



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,
PARA A OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL
REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de
Investigación – RENATI. Resolución del Consejo Directivo de
SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: **LEÓN HUAMAN ESPERANZA SOFIA**

Código de alumno: **05.0879.9.AC**

Correo electrónico: **sofialh378@gmail.com**

Teléfono: **943919605**

DNI O Extranjería: **31605903**

2. Modalidad de trabajo de investigación:

Trabajo de investigación

Trabajo académico

Trabajo de suficiencia profesional

Tesis

3. Título Profesional:

Bachiller

Título

Segunda especialidad

Licenciado

Magister

Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

**"EL ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO Y LA DIVERSIDAD
CULTURAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES**

5. Facultad de:

6. Escuela, Carrera o Programa: Maestría en Derecho con Mención en Ciencias Penales

7. Asesor:

Apellidos y Nombres: **ROBLES TREJO LUIS WILFREDO**

Teléfono: **943631537**

Correo electrónico: **llobles@hotmail.com**

DNI o Extranjería: **31658643**

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma: 

D.N.I.:

FECHA:



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

**EL ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE
CONDICIONADO Y LA DIVERSIDAD CULTURAL EN EL
DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES**

Tesis para optar el grado de maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales

ESPERANZA SOFIA LEÓN HUAMAN

Asesor: **Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Ancash – Perú

2019

Nº. Registro: T0686

MIEMBROS DEL JURADO

Magister Florentino Obregón Obregón

Presidente

Doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza

Secretario

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal

ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por guiarme en mi camino y por permitirme concluir con mi objetivo.

A mis padres quienes son mi motor y mi mayor inspiración, que a través de su amor, paciencia, buenos valores, ayudan a trazar mi camino.

A mis hermanos que con sus palabras me hacían sentir orgulloso de lo que soy y de lo que les puedo enseñar.

Y por supuesto a mi querida Universidad y a todas las autoridades, por permitirme concluir con una etapa de mi vida, gracias por la paciencia, orientación y guiarme en el desarrollo de esta tesis.

DEDICATORIA

A mis padres quienes me dieron
vida, educación, apoyo y consejos.

ÍNDICE

	Página
Resumen.....	vii
Abstract.....	viii
I. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Objetivos.....	4
1.2. Hipótesis.....	5
1.3. Variables.....	6
II. MARCO TEÓRICO.....	7
2.1. Antecedentes.....	7
2.2. Bases teóricas.....	9
2.3. Definición de términos.....	59
III. METODOLOGÍA.....	62
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	62
3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño de la investigación.....	63
3.3. Instrumento(s) de recolección de la información.....	64
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información.....	65
IV. RESULTADOS.....	67
V. DISCUSIÓN.....	94
VI. CONCLUSIONES.....	123
VII. RECOMENDACIONES.....	125
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	126
IX. ANEXO.....	135

RESUMEN

El propósito fundamental de la investigación fue determinar los fundamentos jurídicos que justifican la colisión entre el delito de violación sexual de menor de edad con el error de comprensión culturalmente condicionado y la diversidad cultural en el ordenamiento jurídico peruano; para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático -normativa-teórica- y por su naturaleza fue cualitativa; se empleó la técnica documental y análisis de contenido para la elaboración del marco teórico y en la discusión la teoría de triangulación de teorías y la argumentación jurídica.

La investigación demostró que existen argumentos para demostrar que los alcances del artículo 173 del Código Penal, no deben ser examinados de manera trivial, por el contrario, en el derrotero de una investigación, bajo la línea argumentativa de una correcta administración de justicia, deben imperar criterios objetivos, con la finalidad de alcanzar una sentencia justa, por ello deben analizarse una serie de circunstancias que rodean la conducta del inculcado, a fin de determinar su culpabilidad en los hechos, entre estos su forma de vida y del grupo social en el que se desenvuelve, esto es, sus costumbres y su cultura. Asimismo, el error de Comprensión Culturalmente Condicionado, se ve afectado por discrepancias teóricas e incumplimientos, dado que afecta negativamente el sistema de justicia en los delitos Contra la Libertad Sexual de menores de edad.

Palabras claves: el error de comprensión culturalmente condicionado, diversidad cultural, delito de violación sexual de menores, pluralismo jurídico, derecho penal.

ABSTRACT

The fundamental purpose of the investigation was to determine the legal bases that justify the collision between the crime of rape of a minor with the error of culturally conditioned comprehension and cultural diversity in the Peruvian legal system; for which a legal investigation of dogmatic type was carried out - normative-theoretical - and by its nature was qualitative; the documentary technique and content analysis were used for the elaboration of the theoretical framework and in the discussion the theory of triangulation of theories and the legal argumentation.

The investigation showed that there are arguments to demonstrate that the scope of article 173 of the Criminal Code should not be examined in a trivial way, on the contrary, in the course of an investigation, under the argumentative line of a correct administration of justice, objective criteria, with the aim of reaching a just sentence, therefore a series of circumstances surrounding the conduct of the accused must be analyzed, in order to determine their guilt in the facts, between them their way of life and the social group in which they develops, that is, their customs and culture. Likewise, the error of Culturally Conditioned Comprehension is affected by theoretical discrepancies and non-compliance, since it negatively affects the justice system in crimes against sexual liberty of minors.

Key words: the culturally conditioned misunderstanding, cultural diversity, the offense of rape of minors, legal pluralism, criminal law.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal es, por definición, la aplicación de medidas restrictivas de derechos a un ciudadano en virtud de los marcos legales de cada orden jurídico. En nuestro caso, ello implica regularmente la privación de libertad, tanto como medida procesal o como pena por la comisión de un delito.

En tal contexto, es evidente que constituye uno de los aspectos más conflictivos la pretensión que un sistema normativo de alcance nacional tiene para aplicarse en una realidad pluricultural, como la peruana. A fin de evitar que la aplicación de la norma penal criminalice, indiscriminadamente, las prácticas culturales de ciudadanos de un grupo étnico o cultural que contravengan la legislación penal, se han desarrollado diversos mecanismos o figuras penales.

Ello no es nuevo. Como puede recordarse el Código Penal de 1924 incluyó un par de artículos (44° y 45°) en los que establecía un tratamiento diferenciado según se tratase de habitantes de la serranía o de la selva. Al respecto, existe diversa literatura que es enfática en mostrar las deficiencias e injusticias cometidas como resultado de la aplicación de dichas normas¹.

Las críticas planteadas a dichas normas, tanto desde el punto de vista técnico jurídico² como de los resultados concretos de su aplicación³, dieron como resultado que en la elaboración del Código se intentara superar tales deficiencias mediante la

¹ Cfr. BALLON AGUIRRE, Francisco. *Etnia y Represión Penal*. Lima: CIPA, 1980. Asimismo, HURTADO POZO, José. *La ley importada*. Lima: CEDYS, 1979.

² La consideración de estos supuestos como formas de inimputabilidad implicaba equiparar a los indígenas con las personas menores de edad o con alguna enfermedad mental.

³ La criminalización de prácticas culturales tenía un efecto de destrucción de las culturas indígenas, y la búsqueda de un abandono de las mismas por sus integrantes.

figura del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado (ECCC), previsto en el artículo 15° del Código Penal de 1991, el cual establece una reducción de la pena o una exención de la misma cuando la conducta delictiva hubiera sido fruto de un condicionamiento cultural. Esta figura penal constituyó un importante avance, en tanto superaba las deficiencias técnicas de la norma anterior y planteaba una opción de respeto a la diversidad cultural y la identidad étnica de los ciudadanos.

No obstante, la vigencia de la norma de modo alguno ha implicado un cambio significativo en el tratamiento efectivo dado a los ciudadanos pertenecientes a las comunidades campesinas o nativas.

Algunos de los primeros estudios al respecto indican claramente que existía una concepción errónea de dicha figura: se utilizaba para delitos de corrupción, mientras que se dejaba de utilizar para los casos que afectasen derechos básicos como la vida. Por otro lado, no se establecían los supuestos de exención de pena sino únicamente la reducción de ésta. Y por último, se mantenían criterios discriminadores y prejuiciosos respecto de los ciudadanos de dichas comunidades, buscando que abandonen dichas prácticas y se amolden a la sociedad occidental.

Por ello, las primeras evaluaciones señalaban la necesidad de una reflexión y revisión, a fin de establecer criterios adecuados de aplicación del ECCC, así como para llenar de contenido a esta figura. Por otro lado, es evidente que el sistema penal ha demostrado en el curso del tiempo su inoperancia y su total fracaso como instrumento para la resolución de los conflictos que se presentan en el seno de la sociedad pluricultural, como es la peruana.

Las leyes y las estructuras, formuladas teóricamente para proteger al ciudadano, se vuelven a menudo en su contra, lo estrujan, y terminan empujándolo hacia el abismo de la prisión y sus secuelas desgarrantes, creando y reforzando las desigualdades sociales. La casi imposibilidad de que una pena legítima salga del sistema penal, considerando su modo de operar, su abstracción, su lógica formal, tan ajena a los problemas de la vida cotidiana, son elementos que fortalecen la idea de buscar, fuera de él, soluciones viables, acordes con la realidad.

En tal sentido, en la realidad latinoamericana, al igual que en el Perú, se puede hablar desde muchos puntos de vista de la existencia de culturas diferenciadas. Comunidades indígenas y grandes sectores de población comulgan con creencias y valores distintos a los reflejados en las leyes dictadas por el Estado. Además, en el ámbito jurídico, es patente la vigencia de textos normativos extraídos de realidades ajenas a las del propio continente, lo cual, obviamente, acrecienta aún más el choque de culturas.

En ese sentido, el trabajo de investigación se encuentra estructurado, de la siguiente manera:

La introducción que explica la importancia de la investigación y algunos elementos de la parte metodológica, como los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos; así mismo se incluyen la hipótesis de investigación que sirvió de guía y orientación en la investigación y las variables que permitieron recolectar una serie de datos tanto teóricos como empíricos.

Luego, **el marco teórico**, que comprende el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justifican nuestro problema de investigación y por otro lado dan sustento al trabajo de investigación en general.

Asimismo, **la metodología**, que involucra: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis de la información y datos obtenidos en el trabajo de campo, como son el análisis de las resoluciones judiciales. Seguidamente, **los resultados**, en el ámbito teórico, normativo y jurisprudencial que es materia de nuestra investigación.

Luego se procedió a **la discusión**, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, si las bases teóricas, concuerdan o no con la realidad o aspecto práctico; es decir si la teoría está o no funcionando convenientemente. Se incluye, finalmente, las **conclusiones** al que se han arribado en el proceso de la presente investigación, las **recomendaciones** del caso, y las **referencias bibliográficas** citadas y consultadas en el proceso de investigación.

1.1. Objetivos

Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos que justifican la colisión entre el delito de violación sexual de menor de edad con el error de comprensión culturalmente condicionado y la diversidad cultural en el ordenamiento jurídico peruano.

Objetivos específicos

- a) Describir los desencuentros entre los textos normativos y las culturas de las poblaciones indígenas en el Perú.
- b) Establecer los alcances y limitaciones del artículo 173.2 del Código Penal en contraste con la cultura de las comunidades indígenas y amazónicas – pueblos originarios- reconocidos constitucionalmente.
- c) Identificar los presupuestos que se debe tener en cuenta para la calificación del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado.
- d) Explicar cómo garantizar los derechos de la identidad y diversidad cultural en relación al delito de violación sexual de menores dentro de un Estado Constitucional de derecho.

1.2. Hipótesis

Los alcances del artículo 173 del Código Penal, no deben ser examinados de manera trivial, por el contrario, en el derrotero de una investigación, bajo la línea argumentativa de una correcta administración de justicia, deben imperar criterios objetivos, con la finalidad de alcanzar una sentencia justa, por ello deben analizarse una serie de circunstancias que rodean la conducta del inculpaado, a fin de determinar su culpabilidad en los hechos, entre estos su forma de vida y del grupo social en el que se desenvuelve, esto es, sus costumbres y su cultura.

1.3. Variables⁴

-) **Categoría 1:** El error de comprensión culturalmente condicionado
-) **Categoría 2:** La diversidad cultural
-) **Categoría 3:** El delito de violación sexual de menores

⁴ GOMES, Romeu. “Análisis de datos en la investigación”. En: *Investigación social*. Buenos Aires: Lugar editorial, 2003, p. 55. Expresa que “La palabra categoría, se refiere en general a un concepto que abarca elementos o aspectos con características comunes o que se relacionan entre sí. Esa palabra está relacionada a la idea de clase o serie. Las categorías son empleadas para establecer clasificaciones. En este sentido trabajar con ellas implica agrupar elementos, ideas y expresiones en torno a un concepto capaz de abarcar todo”, En ese sentido, las categorías son los diferentes valores, alternativas es la forma de clasificar conceptuar o codificar un término o expresión de forma clara que no se preste para confusiones a los fines de determinada investigación. En dichas alternativas serán ubicados, clasificados, cada uno de los elementos sujetos a estudio (las unidades de análisis).

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Efectuado la búsqueda de los antecedentes de investigación se han podido encontrar los siguientes trabajos:

De la revisión bibliográfica encontramos el trabajo realizado por José Hurtado Pozo, quien en el libro Derecho Penal y Pluralidad Cultural / Anuario de Derecho Penal, Fondo Editorial de la PUCP, 2006, reúne una serie de artículos relacionados a nuestro problema de investigación. Nos interesa de manera especial el artículo “Problemática en la interpretación y aplicación del art. 15° del Código Penal” donde el autor plantea los diversos problemas que tiene en su implementación el artículo en mención haciendo de esta forma ineficiente para las poblaciones indígenas su aplicación correcta.

Respecto a la búsqueda hemerográfica, hemos podido encontrar artículos en revistas jurídicas que tratan esta problemática, entre las revistas especializadas figuran: Actualidad Jurídica, Dialogo con la Jurisprudencia, entre otros.

José Hurtado Pozo. “Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o Error de Comprensión Culturalmente Condicionado? El autor realiza un análisis de esta institución jurídico penal, concluyendo toda elaboración, interpretación y aplicación de normas legales debe hacerse respetando la pluralidad e igualdad de las diferentes culturas, única manera de tener en cuenta la dignidad de las personas y los derechos humanos.

Martínez Huamán, Raúl Ernesto. “Insuficiencia del artículo 15° del Código Penal ¿Error de Comprensión Culturalmente Condicionado? El autor pretende hacer una reflexión respecto de los límites del Derecho Penal en este sentido, es decir, hasta dónde puede llegar el Derecho Penal al tratar el problema de los pueblos indígenas. *¿Por qué una vez más buscar en el Derecho Penal la solución a los conflictos culturales suscitados dentro del Estado si se dice por principio que este es de última ratio?* Es por ello que, en el fondo, este es más un problema de legitimidad del Derecho Penal, que refleja la necesidad de *orientar la ciencia del Derecho Penal a esa misión social*, no construyéndola de espaldas a la realidad, en un universo abstracto, atemporal e independiente de las realidades socioculturales de cada Estado, sino construyendo un sistema penal propio de cada sociedad concreta. La comisión de un delito no siempre refleja un conflicto entre sujeto y norma sino también la ausencia de legitimidad de la norma.

Ricardo Robinson Sánchez Espinoza. “Tratamiento judicial del error de comprensión culturalmente condicionado en las sentencias penales de la jurisdicción ordinaria durante el periodo 1995-2007”, Tesis para optar el Grado de maestro en Derecho, mención ciencias Penales, Universidad Nacional de Ancash – Escuela de Postgrado, 2011. Donde concluye que: 1. Respecto al tratamiento legal y aplicación en la Praxis Judicial del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado (ECCC), la doctrina nacional se encuentra dividida. Por un lado, un sector de la doctrina considera que se trata de un error de prohibición invencible, basado en la imposibilidad de la comprensión de la norma por parte del agente activo, debido a las pautas culturales y la percepción de la realidad que tienen individuos provenientes de otras culturas. Por otro lado, un importante sector de la

doctrina peruana advierte *la incongruencia de esta norma ya que en sustitución del art. 15 es perfectamente aplicable el art.20 inc.1*, se aplicaría este precepto con la finalidad de declarar inimputables a los individuos inmersos en esta diversidad cultural.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. La diversidad cultural y el pluralismo Jurídico

2.2.1.1. La Diversidad cultural en el Perú

El Perú, al igual que América Latina presenta una composición multiétnica y plurilingüe, teniendo como base un componente indígena con el que se ha mezclado sucesivamente el resto de la población⁵. Existen en la actualidad 72 grupos etno-lingüísticos, de los cuales 65 se encuentran en la Amazonía. La composición de la población peruana comprende un principal componente de etnias mestizas (40-41% de la población total o el equivalente a 11 millones de habitantes). El 75% de los mestizos son descendientes de españoles y amerindios.

El segundo segmento de la población lo conforman habitantes de origen amerindio (35% de la población total, alrededor de 10 millones de habitantes). De las etnias amerindias, la mayoría son los numerosos pueblos andinos quechua hablantes, seguidos por los aymaras.

⁵ CERD, Reporte ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación racial, Preparado para la Mesa de Trabajo para la No Discriminación de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos (Perú) y APRODEH/FIDH, marzo de 1999.

La diversidad cultural, a pesar de ser un tema que traspasa los Estados latinoamericanos desde su misma conformación, no ha merecido una reflexión teórica ni análisis hasta –prácticamente- las últimas dos décadas.

2.2.1.2. El Pluralismo Jurídico

Por impulso de movimientos sociales que promueven el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a nivel constitucional, la diversidad cultural se hace cada día más visible, provocando que los Estados deban dar cuenta de la protección de determinados derechos, lo que se habían negado a reconocer amparados en el principio de igualdad.

Cuando surge, entonces, la necesidad de reflexionar seriamente acerca del respeto de las diferencias, y de las consecuencias prácticas que se derivan -para el ordenamiento jurídico vigente- de considerar que coexisten, dentro de los límites de un mismo Estado, sistemas de regulación social claramente diversos, es insoslayable abordar el tema desde múltiples dimensiones que puedan dar cuenta del fenómeno de la diversidad y a la vez orienten el mejor modo de plasmar una política criminal que contemple la igualdad ante la ley -paradójicamente- tolerando y respetando la diferencia.

Así, es insostenible y distorsionado en sus contenidos- pretender una comprensión cabal de la relevancia que representa el hecho de que la diversidad se traduzca en una legislación diferenciada, si no se contemplan las discusiones - filosófica/política, antropológica, sociológica, histórica y jurídica- suscitadas, teniendo presente que cada una es un presupuesto y un complemento de las

restantes. La dimensión jurídica es tal vez el nivel de análisis menos interesante cuando se pretende reconstruir una discusión signada por un sinnúmero de escenarios posibles.

En cuanto a la perspectiva antropológica y sociológica, ambas se encuentran estrechamente vinculadas. No sólo porque la sociología jurídica y criminal se ha ocupado de la introyección de las normas culturales por parte de los individuos, sino porque también ha intentado zanjar -junto con la visión antropológica- cómo se determina la condición de indígena y cómo se resuelve el problema de la identidad.⁶ En otras palabras, deslindar cuándo un individuo puede identificarse como miembro de una etnia determinada, y a qué se le llamarán pautas culturales. Cómo se define a la cultura y cuáles son los componentes de un sistema de regulación social que adquiere características específicas que lo diferencian radicalmente de aquel en el que nos encontramos inmersos, y que denominaremos “occidental”.⁷

Los antecedentes históricos no son menos destacables. Ensayar un análisis de las distintas actitudes que ha asumido el Estado en su relación con las poblaciones indígenas es también analizar el status que han asumido estos individuos y su mayor o menor importancia en la correlación de fuerzas establecidas. En el periodo colonial existía un modelo segregacionista que consideraba a los indígenas como

⁶ El problema de la identidad no es secundario, ya que de su clarificación depende a quién vamos a calificar como indígenas. Si es que está subordinado a la propia percepción del individuo, o si es preciso dejar lugar a los datos objetivos. Esta discusión no es pacífica entre los antropólogos. Cfr. Díaz-Polanco, Héctor (Comp.), *Etnia y Nación en América Latina*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, 1995.

⁷ Llamamos occidental a la perspectiva no indígena, que contemporáneamente correspondería a la del mundo globalizado, que sin lugar a dudas es la predominante. Vale la pena aclarar que existen miradas no indígenas que no corresponderían a la denominación “occidental”, tales como las de otras minorías.

individuos de segunda categoría. Eran absolutamente excluidos y ocupaban el lugar más bajo del estrato social. Con la independencia, e influidos por los ideales de la revolución francesa, se ingresó a un paradigma asimilacionista: todos eran iguales ante la ley, lo que se traducía en un trato desigual. Las diferencias eran ignoradas y la igualdad esgrimida era sólo discursiva y formal. A partir de la segunda década del siglo pasado, y con movimientos indígenas que empiezan a consolidarse, se produce el salto al siguiente modelo aplicado, el integracionista. Se reconoce la existencia de comunidades diversas, pero sólo por la necesidad económica de negociar y porque estaba en discusión quiénes eran propietarios de la tierra. Se inicia así una suerte de reconocimiento de los derechos, pero absolutamente limitados, y sin admitir que el reconocimiento, para ser tal, debía ser más profundo.⁸

“A partir de la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales, que superan la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobada en 1948, y que alcanzan su máxima expresión en el Convenio 169 de la OIT, es que se produce un salto hacia la conformación de un verdadero Estado pluralista, que no pretende otra cosa que la democratización del Estado y la Sociedad, partiendo de la existencia de la pluralidad de lenguas, de la pluralidad de culturas y, por ende, de la existencia irrefutable de pluralismo jurídico”⁹.

En relación al “pluralismo jurídico” o “legal” fue definido desde distintas disciplinas. La más conocida que proviene de la Sociología establece que se trata

⁸ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pluralismo y Sistemas Nacional de Justicia*. Proyecto Justicia y Multiculturalidad, elaborado para la Misión de Naciones Unidas para Guatemala, 1997.

⁹ RAMÍREZ, Silvina. “Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena”. En: <http://www.indigenas.bioetica.org/DOCTRINA-Ramirez.pdf>. Consultado Julio 20, 2016.

de la “coexistencia de órdenes legales en el mismo territorio” o de la “existencia de múltiples sistemas de obligaciones jurídicas” en los confines del Estado”¹⁰ o como la “interacción de diferentes sistemas jurídicos en un mismo campo social”.¹¹

El pluralismo jurídico es una afirmación de la existencia de múltiples órganos de Derecho antagónicos y equivalentes dentro del sistema jurídico general. Los grupos y las asociaciones tienen capacidad para producir por sí mismos relaciones jurídicas autónomas, aparte la imposibilidad de establecer a priori una primacía del orden legal del Estado sobre los recientes órdenes jurídicos concurrentes. La relación entre los distintos órdenes jurídicos depende de coyunturas sociales y jurídicas, todas ellas variables.

Cuando se habla de pluralismo jurídico, se está indicando la existencia de dos o más sistemas jurídicos dentro del territorio de un Estado, uno de los cuales es el sistema jurídico nacional y el otro u otros, a nuestros efectos, los de los pueblos indígenas.

Raquel Irigoyen Fajardo¹², define la pluralidad jurídica como” (...) la existencia simultánea – dentro del mismo espacio del Estado – de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la

¹⁰ HOOKER, M. B. *Legal Pluralism-An Introduction to Colonial and Neocolonial Laws*. Oxford: Oxford University Press, 1975, p. 02.

¹¹ SIERRA, María Teresa y CHENAUT, Victoria. “Los debates recientes y actuales en la Antropología Jurídica: Las corrientes anglosajonas”. En: *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Barcelona: Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 2002, p. 153.

¹² YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia”. En: *Deshaciendo Entuertos*. Lima: CEAS, 1995, p. 9.

estructura social que ocupan los actores sociales. (...) Señala como condición general de este pluralismo jurídico la pluralidad cultural.”.

Por su parte Leandro González indica que el pluralismo jurídico “...es la existencia -dentro de la estructura social- de grupos a los cuales, aun conservando una identidad cultural distinta a la propuesta por el Estado, se les impone el derecho oficial que es ajeno a sus cosmovisiones, prácticas e intereses. La imposición a la que se hace referencia se enmarca dentro de un contexto globalizado de dominación en el cual estos grupos se encuentran marginados de la participación política y la vida democrática”¹³.

