumento de armonía social toda vez que a raíz de su reclusión ha visto como ha terminado diluyéndose la posibilidad de formar una familia porque ha perdido toda clase de contacto con quienes eran sus enamoradas, es decir, sus agraviadas.

Cuadro N° 07

La mayoría de los internos encuestados ponen en evidencia que el delito como estrategia formal de armonía social que busca restablecer a traves de la pena el orden social resquebrajado, no se ha cumplido en el caso de ellos toda vez que a raíz de la imposición de la pena se ha fracturado dramáticamente los sueños y proyectos futuros de un significativo número de internos proveniente de las comunidades andinas tanto en lo personal, familiar y social y familiar.

Cuadro N° 08

La mayoría de los internos refirieron desconocer la ley penal como instrumento de solución de conflictos destacando por el contrario formas ancestrales de

restablecimiento de la armonía relativizando con ello la dogmática penal incorporando formal ancestrales y consuetudinarias de control social auspiciado muchos de ellos en la tradición., siendo el facilitador de la solución de los conflictos el teniente gobernador que no es una autoridad jurisdiccional sino una autoridad política.

Cuadro N° 09

La mayoría de los encuestados ha referido que la ley penal que sanciona el delito de violación sexual NO ha expresado correctamente las estructuras de clase, usos y costumbres de su comunidad en razón destacando la desatención de la situación penal del indígena que por supuesto conlleva a una imposición, discriminadora y arbitraria de particulares y drásticos patrones de comportamiento a grupos indígenas culturalmente diversos, poseedores de pautas conductuales y axiológicas muy diversas de las sustentadas por el legislador y por el derecho foráneo que importaba.

Cuadro N° 10

La mayoría de los encuestados manifestaron desconocer que cosa era el control social, así como desconocer que es derecho penal. Señalan que el concepto de lo bueno o lo malo es aprendido en el seno familiar con la influencia de la religión, como una extensión de conservación de lo primario de sus existencias

Cuadro N° 11

La mayoría de los encuestados refirieron que la formación de la familia en el caso de las mujeres se da a partir de los 12 años para adelante en la que con el consentimiento de la familia forman parejas y tienen hijos.

Cuadro N° 12

La mayoría de los encuestados manifestaron que ante el surgimiento de conflictos en su comunidad acuden a soluciones de raíz ancestral, es decir, auspiciadas en la costumbre y la tradición, pues indicaron DESCONOCER la ley penal.

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

HIPOTESIS GENERAL.

Queda demostrada, en base a los cuadros 1, 2, 3, 8 y 9; los cuales confirman que el relativismo en la comprensión del delito de violación sexual de menores de edad no influyo en la imposición de la pena en sentenciados originarios de las comunidades andinas recluidos en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz al privilegiar el concepto de control social formal y oficial. El verdadero derecho penal solo puede basarse en una aproximación parcial al universo social que pretende regular. En ese sentido, los límites de toda dogmática penal se encuentran en la libertad y dignidad del hombre, más allá del cual toda forma de control social adquiere perfiles de ferocidad.

HIPOTESIS ESPECIFICA N° 01.

Ha quedado confirmada con los cuadros 4, 5, 6 y 7; los cuales demuestran la necesidad de relativizar la aplicación del derecho penal en lo concerniente a la indemnidad sexual de menores de edad en las comunidades andinas, evitando así que la imposición de esta forma de control social signifique una ruptura dramática en sus formas historias de configuración familiar, tradicional y culturalmente aceptadas por el consenso de grupo.

HIPOTESIS ESPECIFICA N° 02.

Queda confirmada con los cuadros 10, 11 y 12, la necesidad de propiciar en los jueces penales de la jurisdicción de Ancash que al momento de determinar la pena a imponer a los integrantes de las comunidades andinas incurso en el delito de violación sexual, deberán valorar las alternativas de organización en materia de control social como extensión de los procesos formativos de cada cultura, tomando necesariamente en cuenta todos los otros aspectos de las circunstancias espacio temporales que configuran y constituyen el universo experiencial de los sujetos depositarios de la norma.

