

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

E.A.P. DE DERECHO

**Diversidad Cultural e imputación objetiva  
en el Derecho penal**

**¿Son delitos las conductas de las sociedades  
étnico-culturalmente minoritarias?**

**El Multiculturalismo en Latinoamérica, mención  
especial del caso peruano: Retos del moderno Derecho  
penal.**

TESIS

Para obtener título Profesional de Abogado

AUTOR

Lolo F. Valdez Pimentel

Lima-Perú

2012

*A mi Alma Mater, la  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos,  
Universidad del Perú,  
DECANA DE AMÉRICA.*

## INTRODUCCIÓN

En el Estado liberal, concebido como unitario y monocultural, la función de la ley jurídica se concentraba en la relación entre el Estado y la ciudadanía, sin necesidad de preocuparse por el estudio y sistematización de las diferentes identidades de las sociedades que integraban el Estado-Nación. Siguiendo la consigna de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, las tradiciones de cada sujeto sólo podían ser aceptadas si el sistema legal dominante se refería explícitamente a ellas y de no hacerlo, las características diferenciales del individuo, que merecieran una atención especial, eran señaladas como una especie de incapacidad; criterios que de menos a más terminaron siendo – y para bien – abandonados por enfrentarse a la realidad. En las décadas de la segunda mitad del siglo XX; teniendo como fundamento la dignidad humana, surgió un cambio de paradigma ideológico sobre el Estado. Así, el Estado social de Derecho<sup>1</sup> y la democracia participativa han ido construyendo la idea de que el reino de la mayoría no sólo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que además, ello no siempre es deseable; surge en este camino el respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de los grupos sociales diferenciados por razones de su cultura. En los últimos años y con la finalidad de vincular el Derecho con la realidad social; las sociedades culturalmente minoritarias empezaron a ser considerados como parte primordial del Estado y del Derecho, generándose a favor del pluralismo normativo como nota esencial del sistema legal; la aceptación y protección constitucional<sup>2</sup> de la identidad cultural a

---

<sup>1</sup> El Estado Social y Democrático de Derecho es una síntesis del Estado liberal y del Estado social (MIR PUIG, Santiago. *Función de la Pena y la Teoría del Delito en un Estado Social y Democrático de Derecho*. Ed. BOSCH, Barcelona 1982.) Para este autor el Estado liberal y el Estado social se encuentran en una relación dialéctica de tesis y antítesis del cual sale la síntesis el Estado social y democrático de Derecho, donde la intervención del Estado se ve limitado por el Derecho con una orientación hacia una democracia real; en el que el Estado está en la obligación de servir al ciudadano creando las condiciones que permitan a este desarrollarse como ser humano, pero para garantizar el control de tales condiciones deberá ser además un Estado democrático de Derecho. La mayoría de constituciones se edifican sobre el Estado social de democrático de Derecho, por ejemplo la Constitución de Alemania (Grundgesetz) en parágrafo 20; en la Constitución de España artículo 1., o la Constitución del Perú en su artículo 43.

<sup>2</sup> El artículo 2. 19., de la Constitución Política peruana, dice: "Toda persona tiene derecho: **A su identidad étnica y cultural.** El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de

través del respeto por la diversidad de la misma<sup>3</sup>. Queda como única opción la aceptación y el respeto por la diversidad cultural originada no solo por cuestiones histórico-políticas, sino también la <multiculturalidad moderna> –como lo llaman algunos, originado por la migración.

Actualmente; es imposible la concepción de <sociedades puras>, en el sentido que existen sociedades aisladas del multiculturalismo, sea por razones históricas-geográficas o migratorias. En tal sentido, este concepto también es aplicable a realidades diferentes a la Latinoamérica como la europea<sup>4</sup> o la norteamericana, donde surge una diversidad externa como consecuencia de la migración y la Globalización<sup>5</sup>. La Globalización hace que estas sociedades postmodernas; Ulrich Beck los denomina “sociedad del riesgo” o “sociedad de riesgos” (Risikogesellschaft)<sup>6</sup>, el fenómeno sociocultural entre en una faz de “crisis de identidad”. Explica este autor que las sociedades actuales no mutan exclusivamente en su estructura (aspecto externo) ello son sólo las consecuencias; sino principalmente a nivel de su contenido: funciones. Razón por la cual los filósofos y

---

la Nación”. (negrita y subrayado es nuestro)

<sup>3</sup> El artículo 89, dice: “**El Estado respeta la identidad cultural** de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

<sup>4</sup> Basta con estudiar superficialmente los últimos rumbos del Derecho penal europeo; para darse cuenta que cada vez más la inmigración está siendo objeto de estudio del Derecho penal; en algunos países como Italia, la legislación es extrema contra el inmigracionismo.

<sup>5</sup> Sin embargo, existen otro tipo de sociedades – como la Latinoamericana - que son diversas culturalmente; debido no a motivos accidentales, sino estructurales. Como en efecto lo reconoce BORJA JIMÉNEZ: “En otras sociedades estructuralmente heterogéneas, como las Latinoamericanas, que llevan siglos de convivencia entre varias culturas, en ocasiones muy diversas se puede apreciar esta divergencia de aceptación de valores de un determinado ordenamiento jurídico por importantes sectores de la población. Debido a diferentes motivos y una de ellas es la pobreza de los Estados que debido a sus carencias poco a nada hacen para hacerse presente en sus comunidades”. (Crf. BORJA JIMÉNEZ, Emilio. *Introducción a los Fundamentos del Derecho penal Indígena*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2001. p. 25)

<sup>6</sup> “Sociedad del riesgo” significa, una sociedad en la que los riesgos se refieren a daños no delimitables, globales y con frecuencia, irreparables que afectan a todos los ciudadanos; y que surgen de decisiones humanas. Fundamental, véase BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona, Ediciones Paidós. 1998. p. 25. Donde señala que existen diferencias entre “Modernización” e “Industrialización” : “*Modernización se refiere a los impulsos tecnológicos de racionalización y a la transformación del trabajo y de la organización, pero incluye muchas cosas más: el cambio de los caracteres sociales y de las biografías normales, de los estilos de vida y de las formas de amar, de las estructuras de influencia y de poder, de las formas políticas de opresión y de participación, de las concepciones de la realidad y de las normas cognoscitivas. Para la comprensión sociológica de la modernización, el arado, la locomotora a vapor y el microchip son indicadores visibles de un proceso que llega mucho más abajo y que abarca y transforma toda la estructura social, en el cual se transforman en última instancia las fuentes de certeza de que se nutre la vida*”.

sociólogos sostienen que la realidad de las actuales sociedades postindustriales, van hacia un camino de encuentro ineludible de la pluriculturalidad. Las sociedades post modernas son sociedades en donde la multiculturalidad o la diversidad es uno de sus rasgos más característicos, pues, su "contenido" es igual tanto en una como en otra: "*la contingencia*"<sup>7</sup>. Afirman, los especialistas que vivimos en un mundo globalizado y nada se puede hacer frente a este fenómeno, sino solo y únicamente prepararse; sin embargo, parece que el mundo jurídico todavía dista mucho de esta realidad o bien recién está dando sus primeros pasos. Si bien es cierto, que el fenómeno de la Globalización o unificación del mundo, hace que haya más relaciones directas entre los ciudadanos de los distintos países, trae al mismo tiempo como consecuencia la colisión de culturas<sup>8</sup>. Dado que si una persona inmigra de su país, no se traslada como un ente eminentemente biológico, sino que va acompañado de su cosmovisión cultural; que en oportunidades es opuesta a la cultura receptora.

El fenómeno sociocultural es tan absoluto que podemos afirmar que no existe sociedad que no sea pluricultural. Una sociedad de "minorías" y una sociedad de "mayorías". Refiriéndose al tema dice JAVIER DE LUCAS "los menos son más que los más: en un mundo en que la fragmentación es la ley, ¿quién puede decir que no pertenece a alguna minoría? En una realidad agregada a factores comunitarios

---

<sup>7</sup> Se habla de sociedades anónimas, en las que ya no se conoce con certeza cuál será el comportamiento de cualquier otra persona.

<sup>8</sup> Entiéndase por cultura como lo definen la mayoría de autores dedicados a la materia "*sistema de vida de un grupo de personas, la configuración de todas las normas más o menos estereotipadas de comportamiento aprendido que son transmitidas de una generación a la siguiente por medio del lenguaje y la imitación*" o "*...sistema de conocimiento que nos proporciona un modelo de realidad, a través del cual damos sentido a nuestro comportamiento. Este sistema ha sido adquirido a lo largo de la tradición de la comunidad a la cual se identifica (etnia), siendo transmitido (enculturación) por medio de objetos materiales y formales*" siendo que como lo señala más propiamente MELVILLE HERSKOVITZ "*... esencialmente una construcción que describe el cuerpo total de creencias, comportamiento o conducta, saber, sanciones, valores y objetivos que señalan el modo de vida de un pueblo*". Como tal, la cultura será un factor más de vencibilidad que entrará a calificar el grado de exigibilidad de conductas encuadradas dentro de los parámetros ético-sociales dominantes y definidos, en nuestro caso, por la cultura occidental. De esta forma, si analizado el complejo cultural de un individuo que se comporta de tal o cual forma, el mismo que califica ilicitud penal para el mundo occidental y dado que el concepto del error supone ya una elección de lo que es correcto y lo que no lo es (en términos de valoración de la cultura dominante), y siendo además que tal complejo resulta ajeno en grado absoluto al complejo cultural dominante, tal factor eliminará la responsabilidad penal pues de carácter invencible.

sumado a la pérdida de vínculos de identidad o integración en colectivos "artificiales"<sup>9</sup>. En este sentido, "la diversidad" marca una pauta de identidad y es una las características más significativas de las actuales sociedades postmodernas o postindustriales. Siendo esto así, pareciera que esta característica socio morfológica es exclusiva de este tipo de sociedades<sup>10</sup> pero no es cierto. Si bien es verdad, que en las sociedades europeas este fenómeno no es la regla, aunque últimamente ya no del todo; este problema se agudiza, en sociedades estructuralmente heterogéneas, como lo son las latinoamericanas, sociedades políticamente edificadas sobre una pluralidad de culturas, a veces tan diversas y contradictorias. En estas sociedades es donde se aprecia con mayor claridad la divergencia en lo cultural en la modalidad de intrasistémico intergrupual e intragrupal<sup>11</sup>. Basta una mirada somera de la realidad latinoamericana<sup>12</sup> para percatarse que es una sociedad asentada

---

<sup>9</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis (Coord.) *Tolerancia y Minorías*. La Mancha. Fondo Universidad de Castilla-La Mancha. 1996. p. 9

<sup>10</sup> Caracterizados así por SILVA SÁNCHEZ como "sociedades postindustriales": "Además, la sociedad postindustrial europea es una sociedad que expresa la *crisis del modelo del Estado del bienestar*, una sociedad competitiva con bolsas de desempleo o marginalidad — especialmente juvenil— irreductibles, de migraciones voluntarias o forzadas, de choque de culturas. Una sociedad, en suma, con importantes problemas de vertebración interna". (Cfr. SILVA SÁNCHEZ., Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999, p. 31-62). Y, sociedades postmodernas (Cfr. HASSEMER, Wierfried. "*Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal Alemana*", Trad. Francisco Muñoz Conde, Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2 Semestre, 1990. Publicado también en el libro: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Trad. Muñoz Conde y Días Pita, Tirant lo blanch, 1999, pp. 18 y ss).

<sup>11</sup> Se pueden diferenciar dos tipos de conflictos: el *intrasistémico* (o conflicto in put = desde dentro y hacia dentro del sistema cultural) y, por otro, el *extrasistémico* (o conflicto out put = desde fuera y hacia fuera del sistema cultural). En el caso de los conflictos intrasistémicos (a diferencia del modelo dual de conflicto extrasistémico –sociedades con pasado colonial y/o sociedades receptoras de inmigración-, la dinámica conflictiva se origina y materializa en un juego dinámico que se constituye del siguiente modo: a) El conflicto intrasistémico cultural, se origina por las distintas relaciones que se dan dentro un mismo territorio.

<sup>12</sup> Según el censo poblacional de grupos étnicos nativos en América: En el Estado boliviano, la población indígena en el 2008 eran 36 pueblos indígenas representando el 53% de un total de 10.028.000 bolivianos (entre andinos y amazónicos); Colombia, de un total de 38'600,000 habitantes, 620,000 son indígenas -1.74%-; Perú, de un total de 28'900,000 habitantes, 8'793,298 son indígenas -38.39%-. En Centro América, según el Fuentes: PNUD (2003: 339 y Mapa 8.2) y Native Lands (2002), la población indígena es: Guatemala 4, 847,138 equivalente al 43% de su población total; Honduras 440,313 el 7%; Nicaragua 398,850 el 8%; Costa Rica 63,876 el 2%; Panamá 284,754 el 10%. Como vemos, los casos más saltantes corresponden a Bolivia, Guatemala y Perú; quienes ocupan los tres primeros puestos en cantidad de población indígena en el total de su masa poblacional. El caso de Colombia, aunque ocupa el puesto número 16, dentro de la tabla poblacional elaborado por el Instituto Indigenista Americano, no deja de ser menos importante por la relevancia jurídica que le ha dado a la solución de

políticamente sobre una diversidad cultural en el sentido amplio de la palabra, por ejemplo, los países que sobresalen son: Bolivia<sup>13</sup>, Ecuador, Guatemala, México, Colombia y el Perú. En términos prácticos, se ha visto que la diversidad culturas, en el medio Latinoamericano, implica la existencia de relaciones asimétricas para con las sociedades culturalmente minoritarias, en todos los sentidos: económico, social, político, lingüístico y cultural. Esto genera una situación de conflicto cuyos efectos son la intolerancia, la marginación, la discriminación social, la dominación ideológica, la usurpación de derechos, como más adelante demostraremos. La importancia e interés que despiertan estas realidades sociales latinoamericanas no se derivan solamente del porcentaje poblacional y demográfico de los colectivos nativos; aún cuando en el caso de Bolivia, dicho porcentaje llega a ser cerca del 50% de la población total del país. El interés que despierta entonces estas realidades se deriva del modo de soluciones legislativas existentes en cada país sobre la diversidad cultural. Cabe precisar, que cuando se habla de diversidad cultural, se entiende como un proceso intrasistémico y extrasistémico<sup>14</sup>, dependiendo de si la diversidad cultural se origina desde dentro o fuera de un país. Asimismo, dentro la diversidad cultural intrasistémica se puede distinguir dos tipos de relación: las relaciones intergrupales y las relaciones intragrupalas. En el primer caso, la relación se da entre las diversas sociedades culturalmente minoritarias. En lo concerniente a las relaciones intraculturales hace referencia a los vínculos dentro de cada sociedad.

El Derecho penal frente a este problema y más aun dentro un Estado pluricultural debe incorporar el presupuesto fundamental de que no se sancionará la diversidad cultural, sino que se protegerá y garantizará su existencia, que serán respetados las distintas valoraciones que provengan de parámetros culturales diversos ya sea "preexistentes a la cultura oficial", o "subsecuentes a la cultura dominante". En este sentido, "no existirá una protección adecuada de las minorías étnicas, culturas absorbidas y de los emigrantes, sino a través de la existencia de pluralismo jurídico que acepte -más que tolere- la diversidad

---

este problema.

cultural". En otras palabras, uno de los desafíos que la diversidad cultural plantea al Derecho penal dentro de un Estado moderno es, precisamente, la admisión de la existencia en un mismo ámbito territorial, de modos de resolución de conflictos diferenciados, en los que no se le puede exigir a alguien que se comporte según los paradigmas de una cultura de la cual no tiene la menor idea, y menos aún sancionarlo con normas penales. Si la justicia penal no respeta esta diversidad cultural termina siendo una justicia discriminatoria en la cual cierto tipo de parámetro cultural es impuesto a quienes responden a un modelo distinto. El mandato constitucional "la igualdad ante la ley" es infringido tanto cuando se trata desigualmente a los iguales, como cuando se trata igualmente a los desiguales.

Partiendo de la premisa que no existen culturas superiores ni inferiores, sino solo culturas diferentes, fluye la paradoja, ¿se debe responsabilizar jurídico-penalmente a una persona que poco o nada sabe de un ordenamiento jurídico que fue elaborada al margen de su cultura? En este camino, señalamos que no existe protección adecuada de las minorías étnicas o de los emigrantes, sino a través de la existencia de pluralismo jurídico dinámico. Los Jueces deben abandonar el paradigma del funcionario judicial decimonónico – hoy felizmente quedado en las postrimerías de la historia- que solo toma en cuenta la ley (formalismo), dejando relegado otros factores sociales, como la problemática de la diversidad cultural, datos indispensables para que puedan dinamizar el Derecho en cumplimiento de su labor jurídica y social.

A la interrogante ¿debe ser considerado delitos o indicios de un delito, las conductas que realiza un nativo (o alguien perteneciente a una cultura minoritaria) conforme a sus costumbres, pero que es contraria a la ley penal? Líneas adelante sostenemos que no, en este contexto, la conducta del indígena no pasa por el primer filtro de la teoría del delito: la tipicidad. Para demostrar, esta posición personal nos valdremos de conceptos, que hoy, en el Derecho penal moderno son de aceptación casi unánime; entre ellos la muy conocida teoría de la Imputación Objetiva. Es decir, la solución al problema no se



encuentra, como sostienen algunos autores, en la antijuricidad (como causales de justificación) o en la culpabilidad (como error de prohibición o inimputabilidad). Asimismo, se analizará y se criticará de ser el caso a los diferentes modelos acogidos por las legislaciones penales latinoamericanas para regular la diversidad cultural. En un Estado social y democrático de Derecho<sup>15</sup> no solo importa el fondo como se solucionen los problemas, sino también la forma como se llega. Pues se puede solucionar un problema eliminando al infractor, pero esto en un Estado de Derecho y con Derecho no es concebible. Las legislaciones latinoamericanas en varias de sus opciones de salida han llegado a sostener soluciones discriminatorias y hasta racistas criterios que en vez de llegar a un criterio democrático se constituyen en aporías. Asimismo, en el presente trabajo se hará especial énfasis a la forma de solución elaborada en el Perú, es decir el error culturalmente condicionado; para finalmente exponer nuestra posición personal respecto del tema.

Buscando tal objetivo, la primera parte de este trabajo está dividida en II Capítulos; en el I Capítulo, se explica el planteamiento e importancia del problema, se hacen las precisiones metodológicas jurídicas y metajurídicas; en el II Capítulo se desarrolla el marco constitucional sobre la diversidad cultural, la necesidad de hacer un viraje ideológico respecto a la teoría del Estado, las concepciones políticos-jurídicas respecto a la diversidad cultural: el exclusionismo, el preservacionismo y el integracionismo y se argumenta a favor de un Derecho penal que tenga un modelo una solución coherente con la libertad y dignidad de las personas, sin importar su cultura. La segunda parte (Capítulo III) se desarrolla y explica críticamente los diferentes modelos por los cuales han optado las legislaciones en Latinoamérica; llámese: El modelo de las causas de justificación, el modelo del error de prohibición, el modelo de la inimputabilidad y el modelo del error culturalmente condicionado. En la tercera parte (Capítulo IV) se desarrolla nuestra posición personal respecto al tema: se defiende el

---

<sup>15</sup> Actualmente al Estado social y democrático de Derecho, en el lenguaje del Derecho Constitucional, se le denomina Estado Constitucional, los contenidos son los mismos; empero hay que señalar, cuando se hable de Estado Constitucional no debe entenderse, llanamente porque el Estado tenga Constitución, no solo el reconocimiento formal o la distribución de poderes, sino la existencia de ciertos contenidos que emanen desde el interior de la sociedad.

modelo de la imputación objetiva; para ello previamente se explican algunos conceptos como: la función del Derecho penal, la función del tipo penal, el riesgo permitido, imputación a la víctima y terminamos interrogándonos "si los derechos fundamentales pueden constituirse en límites de la diversidad cultural".

Mis sinceros agradecimientos al Prof. Dr. Raúl Pariona Arana, por haber aceptado ser el asesor de este trabajo, y, de seguro sin sus prestas sugerencias me hubiese sido más complejo concretizar mis ideas.

A todos mis amigos, de enumerar sus nombres seguro que de alguien me olvidaría, por ello quiero mencionar el círculo de estudios en el que todos en menor o mayor medida convergemos, el Taller de Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, a ellos mis infinitas gracias.

Ciudad Universitaria, verano de 2012

## PRIMERA PARTE

### CAPÍTULO I

#### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MARCO METODOLÓGICO

##### § I. 1. Presentación y formulación del problema.

En la interrelación, Derecho penal y diversidad cultural, dos son los conceptos que sobresalen a) el *¿cómo ha de juzgarse?* Responde porqué delito y bajo que modalidad se debe sancionar penalmente; la respuesta es dada por la Dogmática penal; y b) el *¿quién ha de juzgar?* y *¿qué derecho a de aplicarse?* Responde a la jurisdicción, es decir la autoridad facultada quien debe administrar el conflicto, es materia de estudio del Derecho procesal penal.

##### § I.1.1. Problema principal.

El objeto del presente trabajo de investigación es responder a la pregunta; <cómo ha de considerarse desde el Derecho penal las conductas de las sociedades étnico-culturalmente diferentes, que son conforme a sus culturas, pero calificadas como punibles por la ley penal oficial>; en otras palabras: *¿Se deben considerar como "delictivas" o como indicios de un "delito" las conductas de un nativo (u otra persona perteneciente a una sociedad étnico-culturalmente minoritaria) que en su contexto social no generan ninguna reprochabilidad, pero son punibles según la ley penal?*<sup>6</sup>

---

<sup>16</sup> Cfr. BENITES N., Hernán Darío. *Tratamiento jurídico penal del Indígena colombiano. inimputabilidad o inculpabilidad?* Bogotá: Temis, 1988, pp. 164-177.

### **§ I.1.2. Problemas secundarios.**

Entre, otras alternativas, responderemos también a las siguientes interrogantes:

- ¿Existe alguna relación entre la metodología de estudio del Derecho penal y la diversidad cultural?
- ¿Los modelos de solución, hasta ahora planteados, desde la teoría del delito frente a la diversidad cultura son legítimos en un Estado Constitucional de Derecho?
- ¿Pueden los derechos fundamentales servir como límite y fundamento del derecho a la identidad cultural?

### **§ I.1.3. Objetivos de la investigación.**

#### **§ I.1.3.1. Objetivo general.**

Partiendo de la premisa que no existen culturas superiores ni inferiores, sino solo culturas diferentes; elaborar una alternativa de solución dentro del Derecho penal –precisamente desde la teoría del delito– ante la diversidad cultural que tenga legitimidad en un Estado constitucional de derecho.

#### **§ I.1.3.2. Objetivos específicos.**

- Demostrar que en la actualidad no existe una sociedad que sea monocultural, sino que todas las sociedades en menor o en mayor medida están inmersos en un pluriculturalismo cultural.
- Corroborar mediante la historia, que el trato jurídico para con las comunidades culturales minoritarias en Latinoamérica siempre ha tenido una carga intolerante y muchas veces discriminatorio.
- Demostrar a través de argumentos sólidos y coherentes que la única alternativa para lograr una convivencia en el mundo de la Globalización es la aceptación del uno con el otro como seres racionales que recíprocamente se reconocen derechos, sin importar la cultura que posean.

- Demostrar que los actuales modelos sostenidos desde el Derecho penal respecto a la diversidad cultural, no son coherentes con el tamiz ideológico que enervan las Constituciones Políticas en América Latina.
- Recomendar modificaciones en la legislación penal en lo que a diversidad cultural se refiere.

#### **§ I.1.4. Justificación, importancia y delimitación del tema.**

##### **§ I.1.4.1. Justificación de la Investigación.**

El mundo de la Globalización, si bien es cierto trae como consecuencia una tendencia a la homogenización cultural, no es menos cierto que para algunas culturas, -las que generalmente son excluidas - es sinónimo de peligro de extinción generando su rechazo y en otras este fenómeno aún no ha llegado con claridad. Latinoamérica es una realidad palpante con estos problemas. Actualmente, estas comunidades en término estadísticos suman un aproximado de 25 millones, el 9 % de la población. Basta una superficial mirada para reconocer que es una realidad en la que conviven pocos estados políticos, pero cientos de pueblos con culturas, a veces, hasta contradictorias entre ellas mismas. Frente a este problema el Estado, conformado por la cultura de tendencia occidental, ha tenido a lo largo de la historia, un tamiz intolerante y discriminatorio para con las culturas aborígenes. En la regulación penal, se les ha dado el mismo trato que a un inimputable e incluso con una terminología peyorativa.

A la fecha, el trato jurídico-penal para con estas culturas no ha variado mucho. De ahí, la necesidad de elaborar una teoría que tenga por objetivo ser un modelo en la que se acepte la diversidad cultural como realidad fenomenológica y al mismo tiempo que no tenga el presupuesto de superioridad de la cultura occidental frente a las aborígenes.

##### **§ I.1.4.2. Importancia de la Investigación.**

El presente trabajo, a nivel teórico importa, en el sentido que defenderá un modelo de solución que tenga legitimidad social; al ser

compatible con la cultura de cada sociedad, donde el Derecho penal se concretice y al mismo tiempo sea compatible con la Constitución Política. A nivel práctico, otorgará herramientas a los operadores jurídicos penales que les servirá de filtro para calificar una conducta si posee relevancia penal.

#### **§ I.1.4.3. Delimitación de la Investigación.**

La propuesta que líneas adelante se defenderá, servirá para que desde la teoría del delito pueda resolver principalmente problemas relacionados con la diversidad cultural de las comunidades no contactadas; para las sociedades aunque contactadas, pero no quepa duda que se conducen por las normas de su cultura y para las sociedades que pese haber recibido influencias no han sido las suficientes para que puedan conducirse según esta. En general, para las sociedades en las que el Estado no ha llegado a implantar la cultura oficial<sup>17</sup>. En número estadístico estas sociedades en Latinoamérica son entre el 9 y 10 por ciento del total de la población – sobresaliendo Bolivia y Guatemala-. En cuanto a la realidad peruana, de acuerdo al II Censo realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática del 2007<sup>18</sup>, es cerca del 8% por ciento de la población.

De otro lado; dado la complejidad de la casuística, se hace necesaria una delimitación. Son múltiples los casos que pueden surgir de la interrelación diversidad cultural y Derecho penal. Teniendo en cuenta la procedencia del sujeto infractor, el lugar de la infracción, la víctima de la infracción y la calidad del bien jurídico lesionado o el valor de la norma lesionada, en la investigación se puede nombrar tres elementos<sup>19</sup> que conjugan de sobremanera:

---

<sup>17</sup> Quedando fuera de este marco la “justicia” que a diario ejecutan las comunidades que reciben influencia directa de la cultura oficial y los que se practica en los alrededores de las zonas urbanas, según informan los medios de comunicación, como son los linchamientos que se producen principalmente por ineficacia e ineficiencia del Estado.

<sup>18</sup> II CENSO DE COMUNIDADES INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA PERUANA 2007, realizado en el marco de los Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda, que se ejecutó del 21 de octubre al 04 de noviembre del 2007.

<sup>19</sup> En términos parecidos, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-552/03, del 10 de julio de 2003)- identificar los siguientes elementos que comporta la jurisdicción especial

- a) **de carácter personal**, con el que se pretende señalar que el individuo al pertenecer a una cultura minoritaria tiene el derecho de ser juzgado solo en su sociedad de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad;
- b) **de carácter geográfico**, permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas; y,
- c) **de carácter normativo**, en que se avalúa las circunstancias y el valor del bien jurídico lesionado o el valor de la norma infringida; pues es distinto quitar la vida a una persona, que quitar la vida a un animal en vía extinción. Además, si el hecho realizado guarda un vínculo con la cosmovisión de dicha comunidad.

La solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el operador jurídico puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general y más aún cuando hay combinación entre ellos. Sin embargo, no sólo el lugar donde ocurrieron los hechos o la calidad del infractor es relevante para definir la competencia, sino que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, la cosmovisión de estas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria,

---

comunal ronderil, ratificado en el Perú por el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116; pero que pueden ser válidos también en nuestro tema.

- a. Elemento humano. Existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural.
- b. Elemento orgánico. Existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.
- c. Elemento normativo. Existencia de un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las Rondas Campesinas.
- d. Elemento geográfico. Las funciones jurisdiccionales, que determinan la aplicación de la norma tradicional, se ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva Ronda Campesina.

la afectación del individuo frente a la sanción, el valor del bien jurídico; etc. A modo general se pueden señalar los siguientes casos:

- a) **Primer caso**: A "lesiona" a B, el supuesto sujeto infractor A (que puede ser un indígena, un nativo u otra persona que pertenece a una minoría cultural) y la supuesta víctima B pertenecen a la misma cultura y el hecho se produce dentro del territorio geográfico en que su comunidad tiene jurisdicción reconocida.
  
- b) **Segundo caso**: C "lesiona" a D, el supuesto sujeto infractor C y la supuesta víctima D pertenecen a la misma comunidad, pero el hecho es producido fuera del territorio, en el que tiene jurisdicción el Estado u otra comunidad indígena.
  
- c) **Tercer caso**: E "lesiona" a F, el supuesto agente E y la supuesta víctima F pertenecen a diferentes culturas y el hecho es producido dentro del territorio del agresor.
  
- d) **Cuarto caso**: H "lesiona" I, el supuesto sujeto activo H y el supuesto sujeto pasivo I pertenecen a distintas culturas y el hecho resulta en un territorio fuera de la comunidad del sujeto activo.
  
- e) **Quinto caso**, cuando el perjudicado es el Estado.

La solución que plantearemos, líneas adelante –el modelo de la imputación objetiva- abarcará todos los casos, empero los mismo ayudados por las circunstancias casuísticas pueden; en algunos aplicarse con mayor rigurosidad que otros.

Por otro lado, es menester señalar el ámbito delictivo de aplicación de la tesis que propondremos; es decir el tipo de delitos que generalmente cometen las personas que pertenecen a las sociedades étnico-culturalmente minoritarias. Si bien teóricamente, pueden cometer cualquier delito del vigente Código Penal, la práctica – la realidad- hace que no sea así; por ejemplo es poco



concebido que un indígena sea acusado del delito contra el Orden Financiero y Monetario o de algún contra los Derechos Intelectuales; etc. En la Jurisprudencia nacional como internacional se aprecia que los delitos en los que generalmente se ven inmiscuidos, son delitos contra la Vida, cuerpo y la salud, contra la Libertad Ambulatoria como Libertad Sexual, contra el Patrimonio Cultural, contra Los Recursos Naturales; entre otros delitos que se relacionen con el contexto y el lugar de su convivencia.

#### **§ I.1.5. Precisiones metodológicas meta-jurídicas a seguir.**

En toda investigación de rigurosidad científica, como se pretende en este trabajo de investigación, el método científico a seguir es muy importante, pero debemos precisar que el método de estudio está supeditado a la realidad, no como piensan algunos que la realidad se somete al método. No somos de la opinión de que el método de estudio construya la realidad, sino todo lo contrario.

Ahora bien, la elección del método dependerá de la investigación que se haga, así algunos temas –como el presente- obligan en mayor medida a delimitar de forma precisa este particular. Es por ello que, en lo que sigue se realizarán una serie de precisiones con las que se pretende facilitar la labor de comprensión y explicación del planteamiento general que se desarrollara. Partiremos de un contexto histórico-político de la sociedad y de la teoría del Estado, para luego ir deduciendo desde presupuestos filosófico-sociológicos e histórico-ideológicos, hasta llegar a reflexiones que van específicamente referidas al Derecho en general y al Derecho penal en particular, y a su vez la construcción de la teoría del delito, dentro de este, las diferentes categorías del delito, el significado de la teoría de las normas jurídico-penales y su relación con los valores sociales; todo esto sin perder nuestro objetivo el relacionar la diversidad cultural con el Derecho penal, y plasmar una salida que sea conforme con los mandatos de un Derecho penal moderno en compatibilidad con las premisas de un Estado Constitucional. En este orden de ideas, nuestro enfoque será más teórico que empírico porque así lo amerita el objeto de estudio, lo que no significa que las ideas teóricas no sea puesto en

práctica. En el presente, nos serviremos muchos del método deductivo<sup>20</sup>.

### **§ 1.1.6. Precisiones metodológicas respecto de la teoría jurídica y jurídico-penal adoptada.**

En las ciencias sociales principalmente, y, con mayor razón en el Derecho que tiene como fundamento la argumentación basado en la crítica, es indispensable que se generen polémicas entre los teóricos con respecto a un tema determinado. El Derecho penal - siendo un subsistema de la "ciencia" del Derecho - no puede estar ajeno a ello, y es que, el conocimiento científico y todo lo que se relacione con él avanza de menos más, en base a la confrontación de ideas y de la crítica, es decir en no satisfacerse con una teoría por más coherente y convincente que sea, sino que se tiende a analizarlo minuciosamente para encontrar algún vacío y cuestionarlo, oponiéndose al dogma - esto lleva a que muchos filósofos sostengan que el hombre por naturaleza es un ser crítico - y añadimos- que el motor o vanguardia del conocimiento y en general de la ciencia es la crítica, característica de la Filosofía y del hombre inteligente. Sin ir muy lejos, un ejemplo - en el Derecho penal- es la evolución de las escuelas jurídico-penales que van desde posiciones marcadamente causalista ha posturas extremadamente normativistas, y como consecuencia directa la teoría de delito ha ido perfilándose de la mano de las innumerables confrontaciones de ideas que a través del tiempo han dado lugar a nuevos planteamientos y formas de comprender el significado del actuar humano en la sociedad; y, no debemos incomodarnos que sea así, sino todo lo contrario.

En el trabajo que nos ocupa seguiremos en términos generales el método de investigación "sociológico-funcional del Derecho"<sup>21</sup>, a

---

<sup>20</sup> De acuerdo con este método de estudio, el conocimiento científico se adquiere por medio de la captura mental de una serie de principios generales, a partir de los cuales se deducen sus instancias particulares, que pueden o no ser demostrables objetivamente. Cabe señalar que también existen otros métodos muy conocidos; el inductivo -deductivo, hipotético-deductivo; etc. Para un estudio amplio véase. TAMAYO PÉREZ, Ruy. *¿Existe el método científico?* 3ª ed. México. Fondo de Cultura Económica. 2003.

<sup>21</sup> Este método tiene como premisa, el mundo en que vivimos es un mundo en el que concurren innumerables sujetos que interactúan entre sí, todo ello en un ámbito en el que las propias posibilidades de interacción se multiplican en función del grado de complejidad de la

razón que no es necesario ser un sociólogo funcionalista, para percatarse que el mundo social, todos los objetos, instituciones o elemento sociales llevan intrínsecamente una función<sup>22</sup>. El método es sociológico porque analiza el acercamiento del Derecho a las diferentes realidades culturales en estricta relación con la función que debe cumplir; este método cumple el papel de ser nexo entre el mundo abstracto de las normas y el de los fenómenos reales de la dinámica social. Así por ejemplo; allí donde las categorías del sistema jurídico occidental –en su vertiente germana-latina o anglosajona- fracasaban: es decir, en contextos aparentemente heterogéneos, donde dos o más tradiciones culturales coexisten en condiciones no siempre pacíficas; allí precisamente los estudios sociológicos funcionales ofrecen una solución. El método es funcional porque parte de la constatación de que el sistema jurídico está cargado de conceptos que no solo pueden ser definidos en términos empíricos estructurales, sino que en base a nuevas relaciones sociales, intenta una redefinición de los conceptos que se usan en la investigación jurídica. A diferencia del análisis estructural que se complace con las entelequias, el centro del análisis funcional reposa en el hecho en sí, en la medida que se clasifica, se descubre su génesis y se averigua sobre su naturaleza concreta<sup>23</sup>. El análisis funcional siempre parte de la

---

sociedad, de manera que a mayor complejidad mayores posibilidades de interacción social. En este ámbito, en que el hombre se encuentra en concurrencia con otros, surge un elemento de perturbación, derivado de la incertidumbre acerca de lo que esperar de los demás, así como de lo que los demás esperan de nosotros. En este punto, las expectativas acerca de lo que los demás esperan de nosotros y lo que nosotros esperamos de los demás –enmarcadas en la participación de los individuos en ese código comunicativo común– orientan la interacción humana en sociedad y contribuyen a la previsibilidad, la seguridad y a la reducción de la complejidad. (ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Barcelona. Ed. BARCANOVA S. A. 1985. p. 63).