Esta temática está vinculada a la presencia de grupos empobrecidos, comunidades indígenas, minorías étnicas y raciales dentro de los Estados, los cuales pertenecen a sectores desfavorecidos en términos políticos, sociales y económicos respecto del resto de los grupos sociales. Tradicionalmente el derecho oficial, lejos de satisfacer las necesidades e intereses de estos grupos sociales, reproduce y legitima la situación de marginación y dominación antes mencionada.

Un claro ejemplo de la problemática en cuestión son las comunidades indígenas, quienes conciben al derecho oficial como una instancia ajena “...en la cual no se entiende la cultura originaria y no se aceptan sus valores y costumbres, como una jurisdicción cuyos jueces no tienen legitimidad social para resolver los conflictos internos de las comunidades. El idioma diferente, el lenguaje jurídico, el

¹³ GONZÁLEZ, Leandro. *Pluralidad de Sistemas Normativos*. Trabajo presentado en el curso de Antropología Jurídica organizado por la Facultad de Ciencias Naturales y Museo de la Universidad Nacional de la Plata, Argentina, 2004, p. 13.

razonamiento extraño, el difícil acceso, los costos, los trámites ininteligibles que provocan desconfianza...”¹⁴.

Estas comunidades regulan sus relaciones a través de un sistema jurídico propio, legitimado socialmente y basado en la cosmovisión y pautas culturales grupales.-

Algunas de las características de este derecho son las siguientes¹⁵:

- a. Se basa en la tradición oral, lo cual le proporciona un gran dinamismo y elasticidad.-
- b. Participación efectiva de la población en la aplicación de sanciones.-
- c. Aplicación de verdaderos principios jurídicos al caso concreto.-
- d. Búsqueda de la resolución efectiva del problema más allá del caso presentado por los interesados.-
- e. Aplicación de sanciones que resultan efectivas dentro del contexto del grupo, muchas de ellas con una fuerte carga moral.-
- f. No se aplica pena de cárcel.-
- g. No se victimiza al inculcado ni se le retira del trabajo ni de su familia.-
- h. Atención a la víctima.-
- i. Procedimientos rápidos, no costosos ni para el agraviado ni para el inculcado.

¹⁴ RAMIREZ, Silvina. “La diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario”. En: *Justicia Penal y comunidades indígenas. Pena y Estado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 70.-

¹⁵ KALINSKY, Beatriz. “El juez y el cacique. Pluralidad jurídica y diálogo intercultural: el caso del derecho penal”. En: *Justicia, cultura y derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 142.

Las reformas constitucionales en Latinoamérica se enmarcan en la modernización de los Estados y en el logro de la mayor vigencia de los derechos humanos. Es necesario consecuentemente, lograr una mayor eficiencia en el manejo y administración del Estado y, una democracia que represente los intereses de todos los ciudadanos. Cuando la Constitución reconoce el carácter pluricultural y pluriétnico de la Nación sustentado en sus pueblos originarios, establece una relación directa con la historia contemporánea del país. Esa declaración debe repercutir en todo el sistema jurídico. De manera que, esos caracteres generales resulten orientándonos al logro de una democracia que no sea meramente formal. En el caso del Perú, esas condiciones de nuestra Nación atienden, principalmente a la existencia de Pueblos Indígenas con derechos propios. Pueblos Indígenas excluidos de las constituciones peruanas hasta la fecha.

La contribución de Eugene Ehrlich es central para el concepto de pluralismo jurídico. Este sociólogo austriaco desarrolló la teoría de “la ley viviente” reaccionando a la ideología de la exclusividad del derecho estatal. Considerando que el derecho es básicamente independiente del estado, Ehrlich propone lo que él llama “concepción científica del derecho”, la cual se refiere a normas de conducta. Por consiguiente, éste expone como “no es un elemento esencial del concepto de derecho el hecho de que éste sea creado por el estado, como tampoco lo es el hecho de que dicho derecho constituya la base para las decisiones judiciales, o que sea la base de obligaciones legales consecuencia de dichas decisiones judiciales”.¹⁶

¹⁶ EHRLICH, E., *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 24.

Como Malinowski, Ehrlich considera que el derecho es fundamentalmente una cuestión de orden social susceptible de encontrarse en todas partes, “ordenando y sosteniendo cada asociación humana”.¹⁷ Es a partir de estas asociaciones, desde estas instancias que producen normas de control social, que el derecho emerge. En otras palabras, el derecho es un sinónimo de normatividad.¹⁸

La Sociología Jurídica y la denominada Antropología Jurídica son dos ciencias sociales que se han empañado en mostrar al Derecho como un producto social y cultural, que no se limita al simple sistema de normas impuestas y respaldadas por la coerción estatal, como propugnaba el positivismo Kelseniano.

Como parte de tal intento, diversas corrientes sociológicas y antropológicas nos han demostrado, asimismo, que no existe un solo tipo o modelo de derecho, pues éste, como pensaba y quería Savigny¹⁹, surge y vive en la conciencia de cada pueblo. Sin que ningún modelo, mientras atienda correctamente las necesidades de cada sociedad, pueda ser calificado como mejor o peor.

Siguiendo esta idea, desde los trabajos pioneros de Gurvitch²⁰, hoy podemos entender que incluso dentro de un mismo Estado, junto al sistema jurídico estatal, es posible encontrar distintos sub sistemas jurídicos. Por lo que nadie se escandaliza cuando se habla de *pluralismo jurídico*, pues la vieja idea de un Estado con una sola manera de resolver conflictos, es una idea devaluada. Al respecto, debemos tener

¹⁷ *Ibíd.*, p. 25.

¹⁸ LLEWELLYN, K. y HOEBEL, E. *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Norman: University of Oklahoma Press, 1941.

¹⁹ SAVIGNY et al. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949, p. 35.

²⁰ GURVITCH, George y MOORE, Wilbert. *Sociología del siglo XX*. Barcelona: El Ateneo, 1965. p. 290.

en cuenta que el pluralismo jurídico es aquella situación en la que dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo espacio social²¹ Problema derivado, a su vez, de un pluralismo cultural, ya que, como lo reconoce De Trazegnies²², de alguna manera cada cultura tiende a expresarse a través de su propio sistema jurídico.

Para nuestro caso, este avance comprensivo de la pluralidad jurídica tiene mayor actualidad, pues el Perú es un país pluricultural y multiétnico. En el que, por ende, hay también varios derechos o, por lo menos, distintos mecanismos alternativos o paralelos de resolución de conflictos. Tales como los medios naturales de justicia en las comunidades campesinas, en las rondas campesinas, en las comunidades de la Amazonía e incluso en los ámbitos populares urbanos²³.

En términos generales, el pluralismo jurídico implica la aceptación de que varios órdenes jurídicos pueden convivir en un mismo espacio y tiempo, negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas. En estos últimos años, muchos analistas de la realidad jurídica latinoamericana están utilizando en sus investigaciones empíricas y en sus teorizaciones, el argumento del pluralismo jurídico.

2.2.1.3. El pluralismo jurídico como consecuencia de la diversidad

Las injusticias derivadas de un sistema de dominación cultural semejante han estado históricamente presentes en el ámbito de lo jurídico. El Derecho como otros

²¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Introducción a la Criminología*. Lima: Grijley, 1997, p. 15

²² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "Pluralismo jurídico: posibilidades y límites. En: *Revista peruana de ciencias penales*, N° 4, Año II. Julio-Diciembre, 1994.

²³ ITURREGUI BRYNE, Patricia y Jorge PRICE MASALÍAS. *La administración de justicia en villa el salvador*. Lima: Tesis PUCP, 1982.

productos socio culturales, ha sido diseñado por la cultura dominante en atención de sus propias creencias que han sido definidas como valores absolutos abstractos y “ahistoricos”, desvinculados de toda experiencia que no sea la de su propia cultura. . En realidad ha dejado su impronta en su proceso de desarrollo de movimientos de los Derechos Humanos desde su surgimiento, y no obstante eventuales vaivenes, la tendencia ha sido la creación de un ordenamiento jurídico internacional que lo refleje.

Cassese²⁴ caracteriza esta situación afirmando lo siguiente: “La humanidad dispone ahora de extensos textos normativos que indican cuales son los derechos y libertades fundamentales que corresponden en principio a cada individuos de la Tierra y que autolimitaciones han de imponerse los Estados para garantizar esos derechos y libertades”.

De esta manera la cultura legal dominante ha establecido un catálogo de Derecho y un sistema que lo protege que se pretende aplicar a realidades esencialmente distintas e intencionalmente valido para todos los hombres en todas las sociedades, en todas las épocas. Así se advierte que el fenómeno jurídico no solo ha podido escapar a los intentos de homogenización cultural, sino que en gran medida ha encarnado la herramienta útil e idónea empleada en esa tarea de asimilación.

En la realidad vemos que las comunidades aborígenes latinoamericanas han sufrido y sufren el avasallamiento de su cultura legal que resulta de la imposición

²⁴ CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel, 1991, pp. 51 y ss.

de un modelo jurídico ajeno incapaz de comprender los particulares conflictos que en ese ámbito se suscitan, simplemente porque ha sido concebido desde una cosmovisión en todos los casos muy diferentes y en algunas incluso contrapuestas. Surgiendo en consecuencia un divorcio entre el Derecho oficial estatal (derecho occidental) y el Derecho indígena, dicha dicotomía se acentúa por la disímil fundamentación de sus idiosincrasias teniendo como consecuencia una gran fricción entre el Estado y las comunidades indígenas que habitan en su territorio.

En el ámbito de las comunidades indígenas Latinoamérica el fenómeno jurídico presenta particulares matices que potencialmente lo alejan de los modelos anteriores. Por su naturaleza el Derecho Consuetudinario, constituye una alternativa más de lo social, siendo imposible establecer líneas de división tajantes entre los componentes de la cultura; no existe un ámbito específicamente legal distinto de las demás reglas de comportamiento y control social y la costumbre desempeña un rol fundamental como fuente normativa.

Las particularidades señaladas que caracteriza al derecho consuetudinario marcan una profunda diferencia respecto de la estructura del derecho oficial, determinado por la existencia de normas positivas, sistematizadas y de fácil identificación, que constituye una clara manifestación del poder estatal. Estas diferencias entre uno y otro sistema constituyen la causa de distintos problemas que en la mayoría de las ramas del ordenamiento jurídico se plantean.

2.2.1.4. Recepción de la diversidad por parte del Sistema Penal

“En cuanto a la recepción del derecho indígena por parte del ordenamiento jurídico positivo -y más puntualmente por parte del sistema de administración de justicia penal- existen, al menos, tres caminos posibles:

1. El diseño de una ley especial, que articule dos jurisdicciones consideradas como independientes.
2. Incorporar en el articulado de las leyes sustantivas y adjetivas (en nuestro caso particular, el Código Penal y el Código Procesal Penal) normas que respeten y regulen la relación entre grupos culturales diversos.
3. Una vía intermedia, que incursiona en las dos alternativas mencionadas. De este modo se contempla la elaboración de una ley específica, a la vez que también se realiza una modificación del ordenamiento jurídico vigente”²⁵.

2.2.2. Reconocimiento Constitucional de la diversidad cultural y del pluralismo legal

Hacia 1903, Max E. Mayer expone su doctrina denominada “normas de cultura”, en la que el autor señala que el ordenamiento jurídico es un orden de cultura y lo antijurídico se conceptualiza como una infracción a las normas de cultura. La sociedad en consecuencia es una comunidad de intereses debidamente tutelados bajo el concepto unitario de cultura. Normas de cultura, por tanto, son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento de los

²⁵ RAMÍREZ, Silvina. Ob. Cit., p. 06.

individuos que la conforman en razón del interés común. Textualmente: “es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado”²⁶.

Es evidente que la breve exposición planteada, sugiere la existencia de un Estado uni-nacional; en el que el conjunto de individuos comparten una misma tradición y evocan una misma cultura²⁷. El Perú, en cambio, pese a la indivisibilidad del Estado, se reconoce como una nación pluricultural²⁸; lo que supone, en consecuencia, que atendiendo a la cualidad y cantidad de culturas que lo conforman, en esa medida se podrá delimitar el número de conductas antijurídicas, dadas las distintas normas de “culturas” reconocidas.

De hecho, en nuestro país existe una pluralidad cultural en la que si bien no existen grupos étnicos puros, sino que en ellos se reconoce un mestizaje, éste no es uniforme en los distintos espacios sociales. La multiplicidad de grupos sociales con predominio de uno u otro rasgo racial o étnico, su distribución en distintas y reconocidas zonas geográficas, el mantenimiento de sus propios idiomas, la subsistencia de sus métodos de producción y sus originales formas de regulación social, sus sistemas de valores y creencias, permiten el reconocimiento de grupos

²⁶ Citado por JIMENEZ DE AZUA, Luis. *La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1984, p. 276. Muñoz Conde prefiere decir “sistema de valores”. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. 2da Ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 122.

²⁷ MACKAY, Fergus, Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional. Asociación Pro Derechos Humanos – Federación Internacional de Derechos Humanos, Lima, 1999, pág. 34. El autor señala “los verdaderos Estados-nación (aquellos compuestos de sólo una nación) son extremadamente raros”.

²⁸ YAÑEZ BOLUARTE, Carlos. “Análisis de la Normativa sobre la Existencia Legal y Personalidad Jurídica de las comunidades Nativas”. En: YAÑEZ BOLUARTE, Carlos. *Nosotros y los otros. avances en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas amazónicos*. Lima: Defensoría del Pueblo, 1998, p. 14.

con una identidad propia y común a ellos, distinta de las demás. No obstante, dado el predominio de la cultura occidental y cristiana, las leyes y la actuación de la administración pública siempre está pensada y realizada en los parámetros culturales que ésta supone.

Así, las normas penales –Código Penal de 1991- no son sino expresión material de la tutela exigida por una fracción de aquellas “normas de cultura” que jurídicamente reconoce el Estado y; es que, por el art. 149 de la Constitución Política del Perú, se reconoce el ejercicio de funciones jurisdiccionales a las comunidades campesinas y nativas, lo que, en buena cuenta, supone un reconocimiento estatal de parámetros normativo-culturales distintos a los que justifican y dan fundamento a la ley penal ya señalada. El artículo constitucional acotado reconoce ministerio jurisdiccional a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas en todos los ámbitos del derecho –y en tanto que no hay prohibición alguna- alcanza al derecho penal, siempre que se actúe de conformidad con su propio derecho consuetudinario se ejerza dentro de su ámbito territorial comunal, se sujete al respeto de los derechos fundamentales y se ejerza según los límites que impone la ley²⁹.

Siendo así y reconduciendo el tema hacia el derecho penal, muy bien podríamos indicar que en el Perú, además del derecho penal -cuyos conceptos y normas se recogen en nuestro Código Penal y normas complementarias- existen tantos “derechos penales” como formas culturales distintas existan en el territorio

²⁹ RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Constitución y sociedad política*. 2da. Ed. Lima: Mesa Redonda Editores, 1983, p. 587.

nacional, debidamente “materializados” en aquello que la Constitución Política, tiene a bien denominar “derecho consuetudinario”.

2.2.2.1. La fórmula de reconocimiento del pluralismo jurídico

En los países andinos la fórmula empleada por los países andinos para el reconocimiento del derecho consuetudinario o indígena contiene elementos y alcances semejantes, con algunas variantes a considerar. El hecho del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas posibilita una articulación democrática con el sistema judicial nacional y los poderes del Estado. Igualmente permite la reducción de la violencia institucional³⁰.

Las fórmulas constitucionales usadas en los países andinos comprenden en general el reconocimiento de funciones jurisdiccionales o de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas y/o campesinas de acuerdo con su derecho consuetudinario, o con sus propias normas y procedimientos, dentro del ámbito territorial de los pueblos o las comunidades indígenas o campesinas. Es decir, reconocen los órganos de resolución de conflictos indígenas, sus normas y procedimientos. El límite del reconocimiento se asemeja con variantes al del Convenio 169 de la OIT, que señala que no debe haber incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

³⁰ Algunos objetan el reconocimiento constitucional de los sistemas jurídicos indígenas bajo el argumento de que se va a generar caos por la “creación” de muchos sistemas, pero los textos constitucionales no están creando sino reconociendo algo que ya existe en la realidad social, lo que permite crear puentes de entendimiento y articulación, y condiciones para su desarrollo.

Algunas fórmulas constitucionales son bastante más limitativas en este punto, pero en este caso prima el Convenio como se analizará luego. Adicionalmente, todos los textos constitucionales hacen referencia a una ley de desarrollo constitucional que coordine o compatibilice la jurisdicción especial o las funciones judiciales indígenas con el sistema judicial nacional o los poderes del Estado.

Dado que los países andinos han ratificado el Convenio 169 de la OIT, tal Convenio debe interpretarse conjuntamente con el texto constitucional.

Cabe anotar que como criterio interpretativo debe utilizarse el art. 35 del Convenio, el cual establece que priman las normas (o incluso acuerdos nacionales –políticos–) que otorgan más derechos o ventajas a los pueblos indígenas (PI). El análisis que sigue puede aplicarse también, en gran medida, a los Estados que han ratificado el Convenio 169 de la OIT aunque no hayan incluido reformas constitucionales expresas para reconocer el derecho indígena.

El Convenio 169 de la OIT establece, entre otras disposiciones:

Art. 8, 2: dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Art. 9, 1: en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse

los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2.2.2.2. Reconocimiento Constitucional de la Pluralidad Cultural.

En la Constitución de 1993 se supera la idea decimonónica del Estado-nación, en el sentido de que el Estado representa oficialmente la hegemonía cultural de un solo grupo étnico y una identidad cultural. En el art. 2,19 se asume la configuración pluricultural de la nación, abandonando la definición monocultural, y se establece una nueva relación entre Estado y nación. Se supera el modelo político integracionista que seguía valorando la cultura hegemónica como “superior”, avanzada, “civilizada” y que, si bien respetaba algunos aspectos de las otras culturas, esencialmente mantenía un modelo paternalista. En este sentido, en la Constitución de 1979 establecía: “El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes” (art. 161 in fine), mientras que en la Constitución de 1993 se establece que “El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas” (Art. 89)³¹.

Como parte de este nuevo modelo pluralista, se instituye el derecho individual a la identidad diferenciada, y el derecho colectivo de las diferentes culturas y grupos étnicos a recibir respeto y protección del Estado. Textualmente, el art. 2,19 de la Constitución, dice: “Toda persona tiene derecho: A su identidad étnica y cultural.

³¹ A pesar de que la Constitución de 1933 supera la Constitución de 1979 con relación a los conceptos del pluralismo, en otros temas constituye un retroceso por la introducción de políticas neoliberales. En este sentido, restringe el derecho a la inalienabilidad de las tierras comunales que consagraban las constituciones anteriores. Aparte, reduce el ámbito en el que los idiomas aborígenes son oficiales a las zonas en las que se hablan.

El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación”. En el marco del reconocimiento de la pluralidad cultural, el Estado garantiza derechos específicos a las comunidades indígenas/campesinas y respeta su identidad cultural. También reconoce el pluralismo lingüístico y el pluralismo legal.

2.2.2.3. Reconocimiento constitucional de la pluralidad legal

La idea del monismo legal va aparejada a la teoría del monopolio estatal de la violencia legítima y el modelo de división de poderes. Estas ideas, importadas en el s. XIX, fueron consagradas en las Cartas constitucionales latinoamericanas, las cuales establecen desde entonces que sólo los poderes del Estado producen derecho y ejercen coacción: El Legislativo (o el Ejecutivo por delegación) se instituye como la única instancia legitimada para producir normas generales vinculantes para todos los ciudadanos, el Poder Judicial para administrar justicia, y el Ejecutivo para organizar el orden.

En consecuencia, los ciudadanos sólo pueden producir normas vinculantes entre ellos dentro del marco permitido por la ley. Y las costumbres sólo son admisibles a falta de ley y nunca en contra de ella. Las costumbres contra legem, incluso, pueden constituir delito. Desde este marco, el Estado no sólo no reconoció sino que criminalizó la existencia de sistemas normativos “paralelos” y el ejercicio de funciones de justicia que le disputaban dicho monopolio. La ley peruana solo ha permitido una fisura parcial a este principio al reconocer competencias de justicia

a las comunidades nativas, pero para casos de menor cuantía en lo civil y de menor gravedad en lo penal³².

El monismo legal, a pesar de su falta de correspondencia con la realidad, ha sido una de las ideologías y posturas políticas más defendidas por la cultura jurídica. Su cuestionamiento, proveniente desde las concepciones del pluralismo legal y la teoría de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, se ha intensificado en la última década. En el marco de procesos de reforma de la justicia, el Perú, como otros países latinoamericanos, ha reconocido legalmente diferentes mecanismos de solución alternativa a los conflictos, abandonando la idea del Estado como único árbitro del conflicto social. Sin embargo, estos mecanismos sólo están facultados para intervenir respecto de determinadas materias, cuantía, gravedad de hechos y ámbitos del derecho³³.

La Constitución de 1993 quiebra el modelo de monismo legal al reconocer el derecho consuetudinario y la jurisdicción especial, consecuentemente con el reconocimiento de la pluralidad cultural de la nación, y sienta las bases de una institucionalidad pluricultural. La fórmula nacional está inspirada en la Constitución Colombiana de 1991. El texto del art. 149 es como sigue:

“Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no

³² Ley de Comunidades Nativas, D. Ley 20653 de 1974, reemplazado por el D. Ley 22175 de 1978. Al darse la Constitución de 1979 se ignoró esta regulación y se consagró la unidad y exclusividad del Poder Judicial en la administración de justicia.

³³ Ver: Ley de Conciliación extrajudicial 26872 (13.11.97) y su Reglamento Decreto Supremo 001-98 JUS (14.01.98).

violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

El contenido de este artículo es bastante amplio y se complementa con el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (ratificado en 1993), que también reconoce el derecho consuetudinario. La Constitución reconoce a las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas³⁴ el ejercicio de funciones jurisdiccionales aplicando su propio derecho consuetudinario y a través de sus propias autoridades. Es decir, hay un reconocimiento de: a) la potestad normativa o reguladora de las comunidades (campesinas, nativas y rondas), b) su potestad jurisdiccional o de resolución de conflictos, y c) su propia institucionalidad o sistema de autoridades. A partir de esta norma, no sólo el Ejecutivo está facultado para dar normas sino que se reconoce la potestad especial de las comunidades para autor regularse; no sólo el Poder Judicial puede administrar justicia, sino que se reconoce funciones jurisdiccionales a la jurisdicción especial o justicia comunal, y no sólo el Ejecutivo tiene potestad para controlar el orden y aplicar la ley, pues pueden hacerlo también las autoridades comunales y ronderas como parte de su derecho consuetudinario.

³⁴ Hay una discusión sobre el sujeto titular del reconocimiento del art. 149. La redacción es confusa al decir “con el apoyo de las rondas campesinas”. Algunos interpretan que sólo tendrían legitimidad para ejercer funciones jurisdiccionales las rondas que lo hacen como órganos de apoyo de las comunidades campesinas y nativas, pero no las que no pertenecen a comunidades, que son la mayoría. La otra interpretación señala que la mención a las rondas, que tienen además una ley propia de reconocimiento, se refiere a la institución de las rondas en general, y no a una ronda en concreto que pertenezca a una comunidad. Dado que las comunidades pueden actuar a través de sus órganos, no tendría sentido que la Constitución hiciese un reconocimiento especial de un órgano específico de las comunidades.

El *derecho consuetudinario* consiste en el sistema de normas, valores, principios normativos, autoridades, instituciones y procedimientos que permiten a los pueblos y comunidades regular su vida social, resolver conflictos y organizar el orden en el marco de su cultura y necesidades sociales. Tal derecho incluye pautas antiguas o nuevas, propias o adoptadas, pero correspondientes al sistema cultural de sus usuarios y percibidas como propias. También incluye las reglas para crear o cambiar reglas. Es decir, el reconocimiento del derecho consuetudinario no consiste en el reconocimiento de un corpus de reglas estático, sino de la potestad de los sujetos titulares de crear y darse sus normas así mismos.

La “*Jurisdicción especial*” constituye una suerte de fuero para las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas por el que sus autoridades pueden ejercer funciones jurisdiccionales. Dichas funciones son las potestades que tiene el órgano o poder jurisdiccional: conocer, juzgar, resolver conflictos, definir derechos y obligaciones concretas, ordenar restricciones de derechos ya sea como penas o medidas, ordenar la prestación de servicios a la comunidad, la reparación de daños y perjuicios, la disposición de bienes. Esta jurisdicción no está obligada a seguir la legislación ordinaria sino que se rige por el derecho consuetudinario, pero debiendo no violar los derechos fundamentales de las personas³⁵.