VI. CONCLUSIONES:

1. Para los depositarios de la norma originarios de las comunidades andinas concurren las causales de exclusión de responsabilidad penal en razón al absoluto desconocimiento del derecho penal y de sus alcances. En tal sentido, los sentenciados por delito de violación sexual de menores originarios de las comunidades andinas e internos en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz, han permanecido, en razón a su diversidad sociocultural que los ha colocado ante un error de prohibición invencible y que la sentencia ha consolidado en todos y cada uno de ellos una *“actitud apriorística que ha decidido encontrar culpable a una cultura y a los portadores e integrantes de ella”*.
2. Siguiendo la pauta cultural de los integrantes de las comunidades andinas, tener relaciones con el consentimiento de la mujer es un comportamiento justificado por haber tenido lugar en un contexto socialmente positivo y que al yacer con una menor con su consentimiento, están evidenciando un comportamiento que por razones culturales, no los ha hecho comprender el carácter ilícito de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esta comprensión.
3. La sentencia penal impuesta a los internos originarios de las comunidades andinas es INJUSTA irracional y desproporcionada, toda vez que al momento de ser esta impuesta no han tomado en cuenta el sistema de valores, principios e intereses que mueven a esas comunidades organizadas a partir de lo que significa sus sistemas de vida y que en ese contexto, el hecho por el cual han sido sentenciados carece de trascendencia jurídica, ya que carece de

uno de los elementos estructurales que permiten afirmar la existencia del delito, esto es, la antijuridicidad; es decir, aquel elemento pernicioso y negativo del que está cargado un hecho, en relación con el sistema de valores que impera en el ámbito espacial en el que se produce.

4. Los sentenciados por delito de violación sexual de menores originarios de las comunidades andinas, creyeron que sus comportamientos se encontraban *justificadas* por un error de prohibición indirecto, al desconocer la antijuridicidad de su conducta, toda vez que las relaciones sexuales habidas fueron con el pleno consentimiento de ellas ya que eran en unos casos, enamoradas, amigas o convivientes, por lo que la sentencia impuesta ha ejercido una restricción desde la legislación penal, a los derechos universalmente consagrados de las adolescentes, que es el uso de su derecho al ejercicio de la libertad sexual como uno de los atributos de la libertad humana en el marco de su derecho psicobiológico, de su dignidad y a tener derecho a un punto de vista propio sobre su sexualidad en función de su edad y madurez tal como lo consagra el Código de los niños y Adolescentes.
5. La sentencia impuesta a los originarios de las comunidades andinas e internos en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz, ha evidenciado un derecho penal como factor disociador que ha irrumpido en sus vidas interrumpiendo todo un proceso de socialización que como, proyecto de vida habían desarrollado a partir de la pretensión de una unión con la pareja y la consolidación a través de la familia; colisionando con el libre desarrollo de la personalidad del individuo que es uno de los pilares del Estado Democrático de Derecho, que implica la manifestación de esta en sus diversos aspectos y

alcances: de orden religioso, psicológico, formativo y por supuesto, de carácter sexual. El libre desarrollo se enmarca dentro de las condiciones necesarias que deben ser respetadas por el Estado para la satisfacción del proyecto de vida de cada persona, por lo que no es posible mediante una norma penal o de otro tipo, restringir el derecho del adolescente a desarrollar su personalidad en todos los ámbitos. No basta una ley para la restricción de los derechos fundamentales, sino que esta cumpla con ser adecuada con las expectativas de progreso de la sociedad.

6. La imposición de la pena a fracturado dramáticamente los sueños y proyectos futuros de los sentenciados por violación sexual originarios de las comunidades andinas, tanto en lo personal, familiar y social al haber buscado, el juzgador, a través de la pena, la acentuación de una restitución de la paz social y la sanción por la lesión de "*bienes jurídicos*", ignorando todos los otros aspectos de la situación personal y existencial del sujeto activo del delito al no haber tomado en consideración las circunstancias espacio temporales que configuraron y constituyeron su universo experiencial.
7. La sentencia impuesta a los originarios de las comunidades andinas al traducir el propósito regulador y sancionador del Estado en el marco de una prevención general y especial, ha puesto de manifiesto el espíritu defensivo de una época que le es ajena en este caso al depositario de la norma proveniente de las comunidades andinas de Ancash; sin tomar en cuenta que *los distintos espíritus defensivos de los pueblos se separan en el Espacio y en el tiempo y en este respecto actúa el influjo de la conexión natural, de la conexión entre lo espiritual y lo natural, el temperamento, la historia, la*

cultura, etc. como elementos que obligan la necesaria relativización de la dogmática penal de manera tal que refleje la realidad objetiva del depositario de la norma penal.