<sup>22</sup> Así MIR PUIG, Santiago: "Si todo hecho institucional se construye por la asignación de una función, el sentido del Derecho dependerá en primer lugar de la función que le atribuyamos. Aquí partimos de que el Derecho es una construcción humana caracterizada por la función de regular la vida de los seres humanos. También el Derecho penal tiene tal función. Hay diferentes formas de concretar esta función, que en última instancia dependen de la orientación política del Estado. En un Estado social y democrático de Derecho como el que consagra la Constitución española y que, con uno u otro nombre y distintos matices de importancia, es predominante en los países occidentales, corresponde al Derecho penal una función de *prevención limitada* de delitos, entendidos éstos como hechos dañosos para intereses directos o indirectos de los ciudadanos. Mir Puig, S. *Limites del Normativismo en el Derecho Penal*, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, núm. 07-18, p. 18:1 -18:24.

<sup>23</sup> RAMOS NUÑEZ, C. *Como hacer una tesis de Derecho*. Lima. Ed. Gaceta. 2000. pp. 76 y ss. Agregamos a esto la notable capacidad que los humanos tienen para imponer funciones a los objetos, tanto a los objetos naturales, cuanto a aquellos especialmente creados para

realidad social sea individual o colectiva; para este método las reglas del Derecho no están recluidas en los códigos como en una vitrina, sino que están operando en la vida diaria, gobernado por los hombre y para conocerlos no basta saber una fórmula<sup>24</sup>. Así, mientras otros métodos de estudio se quedan en la penumbra de la reflexión, buscando la esencia o naturaleza de los conceptos; el método funcional se pregunta por su rol en la sociedad. Mientras el método estructural o dogmático se cuestiona por la esencia del Derecho, por la naturaleza de tal categoría jurídica, sobre la relación de los distintos elementos jurídicos; el análisis funcional se pregunta, cual es la función que cumple el Derecho en esta o en otra sociedad, que finalidad posee tal elemento jurídico<sup>25</sup>; etc. Ahora bien, dentro del Derecho penal, suele haber una confusión de conceptos entre función y fin; -sin pretender terminar el debate- aquí entenderemos por <función a la actividad en proceso ya sea de una persona, organismo o institución y fin es la meta u objetivo a lo que se busca llegar<sup>26</sup>>. La función es el medio con el cual se llega al fin. El fin de la pena es lograr la convivencia social a través del medio (la protección de bienes jurídicos o la estabilización de los valores). El fin eminentemente es valorativo; sin un criterio valorativo, sin un concepto de "deber ser", los datos constatados en el plano fáctico (función) no pueden hacerse operativos en la determinación de lo deseado por el fin de la pena. El fin y la función no son hechos impregnados en la naturaleza de las cosas, sino que son dados por la sociedad en un determinado contexto histórico.

---

ejecutar las funciones asignadas. Así por ejemplo; si entramos a un restaurant no vemos un montón de madera o moléculas o vidrios; sino vemos: sillas, mesas, vasos. Etc. Cfr. SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Trad. Antonio Domenech. Barcelona. Ed. Paidós. 1995.

<sup>24</sup> Así como los fusiles de una armería no debe permanecer en su estante; los artículos de los Códigos son continuamente extraídos de su anaquel para ser uso diario. Un fusil, después de todo hace un buen papel en una armería, aun cuando puede dar un chasco en el momento de usarlo; también las leyes dan chascos y hasta disparan por la culata. Hay que observar las normas vivas, no las normas embalsamadas. (RAMOS NUÑEZ, C. *Como hacer una tesis de Derecho*. cit. p. 78).

<sup>25</sup> Cfr. ATIENZA, M. *Introducción al Derecho*. cit. pp. 54 y ss.

<sup>26</sup> Cfr. PEREZ PINZÓN, Álvaro. *El Funcionalismo en la Sociología actual*. En, *El Funcionalismo en el Derecho penal*, (Coord. Montealegre Lynett) Bogotá, Fondo Universidad Externado de Colombia, 2003. pp. 120 y ss. *Función deriva de fungi, significa cumplir con un deber*. Quiere decir acción propia de una persona, órgano o mecanismo. Es actividad, ocupación, ejecución, cumplimiento, es el proceso que se sigue para cumplir, para desempeñar.

Llevado esta metodología de estudio al derecho penal moderno, el mismo que implícitamente trae un cambio de paradigma epistemológica no se estudia al Derecho penal desde su estructura, es decir desde lo que es; sino que esta pregunta presupone otra, ¿cuál es el fin del Derecho penal? Es decir previamente se debe responder a lo que se busca con el Derecho penal, ¿para que existe? ¿cuál es su función que la sociedad lo demanda? Esto hace que nos encontremos con una metodología teleológico-funcional, y esto no porque a alguien de la nada se lo ocurra, sino que son consecuencias de las nuevas necesidades sociales -que a diferencias de otras escuelas- son más acordes con nuestra sociedad<sup>27</sup>. Lo que se pretende con esta metodología es la introducción de los valores sociales en las diferentes categorías del delito a través de los fines del Derecho penal y al mismo tiempo la racionalización de los mismos<sup>28</sup>. Es la racionalidad valorativa, lo que le da justificación al Derecho penal, esto implica la exigencia de que la actuación del mismo, de que la consecución de los fines decididos, se adecue a una serie de principios de naturaleza deontológica, los cuales se caracterizan por su independencia respecto a la satisfacción de lo resultados. A esto debemos agregar que la metodológica teleológica-funcional no consiste principalmente es describir hechos en el mundo, tarea de otras disciplinas científicas, sino consiste en imputar responsabilidades; vale decir, <el método no es solamente descripción sino también

---

<sup>27</sup> Ahora, en estas sociedades el Derecho penal, entre otras posee, las funciones de: ordenar la sociedad y asegurar la paz, garantiza el ejercicio de los derechos y libertades; promocionar o potenciar la autorrealización del individuo. Pero no cumpliría una función de represión, reprimir (en el contexto del Estado moderno) no sería un fin sino un medio para lograr otras cosas: El orden, la garantía de libertad, etc. Así, pues, los fines de mantener el orden, garantizar los derechos y libertades y promover la autorrealización del individuo deben separarse de las técnicas de reprimir, vigilar y promover, que ni siquiera guardan con aquellos fines una relación unívoca; es decir: la técnica represiva no es la única que cabe usar para lograr el mantenimiento del orden, vigilar no es la única manera de garantizar los derechos y libertades, y promocionar comportamiento no es la única manera de promover la autorrealización del hombre. (MANUEL ATIENZA. *Introducción al Derecho*. cit. p. 66)

<sup>28</sup> La novedad del criterio teleológico-funcionalista en la dogmática jurídico-penal se halla, (...) en la voluntad de racionalizar esa intervención de aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema. Se trata, como antes se ha indicado, de conformar un sistema abierto, analizando además cuáles son los valores de referencia de cada categoría, qué finalidades inciden en la atribución de contenido a cada concepto, qué valores resuelven las colisiones de fines, etc. Todo ello con la pretensión de sentar las bases calculables de la posibilidad de una modificación del contenido real de cada categoría, en función de cambios valorativos o de variaciones en la relación existente entre los fines del Derecho penal y del sistema de la teoría del delito. (Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>º</sup>. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona. Ed. Bosch. 1992. p. 67)

imputación>. La descripción no puede ser, por tanto, el método adecuado para la dogmática penal, sino que esta ha de venir presidida por consideraciones valorativas, por decisiones, las únicas que pueden determinar cómo se ha de estabilizar el sistema jurídico-penal, es decir, cuál es el fin -y los límites- del Derecho penal y, por tanto, qué dirección ha de tomar la aplicación del Derecho penal<sup>29</sup>. Dentro de la teoría del delito – sin polemizar con los nuevos intentos de redefinir el delito- seguiremos a la doctrina mayoritaria con la concepción tripartita del delito.

Es justificado, en el tema que nos ocupa, buscar una solución acorde con la nueva metodología del Derecho penal –como ya se dijo- dejando atrás los criterios meramente ontológicos o subjetivistas; sino que responda a criterios de valoración social. Para no ahondar en la problemática, -como más adelante se desarrollará- consideramos al delito como un comportamiento valorado social y jurídico penalmente en forma negativa; es decir, es la conducta que la sociedad no espera, sino la rechaza. Lo que buscamos enfatizar con esto es la importancia de la sociedad en la definición del delito, tal es su significancia que podría decirse de no existir sociedad no existiría el delito. El delito no es un dato empírico que hay que constatar, sino una conducta que debe imputarse normativamente a una persona<sup>30</sup>. Vale decir, el delito no es una cuestión natural ni ontológica, pues del

---

<sup>29</sup> ALCACER GUIRAO, Rafael. *Facticidad y Normatividad*. cit. p. 217 y ss. Metodológicamente, la facticidad inherente a las ciencias sociales no puede sustituir la argumentación normativa propia del Derecho. La decisión sobre un fin determinado de actuación solo puede obtenerse desde criterios valorativos. Sin embargo, la orientación teleológica asignada a la pena impone a la misma la exigencia de comprobación empírica de la satisfacción de dichos fines. La validación empírica se convierte, por tanto, en un criterio insustituible de legitimación en la discusión sobre los fines de la pena, la cual aporta una importante vía de racionalización en la labor punitiva estatal, racionalización que puede operar asimismo como principio limitativo, ya que la efectividad empírica de los efectos pretendidos debe contrastarse en todos los casos, por lo que una pena que no fuera a satisfacer los fines previstos quedará, por ilegítima, vedada. Mientras que los criterios teleológicos se vinculan a su correspondencia empírica, los principios garantistas, de naturaleza deontológica, no pueden ser deducidos -validados o falsados- del análisis fáctico; por lo que establecer como único criterio de legitimación la satisfacción fáctica de fines -entendidos como fines preventivos frente a acciones delictivas- conlleva el abandono de la referencia a principios, dando lugar a un peligroso pragmatismo utilitarista.

<sup>30</sup> Refiriéndose al tema dice GARCÍA CAVERO: "La teoría del delito es fundamentalmente una teoría de la imputación, de manera que no se trata de hacer una teoría que simplemente defina el delito, sino de establecer los criterios que permitan imputar un hecho a una persona con consecuencias penales. (vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Esbozo general del delito fundada en la persona*. Art. Publicado en el libro "Cuestiones actuales de sistema penal" Lima, ARA editores. 2008, p. 538)

ser no se puede colegir el deber ser, el delito en *prima facie* no es una lesión de un bien aisladamente considerado, sino ésta interpretada en su dinamicidad de relación social. Las precisiones señaladas, nos servirán de guía en el trabajo que nos ocupa.

### **§ I.1.7. Formulación de las Hipótesis.**

#### **§ I.1.7.1. Hipótesis principal.**

Ante la interrogante ¿deben ser considerados como “delito” o indicio de un “delito” las conductas que realizan los miembros de una comunidad étnico-culturalmente diferente que son conforme a sus costumbres, pero contraria a la ley penal? Nuestra tesis es no, estas conductas deben ser consideradas como atípicas por no pasar los filtros de la teoría de la imputación objetiva. Es decir, no poseen relevancia penal.

#### **§ I.1.7.2. Hipótesis secundarias.**

- Existe una estrecha relación entre la metodología de estudio del Derecho penal y el modelo de solución a la que se llega; en lo que a la diversidad cultural se refiere.
- El enfoque metodológico teleológico-funcional (teleológico-valorativo) del Derecho penal resuelve de mejor manera el conflicto denominado como: “Choque de culturas”.

### **§ I.1.8. Antecedentes del problema (investigaciones pre-existentes).**

A la fecha, en el Perú, no existe un trabajo en el que se sistematice y desarrolle con amplitud el fenómeno de la diversidad cultural y su relación con el Derecho penal. Es más los teóricos peruanos no le dan cabida a este tema y prefieren escribir sobre problemas foráneos -no menos importantes-, pero olvidando su realidad. Solo existen algunos artículos en los que sobresalen los profesores Hurtado Pozo y Villavicencio Terreros. Es de mencionar el Anuario de Derecho penal del 2006, dirigido por Hurtado Pozo, en el que recopila una serie de artículos sobre el tema.

En este trabajo hemos utilizado principalmente bibliografía

comparada; entre los que sobresale Colombia. A nivel jurisprudencial, en el Perú, existe una confusión entre los diversos modelos de solución al momento de resolver un caso en concreto, pero sin hacerse aportes teóricos. Es digno de mencionar, las sentencias del Tribunal Constitucional de Colombia en las, últimamente, se están marcando las directrices sobre el tema en Latinoamérica.



## CAPÍTULO II

### DIVERSIDAD CULTURAL, TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DERECHO PENAL.

#### § II .1. Marco teórico: Contextualización histórico-político.

Es preciso referirnos, aunque sea de forma breve al contexto histórico<sup>31</sup>. El racionalismo moderno en el S. XIX ubicó al individuo como núcleo de toda legitimidad jurídica y la legitimidad de toda forma social se basaba únicamente en el libre consentimiento de los individuos, paralelamente en la Economía con la libre oferta y demanda del consumidor racional. Es decir, se revalora en su máxima expresión la autonomía del individualismo<sup>32</sup>. La libertad individual se

---

<sup>31</sup> Una determinada concepción del Estado, trae sus consecuencias en el mundo social, por ende en el mundo jurídico; v. gr. Una concepción teológica del Estado, trae sus propias consecuencias que abundan en la Edad Media; una concepción monárquica o absoluta del Estado, y las consecuencias de ella, la apreciamos en los siglos XV, XVI, XVII y parte del siglo XVIII; una concepción de un Estado liberal y las consecuencias que implica se observa a fines del s. XVIII, durante el siglo XIX y la primera parte del siglo XX; una concepción socialista del Estado, y las consecuencias de esta, se observa en los países que conformaron la ex Unión Soviética y algunos otros países afiliados a su ideología. Sin embargo, históricamente ha quedado demostrado que estas concepciones del Estado, en su propia estructura cavan su destrucción, por los excesos y los abusos contra el hombre y la sociedad que traen. Es así, que después del holocausto de la II Guerra Mundial, se concretiza una nueva concepción de Estado: El Estado social y democrático de Derecho, siendo esta la creación cultural, que por hoy, es concebida como la más idónea organización política y jurídica que han alcanzado las sociedades occidentales. Para MIR PUIG – quien a nuestro entender, es el autor que mejor enlaza el Derecho penal con la concepción de es un Estado social y democrático de Derecho – en forma sintetizada: “*El Estado Social y Democrático de Derecho es una síntesis del Estado liberal y del Estado social (...) Para este autor el Estado liberal y el Estado social se encuentran en una relación dialéctica de tesis y antítesis del cual sale la síntesis el Estado social y democrático de Derecho, donde la intervención del Estado se ve limitado por el Derecho con una orientación hacia una democracia real; en el que el Estado está en la obligación de servir al ciudadano creando las condiciones que permitan a este desarrollarse como ser humano, pero para garantizar el control de tales condiciones deberá ser además un Estado democrático de Derecho*”.

<sup>32</sup> El origen del contenido de este concepto, se relaciona con la ideología liberal que trae cambios económicos, políticos; así mismo con el ascenso de una nueva clase social, la burguesía a finales del s. XVIII e inicios del XIX (Revolución Francesa) apoyados por la permutación jurídica del iusnaturalismo racionalista al positivismo liberal. La nueva clase social por necesidad estructural – pues ya tenía el poder económico, solo le faltaba el poder

constituye como umbral de legitimidad social. El individuo bajo esta concepción teórica, es visto como presupuesto de lo social, y, toda forma de sociedad tiene sentido su existencia si su finalidad está en función del bienestar del ser humano. Sobre esta premisa, la Ilustración europea construyó la idea del Estado-Nación; es decir, el Estado es la nación políticamente organizada<sup>33</sup>. De ahí que se diga que la organización política (Estado) ya no es un fin en sí mismo, sino un fin para otro; el ser humano<sup>34</sup>. Por lo tanto, el Derecho legítimo es aquel que protege lo individual por encima de lo colectivo; lo colectivo solo se puede proteger en la medida que sirva a los intereses individuales. Empero, hay que precisar cuándo se afirma igualdad de los hombres ante la ley, no se predecía que todas las personas eran iguales, sino solo algunos dependiendo de la clase económica y política a la que se pertenecía. En esta ideología, no se tenía en cuenta para nada a

---

político -urge limitar el poder desmedido del soberano con leyes objetivas y para esto se vale del Derecho, y a base de los siguientes principios: imperio de la ley – como característica principal -(entiéndase por ello la sumisión a la ley de todo los poderes del Estado “especialmente del monarca”; y de todos los poderes no estatales, sociales, económicos y de todos los ciudadanos); división de funciones (división de poderes) y el reconocimiento de derechos a los ciudadanos – esto resalta en la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789-. No obstante, esto se lleva al extremo de sostener que la ley positiva puede solucionar los problemas sociales “la ley lo es y lo puede todo”; se le rinde pleitesía a la codificación normativa; mas la historia demostró lo contrario; pronto se comprobó que el Estado de Derecho, con base ideológica del liberalismo; donde el Estado actuaba como un mero observador, dejando que la ley de la oferta y la demanda solucione las dificultades económicas -influencia de la economía clásica-, la libertad individual en lo social, una representación formal en la política; sumado a esto procesos los cambios sociales que se produjeron en el s. XIX determinaron, que el Estado no puede ser un mero arbitro, sino que debe participar activamente en las relaciones sociales, regulando las desigualdades o diferencias sociales. Procesos que se dan en varias legislaciones de forma incipiente, pero sintetizándose en la Constitución de Querétaro de 1917 y en la constitución de Weimar de 1919, donde se sostiene que efectivamente el Estado debe intervenir en la vida de una sociedad. Ello da cabida a una nueva ideología de concepción de Estado, a un Estado social.

<sup>33</sup>Así, HABERMAS: Ciertamente, Hegel, al igual que Aristóteles, está todavía convencido de que la sociedad encuentra su unidad en la vida política y en la organización del Estado. La filosofía práctica de la Edad Moderna sigue partiendo de que los individuos pertenecen a la sociedad lo mismo que a un colectivo pertenecen sus miembros o que al todo pertenecen las partes, aunque ese todo haya de constituirse por la unión de esas partes. Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid. Ed. Trotta. 1998. p. 63

<sup>34</sup> El Estado es algo artificial, creado intencionalmente – *por los seres humanos* – es un simple medio para alcanzar los fines de la humanidad. El Estado es algo transeúnte, contingente, histórico; la sociedad, es El superestatal y permanente. El estado vale como medio, la sociedad como fin, como objetivo autónomo y final. (Véase DÍAZ Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid Ed. TAURUS, 1998. p. 90 y ss.) También véase: GARCÍA AMADO, J. A. *Dogmática penal sistémica? sobre la influencia de Luhmann en la teoría del delito*. En DOXA (Versión electrónica) 2000.

las comunidades étnico-culturalmente diferentes, eran concebidos como no existentes; basta leer la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 para percatarse de esto, (no existen ningún artículo que refiera a la diversidad cultural) Sin embargo, no puede dejarse de reconocer que las premisas mencionadas ya son un avance, para una nueva ideología –que vendrá después- en que los Estados se constituirían teniendo como base la dignidad humana; esto amerita el reconocimiento del derecho a la identidad y como consecuencia la diversidad cultural.

Después de la II Guerra Mundial se extiende la idea que la mejor forma de organización política es el Estado social de Derecho. Así, la Constitución de Bonn es la primera en reconocer que Alemania se constituía como un Estado federal, democrático y social, siguiendo esta orientación la Constitución española años después se calificará como un Estado social y democrático de Derecho con lo que se muestra una tendencia a concebir al Estado como un medio para garantizar las condiciones reales, con el cual el hombre pueda desarrollarse adecuadamente; concibiéndose a la democracia no solo como la posición jurídica del ciudadano frente al Estado, sino que incluye otros ámbitos de la vida –principalmente económica, pues sin una auténtica democracia económica no podría hablarse de una verdadera democracia política -, en el que el hombre sienta que es parte de su vida y participe activamente en las decisiones políticas. Si de imperio de la ley se trata, también las dictaduras modernas podrían alegar esto y legislar sus voluntades y hacerla cumplir mediante cualquier medio, incluso el terror; la diferencia del imperio de la ley en un Estado democrático tiene sentido siempre y cuando ese imperio sea producto de la voluntad popular, es decir creada desde la libre participación y representación de los ciudadanos, solo así puede tener facticidad y validez una norma. El Estado está obligado de proteger a los débiles a través de los tribunales y ante los fuertes tiene el deber de vigilar para que el abuso de su libertad no sea carga de otros. Se parte, no de una igualdad meramente formal ante la ley, sino que se busca llegar a una igualdad material de los hombres. Mientras que las leyes de la economía clásica confiaban en la justicia inherente a las leyes del mercado y en la búsqueda de un

beneficio individual, el Estado social y democrático de Derecho adopta un papel activo en la economía con la finalidad de alcanzar una justicia social, pero al mismo tiempo está regulado por un control democrático de los ciudadanos. Si en el Estado de Derecho el individuo era el núcleo y el Estado tenía su razón de ser, si era un medio al servicio del hombre; en el Estado social se le da mayor jerarquía al Estado, tanto así que se podían sacrificar intereses particulares por el bien de la sociedad; en un Estado social y democrático de Derecho, se concibe que el Estado, el Derecho y cualquier creación cultural, está al servicio del hombre<sup>35</sup>, pero al mismo tiempo el hombre tiene su razón de ser solo en sociedad; de ahí que se vele por el bienestar del ser humano, pero en sociedad. Por ello, hablando en el lenguaje de Hegel se afirma, que si el Estado de Derecho es la tesis, el Estado social la antítesis; el Estado social y democrático de Derecho será la síntesis. De otro lado, el Estado debe ser respetuoso y garantizador de los derechos fundamentales los cuales incluyen a la identidad cultural y es respeto por la diversidad cultural, esta idiosincrasia no tardó de plasmarse en las constituciones políticas y tratados internacionales sobre derechos humanos. Así por ejemplo, a nivel internacional tenemos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos o al Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Este nuevo paradigma constitucional no tardó en repercutir en lo penal, pues era contradictorio reconocer el derecho a la identidad cultural y seguir penalizando conductas que reflejaban esta identidad.

Mientras eso ocurría en el plano político, la Sociología iba delimitando su objeto de estudio, primero y expandiendo su campo de estudio, después. El avance de esta disciplina científica y los resultados de la misma no se hicieron esperar, tan es así, que actualmente la Sociología ha quitado terreno de estudio a la Filosofía en lo que al Derecho se refiere<sup>36</sup>. Tanto, que en hoy en día es normal que se hable

---

<sup>35</sup> Por ejemplo nuestra Constitución en su artículo 1 dice: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

<sup>36</sup> Refiriéndose al tema señala, HASSEMER: "Desde los tiempos de esplendor de la Filosofía alemana, es decir, desde la época del Idealismo y la Ilustración, existen estrechas relaciones entre Filosofía, Filosofía del Derecho y Derecho penal. Pero estas relaciones se han ido debilitando poco a poco en este siglo, a partir del momento en que la Filosofía del Derecho

de una análisis sociológico del Derecho, lo que antes no existía. Es así, que en el Derecho penal, para hablar de sus fundamentos, de su finalidad, de su función, etc.; ya no se recurre a la Filosofía, no al nivel como se hacía años atrás. Sino que a partir de del S. XX – como se dijo- de a poco ha ido ganando terreno la Sociología y no cualquier Sociología, sino la sociología predicada por Durkheim, Parsons, Luhmann y en menor medida la de Habermas<sup>37</sup>. Un ejemplo de la influencia de las ideas funcionalistas, es que el Derecho penal ya no es concebido como una convivencia de individuos libres y plenamente dotados, sino por su función social de mantener las normas básicas de convivencia. En este contexto, es de aceptación general que el delito no es, en última expresión, un enfrentamiento entre individuos o grupos por sus intereses o que haya superado el riesgo permitido, como lo dice la imputación objetiva.

En esta investigación se tomará las ideas de uno de los pensadores más lúcidos del S. XX, el Prof. J. HABERMAS; -parte de nuestra meta es llevar las ideas de este autor al Derecho penal- principalmente la teoría de la acción comunicativa y de las premisas: validez y facticidad de las normas jurídicas; como dice este autor: En la teoría del derecho disputan entre sí sociólogos, juristas y filósofos acerca de la adecuada articulación de la relación entre la facticidad y la validez; y según sea la posición que se adopte, respecto a esta relación se llegará a premisas distintas y a estrategias teóricas distintas<sup>38</sup>. La relación entre la validez fáctica de una norma y su legitimidad es el único camino de justificar el derecho positivo. El

---

ha sido, en cierto modo, superada por sus herederas, la Teoría y la Sociología del Derecho". HASSEMER Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*. Bogotá. Ed. Temis. Trad. Francisco Muñoz Conde. 1999. p. 1. Así mismo, en Doxa; Cuadernos de Filosofía 2 semestre, 1990. En este mismo sentido, también el derecho empezó a enseñarse en otras disciplinas como la Psicología y la Sociología, es decir habrá una simbiosis de disciplinas, véase en extenso MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Metodología y Derecho penal*. 2 ed. Granada. Fondo Universidad de Granada. 1991. p. 211 y ss. También en extenso, sobre la evolución de las principales escuelas en el Derecho penal: MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2da. Ed. Montevideo y Buenos Aires. Ed. IBdeF, 2002. Véase sobre todo el Tercer capítulo.

<sup>37</sup> Aunque actualmente, empiezan aparecer estudios sobre el Derecho penal, que tienen como base la sociología de HABERMAS, pero aún distan mucho en comparación de los otros modelos de sociologías. Es un trabajo pendiente, la concretización de la Teoría de la acción comunicativa.

<sup>38</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso*. Introducción y notas de Manuel Jiménez Redondo. Madrid. Ed. Trotta. 1998. p. 94 y ss.

modo de validez del derecho la facticidad de la imposición del derecho por parte del Estado se entrelaza con la fuerza fundamentadora de la legitimidad que caracteriza a un procedimiento de producción del derecho<sup>39</sup>. La validez de las normas jurídicas está condicionada a su legitimidad social. La validez social de las normas jurídicas se determina por el grado de "imposición", es decir, por la aceptación que cabe esperar en el círculo de los miembros de la comunidad jurídica de que se trate<sup>40</sup>. La validez social y el seguimiento fáctico de las normas varía con la fe en su legitimidad por parte de la comunidad jurídica, y esa fe se apoya a la vez en la suposición de legitimidad. Otros factores como la intimidación, el poder de las circunstancias, los usos, las costumbres habrán de encargarse de estabilizar sustitivamente un orden jurídico con tanta más fuerza cuanto menos legítimo sea éste o en todo caso cuanto menos sea éste tenido por legítimo<sup>41</sup>. Esta interna conexión entre facticidad de la imposición del derecho y la legitimación del proceso de producción del derecho, que es la que funda la validez, significa una hipoteca para los sistemas jurídicos, los cuales tienen por función liberar de la carga de la integración social a las operaciones de entendimiento de los actores que actúan comunicativamente, operaciones que de otro modo quedarían sujetas a exigencias excesivas<sup>42</sup>. En el tema de la diversidad cultural ¿son legítimas las normas jurídicas que adjetivizan conductas cotidianas?

## **§ II.2. La diversidad y la pluralidad socio-cultural como objeto de estudio social y jurídico.**

En términos generales, la realidad de la "diversidad étnico-cultural", como mayoritariamente se lo denomina o "pluralismo étnico cultural", como lo llaman otros a la diversidad cultural; expresa la convivencia en un espacio social de varios colectivos sociales distintos entre sí, diferencia y diversidad que se manifiesta por elementos étnicos y culturales que distingue a cada uno de esos colectivos y que los hace peculiares, diversos unos de otros y de todos entre sí. Esta diversidad

---

<sup>39</sup> HABERMAS. op. cit. p. 90

<sup>40</sup> HABERMAS. op. cit. p. 92

<sup>41</sup> HABERMAS. op. cit. p. 92

<sup>42</sup> HABERMAS. op. cit. p. 96

puede originarse, ya sea por colonización (parte de nuestra historia hasta hace algunos años) o inmigración (como lo es en la modernidad). En la colonización<sup>43</sup> existe un colectivo social de cultura nativa, que hace de sociedad receptora, respecto de otra cultura –el colectivo foráneo-, se inserta en términos de fuerza y de conquista, es decir, hay una imposición de una sociedad sobre otra, es lo característico de la diversidad cultural originados en la sociedad Latinoamericana. Por otro lado, la inmigración es un fenómeno moderno; en la que no hay un traslado de una sociedad entera; sino de personas o grupos que se insertan a otras sociedades, donde estas últimas hacen de receptoras y son quienes imponen su cultura, es la característica de la diversidad cultural en las sociedades europeas. La inmigración, hoy en día, ocasiona un sinnúmero de problemas<sup>44</sup> de

---

<sup>43</sup> Existen procesos de "colonización", en donde la cultura nativa es la que se subordina a la foránea puesto que ha sido "colonizada", ya sea por procesos de "conquista" o "invasión". Es decir, la cultura foránea se proclama superior en los términos formales y oficiales de validez y eficacia de sus normas y determina a la cultura nativa bajo una relación de dominación y, muchas veces de discriminación. Existe también aquí, un sustrato conceptual de "minorías", esta vez respecto de los colectivos de culturas nativas. Basta recordar los procesos históricos relativos al "descubrimiento de América" y los problemas sociales y económicos que le dieron origen (la crisis alimentaria que vivía Europa en las postrimerías de 1492), o como sucedieron los hechos a propósito de la colonización inglesa en América del Norte, producto de la búsqueda de espacios de libertad religiosa y económica por parte de los primeros colonos. Sin embargo, los procesos fueron diferentes, aquí la sociedad receptora, más débil que la foránea terminó siendo subyugada, colonizada por quienes inmigraron a sus tierras, aniquilándolas progresivamente, absorbiéndolas o condenándolos a "reservas indias" (como es el caso de los indígenas norteamericanos). Es el caso también del continente africano.

<sup>44</sup> Esto no quiere decir, una determinación del problema criminal a partir del problema de la inmigración; en el sentido de establecer una regla positiva causal entre inmigración y delito. Problema que le son comunes a las grandes urbes receptoras de migración, como lo han sugerido algunos estudios en Norteamérica<sup>44</sup>, sino al contrario. Es decir, que el problema del estatus, productor de criminalidad, a partir de la correlación entre el factor migratorio y otros factores como el de el desarraigo sociocultural, la marginalidad social y los diversos problemas de inserción socioeconómico del que adolecen los sectores inmigrantes en las sociedades receptoras de inmigración. A su vez, de los problemas de marginalidad y adaptación sociocultural de las minorías tanto en las sociedades receptoras como también en aquellas que sin serlas (receptoras), reproducen estos problemas de inserción producto de la dominación cultural producto de los fenómenos de colonialismo en que se ven inmersas las sociedades latinoamericanas. Finalmente, los problemas de delictividad de los sectores de minoridad cultural se deben a problemas de socialización contra lo que se establecen políticas discriminadoras, violatorias del principio de igualdad y a la integración social como derecho fundamental al libre y adecuado desarrollo de la personalidad como expresión del respeto a la persona humana y su dignidad. Una integración necesaria y que incluya políticas, a su vez, respetuosa de la pluralidad cultural sin etnocentrismos ni posturas degradantes de la condición digna de la persona humana. Integración con respeto de la diferencia y no un culto a la diferencia absoluta, como lo sugieren algunos sociólogos del derecho en Latinoamérica para quienes el respeto de las minorías étnico-culturales significa reconocer "otro derecho" sin conexión con el derecho oficial. Las soluciones desde esta perspectiva deben llegar de la mano de interpretaciones, insistentes, integradoras pero con respeto a las minorías étnico-culturales. Desde una política criminal de funciones integradoras

adecuación en la conformidad social y al conjunto de normas que regulan las relaciones sociales de la sociedad receptora. Empero, en la práctica, la relación entre las culturas el nativo y el inmigrante, es una relación en principio desigual; que califican justamente su estatus de "minorías"<sup>45</sup>.

El indígena o nativo, en este proceso de integración es quien en todo sentido sale perdiendo, ya sea en la colonización, en el cual es el grupo social del espacio receptivo más débil y se ve sometido culturalmente, tanto por el hecho de una sumisión a las reglas y normas del grupo invasor-colonizador<sup>46</sup> como a los diversos usos sociales formales e informales de la cultura dominante. En el segundo caso, de la "inmigración", el grupo social del espacio social receptor es el más fuerte que el inmigrante pretende insertar, debiéndose someterse a la cultura de la sociedad dominante. Se desprende por lo tanto, que si bien es cierto los "procesos de pluriculturalización" son similares tanto en uno como el otro (invasión-colonización/ migración), pero discurren por caminos diferentes para llegar a tal consecuencia.

---

y no al revés. Más rechazables entonces resultan las políticas criminales de integración con un fondo discriminador y etnocentrista, irrespetuoso de las diferencias y sin ninguna consideración por las minorías, conforme creo se han venido dando en muchos países de Latinoamérica.

<sup>45</sup> Según los últimos datos europeos, Austria representa el país con un porcentaje del 12.1% sobre su población total. Alemania le sigue con un 9%, luego Francia e Italia con un aproximado del 6,3% y 8%, respectivamente y España con un aproximado del 1,5 % sobre su población total. Estos datos, sin duda representan sólo el porcentaje de las poblaciones inmigrantes en condición de legalidad siendo el total, con la cifra negra incluida, mucho mayor, casi impredecible.

<sup>46</sup> Demográficamente explicada, la morfología social de América latina, incluido Norteamérica (México, USA y Canadá) se expresa de la siguiente manera: al año 1995, por ejemplo, del 100% de la población americana, esto es de 720'647,000 habitantes; 36'224,933 son nativos o provienen de estratos culturales nativos. Esto es, que la población nativa representa al ciento por ciento, el 5,03% de la población total americana. Obviamente esta realidad, expresada en términos porcentuales es relativamente baja, para una población continental como la contenida en América. Sin embargo, esto no así en el caso de los países directamente vinculados con el colonialismo español, que van desde México hasta Argentina. Así, el caso de Guatemala, Bolivia y Perú resaltan por su elocuencia. Guatemala, posee de un total de 10'300,000 son indígenas 4'945,511 -48,01%-; Bolivia posee de un total de 8'200,000 habitantes, 4'142,187 son indígenas -50.51%- (entre andinos y amazónicos); Colombia, de un total de 35'600,000 habitantes, 620,000 son indígenas -1.74%-; Perú, de un total de 22'900,000 habitantes, 8'793,298 son indígenas -38.39%-. (Cfr. MATOS MAR, José. *Población y grupos étnicos en América*. 1994, en, *América Indígena*. México: Instituto indigenista americano. N° 4, (oct-dic) 1993. Págs. 156-242. Una opinión similar la expresa BERGALLI, aunque sin mucho tino estadístico y rigurosidad demográfica, al señalar que del 100% de población india en América Latina, el 90% de ella se encuentran en Perú, Bolivia, Guatemala, México y Colombia. (Cfr. BERGALLI, Roberto. *Criminología en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1972. Pág. 30 y ss).



En los primeros se llega a tal por intermedio de la "violencia" ya sea esta "absoluta" como en el caso de la "invasión", o "relativa" como es en el "colonialismo". En cambio, en los "procesos migratorios", tal "pluriculturalidad se alcanza no por el ejercicio de la "violencia física" del país dominante, sino por una especie de "violencia cultural", pues son las manifestaciones del país receptor muy "influenciables" que llegan a determinar los comportamientos de los demás sujetos. Ante ello dos son las opciones: una mayor diferenciación o una integración social del culturalmente débil. Las dos salidas tienen innumerables problemas.

Sin embargo, esto no es todo, cuando se habla de diversidad cultural, se habla también del fenómeno de coexistencia de diversas culturas en un mismo país. Los países del África como América Latina son países <políticamente unitarios>, pero <culturalmente diversos<sup>47</sup>>. En estos Continentes, la mayoría de países, por no decir todos, internamente están constituidos de una diversidad de raigambre cultural; y en muchos de ellos según estadísticas, son cerca de la mitad de la población. Es una realidad que no se puede negar. Es una realidad con la que se debe enfrentar día a día la Teoría General del Derecho y en lo que le corresponde al derecho penal latinoamericano; ya sea tratando de adecuar, interpretar y porqué no de construir herramientas teóricas, que vayan desde axiomas hasta las cuestiones de practicidad con la finalidad de ayudar en el quehacer diario de los ejecutores del Derecho, teorías que tenga en cuenta la premisa que no existen culturas superiores ni inferiores, sino solo culturas diferentes; es esencial para estos efectos, el instrumento canalizador que supone una propuesta jurídica –en especial las de orden penal- en relación a los problemas antes indicados evitando el trato de *desviación socio-delictiva, desarraigo y marginalidad social*.