³⁵ En general se puede entender que los derechos fundamentales de la persona son los derechos humanos. Para el establecimiento de cuándo se produce la violación de derechos humanos debe interpretarse los hechos ubicados en su contexto sociocultural. Los hechos y el derecho son objeto de interpretación, y la interpretación es un acto culturalmente condicionado. La Constitución garantiza el respeto de la diversidad cultural, por lo cual los hechos y el derecho, incluso en derechos humanos, no deberían ser interpretados desde un único prisma cultural, sino que deberían ser materia de un diálogo e interpretación intercultural. El Convenio 169 señala que debe establecerse procedimientos para resolver la supuesta incompatibilidad entre derechos humanos y derecho

En cuanto a la competencia material, la Constitución no pone límite alguno en relación a las materias y la cuantía o gravedad de los hechos que pueda conocer la jurisdicción especial. Tampoco lo pone el Convenio 169 de la OIT, por lo cual la jurisdicción especial está legitimada para conocer todo tipo de casos y de toda cuantía o gravedad. En cuanto a la competencia territorial, la jurisdicción especial tiene plena competencia dentro del ámbito territorial de las comunidades campesinas y nativas, y rondas campesinas.

Sobre la competencia personal, la Constitución no hace mención alguna ni establece que sólo se refiera a campesinos y nativos, sólo menciona el criterio territorial. Por lo tanto, incluso cabe interpretar que la jurisdicción especial podría conocer casos ocurridos dentro de su ámbito territorial que involucrasen no-indígenas, no-comuneros o no-ronderos. Con ello se evitaría que no-indígenas realicen hechos dañinos en las comunidades y luego aleguen la aplicación de la justicia estatal en vez de la indígena, a sabiendas de que la justicia estatal tiene escasa presencia territorial y podría ser manipulada a su favor más fácilmente que la justicia comunitaria. En cualquier caso, tanto los miembros de dichas comunidades, como los no-miembros, tienen el derecho de que se respete sus derechos humanos.

2.2.3. Cultura y normatividad penal

Debemos partir por afirmar que ciertos enunciados provenientes del derecho penal no se cumplen en la realidad o bien estos postulados no alcanzan su finalidad;

consuetudinario (art. 8,2). Dichos procedimientos deberían garantizar una interpretación intercultural de los hechos y el derecho.

el derecho penal no defiende a todos los individuos y los bienes en los cuales están interesados todos los individuos pertenecientes a las culturas minoritarias, sino por el contrario, de forma desigual; el estatus de criminal tampoco es igual para todos ni está preconcebido sino que es generado por distintas estructuras (culturales, sociales y económicas) institucionalizadas. Se manifiesta así la desigualdad existente entre el derecho formal y sustancial, y aplican la misma teoría social (crítica) a la criminología.

El derecho penal tiende a deslegitimizarse, favoreciendo en este proceso a los intereses de las clases dominantes al neutralizar sus conductas típicas penales, ligadas a la existencia de la acumulación capitalista, y paralelamente o casi necesariamente, aplicando el proceso de etiquetamiento a las clases inferiores. O bien como dice Alessandro Baratta³⁶: “Las máximas chances de ser seleccionado para formar parte de la “población criminal” aparecen de hecho concentradas en los niveles más bajos de la escala social (subproletariados y grupos marginales).”

Por otro lado, al referirse a la cultura y la normatividad Penal, Alessandro Baratta³⁷ indica que el principio del respeto a las autonomías culturales se traduce en la imposibilidad de criminalizar conductas aceptadas socialmente en culturas minoritarias. En otras palabras, la ley penal no debe incluir prohibiciones que violenten aquello culturalmente aceptado.

³⁶ BARATTA Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México: Siglo XXI, 1989, p. 172.

³⁷ BARATTA, Alessandro. “Requisitos mínimos del respeto de los Derechos Humanos en la Ley Penal”. En: *Revista de Criminología y Derecho*, N° 1. Montevideo: Fundación de cultura Universitaria, 1987, p. 11.

Los sociólogos americanos Jaeger y Selznick³⁸ han hecho hincapié en los aspectos simbólicos de la comunicación y el aprendizaje al proponer su teoría normativa de la cultura: “La cultura se compone de todo aquello que resulta de las experiencias simbólicas compartidas y de todo aquello que es capaz de mantenerlas.”

Observan los mismos autores que su concepción normativa de la cultura conlleva una correspondiente teoría de los valores, la cual demanda considerar a las normas como “culturales” no por su virtud de normas, sino nada más que en cuanto suscitan respuestas simbólicas que integran un sistema de significados antropológicamente compartidos.

El tema de la cultura y la normatividad penal tiene especial importancia en América Latina donde nos limitamos a copiar nuestros Códigos Penales de Europa y agudamente manifiesta Zaffaroni³⁹: “Si nosotros nos preguntamos qué tiene que ver la realidad... peruana para tener el proyecto suizo, tampoco lo vamos a ver claro. ¿Qué tiene que ver Venezuela con la Italia de la unidad para tener el Código Zanardelli? ¿Qué tiene que ver la Argentina con el reino de Baviera para tener el Código de Feurbach?”

Como vemos, durante un largo período -por no decir desde siempre- hemos estado dando la espalda a nuestra propia realidad cultural, tomando prestados

³⁸ JAEGER, Gertrude y SELZNICK, Philip. “A normative theory of culture”. En: *American Sociological Review*, 1964, pp. 653-669.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Problemas de Política Criminal Latinoamericana”. En: *Revista de Derecho Penal*, N° 6, Lima: Fundación de Cultura Universitaria, 1984, p. 28.

fragmentos de ideologías penales a los países centrales que responden a otros parámetros socio-culturales.

Este desajuste, este desencuentro entre los Códigos importados y el medio cultural en que se pretenden aplicar, tiene profundas consecuencias en el campo de los Derechos Humanos de las comunidades indígenas y de otros colectivos sociales culturalmente diferenciados por historia, proveniencia, religión, aislamiento geográfico y otras características propias.

En lo referente a las etnias aborígenes debemos ante todo recordar que los textos latinoamericanos imbuidos de una visión etnocentrista parten de la base de que el indígena pertenece a un estadio inferior de la civilización y que el derecho debe esforzarse por elevarlo a uno superior, afectándose con ello claramente los principios de igualdad, libertad de cultos y derecho a la integridad psíquica de la persona, porque un hombre al que se pretende abruptamente sustraer de su cultura sufre una fractura en su sistema de significados con el consiguiente daño psíquico.

La propia Etnología nació con un prejuicio metodológico intrínseco, como teorización de un hombre “civilizado” sobre un “salvaje”. Así indagó y comparó costumbres destacadas como exóticas, para aventurar luego consideraciones supuestamente universales. Su formulación científica requería un sujeto cognoscente y un objeto de conocimiento, lo que llevó inevitablemente a sacrificar la dimensión humana de las etnias observadas⁴⁰.

⁴⁰ CALAN, Hilary. *Etnología y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 11 y ss.

La historia de las etnias aborígenes era cosificada, catapultada a un tiempo cíclico que se repetía sin posibilidades reales de cambio, esa “dance sur place” de que nos habla Gurvich.

Los países centrales se arrogaban entonces el papel mesiánico de romper el círculo, de liberarlas del eterno retorno de lo igual a través de una “transfusión de progreso”, en realidad, a través de un agresivo cambio aculturativo.

Como bien señala Zaffaroni en el Informe Final sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, esta antropología “victoriana” estaba elaborada para justificar las empresas colonialistas británica y francesa del siglo XIX, “que pretendían -particularmente en África- considerar a los africanos o colonizados en situación de infantilidad respecto del colonizador de cultura adulta o madura, como también a la ideología de nuestras elites del siglo pasado, contrarias a la democracia por considerar que nuestras razas indígenas o africanas aún no estaban preparadas para su práctica”⁴¹.

El Evolucionismo atacó los viejos prejuicios eurocéntricos, pero no sin generar otros. Admitía que el hombre era homogéneo en naturaleza, pero situaba a los pueblos en distintos niveles de un mismo proceso de desarrollo cultural. Así Morgan habló de tres estados: salvajismo, barbarie y civilización, dividiendo a los dos primeros en tres momentos: inferior, medio y superior⁴².

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe final)*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1986, p. 56.

⁴² CARO BAROJA, Julio. *Ritos y mitos equívocos*. Madrid: Ediciones Istmo, 1974, p. 12.

Significativamente, para los autores del Evolucionismo, los Aztecas, Incas y Mayas engrosaban la lista de pueblos calificados como “bárbaros” por desconocer la escritura alfabética. Pese a su notable nivel de conocimientos y al monumentalismo de su arquitectura que asombró a los colonizadores. Este juicio era coherente con la idea de una secuencia evolutivo-cultural universalmente válida, medida con la vara de un criterio eurocéntrico.

Más adelante, el Funcionalismo reconoció la radical diferenciación de las culturas, pero las concibió como sistemas cerrados sin historicidad.

Levi-Strauss⁴³ en su “Antropología Estructural” afina los conceptos expresando que “la Etnología, aquello que los ingleses llaman Antropología Social y los norteamericanos Antropología Cultural, no puede permanecer indiferente a los procesos históricos ni a las más altas referencias conscientes de los fenómenos sociales”.

No obstante, habrá que esperar los estudios de Herskovits⁴⁴ para que se desarrolle y acepte la idea de que existen vías multilineales de evolución cultural (relativismo cultural), o sea que cada cultura propone su propio modelo original de evolución sustancialmente válido.

Por otra parte, no hay un pensamiento racional y un pensamiento mítico radicalmente diferenciados. Hoy es incuestionable que todos los pueblos piensan, partiendo de premisas que se dan por aceptadas, en el proceso inconsciente de la

⁴³ LEVI-STRAUSS, Claude. *Anthropologie Structurale*. Paris: Editorial Plon, 1958, p. 34.

⁴⁴ HERSKOVITS, Melville. *El Hombre y sus Obras. La Ciencia de la Antropología Cultural*. México: Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 67.

socialización o endoculturación. Es decir que en toda mentalidad coexisten el logos y el mito; no se da una mentalidad pre lógica en forma pura como tampoco una mentalidad racional pura⁴⁵.

Actualmente está fuera de toda duda que no existe una categoría de “pueblos primitivos”, que cada cultura propone un modelo original de evolución, y que así como el autodesarrollo evolutivo persigue el engrandecimiento de una cultura, el cambio aculturativo lleva a su destrucción (Etnocidio), para ser reemplazada por la cultura dominante.

En mérito a ello, puede afirmarse que el cambio aculturativo a que tienden los Códigos Latinoamericanos, avasallando tradiciones, buscando borrar los patrones de identificación racial a fin de facilitar la asimilación de las comunidades minoritarias, representa una forma de agresión contra la especificidad cultural de esas etnias aborígenes, claramente violatoria de los Derechos Humanos.

2.2.4. Estudio dogmático jurídico del error de comprensión culturalmente condicionado

El derecho penal es, por definición, la aplicación de medidas restrictivas de derechos a un ciudadano en virtud de los marcos legales de cada orden jurídico. En nuestro caso, ello implica regularmente la privación de libertad, tanto como medida procesal o como pena por la comisión de un delito.

⁴⁵ Cfr. CARO BAROJA, Julio. Ob. Cit., p. 60 y MALINOWSKI, Bronislaw. *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Buenos Aires: Editorial Planeta, 1985, pp. 103-55.

En tal contexto, es evidente que constituye uno de los aspectos más conflictivos la pretensión que un sistema normativo de alcance nacional tiene para aplicarse en una realidad pluricultural, como la peruana. A fin de evitar que la aplicación de la norma penal criminalice, indiscriminadamente, las prácticas culturales de ciudadanos de un grupo étnico o cultural que contravengan la legislación penal, se han desarrollado diversos mecanismos o figuras penales.

Ello no es nuevo. Como puede recordarse el Código Penal de 1924 incluyó un par de artículos (44° y 45°) en los que establecía un tratamiento diferenciado según se tratase de habitantes de la serranía o de la selva. Al respecto, existe diversa literatura que es enfática en mostrar las deficiencias e injusticias cometidas como resultado de la aplicación de dichas normas⁴⁶.

Las críticas planteadas a dichas normas, tanto desde el punto de vista técnico jurídico como de los resultados concretos de su aplicación, dieron como resultado que en la elaboración del Código se deseara superar tales deficiencias mediante la figura del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado (ECCC), previsto en el artículo 15° del Código Penal de 1991, el cual establece una reducción de la pena o una exención de la misma cuando la conducta delictiva hubiera sido fruto de un condicionamiento cultural. Esta figura penal constituyó un importante avance, en tanto superaba las deficiencias técnicas de la norma anterior y planteaba una opción de respeto a la diversidad cultural y la identidad étnica de los ciudadanos. No obstante, la vigencia de la norma de modo alguno ha implicado un cambio

⁴⁶ BALLON A., Francisco. *Etnia y represión penal*. Lima: CIPA, 1980. Asimismo, HURTADO POZO, José. *La Ley Importada*. Ob. Cit., p. 56.

significativo en el tratamiento efectivo dado a los ciudadanos pertenecientes a las comunidades campesinas o nativas.

El Error de Comprensión Culturalmente Condicionado atiende al caso de la incomprensibilidad de la norma o su no internalización en razón de una distinta cultura.

Es un importante avance del Estado peruano el reconocimiento de la diversidad cultural a través de la prescripción legal contenida en el artículo 15 del vigente Código Penal y de la pluralidad jurídica en el artículo 149 de la Carta Política de 1993: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”⁴⁷. Además del inciso 19 - artículo 2º- de la consagración del derecho de todo individuo “a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”⁴⁸.

La Exposición de Motivos del Código Penal vigente (1991) sostiene que la incorporación de esta norma se hace “en reconocimiento a la heterogeneidad cultural de los habitantes de nuestro país, pero sin recurrir a una terminología despectiva como la que infelizmente utilizó el “Código Maúrtua”.

⁴⁷ CHANAMÉ ORBE, Raúl. *La Constitución Política comentada*. Lima: Juristas Editores. 4ta. Ed., 2007, p. 413

⁴⁸ *Ibíd.*

Esta institución fue propuesta por Zaffaroni, para quien el error de comprensión es la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente⁴⁹. En realidad, estos supuestos tienen lugar cuando el agente pertenece a una cultura diferente, donde ha internalizado valores diferentes e incompatibles (la llamada socialización exótica)⁵⁰.

Así, las personas que realizando un hecho delictivo -que para el ámbito cultural en el que se mueve no resulta serlo- condicionados por sus patrones culturales, no se encuentran en la capacidad de interiorizar la norma penal, por ello no se les puede exigir internalizar una norma que colisiona con su realidad cultural, por lo tanto tendría que considerárseles inculpables, ya que no se les puede reprochar su conducta.

Debemos precisar que la simple contrastación fáctica de que el individuo no ha internalizado la norma prohibitiva, a pesar de conocerla (y también la pertenencia a otro segmento cultural), no es suficiente para eximir de responsabilidad penal ya que de acuerdo al texto del artículo 15° se demanda la determinación si le era exigible que lo hiciera (la internalización), pues se establece claramente que actúe “sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto” y no únicamente “sin comprender” la prohibición. Pues “cuando se cumple un injusto, el derecho no requiere, para afirmar la culpabilidad, que el sujeto haya internalizado esos valores, puesto que la mayoría de veces el injusto obedecerá a una falta de

⁴⁹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Política Criminal...* Ob. Cit., p. 51.

⁵⁰ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Manual de Derecho Penal...* Ob. Cit., p. 736.

internalización. Lo que requiere es que el sujeto haya tenido la posibilidad de internalizarlos en grado razonablemente exigible”⁵¹. La determinación de esta exigencia corresponde al juzgador quien deberá sopesar en su análisis los criterios, entre otros, de la coculpabilidad⁵².

En términos generales, el Error de Comprensión Culturalmente Condicionado es un error invencible de prohibición (Zaffaroni), por tanto no habrá culpabilidad y en consecuencia se eximirá de responsabilidad penal y de la aplicación de una consecuencia jurídica al sujeto (pena o medida de seguridad).

Error de prohibición es el que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta (ilicitud del hecho). Se diferencia entre error de prohibición invencible y vencible. La invencibilidad del error de prohibición es verdaderamente discutible. Así, se dice que el error de prohibición es vencible o evitable cuando el autor pudo haber salido de su estado de error. De esta manera, evaluar la posibilidad de si el sujeto pudo o no salir de ese error requiere de una serie de comprobaciones. Una evaluación objetiva del error de prohibición evitable no coincidirá necesariamente con el criterio desarrollado para el error de tipo vencible en el que será suficiente determinar si el sujeto infringió su deber de cuidado, de manera que la infracción será castigada como culposa (artículo 14, primer párrafo).

En un sentido diferente, en el error de prohibición la evitabilidad “quiere decir que el sujeto no ha hecho todo lo necesario y posible para salir de su error sobre el carácter autorizado de su hecho. El error versa aquí sobre una situación jurídica y

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho...* Ob. Cit., pp. 197 y ss.

⁵² *Ibíd.* p. 197.

no fáctica. El reproche por no haber salido de ese error es mucho más amplio y extenso que el que corresponde a la imprudencia”⁵³.

En otras palabras, para determinar la vencibilidad en el error de tipo basta comprobar que el sujeto no actuó con el debido cuidado, por el contrario, para determinar la vencibilidad en el error de prohibición son necesarias más exigencias, pues son más las opciones del sujeto para salir de ese error. En consecuencia, en un error de prohibición no es suficiente que se haya actuado cuidadosamente (en el sentido del deber de cuidado de los delitos culposos) para que dicho error sea considerado invencible.

Sin embargo, en la doctrina española el profesor Santiago Mir Puig asume la posición de que el Error de Prohibición se ubica en el injusto penal, lo mismo que el Error de Tipo, pensamiento contrapuesto a los seguidores del finalismo que consideran que este último corresponde al tipo penal. Así, el autor afirma “por lo que se refiere a la teoría de la culpabilidad, si se admite que el error invencible de prohibición impide ya dirigir esta, habría que entenderla con referencia solo al error vencible: siendo posible la prohibición, esta se infringiría pero podría atenuarse la culpabilidad -en el error invencible faltaría ya el injusto⁵⁴. Como podrá apreciarse, del texto citado, únicamente se admitirá que el error de prohibición se ubica en el plano de la culpabilidad cuando es vencible.

⁵³ GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, 1987, p. 487.

⁵⁴ MIR PUIG, Santiago. “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho español”. En: *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 223; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 4ta. Ed. Barcelona: PPU, 1996, pp. 553 y ss.

Las consecuencias prácticas de la asunción de la adopción de cualquiera de las posiciones señaladas, tanto la que ubica el error de prohibición en la culpabilidad como en un nivel de injusto penal, son distintas. Así, para la primera implicaría que el supuesto infractor sería sometido a un proceso penal y sufriría todos sus efectos perniciosos, como son la investigación prejudicial, detención, estigmatización y sus consecuencias colaterales para su familia (financiamiento para la defensa legal, traslado para la visita en el penal, entre otros gastos).

Por el contrario, si se asume la segunda postura la defensa podría interponer una excepción de naturaleza de la acción, pues el hecho imputado no sería delito ya que el error de prohibición invencible lo afectaría (artículo 5 del Código de Procedimientos Penales). De modo que el sujeto ya no tendría que esperar el término de un proceso penal para que se determine su responsabilidad penal en los hechos imputados⁵⁵. Por lo precisado, las personas que se desarrollan en otros ámbitos culturales, han internalizado patrones culturales que dentro de su ámbito se consideran normales y necesarios para el desarrollo de su cultura. Lo que sucede es que estos patrones culturales al exteriorizarse a través de ciertos actos pueden contravenir nuestro ordenamiento jurídico y ser catalogados como delictivos, es aquí donde entra el Derecho Penal para solucionar el problema.

Pero para la persona que realiza el comportamiento puede ser normal y hasta plausible para el desarrollo de su cultura, ya que él no puede comprender el carácter delictuoso de su hecho por estar condicionado culturalmente. Es este conflicto

⁵⁵ Cfr. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Control penal y diversidad étnico-cultural". En: *Conflicto y sistema penal (diez estudios sobre la actual reforma)*. Salamanca: Colex, 1996, p. 88.

cultural lo que hace necesaria una regulación para la armonización del conflicto, ya que el Perú es un país pluricultural y todas esas culturas tienen que ser respetadas por el ordenamiento jurídico.

“Desde una perspectiva estrictamente jurídico-penal *importa el abandono de la tesis de la inimputabilidad del sujeto y a su vez el traslado de su estudio al campo de la culpabilidad*, esto es, a la capacidad de comprender el carácter delictivo del comportamiento o de determinarse conforme a dicha comprensión.

De lo indicado se desprende la distinción de dos situaciones:

-) Cuando el sujeto por su costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictivo de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión.
-) Cuando su capacidad de comprensión se encuentra disminuida.

El primer supuesto es denominado “**Error de Comprensión Culturalmente Condicionado**” (la propia Exposición de Motivos del texto punitivo nacional considera que se “ha dado acogida a una forma especial de error conocida como Error de Comprensión Culturalmente Condicionado”), mientras que *el segundo* corresponde a la llamada “conciencia disidente”⁵⁶.

2.2.4.1. Fundamentos del error de comprensión culturalmente condicionado

⁵⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “El Error de prohibición culturalmente condicionado”. En: *Código Penal comentado. Título Preliminar*. T. I. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 496.

De acuerdo a la doctrina penal, la persona considerada culpable de un delito debe tener la posibilidad efectiva de conocer la norma y comprenderla y con ello comprender la antijuridicidad de su conducta.

Se entiende por comprensión el proceso mental que se inicia con el conocimiento y finaliza con la internalización o introyección de la norma; comprensión es, de esta manera, conocimiento e internalización. En el Error de Prohibición el individuo no conoce o conoce defectuosamente la norma, lo que al final lo lleva a la no comprensión de su conducta.

Pero hay casos en que el individuo conoce la prohibición de la norma, pero al cual el derecho penal no puede exigir una efectiva comprensión; en estos casos nos hallamos ante un Error de Comprensión.

Al respecto ha de diferenciarse⁵⁷:

1) La conciencia disidente (conciencia errada o autoría por conciencia).-

En la cual la dificultad para la comprensión se debe a que el individuo siente su obrar como resultado de un patrón general de valores distintos a los del derecho penal oficial.

Pero, si aceptásemos que el derecho penal pueda quedar en manos de la conciencia individual, se corre el riesgo de que cualquier persona pueda alegar que actuó bajo un error de comprensión porque sus valores son distintos a los del derecho penal oficial; de ahí la importancia de puntualizar que la conciencia

⁵⁷ FRANCIA SÁNCHEZ, Luis. Propuestas de desarrollo Constitucional y Jurisprudencia: Derecho Indígena y Derechos Humanos/. Extraído de: <http://geocities.com/alertanet/foros2b.html>. Disponible el 22/06/2016.

disidente se da cuando el sujeto “experimenta como un deber de conciencia de cometer el injusto”, es decir, que sus valores le exigen no obedecer la norma penal.

No podemos comparar a quien experimenta esta exigencia de desobediencia con aquel que asume normalmente los valores del derecho penal oficial. Zaffaroni señala que el que actúa por conciencia disidente “realiza un esfuerzo mayor para evitarlo (la comisión del injusto penal) que el correspondiente a quien comete el injusto sin experimentar esa vivencia”.

La consecuencia en este caso es la disminución de la culpabilidad. En ningún caso se elimina la culpabilidad. Si la conciencia disidente sólo atenúa la culpabilidad, hay que preguntarse si existe algún caso que excluya la culpabilidad. La respuesta es afirmativa y en este caso hablaremos de una dificultad de comprensión tan grande que imposibilita la comprensión: es el caso del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado.

2) **Error de Comprensión Culturalmente Condicionado.**- Si la conciencia disidente origina una dificultad en la comprensión por la existencia de un patrón general de valores distintos a los del derecho penal oficial, en el Error de Comprensión Culturalmente Condicionado la dificultad se debe a que **“el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta a la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura”**.

Por esta razón no puede internalizar, no puede comprender la antijuridicidad de su conducta aun cuando conozca la norma. En todo caso no le es exigible dicha internalización.