8. La ley penal que sanciona el delito de violación sexual NO ha expresado correctamente las estructuras de clase, usos y costumbres de los integrantes de las comunidades andinas en razón a la desatención de la situación penal del indígena que por supuesto conlleva a una imposición, discriminadora y arbitraria de particulares y drásticos patrones de comportamiento a grupos indígenas culturalmente diversos, poseedores de pautas conductuales y axiológicas muy diversas de las sustentadas por el legislador y por el derecho foráneo que importa.
9. El desconocimiento del derecho penal por parte de los internos originarios de las comunidades andinas y reclusos en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz, ha puesto en evidencia si bien es cierto que el contenido del derecho penal puede reflejar una verdad necesaria relativa o absoluta a la vez, en un escenario y tiempo determinados; sin embargo, en circunstancias socio históricas particulares de los habitantes de las comunidades andinas o campesinas de la zona sierra de Ancash no solo carece de valor científico sino también de utilidad práctica.
10. La formación de la familia en el caso de las mujeres de estas comunidades andinas se da a partir de los 12 años para adelante en la que con el consentimiento de la familia forman parejas y tienen hijos, evidenciándose en estas sociedades, el libre desarrollo y bienestar de las personas incluidas las adolescentes, quienes tienen igualmente el derecho a disfrutar de su

sexualidad, como parte de su *ser ontológico* y en consecuencia el derecho a establecer una unión, fundar una familia o convivir. En tal sentido, se advierte que el juzgador al sentenciar a los originarios de las comunidades andinas y recluirlos en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz, no ha atendido la culpabilidad del agente en su dimensión socio existencial al momento de determinar la pena, de tal manera que la auto constatación del Estado en materia de control social no se ha expresado con racionalidad y proporcionalidad.

11. El desconocimiento de la ley penal por parte de los originarios de las comunidades andinas, pone en evidencia la posibilidad de una sociedad sin LEY PENAL, donde el único medio de control social es la actitud general de grupo con relación a sus propios patrones de conducta en los términos de un conjunto de *reglas de obligación* que un grupo de seres humanos acepta, toda vez que el derecho antes que norma, es organización, estructura, o sea posición del “*ente social*”, en la misma sociedad en la cual se desenvuelve a partir de un sistema de valores en la que se realiza la vida común de un pueblo.

VII. RECOMENDACIONES

1. El juzgador a través de la imposición de la pena no debe buscar la restitución de la paz social o la sanción por la lesión de bienes jurídicos, ignorando todos los otros aspectos de las circunstancias espacio temporal que configuran y constituyen el universo experiencial de los sujetos depositarios de la norma.
2. Solo en la medida de una atención de la culpabilidad en su dimensión socio existencial al momento de determinar la pena importara la auto constatación del Estado en materia de control social con racionalidad y proporcionalidad.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI Francisco: Derecho Penal”. Vol. II Ed. Giufre, Italia, 1957.
- ACEVES LOZANO, Jorge, *Cuéntame tu vida. Historia oral: historias de vida*. “Un enfoque metodológico de las historias de vida”, en Graciela de Garay (com.). México. Instituto Mora, 2001.
- ALVAREZ -GAYOU JURGENSON, Juan Luís.”Como hacer investigación cualitativa. *Fundamentos y Metodología*. Ediciones Paidós Educador. México, 2003.
- BERNALES, Enrique (1999). La constitución de 1993. Análisis comparado. Lima: Constitución y Sociedad ICS.
- BINDER, Alberto, La Forma de la Justicia de Penal en la Transición a la Democracia en América Latina. Ediciones Anuario de Derecho Penal 1994.
- BRAMONT ARIAS, Luís. “Temas de Derecho Penal”. Tomo I. Biblioteca de la Universidad San Marcos, Lima Perú. 1980.
- BLADIMIR ZAMBRANO, Carlos. “*Constitucionalidad, Inimputabilidad e Inculpabilidad*”. Estudio del Expediente D-3751. Resuelto en la Sentencia C-370/20, Corte Constitucional de Colombia. Revista del Foro N° IX- Lima Perú 1986
- BOLAÑOS GONZALES Mireya. “*Hacia una nueva lectura de la Responsabilidad penal del indígena en Venezuela*”. Universidad de Zulia, Maracaibo. Venezuela 2001.
- CERVINI SANCHEZ Raúl. “*Acerca del principio de respeto a las Autonomías Culturales y su trascendencia en Latinoamérica*” Ediciones

Revista Federal de Derecho N° 31. Madrid 1958, pág. 35.