### **§II.3. Diversidad cultural y Derecho penal: Necesidades político-criminales de una construcción teórica teleológica- funcional en el sistema penal de las sociedades étnico-culturalmente minoritarias.**

---

<sup>47</sup> Si bien, en estos Continentes, la primera diversidad cultural surgió debido a la colonización, por ejemplo las invasiones propias de los siglos VI, XVII y XVIII, son estos, actualmente quienes han asumido el poder político y económico y establecido un país políticamente unitario en una geografía delimitada, pero con una diversidad cultural.

La historia nos enseña que, la diversidad cultural, específicamente las culturas minoritarias, visto desde el Derecho penal, se torna en un rechazo mayoritario algunas veces de "intolerancia" "marginación" y un "etnocentrismo" disfrazado bajo estructuras ideológicas políticas, sociales, legislativas y de orden criminal, despectivo. Situación ésta, que aún hoy en pleno S. XXI es latente en nuestra sociedad; ejemplos de ello son los tratamientos que los Código penales daban y dan a este aparente problema. Asimismo, tenemos alterativas de solución, en donde se llega a tratos discriminatorios como lo es la calificación de inculpabilidad por razones de "inimputabilidad" y/o "error" fundadas, ambos casos, como más adelante se demostrara, en cuestiones de *incapacidad de comprensión del injusto penal por motivos culturales*. En definitiva, estableciendo una especie de discapacidad mental producto del solo hecho de la pertenencia a otra cultura ajena a la occidental y a cuya lógica no se adscriben. Esto ha sido y aún es práctica actual en los códigos penales de sociedades de pasado colonial y que cuentan con la existencia permanente y actual de miles de comunidades étnicas o aborígenes (por tanto culturalmente diversas) ya sea andinas o amazónicas (en el caso latinoamericano -boliviano, colombiano, ecuatoriano y peruano-). A nuestro entender, dos son los puntos de partida, que se deben redefinir para llegar a una solución más asequible y razonable:

- a) Un cambio de paradigma ideológico; esto incluye una nueva concepción de teoría del Estado. Se debe partir de la concepción que todos los seres humanos somos iguales, pero este reconocimiento no debe ser solo teórico, sino que se debe plasmar en factores prácticos del vivir diario. De la aceptación de la igualdad del género humano, viene la consecuencia necesaria - ya que no todos profesamos la misma cultura, los mismo valores - que nuestras expresiones culturales son ni superiores y ni inferiores, sino diferentes. Y, que todos tenemos la libertad de expresar y conservar estos valores; sin que otra cultura, que no sea la nuestra, nos reproche si infringimos algún deber configurado. Este primer paso ya se ha dado - aunque de forma relativa, en decir en

teoría pero muy poco todavía en el práctica-, basta estudiar las premisas del Estado Constitucional, la Declaraciones Internacionales sobre Derecho Humanos y las Constituciones de los distintos países occidentales<sup>48</sup>; para percatarse que todas las constituciones políticas consideran como un derecho fundamental el derecho a la dignidad, el derecho a la identidad y el derecho a que cada sociedad mantengan su cultura sin importar el contenido de esta.

- b) Una vez sentado las bases de un Estado Constitucional y con la concepción que ello incluye; se debe intentar elaborar nuevas teorías que sean compatibles con las premisas constitucionales. Una vez reconocida dicha diversidad, queda en manos de los actores estatales el desarrollar una interpretación que consolide el modelo jurídico pluralista y no realice la construcción de un *falso pluralismo*<sup>49</sup>. En esto hay que ser claros, toda disciplina científica está en evolución, dado la continua investigación de los teóricos, los mismos que responden a las nuevas necesidades de la sociedad. El Derecho penal siendo reflejo de esta sociedad<sup>50</sup> no puede quedarse estancado, por el contrario, tomando, -de ser necesario- conceptos de otras disciplinas científicas

---

<sup>48</sup> Por ejemplo, artículo 6 de la DD.HH. dice: "*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.* artículo 7. *Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.* La Convención interamericana sobre Derechos Humanos, en su artículo 24. *Igualdad ante la Ley Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.* La Constitución Política del Perú, en su artículo 2.19: "*A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación*", en su artículo 89, dice "*El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas*", en su artículo 149, señala: "*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*".

<sup>49</sup> FRANCIA SÁNCHEZ, Luis E. *Criminalización de la Pluralidad Jurídica: ¿Es el Acuerdo Plenario un avance en el desarrollo del art. 149 de la Constitución?* LA FACULTAD JURISDICCIONAL DE LAS RONDAS CAMPESINAS: La Rosa Calle, Javier Ruiz Molleda, Juan Carlos (editores) Fondo Instituto de Defensa Legal IDL Lima. Lima, setiembre de 2010. P.

<sup>50</sup> El derecho no es más que una construcción de la inteligencia de la mente humana, para satisfacer algunas necesidades. Véase FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho y Persona*, 2º ed. Ed. Normas legales S. A. Trujillo-Perú, 1995. Así mismo, BUNGE, Mario. *El derecho como técnica social de control y reforma*. En DOXA N° 13/octubre 2000.

como la Sociología, debe elaborar teorías que nos lleven a una solución de un problema determinado conforme con las premisas del Estado Constitucional. Esto es tarea continúa de la Dogmática penal.

En este orden de ideas, una interrogante que siempre ha transcurrido por la mente de varios juristas es la siguiente: ¿qué relación guarda el Derecho con la Sociedad? ¿son interdependientes o cada uno de ellos se “comprende” de manera autónoma? Entre derecho y sociedad existe una “interrelación”; pues el Derecho no es más que un segmento de la realidad social. La realidad social en su devenir va generando valores, los cuales van definiéndose, moldeándose e integrándose a la sociedad como una “entidad”. Estos valores son forjados no por la decisiones de un legislador (esto es sólo la consecuencia –legitimidad externa-), sino por los procesos dialécticos que se dan en el seno de la sociedad, entre seres humanos (legitimidad interna). Son estos últimos –en sus procesos de interrelación- que van fundando nuevos contenidos en los valores. Hoy en día, nos muestra procesos de relación muy distintos a siglos anteriores, por lo tanto existirán diferentes contenidos e incluso nuevos valores que delinearán los nuevos límites de la sociedad y la forma de comprender su orden social. El contexto actual nos señala que los procesos de relación se dan en un “sistema de libertades”, ¿cómo entendemos esto? que valores como la libertad y la dignidad son los patrones principales en los procesos de comunicación entre los partícipes. Ambos valores son las bases para la construcción de todo un sistema jurídico, pues aquellos se entienden dentro de la sociedad y no fuera. Ahora bien, los valores como la libertad y dignidad delinear las bases de un sistema jurídico, se desprende que los valores como el “pluralismo” y la “tolerancia” se interpretaran en atención de aquellos. Tanto el pluralismo como la aceptación del mismo son entendidos como valores que expresan libertad, pues tanto el uno como el otro permiten la “convivencia mínima entre libertades”. Vivir en un sistema de libertades no es existir bajo una sola moral, religión, ideología, etc.; sino todo lo contrario, es integrar todas aquellas formas distintas de observar la realidad a la luz de los conceptos de cada sociedad. El vivir es muy distinto al convivir, no es lo mismo el existir que

comprender la coexistencia. Por lo tanto, siendo el "pluralismo" y la "aceptación" expresión de los valores de la sociedad (libertad); tienen que ser garantizados (Derecho constitucional) y reestabilizados en caso de lesión (Derecho penal) de manera jurídica. De todo esto se desprende, que siendo estos valores expresión del orden social actual, lo jurídico no puede obviarlos en sus contenidos, por ende, el problema de la diversidad cultural no puede tener una salida moral, religiosa o política, sino jurídica, pero dentro del marco del Estado constitucional.

Queda como énfasis que la "*libertad*" sólo es comprendida dentro de la sociedad y no fuera de ella, esto es, en los procesos de interrelación entre los partícipes sociales. Surge la pregunta: ¿un sujeto condicionado por una cultura que comete un supuesto delito visto desde la ley penal, ha sido producto de la configuración de su libertad? ¿o son otros factores –ajenos a su libertad- los que han intervenido en ese proceso de autoorganización propia que hacen de su conducta irreprochable? La única respuesta es que la persona condicionada culturalmente, al igual que todos los ciudadanos, es un ser libre y responsable; es decir no sólo administra sus esferas de libertad de manera libre, sino que también, a estos procesos de autoorganización de sus esferas de libertad se les reconoce un ámbito de responsabilidad, pero dentro de su sociedad: ya sea como conforme o ajeno a derecho. En cuanto, la administración de su libertad sea conforme a su Derecho –sus normas, sus costumbres- esta persona no se habrá organizado defectuosamente y como consecuencia no es objeto de reproche por su sociedad, y mucho menos debe serlo por la sociedad occidental dominante.

Por las razones antes expuestas, amerita un cambio de perspectiva al analizar el problema desde el Derecho penal. El Derecho penal no puede estar ajeno –como se dijo- a los cambios culturales y avances científicos que experimenta la sociedad. Se debe buscar la orientación hacia un sistema en el que se tenga en cuenta principalmente los valores dialécticos e históricamente generados, los cuales deben ser interpretados con un criterio teleológico-funcional. Asimismo, teniendo como base el irrenunciable avance hacia la universalización de los Derechos Humanos y el reconocimiento de la

sociedad moderna como un mundo pluricultural en donde no existe un perfil de pensamiento si no una confluencia de fragmentos socio culturales, que se aleja de la concepción unitaria de "naturaleza humana", dando lugar – en todo caso esto es la orientación – en la cultura accidental a la consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad étnica y cultural. Los Estados, entonces, deben de acoger la existencia de comunidades tradicionales, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su propia identidad, no como "ciudadano" en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial delimitada, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. Esta orientación ideológica, debe ser concretizado con nuevas teorías desde las diversas disciplinas jurídicas que aporten nuevas soluciones compatibles con los ordenamientos constitucionales, para que estos no se queden solo en el deber ser, sino que se concreten en el ser de la sociedad. En esta tarea se encuentra el Derecho penal.

#### **§II.4. Posturas políticas-jurídicas frente a la diversidad cultural: El exclusionismo, el preservacionismo y el integracionismo.**

Tres han sido las hipótesis que han imperado en Latinoamérica y algunos países del orbe –con similares problemas de diversidad étnica y cultural-. Hipótesis que responden a la siguiente interrogante: *Qué hacer con las personas que pertenecen a sociedades culturalmente minoritarias, pero que geográficamente se ubican dentro del territorio con el dominio político de un determinado Estado.* Y más aún cuando el nativo que por cuestión de su cultura sus conductas son subsumibles en un tipo penal, concebido como delito por la ley penal de la cultura oficial *¿se debe considerar como una conducta delictiva?*<sup>51</sup>

**a. El exclusionismo.** Postura que sostiene que se debe excluir a todas las culturas nativas del sistema normativo por lo minoritario que son, debido a su inferioridad, por su irrelevancia para la cultura dominante y por su intrascendencia en el ámbito político y económico o por otras razones si se quiere. Estas sociedades no tienen existencia para el ordenamiento jurídico. Hay que cerrar los ojos ante estas culturas. El

---

<sup>51</sup> Cfr. BENITES N., Hernán Darío. *Tratamiento jurídico penal del Indígena colombiano. inimputabilidad o inculpabilidad?* Bogotá: Temis, 1988, pp. 164-177.

Estado político es monocultural. Es decir, según esta tesis se les debe negar todo reconocimiento jurídico debido al avance de la cultura occidentalizadora y la sucesiva disminución de las culturas nativas. Esta postura fue defendida en los años – en América Latina- de iniciación de la vida republicana; vale recordar que esos tiempos las sociedades minoritarias no tenían reconocimiento político. Basta con revisar la legislación de aquellos tiempos para corroborar que no se hace mención alguna a la diversidad cultural. En la actualidad, esta postura, ha sido olvidada por negar la realidad y por lo notoriamente discriminatorio que resulta ser. Detrás de esta tesis está un falso evolucionismo biológico.

**b. El preservacionismo.** Tesis defendida por Gladys YRURETA, entre otros, es calificada por la autora como solución “directa y total”<sup>52</sup>. Según esta posición:

1. Los grupos humanos no integrados a la civilización occidental no deben ser excluidos ni regidos por las leyes ajenas a su cultura, elaboradas por la cultura “occidental” en base a esquemas culturales en el que no ha participado las comunidades minoritarias (aborígenes, nativos, indígenas). Por el contrario, lo único que se debe hacer *es reconocer esa normatividad aborígen como verdadero “derecho”, y debido a su probada eficacia, darle el reconocimiento como tal por el Estado*<sup>53</sup>. En otras palabras, cuidar de ellos.
2. Dichos grupos humanos *no deben ser sometidos a la Jurisdicción del Estado que les domina*. En esta perspectiva, se explica que *se deben crear jurisdicciones especiales a cargo de las comunidades nativas*. Esta opción fundamenta a la vez, una postura pluralista del Derecho explicada en base a la existencia

---

<sup>52</sup> Vid. YRURETA, Gladys. *El indígena ante la Ley Penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1981, pp. 116-117. “Como consecuencia –una de las primeras soluciones que plante esta autora- consiste en que la sociedad dominante reconozca como vigentes y válidas las normas de conducta social y de las sanciones que imperen en los grupos aborígenes, y permite que ellas sean aplicables por los mismos órganos que tienen establecidos para tal efecto”.

<sup>53</sup> En el Perú una posición similar ha sido esbozada, en términos de estructuración de un sub-sistema penal, por FOY VALENCIA; aunque de modo limitado para los “indígenas” amazónicos (Cfr. FOY VALENCIA, Pierre. *Bases para un sub-sistema penal aplicable a nativos. Fundamentos para el juzgamiento penal a indígenas amazónicos*. Tesis (Bach). Lima: PUCP, 1987. pp. 56 y ss).

de un sistema normativo distinto al occidental (otro derecho)<sup>54</sup>. En una frase "un dejar hacer y un dejar pasar". Es decir, autonomía plena.

**c. El *Integracionismo*.** Una tercera postura –visión eclética - lo constituye la corriente *integracionista con una visión occidentalizadora*. Según esta tesis, se tiende a una asimilación paulatina de la cultura nativa respecto de la occidental y viceversa, pero respetando en lo posible la diversidad cultural. Esto es, la cultura occidental absorbe occidentalizando a la cultura nativa sin ninguna coacción de por medio ya sea que las sociedades nativas se integren al marco de socialización occidental, o, que las sociedades occidentales lleguen a las nativas a modo de buscar una sociedad plena. Y viceversa, que las sociedades nativas al integrarse mantengan su identidad cultural si prefieren. Cabe señalar que este encuentro de culturas no es forzado ni intencionado, sino se da por las reglas de la sociedad y de la historia. Así, se mantiene la vigencia de las particulares reglas de conducta social dejando que las culturas minoritarias impongan sus propias formas de control social, siempre y cuando estas no vulneren derechos fundamentales<sup>55</sup>. Para este sector de la doctrina, el Derecho penal sustantivo sirve como filtro de tolerancia de última ratio. Es decir, que el Derecho penal se encargará de valorar de acuerdo a sus categorías occidentales el comportamiento del indígena, en tal sentido las legislaciones deben

---

<sup>54</sup> En el Perú esta postura ha sido defendida por Raquel Irigoyen Fajardo, Patricia Urteaga Croveto y Antonio Peña Jumpa, principalmente (Cfr. YRIGROYEN FAJARDO, Raquel. "Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución peruana: Alcances, límites, consecuencias y retos", en, *Desfaciendo Entuertos*. Lima: CEAS, octubre de 1994, pp. 19-26.; "Alcances, límites, consecuencias y retos. 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, *Desfaciendo entuertos*, CEAS. Lima, 1995.; URTEAGA CROVETTO, Patricia. "Pluralismo legal y semi-autonomía", en, *Desfaciendo entuertos*: Lima: CEAS, octubre-1994, pp. 15-19. PEÑA JUMPA, Antonio. "La otra justicia: a propósito del artículo 149 de la constitución peruana. Pluralismo jurídico en el Perú", en, *Desfaciendo entuertos*. Lima, 1994, pp. 11-26).

<sup>55</sup> BENITES N., Hernán Darío. *Ob. Cit.* p. 166. Este modelo sigue nuestra Constitución Política en su 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 Derecho Penal sólo juzgará a los nativos cuando sus acciones pese a ser de acorde a su cultura vulneran Derechos Fundamentales de la persona.



normar sobre materia de diversidad e integración social proscribiendo todo trato discriminatorio. Normativización que deberá atender a un reconocimiento implícito de derechos y garantías que la Ley y la Constitución reconocen por efecto del marco y modelo Constitucional de Estado del que parte y donde finalmente se asienta el sistema penal. Esta postura se sustenta claramente en base a dos instrumentos internacionales como son el informe de la Conferencia Internacional sobre discriminación contra las poblaciones indígenas en América (Suiza, 1977) y el Convenio OIT/107 (actualizada al Convenio OIT/169 artículo 8 inc. 2)<sup>56</sup>.

Este modelo es seguido actualmente en Latinoamérica y son propios de aquellos países en donde no existe una jurisdicción especial absoluta sino sólo parcial o relativa. Así, el artículo 149° de la Constitución Política del Estado peruano, al igual que ella, la Colombiana (artículo 246° de su Constitución) el art. 191 de la Constitución Política del Ecuador; entre otros.

---

<sup>56</sup> Dice el artículo 8, 2 del 169 de la OIT: "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 (...)"

## SEGUNDA PARTE

### DIVERSIDAD CULTURAL, TEORÍA DEL DELITO Y PRÁCTICA LEGISLATIVA EN AMÉRICA LATINA.

#### CAPÍTULO III

#### POSTURAS TEÓRICAS DESDE EL DERECHO PENAL FRENTE A LA DIVERSIDAD CULTURAL

##### § III.1. Diversidad cultural y teoría del delito: Modelos de solución en la Legislación Latinoamericana.

La comunidad latinoamericana, es en su mayoría un conjunto de países erigidos políticamente sobre una pluralidad de naciones; y su diversidad pluricultural consiste en un conflicto intrasistémico, porque son generados desde dentro de los países. Existen sociedades precolombinas que viven en los Andes y en la Selva, sociedades que pese a la invasión cultural del imperio español y de la influencia cultural actual aún mantienen sus propios patrones culturales; esto es una realidad innegable. Ahora bien, en el marco de la teoría del delito, existen varios modelos teóricos que se han sostenido, incluso algunos han sido llevados a la legislación, entre estos modelos sobresalen: el modelo de las causas de justificación, el modelo del error de prohibición, el modelo de la inimputabilidad y el modelo del error culturalmente condicionado. Sin embargo, desde nuestro punto de vista las hipótesis pecan de vicios ya sea por exceso o por defecto llegando a fundamentarse en teorías discriminativas que son incompatibles con el Estado de Derecho. Nosotros nos distanciamos de cada una de ellas – líneas adelante lo fundamentaremos - dado que resultan siendo contradictorias con los principios que enmarcan

en un Derecho penal moderno.

### § III.2. Modelos penales nacionales el caso de Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú.

#### § III.2.1. Antijuricidad: El Modelo de las Causas de Justificación.

Las causas de justificación, ya sea que hablemos de ellas como simples elementos de la teoría del delito como verdaderos juicios negativos en la configuración de la antijuricidad o como manifestaciones concretas (negativas) de dicha categoría de la teoría del delito, cumplen la función de hacer válidos los comportamientos desarrollados a partir de la concurrencia de ciertos elementos fácticos que por razones de política criminal y en atención a valoraciones sociales y jurídicas son lícitos, pese que tal comportamiento ha realizado un hecho calificado por la Ley como típico<sup>57</sup>. Las funciones que cumplen dentro de la teoría del delito, a partir de la concurrencia de los elementos antes mencionados, a la vez que de tales valoraciones jurídicas y sociales, encuentran su fundamento en motivos de no contrariedad sistémica del propio ordenamiento legal *en razón del conflicto de intereses o derechos y de la tutela de bienes jurídicos, por parte del mismo Derecho penal, sobre las cuales descansa esta institución*. En este sentido, como lo expresa MIR PUIG, las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones que conducen al legislador a levantar la prohibición penal de ataque a los bienes jurídicos. *Aunque estos*

---

<sup>57</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, parte general*. 5 ed. Valencia Ed. Tirant lo Blanch, 2002. pág. 89 y ss. Resulta de interés distinguirla de las causas de inculpabilidad, véase. COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTON. *Derecho Penal. Parte General*. 5º edición, Tirant lo Blanch., Valencia, 1999, pp.458 y ss. "Inculpable es el hecho que no puede reprocharse jurídicamente a su autor, aun cuando haya de conceptuarse como desvalorado. Justificado está por el contrario, solamente el hecho que, en una valoración global, ha de ser conceptuado como jurídicamente correcto. En el hecho justificado el momento de desvalor queda excluido; en el hecho inculpable no" (...) "*Se halla justificado lo que el sujeto tiene derecho a efectuar y, consecuentemente, es resto de la comunidad debe soportar. Por el contrario, es meramente inculpable lo que, aun siendo injusto, no puede prohibirse con la amenaza de la pena. El que actúa inculpablemente, aun cuando no sea castigado por su acción, no tiene derecho a efectuarla y, por ende, los demás no se hallan sometidos al deber de no impedirlo: al contrario, pueden y, en ocasiones, deben oponerse a su realización*". Véase también, de manera más extensa y argumentativa, ROXIN, Claus. *Causas de Justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena*, en Cuadernos de Política Criminal (CPC), N° 46, 1982.

*bienes son valiosos para el Derecho penal, pueden entrar en conflicto con otros intereses que aquél puede considerar preferentes, o al menos equivalentes, en determinadas circunstancias*<sup>58</sup>. Las causas de justificación, pues, hacen posible el sacrificio de un bien jurídico - tutelado penalmente por la norma- en resguardo o preferencia de otro de cuya titularidad goza quien realiza tal sacrificio.

Por otro lado, la sistemática que sobre las causas de justificación ha elaborado la doctrina, está marcada por una doble perspectiva: En el primer grupo el hecho queda justificado porque el titular del bien jurídico afectado por el hecho renuncia a la protección jurídica en el caso concreto (caso del consentimiento<sup>59</sup>). En las segundas, el hecho queda justificado porque la lesión de un bien jurídico se produce para salvar otro bien de mayor o igual valor<sup>60</sup>. Dependiendo del caso se hablará de ausencia de interés o del interés preponderante. Ahora, con respecto a la justificación con arreglo al principio del interés preponderante se produce cuando frente al interés lesionado por la realización típica aparece, en el caso concreto, un interés de más valor que desplaza al primero.

Los que son partidarios de esta posición afirman que el problema de la diversidad cultural, se soluciona en la antijuricidad, en la modalidad de una causal de justificación en el sentido de conflicto de bienes jurídicos (intereses) y la preservación del bien de mayor relevancia. Así, las conductas que realiza una persona de una cultura diferente deben prevalecer frente a la lesión de otro bien jurídico; debido a que la diversidad cultural posee un status constitucional y supranacional. Y,

---

<sup>58</sup> Vid. MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte general*. 4 ed. Barcelona: PPU, 1996. p. 143. También, véase, COBO/VIVES ANTON. Ob.cit. P.G. pp. 466-467. "*De forma que el significado funcional de las causas de justificación en la estructura del delito, se concretaría en el sentido de que constituyen todas las situaciones en que la realización del tipo es jurídica, es decir, supuestos en que el comportamiento humano es justo desde el inicio*". WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11ª edición, 4ª edición castellana. Trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. Santiago de Chile. Editorial jurídica de Chile. 1969. pp. 116-117. "*A las normas prohibitivas se oponen en ciertos casos disposiciones permisivas que impiden que la norma abstracta (general) se convierta en deber jurídico concreto, y que permiten, por eso, la realización típica*". BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial ARA, Lima, 2004, pp. 339. "*Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obro*".

<sup>59</sup> Últimamente existen posiciones que sostienen que el consentimiento en vez de ser una causal de justificación, sería una causal de atipicidad, lo que resulta lógico.

<sup>60</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. op. cit. p. 91.

es que desde el punto de vista de la antijuridicidad, el injusto material de la lesión de bienes jurídicos puede excluirse por el hecho de que en caso de colisión de dos bienes jurídicos se prefiere el bien jurídico más valorado al menos valorado, con lo que el resultado es que pese al sacrificio de un bien jurídico se produce algo socialmente provechoso o al menos no se produce un daño social jurídico penalmente relevante<sup>61</sup>. Afirma el profesor GARCÍA TOVAR:

*"Al margen que se planteen otras soluciones, creemos que los esfuerzos debe vislumbrar la posibilidad en el terreno de la justificación (...) no creo que el objetivismo de la norma se comprometa anárquicamente si se decide, por respeto a la diversidad cultural latinoamericana, entender justificada la conducta que confronta con ella cuando ésta se sustenta en una costumbre raigal, ello así, además, porque la norma eurocéntrica se impuso de toda consideración al ámbito de regencia, en este caso de da una colisión de deberes y derechos o entre deberes, de tal manera que la satisfacción de uno de ellos no puede realizarse en detrimento del otro<sup>62</sup>."*

El autor interpretando el artículo 75 de la Constitución Política argentina, afirma que esa norma puede servir de base para solucionar el problema de la diversidad cultural como una causal de justificación. Así por ejemplo, en una disyuntiva de cumplir con un deber que surge de la propia cultura y otro impuesto por la norma de la cultura hegemónica, si se opta por el primero, el actuar que incumple el segundo, estará justificado.

### § III.2.1.1. Críticas.

Podemos cuestionar esta forma de resolver dado que:

- a) No delimita el conflicto de bienes jurídicos, si bien es cierto

---

<sup>61</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general. T. I. Fundamento. La estructura del delito*. Traducción de Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Ed. Civitas. 1997. p. 558.

<sup>62</sup> Cfr. ENRIQUE GARCÍA Vitor, "Diversidad cultural y derecho penal (aproximación al tema)". En: Aspectos criminológicos, político - criminales y dogmáticos", Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Colección Jurídica y Social, N° 36, Santa Fe, 1994, p. 19.

que la diversidad cultural posee rango supranacional, no es menos verdad que otros derechos considerados fundamentales también poseen rango supranacional ¿cómo resolver en el caso de que hubiera un conflicto entre la diversidad cultural y la vida?

- b) Otra crítica, muy relacionado con la primera es que la concurrencia de causas de justificación, *necesita de una carga subjetiva*, es decir el que aduce una causa de justificación, sabe que su conducta está prohibida, pero que por cuestiones de circunstancias especiales su conducta es permitida. Sin embargo, *el nativo o indígena que realiza una conducta, el cual es de lo más normal en su cultura, no conoce de la prohibición de tal conducta, en consecuencia tampoco posee el criterio subjetivo de justificación*. Es imposible formarse un criterio subjetivo, de algo que no se conoce.
- c) Pero la crítica, más sobresaliente que podemos hacer, es que esta tesis lleva un tamiz discriminatorio; ya que en otras palabras- a las comunidades socioculturalmente minoritarias- se le está diciendo que su modo de actuar, que sus conductas no son las correctas, sino que tienen indicios de un delito; de forma subterfugio se le está condenando por actuar según las normas de su cultura, llevado al extremo solo por pertenecer a otra cultura, el mensaje sería tu cultura esta prohibida, pero por circunstancias especiales no es punible. Aunque la intención de los teóricos no es esta conclusión; siguiendo un estricto razonamiento de las categorías de delito se llega apodícticamente a ello, ¿cómo así? dentro de la estructura clásica del delito las diversas categorías como la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad poseen diferentes grados de valoración – si una conducta es típica<sup>63</sup>, aunque esté justificada significa que

---

<sup>63</sup> Los tipos reúnen las circunstancias que fundamentan el contenido de merecimiento de pena de la correspondiente clase de delito. Que una conducta sea típica presupone que previamente hay una acción en toda dimensión reprochable, ya que la teoría de la antijuricidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización

esa conducta no es la correcta y por ende ya existe una desvaloración social, en nuestro tema, pese a que en el seno de la comunidad nativa no tenga ningún vicio de antijuricidad -, y solo si, se presentan determinadas circunstancias estará permitida, lo que no significa que deje de ser prohibida. Porque concretamente, la admisión de una causa de justificación no implica afirmar que la conducta justificada deba valorarse positivamente<sup>64</sup>, así JAKOBS: "en el ámbito de la justificación; es el contexto especial lo que permite que se toleren comportamientos *per se* son perturbadores<sup>65</sup>. Antijuricidad es, por tanto, la contradicción de una realización típica contra el ordenamiento jurídico en su conjunto (no sólo con una norma aislada). Vale decir, la antijuricidad es un "juicio desvalorativo" de la conducta típica, en este camino la regla es que la tipicidad de una acción es, consecuentemente, un indicio de antijuricidad, precisamente porque aquella señala la posibilidad de ésta debe verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación. *En Latinoamérica, sociedades con países que cerca del 50% de su población son indígenas, la respuesta del Estado, de su política criminal, no puede descansar sobre este modo de solución discriminatorio in situ e implícitamente lleva una imposición de valores, los mismos que no son compatibles con una postura integracionista que sostienen las constituciones políticas.* Por el contrario, desde un nuevo Derecho penal respetuoso de la diversidad cultural no debe reprochárseles a las personas que conforme a su cultura realizan sus actividades en máximas de normalidad.

---

de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al derecho, es decir, *el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico*. Las causas de justificación, se diferencian de los tipos en dos aspectos fundamentales. La primera razón, estriba en que éstas no describen fragmentos de la vida típicamente delictivos, sino sentando principios de orden social (principio de ponderación de bienes, principio de autoprotección, etc.) Por ello, en las causas de justificación la interpretación correspondiente al principio de legalidad no está vinculada al límite del tenor literal, sino sólo a los principios ordenadores inmanentes a las causas de justificación. Como segunda razón, el juicio de injusto contiene siempre una valoración negativa de la conducta del autor en el caso **individual**, y no se refiere a la clase de delito, sino a la **concreta dañosidad social del suceso único**, y es el resultado de una ponderación de enfrentados intereses jurídicamente protegidos.

<sup>64</sup> ROXIN, C. *Derecho penal, parte general*. cit. p. 557.

<sup>65</sup> JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Trad. de Cancio Meliá. Lima. Ed. Grijley. 2001. p. 47.

### § III.2.2. Culpabilidad: Error de Prohibición e Inimputabilidad.

Hay autores, para quienes la salida a la diversidad cultural no se ubica en la antijuricidad, sino en la culpabilidad. Si bien los autores están de acuerdo que la elaboración doctrinaria, está en la culpabilidad, resalta las diferencias sobre el tipo de elemento que dentro de la culpabilidad debe dársele; unos afirman que debe ser concebido como error de prohibición, mientras otros como una causal de inimputabilidad y otros como una causal de inculpabilidad ajena a las anteriores.

En términos generales se entiende a la culpabilidad jurídico-penal como la reprochabilidad que se le hace a una persona por no haber actuado conforme a Derecho, ahora esta reprochabilidad – dependiendo de la postura- puede radicar en <el poder actuar de otro modo> -WELZEL-, en la <asequibilidad normativa> -ROXIN-, en la <falta de motivación<sup>66</sup>> -MIR PUIG-, en <la vulnerabilidad social> -ZAFFARONI-, en <la exigibilidad> -BUSTOS RAMÍREZ<sup>67</sup>-, o <en la infidelidad a la norma> -JAKOBS-. Para este último autor, la falta de disposición a motivarse conforme a la norma, déficit que no puede entenderse sin que afecte la confianza general, esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, la falta de fidelidad al Derecho, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad<sup>68</sup>. Como se ve, si bien, los autores no se ponen de acuerdo sobre el fundamento específico del concepto de Culpabilidad, pero si la mayoría converge en señalar que en esta categoría del delito lo que

---

<sup>66</sup> Es preciso recordar que ROXIN, separa entre culpabilidad en stricto sensu y necesidad de pena. Las dos conforman la Responsabilidad. Dice: "*El concepto de reprochabilidad comprende solo de manera incompleta la clase de valoración que se ha de efectuar aquí, porque el mismo se orienta solamente a la culpabilidad. La valoración no atañe solamente a la cuestión de si se puede formular un reproche (de culpabilidad) contra el sujeto, sino que es un juicio sobre si, desde puntos de vista jurídico penal, ha de hacerse responsable de su conducta. La reprochabilidad es una condición necesaria, pero aún no insuficiente de la responsabilidad; ha de añadirse la necesidad preventiva de sanción (...). El concepto normativo de culpabilidad ha de perfeccionarse en la dirección de un concepto normativo de responsabilidad*". (Véase ROXIN. *Derecho penal*. cit. p.797).

<sup>67</sup> Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J. *Lecciones de Derecho penal*. T. II. Madrid. Ed. Trotta. 1999. pp. 311 y ss.

<sup>68</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2º ed. Trad. de Cuello Contreras y González Serrano de Murillo. Ed. CIVITAS, Madrid, 1997. p. 566. La culpabilidad implica la capacidad individual de una persona (ciudadano) de cuestionar la identidad normativa esencial de la sociedad a través de la infracción de los roles jurídicamente establecidos



se busca es la posibilidad de imputarle un injusto penal al sujeto concreto, pero esta imputación debe tener como presupuestos condiciones mínimas que hagan posible la adecuación del sujeto respecto a un determinado ordenamiento jurídico; es decir en este instituto se analiza los factores por las cuales una persona debe responder por su acto antijurídico. Se trata de saber porque es posible señalar a alguien como autor de un delito, y darle razones a este autor, para que este pueda conocer el porqué de la imposición de la pena; única manera de que la sociedad y el individuo tengan una actitud crítica y constante revisión de sus actos. Así por ejemplo; no se le puede exigir a una persona que actúe de acuerdo a Derecho cuando se encuentre en un error de prohibición, inimputabilidad o inexigibilidad. Ahora bien, para que alguien sea culpable, debe encontrarse en condiciones y situaciones en la que se le pueda exigir su comportamiento conforme al Derecho; y según la doctrina por unanimidad estas son: *a) que el autor sea capaz, atendidas sus fuerzas físicas, y b) que esté en posibilidad de motivarse*<sup>69</sup>. Así, ROXIN, los presupuestos de la responsabilidad penal son: la posibilidad del conocimiento de la antijuricidad y la normalidad de la situación en el que se actúe<sup>70</sup>. Es decir culpabilidad requiere de dos elementos: primero) la capacidad de comprender el injusto, y segundo) la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento. De ahí que cuando no se den las condiciones o las situaciones en el que el sujeto tenga la capacidad de comprender el injusto del hecho y el poder determinarse conforme a esa comprensión no existe culpabilidad. Debe pasar por el filtro intelectual y volitivo; el momento intelectual es la capacidad de comprender el injusto del hecho. En conclusión, *para que se halle presente la imputabilidad se exige que el sujeto haya realizado un comportamiento antijurídico, sea capaz de comprender este significado antijurídico y de dirigir su comportamiento conforme a dicha comprensión (...)* sino concurre el primer elemento relativo a la comprensión del injusto, tampoco concurrirá el segundo<sup>71</sup>. El error de prohibición se dará cuando el sujeto –quien actúa en pleno uso de sus facultades físico-mentales-

---

<sup>69</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11ª edición, 4ª edición castellana. Trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. Santiago de Chile. Editorial jurídica de Chile. 1969. p. 201

<sup>70</sup> Roxin. Derecho penal. cit. p. 791

<sup>71</sup> Mir Puig. Parte General. P. 557

desconozca la prohibición de su conducta (art. 14, segunda parte del CP peruano) y la inimputabilidad se da cuando el sujeto por razones de debilidad mental no puede comprender el mensaje de la norma y/o no puede comportarse según esa comprensión (art. 20.1 del CP peruano). La imputabilidad y el error de prohibición están referidos a objetos distintos; el primero a una capacidad de comprender y comportarse, el segundo a un desconocimiento. A continuación, desarrollamos los modelos del error de prohibición y de la inimputabilidad.