El derecho penal no puede ni debe penar a un habitante con patrones culturales distintos a los del derecho penal oficial. Así, la exigibilidad de comprensión no puede ser idéntica para aquellos individuos que asumen los patrones y valores del derecho penal oficial y los que se han desarrollado con patrones y valores culturales distintos. En este caso la consecuencia es similar al error inevitable de prohibición que elimina la culpabilidad.

2.2.4.2. Alcances del artículo 15 del código penal de 1991

Luis Francia Sánchez⁵⁸ distingue las siguientes interpretaciones:

1) Primera interpretación

Que surge de la exposición de motivos del CP. Según ésta el artículo 15° contendría solamente la figura del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado (ECCC). Este error podría ser graduado de tal manera que cuando la posibilidad de comprensión se halle imposibilitada se eximirá de pena y cuando solamente se encuentre disminuida se atenuará la pena.

Críticas a esta interpretación pueden realizarse, afirmando que:

- ✓ Va contra de la doctrina asumida, que señala que ante un ECCC la pena se excluye al no haber culpabilidad por ser este error siempre un supuesto de error invencible.

⁵⁸ FRANCIA SÁNCHEZ, Luis. Propuestas de desarrollo Constitucional y Jurisprudencia: Derecho Indígena y Derechos Humanos/. Extraído de: <http://geocities.com/alertanet/foros2b.html>. Disponible el 22/06/2016

- ✓ Concebir situaciones intermedias entre individuos que se hallan en una imposibilidad de comprensión y aquellos que no tienen dificultad alguna para la comprensión, tendríamos la gran dificultad de que es imposible medir de forma cuantitativa los grados de aculturación; es imposible establecer una escala de aculturación, no hay forma de medir el abandono de los patrones culturales autóctonos y la asunción de patrones culturales ajenos. Además, el proceso de aculturación no es parejo en todos los campos de la personalidad; se puede asumir patrones culturales en algún campo de la personalidad mientras que en otros puede no haber cambio alguno; esto hace imposible crear formas claras de medir la aculturación.
- ✓ Afirmar la posibilidad de graduar la aculturación implica revivir la clasificación de hombres y sociedades en salvajes, semi civilizados y civilizados. El modelo unilineal de desarrollo y una propuesta política asimilacionista y etnocida. Código Penal 1924.

2) Segunda interpretación

El artículo 15° contiene tanto la figura del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado, como la *conciencia disidente*. En el primer caso se excluye la culpabilidad y toda sanción penal; en el segundo se disminuye la culpabilidad y la sanción penal.

Cuando el artículo 15 señala que quien por sus costumbres comete un hecho delictuoso, sin poder comprender totalmente que dicho acto es un delito, cuando su capacidad de comprensión se halla solamente disminuida, estaremos ante el supuesto de la conciencia disidente y de acuerdo al mismo artículo 15 solamente se

atenuará la culpabilidad y la sanción penal. Cuando el artículo señala que quien por su cultura no puede comprender el carácter delictuoso de su acto, estaremos ante el supuesto del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado; en este caso se eliminará la culpabilidad y la sanción penal.

Los términos “costumbre” y “cultura” señalan la diferencia a tomar en cuenta para determinar si nos encontramos ante un caso de conciencia disidente o de Error de Comprensión Culturalmente Condicionado. El término cultura señala que el individuo se ha desarrollado con patrones culturales distintos a los del derecho penal oficial y por ello está imposibilitado para la comprensión de la norma penal.

Cuando se menciona a la costumbre se señala a un conjunto de patrones y valores que tiene el individuo, los que originan una exigencia de no obediencia a la norma penal. En este caso sólo hay una disminución en la capacidad de comprensión.

Hay que tener cuidado para diferenciar ambos supuestos; como línea de interpretación hay que tener en cuenta que el derecho penal oficial no tiene razón para penar a individuos con patrones culturales distintos.

Por otro lado, para Villavicencio⁵⁹, en la regulación del artículo 15 del Código Penal encontramos el Error de Comprensión Culturalmente Condicionado y la llamada conciencia disidente. Entendida esta como la no exigibilidad de interiorizar

⁵⁹ MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. “Insuficiencia del artículo 15 del Código Penal. ¿Error de Comprensión Culturalmente Condicionado?”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 161, Lima, 2011, p. 107.

la pauta prohibitiva que conoce el sujeto para que actúe conforme a ella por razones culturalmente condicionadas.

Ese no poder comprender la antijuricidad a que se refiere el artículo 15 del Código Penal no se limita solo al conocimiento de la norma, sino también a la internalización de esta, eso daría como consecuencia la eximente absoluta si se lo considera como error invencible.

Comparte esta argumentación Bramont Arias Torres⁶⁰: el Error de Comprensión Culturalmente Condicionado a tenor del artículo 15 será un error invencible de prohibición que eliminará la culpabilidad de la conducta. Para que se dé la eximente de responsabilidad, no basta con que el individuo no haya internalizado a la norma prohibitiva, a pesar de conocerla, sino que le demanda la determinación. Si era exigible que lo hiciera, con la internalización se establece que actúe sin poder comprender, no solamente sin comprender.

La norma prevista por el legislador de 1991 también contiene la figura denominada de la “conciencia disidente”. En la ciencia penal peruana asumen este criterio Bramont-Arias⁶¹, Raquel Yrigoyen Fajardo⁶² y Luis Francia Sánchez⁶³, quienes plantean que la interpretación correcta de la norma en cuestión es la que considera que esta contempla no solamente al denominado Error de Comprensión

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 108.

⁶¹ BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS, Luis. *Código Penal anotado*. Lima: San Marcos, 1995, p. 149.

⁶² IRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “Control penal y diversidad étnico-cultural”. En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura et al. *Conflicto social y sistema penal*. Salamanca: Universidad de Salamanca y Colex, 1996, p. 97.

⁶³ FRANCIA, Luis. “Pluralidad cultural y derecho penal”. En: *Derecho*, N° 47, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 61.

Culturalmente Condicionado, sino que también regula a la conciencia disidente; siendo que para el primer supuesto se excluiría la culpabilidad y cualquier sanción de carácter penal, mientras que para la otra únicamente se disminuiría la culpabilidad y la sanción de índole penal. Los argumentos que avalarían tal tesis parten de los términos cultura y costumbre, pues este último señalaría que “la capacidad de comprensión se halla solamente disminuida”, mientras que el primero indicaría que “quien por su ‘cultura’ no puede comprender que su actuar constituye delito” se excluiría su responsabilidad penal⁶⁴.

Por su parte, el profesor Raúl Peña Cabrera consideraba que si bien “es cierto que esta forma de error de prohibición también alcanza a la conciencia disidente, en el caso de nuestra legislación la especificidad está referida a lo culturalmente condicionado”⁶⁵. Obviamente que tampoco compartimos tal argumentación por lo anteriormente señalado, pues a nuestro parecer le faltó un desarrollo ulterior a la tesis planteada en sus estudios, en los que solamente se avoca al Error de Comprensión Culturalmente Condicionado.

De otro lado, Javier Villa Stein se contrapone a la admisibilidad de la “conciencia disidente” al considerar que “con ese ‘amparo’ se terminaría por oponer la eximente a los diversos injustos en que incurre sinnúmero de modalidades de fundamentalismo político, cuyos militantes ciertamente comparten ‘esquemas de valores distintos al nuestro’”⁶⁶. El autor tampoco desarrolla tal planteamiento, únicamente muestra un temor por el privilegio del cual gozarían los elementos

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ PEÑA CABRERA, Raúl. *Derecho penal. Estudio programático*. Lima: Grijley, 1994, p. 608.

⁶⁶ VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*. Lima: San Marcos, 2001, p. 421.

terroristas (al parecer se referiría a éstos a través de la expresión “fundamentalismo político”), al momento de determinarse judicialmente la pena.

Un sujeto obra con conciencia disidente, cuando siente su actuar como resultado de un esquema general de valores diferente al nuestro. Téngase presente que no nos estamos refiriendo al individuo que pertenece a una cultura distinta a la nuestra sino a uno que se “encuentra” en ella pero a la cual no se ha “integrado” valorativamente. En nuestra sociedad pluralista se generan “subculturas” “que siempre muestran alguna faceta disidente, propia del derecho a la diferencia”, las mismas que pertenecen a una misma cultura, de la cual no pasan de ser una variante de esta, “fenómeno que es propio del dinamismo característico de lo social y humano”⁶⁷.

Por otro lado, Raquel Yrigoyen, sostiene, acertadamente, que “la penalización –aunque en el caso de la “vencibilidad del error”, parece suponer que los miembros de minorías estuviesen obligados a asimilarse en la cultura dominante -pues es un descuido punible no conocer o no integrarse, según la teoría del error-. En todo caso, parece que estuviesen obligados a justificar de modo suficiente la creencia errónea -teoría de la conciencia diferente (...). Creemos que puede seguir utilizándose la figura del error de prohibición para la exención de pena a quienes realizan hechos punibles por un condicionamiento cultural, pero consideramos que debe interpretarse del modo extenso posible -incorporando no solo el conocimiento sino la comprensión cultural- y debe entenderse que la evaluación de “vencibilidad” no se aplica a los casos de diferencia cultural porque implícitamente obliga a una

⁶⁷ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Ob. Cit., p. 205.

asimilación no compatible con los derechos culturales y no es eficaz para la protección de bienes jurídicos valiosos”⁶⁸.

Por lo que “la graduación -continúa la autora- del error por el condicionamiento cultural, implicaría la posibilidad de considerar “grados” de “asimilación” o “integración” cultural. Con ello no se estaría reconociendo la diversidad cultural, tal como lo indica la exposición de motivos del Código, sino que se estaría regresando a la vieja fórmula etnocentrista del superado Código de 1924, que sí hablaba en términos de “grados de civilización”⁶⁹.

Otra interpretación que resalta es:

3) El artículo 15 como causa de inimputabilidad

José Hurtado Pozo considera al artículo 15 del Código Penal como una causa de inimputabilidad. Nos afirma que se debe a que en la readaptación del artículo 15 se escogió la estructura del artículo 20, inciso 1 (inimputabilidad) y empleó la expresión “sin poder comprender”⁷⁰ Esto se debe a que no se reflexionó sobre la necesidad de incorporar ni los efectos de una disposición como esta, ya que la comisión de redacción del Código Penal copió literalmente la propuesta de Zaffaroni sobre la incorporación de esta institución, sin reflexionar sobre su propuesta.

⁶⁸ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Ob. Cit., p. 91.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 97.

⁷⁰ HURTADO POZO, José. “El artículo 15 del Código Penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o Error de Comprensión Culturalmente Condicionado?”. Extraído de: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_15.pdf

Lo que realiza el artículo 15 del Código Penal es que esta incapacidad de darse cuenta de que un comportamiento contradice el ordenamiento jurídico está subordinada al hecho de que la persona pertenezca a una cultura diferente; es aquí donde se da similitud con el artículo 20 inciso 1, el cual se trataría más de una causa de inimputabilidad que de ausencia de culpabilidad.

Así, Hurtado Pozo indica que “el artículo 15 elaborado de acuerdo al artículo 20 inciso 1 (inimputabilidad), el problema no reside en el hecho de que una persona plenamente capaz (tanto psíquica como culturalmente) crea por error que actúa conforme al orden jurídico, sino más bien que dicha persona no posee las condiciones personales necesarias para actuar conforme al Derecho”⁷¹ Como se puede notar, se le eximirá de pena porque no pudo comportarse de acuerdo a esos patrones culturales que le son extraños.

En realidad, al artículo 15 del Código Penal lo que le interesa es el grado de integración de la persona a nuestra cultura, cosa que no busca la institución del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado, ya que este acepta esa internalización de patrones culturales de la persona que cometió el ilícito penal como eximente de pena.

No se puede exigir a esta persona que adopte nuestra cultura, ya que tiene todo el derecho de desarrollarse a través de los valores culturales que han existido desde la antigüedad en su comunidad. Esta persona tiene derecho de seguir desarrollándose según sus propios patrones culturales sin tener la obligación de

⁷¹ *Ibíd.*, p. 639.

asimilar los nuestros. Así lo establece el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú que considera que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural y el Estado es la institución que reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.

Como se podrá apreciar, Hurtado Pozo⁷² no asume en momento alguno la fórmula del artículo 15 del Código Penal, puntualizando su disconformidad con el tratamiento jurídico-penal propuesto por el legislador porque aún se mantiene las características negativas del código anterior, dado que se sigue calificando de incapaces a los sujetos comunitarios por criterios étnicos o culturales.

Según refiere Villavicencio⁷³, un tema que resulta de suma importancia es el correspondiente a los casos de “vencibilidad del error” que desde nuestra postura no sería de aplicación para los sujetos provenientes de las comunidades campesinas o nativas porque significaría la imposición de “otra cultura” y que, de cara al futuro, se estaría pregonando la asimilación obligatoria de los valores de la cultura predominante, únicamente la evaluación de la vencibilidad sería para los casos de conciencia disidente. La descripción normativa del artículo 15 da cabida a una tesis contraria, por ello prescribe que en estos casos, es decir, de “vencibilidad”, el juzgador “atenuará la pena” a imponerse.

En relación al criterio de la vencibilidad o evitabilidad del error que es de suma importancia para el juzgador al momento de fundamentar la exclusión de la pena (en la hipótesis de la invencibilidad) sino también para determinar la penalidad

⁷² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit., 2003, p. 500.

⁷³ *Ibíd.*, p. 500

(en la hipótesis de ser vencible o evitable)⁷⁴, se destaca la postura de Jakobs al considerar como uno de los criterios rectores del estudio o enjuiciamiento de la vencibilidad del error de prohibición, si el error recae sobre una norma fundamental, perteneciente al ámbito de indisponibilidad, esto es, aquellos intereses como la vida, la salud, por ejemplo, casos en los que solamente se considera la evitabilidad si la persona que realiza la conducta típica pertenece a otras culturas⁷⁵.

“Pero advierte que “en todo caso, no es el error solo lo que fundamenta la inculpabilidad: se añade un estado psíquico que presenta el parecer del autor (es decir, la socialización 'exótica) de modo que este no puede servir a la norma. De hecho, se trata de un caso extremo de inimputabilidad. Como se podrá advertir, Hurtado Pozo decanta el problema de los sujetos provenientes de otras culturas como un asunto de “socialización” a los que califica como in imputables, lo que significaría la adopción de una visión tributaria del positivismo sociológico”⁷⁶.

2.2.5. Delito de violación sexual de menores de edad

La legislación penal peruana siguió un mismo criterio durante casi todo el siglo XX en cuanto a este aspecto del llamado derecho penal sexual, considerando que la indemnidad sexual se extendía hasta los 14 años de edad, luego de lo cual se le reconocía a la persona una plena libertad sexual – libertad para decidir con quién tener relaciones sexuales y libertad para decidir con quien no tenerlas-.

⁷⁴ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena*. Madrid: Colex, 1997, pp. 127 y ss.

⁷⁵ JAKOBS, Gunter. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 659.

⁷⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit., 2003, p. 501.

Sin embargo, en abril de 2006 el legislador acoge una corriente reformadora –tanto a nivel nacional como latinoamericano- y decide extender la protección penal del menor elevando el límite de su intangibilidad sexual hasta los 18 años de edad. A partir de esta fecha, entonces, se introdujo modificaciones a la legislación penal orientadas a no reconocer una libertad sexual a los menores entre 14 y 18 años, en tanto que, según esta tendencia, dicho grupo de menores no tendría la capacidad, y por ende, la libertad, para decidir con quién tener relaciones sexuales. En efecto, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 28704, lo que estaría en juego en estos casos es la indemnidad sexual, esto es, el status de intangibilidad física y sexual del menor entre 14 y 18 años.

Así, el delito de violación sexual de menor que se encuentra actualmente tipificado en el artículo 173 de nuestro Código penal, consiste en tener acceso carnal o realizar actos análogos con el uso de objetos o partes del cuerpo, con una persona menor de 18 años de edad. Para configurar esta conducta no es necesaria la utilización de la fuerza física o la grave amenaza, pues el delito de violación sexual de menor se configura aun cuando el autor cuente con el consentimiento de la víctima para realizar el acto sexual.

El artículo 173.3 del CP establece que aquel que tiene relaciones sexuales con un menor entre 14 y 18 años de edad tendrá una pena no menor de 25 ni mayor de 30 años. Adicionalmente, a los autores de este delito no se les concede beneficios penitenciarios.

Es en este contexto en el que el Poder Judicial al percatarse de situaciones de injusticia que se venían presentando a raíz de la entrada en vigencia de esta

legislación, particularmente en los casos de relaciones sexuales en parejas jóvenes, decide emitir, primero, el Acuerdo plenario N° 7-2007, del 16 de Noviembre del 2007, y, luego, el Acuerdo Plenario 4-2008, del 18 de julio del 2008, que dejó sin efecto al anterior.

Con respecto al Acuerdo 4-2008, vigente, la Corte Suprema señala que en el caso de un menor de 14 a 18 años de edad, el consentimiento que éste presta para realizar un acto sexual es totalmente válido, llevando a cabo una interpretación sistémica de este tipo penal (173.3 CP) en comparación con el delito de seducción (Art. 175 CP) y el delito de actos contra el pudor de menor (Art. 176-A CP), en los cuales el legislador reconoce los plenos efectos de su consentimiento, y a la luz del principio constitucional de interpretación más favorable al reo; de lo que se concluye que el diseño normativo del CP determina la libertad sexual a partir de los 14 años de edad.

Así pues, sería aplicable en estos casos el artículo 20 inciso 10 del CP, por cuanto el menor de edad comprendido entre las edades señaladas tiene la libre disposición de su bien jurídico “libertad sexual” y el consentimiento exime al agente de responsabilidad penal.

El Ordenamiento jurídico le confiere la facultad al menor entre 14 y 18 años de edad de ejercer su libertad sexual, y no se le exigen mayores requisitos para su verificación que la simple expresión de tal consentimiento, por tanto, la persona que lleva a cabo una relación sexual consentida con un menor entre 14 y 18 años de edad no está desconociendo norma jurídica alguna.

2.3. Definición de términos⁷⁷

- a) **Antijuricidad.**- Es una característica de la acción y por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre la acción y el orden jurídico⁷⁸.
- b) **Comunidad indígena.**- La Comunidad Indígena puede ser definido desde diversos puntos de vista y/o enfoques, pero lo que nos interesa en este trabajo es manejar la concepción jurídico-social, por tanto, se debe entender tal como lo señala Rodolfo Stavenhagen⁷⁹ “...el conjunto de familias vinculadas por elementos comunes: idioma o dialecto, características culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso...”
- c) **Constitución.**- “...la Constitución es el conjunto de normas fundamentales para la organización del Estado, que regulan el funcionamiento de los órganos del poder público, y que establecen los principios básicos para el ejercicio de los derechos y la garantía de las libertades dentro del Estado.”⁸⁰
- d) **Costumbre.**- Esta integrada por los usos que la colectividad considera obligatorios, las costumbres son reglas sociales que se van transformando en derecho cuando quienes la practican les reconocen obligatoriedad.
- e) **Derecho consuetudinario.**- “... consiste en el sistema de normas, valores, principios normativos, autoridades, instituciones y procedimientos que

⁷⁷ Cfr.: CABANELLAS DE TORRE, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 30ª. Ed. Buenos Aires: Heliasta, 2007.

⁷⁸ EZAINE, Amado. *Diccionario de Derecho Penal*. Lima: AFA, 1989, p. 75

⁷⁹ STAVENHAGEN, Rodolfo. *Conferencias impartidas en el programa de Doctorado Relaciones Interétnicas en América Latina: Pasado y Presente*. Huelva: Universidad Internacional de Andalucía, 1998, p. 78

⁸⁰ NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis, 2000, p. 321.

permiten a los pueblos y comunidades regular su vida social, resolver conflictos y organizar el orden en el marco de su cultura y necesidades sociales. Tal derecho incluye pautas antiguas o nuevas, propias o adoptadas, pero correspondientes al sistema cultural de sus usuarios y percibidas como propias. También incluye las reglas para crear o cambiar reglas. Es decir, el reconocimiento del derecho consuetudinario no consiste en el reconocimiento de un corpus de reglas estático, sino de la potestad de los sujetos titulares de crear y darse sus normas así mismos”.⁸¹

f) Derechos humanos.- Son: “...un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”⁸²

g) Diversidad cultural.- La diversidad cultural refleja la multiplicidad e interacción de las culturas que coexisten en el mundo y que, por ende, forman parte del patrimonio común de la humanidad. Implica, por un lado, la preservación y promoción de culturas existentes y, por otro, la apertura a otras culturas.

h) Doctrina.- Está formado por todos los estudios jurídicos llevados a cabo por los hombres de ciencia.

i) Error de comprensión culturalmente condicionado.- Error que imposibilita la comprensión de la norma y la antijuricidad de la conducta, originado por el acondicionamiento cultural del individuo. Por regla

⁸¹ STAVENHAGEN, Rodolfo. Ob. Cit., pp. 85.

⁸² PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*. 7ma. Ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 23.

general, será un error invencible de comprensión que eliminará la culpabilidad de la conducta.

j) Error de Prohibición.- Inexibilidad de la posibilidad de comprensión de la antijuricidad proveniente de error⁸³. Este error recae sobre la antijuricidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (consiguiente con dolo).

k) Pluriculturalidad.- “Situación en la que la cultura sólo puede ser pensada y vivida, conjugada o declinada, “en plural”; y, por consiguiente, sólo existe en cuanto relación cultural y “reconocimiento” de las otras culturas, y a partir de lo cual se identifican en cuanto “diferentes” (...) Es un enfoque interpretativo de la cultura, que se presenta y define por la misma interculturalidad, por la combinación, en un territorio dado, de una unidad social y de una pluralidad cultural, que se manifiestan mediante intercambios y comunicaciones entre actores que utilizan diferentes categorías de expresión e identificación, de análisis e interpretación”⁸⁴.

l) Pluralismo Jurídico.- Significa la coexistencia de varios sistemas normativos dentro del espacio geopolítico de un Estado. Como parte de este nuevo modelo pluralista, se instituye el derecho individual a la identidad diferenciada, y el derecho colectivo de las diferentes culturas y grupos étnicos a recibir respeto y protección del Estado.

⁸³ LONDOÑO, Alejandro. *El error en la moderna teoría del delito*. Bogotá: Temis, 1982, p. 25

⁸⁴ *Ibíd.*

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

-) **Tipo de investigación:** Corresponde a una investigación **Dogmática - Normativa y Teórica**⁸⁵, que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre el estudio dogmático, jurisprudencial y normativo del error de comprensión culturalmente condicionado y la diversidad cultural en el delito de violación sexual de menores.
-) **Tipo de diseño:** Corresponde a la denominada **No Experimental**⁸⁶, debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad es estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.
-) **Diseño General:** Se empleó el diseño **Transversal**⁸⁷, cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir las variables de estudio; analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado.

⁸⁵ Cfr. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima: Editorial Fecat, 2001. Así mismo siendo una investigación dogmática, de naturaleza teórica no es requisito la delimitación temporal ni espacial, requisito válido solo para las investigaciones empíricas o jurídicas sociales, que no es el caso de la presente investigación. Por tanto especificar el lugar y tiempo de ejecución no es necesario.

⁸⁶ ROBLES TREJO, Luis et al. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Editorial Fecat, 2012, p. 34.

⁸⁷ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al. *Metodología de la Investigación*. México: Editora McGraw-Hill, 2010, p. 151.

J) **Diseño específico:** Se empleó el diseño **explicativo**⁸⁸, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio del problema planteado.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

A continuación se detallan las actividades del proceso que se seguido en la construcción de un plan de información:

Proceso que incluye:

- a) Determinación de la población o sujetos de estudio
- b) Selección de la muestra
- c) Operacionalización del estudio (afín a los aspectos relacionados con los eventos del proyecto, así como todos sus procesos)
- d) Diseño del instrumento
- e) Método para procesar la información

3.2.1. Población⁸⁹

A. Universo Físico: Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.

B. Universo Social: A. La población materia de estudio se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que generaron la jurisprudencia correspondiente.

⁸⁸ *Ibíd.* p. 155

⁸⁹ ZELAYARAN DURAND, Mauro. *Metodología de la investigación jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2007, pp. 251- 258.