- CUEVA SEVILLANO Alfonso: Nuevo Diccionario global ilustrado, Edit. AFA, Pág., 1023. Lima-Perú. 2006
- CANALES, Manuel, y Anselmo PEINADO, *Métodos y Técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales*. “Grupos de discusión”; en Juan Manuel Delgado y Juan Gutiérrez. España: Síntesis Psicológica, 1999.
- DE TRAZEGNIES, Fernando. Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho. *Materiales de enseñanza de la facultad de derecho*”. Editada por la Oficina de Publicaciones para la Docencia e impresa en la Imprenta de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Julio de 1988.Pág.16.
- EZAINE, Amado: Enciclopedia de la Ciencia Jurídica. Diccionario Jurídico, parte Penal I, Edit. AFA, Lima – Perú, 2da. Edición. 1991.
- FLORES POLO Pedro: Diccionario de Términos Jurídicos, Edit. Marsol, Volumen 2, Lima – Perú. 1984.
- FRIEDMAN, Lawrence M. “Cultura Jurídica y Estructura social”. Escrito en colaboración con Macaulay S. Una Publicación del Instituto de Ciencias y Derecho. Bobbs-Merrill, USA, 1969, PP.1000-4, 1006-8.
- FRANCIA SANCHEZ, Luís. “Sistema Penal y Pluralismo Jurídico: Lineamientos para interpretar la legislación Peruana”. Ponencia presentada en el Foro Internacional de Jurisdicción Especial y Derecho Consuetudinario – Justicia Comunal. Revista del Colegio de Abogados de Lima – 2004.
- GOLDSTEIN, Raúl. “*Diccionario de Derecho Penal y Terminología*”. Buenos Aires, Argentina, Astrea, 3ª, 1993, pp. 293).

- HURTADO POZO, José. artículo “*El Indígena ante el Derecho Penal: caso peruano*”, Revista Editada por la Asociación Peruana de Derecho Penal N° 07. Lima Perú, 1974. Pág., 16
- HURTADO POZO, José. “El Indígena ante el Derecho Penal: caso peruano”. Revista Editada por la Asociación Peruana de Derecho Penal. N° 07. Lima 1974.
- HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. “Metodología de la Investigación, México. Edit. McGraw Hill, 1998.
- JIMÉNEZ DE ASUA Luís. “*La Ley y El Delito*”. Editorial Sudamericana. Onceava Edicion. Buenos Aires 1980. Pág. 253.
- MARTINES LIZANDRO. “Derecho Penal Sexual”. Edit. Temis, T. I. Bogota Colombia, 1972.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio. “Tratado de Derecho Penal Internacional”, Tomo I. Edic. Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1972.
- RAMOS Juan “El Impulso de Perversidad Brutal”, Revista Penal Argentina Tomo I ediciones Abeledo Perrot Buenos Aires Argentina, 1958.
- RODRIGUEZ GOMEZ, Gregorio y otros. “metodología de la Investigación científica”. Madrid-Málaga. Edit. Aljibe, 1985.
- SANCHEZ ROMERO Cecilia. “El Abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas”. Asociación de Ciencias Penales. Revista N° 11 Edic. Pueril- Bolivia 1974.
- TAMAYO TAMAYO, Mario. “El proceso de la Investigación Científica”. México. Edic. Limusa, 1990.

- TOYMBEE, Arnold. “Estudio de la Historia”. Mexico, Ediciones del Fondo de Cultura Económico. 3ra Edic. 1952
- TAYLOR, Steve J., y Robert Bogdan. “Introducción a los métodos cualitativos de Investigación. La búsqueda de significados”. Barcelona. Edit. Paidós, 1996.
- URÉ Ernesto, “Los Delitos Sexuales en el Código Penal Peruano”. Ediciones Bolivariana Trujillo – Perú, 1974.
- VICTOR RAUL HAYA DE LA TORRE.- Obras Completas. Tomo V. “Espacio Tiempo Histórico”. Editorial Juan Mejía Baca 1982-. Lima Perú.