### § III.2.2.1. El Modelo del Error de Prohibición.

Es bien sabido en la historia de la Dogmática penal, que la teoría del error en el Derecho penal, es una conquista del derecho penal liberal de mediados del siglo XX. La historia nos enseña que tiempos atrás no se admitía la excusabilidad del cumplimiento de la norma penal por cuestiones de ignorancia de la Ley. Bajo estos términos, se tenía por interiorizado el principio "*error iuris non excusat*", es decir que el desconocimiento de las normas legales no excusaba de su cumplimiento<sup>72</sup>. Aunque en la práctica se admitía la posibilidad de equívocos respecto de los hechos materia de imputación penal así como de la configuración del derecho al momento de conceptualizar el carácter legal o ilegal de la conducta misma. Asimilación que, como sugirió la doctrina en su momento, debe llevarse a cabo pues en ambos casos estamos en la misma situación de incumplimiento de la norma penal por cuestiones de inexistencia de motivación normativa o de comunicación entre el sujeto y la norma penal<sup>73</sup>.

Por otro lado en cuanto a la denominación sobre el error después de arduos debates el error de hecho pasa a llamarse "error de tipo" (*tatbestandirrtum*) y el error de derecho pasa a llamarse "error de prohibición" (*Verbotenirrtum*)<sup>74</sup>. El primero se ubicaría en la tipicidad,

---

<sup>72</sup> Cfr. PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. T. I. La Norma Jurídica*. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1957, p. 406.

<sup>73</sup> Cfr. UGARTE GODOY, José: Prólogo: CORRAL TALCIANI, Hernán F. *De la ignorancia de la Ley. El principio de su inexcusabilidad*. Santiago de Chile: Editorial Santiago de Chile, 1987. p. 9.

<sup>74</sup> La distinción entre el error de tipo y el error de prohibición, ha dado lugar a dificultades por su condicionamiento histórico, ya que siempre fue mezclada con los conceptos *error facti* y

afectando directamente la estructura del dolo en la teoría del delito, convirtiéndose así a un dolo natural y dejándose de llamar, como lo hacían los causalistas, "dolo malo". Siendo un "dolo natural", el conocimiento de la antijuricidad integra un nivel categorial distinto a la tipicidad, trasladándose entonces -dicho conocimiento de la antijuricidad- a la culpabilidad. La aparición en escena del finalismo de WELZEL y del funcionalismo de ROXIN y el consecuente deterioro del casualismo trajo tras de sí un avance importante del Derecho penal cuyos logros no sólo se pueden notar a nivel de la teoría del error en el Derecho penal sino también en otros sectores de la teoría del delito, así como de la creciente incorporación de interpretaciones funcionalistas en el derecho penal que escapan a una clásica dogmática penal encerrada en unos conceptos categoriales definidos en sí mismos y para sí mismos ya sea en el causalismo, en ontologismo o en el subjetivismo; sino a su apertura, un Derecho penal orientado hacia la- en palabras de SILVA SÁNCHEZ- "racionalización de los valores".

En tiempos contemporáneos, la teoría del error en el Derecho penal quedó muy asentada sobre la diferencia de dos tipos de error: el de tipo y el de prohibición; en el Perú el error de tipo se regula en el artículo 14º. 1 del Código penal peruano de 1991). Existe *error de prohibición cuando hay un desconocimiento de la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal*. Es decir, el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está prohibida<sup>75</sup>. Conciencia de la antijuricidad significa que el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido<sup>76</sup>; ahora bien, no basta una conciencia de

---

*error iuris*. Error de tipo es el desconocimiento de una circunstancia de hecho *objetiva*, perteneciente al *tipo de injusto*, sea de índole real (descriptiva) o normativa. Error de tipo es, por lo tanto, no solamente el error sobre "lo material", como cosa, cuerpo, causalidad, sino también sobre elementos normativos; por ejemplo lascivia, ajeno, embargo, documento, funcionario, son elementos normativos. En este camino dice WELZEL: "Es completamente equivocado el término "error de hecho". La diferencia decisiva de las dos clases de errores no se refiere al antagonismo hecho-concepto jurídico, sino a la diferencia: tipo-antijuricidad. Quien sustrae a otro una cosa, que él erróneamente toma por propia, se encuentra en error de tipo; él no sabe que sustrae una cosa *ajena*. Pero quien cree tener derecho a sustraer una cosa ajena (p. ej., como acreedor frente al deudor insolvente), se encuentra en error sobre la antijuricidad de su hacer. (Véase WELZEL *Derecho penal, parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires Ed. Depalma. 1956. pp. 177 y 178).

<sup>75</sup> ROXIN, Derecho penal. cit. p. 861

<sup>76</sup> ROXIN, op. cit. p. 866

dañosidad moral, pero tampoco es necesario una conciencia de punibilidad. Dicho error sobre el conocimiento de tal objeto (licitud/ilicitud) debe estar determinado por su desconocimiento total, parcial o equivocado o la falsa apreciación de dicha licitud o ilicitud (Art. 14º.2 del CP peruano). Para efectos de la pena, el error de prohibición puede ser suficiente para deslegitimar la imposición de una solución penal –error invencible-; puede, en otros supuestos, ameritar únicamente una atenuación de la pena –error vencible-; mientras que en otros casos será completamente irrelevante –error burdo-. *Los partidarios del modelo del Error de Prohibición, señalan que las persona que pertenecen a las culturas minoritarias y realicen una conducta que esté prohibido por el ordenamiento jurídico-penal oficial, actúan bajo un error, dado que no conocen las normas ni el contenido de ellas.* No conocen si su conducta está proscrita. El error puede ser directo o indirecto. Y no es nada razonable configurar una pena, a las personas que por su cultura no conocen las normas penales.

### § III.2.2.1.1. Críticas.

Vale aclarar, las críticas que hacemos a continuación, no apuntan a las premisas de los cuales parten sus defensores, dado que actualmente la mayoría de teóricos penalistas tienen como punto de partida los principios constitucionales; casi nadie se atreve sostener que las culturas minoritarias son irrelevantes o inferiores. Sino que las críticas apuntan a las conclusiones a las que se llega siguiendo un estricto razonamiento dentro de la teoría del delito; es decir pese que se tenga como premisa el Estado Constitucional, esta postura llega a contradecirse con las premisas que les sirven de partida.

- a. Se cuestiona a esta tesis, empezando por el mismo *nomen iuris* del "error", *por error*<sup>77</sup> se debe entender la *inexactitud*

---

<sup>77</sup> El tema del error jurídico no es un problema exclusivo del Derecho penal sino que por el contrario éste ha sido siempre punto de discusión en otros ámbitos, principalmente en la Teoría General del Derecho y el Derecho civil, reconociendo su antecedente más remoto en el Derecho Romano. Una de ellas -de mayúscula importancia en el Derecho civil- es por ejemplo la institución de la adquisición de la propiedad ad usucapionem corta, cuando el adquirente ha obrado de buena fe y determinado por una falsa apreciación de la realidad la misma que le atribuye la posibilidad de ser legítimo propietario si demuestra que 1) poseyó

*o equivocación al producir en la mente una idea sobre algo que no coincide con la realidad, es decir es la falsa idea que se tiene de algo, ya que no resulta ser tal cual la representamos.* Consiste en una divergencia entre la representación del agente y la realidad<sup>78</sup>. El error debe diferenciar de la ignorancia, esta última es falta de ciencia, de letras y noticias; es la ausencia total de conocimientos acerca de algo<sup>79</sup>. En palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA, "la ignorancia supone una absoluta falta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo. El error supone una idea falsa, una representación falsa de un objeto cierto; es un estado positivo. La ignorancia (...) es una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso". En el Derecho cuando se habla de error se incluye al error en stricto sensu y a la ignorancia o desconocimiento<sup>80</sup>. Ahora cuando se hable de error en el Derecho penal, está vinculado necesariamente a una sociedad y a un contexto histórico. Para hablar de error

---

como propietario por un lapso determinado - 5 años en la legislación peruana -, y; 2) actuó de buena fe, determinado por un error en la apreciación de los hechos o del derecho.

<sup>78</sup> JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho penal* T. VI. Tercera edición. Buenos Aires. Ed. Losada. 1963. p. 313. Cabe señalar que el error debe diferenciar de la ignorancia, esta última es falta de ciencia, de letras y noticias; es la ausencia total de conocimientos acerca de algo<sup>78</sup>. En palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA, "la ignorancia supone una absoluta falta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo. El error supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto; es un estado positivo. La ignorancia (...) es una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso". Sin embargo, en el Derecho cuando se habla de error si incluye al error en stricto sensu y a la ignorancia o desconocimiento<sup>78</sup>.

<sup>79</sup> SAVIGNY –dentro del Derecho civil- destaca muy acertadamente que la diferencia entre ambos términos estriba en que en el error la idea de la realidad de las cosas está oscurecida y oculta por un pensamiento falso, y en la ignorancia hay ausencia de una idea verdadera, pues se puede muy bien no tener ninguna noción sobre una cosa sin poseerla falsa, aun cuando sus efectos jurídicos sean absolutamente idénticos, y aclara que en verdad la ignorancia en su más alta generalidad expresa dicho estado defectuoso de concepto.

<sup>80</sup> La ignorancia y el error se distinguirían conforme a lo enunciado anteriormente, más no así desde una perspectiva jurídico-penal ya que ambos producen el mismo efecto jurídico: "La antigua diferenciación que se establecía entre ignorancia como ausencia de conocimiento y error, como conocimiento distorsionado, no tiene sentido, ya que ambos producen idéntico efecto", se concluye que "sus efectos jurídicos son idénticos, para el Derecho penal, y por tanto sus conceptos deben ser asimilados (Cfr. BOVINO, Alberto. *Culpabilidad, Cultura y Error de Prohibición*. En: Themis. Revista de Derecho, N° 15. Lima; PUCP, 1989. Págs. 31-36. Pág. 32. ; CORRAL TALCIANI, De la ignorancia de la Ley. El principio de su inexcusabilidad. Santiago de Chile: editorial jurídica de Chile. Pág. 16. Respectivamente).

sobre las normas penales, debe considerarse que el sujeto mínimamente estuvo en condiciones de conocer sus normas; y esto nos lleva a la conclusión: que en el error el sujeto debe poseer nociones de esas normas<sup>81</sup>, y, a esta noción o conocimiento solo se llega, o bien cuando el sujeto pertenezca a la misma sociedad; o cuando pese a no pertenecer a la sociedad debido a factores de socialización tiene indicios del contenido de las normas. Solo, así se puede entender lo que la doctrina sostiene por unanimidad: que la conciencia de la antijuricidad - no debe ser en acto, sino potencial, -esto es una diferencia del error de tipo, en el que error es de acto-; pues se parte del supuesto que <todas las personas conocen las normas>. Pero este supuesto, cuando se analiza el problema de la pluriculturalidad –sociedades que no son integradas por la cosmovisión accidental, no es aplicable, debido a que estas sociedades no actúan desconociendo sus normas, sino todo lo contrario: las cumplen. Así HURTADO POZO: *“La ignorancia o el error suponen que el sujeto actúe en el sistema cultural cuyas pautas desconoce o no aprecia correctamente. Para el miembro de la comunidad nativa sólo existe un sistema cultural y actúa conforme a sus normas”*<sup>82</sup>. No existe ningún error respecto de la prohibición, de los alcances de esta prohibición ni de su contenido (aunque teóricamente también puede darse la figura <un error respecto de sus normas>). En efecto, en esta proposición, se resalta lo antes dicho, ya que el error de prohibición supone un injusto, es decir, tiene como supuesto que el ordenamiento jurídico, referente al cual se determina la equivocación del sujeto constituye el esquema de valores correcto, mientras que la propia persona individualmente considerada, en este caso el indígena, se encuentra en una situación de

---

<sup>81</sup> Se parte de la premisa que existe cierta homogenización en los valores sociales; y de que las normas penales, no son más que el reflejo de esos valores sociales. En otras palabras las normas penales son normas sociales respaldadas por el Estado.

<sup>82</sup> HURTADO POZO, José. *Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado* Publicado y accesible en [/www.unifr.ch/ddp1/derechopenal](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal).

equivocación; en referencia a lo anterior, MODELLEL GONZÁLEZ, dice: afirmación me parece totalmente absurda e inaceptable en relación con una persona que actúa usualmente dentro de su comunidad, con contactos ocasionales con el Estado dominante<sup>83</sup>. Ahora no puede concebirse como error el desconocimiento de la cultura oficial, por las razones ya mencionadas, pero además porque, concebirlo como un error implícitamente se estaría imponiendo que la cultura oficial es la única, y que todo error aunque este motivado por la pertinencia a las culturas étnico-culturalmente diversos, es irrelevante. En consecuencia jurídico-penalmente solo existiría una cultura, y, esto es contradictoria con las bases constitucionales y la tendencia actual de los Derechos Humanos.

- b. Asimismo, cuando se habla de error de prohibición, en este caso, los teóricos sostiene que se debe entender en dos dimensiones: no sólo si no puede comprender la ilicitud de su conducta (momento cognitivo) sino también si no puede actuar en base a dicha comprensión (momento volitivo) se parte del supuesto que quien conoce la antijuricidad de su conducta de inmediato puede comportarse según esa comprensión - como se dijo el error de prohibición es aplicable a las personas que asimilan los valores de la cultural oficial-. Ahora bien, la exclusión de responsabilidad por error de prohibición - en la legislación peruana, como la mayoría de naciones - no cubre expresamente el momento volitivo, ya que literalmente en el Código Penal artículo 14, segunda parte establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando "*El error (...) sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal*". ¿qué sucede entonces si un

---

<sup>83</sup> MODELLEL GONZÁLEZ, Juan Luis. "Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen afroamericano)". En Derecho penal y Diversidad cultural (Dir. HURTADO POZO, José). Lima. Fondo PUCP. 2006. p. 279 y ss.

*indígena, o un miembro de otra minoría cultural, comprende en forma abstracta que determinado comportamiento es ilícito en el ordenamiento nacional, pero debido a su diversidad cultural y a sus profundas convicciones, derivadas de su particular cosmovisión, no puede actuar en función de dicha comprensión? ¿puede considerarse que incurrió en un error de prohibición? Aquí, las opiniones doctrinarias no son coincidentes al respecto. Así, para algunos autores, la situación debe ser asimilable a un error, ya que en el fondo la persona, por su diversidad cultural, no logra verdaderamente comprender la antijuricidad de su conducta, a pesar de que abstractamente conozca su ilicitud, en la medida en que no puede motivar su comportamiento en base a ese conocimiento. En cambio, otras perspectivas consideran que no existe error, pues la persona tenía claro conocimiento de que su comportamiento estaba proscrito por el ordenamiento nacional. En tales circunstancias, es posible que, según ciertas interpretaciones, no sea excluido de responsabilidad aquella persona que, por su diversidad cultural, conoce la ilicitud de un comportamiento, pero no puede determinarse en base a ella.*

- c. Se debe distinguir entre capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y elementos de culpabilidad (error de prohibición, causas de inimputabilidad e inexigibilidad) pues la primera es presupuesto de la segunda, en consecuencia quien actúa en error de prohibición es porque se le considera imputable, es decir debe tener la capacidad de conocer el ilícito y de comportarse conforme a ese conocimiento. Cuando se lleva este análisis al condicionamiento cultural, una vez aceptado que el indígena tiene capacidad – y por supuesto que la tiene – de imputabilidad, si se quiere ser coherente con la tesis del error de prohibición, se debería llegar a la necesaria conclusión que la otra cultura no es una barrera



para su desconocimiento, por ende debería dársele el mismo trato que un sujeto de la cultura dominante, se regresa al monoculturalismo. Además llevaría necesariamente al artículo 14 segunda parte del Código Penal a caer en una doble contradicción, pues debido a la diversidad cultural, puede que hayan casos en que el que el indígena no tenga la capacidad para conocer la norma, siendo así o bien se le impondría este conocimiento de la antijuricidad o se terminaría por aceptar el trato semejante a los inimputables. Como se ve, los que siguen esta teoría, terminan negando su punto de partida; el mismo que es la no discriminación por pertenecer a otra cultura.

- d. Podemos agregar una más, es válida la crítica hecha a la tesis de las causas de justificación; porque el error de prohibición es una categoría que se analiza en la culpabilidad, y por ende presupone que una conducta sea típica y antijurídica. Sin embargo, que una conducta sea típica y antijurídica significa que es reprochable no solo desde el ámbito social, sino también desde el ordenamiento jurídico. Es decir, quien actúa según su cultura se le está diciendo que su cultura no es la ideal en comparación a la cultura occidental y por ende debe dejar sus tradiciones, su modo de vivir si no quiere cometer indicios de un delito; y sería la cultura occidental quién enseña cómo comportarse, pese a que en su cultura esas conductas no sean visto como delictivas. En síntesis, lo que se le estaría imponiendo es una alienación.

### **§ III.2.2.2. El Modelo de la Inimputabilidad.**

En la ciencia penal moderna existe consenso en considerar a la inimputabilidad como una situación de incapacidad de culpabilidad<sup>84</sup>. Y, quedamos líneas atrás que la imputabilidad o

---

<sup>84</sup> Definición que por cierto difiere de lo que es la "imputación", en tanto categoría dogmática penal de orden conflictivo y que se ubica más bien en los espacios del tipo del injusto y del desvalor del resultado de la antijuricidad. De aquí, se deduce que las personas

capacidad de culpabilidad, es uno de los presupuestos de la culpabilidad, es decir solo una persona en normales condiciones se le puede exigir que se comporte de acuerdo a Derecho, y de no hacerlo, imputarle una pena por no haber actuado según los cánones valorativos de su sociedad. Solo en cuanto esta capacidad exista o se suponga en base a criterios objetivos será merecedor de una sanción. De aquí; las personas que no se encuentran en estas condiciones requeridas no actuarán culpablemente; y entre una de las causas que resalta es la inimputabilidad; por ejemplo quien sufre una considerable enfermedad psicológica permanentes o transitorias, un menor de edad<sup>85</sup>. En la inimputabilidad penal, concurren criterios centrales que a su vez definen una situación de "capacidad intelectual" y "volitiva". En términos precisos esto es, *poder comprender el carácter ilícito de su comportamiento y conducirse de acuerdo a esa comprensión*<sup>86</sup>. Así, JESCHECK refiriéndose a la inimputabilidad señala: "*Únicamente quien ha alcanzado una edad determinada y no padece graves anomalías psíquicas posee el grado mínimo de capacidad de autodeterminación que es exigida por el ordenamiento jurídico para la responsabilidad penal*"<sup>87</sup>. Del mismo modo definiciones legislativas como el Código Penal alemán en su actual redacción en su parágrafo 20, de forma similar la normativa española del Código Penal de 1995, que en su artículo 20., o el código penal peruano en su artículo 20 inciso 1., regulen tales supuestos. En conclusión, en las legislaciones penales comparadas se presenta como causales expresas de inimputabilidad:

---

que no se encuentran en estas condiciones requeridas no actúen culpablemente, es cuando se habla de inimputabilidad; por ejemplo quien sufre una considerable enfermedad psicológica, un menor de edad, y aquí también -para un cierto sector de la doctrina- las personas que culturalmente estén condicionados a desconocer la antijuricidad de ciertas conductas, estos no actuarían culpablemente.

<sup>85</sup> Para profundizar sobre el tema se recomienda la siguiente bibliografía. DIAZ PALOS, Fernando. *Teoría general de la imputabilidad*. Madrid. Ed. Bosch. 1965; QUNITERO OLIVARES, Gonzalo. *Locos y culpables*. Navarra. Ed. Aranzadi. 1999. De la CUESTA, Paz M. *Culpabilidad, exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid. Ed. Dykinson. 2003, principalmente capítulos IV y V; GARCÍA-PABLOS de MOLINA, Antonio. *Criminología*. Lima, Fondo Editorial, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP), 2008, se recomienda sobre todo pp. 221-504 y 595-686.

<sup>86</sup> Vid. entre otros: AGUDELO B. *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*. Bogotá: Temis, 1986, pp. 25-26. MIR PUIG S. *Derecho penal, parte general*. cit. p. 556-559. BUSTO RAMIRÉ, J. *Lecciones de Derecho penal*. cit. p. 339.

<sup>87</sup> JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho penal*. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada. 2002. p. 465

- a. La inmadurez psicológica y biológica del sujeto activo del hecho punible imputado: i) la minoridad –en el Perú la minoridad penal llega a los 18 años por disposición del artículo 20.1 del Código Penal-.
- b. La anomalía psíquica o mental (por enfermedad mental o trastorno) que genere una la alteración ya sea en la conciencia o en la percepción; en suma un trastorno mental, o como – ya se vio- establecen el código Penal alemán o el Código Penal español –y de modo muy similar el peruano- “anomalía o alteración psíquica de carácter grave.

Aunque últimamente existen otros modos de interpretar la inimputabilidad, desde criterios más normativos; así JAKOBS: *“La estructura de la inimputabilidad basada en dos planos, en los planos biológicos-psicológicos, no es del todo correcto, pues ni el estado es biológico ni la capacidad es psicológica, sino que son una construcción normativa, se trata de un método psicológico-normativo”*<sup>88</sup>; si bien no podemos negar que la inimputabilidad en el plano del Derecho penal, tiene una carga normativa, también no se puede negar, que esta carga normativa necesita de un sujeto de imputación, y, este sujeto a la vez debe ser fuente de expectativas jurídico penales; expectativas que no existen cuando se trate de un enfermo mental o de un menor de edad. En consecuencia, la carga normativa tiene un límite con la inimputabilidad.

El modelo de la inimputabilidad ha sido y es la salida más generalizada en Latinoamérica frente a la diversidad cultural<sup>89</sup>, por

---

<sup>88</sup> JAKOBS. *Derecho Penal, parte general*. cit. p. 630

<sup>89</sup>Esta solución fue recogida en los artículos 44 y 45; del código penal peruano y en el inc. 5 del artículo 17 del código penal Boliviano. La misma solución se sostuvo en los proyectos venezolano de 1967 (art. 16) y colombiano de 1973 (art. 42). El proyecto oficial para Bolivia de 1943 (art. 20) consideraba inimputable al indígena, ubicándolo junto al menor. En Brasil, la exposición de motivos del código vigente (de 1940) entiende que con la fórmula “desarrollo mental incompleto o retardado” del artículo 22, se “dispensaba la alusión expresa a los sordomudos y selváticos inadaptados”. En 1965 se propuso la fórmula brasileña de la inimputabilidad en la reunión para la redacción del “código penal tipo”, sosteniéndose que la misma abarca al indígena. REYES ECHENDÍA se opuso afirmando que no es posible sostener *“in genere* que el indígena, sólo porque es indígena, es un sujeto de desarrollo mental incompleto”. La misma posición sostuvieron PEÑA CABRERA y CARRANCARA TRUJILLO. Este último observó que “todo está en el punto de vista en que uno se coloque, y puede ser que desde el punto de vista de muchos indígena, los que no tengamos un desarrollo muy

ejemplo el Código Penal del Perú de 1924 -vigente hasta 1991-, (arts.44 y 45) dividía a los peruanos en: "hombres civilizados" e "indígenas semicivilizados" (asimilados a los que están degradados por la servidumbre y el alcoholismo) y "salvajes". El Código Penal de Bolivia de 1973 (arts.17 y 18) declaraba inimputable al "indio selvático" y semi-inimputable al "inadaptado cultural". En Brasil, el Código Penal (de 1940) entiende que con la fórmula "desarrollo mental incompleto o retardado" es igual al artículo 22, donde se "dispensaba la alusión expresa a los sordomudos y selváticos inadaptados". El vigente Código Penal de Colombia (art.33) califica al indígena como inimputable por "diversidad cultural". A continuación desarrollaremos las legislaciones más relevantes.

### § III.2.2.1. El Estado Colombiano.

Sin entrar en un análisis de los antecedentes legislativos del Estado colombiano para con las culturas minoritarias<sup>90</sup> –que siguen la lógica de discriminación- el artículo 33° del vigente Código Penal, establece de forma categórica lo siguiente:

*" Artículo 33. Inimputabilidad. Es imputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, **diversidad sociocultural** o estados similares".*

---

completo, seamos nosotros". Con este mismo lenguaje despectivo se redactaba el texto del código nicaragüense de 1837, cuyo artículo 14 decía: "Las tribus de indígenas salvajes que existen dentro del territorio del Estado, están exceptuadas de las disposiciones del anterior artículo,..."

<sup>90</sup> T-496-96. Dice la Corte Constitucional Colombiana que si bien es cierto que " tradicionalmente, el indígena era considerado como un menor de edad, un salvaje que por su clara posición de inferioridad ante el hombre blanco debía ser civilizado y sometido a una tutela paternalista. Dentro de esta perspectiva fueron promulgadas normas como la Ley 11 de 1821 que lo exoneraba de los costos que suponía un proceso, asimilándolo "a los demás ciudadanos considerados en la clase de miserables"; o la Ley 153 de 1887 que establecía, entre otras disposiciones, que los "bárbaros" que hubieran sido condenados a pena corporal y durante el cumplimiento de ésta fueran catequizados y bautizados, podrían pedir rebaja de pena. No debe olvidarse que el concepto tradicional de inimputabilidad dentro de la dogmática, señala a un individuo carente de capacidad o aptitud para comprender la ilicitud de un acto, o de comprenderlo, para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión. Según este criterio, acogido por el código penal, la inimputabilidad del sujeto está dada por la disminución de sus capacidades intelecto-valorativas o volitivas ya sea por inmadurez mental o alteración sicosomática al momento de la ejecución del hecho".

Como se ve, este artículo establece primero que es inimputable la persona que no tiene la capacidad de comprender la licitud de sus actos por causas biológicas y psicológicas; para luego dar el mismo trato a la diversidad cultural. Es decir, sin reparo alguno, establece que quien comete un delito, condicionado por su cultura, es un inimputable<sup>91</sup>. En el artículo 69º inciso 4, del mismo código estatuye como medida de seguridad para este tipo de inimputables <la *reintegración a dicho medio cultural propio*> medida que será aplicada de acuerdo al artículo 73<sup>92</sup>.

Esta forma de solución es aceptada por una parte de la doctrina colombiana, entre ellos REYES ECHENDIA, quién afirma que los indígenas no pueden estar exceptuados de cumplir la ley colombiana: "(...) *siendo la actividad psicofísica del agente presupuesto de su responsabilidad y estando las condiciones los indígena de desplegar una tal actividad, se concluye que pueden realizara conductas típicas*".

Sin embargo, otro sector de la doctrina como DARIO BENITEZ se pronuncian en contra de este opción: "Los miembros de

---

<sup>91</sup> Críticamente la Corte Constitucional de Colombia, afirma: "No debe olvidarse que el concepto tradicional de inimputable dentro de la dogmática penal, señala a un individuo carente de capacidad o aptitud para comprender la ilicitud de un acto, o de comprenderlo, para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión. Según este criterio, acogido por el código penal, la inimputabilidad del sujeto está dada por la disminución de sus capacidades intelecto-valorativas o volitivas ya sea por inmadurez mental o alteración sicosomática al momento de la ejecución del hecho". Continúa <Aquellas personas que el derecho penal ha denominado "inimputables", en efecto, se encuentran **en inferioridad de condiciones síquicas** para poder autodeterminarse y gozar a plenitud de la calidad de dignidad. Ello sin embargo no implica que tales personas carezcan de ella. Los inimputables poseen ciertamente dignidad, pero sus especiales condiciones síquicas requieren precisamente que el Estado y la sociedad los rodee de ciertas condiciones para que se **rehabiliten** y puedan así **equilibrarse** con los demás> (Véase la sentencia T-496).

<sup>92</sup> Artículo 73 del Código Penal colombiano: "La reintegración al medio cultural propio. Cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural, la medida consistirá en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca". Sobre este artículo afirma la Corte Constitucional: "Decir que se aplicará una medida de seguridad al indígena que en razón de su diferencia cultural no comprende el carácter perjudicial de su conducta, es desconocer que el indígena es un ser normal que no está afectado por ninguna insuficiencia síquica, que requiera ser "curada o rehabilitada". En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para "corregirlo". Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen "naturales" en el grupo que las predica (Véase. T-496-96).

comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con inmadurez psicológica o trastorno mental, factores que utiliza el Código Penal para caracterizar a los inimputables. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: "Retraso mental cultural"<sup>93</sup>. Se suma a éstas críticas la Corte Constitucional Colombiana quien sostiene " *que la redacción de la norma es desafortunada pues trata al indígena como un incapaz relativo, por no ser partícipe de los pretendidos "valores absolutos" de la cultura occidental*". Asimismo, en otras sentencias y reiteradamente se pronuncia en contra de este trato discriminatorio, "(...) *es claro que abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no sólo es inadecuado, si no que es incompatible con la filosofía de la Carta Política del 1991, <Constitución Política de Colombia> que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, si no dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías*". Tampoco sería admisible pretender equiparar al indígena con los demás miembros de la sociedad, como podría derivarse de la actitud paternalista que el Estado está obligado a brindar a los inimputables, pues en una nación que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural, ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse<sup>94</sup>. En la sentencia de C-370 del año 2002 la Corte Constitucional de Colombia, cuando era objeto de análisis una demanda de inconstitucionalidad de los artículos 33, 69 y 73 del Código Penal – en el que se derogó parcialmente estos artículos-, dijo:

---

<sup>93</sup> DARÍO BENÍTEZ, H. *Tratamiento Jurídico penal del Indígena Colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?* Temis. Bogotá, 1988, p. 119.

<sup>94</sup> Véase. T-496. Los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con inmadurez psicológica o trastorno mental, factores que utiliza el Código Penal para caracterizar a los inimputables. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una **diferencia** valorativa y no de una **inferioridad** en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades.

*“En tal contexto, la Corte considera que es posible condicionar la exequibilidad de la expresión acusada, a fin de ajustarla a la Carta. Así, en primer término, y para corregir las eventuales discriminaciones derivadas de la expresión acusada, la Corte considera que, por aplicación directa del principio de igualdad, y por el sentido mismo de la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Por consiguiente, si existe el error invencible de prohibición, entonces todo individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable pues, como ya se explicó en esta sentencia, desconocería la igualdad y la finalidad misma de la existencia de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural que en esos eventos el indígena o el miembro de una minoría cultural fuese objeto de una medida de seguridad, mientras que otra persona, en esas mismas circunstancias, es absuelto<sup>95</sup>”.*

#### **§ III.2.2.2.2. El Estado de Bolivia.**

Si de hablar de diversidad cultural se trata el caso boliviano es el que más llama la atención en la región Latinoamericana. Bolivia es un país donde la población indígena es numerosa, así como el mestizaje está muy extendido. Sin embargo, no existe información precisa sobre el número exacto de la población indígena. La referencia indirecta que se recoge de los Censos está referida solo a los lugares en que el Estado puede llegar. Se reconocen 36 pueblos indígenas distribuidos en todo el territorio boliviano, representando el 63% de la población total. Según el Instituto Nacional de Estadística Boliviano (INEB), entidad oficial del Estado boliviano, la población indígena para el 2001, año del último Censo de Población y Vivienda de Bolivia ascendía a un total de 4'133.138 habitantes de un total de 8'274.325 bolivianos<sup>96</sup>. La misma institución estatal en un censo piloto proyectó

---

<sup>95</sup> Véase la crítica completa en la Sentencia C-370 de la Corte Constitucional de Colombia, sentencia que resuelve la demanda de inconstitucionalidad del artículo 33 del Código Penal de Colombia, en el que se regula la inimputabilidad por diversidad cultural.

<sup>96</sup> Esta Población se encuentra distribuida a lo largo de los andes bolivianos como sigue: En las áreas rurales, 72% de la población es indígenas, comparado con un 36% en las zonas

que para octubre del 2008 la población sería cerca de 10.028.000<sup>97</sup> habitantes distribuidos en los nueve departamentos con que cuenta actualmente Bolivia y el porcentaje de la población indígena no varía mucho.

En su regulación jurídica la sociedad boliviana siempre ha intentado darle una solución a la diversidad cultural; sin embargo, los modos como lo han hecho, no han sido los idóneos. Pero, es a partir de la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia del oleaje en defensa de los derechos humanos, cuando se empezará a cuestionar la forma y no solo el contenido de las regulaciones jurídicas bolivianas. Sumado a esto la firma del Convenio 169 de la OIT, que da cabida para reflexionar sobre el pluriculturalismo y hacer una nueva interpretaciones de todo el ordenamiento jurídico a fin de que se adecue a las nuevas exigencias pluralistas. La situación actual del pueblo boliviano después de la promulgación de la Constitución Política del mes de febrero del 2009, no ha variado, pero la nueva Constitución ha marcado un hito en lo que legislar sobre la diversidad cultural se refiere; sin embargo –como se verá más adelante- esta constitucionalización por ahora sigue siendo una mera descripción de la realidad boliviana. Sin embargo, ya la penúltima Constitución boliviana, con las modificatorias hechas en el año de 1997 en su artículo 1º establecía que Bolivia es una nación: "*libre, independiente, soberana, "multiétnica y pluricultural" constituida en República Unitaria...*" Esto llevo a la modificación del artículo 17º del vigente Código Penal boliviano que al indígena le consideraba como inimputable. En efecto, el Código Penal boliviano que data de la década del 70 en su artículo 17º decía son inimputables:

- a) Enajenación mental. El que en el momento de cometer el hecho no haya podido comprender la criminalidad del acto o inhibir sus impulsos delictivos, a causa de enajenación mental.
- b) Intoxicación crónica. El intoxicado crónico por alcohol o estupefacientes, cuando se hallare en el estado a que se refiere el inciso anterior.

---

urbanas. Mientras que en la llanura un 17% de la población es indígena y un 83% es no indígena, en la sierra y en los valles los indígenas representan un 67% y 60%, respectivamente. Los quechuas y aymaras bolivianos residen predominantemente en la sierra y en los valles.

<sup>97</sup> Los resultados pueden confrontarse en el portal del Instituto Nacional de Estadística de Bolivia: <http://www.ine.gov.bo>; también en <http://embajadaboliviacolombia.org/Bolivia-Informacion-demografica>.



- c) Sordomudez y ceguera). Asimismo el sordomudo y el ciego de nacimiento sin instrucción.
- d) Embriaguez. El ebrio, cuando la embriaguez sea plena y fortuita.
- e) Indio selvático. El indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización.

Esta regulación obedecía a una tesis etnocentrista y discriminante contagiado de un falso evolucionismo. En este sentido el Código Penal boliviano, resolvía el problema de la "inmotivación normativa", absoluta o relativa, a causa de las barreras de comprensión cultural del injusto penal; a través de una fórmula de atenuación de la pena, fundamentándose en la supuesta minoridad del nativo "aculturado" por ser un ser "miserable"; como también lo regula el actual Código Penal colombiano o como lo regulaba el derogado Código Penal peruano del año 1224; como más adelante explicaremos.

Después, de las modificaciones que he hizo a la Constitución boliviana en el año de 1997, a primera vista existía una contradicción formal y material entre el Código Penal y su antigua Constitución, ya que según esta última Bolivia, después de su reforma constitucional de 1994 – la Constitución boliviana aprobado el 2004<sup>98</sup> mantiene la redacción -calificó a la sociedad boliviana como libre, independiente, soberana "multiétnica y pluricultural" (art.1°), reconociendo los derechos, entre otros, culturales de los "pueblos indígenas" (art. 171°). Sin embargo, este reconocimiento no se concretizó en su Código Penal, por lo que se suprimió el artículo 17° del Código Penal, pero no se reguló sobre la situación del indígena boliviano; quedando como única opción de interpretación la inimputabilidad. Es decir, jurídicamente con la supresión del inciso 5 del artículo 17° no se curó la enfermedad, solo se cambió de forma, la de explícita a la implícita. En efecto, la modificación realizada al Código Penal de Bolivia por ley N° 1768 el 10 de marzo de 1997,

---

<sup>98</sup> Constitución Boliviana aprobado el 2004 mantiene la redacción - aprobó calificar a la sociedad Boliviana como libre, independiente, soberana "multiétnica y pluricultural" (art. 1°), reconociendo los derechos, entre otros, culturales de los "pueblos indígenas" (art. 171°). Sin embargo, este reconocimiento no se concretiza en su Código Penal, en el que el indígena seguía siendo considerado un imputable. Actualmente con la nueva y reciente Constitución promulgada 07 de febrero del 2009, esta intención parece cambiar en el sentido se le da mayores derechos a los indígenas. Todo un nuevo y complejo trabajo que tienen los penalistas bolivianos para concretizar la nueva Constitución que trae nuevos vientos sobre la legislación de sobre los indígenas.

actualmente dicha norma tiene el siguiente contenido:

Art. 17º Código Penal boliviano (INIMPUTABILIDAD). *"Está exento de pena el que en el momento del hecho por enfermedad mental o por grave perturbación de la conciencia o por grave insuficiencia de la inteligencia no pueda comprender la antijuridicidad de su acción o conducirse de acuerdo a esta comprensión"*.