C. Universo temporal: El periodo de estudio correspondió al año 2016.

3.2.2. Muestra⁹⁰

-) **Tipo:** No Probabilística.
-) **Técnica muestral:** Intencional.
-) **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia y Normatividad.
-) **Unidad de análisis:** Elementos documentales

3.2.2. Unidad de Análisis⁹¹

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad; donde la unidad de análisis estuvo compuesta por:

- Unidad temática: Constituido por las variables de estudio
- Categorización del tema: En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis.
- Unidad de registro: Documental en base al análisis de categorías.

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información⁹².

- a) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos

⁹⁰ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. Ob. Cit., pp. 169-180.

⁹¹ GOMES, Romeu. Ob. Cit., p. 55.

⁹² ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., pp. 127-132.

fueron las fichas Textuales, Resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.

- b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.
- c) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleara el Método de la Argumentación Jurídica.

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del **análisis cualitativo**⁹³, para lograr la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina, para lo cual se empleó la argumentación jurídica para el análisis de la información. Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del espacio físico donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información.

⁹³ BRIONES, Guillermo. *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Editorial Trillas, 1986, p. 43.

Finalmente, los datos o información que se obtengan en el proceso de recolección y análisis sirvieron para validar la hipótesis⁹⁴ en base la teoría de la argumentación jurídica⁹⁵, debido a que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar, justificar el derecho. Por lo que, la habilidad para presentar buenos argumentos a fin de justificar una postura; el fin básico de la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino el de justificar los planteamientos o enunciados.

⁹⁴ ROBLES TREJO, Luis. *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Lima: Editorial Ffecaat, 2014, p. 58 y ARANZAMENDI, Lino. *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Lima: Grijley, 2011, pp. 112 y ss. “Las investigaciones jurídicas-teóricas, se particulariza, porque tienen como punto de partida un determinado marco teórico y permanece en él. Su finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar, cuestionar, refutar o validar las existentes, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico”.

⁹⁵GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 49.

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados teóricos

4.1.1. Presupuestos para la calificación del error de comprensión culturalmente condicionado

Debemos indicar que en el reciente Pleno Jurisdiccional Regional de Iquitos se abordó, como punto IV, la siguiente pregunta: “¿Cuáles son los presupuestos que se debe tener en cuenta para la calificación del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado?”

La posición asumida, por unanimidad, es la siguiente⁹⁶: “Se debe tener en cuenta el hecho de que sea miembro de una comunidad nativa o campesina y que por su cultura o costumbre no pueda comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, pero básicamente se debe analizar cada caso concreto para establecer si efectivamente se trata de un error de comprensión culturalmente condicionado, que dé lugar a su inculpabilidad. También se podría comprender a personas que se hayan integrado a la comunidad y actúan de buena fe. Precisar las diferentes normas consuetudinarias que rigen las relaciones sociales en esa comunidad e igualmente las normas morales que han sido internalizadas por los integrantes del grupo cultural”.

⁹⁶ FRANCIA SÁNCHEZ Luis. “La aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado”. Integrante de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica – Perú, p. 2. Extraído de www.justiciaviva.org.pe/documentos_trabajo/analisis_pleno/aplic_error.doc -Recuperado el 10/02/2016.

Algunos criterios pueden detallarse⁹⁷:

- a) **Pertenencia a una comunidad nativa o campesina.**- Si bien éste parece un punto lógico, lo cierto es que constituye una reducción del ámbito de aplicación de la norma. La realidad permite afirmar que la población indígena, bajo los parámetros que establece el Convenio 169 de la OIT, no se limita a los integrantes de una Comunidad Nativa o Campesina. Por ejemplo el caso de Rondas Campesinas de Cajamarca o de Huaraz, o un Pueblo Indígena en situación de Aislamiento o de Contacto Inicial, a los cuales se les podría aplicar el ECCC. En tal sentido resulta necesario adoptar este punto con algunas observaciones.
- b) **Que la cultura o costumbre afecte la comprensión del carácter delictuoso del acto o la posibilidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión.**- Siguiendo la pista de algunos desarrollos doctrinarios se establece que el ECCC afecta, debido al condicionamiento cultural del ciudadano, su capacidad de comprender que se trata de un delito. Es claro que en este caso el ciudadano puede conocer que se trata de un acto reñido con cierta idea de ordenamiento, pero no llega a comprender cabalmente la ilicitud del mismo. Adicionalmente, el Pleno se pone en el caso en que, a pesar de comprender el carácter delictuoso, igualmente le sea imposible a la persona el guiarse por la norma penal. De esta manera se intenta abordar todos los aspectos que pueden implicar el condicionamiento cultural, el cual es tratado como una forma de inculpabilidad, es decir a

⁹⁷ *Ibíd.*, pp. 3-4.

pesar que la conducta es típica y antijurídica, el ECCC afecta el nivel de culpabilidad o capacidad de responsabilidad.

Ello resulta interesante en tanto es evidente que el ECCC no es una forma de error de tipo (que afecta la tipicidad) ni de prohibición (que afecta la antijuricidad), sino una de carácter distinto que el error que afecta la culpabilidad. Ésta es una tendencia que debería de ser considerada a futuro y debatida adecuadamente.

- c) **Se podría incluir a personas externas a la comunidad que se hayan integrado a ella y actúen de buena fe.**- Constituye uno de los aspectos más cuestionables, en tanto puede llevar a un conjunto de abusos por personas externas a la comunidad que mal utilicen las prácticas y costumbres de aquellas comunidades. No han sido raros los casos de profesores que, abusando de la costumbre de ciertas comunidades respecto del inicio de la actividad sexual, hayan mantenido relaciones indebidas con adolescentes. Es evidente que ello no significa actuar de buena fe, pero dicho aspecto podría ser menos claro en otras ocasiones. El ECCC no está concebido en términos que pueda aplicarse a una persona no indígena. En tal sentido, el Pleno amplía de manera irregular su alcance.
- d) **Se requiere precisar las normas consuetudinarias y las costumbres de la comunidad.**- Éste constituye un aspecto probatorio fundamental, ya que no basta la pertenencia a una comunidad o ser un ciudadano indígena. Se requiere que la conducta o condicionamiento cultural sea aceptado por el conjunto de la comunidad. Es decir, que exista una validez jurídica, desde

el derecho consuetudinario, para esta conducta, ya que en caso contrario no podría ser protegida por el ECCC. Para ello, constituye un instrumento de especial importancia el peritaje antropológico.

Si bien el citado Pleno contiene aspectos importantes, no ha considerado algunos extremos de recientes resoluciones judiciales de la Corte Suprema y otros aspectos que deben ser atendidos de manera urgente para una adecuada aplicación del ECCC:

- J) La necesidad de una pericia antropológica, por lo que declara la nulidad de la sentencia y ordena se practique dicha pericia para determinar la aplicación del Art. 15 del Código Penal, conforme sentencia de la Corte Suprema.
- J) La gran mayoría de casos hace referencia a supuestos de conductas cometidas al interior de comunidades nativas o campesinas, es decir, dentro del ámbito de competencia de la justicia comunal. En tal sentido, resulta válido preguntarse sobre los motivos por los que el Poder Judicial se avoca a procesos que deberían ser resueltos por las instancias de la comunidad o ronda. En tal sentido, más allá de las críticas sobre las valoraciones realizadas, lo cierto es que se trataría de casos de competencia de la justicia comunal, es decir, que la justicia estatal no debería de conocer (salvo que las propias autoridades comunales hayan abdicado de su competencia, poniendo en autos a la justicia ordinaria de los hechos por considerar que es lo más adecuado).

-) En los casos de violación sexual cometidos fuera de la comunidad existe una tendencia a inaplicar el ECCC. Al parecer, muchos de esos casos hacen referencia a un uso abusivo de dicha figura penal como estrategia de defensa, aun cuando de las resoluciones no existe información suficiente como para poder afirmar ello.
-) Un tema importante por resolver resulta el determinar cuáles son los casos en los que se requiere eximir de pena al procesado, y en cuáles sólo debe haber una reducción de la sanción. En efecto, del conjunto de resoluciones judiciales revisadas, en ningún supuesto hemos podido observar la utilización del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado como eximente de pena. La tendencia parece ser que, a mayor gravedad del delito, menor posibilidad de reducción de pena existe. La falta de fundamentación de la reducción de la pena, que se reduce a la simple referencia del artículo 15º del Código Penal, constituye una afectación de la garantía establecida en el inciso 5 del artículo 139º de la Constitución y, a la vez, impide al ciudadano o el investigador, determinar los criterios de aplicación de la norma por parte del Juez.

4.1.2. Fuentes del error de comprensión culturalmente condicionado

Eugenio Raúl ZAFFARONI, considera que la referencia al tratamiento penal del indígena en los textos punitivos de América tiene su origen en el proyecto de Livingston para Louisiana, en el que se les reconocía un ámbito cultural propio: "Las tribus indias que residen dentro de los límites de este Estado se gobiernan por

sus propias costumbres; ningún acto cometido por los individuos de estas tribus en sus relaciones entre ellos o con los de otras tribus, es considerado como una violación del presente código; pero en cuanto a todas las otras relaciones, estos individuos son como todos los habitantes de este Estado, protegidos o punidos por la ley que les gobierna"⁹⁸.

Según refiere Hurtado Pozo⁹⁹ entre los antecedentes de la regla contenida en el art. 15, hay que mencionar principalmente el Proyecto venezolano de 1948 (art. 13) que estatuye: “el juez podrá declarar inimputable al indígena que cometa un...delito, teniendo en cuenta su incapacidad para comprender o querer, derivada de su inadaptación cultural”. El proyecto boliviano de 1964 también preveía la exclusión de la responsabilidad de los indígenas, pero de manera diferente. Disponía que “el error esencial será también excluyente de culpabilidad, así como el error o ignorancia de derecho, con particular referencia al indígena”. Hay que recordar que nuestro legislador de 1924 escogió la solución, criticada con razón, de considerar como inimputables o imputables relativos a los indígenas o selváticos, en la medida en que previó para ellos la substitución de la pena por la medida de seguridad.

Por otro lado, Raúl Eugenio Zaffaroni¹⁰⁰ ejerció influencia sobre algunos de los que intervinieron en las diversas fases del proceso de reforma del Código Penal. Él mediante su propuesta recomendaba “que se elaboren conceptos doctrinarios que

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. T. IV. Buenos Aires: Astrea, 1982, p. 204.

⁹⁹ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Lima: Idemsa, 2005, pp. 636-637.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 637.

permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no puedan ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes”.

Zaffaroni¹⁰¹ concibe el error de comprensión culturalmente condicionado a partir de la legislación argentina, en particular del artículo 34° inciso 1 del Código Penal. Según esta disposición, no es punible quien “no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”.

De esta manera, diferente de la utilizada en la legislación penal peruana, se prevén dos circunstancias que impiden penar al autor de un comportamiento típico. La situación determinante es que el agente no pueda comprender la criminalidad del acto o dirigirlo conforme a esta comprensión. Por un lado, esta incapacidad es debida a la insuficiencia de sus facultades o por alteraciones morbosas de éstas. Se trata de la capacidad de culpabilidad.

Por otro, dicha incapacidad tiene su origen en el error o ignorancia en que actúa el agente. Así, se comprende tanto al error de tipo como de prohibición. Circunstancias que excluyen el dolo (error de tipo) o la culpabilidad (error de prohibición), respectivamente.

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000, pp. 704 y ss.

Según José Hurtado Pozo¹⁰² la peculiaridad de esta regulación es que induce a plantear el problema del error como un factor que condiciona la capacidad de comprensión del agente. Lo que no sucede en el derecho positivo peruano, ya que la capacidad de culpabilidad está regulada de manera autónoma, aunque de modo parecido a la legislación argentina en la medida en que se le hace depender del estado psíquico del agente. Mientras que el error está previsto sin relación directa con la capacidad de culpabilidad del agente. Bien por el contrario, se presupone la existencia de esta capacidad y sólo se hace referencia al aspecto sobre el que debe recaer: la ilicitud del comportamiento.

De modo que no debe analizarse el error como circunstancia que excluye la capacidad del agente para comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. El sujeto capaz de culpabilidad, en el momento de actuar, debe más bien tener la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento. Esta circunstancia no existe cuando actúa bajo la influencia de un error de prohibición. Si este error es invencible no se le puede reprochar su comportamiento delictuoso; por tanto, no es culpable. La culpabilidad subsiste, por el contrario, en la medida en que tuvo la posibilidad de evitar el error; pero el reproche varía de intensidad según el esfuerzo que hubiera tenido que realizar para superarlo.

Zaffaroni¹⁰³ estima que el llamado error de comprensión culturalmente condicionado es un caso de error de prohibición. Para comprender esta afirmación

¹⁰² HURTADO POZO, José. *Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano*. Lima: Idemsa, 2006, p. 63.

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 64.

hay que considerar las premisas de las cuales parte. En su opinión, la culpabilidad tiene como presupuesto la autodeterminación de la persona. El límite mínimo de esta autodeterminación es fijado por el ordenamiento jurídico, de modo que toda autodeterminación que esté por debajo de este límite no es relevante para el derecho penal. En la medida en que la persona tiene la autodeterminación necesaria, se le puede exigir que reconozca la naturaleza antijurídica de su comportamiento. Por esto, la exigibilidad es la base de todas las circunstancias que excluyen la culpabilidad.

Ahora bien: según Zaffaroni¹⁰⁴, no es exigible el reconocimiento de la naturaleza antijurídica del acto en caso 1. de error de prohibición invencible (art. 34, inc. 1) y 2 de incapacidad psíquica de comprensión (art. 34, inc. 2). Pero, aun cuando sea posible exigirle ese reconocimiento, sus posibilidades de decisión pueden estar significativamente reducidas. Es el caso, por un lado, de la situación del 3 estado de necesidad exculpante (art. 34, inc. 2) y, por otro, de la 4 incapacidad psíquica para adecuar su comportamiento a la comprensión de la antijuricidad (art. 34, inc. 1).

Según los criterios tradicionales, se puede decir que los puntos dos y cuatro conciernen a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad: el agente debe tener la capacidad de comprender el carácter antijurídico de su comportamiento y la capacidad de determinarse de acuerdo con dicha comprensión. El punto primero se refiere al error de prohibición (posibilidad de que el agente capaz comprenda la antijuricidad de su acto) y el punto tercero al estado de necesidad, circunstancia

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 64.

excluyente de la culpabilidad debida, fundamentalmente, a que los intereses en conflicto son equivalentes.

Para los fines de esta explicación, es importante indicar que Zaffaroni¹⁰⁵ considera como fundamental en la interpretación del artículo 34, inciso 1, del Código Penal argentino el hecho que en su base se encuentre la idea de la “posibilidad de comprender la criminalidad de un acto”. De donde deduce que la ley no exige el conocimiento de la criminalidad, sino la posibilidad de conocerla.

De modo que se trata de “una potencia y no de una efectividad”. Esta posibilidad basta en la medida en que la ley misma no exija conocimientos efectivos de aspectos particulares que configuran la criminalidad de un acto. En su opinión la expresión criminalidad utilizada por el legislador sintetiza “todas las circunstancias objetivas que hacen criminal la conducta”, comprendidos los requisitos que permiten imponer una pena (punibilidad del acto).

Es importante la manera cómo Zaffaroni define la *comprensión*, En su opinión¹⁰⁶, este término debe ser interpretado no en el mero sentido de conocer o reconocer la criminalidad, sino más bien en el de la “internalización” o “introyección” de la prohibición. Sólo respecto de la antijuricidad (valor o desvalor), la comprensión constituye una exigencia máxima, no así para los demás factores referentes a la criminalidad. Respecto de éstos es suficiente el conocimiento o la posibilidad de conocimiento. En este sentido, comprender un valor supone que el agente tenga la vivencia tanto de su condición de persona como

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 64.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 65.

la condición de la persona ajena, vivencias que se dan en un mundo pleno de significaciones (cultura) y que él debe también comprender. De modo que se comprende un valor (implícito a la antijuricidad) cuando es incorporado como propio, es asumido como pauta de comportamiento (se trata de “cogerlo”, de “agarrarlo”). Sin embargo, para la culpabilidad la ley considera suficiente “la posibilidad exigible de comprensión de la antijuricidad y, contrario sensu, que sólo es inculpable aquél al que no se le puede exigir razonablemente la comprensión de la antijuricidad”¹⁰⁷. Esta posibilidad de comprensión no es más que un grado de exigibilidad de la posibilidad hipotética de la comprensión del injusto del hecho.

En este nivel, Zaffaroni señala que las diferencias en la comprensión del mundo pueden ser tan grandes que, en situaciones extremas, hacen jurídicamente inexigible la comprensión de la antijuricidad, porque no se le puede exigir a nadie que haga suyos valores ajenos, que “incorpore a sus propias pautas de conducta otras diferentes, que responden a una concepción del mundo y de sí mismo por entero distinta”¹⁰⁸.

Explicada así la comprensión, Zaffaroni afirma, de manera consecuente, que la imputabilidad es ausencia de impedimento psíquico para comprender la antijuricidad y para adecuar la conducta a esa comprensión. Si este no es el caso, no se puede exigir al agente tal comprensión y, por tanto, no puede ser considerado culpable. Así mismo, señala que tampoco se puede exigir al agente la comprensión de la criminalidad en caso de las diversas circunstancias de error de prohibición y

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Ob. Cit., p. 650.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 650.

de otros errores exculpantes. En un tercer apartado, considera los que él denomina errores directos de comprensión y conciencia disidente¹⁰⁹.

Desde su perspectiva, el error de comprensión es un caso de error de prohibición directo, ya que éste no se agota en el desconocimiento de la prohibición o de sus alcances, sino que también comprende el caso en que “el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, es decir, su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo”.

Aquí, se trataría generalmente de casos en los que el agente ha interiorizado valores diferentes e incompatibles con aquellos sobre los cuales se fundamenta la norma prohibitiva penalmente reforzada. Sin embargo, Zaffaroni precisa su idea diciendo que la culpabilidad no requiere que el sujeto haya internalizado esos valores, sino sólo “que haya tenido la posibilidad de internalizarlos en un grado razonablemente exigible. La exigibilidad depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debe realizar para materializar esa comprensión efectiva”¹¹⁰. Si el esfuerzo que el agente debe realizar es tal que no resulta razonable exigirle que lo haga, se presenta la inexigibilidad jurídica y, por tanto, queda excluida la reprochabilidad, ya que el error de comprensión es un error de prohibición invencible.

Una de las ventajas de esta interpretación y de la introducción del criterio del error de comprensión, según Zaffaroni, es la de rechazar “la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en estado peligroso”. Así mismo

¹⁰⁹ *Ibíd.*, pp. 700 y ss.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 705.

estima este autor, por un lado, que las demás alternativas propuestas resultan artificiosas pues en el caso del indígena “lo que no puede exigírseles es la comprensión de la criminalidad”¹¹¹; es decir que internalicen la prohibición del comportamiento. Al respecto, concluye destacando el aspecto constitucional del problema en la medida en que, en la Constitución argentina, se ha reconocido “la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural” (art. 75 inc. 17).

Un ejemplo, dado también por Zaffaroni¹¹², más cercano a la realidad peruana es el de las inhumaciones clandestinas. En este caso, dice Zaffaroni¹¹³: “Quizá el vínculo cultural que impide a la persona comprender la ilicitud de la prohibición de inhumaciones clandestinas no alcance para fundar la invencibilidad del error de comprensión de una lesión o un homicidio, pero no por ello puede excluirse un error de comprensión de tal entidad”. Como en nuestro Código Penal no existe disposición que prevea la represión de la violación de una tal prohibición, podemos considerar un caso semejante: la práctica de la medicina tradicional que, objetivamente, cae en el artículo 290 inciso 2 por el que se reprime el hecho de prescribir, administrar o aplicar cualquier medio supuestamente destinado al cuidado de la salud, aunque se obre de modo gratuito.

Si actos de esta naturaleza son cometidos de acuerdo con pautas culturales diferentes de las del sistema oficial, puede considerarse que sus autores se

¹¹¹ *Ibíd.*, pp. 705 y ss.

¹¹² HURTADO POZO, José. *Ob. Cit.*, p. 68.

¹¹³ *Ibíd.*, p. 68.

equivocan con respecto a la prohibición de ejercer la medicina sin título profesional y, por consiguiente, sin la autorización debida; así mismo, que este error les impide comprender el carácter ilícito de su comportamiento y que este error se debe a que no han interiorizado la prohibición establecida por el sistema dominante.

Cuando los actos destinados presumiblemente a curar son cometidos en el seno de un grupo humano sin acercamiento con el sistema oficial (por ejemplo, comunidad de nativos habitando una zona alejada de la Amazonia) sería irracional, como lo permitía el código de 1924¹¹⁴, intervenir y someter al responsable del acto típico a una sanción penal con la “finalidad de civilizarlo”. “La razón, sin embargo, no necesita ser la presencia de un error de prohibición o de comprensión porque dichas personas ignoran completamente las normas prohibitivas oficiales. Por tanto, no se les puede exigir que hagan los esfuerzos necesarios para conocer dichas prohibiciones y comportarse en consecuencia. Tampoco puede decirse que se equivocan, pues el error se basa siempre en una falsa representación de realidad material o de valores que se ha interiorizado.

En buena cuenta, no hacen sino comportarse conforme a las costumbres de su sistema comunitario. En realidad, la cuestión es determinar si es necesario intervenir mediante el derecho penal. La respuesta sólo puede ser negativa. En caso de comunidades indígenas (por ejemplo las andinas) más integradas al sistema oficial o también de inmigrantes andinos que habitan la periferia de los centros urbanos más importantes, se puede hablar con más facilidad de error de prohibición

¹¹⁴ HURTADO POZO, José. *La ley importada. La recepción del derecho penal extranjero en el Perú*. Lima: Cedy, 1967, p. 67.

en la medida en que tienen la posibilidad de conocer la prohibición y si no la respetan es porque no la han interiorizado, lo que hace que crean que actúan debidamente cuando se comportan siguiendo sus propias pautas culturales. Obrando de esta manera, estiman que actúan lícitamente. Por tanto, no resulta, entonces, conveniente recurrir a la noción de error de comprensión culturalmente condicionado. Sobre todo, en el contexto de la legislación peruana, en la que se ha introducido el artículo 15 como norma independiente de la que prevé el error de prohibición”¹¹⁵.

Raúl Eugenio Zaffaroni, en el planteamiento de José Hurtado Pozo¹¹⁶ elabora su interpretación del error sobre la base de la legislación de su país, en especial del artículo 34 inciso 1, circunstancia que en el Perú no ha sido suficientemente tomada en cuenta. Un segundo hito que debe tenerse en cuenta es la propuesta que hizo de “que se elaboren conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes”.

El contexto del que parte Zaffaroni se percibe mejor si se recuerda lo que afirmó, con razón, en el proceso de reforma del Código argentino. Sostuvo: “considero correcta la disposición del inciso 3 del artículo 5, que entiendo que consagra el error de tipo, pero no veo razón para que el texto deje en la supra legalidad el error de prohibición. Si bien ésta es la interpretación del texto vigente [...] (contraria a la mía, que entiendo que el inciso 1 del artículo 34 se refiere a

¹¹⁵ HURTADO POZO, José. *Derecho penal y...* Ob. Cit., pp. 68-69.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 69.

ambas clases de error) no me parece conveniente consignarla en una ley nueva [...], lo que habría que hacer es que en un texto futuro no quede fuera de las previsiones legales”.

La recepción y aplicación del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado, como categoría dogmática, establecido en el art. 15 del Código Penal Vigente, obedece a las influencias foráneas que implicaron su inclusión en el ordenamiento penal actual; y en especial la problemática que representa en cuanto a su interpretación ya que existen antinomias de orden normativo respecto al art.15 y el art.20 inc.1, en mérito a que la doctrina nacional se encuentra dividida sobre el tratamiento legal y su aplicación en la praxis judicial.

Por un lado un sector de la doctrina considera que se trata de un error de prohibición invencible, basado en la imposibilidad de la comprensión de la norma por parte del agente activo, dicha concepción comprende la falta de internalización o introyección de la norma jurídica o tipo penal, debido a las pautas culturales y la percepción de la realidad que tienen individuos provenientes de otras culturas, que practican costumbres distintas a las permitidas por el Derecho Penal Oficial.