Como se observa este artículo, no hace ninguna referencia a la respuesta penal frente a una conducta calificada como delito por el ordenamiento penal, pero visto como una conducta normal por la comunidad indígena. El Código Penal no plantea ninguna solución, solo ha suprimido la inimputabilidad no dando otra alternativa, lo que hace suponer que el juez –siguiendo la vieja tradición de interpretación- no tiene ninguna opción más que volver a la inimputabilidad para poder argumentar jurídico-penalmente sus sentencias. Aunque también abre la puerta para interpretarse como un error de prohibición. Pero suma fuerza, a favor de la Inimputabilidad, que el actual artículo 18º del mismo Código Penal le considere como un supuesto de atenuación de la pena cuando se tratare de un delito cometido por un indígena y se compruebe su ignorancia de la ley.

Indica el art. 18º (atenuantes generales) *"Podrá también atenuarse la pena: (...)*

*4) cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la Ley".*

De otro lado, en el proceso penal, el Código de Procedimientos Penales boliviano les da competencia a las comunidades indígenas – en los que se extinguirá la acción penal - para que ellas mismas resuelvan sus conflictos conforme a las reglas consuetudinario sucedidos dentro de su comunidad, pero siempre en cuando la resolución no sean contraria a los derechos fundamentales y garantías personales establecida por la Constitución Política (art. 28º del Código de Procedimiento Penal).

### § III.2.2.3. El Estado del Ecuador.

Según su Constitución Política aprobada en 1998, en su artículo 1º señala que *“El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico (...)”*. El artículo 84, dice: El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico. Reconoce en pleno sentido la pluriculturalidad. Sin embargo, en su artículo 191º del mismo cuerpo legislativo les da una potestad jurisdiccional limitada, reza el artículo: *“Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes”*. Ecuador sigue la tradición del integracionismo jurídico, aunque el reconocimiento de la jurisdicción es muy especial y limitado, dado que la jurisdicción indígena existe solo cuando no se infrinja ni la constitución ni las leyes. Recordemos que otras constituciones tienen un margen de reconocimiento jurisdiccional más amplio, por ejemplo la constitución política peruana, reconoce la jurisdicción indígena siempre que no se infrinjan los derechos fundamentales. Sumado a esto que el Código Penal ecuatoriano no menciona expresamente un artículo en que regule la diversidad cultural; en todo caso la única alternativa es analizarlo en los artículos 34º y 35º donde hacen referencia a la inimputabilidad.

### § III.2.2.4. El Estado del Perú.

Para facilitar el estudio de la evolución legislativa sobre el trato que les ha dado el Derecho penal a las sociedades étnicas-socioculturalmente diferentes en el Perú, al igual que en los demás países no ha sido el mejor; para sistematizar su estudio dividiremos en dos fases: antes de la promulgación del vigente Código Penal de 1991 y posterior a él:

### § III.2.2.2.4.1. Hasta antes de 1991.

El Perú y como suele ser frecuente en los países cuyo proceso de conformación y consolidación democrática-económica es lento, inarticulado y sin objetivos claros, el avance constitucional a veces dista mucho del desarrollo jurídico del país y, más aún, de la realidad. La práctica de las relaciones sociales, incluido en este sentido, el propio comportamiento de los ciudadanos, expresa el patrón de comportamientos de un Estado instalado sobre una contradicción de culturas consistente en el hecho de que, algunas veces, parecería estar basado en una realidad histórica y cultural tendencialmente homogénea, en la que la pluriculturalidad o la multiculturalidad se agotarían solamente en la diversidad de lenguas, en la ubicación geográfica y en el uso del vestido. Empero, basta un somero estudio de la historia para percatarse que la realidad no es como parece o mejor dicho no es como quisieran algunos que fuese.

La historia nos hace ver que el nativo o indígena (oriundo peruano) desde la llegada de los españoles<sup>99</sup> fue tratado despectivamente, ya sea: como un niño en proceso de maduración, como un idiota, como un conglomerado de miserables o rústicos<sup>100</sup>. Con los indígenas se concretaron las doctrinas de Aristóteles y de Tomas de Aquino: el de la superioridad de las razas y que el delito es sinónimo de pecado por desconocimiento de Dios. Asimismo, siguiendo la teoría del evolucionismo llegaron a establecer que existían culturas (según los estadios de evolución) superiores e inferiores, los primeros deben mandar y los segundos deben obedecer<sup>101</sup>. Estas ideas se plasmaron

---

<sup>99</sup> Como se sabe, la conquista española significó la interrupción del desarrollo independiente de la sociedad y el Estado incas. Esto implicó la profunda modificación de las relaciones sociales y políticas nativas en el sentido de las pautas europeas. No se trató de una integración equitativa, sino de sometimiento y explotación. El sistema colonial impuso nuevas estructuras de poder social y económico, así como un revestimiento cultural centrado en la catequización católica, la castellanización y la implantación de un nuevo sistema de derecho.

<sup>100</sup> Véase SOLÓRZANO Y PEREYRA 1972: lib. 2, cap. 4, párr. 27, quién es uno de los comentaristas más sobresalientes de la Ley de la Indias.

<sup>101</sup> El principio especulativo de la asimetría ontológica de la especie humana proporcionó a las sociedades jerárquicas el sustento filosófico de comprensión de las diferenciaciones sociales históricamente producidas como si estas fueran diferenciaciones dadas por naturaleza. Colocar lo que es del orden de la convención como si lo fuera del orden de la naturaleza fue la estrategia de legitimación moral de las relaciones de dominio de las repúblicas aristocráticas y del etnocidio colonizador. Las diferencias étnicas y de género

en la administración bajo el pretexto de la evangelización de los indígenas que fue diseñado por BARTOLOMÉ DE LAS CASAS para justificar el trato de esclavos y la vida medieval de la colonia. Recién con la Constitución de Cádiz –quien encardina ideas liberales- de 1812, es cuando se reconocen algunos derechos civiles. Después de la lograr la independización, los criollos tuvieron la oportunidad de reivindicar al indígenas y formar una verdadera república de integración; mas por el contrario siguieron manteniendo el régimen colonial español o en su caso lo empeoraron y constituyeron una república de criollos y otras de indígenas<sup>102</sup>. Se promulgaron Leyes en los que no reconocían participación jurídica a las comunidades autóctonas. Por ejemplo, la Constitución de 1823, consideraba al indígena como un ser que no podía valerse por sí mismo y era menester una monarquía o un Estado republicano fuerte; las Constituciones de 1839 y de 1859 no les consideraban ciudadanos por no tener propiedades y no saber leer. En el Derecho penal el primer Código Penal de la república de 1862<sup>103</sup> en el que la ideología liberal individualista impedía ver las diferencias sociales y culturales e impulsaba la percepción de una nación imaginaria, deseada pero inexistente, las culturas minoritarias no tenían existencia.

A inicios del S. XX, tienen lugar cambios ideológicos a nivel mundial en la medida en que se desarrollan e incorporan en el ámbito constitucional criterios de democracia y se reconocen los derechos individuales y sociales –como se dijo en la primera parte de este trabajo-. En la Constitución de 1920 se introdujo un título especial

---

fueron interpretadas en el horizonte de las sociedades estamentales como indicadores privilegiados de las diferencias supuestamente sustanciales entre los géneros y entre los grupos étnicos. El colonialismo eurocéntrico encontró así en la teoría de la diferenciación natural el principio especulativo justificador de las políticas que consagraron la discriminación explícita -vale decir, jurídica- entre la república de indios y la república de españoles. Esta diferenciación marca el inicio de la fisura estructural más profunda de nuestra identidad como país. Cfr. TUBINO, Fidel. "Entre el multiculturalismo y la interculturalidad: más allá de la discriminación positiva". En: Fuller, Norma (ed.): *Interculturalidad y Política. Desafíos y posibilidades*, Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales el Perú, Lima, 2002, pp.51-76.

<sup>102</sup> COTLER, Julio. *Clases, Estado y la Nación en el Perú*. 3ra. Ed. Lima. Fondo Instituto de Estudios Peruanos. 2005. Con la desarticulación de la dominación española, hubo un vacío de poder, que ni los jefes militares de ni las fracciones oligárquicas pudieron llenar por su incapacidad de integrarse políticamente, y en consecuencia tampoco pudo integrar a la población dominada, restando así posibilidades de para la constitución real de un Estado y una nación.

<sup>103</sup> Este Código fue una copia de la legislación española.

consagrado a las garantías sociales. Estos cambios se concretaron, en materia penal, en la redacción del segundo Código Penal republicano de 1924. Víctor M. MAURTÚA, autor del proyecto, tuvo en cuenta las diferencias entre los pobladores y en el que se hace mención expresa de las sociedades culturalmente minoritarias. Con un criterio etnocentrista y, casi ya completamente superado en la época, MAURTÚA distinguió en civilizados (generalmente, descendientes de europeos, ciudadanos, hispanohablantes y cristianos), indígenas (semicivilizados, degradados por el alcohol y la servidumbre) y salvajes<sup>104</sup> (miembros de las tribus de la Amazonía de comunidades de los Andes). En los artículos 44 y 45<sup>105</sup> del Código, se previeron especiales medidas de seguridad, consistentes en el internamiento en una colonia penal agrícola. Rezan a continuación los artículos.

*Artículo 44 del Código Penal de 1924: "Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años. Cumplidos dos tercios de tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario, continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los veinte años.*

*Un reglamento del poder ejecutivo determinará las condiciones de vida de los salvajes colocados en colonia penal, que serán organizados en el propósito de adaptarlos en el menor tiempo posible al medio jurídico del país"<sup>106</sup>.*

---

<sup>104</sup> A nuestro juicio, esta previsión legal a la luz de la realidad y de la Antropología actual, parece obsoleta. Asimismo, el concepto de civilizado o no civilizado no es correcto para el objeto que el derecho busca a través de este dispositivo. (Véase las críticas en PEÑA CABRERA, Luis. *Derecho penal, parte general*. Lima. 1977. pp. 228 y ss.)

<sup>105</sup> Dicen los respectivos artículos: Artículo 44 "Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, (...)". Artículo 45. "Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo (...)".

<sup>106</sup> En 1926, Ángel Gustavo CORNEJO comentando los artículos expresaba: El artículo 44, que: "Los salvajes -vale decir- los habitantes de la selva o región montañosa del territorio, viven, realmente, fuera del medio jurídico nacional. Sin contacto con las instituciones, sin vínculos con la población civilizada, hablando dialectos solo de ellos conocidos, ni los amparan ni los obligan propiamente las leyes de la República. Su vida nómada en la selva, su rudimentaria organización, los incapacitan para ser sujetos de derecho; y si alguno tienen o reconocen es

*Artículo 45 del Código Penal: "Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semi-civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a la regla del artículo 90. Podrán asimismo, en estos casos, sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional con arreglo al título VII. Podrán también reemplazar la pena de prisión según el procedimiento en el artículo 42".*

Con respecto a los indígenas,- como se lee en los artículos, es el tiempo de la discriminación explícita- en razón de su condición personal, siguiendo el Código Civil de 1922, se les consideró como <imputables relativos> y se previó que se les reprimiese de manera prudente o se les aplicara la medida de seguridad indicada de acuerdo a su «desarrollo mental», «grado de cultura» y «costumbres». En cuanto a los «salvajes», se estableció que, en caso de sancionárseles con pena privativa de la libertad, esta sea sustituida con la misma medida de seguridad, a la que se atribuyó como fin

---

el consuetudinario de germinación espontánea en todo grupo humano, si tal nombre mereciere; y es probable que tengan penalidad sanguinaria y vengativa de las tribus primitivas. El artículo que comentamos, vale pues, más que como norma necesaria y práctica, como la manifestación de un buen propósito en beneficio de estos autóctonos habitantes de la región de las montañas. El salvaje, por su misma condición, no está en condiciones de apreciar la ilicitud de los actos que practica en relación con las leyes de la República que en lo absoluto ignora, ni puede, tampoco, discernir la moralidad de sus acciones con el mismo criterio de un hombre civilizado; y está sola circunstancia lo pondría al amparo del artículo 87, es decir, atenuaría la penalidad que hubiera de aplicársele por infracciones que merecieran una pena no mayor que la prisión. Aun tratándose de crimines de más gravedad, nunca podría prescindirse, al individualizarse la pena, de sus condiciones personales. Pero sería siempre injusto someterlos al imperio de una ley de la que están desvinculados y apreciar su responsabilidad con relación a las normas morales de que no tienen la más mínima noción. Es, pues, de justicia absoluta aplicar a estos delincuentes un régimen de mera seguridad, de función esencialmente tutelar y educadora, para procurar su adaptación, dentro del menor tiempo posible, al medio jurídico del país".

En cuanto al contenido del artículo 45 -el mismo autor- señalaba que "Los indígenas semi-civilizados -debiendo entenderse por tales a los aborígenes que viven separados de los centros poblados, en pequeños núcleos o ayllus, o diseminados en la Cordillera o en los valles andinos, ignorando el idioma castellano, sin saber leer ni escribir, o los que trabajan en los grandes fundos de la sierra, dedicados al pastoreo-; han merecido una atención especial del legislador (...) a condición de que a su calidad de indígenas se añada la de su degeneración por la servidumbre y el alcoholismo", considerándolos sujetos de protección tutelar. Cfr. CORNEJO, Ángel Gustavo. "Comentarios al nuevo Código Penal". Librería Científica Francesa. Lima, 1926. pp.132 y ss.

alcanzar su «asimilación a la vida civilizada» e inculcarles una «moralidad» que los haga aptos para «conducirse» bien. Asimismo, el Código Penal de 1924 siguiendo la concepción causalista del delito, estableció dos formas de error: de hecho y de derecho (artículo 87° CP-1924)<sup>107</sup>. Lo que hizo posible que la Judicatura no sólo pudiese atenuar las penas a imponerse por hechos culturalmente condicionados bajo la excusa de ser "salvajes", "semicivilizados" o establecer, conforme la propia legislación de aquella época, un régimen de ejecución penal acorde con su condición (colonias penitenciarias), sino incluso absolviendo en algunos casos a causa de dicho condicionamiento cultural, traducido en este sistema penal del siglo pasado, a un error de cultura. Así, ABASTOS - a mediados del siglo pasado- afirmaba que "en vez de declarar la incapacidad absoluta del indio, la ley debe establecer junto a un principio común y general de capacidad penal (imputabilidad) unas cuantas excepciones de inimputabilidad". Después de propugnar la creación de un Derecho especial para el indígena, agregaba que "si hay que poner al indio en un plano de incapacidad relativa, no es porque sea indio sino porque pertenece a una cultura diferente"<sup>108</sup>.

Desde una perspectiva etnológica, se puede sostener que el Código de Maúrtua adoptó una concepción «de asimilación», es decir buscó utilizar al Derecho penal como un medio para incorporar a la «civilización» a los grupos de peruanos que se conservaban fuera de esta. Con un criterio paternalista y afanado en imponer su cultura o civilización, se ignoró la cultura y, en particular, las costumbres de los pueblos nativos. El hecho que cometieran un comportamiento calificado de delito por el derecho penal oficial fue considerado como una buena ocasión para poner en marcha la finalidad

---

<sup>107</sup> Estas dos formas de error (*error facti* y *el error iuris*) hoy, han pasado ser historia del desarrollo del Derecho penal. Actualmente se habla de error de tipo y error de prohibición. Dado que un error de hecho puede ser error sobre los elementos fácticos como sobre el derecho. Esto como consecuencia no de la distinción entre lo objetivo para el injusto y lo subjetivo para la culpabilidad, sino porque son errores que se analizan en dos categorías diferentes de la teoría del delito: el error de tipo se analiza en la tipicidad y el error de prohibición en la culpabilidad. Véase (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11° edición, 4° edición castellana. Trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. Santiago de Chile. Editorial jurídica de Chile. 1969. p. 197). En este sentido resuelve correctamente el artículo 14 del vigente Código Penal.

<sup>108</sup> ABASTOS, Manuel G. "*Necesidad de una legislación especial indígena*". En: Asuntos Indígenas del Perú. Ministerio de Justicia y Trabajo, Año 1. Vol. 1.Lima, 1949. p. 28.



moralizadora y civilizadora estatuida en el mismo Código. El delito, en este caso, era sinónimo de falta de educación e ignorancia.

### § III.2.2.2.5. Críticas.

A la tesis que señala que la salida de la diversidad cultural en el Derecho penal debe ser tratada como una causal de inimputabilidad se le puede cuestionar lo siguiente:

- a. Se construye sobre fundamentos del *darwinismo social* o *falso evolucionismo*. Esto es que la sociedad se clasifica en función a su estado de evolución en donde los estados del *primitivismo*, *salvajismo*, *semisalvaje* y *semicivilizado* le corresponden el trato según su status generacional. Evolución que presentada correctamente desde una perspectiva darwiniana correspondía más bien a cuestiones biológicas y no sociales, de allí se diga que los criterios *spencerianos* sostienen un "*falso evolucionismo*". Esto sin duda constituye un *etnocentrismo grosero y lesivo contra el principio y derecho fundamental a la dignidad humana* del cual poco a poco nos vamos liberando en Latinoamérica. Una de sus vertientes en la Criminología será la Escuela Positiva con sus máximos representantes LOMBROSO, FERRI y GARÓFALO que plantearon el determinismo criminológico ya sea biológico o social<sup>109</sup>.
  
- b. Tiene como fuente histórica, un concepto nacido en Roma, el concepto de la miserabilidad del indígena. La idea de "*miserabilidad*" del indio que se asentó en la colonia a fin de legitimar la intervención española en todos los sectores de la vida del nativo. No sólo en la vida política estatal sino incluso en su vida privada, a modo de curador. Esta práctica tuvo sus orígenes en Roma<sup>110</sup> (en el CODEX<sup>111</sup>) y se asentó en la colonia

---

<sup>109</sup> Para mayor referencia véase. MIR PUIG. *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2° ed. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF. 2002 .pp. 159-165. También véase GARCIA- PABLOS DE MOLINA. *Criminología*. Lima. Fondo Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP). 2008. pp. 236-260; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Locos y culpables*. cit. pp. 49-161.

<sup>110</sup> En el lenguaje jurídico-legislativo, esta palabra ("miserable", *miserabilis*) aparece por vez primera en una constitución de Constantino contenida en el Codex 3.15 dada en el año 539,

española, considerando al indio como una especie de "niño grande" como una especie de miserable condicionado a una ociosidad natural. La noción de *miserabilidad* proviene del latín "*miserabilis*" la que a su vez proviene de la conjunción de "*miser*" y "*miserandus*". La *primera* alude al hombre desgraciado, infortunado, infeliz, desventurado; la *segunda*, hace referencia a aquello que es digno de lástima. En tal sentido, "*miserabilis*" significa, en este contexto, "hombre digno de compasión", entonces se conceptuaba al indio nativo como un "*hombre digno de compasión*". Sin embargo, esta tesis de la miserabilidad romana se invirtió cuando se aplicó a los oriundos del nuevo continente americano. Si la miserabilidad en Roma fue la excepción en América fue la regla, los indígenas fueron

---

en la que Constantino ordena que a determinadas personas por sus condiciones miserables – generalmente por condiciones sociales–; el derecho debía tener un trato preferencial brindándoles ciertas condiciones de equidad y justicia. Es necesario enfatizar que con la llegada de los españoles al continente americano la regla se invierte, es decir que todos los indígenas eran considerados dentro de la categoría miserabilidad, y solo algunos salían del parámetro. Y las causas de la miserabilidad del indígena no eran sociales, sino naturales. El indígena era miserable por naturaleza, dando origen a una cuestión racial; aspecto que no existía en Roma. En general todos los indígenas, con muy contadas excepciones, caen bajo esta especial consideración legal. Así, es como una categoría jurídico-social nacida en el Derecho romano del Bajo Imperio, y recibida en el Derecho hispano medieval, con la finalidad de ofrecer cierta tutela o protección jurídica a determinadas categorías sociales consideradas débiles e incapaces de defenderse por sí mismas frente a los abusos de los grupos sociales más poderosos, fue transportado en forma distorsionada al nuevo mundo a mediados del s. XV y fueron argumentos que utilizaron los teólogos y juristas formados en el seno del *ius commune* a fin de proporcionar un marco jurídico tuitivo para los indios americanos, sometidos a indefectibles abusos por parte de los conquistadores europeos. Sin embargo, - como ya se dijo- su aplicación a los indios sometidos no dejaba de presentar características peculiares, que se alejaban notoriamente del expreso precedente romano, comenzando por su extensión lineal a todos los miembros de las comunidades indígenas, configurando así un <status jurídico de raza> ausente del modelo romano y de la recepción. Como es obvio, esta concepción jurídica (o, propiamente, jurídico-moral) del mundo indígena respondía a un modelo paternalista, encubridor de la explotación real, que concedía a la mayoría indígena una serie de tratos de favor, pero al precio de condenarla a un estado permanente de desigualdad jurídica y sometimiento efectivo. (Véase GONZALES MANTILLA, Gorki. "*La miserabilidad del indio en el siglo XVI*". Artículo publicado en THEMIS. N° 34, 1996, Bogotá., p. 294).

<sup>111</sup> Dice, la Constitución de Constantino - dada en Constantinopla en el año 534, en las calendas de Julio, bajo el consulado de Optado y de Paulino - en lo que a nuestro tema se refiere: "*Si contra pupilos, viudas, atacados de enfermedad incurable y débiles, se hubiese impetrado el juicio de nuestra lenidad, no sean compelidas dichas personas por ninguno de nuestros jueces a presentarse a nuestras comitivas. Por el contrario prueben su fortuna en el litigio en la provincia en la que se hallan el litigante y los testigos o los instrumentos, y procúrese con todo cuidado, que no se vean forzados a salir de los límites de sus provincias. Mas si los pupilos, o las viudas, u otras personas miserables por injuria de la fortuna hubieren suplicado en juicio de nuestra serenidad. Principalmente cuando tienen gran temor al poder de alguien, sean obligados sus adversarios a presentarse a nuestro examen*".

considerados miserables por naturaleza. Y las causas de la miserabilidad del indígena no eran sociales- a la inversa de Roma-, sino naturales. El indígena era imbecil por naturaleza, dándose origen a una cuestión racial; aspecto que no existía en Roma. En general todos los indígenas, con muy contadas excepciones, caen bajo esta especial consideración legal. Esto se aprecia y se pone en vigencia en la Colonia en los escritos de GINES DE SEPÚLVEDA, hombre formado con ideas aristotélicas; concebía la superioridad de algunos hombres y de algunos pueblos frente a otros, y efectivamente el indio a su entender era inferior a los pueblos civilizados: "(...) *la índole y costumbres de aquellos hombrecillos tan bárbaros, incultos e inhumanos (...)*"<sup>112</sup>; al mismo tiempo que sustenta la esclavitud natural de los nativos, siguiendo la tesis de ARISTÓTELES<sup>113</sup>. Estas ideas son paralelas a de FRANCISCO DE VITORIA, el cual ve en los indios "*personas incapaces para gobernarse por sí mismas, debido al estado de barbarie en el que se encuentran y la falta de capacidad e inteligencia que los equipara en razón a los niños, hecho que amerita un gobierno por los españoles*"<sup>114</sup> o cuando manifiesta que los indios "son bárbaros y medrosos por naturaleza, y a veces estúpidos y necios"<sup>115</sup> aunque, frente a tal situación propone como solución la educación y la religión. Sobre todo BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, desde una perspectiva

---

<sup>112</sup> Cfr. GONZÁLEZ MANTILLA, Gorki. *La consideración del indio como persona: el Derecho Romano, factor de resistencia en el siglo XVI*. Art. Publicado en Hampe Martínez (compilador) <La tradición clásica en el Perú virreinal>. Lima. Fondo Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1999. pp. 267 y ss.

<sup>113</sup> ARISTÓTELES, en su obra *La Política Libro I* cap. 1 afirma: "La naturaleza, teniendo en cuenta la necesidad de la conservación, ha creado a unos seres para mandar y a otros para obedecer. Ha querido que el ser dotado de razón y de previsión mande como dueño, así como también que el ser capaz por sus facultades corporales de ejecutar las órdenes, obedezca como esclavo, y de esta suerte el interés del señor y el del esclavo se confunden. La naturaleza ha fijado, por consiguiente, la condición especial de la mujer y la del esclavo. La naturaleza no es mezquina como nuestros artistas, y nada de lo que hace se parece a los cuchillos de Delfos fabricados por aquéllos. En la naturaleza un ser no tiene más que un solo destino, porque los instrumentos son más perfectos cuando sirven, no para muchos usos, sino para uno solo. Entre los bárbaros, la mujer y el esclavo están en una misma línea, y la razón es muy clara; la naturaleza no ha creado entre ellos un ser destinado a mandar, y realmente no cabe entre los mismos otra unión que la de esclavo con esclava y los poetas no se engañan cuando dicen: Sí, el griego tiene derecho a mandar al bárbaro, puesto que la naturaleza ha querido que bárbaro y esclavo fuesen una misma cosa".

<sup>114</sup> Vid. VITORIA, Francisco. *Reelecciones sobre los indios*. Buenos Aires-México: Espasa Calpe, Colección Austral, 1947, p. 110.

<sup>115</sup> Op. cit. parte III, p. 108

humanista y paternal de los indígenas es el primero en formular el término "*miserables*" como mecanismo jurídico que permitía otorgar *un sistema de protección específico para los indios, cuya jurisdicción correría a cargo de la Iglesia*<sup>116</sup>.

En resumen la tesis de la inimputabilidad se construye sobre un marco teórico e ideológico ( el del falso evolucionismo – que justifica la concepción de culturas superiores e inferiores- y el de la miserabilidad del indígena –que justificó el paternalismo y la explotación-) criterios que aún perduran y que aún hoy cargamos en Latinoamérica; donde la situación del etnocentrismo, discriminación racial y cultural conduce a una polarización trágica de la sociedad, el mismo que llevo a establecerse en la historia del Perú, "una República de indios" y otra de "blancos"<sup>117</sup>. Por ello, como principio, necesariamente cuando la solución se asienta en la inimputabilidad, de forma explícita o implícita se está aceptando la preeminencia de una cultura sobre la otra y que la inferioridad del indígena se debe a una condición de miserabilidad y la superioridad de la cultura occidental no viene porque tenga el poder económico y político –lo que sería una simple constatación empírica-, sino porque se le califica de superior, aún cuando no se reconozca tal finalidad en quienes preconizan tal temperamento, imbuidos tal vez por un paternalismo<sup>118</sup>. La inimputabilidad, en palabras de VILLAVICENCIO, implicaba la plasmación de un pensamiento antropológico etnocentrista propio de tiempos pretéritos que colocaba en un pedestal a la civilización occidental en detrimento de las comunidades o agrupaciones que no pertenecieran a ella como se consideraba a la "indígena", la cual, a través de la aplicación de sanciones penales -penas y medidas de seguridad- debía alinearse o adaptarse a aquella por "ser" la abanderada del progreso o desarrollo de la humanidad<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> SEMPAT ASSDOURIAN, Carlos. *Fray Bartolomé de las Casas obispo: La condición miserable de las naciones indianas y el derecho de la Iglesia (un escrito de 1545)*, en, Allpanchis. Instituto de Pastoral Andina, A o XXII, N 35/36. 1999-I, pp. 29-103. Una posición contraria y discrepante lo trabaja CASTEÑEDA DELGADO, Paulino. *La condición miserable del indio y sus privilegios*, en, Anuario de Estudios Americanos. Sevilla: Escuela Hispano-americanos de Sevilla, 1971, pp. 264-265 y 291.

<sup>117</sup> Vid. BALLÓN AGUIRRE, F. *Etnia y represión penal*. Lima: CIPA, 1989, p. 20 y ss.

<sup>118</sup> GARCÍA TOVAR, Enrique. *Culturas Diversas y Sistema Penal*, cit. p. 24

<sup>119</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Error de prohibición culturalmente condicionado*. En Código Penal Comentado. T. I. Lima. Ed. Gaceta. 2004. p. 490 y ss.

Exclusivamente desde dentro de la teoría del delito a esta tesis se le cuestiona:

- c. Tradicionalmente y como hace la doctrina dominante en la actualidad, considera que en la imputabilidad penal, concurren dos elementos: *a) la capacidad de comprender el injusto del hecho, y b) la capacidad de dirigir su actuación conforme a dicho entendimiento*<sup>120</sup>. Falta el primero, cuando el sujeto del injusto se halla en una situación mental en que no puede percatarse de forma suficiente que su conducta está prohibida, y falta lo segundo cuando el sujeto es incapaz de autodeterminarse de acuerdo a esa comprensión. Si falta el primer elemento, tampoco concurrirá en segundo. Ahora bien, la inimputabilidad, ha sido siempre vinculada a la posibilidad de autodeterminación; de allí que, según la doctrina, su exclusión se vincule a impedimentos <psicofísicos><sup>121</sup> que limitan total o parcialmente dicha posibilidad de determinación. De aquí definiciones legislativas como el Código Penal alemán en su actual redacción en el § 20<sup>122</sup>, de forma similar la normativa española el Código Penal de 1995, que en su artículo 20<sup>123</sup> o como la actual definición del Código Penal peruano de 1991, en su artículo 20.1<sup>124</sup> reconozcan expresamente estas causales. Esto nos lleva a la conclusión del carácter taxativo o expreso que poseen las causas de la inimputabilidad en tanto estatus de incapacidad de culpabilidad, descansando ello sobre la base del principio de legalidad en su expresión de garantía en la

---

<sup>120</sup> MIR PUIG, S. *Derecho penal, parte general*. cit. p. 556.

<sup>121</sup> Actualmente se habla también del criterio normativo – que es correcto-; solo que los defensores de la tesis de inimputabilidad a la diversidad cultural; primero, nunca defienden esta nueva concepción de inimputabilidad, segundo en todo caso también lo normativo tiene un presupuesto, y este en la inimputabilidad son criterios físico-síquicos.

<sup>122</sup> *“Actuará sin culpabilidad el que en la comisión de hecho, por razón de un trastorno mental, de una conciencia alterada o por razón de deficiencia mental o de otras anomalías mentales graves, este es incapacitado para apreciar la injusticia del hecho o para actuar conforme con esta intención”;*

<sup>123</sup> *“Están exentos de responsabilidad criminal: 1. Los que a tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la licitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.”*

<sup>124</sup> *“Están exentos de responsabilidad penal: 1. El que por anomalía síquica, 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; 2. El menor de 18 años”.*

aplicación de la Ley Penal –contrario sensu- como también en la garantía en la inaplicación de la misma (de la Ley Penal). Por tanto, no se pueden establecer causales de inimputabilidad más allá de la Ley, más allá de que la norma penal previamente ha definido como tal. Las causas de inimputabilidad son los que la ley dice; y la tradición tanto doctrinaria como legislativa ha sido de elegir solamente determinadas causas y estas causas siempre tienen como fundamento factores físico-síquicos. Asimismo, la definición respecto la causal del artículo 20.1. del Código Penal peruano sobre la alteración de la percepción hace referencia necesariamente a cuestiones biológicas. Así por ejemplo, GARCÍA CAVERO, “por alteraciones de la percepción debe entenderse los defectos físicos que impiden una adecuada representación de la realidad; por ejemplo los ciego-sordos, los mudos-sordos<sup>125</sup>. En efecto, hasta donde se conoce tres han sido los métodos sobre las cuales se ha construido el concepto de la inimputabilidad:

- i. El Método biológico. Se refiere al estado de anormalidad física del agente, apareció cuando la Psicología como ciencia no estaba muy desarrollada. En este sentido por ejemplo el Código Penal francés de 1810. Pocos han sido las legislaciones que siguen este modelo.
- ii. El Método psicológico. Este criterio, no alude principalmente, a los estados anormales, sino a las consecuencias psicológicas como los trastornos de conciencia, debilitamiento de la voluntad. El Código Penal prusiano de 1852, aun consideraba como causas de exculpación de una intención dolosa, cuando el autor este privado de razón o no sea consciente de su acción. Esta posición no ha sido seguida.

---

<sup>125</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal, parte general*. Lima. Ed. Grijley. 2008. p. 528

- iii. El método mixto o biopsicológico o físico-psicológico. Modelo que atiende los factores biológicos como psicológicos. Es decir que la inimputabilidad se debe a la mixtura de ambos factores, solo que habrá determinados casos donde predomine uno de ellos. Este modelo es el que ha sido seguido por la mayoría de las legislaciones penales como la inglesa, alemana (§ 19, 20 y 21), española (arts. 19, 20 y 21), del mismo modo en América del Sur como el Perú (artículos 20, 21 y 22), Argentina (art. 33), Bolivia (arts. 17 y 18), Chile (arts. 10 y 11), Colombia (arts. 31, 32, 33 y 34).

Es claro que abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no sólo es inadecuado, si no que es incompatible con la actual teoría del Estado, los tratados sobre derechos humanos y las constituciones modernas, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, si no dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías. Los miembros de las comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o con inmadurez psicológica o trastorno mental, factores que utiliza el Código Penal para caracterizar a los inimputables. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de predicarse cierta connotación peyorativa: "retraso mental cultural", sustentada en teorías hoy –para bien- olvidadas por la historia. En esta línea, ZAFFARONI afirma: *"Es necesario terminar con la lamentable cuestión etnocentrista de la inimputabilidad del indígena (...) considerar al indio (indígena) como inimputable es considerarlo como un ser inferior, parangonearlo con el enfermo, perturbado síquico. En rigor de la verdad en indio (indígena)*

*no es inferior a nadie, ni mucho menos tiene una cultura inferior a la nuestra, lo que pasa es que su cultura es distinta*". Biológica y psicológicamente el indígena está proveído de todos los requisitos para poder conocer la norma, pues en este estado en nada se diferencia de la sociedad culturalmente dominante. Como es obvio, todos los miembros de las sociedades culturalmente minoritarias - física y psicológicamente- se encuentran en las mismas condiciones que otra persona; el pertenecer a otra cultura, poseer otros valores, el no conocer las normas de la cultura dominante y comportarse según ellas, no puede ser concebido como un defecto biológico-psicológico. Si se invierte la regla tampoco cabría darle el adjetivo de inimputable a una persona de la sociedad occidental que no conoce las normas de las culturas minoritarias. Por ello, aceptar la tesis de la inimputabilidad sería - en países como en Bolivia, en el que la población indígena es cerca de la mitad- aceptar que casi la mitad del país son inimputables. No existe algo más discriminatorio en el Derecho penal que tratar por el solo hecho de pertenecer a otra cultura.

- d. A los autores que sostienen que el calificativo de inimputables a las personas no les hace inferiores, pues el loco o el menor de edad siempre han sido considerados inimputables y eso no significa que sean inferiores a los imputables; sino que todo dependería del contenido que se le dé a la inimputabilidad, y actualmente este contenido debe ser normativo, en el sentido que estas personas en condiciones de inimputabilidad no pueden motivarse conforme a la norma penal. Esta definición podría ser ampliada a sociedades culturalmente minoritarias para considerarles inimputables por falta de motivación conforme a la norma, pero no por causas físico-psicológicas, sino por razones culturales<sup>126</sup>. Es válido señalar: i) Que a las personas que el Derecho penal ha denominado "inimputables", en efecto, se encuentran en inferioridad de sus condiciones psicosíquicas para poder autodeterminarse y gozar a plenitud de la calidad racional de un ser humano digno. Ello sin

---

<sup>126</sup> Cfr. MEINI, Iván. *Inimputabilidad penal por diversidad cultural. Sobre el artículo 15 CP*. En Revista Peruana de Ciencias Penales T. 20 (Dir. Urquiso Olaechea) Lima. IDEMSA. 2008. p. 306.



embargo, no implica que tales personas carezcan de ella. Los inimputables poseen ciertamente dignidad, pero sus especiales condiciones síquicas requieren precisamente que el Estado y la sociedad los rodee de ciertas condiciones para que se rehabiliten y puedan así equilibrarse con los demás, solo así se legitima las medidas de seguridad. Los inimputables no poseen o la tienen muy disminuidas las bases físico-sicológicas para poder comprender el mensaje de la norma; ii) Ciertamente la inimputabilidad debe ser concebido como un concepto biológico-síquico-normativo (físico-normativo), efectivamente no existe una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad de la sociedad y para la sociedad, una culpabilidad para los demás –en este sentido es normativo-. No es una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como autor. La culpabilidad no es un fin es si mismo, sino un medio para la imposición de la pena<sup>127</sup>. *Lo manifestado, no significa que lo normativo se baste en sí mismo, sino que necesita de una base fáctica y ésta en la inimputabilidad es biológico-síquico y no cualquier estado, sino que estos estén grandemente disminuidos*. Cuestión, que no es el caso cuando se habla de diversidad cultural.

- e. Otra crítica que cabe señalar, es sobre las medidas de seguridad. Como se sabe declarado alguien como inimputable, si bien no cabe la imposición de una pena, pero sí la imposición de una medida de seguridad. En este sentido, es uniforme la doctrina en aceptar que la alegación de la inimputabilidad, sea que se ha imputado a una persona un hecho punible cualquiera; en tanto mecanismo de defensa en concreto respecto de la posibilidad de imposición de sanciones penales no acordes con el principio de culpabilidad; serian las medidas de seguridad, como se prevén en los artículos 71º y 72 del Código Penal peruano<sup>128</sup>. Ahora bien, la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad del sujeto para con la

---

<sup>127</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Madrid. Ed. COLEX. 1997. p. 53

<sup>128</sup> Vid. Entre otros; SIERRA LÓPEZ. *Las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 20 y ss.

sociedad. Vale preguntarse ¿de ser declarado inimputable un indígena o nativo que tipo de medida de seguridad se aplicará? ¿este indígena es un peligro para la sociedad? ¿el tener una cosmovisión distinta *per se* hace a uno fuente de peligro? ¿sería legítimo hablar de una internación o tratamiento terapéutico cultural? ¿es acaso válido constitucionalmente que las normas penales prevean una forma de inimputabilidad, con su correspondiente medida de seguridad, para aquellos eventos en que un indígena, o un miembro de otra minoría cultural, con autoridad propia, cometan una conducta típica y antijurídica, pero no hayan podido actuar culpablemente, al no poder comprender, debido a su diversidad cultural, la ilicitud de su comportamiento? Algunos defensores de la tesis de la inimputabilidad son consciente de esta contradicción y no se pronuncian al respecto, otros sostienen que la declaración como inimputable por factores culturales, no amerita una medida de seguridad<sup>129</sup>; en otras palabras sería una inimputabilidad especial: inimputabilidad sin medidas de seguridad. Como se ve, aceptar esta construcción es distorsionar extremadamente los conceptos ya construidos y cimentados en el Derecho penal. Aquí, son válidos los argumentos que presenta la sentencia del Tribunal Constitucional colombiano, que declarando inconstitucional la legislación penal que regulaba la imposición de medidas de seguridad por causas culturales, dice:

*"(...) las medidas de seguridad persiguen fines de <curación, tutela y rehabilitación>, que dentro de un régimen penal de pretendida validez universal, buscan "sanar a la persona, restablecer su juicio y lograr su readaptación al medio social". Decir que se aplicará una medida de seguridad al indígena que en razón de su diferencia cultural no comprende el carácter perjudicial de su conducta, es desconocer que el indígena es un ser normal que no está afectado por ninguna insuficiencia síquica, que requiera ser "curada o rehabilitada". En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para "corregirlo". Este*

---

<sup>129</sup> Cfr. MEINI, Iván. *Inimputabilidad penal por diversidad cultural. Sobre el artículo 15 CP.* cit. p. 287 y ss.

*tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen "naturales" en el grupo que las predica"<sup>130</sup>.*

- f. Podemos sumar la crítica hecha a la tesis de las causas de justificación y a la tesis del error de prohibición, dado que la inimputabilidad es una categoría que se analiza en la culpabilidad, y por ende presupone que una conducta sea típica y antijurídica. Y todas las consecuencias que implica esta consideración valorativa –como ya se mencionó–.

### **§ III.2.2.3. El modelo de Error Culturalmente Condicionado; trascendencia e interpretación del artículo 15 del Código Penal peruano.**

La actual regulación del Código Penal peruano, en lo referente a la diversidad cultural, es el resultado de la tendencia constitucional del respeto por la diversidad e identidad cultural. Del reconocimiento del pluralismo cultural, se llega a la descriminalización de ciertas conductas, estas se dan principalmente, en dos materias: el uso ritual de sustancias narcóticas y la jurisdicción propia. En 1985, el IX Congreso Indigenista Interamericano recomendó la legalización del uso ceremonial de sustancias psicoactivas y, posteriormente, se declaró lícito en Colombia (1986), Bolivia (1988) y Argentina (1989). En Bolivia, se declararon lícitas las formas tradicionales de uso de la hoja de coca y, en Argentina, se estableció que no sean considerados como delitos la tenencia y el consumo tradicional de la coca<sup>131</sup>. En este camino, algunos autores propusieron superar la estigmatización mediante un concepto renovado de la inimputabilidad, a la que definieron, más bien, como una «racionalidad distinta» o como el «resultado de un proceso de socialización», en vez de una incapacidad, pero estos intentos no lograron parar el declive de la

---

<sup>130</sup> Sentencia Tribunal Constitucional de Colombia C-370

<sup>131</sup> PAUL AMARY, René. "Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate". En Derecho penal y pluralidad cultural Anuario de Derecho Penal 2006 (Dir. Hurtado Pozo) Lima. Fondo PUCP. p. 92.

inimputabilidad sociocultural<sup>132</sup>. Mientras iba disminuyendo la importancia de la inimputabilidad sociocultural, apareció una propuesta que parecía adecuarse mejor al esquema pluralista; las ideas del profesor ZAFFARONI: el «error de comprensión culturalmente condicionado<sup>133</sup>» que fue acogido por nuestra legislación. Empero, el proyecto del Código Penal peruano de abril de 1986 pretendía darle el mismo trato que la inimputabilidad; el artículo 21 del Proyecto señalaba: *“El Juez puede declarar inimputable o atenuar la pena por debajo de mínimo legal al que, por su cultura o costumbre comete un hecho punible sin poder comprender debidamente el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión”*, propuesta al que de forma crítica – y muy cierta – respondió ZAFFARONI: *“Es necesario terminar con la lamentable cuestión etnocentrista de la inimputabilidad del indígena (...) considerar al indio (indígena) como inimputable es considerarlo como un ser inferior, parangonearlo con el enfermo, perturbado síquico. En rigor de la verdad en indio (indígena) no es inferior a nadie, ni mucho menos tiene una cultura inferior a la nuestra, lo que pasa es que su cultura es distinta. No existe en el mundo razón alguna que avale la prédica hipócrita de la superioridad de nuestra cultura, por más que el indígena fabrica lanzas, reduzca cabezas, no debemos olvidar que nosotros fabricamos misiles, bombas de neutrones etc.”* Posteriormente, en setiembre de 1989, fue acogida las ideas del profesor argentino en el artículo 20, finalmente en el proyecto del Código de 1991 en el artículo 15 fue decidió por la redacción conforme el texto de la ley vigente. El Perú, después del año 1991 es el único Estado que ha regulado positivamente la coexistencia de diversas culturas en un mismo espacio social. En el Código Penal peruano vigente, se recogieron lo que aparentemente significó los postulados más modernos de nueva dogmática penal relativo al problema de la Diversidad cultural y Derecho penal, resultado del progresivo avance del respeto a los Derechos Humanos de la persona y la concientización que somos un país pluricultural; un Estado político sentado en varias naciones. La trascendencia de esta regulación fue grande que muchas legislaciones cambiaron su normativa o

---

<sup>132</sup> PAUL AMARY, René. op. cit. pp. 89 y ss.

<sup>133</sup> El «error de comprensión culturalmente condicionado» parece haber sido concebido y discutido por primera vez en 1977 por Raúl ZAFFARONI, quien combina el concepto penal de «error» con el de «condicionamiento cultural», que proviene de la antropología relativista, y más específicamente del trabajo de Ruth Benedict.

derogaron en lo referente al trato del indígena como inimputable. Así, se derogaron las disposiciones sobre inimputabilidad indígena en los códigos penales de Bolivia y de Michoacán. La inimputabilidad indígena sobrevivió solo en Colombia, donde, incluso, fue retomada en el Código Penal de 2000. Sin embargo, a los dos años de su promulgación, la Corte Constitucional declaró inexecutable (Inconstitucional) la medida de reintegración forzosa para indígenas socioculturalmente inimputables. La Corte dejó executable la inimputabilidad sociocultural por considerar que parecía ofrecer una protección más amplia en comparación con el error de prohibición. Sin embargo, -como ya se vio- condicionó su aplicación al declararla subsidiaria al error de prohibición y estableció que, en adelante, no seguiría teniendo sentido peyorativo.

En efecto, el artículo 15° del Código Penal de 1991, estableció una fórmula de exclusión de la responsabilidad penal y de atenuación de la misma sobre la base del desarrollo dogmático del <Error condicionado por la cultura>. Afirma el Prof. Argentino, que el error de comprensión es una solución no discriminativa, dejando de lado la posición de conquistador y la falsa idea que nuestra cultura es superior frente a la de los indígenas: *"El error de comprensión es la única solución que nos permite eludir la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en "estado peligroso". Esta posición es hija de un etnocentrismo inadmisibles, que desprecia por inferiores a las culturas indígenas, y que encuentra su versión moderna en Hegel y en Garófalo Por nuestra parte hemos expresado reiteradas veces que el indígena puede ser inimputable por las mismas causas que puede serlo el que no es indígena, pero nos negamos rotundamente a considerarlo inimputable por el hecho de pertenecer a otra cultura"*<sup>134</sup>. Señalando que la autoría por conciencia lleva siempre a una disminución de la culpabilidad, se pregunta si cabe a caso en que la disminución de la culpabilidad tenga el efecto de excluir la culpabilidad; se responde que cabe esta posibilidad en el supuesto de inexigibilidad jurídica y, por ende no exista reprochabilidad; este es el caso cuando se da con claridad que la

---

<sup>134</sup> ZAFFARONI, Raúl. *Tratado de Derecho penal, Parte General* T. IV, Buenos Aires. Ed. EDIAR, 1982. p. 202.

dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente<sup>135</sup>. Interpretando el artículo 34.1 del Código Penal argentino: *“la criminalidad es la comprensión de todas las características externas que hacen delictiva una conducta...”* dice: *“al sujeto que conoce la norma prohibitiva, pero que no lo puede internalizar por razones culturales, por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización (comprensión)”*<sup>136</sup>. Es necesario enfatizar que ZAFFARONI distingue dos niveles dentro del error de prohibición a escala «cognitiva» y el error de «comprensión». El primero afecta el «conocimiento directo» (conocimiento de la norma prohibitiva) o «indirecto» (creencia errónea en la existencia de una causa de justificación) de la criminalidad del acto. El error de «comprensión», por otra parte, no es un «error» en el sentido literal de la palabra, pues el sujeto sabe que el acto es punible, sino que afecta la capacidad para «internalizar» la norma<sup>137</sup>. Según el Prof. en comentario; en ciertas situaciones, no se puede exigir la internalización, pues las normas corresponden a una visión y experiencia del mundo totalmente distintas a las del procesado. Ahora bien, para ZAFFARONI, no todo error que tenga su origen en la condición cultural, trae como consecuencia un error de prohibición, sino que su ámbito es más amplio, en sus palabras: *“Entendemos, pues, que no **todo error culturalmente condicionado es un error de prohibición directo**, pues el condicionamiento cultural puede provocar errores sobre la causalidad que pueden dar lugar a “delitos imaginarios”, pero también a atipicidades (errores de tipo) y justificaciones putativas. El planteo general del error culturalmente condicionado excede, pues, en mucho, al del error de comprensión, solo que entendemos que *el error de comprensión elimina la culpabilidad únicamente en el caso**

---

<sup>135</sup> Véase en extenso. ZAFFARONI, Raúl. *Tratado de Derecho penal, Parte General* T. IV, cit. p. 200 y ss. Así mismo, ZAFFARONI, Raúl. *Derecho Penal, parte general*. Buenos Aires. Ed. EDIAR. 2002, Bs. As. p. 738 y ss.

<sup>136</sup> ZAFFARONI, Raúl. op. cit. p. 200. El autor explica con su punto de vista con el siguiente ejemplo: “Si pensamos en un sujeto nacido y crecido en una comunidad indígena, con sus moldes culturales, que lleva a cabo las inhumaciones conforme a su ritual, pero en violación de las leyes vigentes, bien puede conocer esas leyes y saber que las inhumaciones en esas condiciones pueden propagar una enfermedad peligrosa. No obstante, el sujeto no podrá internalizar (comprender) la antijuricidad de su conducta, porque frente al ritual funerario, el riesgo le parecerá siempre nimio y no podrá exigírsele que lo comprenda de otra manera.

<sup>137</sup> Bajo su lógica, pues existe un conocimiento de la antijuricidad, mas no la comprensión de la misma. El conocimiento es presupuesto de la comprensión. Puede existir un conocimiento sin comprensión pero no la inversa.

*en que coincide esta calidad con el error culturalmente condicionado (o sea, cuando ambos se superponen)*<sup>138</sup>. El error de comprensión, esto es, la conciencia errada que determina siempre un mayor esfuerzo para la comprensión<sup>139</sup>. En su criterio las personas que pertenecen a culturas diferentes de las occidentales (indígenas o nativos en nuestro medio) se encuentran bajo un error directo de prohibición: la persona puede conocer la norma prohibida, pero no se le puede obligar su comprensión o asimilación, no se le puede imponer su interiorización y hacerlo parte de su aspecto valorativo y que se comporten según esta. Es decir, todo el peso de la solución recae sobre el juicio de culpabilidad antes que de su presupuesto en este caso construido sobre el concepto mismo de imputabilidad penal (capacidad de culpabilidad). En cuanto a sus efectos, sostiene ZAFFARONI que el <error culturalmente condicionado> será por regla general un error invencible de prohibición que excusará la culpabilidad. Siguiendo estas ideas, el CP peruano de 1991 optó por la solución legislativa que, al momento de su promulgación, -como ya se dijo- parecía el más correcto y compatible con las legislaciones internacionales sobre derecho humanos: el error (en su variante latinoamericana de "comprensión culturalmente condicionado"). En este sentido el artículo 15° bajo un esquema novedoso y aparentemente innovador dice: "*El que por su cultura o costumbres*

---

<sup>138</sup> ZAFFARONI, Raúl. cit. p. 200 y ss. "Debe quedar bien claro que el error culturalmente condicionado, no siempre es un error de prohibición por conciencia disiente y ni siquiera es siempre un error de prohibición. Puede dar lugar a un error de prohibición que sea un error de tipo permisivo (justificación putativa), como sucede con los miembros de la cultura Ahuca, en el oriente del Ecuador, respecto de sus ataques a los blancos. Sus partícipes están en la creencia, probablemente condicionada sobre base cierta, de que el hombre blanco les eliminará en cuanto les vea. Por tanto, creen actuar en defensa de su vida suprimiendo a cuanto blanco ven. El proceso de adaptación de estos individuos por parte de los misioneros es tarea difícil, precisamente debido a este error culturalmente condicionado".

Igualmente, puede que una cultura tenga un conocimiento de la causalidad que sea completamente falso y que les condicione errores invencibles de tipo. Los médicos medievales que infectaban las heridas con ungüentos extrañísimos, no realizaban ninguna conducta final de lesión ni de homicidio. Tampoco las realizamos nosotros en nuestros días, en que seguramente, por limitaciones al conocimiento de la causalidad, cometemos un buen número de errores de tipo culturalmente condicionados.

El pensamiento mágico se ha manifestado particularmente rico en casuística de defensas putativas en África, que enfrentaron al derecho de los nuevos países con graves problemas. Reduciéndonos al caso del derecho penal africano de recepción anglosajona, la Corte de Sudán resolvió, en el caso de un indígena que quiso eliminar a un "espíritu maligno" que le perseguía, dando muerte en realidad a una anciana vecina, que faltaba la *mens rea*.

<sup>139</sup> ZAFFARONI, Raúl. cit. p. 199

*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".* Al amparo de este artículo, cualquier persona (no necesariamente un indígena) que debido a factores atribuible a su cultura, pese a que conozca la prohibición de la norma, pero que no haya podido comprender la ilicitud de su conducta y actuar según dicha comprensión, será eximida o atenuada de la imposición de una pena bajo la figura que se actuó por <Error culturalmente condicionado> una variante especial del error de prohibición "error de conocimiento y/o error de comprensión"-, este error será analizado según las circunstancias concretas de cada caso.

### **§ III.2.2.3.1. Sobre la interpretación del artículo 15 del Código Penal peruano: ¿Error de prohibición o un supuesto de Inimputabilidad?**

Si bien la doctrina nacional, celebra la incorporación de un artículo en el que se regule positivamente la diversidad cultural, muchos creen que la redacción no es la mejor, pues en el marco de una interpretación sistemática del actual Código Penal, los artículos 14, 15 y 20.1 entran en una contradicción y mezcla de conceptos y términos, que en la práctica en vez de ayudar a los operadores del derecho terminan confundiéndolos. Así, en la jurisprudencia se ve –contrástese con los anexos que adjuntamos al final - que varios jueces en sus sentencias invocan el artículo 15 pero argumentan presupuestos como si se tratase del error de prohibición (art. 14) o como una causal de inimputabilidad (art. 20.1).

Art. 15 del CP-peruano: *"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"***<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> Materialmente el artículo 15 regula la falta comprensión del mensaje normativo; esta falta de comprensión se da en niveles: así, en algunos casos, puede ser suficiente para deslegitimar la imposición de una solución penal; puede, en otros supuestos, ameritar únicamente una atenuación de la pena; en otros casos servirá como criterio para determinar judicialmente la pena; mientras que en otros casos será completamente irrelevante. En qué casos y bajo qué



Tal parece que la redacción es una mezcla del artículo 14 y del artículo 20.1., porque la primera parte – *sin poder comprender el carácter delictuoso*- se parece mucho a la regulación del artículo 14 y la segunda parte–*sin poder determinarse de acuerdo a esa comprensión*- se asemeja mucho al artículo 20.1. Esto ha generado dos vertientes en la doctrina nacional: unos que interpretan como un error de prohibición y otros como un supuesto de inimputabilidad.

Entre los primeros – que es la doctrina dominante - destaca VILLAVICENCIO, quién se muestra conforme con la incorporación del artículo 15 al Código Penal, porque a su juicio, significa un importante avance del Estado peruano al dotar un instrumento a la justicia ordinaria un marco de reconocimiento a la diversidad cultural, la cual es compatible con los artículos 2. Inc. 19 y 149 de la Constitución Política; en el sentido que no se criminalice conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales. Dentro del error de comprensión es la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente, puesto que el individuo ha interiorizado desde pequeño los patrones culturales y valores de esa cultura<sup>141</sup>. El artículo 15 del Código Penal debe ser interpretado como casos de inexigibilidad originados por el condicionamiento cultural en su

---

condiciones la diversidad cultural vez ilegítima la imposición de una pena, constituye un atenuante, o es irrelevante, es una cuestión que depende, en primer lugar, de que ello a lo que la diversidad cultural afecte y, en segundo lugar, del grado de afectación. El artículo 15 concretamente, presenta dos supuestos: la conducta puede ser culturalmente condicionada de forma invencible o la conducta se desarrolla, en grado disminuido de comprensión del injusto. En el primer caso, la comprensión del injusto es imposible por cuanto el agente actúa de tal forma que sus parámetros culturales le impiden, de modo absoluto, de comprender dicho injusto; en el segundo tal comprensión se halla disminuida por efectos de la heterogeneidad cultural existente al momento de la comisión del injusto; sin embargo dicha comprensión no desaparece sólo se distorsiona.

<sup>141</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal, parte general*, Lima, 2006. Ed. Grijley, p. 123 y ss. Esta interpretación es compartida por PEÑA CABRERA, BRAMONT ARIAS, BRAMONT ARIAS TORRES. (...)“puede darse también casos también en el que el sujeto conoce la prohibición y la falta de permiso –error directo e indirecto- y, sin embargo, no es exigible la internalización de la pauta que conoce: error de comprensión”. <A tenor del art. 15. Será in error invencible de prohibición que eliminará la culpabilidad de la conducta>. BRAMONT ARIAS TORRES, *Manual de Derecho penal*. Tercera ed. Lima. Ed. EDDILI, 2005. p. 325), YRIGOYEN FAJARDO; VILLA STEIN, para este último la regulación del artículo 15 del CP es un error de modalidad de desconocimiento de la antijuricidad, antes que una modalidad del error de prohibición (Vid. VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal, parte general*. Lima. Ed. San Marcos. 1998. p. 419 y ss.) entre otros.

modalidad de <error de prohibición><sup>142</sup> o mejor dicho un <error de prohibición culturalmente condicionado><sup>143</sup>. En general el error de comprensión culturalmente condicionado es un error invencible de prohibición. La persona realmente conoce la norma prohibitiva pero no la puede introyectar por existir en su interioridad razones culturales gravitantes de tal modo que no es posible formular un reproche a esta falta de internalización<sup>144</sup>. El condicionamiento cultural puede llevarse a cabo no solamente cuando se cree estar conduciéndose lícitamente, sino, también cuando el agente ni si quiera se ha planteado seriamente sobre las dudas sobre la ilicitud o ilicitud de su hecho<sup>145</sup>. Cabe enfatizar cuando aquí se habla de error no es un error de prohibición en stricto sensu, sino es un error en el que no se cuestiona el desconocimiento de la prohibición (antijuricidad), ni se cuestiona el error sobre la concurrencia de una causa de justificación, sino se señala que existe – siguiendo las ideas de ZAFFARONI- un error porque el sujeto no puede interiorizar el mensaje de la norma, pese a que pueda conocer la prohibición de la conducta. El principio que está detrás es la idea que el ser indígena no es razón para ser sujeto a marginación alguna; pues nada impide que el indígena sea inimputable por las mismas razones que quien no es indígena. Empero, ¿qué sucede con el indígena que comete un delito, creyendo equivocadamente, que su conducta era lícita? El CP no se pone en esa situación, en tal caso ¿podría eximirse, atenuarse o en nada afectaría la pena?

De otro lado, están los autores que sostienen que el artículo 15 CP debe ser interpretado como un supuesto de inimputabilidad, bajo la consideración que si alguien es inimputable no le hace inferior. En esta línea sobresale HURTADO POZO<sup>146</sup>, para quien, la redacción actual ha

---

<sup>142</sup> VILLAVICENCIO. op.cit. p. 631.

<sup>143</sup> VILLAVICENCIO. *Código penal comentado*. cit. p. 490.

<sup>144</sup> PEÑA CABRERA, Luis. *Tratado de Derecho penal, parte general*. T. I. Lima. Ed. Grijley. 1995. p. 436.

<sup>145</sup> PEÑA CABRERA, Luis. op. cit. p. 437.

<sup>146</sup> Apuntes de entrevista con el Profesor Dr. HURTADO POZO, J. Lima: PUCP, abril de 1996. También véase HURTADO POZO, J. "Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado" Publicado y accesible en /www.unifr.ch/ddp1/derechopenal. Así mismo véase HURTADO POZO, J. y JOSEPH DU PUIT. "Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general con respecto al Perú". En HURTADO POZO, J (Director). *Derecho penal y pluralidad cultural*. Lima. Fondo PUCP. 2006. pp. 211-243.

repetido los mismos errores que la antigua legislación, aunque con palabras cambiadas y más elegantes: "A pesar de la buena intención de los redactores del artículo 15 (del Código Penal peruano), expuesta en la exposición de motivos del proyecto, debido al contexto normativo en el que debe ser interpretado, se afilia más a las propuestas de considerar las diferencias culturales como causas de inimputabilidad que a la iniciativa de ZAFFARONI para estatuir una circunstancia de inculpabilidad<sup>147</sup>. Señala que la propuesta de ZAFFARONI, aunque habla de inculpabilidad, es decir a la incapacidad (no poder) de obrar según pautas jurídicas o culturales diferentes a las de su propio grupo o lo que es lo mismo, a la inimputabilidad. Esta ambigüedad podría explicar que al redactarse el artículo 15, se haya escogido la estructura del artículo 20, inc. 1 (inimputabilidad) y se haya empleado la expresión "**sin poder comprender**..."<sup>148</sup>. Asimismo, refiere que la reticencia de considerar al artículo 15 como una causa de inimputabilidad es de orden ideológico. Como se aprecia, HURTADO POZO, aboga porque el artículo 15 sea considerado como una causa de inimputabilidad. Y de ser el caso estaría a favor de la supresión de este artículo, porque con el artículo 20, inc. 1 y el artículo 14 segunda parte son suficientes para que el Juez pueda tratar los supuestos del artículo 15; en sus palabras: "la supresión del artículo 15 sería negativo solo si los responsables de la aplicación de la ley continuaran ignorando, por un lado, la igualdad a las diversas culturas que existen en nuestro país y, por otro lado la significación y los alcances del error de prohibición<sup>149</sup>. A su juicio, si se tiene una interpretación no aislada de Código Penal, pues se llegará a la innecesidad del artículo 15. Estas ideas son compartidos por IVÁN MEINI, para quien "El artículo 15 CP no prevé un supuesto de error alguno, sino de inimputabilidad"<sup>150</sup>, dado que: a) Si el artículo 15 contemplase un error de prohibición pues sería innecesaria, dado que se encuentra el artículo 14 segunda parte; b) Una interpretación literal, teleológica y sistemática arroja una inimputabilidad. Y de ser

---

<sup>147</sup> HURTADO POZO, J. " Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionad". cit.

<sup>148</sup> HURTADO POZO, José. *Manuel de Derecho Penal, parte general*. 3 ed. Lima. Ed. Grijley. 2005. p. 637 y ss.

<sup>149</sup> HURTADO POZO, J. *Manual de Derecho penal*. cit. p. 642

<sup>150</sup> MEINI Iván: *Inimputabilidad penal por diversidad cultural. Sobre el artículo 15 CP*. En Revista Peruana de Ciencias Penales T. 20 (Dir. Urquiso Olaechea) Lima. IDEMSA. 2008. p. 290.

posible esta debe ser tratada como alteración de la percepción del artículo 20.1. Pero, no cabe la imposición de una medida de seguridad, por falta de peligrosidad post-delictual, y c) La inimputabilidad, es la manera más democrática de respetar la diversidad cultural. En su interpretación tanto el artículo 15 como el artículo 20.1 regulan supuestos de inimputabilidad y no de error, la diferencia es que para el primero, dichas causas se encuentran en la cultura y costumbres, mientras que en el segundo lo es la anomalía psíquica. Su premisa es, que cuando alguien comete un delito sin poder comprender el carácter delictuoso del acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, es porque no tiene la capacidad de comprender del carácter ilícito del acto o de comportarse de acuerdo a esa comprensión<sup>151</sup>. Es decir, su partida es que toda falta de comprensión de debe a una incapacidad, y esta incapacidad – similar a la inimputabilidad- necesariamente se debería a factores biológicos o psicológicos. Esta es la conclusión a la que se llega – aunque no se quiera- si se sigue la tesis de la inimputabilidad. Los que siguen esta tesis, si bien aceptan que las tesis anteriores, a través de la inimputabilidad, han marginado al indígena; dicen que no menos cierto es que el Derecho penal no debe ser utilizado como reivindicación de estas culturas.

### § III.2.2.3.2. Críticas.

Si bien, la tesis del Error culturalmente condicionado, es la tesis más evolucionada y la que mejor - en comparación a las otras tesis-, se acerca al marco constitucional del respeto por la diversidad cultural; consideramos que no es la idónea; es una propuesta que parece respetuosa de las diferencias culturales, pero que, en el fondo, lo reduce a un ser distinto de los demás y le niega su dignidad de ser humano; este modelo es sujeto de las siguientes críticas.

- a. Empezamos, por el *nomen iuris*: “Error culturalmente condicionado”; ¿qué se debe entender por error culturalmente condicionado? ¿existe el error cultural? ¿error cultural con respecto a qué? ¿que alguien pertenezca a

---

<sup>151</sup> MEINE Iván. cit. p. 303.

una cultura distinta a la dominante es razón para considerarla un error?<sup>152</sup> El error- como ya se dijo- es una falsa apreciación de los datos que nos proporciona la realidad. Y, cuando se habla de error en el Derecho penal, el error esta en referencia a las normas sociales. En suma error, sobre los elementos fácticos o normativos del tipo penal o sobre la licitud del injusto. Si esto llevamos a la diversidad cultural, vemos que el indígena no comete ningún error sino que cumple sus normas<sup>153</sup>. Ahora, decir que existe error porque el indígena no conoce las normas de la cultura dominante, implícitamente se llegaría a una imposición cultural; en el sentido que esta sería la correcta y las demás serían erróneas, y el camino para salir de este error sería la alienación. En términos similares, PAUL AMARY, el concepto de error cultural parte del supuesto de que las personas están «condicionadas» por la cultura, es un error porque se presupone un determinismo cultural, negarle al indígena su capacidad ética de autodeterminación no significaría, entonces, otra cosa que negarle su naturaleza de ser humano pleno<sup>154</sup>. Contra todo; si se tratase de un error, sería suficiente con el error de tipo y/o de prohibición en stricto sensu (art. 14 CP.) haciéndose innecesario la creación de un error condicionado por la cultura.

- b. Asimismo, este modelo defiende una peculiar y forzada forma de entender el conocimiento; en dos escalas: el conocimiento en sí y la comprensión del mismo confundiendo así los conceptos elaborados para la inimputabilidad. Señala que el error de prohibición puede darse cuando no exista conocimiento y/o comprensión. Esta forma de entender el error de prohibición excluiría el

---

<sup>152</sup> Los defensores de este modelo no han problematizado al respecto, sino que se han limitado a repetir las ideas de ZAFFARONI; en el sentido que las personas que pertenecen a las culturas minoritarias no pueden interiorizar el mensaje de la norma, y esta barrera se debe a que estas personas poseen otros tipo de socialización.

<sup>153</sup> Por ejemplo; quien en su idea de haber sido dañado por un brujo lo mata, pues dentro de su grupo étnico se concibe que la única manera de salvarse de una muerte segura es quitándole la vida al agresor; no hierra ni ignora, nada en absoluto.

<sup>154</sup> PAUL AMARY, René. *“Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate”*. cit. p. 96

conocimiento potencial de la antijuricidad, sino que se haría necesario la presencia de un conocimiento actual similar a lo exigido en el dolo; lo que deslindaría con la doctrina mayoritaria<sup>155</sup>. Es un concepto forzado, si se lleva a la diversidad cultural. **Este modelo fue construido para la objeción de conciencia**<sup>156</sup>, donde sí existe la figura del conocimiento de la prohibición, pero no la comprensión de la norma; en este contexto, la clásica afirmación de ZAFFARONI de <"una cosa es conocer y otra comprender" o "aunque conociendo la ilicitud ésta no se comprende"> tiene sentido; pero no cuando se habla de diversidad cultural. Como se sabe, las sociedades étnico-culturalmente minoritarias -en la realidad Latinoamérica, debido al olvido del Estado- ni si quiera conocen la norma; mucho menos se podría hablar de una comprensión. Un indígena no es un objetor de conciencia, en consecuencia no merece el trato de éste.

- c. En cuanto a la interpretación del artículo 15; ya sea como un error de prohibición o una causal de inimputabilidad; serían objeto de las críticas que ya se hizo a cada uno de esos modelos líneas atrás. Vale señalar, a nuestro entender, la mejor interpretación de la actual redacción del artículo 15 CP, -aunque no se quiera- es como un supuesto de inimputabilidad. La redacción del artículo 15 CP, al decir *"...sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión..."* no constituye en sí una forma típica de error ( por más que fija como criterio de condicionamiento cultural del sujeto infractor, obligando al juzgador a absolver o, en su caso, atenuar la pena. Por el contrario, es una fórmula un tanto peculiar -

---

<sup>155</sup> Véase al respecto, entre otros. ROXIN, C. *Derecho penal, parte general*. cit. p. 866 y ss.

<sup>156</sup> La objeción de conciencia es una figura, en las que lo objetores de la norma penal son parte integrada de la sociedad y de la cultura oficial. Aquí no hay minorías étnicas culturales sino movimientos culturalmente disidentes. No existe un conflicto por pertenecer a culturas distintas, sino que perteneciendo a la cultura dominante, alguien se rebela contra los valores imperantes. Bajo esta perspectiva se rompe con el criterio étnico de lo diverso en el sentido cultural planteado en este trabajo. Es decir, aquí ya no hay diversidad étnica cultural, sino sólo "pluralidad cultural" si se quiere. Por estas razones un indígena no puede ser considerado un objetor de conciencia.

como afirma HURTADO POZO- de inimputabilidad del artículo 21.1 CP. "***...no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión...***" que, se define por sus dos aspectos; el intelectual (conocer y comprender la licitud) y el volitivo (comportarse de acuerdo a esta comprensión), lo cual nos lleva a la conclusión que el legislador peruano sin querer ha pecado otra vez de etnocentrista, como sucedía en la anterior legislación de 1924 , creando una nueva causal de inimputabilidad, absoluta o restringida, dada la condición de "incapacidad para comprender el injusto o comportarse de acuerdo a esa comprensión" del indígena.

- d. Finalmente, la crítica que apunta a todos los modelos que se dirigen de modo general a las soluciones basadas en la culpabilidad. El indígena tiene el «derecho» de comportarse de acuerdo a su cultura, aunque se trate formalmente de una conducta tipificada, pues la Constitución reconoce los derechos culturales. Sería contradictorio que la Constitución reconozca el derecho a la identidad y diversidad cultural, y, que el Código Penal sancione como delitos. Análogamente sería como servirse un exquisito plato de comida, pero envenenado.
- e. Para concluir afirmamos, que los modelos planteados ya sea en la antijuricidad o en la culpabilidad, llama poderosamente la atención, y más aún que sea la propia doctrina penal dominante la que avale tales soluciones, ya que la antijuricidad o la culpabilidad presupone una valoración negativa, es decir, un hecho contrario al ordenamiento jurídico. Así BUSTOS RAMIRÉZ: En efecto, sin duda no es lo mismo establecer que la conducta no es típica o que no es antijurídica o que no se puede exigir responsabilidad al sujeto. Si no es típica, significa que es indiferente al Derecho penal. Si no es antijurídica, no se puede decir lo mismo, ya hay por lo menos un desvalor de acto. Si no es culpable, es decir no hay sujeto responsable, de todas formas hay un injusto y ese injusto puede ser fuente

de una responsabilidad penal concretada en una medida de seguridad<sup>157</sup>. Dichos modelos parten de que el ordenamiento jurídico correcto es el del Estado y no el de las comunidades indígenas, de allí, su tratamiento como persona «equivocada». Por lo tanto, se valora el hecho realizado por el indígena «desde afuera»<sup>158</sup>, se llega pues a un monismo cultural. La solución debe; por tanto, buscarse desde otro de paradigma: desde el injusto penal, precisamente en la tipicidad objetiva; es lo que nos ocuparemos a continuación.

---

<sup>157</sup> BUSTOS RAMIRÉZ, J. *Lecciones de Derecho penal*. T. II. cit. p. 117.

<sup>158</sup> MODOLLEL GONZÁLEZ, Juan Luís. "Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen afroamericano)". En *Anuario de Derecho Penal* 2006. cit. p. 278 y ss.