Por otro lado un importante sector de la doctrina peruana advierte la incongruencia de esta norma ya que en sustitución del art. 15 es perfectamente aplicable el art.20 inc.1, se aplicaría este precepto con la finalidad de declarar inimputables a los individuos inmersos en esta diversidad cultural; esto último obliga a concebir un Derecho Penal discriminatorio respecto a personas que comparten otros patrones culturales, distintos y violaría normas constitucionales

que reconocen la diversidad cultural, siendo el Perú un país pluriétnico donde coexisten diversas naciones.

4.2. Resultado normativo

4.2.1. Legislación nacional

4.2.1.1. Constitución Política del Perú

Artículo 2°.-Toda persona tiene derecho a:

19) A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. (...)

Artículo 89°.-Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

4.2.1.2. Código Penal

Artículo 15°.- El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a

esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida se atenuará la pena.

Artículo 173°.- El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

(...)

2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.

4.2.2. Legislación internacional

4.2.2.1. Argentina

Artículo 34°.- No son punibles:

1°. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. (...)

Artículo 41°.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1°. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado.

2°. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de vida del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

4.2.2.2. Colombia

Artículo 33. Inimputabilidad.

Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. (...)

4.2.2.3. Guatemala

Artículo 23.- No es imputable:

1°. El menor de edad.

2°. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo síquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de

determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente.

4.3. Resultado jurisprudencial

4.3.1. R.N. N° 3598-2003 Cono Norte (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

Lima, cinco de octubre de dos mil cuatro.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Señora Fiscal Superior Adjunto contra la sentencia absolutoria de fojas trescientos setenta y nueve, su fecha veintinueve de octubre de dos mil tres; y CONSIDERANDO: Primero: Que está probado y la propia sentencia recurrida así lo admite, que el acusado tuvo trato sexual continuado con la menor agraviada, de trece años de edad aproximadamente; que el acusado ha manifestado que llegó a conocer la edad de la agraviada porque ella se lo comunicó, lo que por lo demás era evidente tanto porque era inquilino en el inmueble de propiedad de la madre de la agraviada cuanto porque alega que tuvo una relación convivencial con la víctima, la cual incluso era tolerada por la denunciante; que, sin embargo, es de tener presente que la agraviada niega el vínculo amoroso que sostenía y afirma que fue intimidada por el encausado todas las veces que le hizo sufrir el acto sexual. Segundo: Que el imputado es natural del Distrito de Margos, Provincia de Ambo, Departamento de Huánuco, pero vino a radicar a Lima desde hace más de tres años antes de ocurridos los hechos; que el Tribunal de primera instancia, sin fundamento científico alguno, ni pericial, en el fundamento jurídico sexto considera que el imputado actuó como lo hizo en función

a su procedencia cultural, afirmando que en el ámbito geográfico cultural del que es oriundo el imputado los jóvenes se unen sexualmente a muy temprana edad; que a ello se agrega que no ha explicado, lo que incluso deviene imposible por la falta de una evaluación antropológica, por qué el supuesto error de comprensión culturalmente condicionado fue invencible y, por ende, por qué se descarta el error vencible; que, de conformidad con el artículo ciento sesenta del Código de Procedimientos Penales, debe nombrarse peritos cuando sea necesario conocer o apreciar algún hecho importante que requiera conocimientos especiales; que esta norma se ha incumplido en el caso de autos, pues la evaluación del condicionamiento cultural del imputado requiere informe pericial. Tercero: Que, por otro lado, es de precisar en función al voto singular, dado el supuesto fáctico del que se parte, que los hechos de la causa solo harían factible sostener en función a la procedencia cultural del imputado aunque es de rigor confirmarlo o descartarlo a partir de una pericia, la presencia de lo que un sector doctrinal denomina “condicionamiento cultural”; que esto último tendría su génesis en un conflicto cultural, que puede ser extrasistémico o intrasistémico; que, en el primer caso, se trata de un conflicto producido en personas que, como podría ser el caso del encausado, provienen de un medio culturalmente diverso; que, en el segundo caso, que es al que alude el voto singular no recogido expresamente en el artículo quince del Código Penal, se sustenta en una concepción discrepante o de conciencia disidente y significa que el individuo sabe y comprende el carácter delictuoso de su acto pero que a su vez discrepa conscientemente de la norma y de su carácter imperativo, supuesto que en modo alguno se presenta en el caso de autos. Por estos fundamentos, y estando a lo dispuesto en el artículo doscientos noventa y nueve del

Código de Procedimientos penales: declararon NULA la sentencia de fojas trescientos setenta y nueve, su fecha veintinueve de octubre de dos mil tres; MANDARON se realice otro juicio oral por otro Colegiado, previa actuación de una pericia antropológica; en el proceso seguido contra Raúl Fernández Gonzáles por delito contra la libertad - violación de la libertad sexual en agravio de M.I.R.

4.3.2. Error de tipo y de prohibición en el delito de abuso sexual de menor

¿Cómo debe acreditarse la concurrencia de error de prohibición culturalmente condicionado?

Que el imputado vino a radicar a Lima desde hace más de tres años antes de ocurridos los hechos (violación sexual de menor); que el Tribunal de instancia, sin fundamento científico alguno, ni pericial, considera que el imputado actuó en función de su procedencia cultural, afirmando que en el ámbito cultural del que es oriundo el imputado los jóvenes se unen a muy temprana edad; que a ello se agrega que no ha explicado, lo que incluso deviene en imposible por la falta de una evaluación antropológica, por el supuesto error de comprensión culturalmente condicionado fue invencible y por qué se descarta el error vencible¹¹⁷.

Si bien el imputado, miembro de una comunidad nativa ashaninka, reconoce aun cuando tiene conviviente y tres hijos haberse relacionado sexualmente con la menor agraviada, rechaza que la haya forzado, a la vez que señala que tales hechos forman parte de sus vivencias culturales, al punto que tenía decidido juntarse con ella, pues en su comunidad está permitido tener de dos a tres mujeres. Que como

¹¹⁷ R. N° 3598-2003-Cono Norte del 05/10/2004.

quiera que la exposición del imputado radica en que actuó conforme a sus pautas culturales, y que la sentencia recurrida no realiza una valoración de la realidad de esas costumbres en función del hecho concreto, resulta imperativo contar con el apoyo pericial para determinar la aplicación del artículo quince del código penal (...). Se realice una pericia antropológica respecto a la situación cultural del imputado¹¹⁸.

¿Qué datos deben tomarse en cuenta para descartar la concurrencia del error de prohibición culturalmente condicionado?

Que no es de aplicación el artículo quince del código penal que recoge la institución del error de comprensión culturalmente condicionado puesto que el acusado, además de haber formado un hogar convivencial estable y saber que la agraviada de la que era padrino de promoción del colegio y conocía a su familia era menor de edad, es un adulto que curso estudios hasta el tercer año de secundaria y realizo las prácticas sexuales clandestinamente; consecuentemente no existe base alguna para estimar que por su situación cultural no podía comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse conforme a esa comprensión¹¹⁹.

Que datos debe tomarse para descartar la concurrencia del error de tipo con relación a la edad de la victima

Que si bien, jurídicamente, el recurso se sustenta en un error de tipo, tal alegación no tiene el menor sustento probatorio, lo que se advierte, en primer lugar,

¹¹⁸ R.N. N° 2348-2004-Junin, del 04/10/2004

¹¹⁹ R N. N° 1990-2004-Huanuco, del 30/09/2004

por el hecho que las relaciones con la agraviada no fueron ocasionales o distantes; en segundo lugar, porque el imputado es una persona integrada social y culturalmente, capaz de advertir la edad probable de una niña; y, en tercer lugar, porque trabajo como maestro panadero en la panadería del padre de la agraviada, en cuyo local también residía aquella; que, por todo ello, no resulta razonable admitir que actuó en la creencia errónea sobre la edad de la víctima al momento de los hechos¹²⁰.

Que la defensa del imputado cuestiona la entidad de la pena impuesta aduciendo que el imputado carece de antecedentes penales, que tuvo una relación extramarital con la agraviada, que la menor fue quien la sedujo, que las relaciones se produjeron con consentimiento de la agraviada, y que la madre de menor nunca le dijo que era menor de dieciocho años (...) Que la agraviada era vecina del imputado por lo que deviene sin base sostener que desconocía su minoría de edad cuando la agredió sexualmente, tanto más si al declarar en el acto oral expresamente reconoció que conocía la edad de la perjudicada¹²¹.

Que es claro que el imputado conocía de la minoridad de la agraviada hecho evidenciado por haber vivido en el predio de los padres de la agraviada más de un año y medio, así como de sus limitaciones de entendimiento (retraso mental leve), o que descarta como sugiere el acusado que ella lo acosaba y que se sentía enamorado de él¹²².

¹²⁰ R. N. N° 924-2004-El Santa, del 06/07/2004

¹²¹ R.N. N° 2862-2004 – Lima, del 25/11/2004

¹²² R. N. N° 2356-2004 – Cono Norte, del 05/10/2004

Que el agravio que el imputado hace valer en su impugnación, en el sentido que desconocía la edad de la víctima error de tipo se descarta no solo con la declaración de la agraviada, quien alega que le menciono expresamente su edad, sino con la circunstancia de su propia relación sentimental, lo que evidencia que no se trató de una vinculación esporádica u ocasional que pudiera tornar verosímil una equivocación como la denunciada; que, además, el imputado es un joven urbano con secundaria y estudios preuniversitarios, con lo que su coartada de que desconocía que era delito tener trato sexual con una menor de edad, de mutuo acuerdo y sin violencia - error de prohibición no resulta razonable¹²³.

No cabe alegar error de tipo invencible para justificar su conducta, puesto que de autos está acreditado, con la propia versión en juicio oral del acusado, quien reconoce que conversaba sobre la edad de la agraviada a quien incluso conocía desde hace dos años, cuando cursaba el primer año de secundaria, dicho que es corroborado testimonialmente, lo que permite colegir que no existió tal error invencible¹²⁴.

Si se comete el delito en una zona donde las menores tienen relaciones sexuales a temprana edad, ¿cabe invocar el error de prohibición culturalmente condicionado?

Que el imputado invoca el error culturalmente condicionado, contemplado en el artículo quince del código penal, dado que la zona donde vive las menores tienen relaciones sexuales a temprana edad y se da el servinacuy; que estos argumentos no

¹²³ R. N. N° 860- 2014-Huanuco, del 15/06/2004

¹²⁴ R. N. N° 1230-2003-La Libertad, del 23/07/2003

se condicen con los hechos declarados probados y no son pertinentes con las notas características de la institución jurídico – penal antes citada, centrada en la persona de sujeto activo y no de la víctima; que es de precisar que el imputado aprovecho el vínculo de superioridad que tenía con la agraviada para violarla y, luego amenazarla para que no denuncie lo ocurrido, y que la forma y circunstancias de los hechos de modo alguno expresan que el imputado, por su cultura y costumbres, cometió el hecho punible sin comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión¹²⁵.

Cuando se produce un error de tipo con relación a la minoría de edad de la menor agraviada

Que de autos se desprende que la agraviada en la época de ocurridos los hechos contaba con un poco más de trece años de edad; apreciándose además su declaración preventiva, en la que está declara y reconoce no solo haber sido enamorada del acusado, sino haberlo inducido a error en cuanto a su verdadera edad, al mentirle que contaba con dieciséis años de edad al momento de suscitados los hechos, agregando inclusive que las relaciones sexuales las mantuvieron voluntariamente y sin ningún tipo de violencia. Estas versiones, por lo demás, se ven corroboradas con la declaración instructiva del procesado, donde sostiene que efectivamente tuvo relaciones sexuales con la menor agraviada porque esta le manifestó que tenía dieciséis años de edad (...) declararon: no haber nulidad en la sentencia que absuelve al acusado¹²⁶.

¹²⁵ R.N. N° 3628-2003-Lima, del 22/04/2004

¹²⁶ R. N. N° 63-04-La Libertad, del 01/10/2004

Cuando se produce un error de prohibición culturalmente condicionado sobre la ilicitud de la conducta

No se ha verificado la responsabilidad penal del encausado, habida cuenta que estando al modo, lugar y circunstancias del evento, se determina que no era consciente de la ilicitud de su conducta, toda vez que actuaba en creencia de que su accionar estaba arreglado a ley, confundido por el medio de vida que llevaba, aunado a su escaso nivel cultural, pues solo curso estudios de nivel primario, su ocupación de agricultor y la edad con que contaba al momento del evento diecinueve años, por lo que estamos frente a la figura del error de comprensión culturalmente condicionado, siendo en este caso causal excluyente de responsabilidad¹²⁷.

¹²⁷ R. N. N° 1037-2014-Amazonas, del 01/07/2004

V. DISCUSIÓN

5.1. ¿Es posible hablar de error? El error culturalmente condicionado en el Perú

5.1.1. ¿Cómo debe entenderse el artículo 15 del código penal dentro del marco legal peruano?

a) Felipe Villavicencio

El error de comprensión culturalmente condicionado previsto en el artículo 15 del Código Penal peruano de 1991 debe entenderse como un error propiamente dicho, que imposibilita la comprensión de la antijuridicidad de la conducta, originado por el condicionamiento cultural del individuo. Se trata de un error que, por su carácter invencible, excluye la culpabilidad y toda sanción penal, ya que, siguiendo el marco establecido de los elementos del delito, –los cuales son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad–, de no cumplirse uno de ellos no podría configurarse un delito.

Nuestro sistema penal exige que el agente tenga la posibilidad de conocer que su conducta contradice los requerimientos del ordenamiento jurídico y que su accionar se encuentra prohibido jurídicamente. La atribución que supone la culpabilidad sólo tiene sentido frente a quien conoce que su actuación es prohibida.

Precisamente, este es el problema que trata de enfrentar el artículo 15, especialmente vinculado a los supuestos de conductas de personas que actúan en el marco de su cultura o costumbres, en el sentido que no se criminalice estas

conductas socialmente aceptadas por estos grupos culturales, ya que inclusive puede darse el caso que el sujeto conozca la norma prohibitiva pero no la pueda internalizar por razones culturales y, por lo tanto, no se le podría reprochar esa falta de internalización.

b) Iván Meini

El artículo 15 regula una cláusula que exime de responsabilidad penal e incluso permite, en algunos casos, atenuarla. Tradicionalmente y de forma mayoritaria, el artículo 15 ha sido interpretado como un error de comprensión culturalmente condicionado. Esta figura fue creada por el profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni en la década de los ochenta del siglo pasado para contestar y proponer una alternativa al trato que se le daba al indígena en algunos países sudamericanos, entre ellos el Perú, Bolivia y Argentina, y en algunos países centroamericanos.

En ese entonces, y de hecho sucedió así en el Perú hasta la entrada en vigencia del actual Código Penal en 1991–, al indígena se le podía eximir de responsabilidad por considerársele inimputable por haber actuado degradado por el alcohol y la servidumbre, o por otras circunstancias que expresaban un trato manifiestamente peyorativo y denigrante. Este trato suponía y generaba que al indígena se le considerara como un sujeto inferior al hombre occidental. Es decir, en ese entonces, calificar de inimputable al indígena, debido a las causas de inimputabilidad aplicadas (degradado por el alcohol y la servidumbre), era un trato discriminatorio.

Ahora bien, en Derecho Penal, el inimputable es incapaz. Esta asimilación de categorías ha llevado a muchos autores a reivindicar que los indígenas no son inimputables, que no se les puede comparar con un toxicómano, con un niño o con una persona que tenga alguna anomalía psíquica. El indígena es como cualquier otra persona, solo que tiene una cosmovisión distinta a la nuestra, como nosotros una distinta a la suya. Entiende el entorno que lo rodea y se relaciona con ese entorno de una manera distinta a como lo hacemos nosotros. Ni mejor ni peor, solo distinta. Por ejemplo, nosotros podemos ver en los cerros un montículo de tierra y piedras, mientras que los miembros de algunas comunidades andinas ven un apu, un símbolo sagrado. Percibimos lo mismo visualmente, pero el significado que le damos a las cosas es distinto. La cosmovisión y la relación con el entorno cambian.

Digo esto porque lo que propuso Zaffaroni fue dejar de lado esta terminología peyorativa de tratar como inimputable a una persona que tenga una cosmovisión distinta a la predominante y propuso, en su reemplazo, la figura del error de comprensión culturalmente condicionado; que es cuando una persona, por su cultura o costumbre, no puede comprender el carácter ilícito del acto, entonces, se le exime de responsabilidad o se le atenúa si esa capacidad de comprensión está atenuada.

El problema es, y este es mi punto de vista, que, si bien la finalidad fue buena –es decir, reivindicar la diversidad cultural–, al regular el artículo 15 un error de comprensión, no solo vulnera la diversidad cultural, sino que contradice la finalidad de la norma. En efecto, afirmar que el indígena, o cualquier otra persona que no comparta la cosmovisión de la mayoría incurre en error por no compartir dicha

cosmovisión sobre la que se edifica el Derecho oficial, es peyorativo, discriminatorio y me atrevería a decir que incluso es inconstitucional: la mayoría tendría la cosmovisión correcta y quien no la comparte, el indígena, incurriría en error de comprensión culturalmente condicionado, en un equívoco, por el solo hecho de no compartir la cosmovisión de otros. Esta falsa supremacía de una cosmovisión sobre otra es, precisamente, lo que diversidad cultural como valor constitucional pretende evitar.

Solo por la terminología que emplea, el artículo 15 del Código Penal debería ser rechazado. Pero además, si se revisa lo que ahí se dice, queda absolutamente claro que no se regula ningún error. Todos los errores en el Código Penal se regulan en el artículo 14. El artículo 15 no se refiere a una persona que tiene una percepción equivocada de las cosas, como si hubiese una correcta.

Si yo veo una pared verde cuando en realidad es blanca, todos me dirán “esa es una pared blanca”. Mi percepción sería la equivocada. Seguramente, esto puede darse dentro de un grupo de personas que comparten la misma cosmovisión, dentro un grupo de personas que perciben la realidad y se relacionan con el entorno de la misma manera. Pero cuando hablamos de diversidad cultural, no es propio de un Estado de Derecho y no es propio del respeto a la diversidad, decir que una minoría que se relaciona de manera distinta con su entorno está equivocada por el hecho de que su cosmovisión es distinta a la de la mayoría; son simplemente distintas.

Partiendo de que son distintas y de que la motivación que pretende la norma penal para que las personas no cometan delitos surge de la comprensión del entorno y relación con el entorno que cada quien tenga, el artículo 15 del Código Penal tiene

que interpretarse como una causa de inimputabilidad, sin que eso signifique un trato peyorativo.

Inimputabilidad porque, en definitiva, una persona que, por la razón que sea, no tiene la capacidad para comprender la realidad como la percibe la mayoría, es para esa mayoría un inimputable: un niño, un loco, un toxicómano, una persona que tenga alucinaciones; pero también una persona que por su cosmovisión percibe las cosas distintas.

La manera más democrática de tratar la diversidad cultural no es decir que las minorías se equivocan, sino decir simplemente que son personas tan distintas a mí en su cosmovisión que yo no puedo juzgarlas con mis reglas penales. Luego, como no puedo juzgarlos con mis reglas penales, lo único que puedo decir es que está al margen de mi sistema jurídico-penal, y el calificativo para identificar a una persona que está al margen de mi sistema penal, que no puede responder en mi sistema penal porque no tiene ese entendimiento que tengo yo, es el de inimputable.

Pongamos un ejemplo invirtiendo la figura. Imaginémonos que tres estudiantes de Derecho están paseando en la Selva y se pierden, y son encontrados por una tribu no contactada. Son llevados a una especie de juicio sumario y los condenan a muerte por haber cortado un árbol. Ellos cortaron el árbol porque necesitaban un tronco para flotar en un río. Pero da la casualidad que, para la tribu, cortar un árbol es una gravísima ofensa a una deidad, castigada por ellos con la muerte. ¿Qué preferirían los estudiantes?, ¿cómo se defenderían?, ¿dirían que se equivocaron?, ¿o dirían a quienes les juzgan que “esa lógica, ese entendimiento, esa relación con la naturaleza, no nos la pueden exigir a nosotros porque aquí vemos

un árbol y no una deidad; no pretendan que veamos un dios donde ustedes lo ven, porque nosotros vemos un árbol”? Seguro que esto último. Y lo mismo nos pedirían ellos a nosotros. “No me pidan que yo vea una ofensa a un bien jurídico, porque para mí no lo es”.

El ejemplo clásico es el sirvinacuy: relaciones sexuales consentidas con una niña menor de catorce años. Para nosotros, es un delito que se pena con cárcel de hasta veinticinco años, y podría tener sentido, porque “¿cómo una persona se va a acostar con una niña o niño menor de catorce años?”. Sin embargo, ese mismo hecho, para otras personas, por su realidad cultural y su historia cultural, es un hecho rutinario y natural que no genera ningún reproche.

¿Quién tiene razón? ¿Qué perspectiva ha de imperar? Las dos pueden convivir perfectamente cuando nuestra cosmovisión y nuestras leyes penales – que se sustentan en esa cosmovisión– se apliquen a las personas que comparten esa cosmovisión, y las leyes consuetudinarias –que se sustenten en una cosmovisión distinta– se apliquen en los lugares y a las personas que comparten cosmovisión sobre la que descansa el derecho consuetudinario. Sin ir muy lejos, esta es la razón por la cual cada Estado es soberano en aplicar sus leyes.

¿Cómo debe entenderse el artículo 15? Como cláusula de inimputabilidad. La diversidad cultural es causa de inimputabilidad, y eso es lo que dice el artículo de manera literal: “el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión”.

5.1.2. ¿El artículo 15 del código penal peruano autoriza a ir en contra de la cultura mayoritaria o predominante?

a) Felipe Villavicencio

Teniendo claro que nuestro país presenta una heterogeneidad étnica cultural, resulta necesario respetar los valores y la cultura de los pueblos que forman parte del mismo, y evitar aquellas concepciones que, sobre la base de criterios etnocéntricos, concebían a la sociedad integrada por salvajes, semicivilizados y civilizados –Código penal peruano de 1924, artículo 44– y que desconocían el derecho de las personas integrantes de autonomías culturales que actúan.

Considero que el artículo 15 del Código Penal no autoriza ir en contra de la cultura mayoritaria o predominante. En realidad, el artículo 15 es una respuesta a las dificultades que implican los juzgamientos penales por parte de la justicia estatal a personas que actúan en el marco de sus pautas culturales diferentes (por ejemplo, miembros de las comunidades campesinas y nativas).

La justicia indígena no puede ser concebida bajo los fundamentos o desde el enfoque de la justicia estatal, y mucho menos esperar que ésta se subordine o se homologue a ésta última. En éste caso, la justicia estatal debe contar con instrumentos jurídicos que le permitan, en los casos que lleguen a su conocimiento, aplicar las normas penales en el marco de la diversidad cultural que caracteriza a nuestro país.

Es por ello que la diversidad cultural será relevante para el Derecho Penal cuando exista un conflicto, en el sentido que el comportamiento sea realizado por

quien detenta patrones culturales distintos a los que subyacen al Derecho formal y se encuentren en el ámbito del Derecho consuetudinario.

b) Iván Meini

No, pero tampoco ir en contra de la cultura minoritaria o no predominante. Lo que plantea el artículo 15 es una cláusula de exclusión de responsabilidad penal que tiene un significado más potente que la simple inimputabilidad.

Lo que está transparentando el artículo 15, lo que está visibilizando, es el necesario respeto a la diversidad cultural en el Derecho Penal. La diversidad cultural se plasma en el Derecho de muchas formas. En el Derecho Penal, que se encarga de prevenir y sancionar comportamientos, la forma cómo la diversidad cultural se plasma es a través del artículo 15. Quien tenga una cosmovisión distinta a la del grupo que ha creado las leyes penales tiene todo el derecho de decir “son sus leyes, no son las mías y me sustento en mi propia cosmovisión y en la diversidad cultural que, además, es un valor constitucional”.

Entonces, no es que vaya en contra de la cultura mayoritaria, no es que un grupo pueda decir “ahora, yo tengo mis propias leyes y voy en contra de la mayoría”. No. Se trata, simplemente, de reivindicar el derecho a aplicar el propio Derecho consuetudinario, que es exactamente el mismo derecho que tenemos nosotros a aplicar el Código Penal. Que seamos más no significa que seamos mejores, ni que tengamos derecho de imponer una cosmovisión a personas que tienen derecho a pensar distinto.