## TERCERA PARTE

### POSICIÓN PERSONAL

#### CAPÍTULO IV

##### EL MODELO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

###### § IV.1. Introducción y precisiones.

Los conocimientos científicos tienen como característica el construirse en base a la crítica, y, con mayor razón en el Derecho donde uno de sus fundamentos es la argumentación, es indispensable que se generen polémicas entre los teóricos con respecto a un tema determinado. El Derecho penal no es ajeno a ello, y es que, el conocimiento científico y todo lo que se relacione con él avanza de menos más, en base a la confrontación de ideas y la crítica, es decir en no satisfacerse con una teoría por más coherente y convincente que sea, sino que se tiende a analizarlo minuciosamente para encontrar algún vacío y cuestionarlo. Como ejemplo, tenemos la evolución del concepto de delito que ha ido perfilándose de la mano de las innumerables confrontaciones de ideas que a través del tiempo han dado lugar a nuevos planteamientos y formas de comprender el significado del actuar humano en la sociedad.

Como se vio en los capítulos anteriores, en el ámbito de la diversidad cultural, son varias las teorías que han intentado explicar al *¿cómo ha de resolverse desde la teoría del delito, una conducta del indígena (o alguien que sea miembro de una minoría étnico-cultural) que se*

*subsume formalmente en una ley penal, pese a que en su contexto social se encuentre dentro del ámbito de lo permitido?* Sin embargo, cada una de ellas siguiendo ciertos presupuestos- a veces inconscientemente como se demostró con cada una de las críticas- pecan ya sea por defecto o por exceso, llegando a ser poco tolerantes y hasta discriminativas para con el indígena. En contradicción a estas, se debe optar por una solución, en la que no sienta enojo, ni odio, ni vergüenza de nuestra realidad, sino optar por una vía en la que se acepte y se reconozca que somos un país sentado en una pluralidad de naciones; naciones que no son ni superiores ni inferiores, sino solo diferentes. Para este efecto, se hace necesario que precisemos –aunque de forma muy general- algunos conceptos como: la función del Derecho penal, la función del tipo penal, entres otros.

#### **§ IV.2. ¿Porqué insistir en la asignación de una nueva función al Derecho penal?**

Admitido es que la función del Derecho penal, dependería principalmente de la función que se le asigne a la pena<sup>159</sup>. Toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal<sup>160</sup>. Ahora bien, uno de los problemas sobre la que más abunda la literatura dentro el Derecho penal, ha sido con la finalidad de dar respuesta a que es la pena y cuál es su justificación. Sin pretender ahondar en el tema; partiendo del Estado Social y democrático de Derecho o Estado Constitucional<sup>161</sup> en la actualidad; en *prima facie* a

---

<sup>159</sup> La sanción penal resalta por su contundencia frente a otros medios de reacción social, es lo que más le caracteriza al Derecho penal, es su carta de presentación. Además, la restricción coactiva de derechos esenciales que la pena conlleva, rodea a su discusión de cuestiones de indole valorativa, atinentes a la justificación de dicha práctica social. Véase en extenso (ALCACER GUIRAO, Rafael. *Los Fines del Derecho penal*. Buenos Aires, Editorial. AD HOC, 2001. pp. 19 y ss) Aunque los fines del Derecho penal no pueden reducirse solo a los fines de la pena, sino que abarca otros abanicos, los cuales se encuentran en una relación no libre de tensiones y colisiones. SILVA SÁNCHEZ. J. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. p. 180 y ss.

<sup>160</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal, parte general*. 2da. Ed. Buenos Aires. Ed. HAMMURABI. 1999. p. 31

<sup>161</sup> Debemos enfatizar, que si bien la pena es una institución jurídica-fáctica que existe desde hace mucho tiempo; su justificación está íntimamente vinculada al modelo de Estado. Así MIR PUIG: “La función de la pena constituye un tema inevitablemente valorativo, *opinable*, pues, y sustraído a la posibilidad de una respuesta independiente del punto de vista que se adopte ante la cuestión de la función a atribuir al Estado (...) creo que la primera condición para resolver el problema es reconocer abiertamente la vinculación axiológica expresada entre

tras quedo la idea de justificarlo desde un matiz metafísico como el de la ofensa a la justicia universal o a un imperativo moral universal (KANT) o de justificarlo desde el Estado como intimidación (FEUERBACH)- tratar al ciudadano como un agente expiatorio el mismo que fue denunciado por HEGEL<sup>162</sup>-, o de justificarlo como medio necesario para la resocialización<sup>163</sup> (prevención especial positiva). Es parte de la historia que estos objetivos no han sido más que buenas intenciones de los teóricos<sup>164</sup>. El Derecho penal no pretende realizar valores absolutos de justicia sobre la tierra ni ejercitar a los ciudadanos en virtud de la obediencia, sino garantizar la inviolabilidad de los valores supremos haciendo posible la vida en común, la convivencia<sup>165</sup>.

Actualmente desde el prisma de un Derecho penal moderno, el que implícitamente lleva un cambio de paradigma metodológico no se estudia a la pena principalmente desde su estructura, es decir desde <lo que es>; sino que esta pregunta presupone otra, ¿cuál es el fin de la pena? Partiendo desde un análisis sociológico no coinciden las

---

función de la pena y función del Estado. Es decir, la función de la pena depende de la (función) que se asigne al Estado" (Vid. MIR PUIG. *Función de la pena y de la teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho*. cit. p. 15 y ss.)

<sup>162</sup> Dice HEGEL: Es como si con la fundamentación de la pena en esta forma se levantara el palo contra un perro, y el hombre no es tratado según su honor y libertad, sino como un perro. Pues, en su opinión: En las distintas teorías sobre la pena, ese carácter superficial de *mal* se presupone como el principal elemento: teoría de la prevención, de la intimidación, del escarmiento, de la corrección, etcétera, y lo que, por el contrario, debe resultar como bien, se determina justamente de un modo superficial (Vid. HEGEL, F. *Filosofía del Derecho* § 99)

<sup>163</sup> La idea de resocialización de la pena, no es más que una muestra de lo discriminativo que resulta ser esta hipótesis. Porque esta surge sobre la idea que solo los analfabetos o los faltos de cultura cometen los delitos; es decir que el delito es cometido por ignorancia –al mismo estilo socrático- y que generalmente cometen los delitos son la gente de las clases bajas, porque son estas quienes carecen de los recursos para educarse; en tal sentido con la pena y durante la ejecución de la pena se le reeducara y resocializara al delincuente; aquí surge la paradoja ¿se puede educar para la libertad, quitando la libertad?. Al margen de esto, la idea de la resocialización solo cree que comenten delitos las clases bajas. Sin embargo, esto es desmentido por la realidad, también los de las clases altas delinquen; en esto es válido preguntar ¿Se puede resocializar al delincuente de "cuello blanco"? ¿resocializarlo de qué? ¿acaso este ha delinquido por ignorancia o por falta de cultura? Aquí resurge la idea de buscar otro fundamento de la pena.

<sup>164</sup> Para un desarrollo sistemático sobre la evolución teórica de la pena, se recomienda ver el artículo del Prof. JAKOBS. *La pena estatal: significado y finalidad*. Traducción y estudio preliminar de M. Cancilo Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid. Ed. Thomson-civitas. 2006. Amplia información sobre teoría de la pena; véase FEIJÓO SÁNCHEZ, B. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires. Ed. IBdef. 2007.

<sup>165</sup> GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho penal*. 4ta. ed. Madrid. Ed. Ramón Areces. 2004. p. 174.

nociones de "concepto" y "función" de la pena; el "concepto" de la pena da respuesta a lo que es la pena, mientras que la "función" de la pena expresa *para qué sirve la pena*. Ahora, en sentido riguroso el concepto de "función" tampoco coincide con el de "fin", como subraya la sociología funcionalista; sin embargo –sin una distinción estricta- cuando se habla de "fin" o "fines" de la pena, se hace en muchos casos en sentido sinónimo a "función" de la pena<sup>166</sup>.

Función es la actividad en proceso de una persona, organismo o institución social y fin es la meta u objetivo a lo que se busca llegar<sup>167</sup>. La función es el medio con el cual se llega al fin. Ahora, la función de la pena es sancionar a quién ha lesionado valores sociales cuya relevancia no se puede solucionar el conflicto de otro modo. En este caso la pena es un medio para la solución de conflictos<sup>168</sup>. El fin de la

---

<sup>166</sup> Para MIR PUIG. Si bien en <concepto>, la pena es un castigo impuesto por el delito cometido, su <función> no es en el derecho penal español la realización de la justicia, sino *la protección de los bienes jurídicos a través de la prevención*. (Cfr. MIR PUIG. S. *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2º ed. Buenos Aires-Montevideo. Ed. BdeF. 2003, p.84) similar distinción hacen Hassemer y Muñoz Conde, véase. HASSEMER/MUÑOZ CONDE. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 1989. p. 99 y ss.

<sup>167</sup> Cfr. PEREZ PINZÓN, Álvaro. *El Funcionalismo en la Sociología actual*. En, El Funcionalismo en el Derecho penal, (Coord. Montealegre Lynett) Bogotá, Fondo Universidad Externado de Colombia, 2003. pp. 120 y ss. *Función* deriva de *fungi*, significa *cumplir con un deber*. Quiere decir acción propia de una persona, órgano o mecanismo. Es actividad, ocupación, ejecución, cumplimiento, es el proceso que se sigue para cumplir, para desempeñar.

<sup>168</sup> La contraposición entre los conceptos del fin y función permite resaltar tales diferencias. Así, las ciencias sociales permiten la constatación empírica del espectro de efectos que, de facto, produce la pena en el entorno social <funciones>, en sentido lato, pero criterio que permita valorar esos efectos, calificándolos como deseables o no deseables; para ello es preciso determinar previamente el fin que se pretenda hacer cumplir a la pena, fin que responde a la decisión subjetiva de un agente y basada en una ponderación de consideraciones de carácter valorativo. en una ponderación de consideraciones de carácter valorativo. Metodológicamente, puede afirmarse que mientras la sociología o el psicoanálisis son disciplinas basadas en la observación, lo que caracteriza al Derecho frente a estas es ser una disciplina basada en la decisión. Así, solo podrá hablarse de una teleología, de una orientación a las consecuencias en la teoría de la pena una vez determinado subjetivamente (intersubjetivamente) el fin de la misma -intimidación, estabilización social, pacificación, moralización, etc.- o sus efectos deseados a partir del fin del Derecho penal, desde el cual los conocimientos empíricos servirán para corroborar que los efectos deseados se producen fácticamente. La normatividad ha de preceder, entonces, a la facticidad. Conviene reiterar, a este respecto, que la decisión sobre un fin de la pena pertenece a una esfera normativa, ya que dicha decisión se infiere de una idea de bien -protección de bienes jurídicos, estabilización de la conciencia social o de la norma, etc.-, sin la cual la información aportada por las ciencias empíricas no puede «procesarse» por el interprete jurídico, ya que, tomados por sí mismos, los efectos constatados son valorativamente neutros. Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Facticidad y Normatividad. Notas sobre la relación entre Ciencias Sociales y el Derecho penal*. En. ADPCP, T. LII, 1999, pp. 177-226. Así mismo, FERRAJOLI: La palabra «función» (no menos que la palabra «razón») es en efecto equívoca, pudiendo ser entendida y siendo a veces utilizada bien en sentido prescriptivo, bien en sentido descriptivo. En el primer sentido

pena es lograr la convivencia social mediante la estabilización de los valores. De ahí que función y fin a veces no necesariamente vayan de la mano, aunque lo ideal sería que sí. En esta vía de razones, la finalidad del Derecho penal es garantizar la seguridad de expectativas y la subsistencia de las normas de una sociedad, que se reputan como esenciales y se fijan en tipos penales<sup>169</sup>, pero no la protección de las normas por las normas, sino sentado en los bienes jurídicos.

Ahora bien, si la función de la pena es ser un medio de solución de conflictos, esta función no debe ser cumplido de cualquier modo, sino que debe ser eficaz y lo más dinámico posible, debe ser práctico sin caer en el pragmatismo. Es que vivimos en una sociedad en el que se exige el máximo cumplimiento de cada persona, organismo o institución para no convertirse en un obstáculo y ser un problema, contrario a la función establecida previamente. De no ser así la convivencia en una sociedad compleja, anónima y aquí se debe mencionar también las sociedades pluriculturales intrasistemáticas como extrasistemáticas<sup>170</sup> no sería posible. En consecuencia, la solución teórica que se le dé al fenómeno de la diversidad cultural también debe seguir este camino. Y más cuando se trate de una institución tan rigurosa como el Derecho penal, rige pues el aforismo: La injusticia no solo es la justicia que nunca llega, sino también la justa que llega, pero llega tarde.

Dentro del Estado de Derecho<sup>171</sup>, en el que el comportamiento

---

designa las finalidades que deben ser perseguidas por la pena para que el derecho penal resulte justificado; en el segundo designa las que de hecho son perseguidas por las penas y los efectos concretamente conseguidos por ellas. En este libro la usaré sólo en este segundo sentido, mientras que para su significado normativo utilizaré la palabra fin. Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón, teoría del garantismo penal. Madrid. Ed. Trotta. 1995. p. 214.

<sup>169</sup> PEREZ PINZÓN, Álvaro. *El Funcionalismo en la Sociología actual*. op. cit. p. 127

<sup>170</sup> Al respecto información en extenso, véase BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo* (Risikogesellschaft), Trad. de Jorge Navarro y otros. Barcelona. Ed. Paidós, 1998, en especial la II parte.

<sup>171</sup> Así MIR PUIG: En un Estado democrático ha de evitar que – la pena- se convierta en un fin en sí mismo o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo. El ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático no puede arruinar las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al *principio de legalidad*. Pero, al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio *real* a todos los ciudadanos. MIR PUIG. *Función de la pena y de la teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho*.

humano es interpretado como una conducta con sentido, no cabe una utilización instrumental de la persona (art. 1 de la Constitución Política) o de hacerlo un objeto de intimidación; sino desde un prisma valorativo inmanente – y no meramente descriptivo- lo que se debe justificar es por un sentido positivo, es decir que a través de la pena se va orientar y confirmar determinados valores previamente configurados en la sociedad<sup>172</sup>. El Derecho penal tiene la misión de garantizar la identidad normativa<sup>173</sup>. Como refiere JAKOBS, el Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social<sup>174</sup>. Sin embargo, debemos aclarar, cuando se habla de identidad normativa; esta debe concretizarse en cada sociedad en particular, pues no existe una identidad normativa universal ni atemporal, sino histórica y contextual. La misión del Derecho penal es la protección de la

---

cit. p. 29 y ss.

<sup>172</sup> En términos similares MIR PUIG, dice “El Derecho penal debe erigirse sobre el consenso de sus ciudadanos por lo que la prevención general –pena- *no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad*”. MIR PUIG. *Función de la pena*. cit. pp. 30 y 31. Así mismo, señala PEREZ PINZON: “No es retribución al mal, con otro mal. Tampoco es disuasión, ni prevención general negativa. En cuanto a su función, es, esencialmente, prevención general positiva, prevención integración, entendida ésta como aquel instrumento que persigue ejercitar el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad”. (PEREZ PINZÓN, Álvaro. *El Funcionalismo en la Sociología actual*. En, *El Funcionalismo en el Derecho penal*, (Coord. Montealegre Lynett) Bogotá, Fondo Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 126

<sup>173</sup> JAKOBS Günther. *Dogmática de Derecho penal y la configuración de la sociedad*. Madrid. Ed. Civitas. 2004. p. 75. Así mismo en: JAKOBS/STRUENSE. *Problemas capitales del Derecho penal moderno*. Buenos Aires. Ed. Hammurabi. 1998. p. 33 y ss. El profesor, se vale de un pedagógico ejemplo: “Si una sociedad en la que se practica el aborto con asiduidad ejerce a la vez un rígido derecho penal antiaborto, su configuración se rompe; en el mejor de los casos se trata de un punto de periodo transitorio en una evolución, en el peor de sucumbir a cambios revolucionarios. El Derecho penal garantiza pues una determinada configuración social, solamente, en tanto en cuanto la sociedad encaje bien con unas determinadas expectativas y éstas no le sean externamente superpuestas de forma que ambos no compaginen. Sin embargo si la sociedad transcurre según las reglas que son contradichos por el Derecho penal, entonces ha llegado la hora de la separación. En este caso el Derecho penal se convierte en un ordenamiento coercitivo abstracto externo – que ya no corresponde con la sociedad”. Análogamente este razonamiento, puede ser llevado al tema de la diversidad cultural y llegaremos a la conclusión, si el Derecho penal no respeta y hace suyo el pluriculturalismo esta realidad está condenado a su extinción, por enfrentarse a la realidad del ser.

<sup>174</sup> JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. de Cancio Malia y Feijoo Sánchez. Madrid. Civitas. 1996. p. 18 y ss. Por consiguiente, existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal: cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social del mismo modo que a la inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles.

convivencia en sociedad de las persona. Nadie puede ser independiente, sino que todos los individuos están destinados al intercambio y a la reciprocidad. Empero, la convivencia de la sociedad se desarrolla primordialmente de acuerdo a normas preexistentes que son absolutamente independientes de una imposición externa, puesto que se basan en la aceptación generalizada de la sociedad<sup>175</sup>. En consecuencia, los Estados políticamente sentados en una pluralidad de naciones, también la identidad normativa será diversa y la pena buscará proteger esta identidad de cada nación. Debemos enfatizar, no se trata de una identidad del Derecho penal que permanece fiel a sí mismo, sino de la identidad de la sociedad<sup>176</sup>. En otras palabras, la pena no hace más que reafirmar valores ya existentes en la sociedad; no impone nuevos valores – esto se debe resaltar cuando se estudia las sociedades culturalmente minoritarias, como se ha visto en los modelos de soluciones señalados en el III Capítulo, se utiliza a la pena para imponer a las sociedades indígenas los valores de la sociedad dominante-. La pena en *prima facie* es un instrumento comunicativo que transmite un significado social<sup>177</sup> señalando que la conducta del penado no debe seguirse, sino por el contrario que este ha infringido un valor social <bien jurídico> y la pena es la negación de tal conducta, pero no mediante la intimidación, sino a través de la confirmación frente a los ciudadanos que el patrón de la norma es el correcto a seguir y debe seguirse orientando a través de tales patrones de conducta. En palabras de LESCH, la pena tiene un significado muy concreto, y es aclarar, que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor no marca la pauta, y que la norma, en cambio, mantiene su vigencia<sup>178</sup>. Cuando una sociedad

---

<sup>175</sup> JESCHECK Y WEIGEND. *Derecho penal, parte general*. 5º ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada. Ed. Comares. 2002. p. 2 y ss.

<sup>176</sup> JAKOBS, G. op. cit. p. 76

<sup>177</sup> El significado social de la pena es lo que le individualiza y distingue de otros medios de sanciones penales o administrativas; no por un criterio cuantitativo, sino cualitativa.

<sup>178</sup> LESCH, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Traducción de Sánchez Vera y Gómez Trilles. Artículo publicado en ADPCP, T.XLVIII, Fasc.III, Septiembre-Diciembre 1995, pp. 924 y ss. Completando sus ideas dice LESCH "La pena no debe ser vista, como reacción ante el conflicto -así como ante el quebrantamiento de la norma-, como un suceso tan solo exterior causal, pues en ese caso se llegaría a la, ya censurada por Hegel, secuencia de dos males. Por el contrario, la pena tiene un significado muy concreto, y es aclarar, que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor no marca la pauta, y que la norma, en cambio, mantiene su vigencia. Se muestra que el autor no ha organizado el mundo de forma correcta por ello se le retiran medios para poder seguir organizando. *Delitto*

pena se niega aceptar un cambio de su configuración<sup>179</sup>. La pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad<sup>180</sup>. En otras palabras, la pena pública es el mantenimiento del esquema de interpretación y valoración válida públicamente a través de la imposición de un "mal al reo"<sup>181</sup> como lo es la privación de un valor muy apreciado en nuestra sociedad: la libertad y las consecuencias –aunque secundariamente– que ello implica. Ahora bien, y ¿por qué tal instrumento debe aplicarse a través de la privación de la libertad de una persona? Este es algo que no se le puede reprochar al Derecho penal, sino que de ser posible tal reprochabilidad debería ser a la misma configuración de la sociedad, porque la sociedad hasta ahora no ha encontrado otro medio más idóneo de resolver sus conflictos de índole jurídico-penal<sup>182</sup>. La pena

---

*(quebrantamiento de la norma) y pena se localizan <principalmente> en el plano del significado <apreciado no desde la subjetividad del autor o de la víctima, sino desde el único referente: la sociedad> y no de aquel, tan solo exterior, empíricamente tangible, de los resultados materiales del delito. Pena y delito son actos simbólicos, tienen un contenido simbólico-comunicador; deben ser entendidos como discurso y respuesta" (resaltado es nuestro).*

<sup>179</sup> JAKOBS, G. *ibidem*.

<sup>180</sup> JAKOBS, G. *Sobre la teoría de la pena <Zur Straftheorie>*. Trad. de Cancio Melia. Colombia. Fondo Universidad Externado de Colombia. 1998. pp. 15 y 16. El "solo" *quia peccatum est* tampoco describe de modo adecuado la razón del proceso de la punición; pues la razón no es sólo la maldad del hecho, un *peccatum*, sino el mantenimiento de una determinada configuración social. Sin tener en cuenta esa configuración, es decir, de modo absoluto, no puede fundamentarse la pena pública.

<sup>181</sup> En lo fáctico no se puede negar del concepto de la pena, es decir dando respuesta a lo que es la pena, que en realidad es un mal que se le impone a una persona, sin embargo este mal está legitimado por los fines que previamente se le ha dado a la pena, el cual es –como ya se dijo– el restablecimiento comunicativo en la confianza pública que lo correcto a seguir son los valores sociales, que por su importancia social –democráticamente– han sido positivizadas poseyendo el status de norma penal. Solo así cabe una fundamentación democrática y social de la pena.

<sup>182</sup> Así SILVA SÁNCHEZ, J. M. tratando de justificar la necesidad del Derecho penal, dice: "¿Qué es lo que legitima la presencia de un mecanismo coactivo de tan graves consecuencias como el Derecho penal en una determinada sociedad? ¿Por qué *debe haber* Derecho penal? ¿Qué razones valorativas impiden su supresión? (...) la legitimación del Derecho penal debe situarse en el hecho de que su presencia en la sociedad, con ser un mal, conlleva un mal menor que el que trata de evitar. Expresándolo en términos más concretos, lo que legitimaría al Derecho penal sería su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia –en sentido amplio– que se genera en una sociedad. En efecto, la ausencia de un «Derecho» penal supondría, de hecho, el abandono del «control de la desviación» al libre juego de las fuerzas sociales: en definitiva, a una dinámica de «agresión venganza». Su presencia, en cambio, como mecanismo organizado y monopolizado por el Estado tiene significativas ventajas. Por un lado, en buen número de casos las propias conminaciones penales tienen ya un efecto disuasorio que impide la aparición de «agresiones» (delitos) que, de otro modo, se producirían. Por otro lado, producida una conducta agresora definida como «delito», la sanción del responsable favorecerá, de una parte, que tanto el sujeto



pertenece a nuestra sociedad civil de nuestro tiempo. Efectivamente la pena es un fenómeno jurídico-fáctico que se concretiza a través de la privación de la libertad. Es la violencia racionalizada y monopolizada por el Estado, la misma que pese a su drasticidad y a sus efectos negativos es más conveniente o preferible que la violencia, venganza privada o justicia de propia mano que haría imposible la convivencia en sociedad<sup>183</sup>. En esta misma línea MIR PUIG dice: "Si no fuese necesario *a la sociedad* el recurso a la pena, la pena carecería de sentido. No se castiga *por* el delincuente, sino *por* la sociedad"<sup>184</sup>. El tal sentido no se le puede exigir a la pena que cumpla objetivos ajenos a la configuración de la misma sociedad<sup>185</sup>. Empero, hay que mencionar que las sociedades culturales minoritarias también tienen sus particulares formas de sanción, que bien podrían

---

sancionado como otros autores potenciales no realicen en el futuro hechos lesivos de ese género, y, de otra parte, impedirá que los ciudadanos afectados por tal delito se sientan compelidos a «tomarse la justicia por su mano». (Vid. SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona. Ed. Bosch. 1992. p. 181). En la misma dinámica JAKOBS al intentar justificar la violencia que implica la pena en su sistema auto constructivo, sostiene. "La privación de medios de interacción del infractor de la norma tiene lugar como violencia. Pero, ¿por qué necesita el trato con una persona de la violencia?; dicho de otro modo, ¿por qué no basta la constatación de que no debe tomarse como referencia su conducta? Sería precipitado suponer -como puede parecer a primera vista- que la violencia no puede dirigirse contra la persona, sino sólo contra el individuo. El infractor de la norma, a través de su conducta, no sólo ha significado algo, sino que a la vez también lo ha configurado; dicho mediante un ejemplo, no sólo ha afirmado que no ha de respetarse la vida ajena, sino que la ha destruido. O, al menos -en el caso de la tentativa- se ha dispuesto a ello. Por lo tanto, el significado de esa conducta no sólo es objetivado por él en el plano simbólico, sino mediante el mundo externo de las personas, que es configurado ya después de la afirmación". (Vid. JAKOBS. *Sobre la teoría de la pena* cit. pp. 24 y 25). *La pena no es lucha contra un enemigo; tampoco sirve al establecimiento de un orden deseable, sino sólo al mantenimiento de la realidad social.* (JAKOBS. *Sobre la teoría de la pena* cit. p. 35)

<sup>183</sup> Pero, el Derecho penal, que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, *el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado*. (Vid. SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. cit. p. 211y ss.)

<sup>184</sup> Complementando sus ideas afirma MIR PUIG: "Esto implica que la pena comporta siempre, inevitablemente, una cierta <instrumentalización> del delincuente en aras de la defensa social, pues constituye un "mal" para aquél, que se le impone para "bien" de la sociedad". Pero esta inevitable instrumentalización sólo puede justificarse por la misma razón que explica la necesidad de todas las limitaciones que la vida en comunidad impone al individuo: por su absoluta necesidad social". (Vid. ampliamente MIR PUIG. *Introducción...* cit. p. 139 y ss.)

<sup>185</sup> La pena ha de cumplir (y sólo está legitimado para cumplir) una misión política de *regulación activa* de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la *función de prevención* de los hechos que atenten a estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta, sin *retribución*, la infracción del orden jurídico. Ahora bien, para que el Estado social no se convierta en autoritario, sino que sea democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que la prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos. MIR PUIG. *Función de la pena...* cit. p. 40

denominarse pena. La misión del Derecho penal es la protección de la convivencia humana en sociedad en su expresión concreta, ya que mediante el rechazo de la violencia y de la arbitrariedad, crea un espacio de juego dentro del cual el ciudadano puede actuar según su discrecionalidad. Por ello, el Derecho penal no solo limita sino también crea libertad<sup>186</sup>. Ahora bien, si al Derecho penal no le corresponde la realización de fines trascendentales, sino la protección y fomento de las condiciones mínimas de vida de los individuos, sólo estará legitimada la pena para el cumplimiento de estos fines, otra función que se la encargue caerá en ilegítima.

Dicho esto, en el contexto de la diversidad cultural, es necesario preguntarse ¿es legítimo la imposición de una pena a un indígena que infringe una norma penal occidental (de la que nunca participó directa ni indirectamente en su elaboración), pero que es conforme con su vida consuetudinaria? ¿comunica la pena a las sociedades étnico-culturalmente minoritarias, que esa conducta no debe seguirse, siendo la conducta un paradigma social? ¿la pena marca la pauta de orientación? ¿cumple el Derecho penal su función de lograr la convivencia social? ¿qué función cumple la intromisión del Derecho penal ante una conducta que es aceptada por la sociedad? ¿cuál sería la función de la imposición de la pena frente a un riesgo socialmente permitido? ¿en este contexto, ayuda la pena a la configuración de la sociedad o por el contrario contribuye a su desconfiguración? O ¿será que la avocación del Derecho penal, en este contexto se convertirá en una imposición externa que perturba y/o desintegra la sociedad?

### **§ IV.3. La moderna configuración de la función del tipo penal.**

Con la afirmación que el Derecho penal debe seguir la metodología teleológica-funcional, no se ha dicho nada todavía, es preciso pues configurar cuales son los criterios a tener en cuenta para la interpretación de las normas. Uno de estos criterios que ha revolucionado la teoría del tipo penal sin duda es la Imputación objetiva. La primera manifestación en el injusto de un Derecho penal

---

<sup>186</sup> JESCHECK y WEIGEND. *Tratado de Derecho penal* op. cit. pp. 2 y ss.

funcional fue la teoría de la imputación objetiva, que engloba diversos criterios para reconstruir el injusto enriquecido con elementos sociales<sup>187</sup>. La teoría de la imputación objetiva, al interpretar la acción típica como realización de un riesgo no permitido, estructura el injusto desprendiendo de sus distintas formas fenomenológicas, recurriendo a la función del Derecho penal e incluyendo valoraciones<sup>188</sup>. Y cuando se concibe la acción típica como realización de un riesgo no permitido, se deriva el acontecimiento penalmente de la tarea del Derecho penal de evitar los riesgos socio-políticamente intolerables para el particular y para la sociedad<sup>189</sup>. La idea del riesgo va –como se sabe– más allá de la dogmática penal y toca problemas de la sociedad moderna y de su control<sup>190</sup>, este criterio es de vital importancia en el tema de la diversidad cultural, como se sabe los riesgos de estas sociedades no son los mismos que de la cultura oficial. Es este hilo de ideas la metodología teleológico-funcional del Derecho penal racional en cuanto a sus fines se diferencia en el ámbito del injusto de los proyectos sistemáticos causales y finales no solamente a través de su abertura a lo empírico y político-criminal, sino precisamente por no reconocer que la acción típica sea exclusivamente algo dado previamente conforme al ser; ésta es más bien un producto de la valoración legislativa<sup>191</sup>. Es este sentido, el tipo penal no puede ser caracterizado preponderantemente mediante categorías como la causalidad o la finalidad, estas no sirven para caracterizar si una acción es típicamente relevante<sup>192</sup> porque no expresan el sentido social. Si bien en el S.XX la teoría del injusto penal ha sido construida sobre elementos fundamentales y sustentadores de la causalidad y de la finalidad; y en función a ellas se fundamenta el sistema del Derecho penal en categorías ónticas, libres de valores, inmunizadas desde el inicio contra objetos sociales y político-criminales<sup>193</sup>, hoy, al tipo no se le debe entender solamente como una

---

<sup>187</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*. cit. p. 25

<sup>188</sup> ROXIN. Claus. *Dogmática penal y política criminal*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima. Ed. IDEMSA. 1998. p. 27

<sup>189</sup> ROXIN. *Ibidem*.

<sup>190</sup> ROXIN. *op. cit.* p. 28

<sup>191</sup> ROXIN. *op. cit.* p. 29

<sup>192</sup> ROXIN. *Ibidem*.

<sup>193</sup> ROXIN, p. 25 y ss. La relación causal (en el sentido de la teoría de las equivalencias) y también su sobre la determinación final intentan describir leyes estructurales del

cuestión formal, meramente descriptivo u objetivo externo - al estilo de BELING<sup>194</sup>-, sin ninguna valoración, derivado del principio de legalidad o - como lo entendía WELZEL<sup>195</sup>- "la descripción objetiva y material de la conducta prohibida" o "que cumple la función político criminal de ser garantía y sistematización de los delitos" en palabras de ROXIN <en su primer momento><sup>196</sup>; sino como la categoría que tiene por principal función la selección de aquellas conductas que por su gravedad no encuentran una solución en las otras disciplinas jurídicas, precisamente "*como el conjunto de elementos con los cuales se define si un comportamiento desborda lo jurídicamente permitido en un determinado contexto social*"<sup>197</sup>. El tipo de injusto está constituido por el conjunto de características de diversa índole que delimitan el contenido de los comportamientos que quieren ser evitados por el ordenamiento jurídico-penal, esto presupone que el ordenamiento no puede ser entendido al margen de un determinado sistema social y sin tener presente que objetivos cumple dentro del mismo<sup>198</sup>. Entendiendo a la teoría del tipo penal, consecuentemente, como un instrumento conceptual para la identificación del comportamiento prohibido con relevancia penal. Los criterios para

---

acontecimiento del mundo exterior que antecede a cualquier valoración.

<sup>194</sup> Cfr. BELING, Ernest. *Esquema de la teoría del delito, la doctrina del tipo*. Buenos Aires. Ed. Librería. 2002.

<sup>195</sup> WELZEL Hans. *Derecho penal alemán*. 11 ed. Trad. de Bustos Ramírez. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. p. 75 y ss.

<sup>196</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. cit. p. 277 y ss. Así mismo, *Teoría del tipo penal*. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1979. p. 170 y ss. Esta crítica es hecha por AMELUNG, Knut en: *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin*, Trad. de Silva Sánchez en *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales* (Comp. Bernd Schünemann) Madrid. Ed. Tecnos. 1991. "*Según Roxin el tipo penal sirve a la realización del principio nulla poena sine lege. A mi juicio es demasiado formal. El principio nulla poena determina sólo la forma, pero no el contenido de un tipo penal...*". Sin embargo, Roxin después de la consolidación de la teoría de la imputación objetiva, sostiene que sumados a los cometidos del tipo de ser: sistemático, garantizador y autónomo, debe ser completado con los criterios de la imputación objetiva; dice: "Para mí, actualmente, en la estructura preventiva general del tipo desempeña un papel central, junto al principio nullum crimen, la imputación objetiva (...) el injusto típico no es un suceso primariamente causal o final, sino la realización de un riesgo no permitido dentro del ámbito del tipo respectivo". (Véase el prólogo a la segunda edición en lengua española de su libro *Política criminal y sistema del Derecho penal*. 2da. ed. Trad. de Muñoz Conde. Ed. Hammurabi. 2002).

<sup>197</sup> Véase JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición, traducida por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo. Ediciones Jurídicas Marcial Pons, Madrid, 1997. p. 191.

<sup>198</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *El contenido del tipo del injusto*. En *Derecho penal, parte general (materiales de enseñanza)*. Prado Saldarriaga compilador) Lima. Ed. Grijley. 1995. p. 271 y ss.

que una conducta pueda subsumirse en el supuesto de hecho del tipo penal, no son solamente la causalidad ni factores internos, sino principalmente criterios objetivos teniendo como referente los diversos valores de cada sociedad en concreto. En este norte ¿sería racional y/o razonable calificar como típica (relevancia penal) conductas de las sociedades étnico-culturalmente diferentes, que no generan ninguna desvaloración en su comunidad?

#### § IV.4. La Teoría de la Imputación<sup>199</sup> Objetiva.

##### § IV.4.1. Alcances generales.

En la actualidad – como ya se dijo- el estudio del Derecho penal se caracteriza por seguir la metodología teleológica-funcional, la que hace suyas nuevas premisas -que a diferencias de otras escuelas- son más acordes con nuestra sociedad. Uno de los temas, consecuencia directa de esta nueva metodología es sin duda la teoría conocida con el *nomen iuris* de imputación objetiva (*objektive Zurechnung*). Actualmente esta teoría, es aceptada casi por unanimidad en la doctrina penal; basta pasar una vista panorámica por la parte general de cualquier manual de Derecho penal, para percatarse que es un tema de obligatorio desarrollo. Sin embargo, los autores que han profundizado y que han construido un modelo con ciertas particularidades propias son: ROXIN, JAKOBS y FRISCH<sup>200</sup> aunque

---

<sup>199</sup> "Imputar" (primera acepción) como "achacar": atribuir a alguien cierta falta o delito. Al término "imputación" lo sitúa como derivado de imputar. La raíz etimológica viene del verbo latino imputare, de putare, que significa juzgar, calcular. Desde aquí podemos deducir que el término "imputar" quiere decir asignar a alguien, a través de un juicio o crítica de su conducta, un determinado comportamiento. No obstante en sistema jurídico o específicamente en el Derecho penal con los términos imputar o imputación cabría confundir la asignación de un comportamiento y la asignación de un resultado, y en fin la atribución en absoluto a un sujeto de sus comportamientos. Esto traería confundir en que categoría del delito lo ubicamos, por ello debe aclararse de cierta manera delimitar su significado. Cfr. MOLINER María. Diccionario de usos del lenguaje.