5.1.3. ¿La redacción del artículo 15 es discriminatoria? ¿Por qué?

a) Felipe Villavicencio

No. Por el contrario, al regularse el error de comprensión culturalmente condicionado, por las prácticas propias de la pluralidad étnica y cultural del Perú, era necesario que en el Código Penal se resaltase normativamente el respeto de los valores culturales distintos en el sentido que no se criminalicen conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales diferentes.

Las normas penales –Código Penal de 1991– no son sino expresión material de la tutela exigida por una fracción de aquellas “normas de cultura” que jurídicamente reconoce el Estado; y es que por el artículo 149 de la Constitución Política del Perú¹²⁸, se reconoce el ejercicio de funciones jurisdiccionales especiales a las comunidades campesinas y nativas, lo que en buena cuenta supone un reconocimiento estatal de parámetros normativo-culturales distintos a los que justifican y dan fundamento a la ley penal aplicada por la justicia estatal (pluralismo jurídico). El artículo constitucional acotado reconoce competencia a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, siempre que se actúe de conformidad con su propio Derecho consuetudinario, se ejerza dentro de su ámbito territorial comunal y se sujete al respeto de los derechos fundamentales.

¹²⁸ Artículo 149.- “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

El artículo 15 del Código Penal hace referencia en buena cuenta a una justicia intercultural, mediante la que el sistema de justicia del Estado tiene el deber de aplicar las normas legales del Estado teniendo en cuenta la cultura de las comunidades campesinas o nativas. Esta interpretación intercultural de las autoridades es la que hace realidad el reconocimiento de la identidad cultural y, asimismo, el respeto a su derecho consuetudinario y su función jurisdiccional, por lo que no resulta pertinente decir que este artículo es discriminatorio en la medida que no solo se busca garantizar el derecho de unos cuantos, sino de todas las personas que forman parte del Estado.

b) Iván Meini

No, no es discriminatoria. Discriminatoria sería si es que se limitase, por ejemplo, a un colectivo o a unos colectivos determinados. Por ejemplo, si el artículo 15 se refiriera a “las comunidades nativas”, ¿dónde quedarían las campesinas u otros grupos o etnias?

Pero en términos generales, que son los que utiliza el artículo 15 –cualquier persona que por su cultura o costumbre no pueda comprender el carácter ilícito del acto–, se aplica tanto a un indígena como a quien viene de otro país con una cultura distinta que no sea una cultura originaria del Perú, pero que comete un hecho ilícito según las leyes del Perú. Por ejemplo, y esto se discute mucho ahora en Europa, la importación de prácticas culturales que supone los flujos migratorios de personas provenientes de África.

Cuando las personas huyen de sus países, los flujos migratorios no solo son de seres humanos, sino también de costumbres. Esto ocasiona que en Europa se dan muchos casos de mutilación de genitales femeninos por parte de personas provenientes de lugares en donde esta práctica es culturalmente aceptada o impuesta, a pesar de ser un delito de lesiones en los Códigos Penales europeos. El padre de familia que puede golpear a la mujer si su grupo cultural lo permite y lo fomenta, a donde vaya, va a llevar consigo esa costumbre.

¿Se debe permitir eso? Considero que no. Tiene que existir un límite y que ser la libertad y la igualdad. Hoy día, en tiempos de globalización, las fronteras geopolíticas no permiten distinguir entre culturas. El mapa de las culturas según los flujos migratorios, si lo superponemos al mapa geopolítico del mundo, nos muestra una fotografía completamente distinta. ¿Cómo podemos convivir miles de millones de personas en la tierra en períodos de globalización, teniendo en cuenta que venimos de culturas distintas; que concebimos el entorno de manera distinta; que para algunos ciertos actos son correctos y para otros equivocados; o cuando para algunos tener relaciones sexuales con una niña de catorce años, si consiente, está bien, pero para otros, no?

¿Cómo lograr cierta convivencia pacífica? En lo que el Derecho Penal puede contribuir, que es muy poco, soy de la idea de que los límites penales fomenten han de establecerse únicamente para fomentar y proteger la libertad, el desarrollo y la individualidad de todos los hombres y mujeres por igual, con independencia de la religión, raza, origen o cualquier otra distinción. Entonces, en experiencias como la mutilación del órgano genital femenino, por ejemplo, ¿podría tener derecho el padre

a decir “en mi cultura, esto es así y por eso, yo lo hago”? Si decide hacérselo a él mismo, que nadie se meta; pero si se aplica discriminatoriamente, es decir, solo a mujeres, no debe ser permitida.

¿Es discriminatoria la redacción del artículo 15? Respondo a la pregunta: en absoluto, no discrimina; al contrario, el artículo 15 permite tener claridad en Derecho Penal en aras de la tolerancia. Nos obliga a respetar expresiones culturales distintas a las nuestras, “que no comprendemos” e incluso algunas que “consideramos ilícitas”. Pero no lo son para el grupo al que pertenece quien las realiza, si esa cosmovisión se sustenta en una cultura, hay que respetarlo, pues es la única forma de convivir. Lejos de discriminar, obliga a respetar. Es una cláusula que fomenta el principio de igualdad, como toda inimputabilidad.

5.1.4. ¿Cómo entiende la doctrina y legislación comparada esta figura?

a) Felipe Villavicencio

Para empezar, en la doctrina penal nacional el artículo 15 del Código Penal suele ser interpretado como una modalidad de error de prohibición, aunque existen quienes opinan que se trata de una modalidad de inimputabilidad o, incluso, con relación al ejercicio legítimo del Derecho consuetudinario (inciso 8 del artículo 20 del Código Penal)¹²⁹. En los dos primeros casos, nos encontramos en el ámbito de la inculpabilidad; y en el tercero, en el campo de las causas de justificación, pero con diferentes fundamentos para la exclusión de la responsabilidad penal, como

¹²⁹ Artículo 20.- “Está exento de responsabilidad penal: [...]

8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

también lo ha reconocido el Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia.

En el Derecho comparado, por ejemplo, el Proyecto de Código Penal de Guatemala, después de definir la imputabilidad como capacidad de “comprender la ilicitud del hecho” y de “dirigir sus acciones conforme a esa comprensión” (art. 19), se excluye la culpabilidad, junto a los casos de error y otros, “cuando la persona pertenezca a una comunidad indígena que aceptare o fomentare regularmente la conducta ilícita, conforme a costumbres o prácticas arraigadas, salvo que ello implicare una grave afectación de los derechos humanos fundamentales” (art. 20, letra d). El carácter de eximente de culpabilidad de esta circunstancia reside en el hecho de que, en razón de su cultura, no se puede exigir al agente que obre, en su medio social, de manera diferente a sus pautas culturales.

Entonces, hablar de inimputabilidad es referirnos a que el sujeto, debido a diversos factores –anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones en la percepción–, no pueda comprender el carácter ilícito de su actuar. Hablar de error de comprensión culturalmente condicionado va más allá de esta interpretación, debido a que en este caso el sujeto puede o no comprender el ilícito de su acto; es decir, el sujeto que pertenece a una cultura distinta puede bien comprender la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, o mejor dicho su internalización como parte de sus valores.

b) Iván Meini

La doctrina diría de manera absoluta y dominante que la entiende como un error culturalmente condicionado. No como causa de inimputabilidad, sino como error. Es decir, diría que el sujeto se equivoca. ¿Por qué? No lo sé. Yo leo el artículo 15 y no encuentro ninguna palabra que me lleve a pensar acerca del error o de un equívoco.

¿Por qué el nomen iuris del artículo 15 dice “error de comprensión”? Porque en el proyecto del Código Penal de 1991, que fue donde se incluyó esta cláusula, Eugenio Raúl Zaffaroni, quien fue asesor de la comisión, propuso esta cláusula con el nombre “error de comprensión”. La cláusula sufrió ciertas modificaciones y llegó como está al artículo 15; pero que el creador o quien la propuso haya pensado que eso era una circunstancia de error, no es un dato jurídicamente vinculante. Si la voluntad del legislador ni siquiera lo es, menos lo es la de su asesor. Cuando uno lee esa cláusula y la interpreta de manera sistemática, lo primero que salta a la vista es la forma casi idéntica en que se encuentra redactado el inciso 1 del artículo 20 del Código Penal¹³⁰.

Y nadie discute que el numeral primero del artículo 20 sea una cláusula de inimputabilidad. En este artículo, las causas de inimputabilidad son anomalía psíquica, alteración de la conciencia y alteraciones en la percepción. Estas son las causas de inimputabilidad, pues la inimputabilidad es el no poder comprender el

¹³⁰ Artículo 20.- “Está exento de responsabilidad penal: [...]

1. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”.

carácter ilícito del acto o no poder comportarse de acuerdo a aquella comprensión, que –oh, casualidad– es exactamente lo mismo que dice el artículo 15, pero se origina en otra causa: costumbres o cultura. Entonces, basta una interpretación sistemática y teleológica de la inimputabilidad.

La inimputabilidad, hoy en día, no tiene una carga peyorativa, ¿o acaso al loco o al niño, cuando se le declara inimputable, se le dice que es menos persona? No. La inimputabilidad es sede donde se plasma el principio de igualdad. Igualdad para los iguales, desigualdad para los desiguales.

Hay que aplicar la ley penal a los iguales, a los que comprenden esa ley, los que han participado del debate político que ha permitido su creación y, en todo caso, su crítica. Alguien que está al margen porque no puede comprender ese debate, no es un igual en términos penales y, por tanto, está al margen de esas normas penales. Esta es la manera más democrática de tratarlo. Pero así no lo entiende ni la doctrina ni la legislación comprada.

En el año 2011, la Corte Suprema emitió el Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116, en el que valoraba la actuación de una ronda campesina, y se pronunció sobre la diversidad cultural en Derecho Penal. En este Acuerdo Plenario se admite la posibilidad de que el artículo 15 sea causa de inimputabilidad. Así que ver hay ahí una esperanza.

5.1.5. ¿Cuál es el bien jurídico que se tutela con este artículo? ¿Cómo se relaciona con la figura de la jurisdicción consuetudinaria (artículo 149 de la Constitución)?

a) Felipe Villavicencio

Nos encontramos en el ámbito de la tutela de la identidad étnica y cultural, tal y como lo señala el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución⁵, en el que se afirma que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. Este artículo guarda relación con el artículo 149 de la Constitución, en la medida que el Estado reconoce la atribución de ejercer funciones jurisdiccionales especiales a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas; es decir, reconoce la facultad de juzgar los conflictos de acuerdo con su propio derecho –usos y costumbres– en el marco de su territorio donde se ejerce la jurisdicción especial.

En este sentido, el inciso 3 del artículo 18 del Código Procesal Penal peruano del año 2004⁶ subraya que la jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer de los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución.

Si bien los problemas de conductas prohibidas podrán ser de competencia de las Comunidades Campesinas y Nativas, es posible excepcionalmente que, en ciertos casos, sean los jueces de la jurisdicción estatal ordinaria quienes conozcan de casos penales en los que deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionadas con las costumbres, cuando se vulneren derechos fundamentales.

En estos casos, el juez penal deberá buscar el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del imputado, con la ayuda de los correspondientes peritajes o informes antropológicos, normas como el error de comprensión culturalmente condicionado o el ejercicio legítimo del Derecho consuetudinario. Hace bien el proyecto de Código Penal peruano del 2015 en proponer se incorporen al Derecho nacional reglas de interpretación intercultural y la aplicación del *ne bis in ídem*.

De esta manera, lo que se busca es que, en los supuestos en que intervengan los jueces de la justicia estatal ordinaria, estos interpreten la ley penal de modo intercultural, evitando de esa manera una interpretación etnocéntrica y monocultural, que no es acorde con los derechos establecidos en la Constitución, instrumentos internacionales y el Derecho consuetudinario.

b) Iván Meini

No estaría muy seguro de que exista un bien jurídico que se tutele, al menos en el sentido tradicional del Derecho Penal, porque los bienes jurídicos se protegen en tipos de la parte especial, como el homicidio, la violación, la estafa, etc.

En todo caso, lo que se tutela aquí es la diversidad cultural y la igualdad, lo que podría parecer contradictorio: ¿cómo en la diversidad cultural puede haber igualdad? La respuesta es: al igual que la hay dentro de una misma cultura; por ejemplo, entre católicos, evangelistas, ateos, agnósticos y miembros de otras religiones, todos somos iguales ante la ley. Cuando son distintos los grupos culturales, cada uno de ellos aplica su propio Derecho y, por eso, el artículo 149 de

la Constitución permite que las Comunidades Campesinas y Nativas apliquen su propio Derecho consuetudinario y no nuestro Derecho.

El Derecho Consuetudinario es costumbre, ni más ni menos. En realidad, todo el derecho, incluso el derecho positivo de Perú que estudiamos en las facultades de derecho, también se origina en costumbres y tienen por tanto un nítido origen en las costumbres. No es descabellado; al contrario, es obvio y general decir que toda ley, todo Derecho, se origina en costumbres.

Algunas las escribimos y por eso tenemos leyes escritas, y pasa inadvertido que lo que hoy está escrito previamente era una costumbre, una forma de entender el mundo. Otras culturas no se escriben, y no tenemos que escandalizarnos. Eso es lo que se protege y reivindica en el artículo 15: la diversidad cultural y la igualdad. Por tanto, cada quien es libre de motivarse según su propia cosmovisión en tanto se respete la igualdad y la libertad de todos por igual.

5.2. La pericia antropológica y el “error de comprensión culturalmente condicionado”

En el derecho penal peruano, la piedra de toque de la legislación especial aplicable a los indígenas imputados de haber incurrido en una conducta criminal es el artículo 15¹³¹ del Código Penal vigente: Artículo 15: El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de

¹³¹ BALLÓN AGUIRRE, Francisco. *Introducción al derecho de los pueblos indígenas*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002, p. 77.

responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Para lograr la aplicación de esta norma a los indígenas procesados es menester probar su cultura y sus costumbres y determinar si sus prácticas sociales y universos simbólicos los condujeron a actuar de manera ilícita¹³². El objetivo es producir en el juez la convicción de que la conducta del denunciado correspondió a un “error de comprensión culturalmente condicionado”.

El error de comprensión es “la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente”¹³³. En este caso el infractor es una persona socializada dentro de un universo cultural diferente al hegemónico y por eso desarrolla prácticas y conductas basadas en una intelección o racionalidad diferente (no disminuida).

Por esta razón, “generalmente el error de comprensión culturalmente condicionado es un error invencible de prohibición que exime de responsabilidad”, porque supone una equivocada comprensión de la ilicitud de la conducta¹³⁴. Por eso, al producirse, elimina la culpabilidad del procesado¹³⁵. En el caso de que el error sea vencible, es decir, cuando el sujeto puede comprender el carácter delictuoso de su acto y aun así lo ejecuta, la pena será atenuada¹³⁶. Las diferencias

¹³² “En un proceso penal determinado deberán probarse la existencia del hecho delictivo, las circunstancias y móviles de su comisión, la identidad del autor y víctima [y] la existencia del daño causado. Además, es menester probar si el agente ha sufrido alguna carencia social, su cultura y sus costumbres, así como los intereses de la víctima”. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Derecho procesal penal*. Vol. II. Lima: Grijley, 1999, p. 598.

¹³³ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Ob. Cit., p. 86.

¹³⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit., 2003, p. 80.

¹³⁵ BRAMONT-ARIAS, Luis. *Manual de Derecho Penal*. Lima: EDDILI, 2005, pp. 140-142

¹³⁶ *Ibidem*.

entre ambas hipótesis normativas son muy importantes al momento de calificar el delito, imputar la responsabilidad y graduar la pena aplicada a los procesados que poseen y alegan una condición cultural diferenciada.

5.3. Limitaciones del artículo 15 del Código Penal

Según el tratadista José Hurtado Pozo¹³⁷, el artículo 15 presenta un problema de técnica legislativa y concepción jurídica que atenta contra el potencial emancipatorio y pluralista de la legislación especial indígena. En principio,... para aplicar [a los indígenas] el artículo 15 del Código Penal sería necesario comprobar que no son capaces, por razones culturales, de comprender el carácter delictuoso de sus actos o que, dándose cuenta de este aspecto, eran incapaces de determinarse de acuerdo a las pautas culturales ajenas.

El problema es que “el lenguaje es muy traidor” y en lugar de regular el “error de comprensión culturalmente condicionado”, la norma tipifica “un caso particular de incapacidad debido a la falta de interiorización de pautas culturales que pertenecen al grupo cultural dominante”¹³⁸. Esto significa que el legislador confundió la tipificación y las consecuencias de la incapacidad penal con la figura del error de comprensión. En efecto,

Entre nosotros, se ha incorporado en nuestro Código Penal el artículo 15 sin la debida reflexión y sin considerar los efectos que, a pesar de las buenas intenciones de sus autores, puede tener su aplicación. Esta insuficiente

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ HURTADO POZO, José. “Derecho penal, derechos culturales y derechos humanos”. En: *Modernas tendencias del derecho en América Latina*. Lima: Grijley, 1997, p. 629.

reflexión doctrinaria explica que entre nosotros se califique a la exención de responsabilidad penal, prevista en dicha disposición, de “error culturalmente condicionado”¹³⁹.

Más allá de las cuestiones de técnica jurídica, el problema es que este artículo se fundamenta en una concepción errónea de la diferencia cultural. En lugar de definirla en términos pluralistas e interculturales, se opta por caracterizarla como fuente de incapacidad, como una carencia de conocimientos sobre la cultura hegemónica.

La actual regulación del art. 15 tiene el efecto paradójico de concluir afirmando, en parte, algo que fue criticado debidamente: el considerar a los indígenas o aborígenes como incapaces por el simple hecho de ser diferentes culturalmente de quienes producen, controlan y aplican el sistema de control social¹⁴⁰.

Así, es diferente no el que tiene un universo simbólico alternativo tan valioso como el dominante sino aquel que es sancionado como incapaz de comprender y compartir las prácticas culturales hegemónicas. Por eso, desde el punto de vista del sentido emancipatorio que pretende tener la legislación especial, la formulación y

¹³⁹ “Dada la peculiar manera como ha sido redactado el artículo 15, resulta conveniente comprender esta disposición como una regla preveyendo un caso especial de incapacidad penal y no una forma de “error culturalmente condicionado”. [...] en cierta forma el artículo 15 resulta superfluo en la medida en que la gran mayoría de los casos en que la represión comporta un conflicto cultural pueden ser resueltos como casos de error de prohibición. [...] Hubiera sido mejor completar la regulación del error de prohibición con una prescripción obligando a los jueces a tomar en consideración la cultura de los procesados”. *Ibíd.*

¹⁴⁰ Como el derecho también tiene implícita una política cultural que educa a los ciudadanos y magistrados sería menester reformar este artículo siguiendo las recomendaciones del Dr. Hurtado Pozo. De lo contrario, el signo de la aplicación de la legislación especial seguirá siendo discriminatorio y excluyente. *Ibíd.*

aplicación de esta norma tiene efectos contraproducentes. Impide una lectura intercultural de la conducta de los procesados indígenas y los obliga a reconocerse como incapaces (en la cultura hegemónica) para poder invocar sus beneficios.

Sin embargo, es necesario anotar que en el ámbito judicial, el artículo 15 es frecuentemente invocado para eximir de responsabilidad o atenuar la pena a los indígenas procesados penalmente. No obstante, en el caso de la Corte Superior de Justicia de Loreto, este se invoca de oficio porque en los últimos años son escasos los abogados que recurren a él en sus estrategias de defensa judicial. En cualquier caso, el peritaje antropológico es uno de los medios probatorios más eficaces para activar dicho artículo y, en general, la legislación especial penal.

5.4. El objeto de la pericia antropológica en el ámbito penal

Como señala el tratadista colombiano Hernán Darío Benítez, el peritaje antropológico tiene dos objetivos específicos, a saber, dirimir si una persona pertenece a un universo social y cultural diferente al consagrado en la ley penal, y si esa pertenencia lo hizo actuar ilícitamente, sin comprender el carácter delictivo que su acto tiene para el derecho oficial (o, si aun comprendiendo una norma no es capaz de motivarse por ella). Por eso, el peritaje antropológico no es el lugar adecuado para ensayar elaboraciones teóricas y etnográficas sobre “una cultura”. Es más bien un instrumento judicial que ilustra a los magistrados sobre las características culturales específicas de la persona imputada penalmente.

El hecho que se pretende averiguar es el que determina la clase de perito que ha de intervenir: para el caso que nos ocupa lo que se investigaría por medio

del peritazgo [antropológico] sería la pertenencia o no del individuo a otro grupo cultural diferente de la cultura hegemónica; y si esta pertenencia, que implica otra forma de concebir el mundo, lo condujo a actuar de manera ilícita¹⁴¹.

Si el eje del examen pericial es la persona y no la cultura en abstracto, también debe tenerse presente que la pericia, strictu sensu, no es un alegato a favor del procesado ni una cerrada defensa de las prácticas culturales analizadas por el perito, ni un examen sesgado de los hechos que apreciarán los magistrados. El perito, según el derecho procesal penal, es un órgano de prueba que tiene la función de contribuir a la comprensión intercultural que el juzgador debe realizar de los hechos y de la conducta del imputado para determinar la existencia de la responsabilidad penal y la sanción aplicable:

...las demostraciones antropológicas no buscan justificar la no sanción; no afirman la involuntariedad del daño causado y mucho menos la equiparación de objetos de sanción y represión en nuestra sociedad con la del acusado. Se explica una realidad con base en el significado que el hecho implica en la integralidad de la cultura del acusado, así las razones sean claramente inconvenientes porque se puede prever de antemano que el sujeto va a ser sancionado. La contextualización cultural del caso permite al juez disponer de elementos para diferenciarlo o no como delito¹⁴².

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 121.

¹⁴² SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Cristina. *La jurisdicción especial indígena*. Santa Fe de Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2000, pp. 89-90.

El problema, en general, es que los peritos tienden a realizar lo contrario: presentar alegatos a favor de “la cultura” del encausado en lugar de concentrarse en explicar a la magistratura cómo las prácticas y perspectivas culturales de la persona condicionaron sus actos. En rigor, lo correcto es conectar esas elaboraciones teóricas con el análisis etnográfico y casuístico de los hechos imputados al procesado. Esta tarea supone un profundo conocimiento etnográfico del contexto y de las orientaciones culturales del imputado; una aguda comprensión de la realidad social, cultural y política local donde se produjeron los hechos; y la aplicación de los métodos antropológicos pertinentes para realizar un examen limitado en su propósito, pero profundo en el análisis.

Por eso, lo ideal es conjugar la entrevista al procesado con otra batería de entrevistas a las personas involucradas en el caso y con un trabajo de campo corto que permita al perito formarse una idea de los hechos y de los condicionamientos culturales que atravesaron los hechos sociales criminalizados. El problema es que los expertos trabajan en condiciones muy precarias en términos de plazo, recursos disponibles y apoyo logístico de las autoridades judiciales.

Otra dificultad del peritaje, esta vez ubicándonos en el aspecto antropológico, estriba en que cuando es preciso averiguar una circunstancia específica en relación con una persona determinada, el informe se rinde en términos más bien generales, es decir, lo que se obtiene del antropólogo no siempre es un dictamen sobre la situación particular de un sujeto, sino del estado de deterioro o pureza cultural de la comunidad a la cual pertenece este individuo. A veces se recibe la impresión y ello es inevitable, de que lo juzgado es el

modus vivendi de un conglomerado y las virtuales conexiones del sindicado con éste, y no la especialidad de las relaciones concretas y reales de ese sindicado con su cultura de origen y la forma en que hayan influido éstas para la realización de un acto que nosotros consideramos ilícito¹⁴³.

No se trata, entonces, de elaborar una apología o un tratado antropológico sobre un grupo cultural determinado. Se trata de examinar los hechos, la conducta y las orientaciones culturales de una persona imputada penalmente a la luz del conocimiento antropológico acumulado sobre determinada área o grupo social. Al respecto, si bien el peritaje explora la relación entre la pertenencia cultural de un individuo y cómo esta influye en su cumplimiento de las normas penales estatales, también será útil ponderar si su comportamiento es tolerable o intolerable para su grupo de referencia social y cultural porque eso ampliará la comprensión y los elementos de juicio del magistrado.

Al final, los resultados del examen antropológico se deben poner al servicio del juzgador para que éste realice una lectura intercultural tanto del derecho aplicable como de la conducta del imputado. El nuevo Código Procesal Penal (en adelante el nuevo CPP) prescribe expresamente que para la aplicación del artículo 15 se debe practicar una pericia que se pronuncie sobre las pautas culturales de referencia del procesado (artículo 172, inciso 2)¹⁴⁴, es decir, que excluya apreciaciones sobre la culpabilidad.

¹⁴³ BENÍTEZ NARAJÓ, Hernán. *Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 135.

¹⁴⁴ Código que viene entrando progresivamente en vigencia desde el año 2006 y se ha previsto que el proceso concluya el 2016

5.5. Validación de hipótesis

La Constitución Política del Perú reconoce el derecho de las personas a su identidad cultural, así como a la existencia de las comunidades campesinas y nativas. Estos Derechos están establecidos en el artículo 2º, inciso 19 y en el artículo 89º de la carta fundamental. El Perú, como país pluricultural, tiene una población conformada por diferentes culturas con sus propias costumbres, las mismas que se encuentran asentadas en sus diversas regiones naturales. Así tenemos, los Mestizos (mayoría) en la Región Costa; Indígenas (mayoría) en la Región Sierra; Mestizos (mayoría) y Nativos (minoría) en la Región Selva.

Según nuestra constitución, todos somos iguales ante la Ley, sin embargo, su aplicación no tiene en cuenta nuestra realidad nacional; por un lado están los Mestizos inmersos en los adelantos científicos de las grandes ciudades. Los miembros de las comunidades indígenas nativas se rigen por sus propias costumbres y es en la propia comunidad donde resuelven los problemas sociales que se presentan; sin embargo, el Estado ha establecido que están exentos de responsabilidad sólo cuando haya Error de Comprensión Culturalmente Condicionado (conforme lo establece el Código Penal en su artículo 15º), pero no ha tenido en cuenta que los nativos no actúan por error sino por su modo de vida ancestral.

El Multiculturalismo, es la primera manifestación del pluralismo cultural, que promueve la no discriminación por razones de raza o cultura, la celebración y reconocimiento de la diferencia cultural así como el derecho a ella. Sin embargo, como lo sostiene Hurtado Pozo, el Estado Liberal frente al Multiculturalismo

adoptó en un primer momento la estrategia de la tolerancia, entendida como “no criminalización” de las actuaciones de los miembros de minorías, en tanto no atentaran contra la cultura mayoritaria y cumplieran sus obligaciones legales. El Perú es un país multicultural y plurilingüe en el que coexisten más de 65 grupos étnicos en costa, andes y amazonía. Los pueblos amazónicos, fueron impelidos a organizarse de forma nuclear, en comunidades denominadas “nativas”, para adecuarse a la legislación de entonces.

Diversos estudios señalan a las Comunidades, Campesinas y Nativas, como el sector de mayor pobreza y exclusión en el país, lo cual ha implicado su poca participación en la sociedad y la restricción en el ejercicio de sus derechos. Para los pueblos nativos (e indígenas), desde distintas cosmovisiones y perspectivas particulares, el territorio es vital, no sólo para su supervivencia, sino por los lazos ancestrales que le dan fuerza y cohesión social y cultural al grupo. El territorio nativo e indígena es comprendido como la totalidad del hábitat de un pueblo, es decir desde el punto de vista geográfico integra no sólo la superficie terrestre, las aguas y el subsuelo sino que desde el punto de vista cultural abarca el espacio en el cual la cultura de un pueblo se asienta y reproduce.

En nuestra legislación existe una forma de error especial denominada “Error de Comprensión Culturalmente Condicionado” (ECCC) tipificado en el artículo 15º del Código Penal. Este error se presenta cuando el infractor se desarrolla en una cultura distinta a la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura. Según Martínez, el problema que representa a continuación está vinculado al de la diversidad étnica cultural, propio de las sociedades

latinoamericanas (las cuales albergan en su seno un sinnúmero de culturas minoritarias que a su vez reclaman un reconocimiento a su identidad cultural)¹⁴⁵.

El artículo 15° del Código Penal de 1991, establece una reducción de la pena o una exención de la misma cuando la conducta delictiva hubiera sido fruto de un condicionamiento cultural. Esta figura jurídico penal constituyó un importante avance, en tanto superaba las deficiencias técnicas del Código de 1924 y planteaba una opción de respeto a la diversidad cultural y la identidad étnica de los ciudadanos.

No obstante, la vigencia de la norma de modo alguno ha implicado un cambio significativo en el tratamiento efectivo dado a los ciudadanos pertenecientes a las comunidades campesinas o nativas.

Este ECCC, tiene su origen en el condicionamiento social del individuo. En el ECCC, la dificultad se debe a que “el individuo se ha desarrollado en una Cultura distinta a la nuestra y ha internalizado desde niño, las pautas de conducta de esa cultura”. Por esta razón no puede internalizar, no puede comprender la antijuridicidad de su conducta aun cuando conozca la norma. Por ello *el derecho penal no puede exigir la internalización de la norma penal*.

El Derecho Penal, no puede ni debe penar a un habitante con patrones culturales distintos a los del derecho oficial. *Un tratamiento penal, sin tener en cuenta el condicionamiento cultural del inculgado, deviene en injusto, ya que no se*

¹⁴⁵ MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. “Insuficiencia del Artículo 15 del Código Penal”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 161, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 105 -108.

puede tratar igual a personas diferentes. La exigibilidad de comprensión de una conducta ilícita, no puede ser idéntica para aquellos individuos que asumen los patrones y valores del derecho penal oficial y para los que se han desarrollado con patrones y valores culturales de conformidad a su sistema tradicional.

VI. CONCLUSIONES

1. Todavía la doctrina, la dogmática jurídica y la jurisprudencia tiene que delimitar con mayor claridad los tipos penales que afectan a los niños y adolescentes. Por lo que los cambios de la normativa muchas veces con fines de obtener réditos políticos a los parlamentarios ocasiona una sobre criminalización de conductas para recibir el aplauso de sus votantes, por lo que vía la interpretación jurisprudencial se busca aplicar la ley penal con justicia sin llegar a la arbitrariedad.
2. Al tratamiento legal y aplicación en la Praxis Judicial del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado (ECCC), la doctrina nacional se encuentra dividida. Por un lado un sector de la doctrina considera que se trata de un error de prohibición invencible, basado en la imposibilidad de la comprensión de la norma por parte del agente activo, debido a las pautas culturales y la percepción de la realidad que tienen individuos provenientes de otras culturas. Por otro lado un importante sector de la doctrina peruana advierte la incongruencia de esta norma ya que en sustitución del art. 15 es perfectamente aplicable el art.20 inc.1, se aplicaría este precepto con la finalidad de declarar inimputables a los individuos inmersos en esta diversidad cultural.
3. Entre los presupuestos que se debe tener en cuenta para la calificación del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado encontramos: Pertenencia a una comunidad nativa o campesina, que la cultura o costumbre afecte la comprensión del carácter delictuoso del acto o la posibilidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión, se podría incluir a personas externas a la

comunidad que se hayan integrado a ella y actúen de buena fe y se requiere precisar las normas consuetudinarias y las costumbres de la comunidad.

4. La revisión de la literatura especializada en dogmática constitucional y jurídico penal nos manifiesta que la naturaleza del Error de Comprensión Culturalmente condicionado desarrollado por la doctrina penal solo es compatible con un Estado Democrático de Derecho el cual garantiza el respeto irrestricto de los derechos humanos y resalta el valor de la cultura en sus múltiples manifestaciones; a su vez, legitima el Derecho Penal con la realidad diversa en el aspecto lingüístico y cultural del Perú.
5. El análisis de las sentencias penales emitidas por la Corte Suprema y las cortes superiores de los distritos judiciales del Perú, nos muestra que la jurisprudencia nacional evidencian un limitado tratamiento jurídico-penal del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado de acuerdo a la dogmática penal vigente que considera a esta institución jurídico penal como como eximente de responsabilidad por pertenencia a otro patrón cultural.

VII. RECOMENDACIONES

1. Es necesario capacitar a los magistrados con respecto a los alcances y fundamentos doctrinales y jurisprudenciales de la Institución Penal del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado, los argumentos que planteamos son las siguientes:
 - a. Que, sean escrupulosos y responsables en su aplicación, para así garantizar y respetar los derechos fundamentales de la persona y de los grupos indígenas y nativos.
 - b. Eviten la repetición mecánica, sino que sean capaces de aplicar a cada caso concreto de manera creadora.
 - c. Las sentencias penales, se conviertan en la guía para los Abogados, estudiantes y justiciables en general, al constituirse en documentos creativos que desarrollen y argumenten sobre el Error de Comprensión Culturalmente Condicionado.
2. Es indispensables especializar a los magistrados; de tal manera que ello permita mejorar en la calidad de las decisiones, entre ellas en el conocimiento de Error de Comprensión Culturalmente Condicionado, el pluralismo jurídico y los planteamientos del Estado Social Democrático de Derecho.
3. Promover entre los magistrados y abogados, para que las salas penales de la Corte Suprema propendan a uniformizar la jurisprudencia en general y, en especial sobre el Error de Comprensión Culturalmente Condicionado, realizando jornadas académicas donde se discuta y proponga alternativas con dicho fin.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Ñ ARANZAMENDI, LINO (2011). “*Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*”. Lima: Grijley.
- Ñ BALLON A., FRANCISCO (1980). “*Etnia y Represión Penal. Lima*”: CIPA.
- Ñ BALLON AGUIRRE, FRANCISCO (1980). “*Etnia y represión penal*” Lima: CIPA.
- Ñ BALLÓN AGUIRRE, FRANCISCO (2002). “*Introducción al derecho de los pueblos indígenas*”. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Ñ BARATTA ALESSANDRO (1989). “*Criminología crítica y crítica del derecho penal*”. México: Siglo XXI.
- Ñ BARATTA, ALESSANDRO (1987). “*Requisitos mínimos del respeto de los Derechos Humanos en la Ley Penal*”. En: Revista de Criminología y Derecho, N° 1. Montevideo: Fundación de cultura Universitaria.
- Ñ BENÍTEZ NARAJÓ, HERNÁN (1988). “*Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?*” Bogotá: Editorial Temis.
- Ñ BRAMONT ARIAS, LUIS Y BRAMONT-ARIAS, LUIS (1995). “*Código Penal anotado*”. Lima: San Marcos.
- Ñ BRAMONT-ARIAS, LUIS (2005). “*Manual de Derecho Penal*”. Lima: EDDILI.
- Ñ BRIONES, GUILLERMO (1986). “*Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*”. México: Editorial Trillas.

- Ñ CABANELLAS DE TORRE, GUILLERMO (2007). “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 30^o*”. Ed. Buenos Aires: Heliasta.
- Ñ CALAN, HILARY (1973). “*Etología y Sociedad*”. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ñ CARO BAROJA, JULIO (1974). “*Ritos y mitos equívocos*”. Madrid: Ediciones Istmo.
- Ñ CASSESE, ANTONIO (1991). “*Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*”. Barcelona: Ariel.
- Ñ CERD, (1999). “*Reporte ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación racial, Preparado para la Mesa de Trabajo para la No Discriminación de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos (Perú) y APRODEH/FIDH*”.
- Ñ CHANAMÉ ORBE, RAÚL (2007). “*La Constitución Política comentada*”. Lima: Juristas Editores. 4ta. Ed.
- Ñ CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO (1997). “*Individualización judicial de la pena*”. Madrid: Colex.
- Ñ DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO (1994). “*Pluralismo jurídico: posibilidades y límites*”. En: Revista peruana de ciencias penales, N° 4, Año II. Julio-diciembre.
- Ñ EHRLICH, E. (2000), “*Fundamental Principles of the Sociology of Law. Cambridge*”: Harvard University Press.
- Ñ EZAINE, AMADO (1989). “*Diccionario de Derecho Penal*”. Lima: AFA.
- Ñ FRANCIA SÁNCHEZ, LUIS (2016). “*Propuestas de desarrollo Constitucional y Jurisprudencia: Derecho Indígena y Derechos*

Humanos/". Extraído de: <http://geocities.com/alertanet/foros2b.html>.

Disponible el 22/06/2016

- Ñ FRANCIA, LUIS (1993). "*Pluralidad cultural y derecho penal*". En: Derecho, N° 47, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Ñ GASCON ABELLAN, MARINA Y GARCIA FIGUEROA, ALFONSO (2005). "*La argumentación en el derecho*". Lima: Palestra Editores.
- Ñ GOMES, ROMEU (2003). "*Análisis de datos en la investigación*". En: Investigación social. Buenos Aires: Lugar editorial.
- Ñ GÓMEZ BENITEZ, JOSÉ MANUEL (1987). "*Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*". Madrid: Civitas.
- Ñ GONZÁLEZ, LEANDRO (2004). "*Pluralidad de Sistemas Normativos*" Trabajo presentado en el curso de Antropología Jurídica organizado por la Facultad de Ciencias Naturales y Museo de la Universidad Nacional de la Plata, Argentina.
- Ñ GURVITCH, GEORGE Y MOORE, Wilbert (1965). "*Sociología del siglo XX. Barcelona*": El Ateneo.
- Ñ HERNÁNDEZ SAMPIERI, ROBERTO ET AL (2010). "*Metodología de la Investigación. México*": Editora McGraw-Hill.
- Ñ HERSKOVITS, MELVILLE (1964). "*El Hombre y sus Obras. La Ciencia de la Antropología Cultural. México*": Fondo de Cultura Económica.
- Ñ HOOKER, M. B. (1975). "*Legal Pluralism-An Introduction to Colonial and Neocolonial Laws*". Oxford: Oxford University Press.

- Ñ HURTADO POZO, José (1997) “*Derecho penal, derechos culturales y derechos humanos*”. En: *Modernas tendencias del derecho en América Latina*. Lima: Grijley.
- Ñ HURTADO POZO, José (2003). “*El artículo 15 del Código Penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o Error de Comprensión Culturalmente Condicionado?*”. Extraído de: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_15.pdf
- Ñ HURTADO POZO, José (2006). “*Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano*”. Lima: Idemsa.
- Ñ HURTADO POZO, José (1967). “*La ley importada. La recepción del derecho penal extranjero en el Perú*”. Lima: Cedys.
- Ñ HURTADO POZO, José (1979). “*La ley importada*”. Lima: CEDYS.
- Ñ HURTADO POZO, José (2005). “*Manual de Derecho Penal. Parte General I*”. Lima: Idemsa.
- Ñ ITURREGUI BRYNE, Patricia y Jorge PRICE MASALÍAS (1982). “*La administración de justicia en villa el salvador.*” Lima: Tesis PUCP.
- Ñ JAEGER, Gertrude y SELZNICK, Philip (1964). “*A normative theory of culture*”. En. *American Sociological Review*.
- Ñ JAKOBS, Gunter (1995). “*Derecho Penal. Parte General*”. Madrid: Marcial Pons.
- Ñ JIMENEZ DE AZUA, Luis (1984). “*La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*”. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

- Ñ KALINSKY, Beatriz (2000). “*El juez y el cacique. Pluralidad jurídica y diálogo intercultural: el caso del derecho penal*”. En: Justicia, cultura y derecho penal. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Ñ LEVI-STRAUSS, Claude (1958). “*Anthropologie Structurale*”. Paris: Editorial Plon.
- Ñ LLEWELLYN, K. y HOEBEL, E. The Cheyenne Way (1941): “*Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*”. Norman: University of Oklahoma Press.
- Ñ LONDOÑO, Alejandro (1982). “*El error en la moderna teoría del delito*”. Bogotá: Temis.
- Ñ MACKAY, Fergus (1999). “*Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional. Asociación Pro Derechos Humanos – Federación Internacional de Derechos Humanos*”, Lima.
- Ñ MALINOWSKI, Bronislaw (1985). “*Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*”. Buenos Aires: Editorial Planeta.
- Ñ MARTÍNEZ HUAMÁN, RAÚL ERNESTO (2011). “*Insuficiencia del artículo 15 del Código Penal. ¿Error de Comprensión Culturalmente Condicionado?*”. En: Actualidad Jurídica, N° 161, Lima.
- Ñ MARTÍNEZ HUAMÁN, RAÚL. “*Insuficiencia del Artículo 15 del Código Penal*”. En: Actualidad Jurídica, Tomo 161, Lima: Gaceta Jurídica.
- Ñ MIR PUIG, SANTIAGO (1994). “*El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho español*”. En: El derecho penal en el estado social y democrático de derecho. Barcelona: Ariel.

- Ñ MIR PUIG, SANTIAGO (1996). “*Derecho penal. Parte general*”. 4ta. Ed. Barcelona: PPU.
- Ñ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (1999). “*Teoría General del Delito*”. 2da Ed. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Ñ NARANJO MESA, VLADIMIRO (2000). “*Teoría constitucional e instituciones políticas*”. Bogotá: Temis.
- Ñ PEÑA CABRERA, RAÚL (1994). “*Derecho penal. Estudio programático*”. Lima: Grijley.
- Ñ PÉREZ LUÑO, ANTONIO (1998). “*Los Derechos Fundamentales*”. 7ma. Ed. Madrid: Tecnos.
- Ñ RAMÍREZ, SILVINA. “*Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena*”. En: <http://www.indigenas.bioetica.org/DOCTRINA-Ramirez.pdf>.
- Ñ RAMIREZ, SILVINA (1999). “*La diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario*”. En: Justicia Penal y comunidades indígenas. Pena y Estado. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ñ ROBLES TREJO, LUIS ET AL (2012). “*Fundamentos de la investigación científica y jurídica*”. Lima: Editorial Fecatt.
- Ñ ROBLES TREJO, LUIS (2014). “*Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*”. Lima: Editorial Ffecaat.
- Ñ RUBIO CORREA, MARCIAL Y BERNALES BALLESTEROS, ENRIQUE (1983). “*Constitución y sociedad política*”. 2da. Ed. Lima: Mesa Redonda Editores.

- Ñ SAN MARTÍN CASTRO, CESAR (1999). “*Derecho procesal penal*”. Vol. II. Lima: Grijley.
- Ñ SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER Y JARAMILLO SIERRA, CRISTINA (2000). “*La jurisdicción especial indígena*”. Santa Fe de Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Ñ SAVIGNY ET AL (1949). “*La ciencia del derecho*”. Buenos Aires: Editorial Losada.
- Ñ SIERRA, MARÍA TERESA Y CHENAUT, VICTORIA (2002). “*Los debates recientes y actuales en la Antropología Jurídica: Las corrientes anglosajonas*”. En: *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Barcelona: Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona.
- Ñ SOLÍS ESPINOZA, ALEJANDRO (2001). “*Metodología de la Investigación Jurídico Social*”. Lima: Editorial Fecat.
- Ñ STAVENHAGEN, RODOLFO (1998). “*Conferencias impartidas en el programa de Doctorado Relaciones Interétnicas en América Latina: Pasado y Presente*”. Huelva: Universidad Internacional de Andalucía.
- Ñ VILLA STEIN, JAVIER (2001). “*Derecho Penal. Parte General*”. Lima: San Marcos.
- Ñ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE (2003). “*El Error de prohibición culturalmente condicionado*”. En: *Código Penal comentado. Título Preliminar. T. I*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ñ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE (1997). “*Introducción a la Criminología*”. Lima: Grijley.

- Ñ YAÑEZ BOLUARTE, CARLOS (1998). “*Análisis de la Normativa sobre la Existencia Legal y Personalidad Jurídica de las comunidades Nativas*”. En: YAÑEZ BOLUARTE, Carlos. *Nosotros y los otros. Avances en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas amazónicos*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Ñ YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL (1996). “*Control penal y diversidad étnico-cultural*”. En: *Conflicto y sistema penal (diez estudios sobre la actual reforma)*. Salamanca: Colex.
- Ñ YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL (1995). “*Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia*”. En: *Deshaciendo Entuertos*. Lima: CEAS.
- Ñ YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL (1997). “*Pluralismo y Sistemas Nacional de Justicia. Proyecto Justicia y Multiculturalidad, elaborado para la Misión de Naciones Unidas para Guatemala*”.
- Ñ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL ET AL. (2000). “*Derecho Penal - Parte General*”. Buenos Aires: Ediar.
- Ñ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (1984). “*Problemas de Política Criminal Latinoamericana*”. En: *Revista de Derecho Penal*, N° 6, Lima: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ñ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (1986.) “*Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe final)*”. Buenos Aires: Editorial Depalma.

- Ñ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (1982). “*Tratado de Derecho Penal*”. Parte General. T. IV. Buenos Aires: Astrea.
- Ñ ZELAYARAN DURAND, MAURO (2007). “*Metodología de la investigación jurídica*”. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Ñ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA ET AL (1996). “*Conflicto social y sistema penal*”. Salamanca: Universidad de Salamanca y Colex.

IX. ANEXO

MATRIZ DE CONSISTENCIA: El error de comprensión culturalmente condicionado y la diversidad cultural en el delito de violación sexual de menores

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORIAS	ASPECTOS METODOLÓGICO
<p><u>GENERAL:</u> ¿Existe colisión entre el delito de violación sexual de menor de edad con el error de comprensión culturalmente condicionado y la diversidad cultural en el ordenamiento jurídico peruano? <u>ESPECÍFICOS:</u> a) ¿Cuáles son los desencuentros entre los textos normativos y las culturas de las poblaciones indígenas en el Perú? b) ¿Cuáles son los alcances y limitaciones del artículo 173?2 del Código Penal en contraste con la cultura de las comunidades indígenas y amazónicas – pueblos originarios- reconocidos constitucionalmente? c) ¿Cuáles son los presupuestos que se debe tener en cuenta para la calificación del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado en relación a los delitos de violación sexual de menores? d) ¿Cómo garantizar los derechos de la identidad y diversidad cultural en relación al delito de violación sexual de menores dentro de un Estado Constitucional?</p>	<p><u>GENERAL:</u> Determinar los fundamentos jurídicos que justifican la colisión entre el delito de violación sexual de menor de edad con el error de comprensión culturalmente condicionado y la diversidad cultural en el ordenamiento jurídico peruano. <u>ESPECÍFICOS:</u> a) Describir los desencuentros entre los textos normativos y las culturas de las poblaciones indígenas en el Perú. b) Establecer los alcances y limitaciones del artículo 173.2 del Código Penal en contraste con la cultura de las comunidades indígenas y amazónicas – pueblos originarios- reconocidos constitucionalmente. c) Identificar los presupuestos que se debe tener en cuenta para la calificación del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado. d) Explicar cómo garantizar los derechos de la identidad y diversidad cultural en relación al delito de violación sexual de menores dentro de un Estado Constitucional de derecho.</p>	<p>Los alcances del artículo 173 del Código Penal, no deben ser examinados de manera trivial, por el contrario, en el derrotero de una investigación, bajo la línea argumentativa de una correcta administración de justicia, deben imperar criterios objetivos, con la finalidad de alcanzar una sentencia justa, por ello deben analizarse una serie de circunstancias que rodean la conducta del inculcado, a fin de determinar su culpabilidad en los hechos, entre estos su forma de vida y del grupo social en el que se desenvuelve, esto es, sus costumbres y su cultura.</p>	<p>Categoría 1: El error de comprensión culturalmente condicionado</p> <ul style="list-style-type: none"> • Naturaleza jurídica • Elementos • Criterios de pertenencia • La cultura como eximente, atenuante o agravante de responsabilidad <p>Categoría 2: La diversidad cultural</p> <ul style="list-style-type: none"> • Reconocimiento constitucional • Norma programática o autoaplicativa • Estado Pluricultural • Funcionalidad <p>Categoría 3: El delito de violación sexual de menores</p> <ul style="list-style-type: none"> • Regulación legal • Bien jurídico protegido • Elementos subjetivos • Elementos Objetivos • Pena • Jurisprudencia 	<p><u>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</u> Dogmática <u>TIPO DE DISEÑO:</u> No Experimental <u>DISEÑO GENERAL:</u> Transversal <u>DISEÑO ESPECÍFICO:</u> Explicativa <u>MÉTODOS ESPECÍFICOS:</u> Exegético, Hermenéutico, Dogmático, Argumentación jurídica. <u>UNIDAD DE ANÁLISIS:</u> Estará será DOCUMENTAL conformada POR LA Doctrina, Normatividad y jurisprudencia. <u>PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Identificación del lugar donde se buscará la información. ▪ Identificación y registro de las fuentes de información. ▪ Recojo de información en función a los objetivos y categorías. ▪ Análisis y evaluación de la información. ▪ Sistematización de la información <p>Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías.</p> <p><u>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN</u> Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido.</p> <p><u>VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS:</u> Método de la argumentación jurídica.</p>