<sup>200</sup> CLAUS ROXIN, el principal promotor de la teoría de la imputación objetiva desde hace treinta años, tanto la acción, como la parte objetiva del tipo y su parte subjetiva, se conciben en su Tratado desde la óptica de la imputación: cfr. Derecho penal, Parte general, I, traducción y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal, 1997, pp. 7 s., 265, 342 ss., 412 ss. Günther Jakobs subtitula su Derecho penal, Parte General (traducción de Cuello Contreras y González de Murillo, 1995, "Fundamentos y teoría de la imputación". Y Wolfgang Frisch. (especialmente en su obra *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1989; en español ver su libro *Tipo penal e imputación objetiva*. Trad. bajo la dirección de Enrique Bacigalupo. Madrid. Ed. COLEX. 1995 y también su libro *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y

existen sobradas coincidencias en sus matrices generales; de los cuales nos valdremos en el presente trabajo. Ahora bien, es verdad que la imputación objetiva no es una figura nueva del Derecho penal, sino que su contenido corresponde a uno de los anhelos más viejos de la ciencia penal, cual es el de poder determinar con precisión cuando la lesión a un bien jurídico debe ser considerada como "obra" de un determinado sujeto, y cuando dicha afectación es solamente producto de la simple causalidad<sup>201</sup>; sin embargo, sus planteamientos han sido desarrollados en los últimos treinta años sobre todo en la década de los noventa en Alemania y España y supone actualmente dentro de la teoría del delito y en general dentro del Derecho penal, un replanteamiento de un tema fundamental como es la estructura del concepto de delito o la función y eficacia del concepto de acción como elemento previo a la tipicidad, de ahí que se diga que esta teoría ha revolucionado la categoría de la tipicidad. Así FEIJOO<sup>202</sup>, dice: "no cabe duda de que la teoría de la tipicidad en el ámbito del Derecho penal está sufriendo una auténtica revolución a través de la denominada teoría de la imputación objetiva". Esta teoría va aproximadamente a convertirse en una teoría general de la conducta típica<sup>203</sup>. Esto, porque se nutre principalmente de las canteras axiológicas del neokantismo en algunos o del pensamiento hegeliano en otros, a la que añade un concepto fundamental en el mundo jurídico, el contexto valorativo-social; para esta teoría en el análisis del tipo, no es suficiente que se llene con un contenido causal y/o final, sino que tiene que sobre llevar otros factores como los valores sociales, la interpretación de una norma penal, la finalidad del Derecho penal, la adecuación social, el grado de peligro que se pone a un bien jurídico, lo que intenta proteger una norma penal; entre otros. Así, se dice por ejemplo que ha de excluirse la imputación y por ende la responsabilidad del actuante cuando la lesión deriva de una actividad abarcada por el riesgo permitido. Tiene sentido, afirmar que la imputación objetiva emprende la tarea de formular reglas para

---

Serrano Gonzales de Murillo. Madrid. Ed. PONS. 2004. Así también, esta distinción GARCÍA CAVERO, P. *Derecho penal económico, parte general*. 2da. ed. Lima. Ed. Grijley. 2007. p. 434 y ss.

<sup>201</sup> REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 2da. ed. Bogotá. 1996. Prólogo.

<sup>202</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en el Derecho penal*. Ed. GRIJLEY, Lima, 2001. p. 25

<sup>203</sup> CANCIO MELIÁ, M. *Conducta de la víctima e imputación objetiva*. cit. p. 64

determinar qué es lo que significa un hecho<sup>204</sup> en sociedad; dado que el significado de un comportamiento es su posición en el contexto social<sup>205</sup>. Así FRISCH, la pretensión fundamental deducida por la teoría de la imputación objetiva era legítima y que, ahora como antes es: el intento de seleccionar y expurgar ya en lo objetivo, ciertas constelaciones de casos, debido a que pretenden insuficientes elementos de peligro, o porque falte en ello la realización de un riesgo creado de manera desaprobada<sup>206</sup>. En otras palabras, la marcada diferencia de la actual teoría de la imputación objetiva con las otras teorías de la imputación en el tipo, es que ésta ingresa un factor clave, que es muy acercada en las ciencias sociales, sosteniendo que el derecho penal regula conductas de personas y para ello no debe hacerlo netamente con el criterio de causalidad como en las ciencias naturales. Específicamente la teoría de la imputación objetiva otorga al tipo, en su parte objetiva, un contenido claramente valorativo (la creación y realización de un riesgo no permitido) la que impide que una determinada conducta sea subsumible en un tipo penal<sup>207</sup>. En este hilo de ideas, el tipo objetivo pasa a cobrar una especial relevancia que había tenido para el finalismo la finalidad del sujeto<sup>208</sup> o el fenómeno causal en el causalismo. Al amparo de esta teoría, se sostiene que al Derecho penal no le interesa la simple concordancia formal entre una conducta y una mera descripción legal sino la efectiva defraudación de expectativas de comportamiento social, ninguna acción que no pueda ser considerada como lesiva de esa interrelación social debe ser considerada o debe ser calificada de

---

<sup>204</sup> JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Trad. de Cancio Meliá. Lima. Ed. Grijley. 2001. p. 8.

<sup>205</sup> Cfr. JAKOBS. G. *Dogmática de Derecho penal...* cit. p. 84

<sup>206</sup> FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Trad. de Cancio Meliá. Madrid. Ed. COLEX. 1995. p. 114 y ss.

<sup>207</sup> Es válido señalar que la imputación objetiva no descubre la introducción de valores a la interpretación de una norma penal, sino que esta solo los recoge del Neokantismo, así dice SILVA SANCHEZ: "La corriente dogmática que hoy es denominada «funcionalista» o «teleológica» no es más que el producto de la acentuación de los aspectos teleológico-valorativos ya presentes en la concepción dominante. No cabe, por tanto, concluir que nos hallamos ante algo absolutamente nuevo que, además, amenaza con destruir los logros de un siglo de dogmática penal moderna. Por el contrario, la moderna doctrina teleológico-funcionalista enlaza con la tradición metodológica del neokantismo y con quienes, a lo largo de los decenios de predominio intelectual del finalismo, mantuvieron consideraciones teleológico-valorativas como elemento integrante del método dogmático. (Vid. SILVA SANCHEZ. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. cit. p. 66)

<sup>208</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. op. cit. p. 26

típica<sup>209</sup>. La lesión de un objeto material no le interesa al ordenamiento como tal sino como perturbación para la vida social<sup>210</sup>. Desde este punto de vista, en la teoría del tipo no todo causante del hecho realiza el tipo<sup>211</sup>. Es que la ratio de los tipos penales ya no ha de entenderse como la preservación de bienes jurídico como estático e inmutables, sino como la exclusión de determinadas modalidades de comportamiento de la vida social. Si la modalidad de una conducta se puede definir como socialmente adecuada ya no puede existir adecuación típica. En resumen, *la imputación objetiva fija la medida de protección – del tipo- mediante un sutil conjunto de reglas racionalmente convincentes circunscritas a lo social y políticamente necesaria*<sup>212</sup>, de cuando una conducta es relevante para el Derecho penal; es decir llena de contenido al tipo penal. Esto trae dos consecuencias: una es que ni la causalidad ni la finalidad del sujeto nos dicen si una persona ha realizado un tipo penal. Antes de ello, es necesario hacer una valoración desde el contexto social concreto. La otra consecuencia es más práctica: a pesar que una conducta se pueda subsumir formalmente en un tipo penal, solo se puede desvalorar dicha conducta de acuerdo con el fin de protección de la norma penal<sup>213</sup>. De ahí se diga, que la imputación objetiva acuña una visión sociológica-normativa en la teoría del delito, pues el delito no es un fenómeno natural, sino producto de la vida del ser humano en sociedad. Existe el delito porque así lo define la sociedad. Solo así es razonable la afirmación de que en la imputación jurídico penal nos hallamos ante un fragmento de sociedad, no de naturaleza. REYES ALVARADO refiriéndose al tema dice: "(...) por eso, en la actualidad es opinión ampliamente generalizada aquella conforme a la cual el derecho, y específicamente el Derecho penal, no es nada diverso de un

---

<sup>209</sup> REYES ALVARADO, Y. op. cit. p, 101

<sup>210</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. op. cit. p. 152 y 153

<sup>211</sup> CANCIO MELIÁ, M. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal*. 2da. ed. Barcelona. Ed, BOSCH. 2001. p. 55

<sup>212</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la Dogmática Jurídico-penal*. Título original. "Reschtsgüterschutz und individuelle Freiheit im Spannungsfeld der Strafrechtsdogmatik". Trad. de Caro John, José A. En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia N° 5. Lima. 2004. p. 306.

<sup>213</sup> JAKOBS G. *Estudios de Derecho Penal*, Trad. de Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González Cancio Meliá. Madrid, Ed. Civitas. S. A., 1997. p. 222.



mecanismo de control social<sup>214</sup>. La tarea actual para la doctrina penal consiste en superar un pluralismo relativista científicamente erróneo y éticamente inaceptable y reorientarse hacia un pluralismo fundado en los derechos humanos y al mismo tiempo, profundamente respetuoso del derecho a la diferencia y a la diversidad de pensamiento y de cultura.

En la discusión actual sobre la imputación objetiva, con respecto a lo que nos es necesario cabe precisar algunas posturas respecto la misma; algunos autores utilizan esta denominación exclusivamente para la atribución de un determinado resultado lesivo a una conducta que realiza el tipo; otros en cambio, además de lo señalado hacen uso para la constatación del carácter típico de la conducta<sup>215</sup>. En el presente trabajo la terminología será utilizada en segundo lugar, que es probablemente la mayoritaria. Es que el tipo penal, ya no se le entiende como un mero proceso causal, o, de un proceso causal orientado desde el dolo, sino que es fruto de una interpretación teleológica- funcional de los distintos tipos de la parte especial y del fin de protección de la norma penal. Todos los tipos penales tienen límites valorativos, que en muchos casos, no se encuentran expresamente recogidos en los mismos<sup>216</sup> y deben ser completados a través de una interpretación conforme a los valores sociales de cada sociedad y más aún cuando de por medio se encuentre – una realidad como la latinoamericana - el tema de la diversidad cultural. Por otro lado, existen algunas posturas con ciertas peculiaridades sobre los institutos y sobre la forma como esta teoría debe construirse, unos siguen a ROXIN, otros a JAKOBS y algunos a FRISCH. Cabe señalar que entre los autores mencionados, si bien existen ciertos matices propios, pero no es el caso sobre los institutos: riesgo permitido e imputación a la víctima (con las cuales trabajaremos en la presente

---

<sup>214</sup> REYES ALVARADO. Introducción a la imputación objetiva. En. *Revista Internacional de Derecho penal contemporáneo. cit.*, p. 27. Además, dice: “Una consecuencia de ello, es decir concebir al derecho penal como un instrumento regulador de conductas en sociedad, es que su estructura no puede ser concebida como las ciencias naturales - como lo hacían el casualismo y el finalismo -, sino que pertenece al mundo del DEBE SER”.

<sup>215</sup> Vid. CANCIO MELÍA, C. *Conducta de la víctima e imputación en el derecho penal*. 2ª. edición, Ed. Bosch. Barcelona. 2001. p. 58. Así mismo en: *Aproximación a la teoría de la imputación objetiva*, en Imputación objetiva y dogmática penal (Compilador: Mireya Bolaños González) Mérida. Fondo Universidad de los Andes. 2005. pp. 87 y ss.

<sup>216</sup> Vid. FEIJOO SÁNCHEZ B. *Imputación objetiva en Derecho Penal*. Lima. Ed. Grijley, 2004. p. 27

investigación) en el cual coinciden; motivo por el cual no entraremos en la polémica.

Ahora bien, una de los temas que genera mayor polémica, incluso entre los mismo defensores de la imputación objetiva, es el ámbito de aplicación de esta teoría; es decir que amplitud de aplicación en las modalidades delictivas posee, así para unos solo sirve para casos específicos (delitos de resultado), para otros tiene un mayor ámbito de cobertura. Desde la premisa que hemos partido, entendido a la imputación objetiva sobre todo como un juicio de valoración para determinar si una conducta pueda subsumirse o no en el supuesto objetivo del tipo penal, concluimos que esta teoría tiene una aplicación que va más allá de los delitos de resultados<sup>217</sup>. En tal sentido consideramos que la teoría en comentario, es aplicable a todos los tipos penales de la parte especial y en sus distintas modalidades: delitos de resultado y delitos de acción; en los ilícitos dolosos y culposos; en los de acción como de omisión; en los delitos consumados como en los de tentativa; etc. Puesto que en todos estos delitos es menester que pasen por el filtro de la creación de un riesgo jurídicamente no permitido. Empero, en el trabajo que nos trae, también consideramos que la imputación objetiva puede ser aplicada ante el “problema” de la diversidad cultural. Tesis que a continuación defendemos.

#### **§ IV.4.2. Tipicidad: El Modelo de la Imputación Objetiva. Una salida constitucionalmente legítima y dogmáticamente coherente en el ámbito de la diversidad cultural.**

En primer lugar debemos ser conscientes que el reconocimiento y protección de la diversidad cultural de la población constituye una característica esencial del Estado Constitucional (artículos 2.19, 89 y 149 de la Constitución Política), porque el fin supremo del Estado y la sociedad es la persona. Se debe aceptar la diversidad cultural, no

---

<sup>217</sup> Si se entiende a la imputación objetiva como la teoría que permite establecer lo que para el Derecho penal es una conducta lesiva de los intereses sociales, es decir, como el núcleo de la acción penalmente relevante, de la cual forma parte no solo un resultado sino, además, el imprescindible aspecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, resulta innegable que la imputación objetiva no debe quedar reducida a los denominados delitos de lesión. (vid. REYES ALVARADO, Y. *Imputación objetiva*. 2º ed. Bogotá. Ed. Temis. 1996. p. 78.)

como una <tolerancia condicionada>; no como un " *te tolero pero...*" sino como la aceptación de lo diverso, como categoría que procede de la expresión de la misma persona; de ser uno y diverso a la vez; categoría que precede a cualquier reconocimiento jurídico-positivo. En todo caso, es posible hablar de una tolerancia, pero entendida en sentido positivo. La tolerancia positiva presupone ser consciente de lo diverso y consiste en algo adicional: Comprender al otro. Es decir, colocarse en su lugar, entenderlo desde su visión del mundo y su jerarquía de valoraciones. Comprender al otro es también percibirme desde su mirada. La tolerancia positiva o comprensiva es la condición necesaria del diálogo intercultural, porque un presupuesto del diálogo es la aceptación del otro en la igualdad de condiciones que uno, de lo contrario sería imposición. Para decirlo en términos más específicos, se trata de propiciar la apropiación selectiva y crítica de lo que mi interlocutor cultural me ofrece, de asumir una actitud activa que me permita reestructurar lo propio, autotransformarlo reflexivamente, escogerlo y reinventarlo. En cambio, la tolerancia negativa consiste en aceptar bajo condiciones específicas, empero la condiciones son puesta por el que tolera; resultando ser una discriminación disfrazada. La premisa debe ser que el respeto por el otro se acopla, no en un conflicto, sino en la aventura de atrevernos a mirar con los ojos del otro; y, entrando en esa mirada del otro me hace a mí ser otro respecto de mí para descubrir mi identidad; en consecuencia aceptar al otro es lo reverso de respetar mi identidad. No cabe la existencia del uno sin el otro.

La historia nos da lección que el desarrollo del hombre se ha dado en un mundo indeterminable de culturas y que muchas aún perviven. Frente a la homogeneidad afirmada e impuesta por el Estado, la mayoría de las sociedades civiles – como se dijo líneas atrás - se han constituido históricamente a partir de una multiplicidad de etnias y culturas que han resistido generalmente las presiones burocráticas hacia la normalización cultural y limpieza étnica –hoy, practicadas en algunos países del Oriente y del Asia-. Incluso en sociedades, como las europeas, étnicamente muy homogéneas, las diferencias culturales regionales y las emigraciones marcan territorialmente tradiciones y formas de vida específicas, que se reflejan en patrones de

comportamiento diversos y, a veces, en tensiones interculturales. La gestión de dichas tensiones, la construcción de la convivencia en el respeto de la diferencia son algunos de los retos más importantes que han tenido y tienen todas las sociedades. Y la expresión concentrada de esa diversidad cultural, de las tensiones consiguientes y de la riqueza de posibilidades que también encierra la diversidad se da preferentemente en las ciudades, receptáculo y crisol de culturas, que se recombinan en la construcción de un proyecto ciudadano común. En estas sociedades, sociedades con una sólida formación democrática, se habla que la igualdad persiste aún dentro de lo diverso. En cuanto a la realidad latinoamericana, ante todo debemos comenzar por aceptar la existencia de la diversidad cultural intrasistémica, no como un simple rezago del pasado, sino como un hecho actual <como una categoría>: las diferencias culturales –dice DE TRAZEGNIES GRANDA- no son meros fantasmas que nos llaman desde el pasado y que evocan conciencias perdidas en el tiempo, sino que son vivencias efectivas de las diferentes sectores de nuestra población<sup>218</sup>; y en tal sentido las democracias Latinoamericanas no puede seguir siendo reducida a la regla de las mayorías en perjuicio de otros.

En segundo lugar, el Derecho penal frente a este problema debe incorporar el presupuesto fundamental que no calificará como penalmente relevante conductas que sean concebidas y aceptadas como cotidianas por las sociedades culturalmente minoritarias; ya sea “preexistentes a la cultura oficial”, o “subsecuentes a la cultura dominante”; por el contrario, que protegerá y garantizará su existencia. En este sentido, es correcto afirmar que *“no existirá una protección adecuada de las minorías étnicas, sino a través de la existencia de reconocimiento jurídico que acepte y lo respete –más que tolerar- lo culturalmente diferente”, como categoría de lo diverso.* En otras palabras, *uno de los desafíos que la diversidad cultural*

---

<sup>218</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Posmodernidad y Derecho*. Bogotá. Ed. Temis. 1993. p. 76: En verdad, no hay país moderno que no sea un crisol donde se han fundido múltiples culturas, donde valores, creencias y formas sociales muy diferentes no se hayan dado cita de manera más o menos tumultuosa. Sin embargo, algunos países han logrado integrar esos ingredientes al pinto de formar nacionalidades nuevas, culturas distintas y propias; otros, no han tenido el mismo éxito y, si bien ninguna de las culturas que los componen han quedado incontaminadas, el crisol no ha logrado fusionarlas a todas en una sola cultura nueva. Es fundamentalmente en este último caso que hablamos de multiculturalidad.

*plantea al Derecho penal dentro de un Estado Constitucional es, precisamente, la construcción de un método científico que al mismo tiempo admita la existencia en un ámbito geopolítico-territorial, la diversidad cultural, y solucione el conflicto de tal modo que ninguna de las culturas sea vea perjudicada; ya sea en la forma o en su contenido.* Somos de la opinión, que el método de solución que cumple con estos requisitos es la teoría de la imputación objetiva. Y ante la pregunta *¿Es racional y razonable considerar como delito o indicio de delito, conductas que son vistas como cotidianas (no generan un riesgo más allá de lo permitido) por las sociedades étnico-culturalmente minoritarias, aunque desde la sociedad occidental (Código Penal) sean consideradas delictivas?* Contestamos que NO porque estas conductas son atípicas y deben ser tratadas como tales.

#### **§ IV.4.2.1. Argumentos a favor de considerar como atípicas las conductas cotidianas de las sociedades étnico-culturalmente minoritarias: Beneficios jurídico-penales y político-criminales de tal solución.**

Ya se dijo, que el Derecho penal edificado sobre una concepción social y dinámica de los bienes jurídicos no es partidario que la simple adecuación formal de la conducta a la descripción de una norma penal (tipicidad formal) tenga relevancia alguna si la respectiva conducta no atenta contra las relaciones sociales<sup>219</sup>. Agregamos, que el delito debe ser considerado como un comportamiento valorado social y jurídico penalmente en forma negativa (creación de riesgos no permitidos); es decir, es la conducta que la sociedad no espera, sino la rechaza. Lo que buscamos enfatizar con esto es la importancia de la sociedad en la definición del delito, tal es su significancia que podría decirse de no existir una sociedad no existiría el delito. El delito no es un dato empírico que hay que constatar sino, sino una conducta que debe imputarse normativamente a una persona<sup>220</sup>. El

---

<sup>219</sup> REYES ALVARADO, Y. op. cit. p. 64

<sup>220</sup> Refiriéndose al tema dice GARCIA CAVERO: "La teoría del delito es fundamentalmente una teoría de la imputación, de manera que no se trata de hacer una teoría que simplemente defina el delito, sino de establecer los criterios que permitan imputar un hecho a una persona con consecuencias penales. (vid. GARCIA CAVERO, Percy. *Esbozo general del delito fundada en la persona*. En "Cuestiones actuales de sistema penal" Lima, ARA editores. 2008, p. 538)

delito no es una cuestión natural ni ontológica, pues como se deduce de la premisa filosófica planteada HUME, hoy aceptada en el plano de la filosofía del derecho: "**del ser no se puede derivar el deber ser**"<sup>221</sup>; ¿qué significa esto? Para contestar, previamente, es menester diferenciar planos de discusión filosófica. Dos planos nos importan en nuestro tema: *la ontología*<sup>222</sup> y *la axiología*<sup>223</sup>; por ontológico entenderemos todo lo existente sea real o inmaterial, es decir el ser en general (es lo trascendental hablando en el lenguaje kantiano); y por axiológico entenderemos "los valores sociales". El valor<sup>224</sup> es una cualidad que dentro de un contexto social se le asignan a los objetos ya sean materiales o inmateriales. Ahora bien, *lo ontológico incluye a lo axiológico* (aunque lo axiológico posee un campo específica) *mas no a la inversa*. Sin embargo, de lo ontológico, no se puede deducir lo axiológico, pues están en campos diversos; el primero en la existencia y la segunda en la valoración. A decir de GARCÍA MORENTE: "*Los juicios de valor anuncian a cerca de una cosa algo, que no añade ni quita nada al caudal existencial y esencial de la cosa*"<sup>225</sup>. Se valora algo, pero de este algo no se deduce el valor, en otras palabras del

---

<sup>221</sup> Se da un abismo insondable entre el ser y el deber ser, sacar conclusiones normativas del ser es "la falacia naturalista.

<sup>222</sup> FERRATER MORA. *Diccionario de Filosofía*. T. II. 5º ed. Buenos Aires Ed. Sudamericana. 1964. p. 321 y ss. De dos voces griegas **onto** que es ser, y **logos**, que es estudio. "*La ontología es, en realidad, única y exclusivamente, aquella indagación que se ocupa del ser en cuanto ser, pero no como una mera entidad formal, ni como una existencia, sino como aquello que hace posibles las existencias. La identificación de la ontología con la metafísica general ha de encontrar en esta averiguación del ser como trascendente la superación de las limitaciones a que conduce la reducción de la ontología a una teoría de los objetos o a un sistema de categorías*". O como lo llamaba Aristóteles "*ciencia de las primeras causas y de los primeros principios*". (Cfr. ARISTÓTELES, *Metafísica*, libro I (A). Buenos Aires. Fondo Cultura Económica. 2004. p. 30 y ss.)

<sup>223</sup> FERRATER MORA. *Diccionario de Filosofía*. II. cit. 868. Axiología viene de dos voces griegas: **Axios**, que es valor, lo valioso y **logos**, que es tratado. "*La axiología pura trata de los valores, en cuanto tales, como "entidades" objetivas, como "cualidades irreales", de una irrealidad parecida a la del objeto ideal, pero en manera alguna idéntica a él.*

<sup>224</sup> FERRATER MORA. loc. cit. "*Los valores son cualidades irreales (inmateriales), porque carecen de corporalidad, pero su estructura difiere de la de los objetos ideales, asimismo irreales (inmateriales), pues mientras estos últimos pertenecen propiamente a la esfera del ser, sólo de cierto modo y habida cuenta de la pobreza del lenguaje puede admitirse que los valores "son". Mas no sólo esto: el valor no puede confundirse con el objeto ideal, porque mientras éste es concebido por la inteligencia, el valor es percibido de un modo no intelectual, aun cuando lo intelectual no pueda tampoco excluirse completamente de la esfera de los valores*". (resaltado es nuestro). No discutiremos sobre el origen de los valores; partimos del presupuesto que estas son parte de nuestra realidad social. Así por ejemplo, nadie puede dudar de la apreciación de la vida que se tiene.

<sup>225</sup> GARCÍA MORENTE, Manuel. *Lecciones preliminares de Filosofía*. 11º ed. México. Ed. DIANA, S. A. 1964. p. 371. Enuncian algo que no roza para nada no con el ser en cuanto existencia, ni con el ser en cuanto esencia de la cosa.

objeto valorado no se deduce al valor. El objeto de valoración no puede ser la misma valoración, hay que distinguir el "*objeto de valoración de la valoración del objeto*". Del objeto libro no se puede colegir lo bueno; de ayudar pasar la pista a una anciana, no se deduce que esa actitud es la debida; de decir la verdad, no se concluye lo correcto. A esto les hace falta el plus valorativo y esto eminentemente es social. Lo bueno, lo debido y lo correcto son valoraciones que le damos a ciertas cosas o actitudes que en sí no tienen nada de bueno, de debido o de correcto. Vale decir, que lo bueno, lo debido o lo correcto son atribuciones o calificaciones que le dan las personas, producto de su valoración social generado dialécticamente en su desarrollo histórico. No existe un libro ni bueno ni malo<sup>226</sup>, no existe una actitud ni correcta ni incorrecta. Un libro existe, una conducta es un suceso, y nada más. Lo que se intenta demostrar con esto es que, no existe el delito como categoría óptica al estilo del Derecho natural. No existen derechos naturales; a decir de BUNGE: "*La misma expresión derecho natural es contradictoria: no hay nada más artificial como el Derecho, que es creación del hombre. No encontramos leyes en las canteras, en las minas o en los bosques, sino que el derecho es un creación típicamente humana, como lo es la ingeniería*"<sup>227</sup>. Pero, esto tiene coherencia solo cuando no se entiende derechos de un individuo aislado, sino en un contexto social determinado. En este sentido lo que hace el Derecho en general y el Derecho penal específicamente es proteger y garantizar que estos derechos (valoraciones) no se verán afectadas por conductas de otras personas. En esta orientación las normas jurídico penales (para no ser tan extenso) son consecuencias de una valoración social. Así por v. gr. Se valora a la vida como algo bueno; de ahí que exista una norma que prohíba matar (art. 106 del Código Penal), de lo contrario no tendría sentido el art. 106; se valora como positivo que toda persona mantenga su integridad física; por ende existe una norma que prohíbe lesionar (art. 121 C. P.) y así

---

<sup>226</sup> Tanto es así que en una misma sociedad pueden haber personas que desdeñan a los libros, porque no les son útiles o por cualquier otra circunstancia; en cambio esto no puede suceder para otras personas. Esto puede suceder con las distintas objetos, actitudes e incluso con los valores.

<sup>227</sup> BUNGE, M. *El derecho como técnica social de control y reforma*. En DOXA N° 13/octubre 2000. Accesible en DOXA. p. 122. A nuestro entender el problema se encontraría sobre las fuentes del Derecho positivo.

sucesivamente. Pero, de el solo hecho de tener vida no se deduce que quitar la vida es malo, de tener un cuerpo no se concluye que lesionar es incorrecto. Pues, quitar la vida sin una valoración social de por medio, es un suceso naturalístico cualquiera<sup>228</sup>. Pero, cuando se habla de valoración social no debe entenderse como una valoración única o de una valoración superior o inferior, de una valoración oficial o accesoria; sino de una valoración con diferencias o una valoración diferenciada dependerá de cada sociedad en concreto.

Por otro lado; cuando se habla de sociedad no se debe concebirse como el Jardín del Edén o como una sociedad homogénea-robotizada controlada por un agente benigno desde una central del ciberespacio, sino una sociedad en su expresión concreta; y, más aún cuando se trate de la realidad pluricultural como lo es la Latinoamericana. Dependerá de cada sociedad que una conducta sea delictiva y la solución correcta de la misma, es decir del desarrollo alcanzado por la sociedad concreta. Si bien es cierto que la imputación – explica JAKOBS<sup>229</sup>- como forma se reconduce a los inicios de la humanidad, pero su contenido depende del contexto social. Y las mismas soluciones, depende del contexto social. Esto lo demuestra con su ejemplo del obrero que resulta lesionado por curiosear con una máquina nueva; en una sociedad donde abunde la técnica se responsabilizara al fabricante; en cambio en una sociedad donde carezcan de máquinas se tolerara bastantes riesgos y se impondrá al propietario y al obrero la obligación de garantizar su seguridad; e incluso en esta sociedad puede que se acepte, y, hasta

---

<sup>228</sup> En lo natural el nacimiento de un cordero es igual al nacimiento de una persona, pues los dos son meros sucesos naturales. Sin embargo, en nuestra sociedad es inconcebible que el nacimiento de un ser humano sea igual al nacimiento de un cordero, el primero es más que un mero suceso natural, es algo diferente y superior al segundo – no me refiero a una diferencia biológica- , esto es por un grado de valor que se le añade socialmente. Así mismo la vida, en cuanto tal, todavía no es un bien in sito. En parecido sentido –aunque interpretando a favor del bien jurídico – dice MIR PUIG: " (...) *la realidad de la vida no constituye, en cuanto tal un bien (...), sino que, como mero dato biológico, todavía no encierra en sí mismo una conceptualización axiológica alguna, es valorativamente neutra; pero dicha realidad de la vida puede contemplarse, además de cómo realidad empírica (natural), como bien si se atiende a su valor funcional (...)* Las vidas reales no constituyen "bienes jurídicos" en cuanto meros datos biológicos, sino por su valor funcional para sus titulares y para la sociedad; **es decir, la vida se convierte en un bien cuando al dato empírico se le agrega un plus de valoración**". (resaltado es nuestro) (Cfr. MIR PUIG. *Derecho penal* cit. pp. 167 y 168).

<sup>229</sup>JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Trad. de Cancio Meliá. Lima. Ed. Grijley. 2001. pp. 15 y ss.



se felicite, el espíritu emprendedor del propietario y la curiosidad del obrero. Comportamiento incorrecto de la víctima, comportamiento incorrecto del autor, comportamiento incorrecto de un tercero o desgracia; son por tanto las posibles explicaciones de un curso lesivo ¿cuál solución es la correcta? La convicción de que esta pregunta no puede ser contestada sin tener en cuenta el estadio de desarrollo alcanzado por la sociedad concreta de la que se trate es una de las enseñanzas nucleares de la teoría de la imputación objetiva. Si bien la imputación como forma se reconduce a los inicios de la cultura humana, su contenido depende del contexto social<sup>230</sup>.

Solo por enumerar, ¿es razonable sostener la tipicidad- en la modalidad de violación sexual artículo 173 C. P.- el contacto sexual entre un varón de 25 años y una menor de 13 años en una etnia de la Selva (llámese Arawac, Huitoto, Pana, Jíbaro, Zaparo; etc.) o el Servinacuy en los Andes, en los que es tradición que se den estas relaciones? ¿será típica – en la modalidad de lesiones contra la integridad corporal, artículo 121 del C.P.-la curación que por costumbre se práctica en una comunidad en que el Estado no tiene presencia, pero que resulto fallida? ¿será típica – delito contra la fauna artículo 308 del C. P. - la caza que realiza un nativo de la Selva a un animal en vías de extinción legalmente protegido? ¿es justificable considerar típica – atentados contra el patrimonio cultural; artículo 226 del C.P. - la excavación que por costumbre realiza un nativo de la selva o una comunidad de indígenas a un monumento arqueológico? Si se parte solo de una visión causal, descriptiva-formal o desde un psicologismo, la respuesta –sin duda- es afirmativa y se busca otra categoría de la teoría del delito para exculpar o atenuar la responsabilidad penal –como se vio con los modelos ya mencionados- ; pero es parte de la historia estas metodologías de solución y con ellos sus formas de resolver el problema de la diversidad cultural. Sin embargo, partiendo desde una metodología teleológica-valorativa, y concretamente con la teoría de la objektive Zurechnung; estos “supuestos problemas” se resuelven en la tipicidad; en el sentido que estas conductas no han creado una desaprobación social. Desde las sociedades culturalmente minoritarias estas conductas son aceptadas

---

<sup>230</sup> Cfr. JAKOBS, G. *Tipo penal e imputación objetiva*. cit. p. 15 y ss.

en su máxima dimensión de normalidad posible; por ende estas no pueden ser subsumibles en el supuesto de hecho de una norma penal; lo que no implica – de ser el caso -que se pueda accionar en otras vías del ordenamiento jurídico; pues lo que no es desaprobado por la sociedad no debe ser sancionado penalmente, rige el principio de *ultima ratio*. Dado que si una conducta es típica, aunque sea justificada significa que de por medio existe una desaprobación social de gran significado. Pero, como se ha visto en el tema de la diversidad cultural no hay tal reprobación social, porque no existe creación del riesgo más de lo permitido, sino que son conductas que en muchas oportunidades es la razón de la existencia de tales sociedades.

#### **§ IV.4.2.1.1. El riesgo permitido como filtro de imputación en las sociedades culturalmente minoritarias.**

Una de los institutos mas aceptados de la teoría de la imputación objetiva es el riesgo<sup>231</sup> permitido. Una conducta que no supere este filtro, por antonomasia no debe ser considerado típica. *Con razón se dice que es el instituto con que el Derecho penal se comunica directamente con la sociedad.* Se fundamenta, en que la sociedad no es un mecanismo cuyo único fin sea ofrecer la máxima protección de los bienes jurídicos, sino que está destinada a posibilitar las interacciones de sus participantes, y la prohibición de cualquier puesta en peligro, sea de la índole que sea, haría imposible la realización de cualquier comportamiento social<sup>232</sup>. La idea es que una conducta aprobada, no ya excepcionalmente en el caso concreto,

---

<sup>231</sup>Nos parece idóneo hacer la distinción entre: resigo y peligro –muchas veces utilizado indistintamente-. Riesgo es la contingencia adversa a la que se está dispuesta a enfrentar; el peligro es una posibilidad perjudicial causalmente probable que es inherente a una determinada situación, pero que el sujeto pueda ignorar. El riesgo es algo que el sujeto asume, es algo consciente, en niveles diferentes dependiendo de la probabilidad del resultado, mientras ello no sucede necesariamente con el peligro. Por ejemplo es mejor decir que a un niño, a un demente o aun ignorante la acecha un peligro vinculado con su acción; mientras que el corredor de Fórmula 1, el boxeador asumen determinados riesgos. Simplificando podemos decir que el riesgo es la idea del cálculo del agente, elemento que no se encuentra en peligro. Es decir, esta enriquecida con las notas del cálculo, la prevención y especulación, es mas compatible con la esencia humana y, por ello lo creadores de la teoría de la imputación objetiva han acertado al escoger el vocablo, máxime cuando tal expresión tiene larga trayectoria en el mundo jurídico. Cfr. JULIO FIERRO Guillermo. *Causalidad e Imputación*. Buenos Aires. Ed. ASTREA. 2002. p. 397.

<sup>232</sup> JAKOBS. op. cit. p. 27

sino de antemano y de modo general no puede encarnar una clase de delito y de injusto y por tanto tampoco puede ser nunca típica<sup>233</sup>. Por ende, los comportamientos que crean riesgos permitidos no son comportamientos que hayan de ser justificados, sino que no realizan tipo alguno<sup>234</sup>. Ahora bien, siendo las reglas de comportamiento social las que permiten determinar aquello que dentro de una comunidad constituye un riesgo desaprobado, es claro que ese juicio de desaprobación depende fundamentalmente de la manera como la sociedad se encuentra organizada. Numerosos supuesto de riesgo permitido se han generado por aceptación histórica y hasta se han convertido en costumbres. Sin embargo; decir riesgo permitido a secas, no delimita bien el contenido de este concepto, también la legítima defensa permite un riesgo a costa del agresor, o un estado de necesidad. En el presente trabajo riesgo permitido hace referencia a la aceptación del riesgo que viene por necesidad de la configuración (organización histórica) de la sociedad, por adecuación social. No es materia del presente trabajo, la investigación del cómo se configuran esos riesgos, sino que nuestro punto de partida es una determinada configuración social sin importar cómo se llegó a ella<sup>235</sup>. Se sabe, lo socialmente adecuado precede al Derecho; y su legitimación de éste último radica, en que proviene de la configuración social la misma que debe proteger. Así la permisión de un riesgo no queda legitimado, por su vinculación al Derecho, sino que se legitima de manera histórica, es decir, por su propia evolución<sup>236</sup>. El hecho de reconocer que la conducta socialmente adecuada es atípica no tiene más alcance que la perspectiva de que el tipo debe ser entendido como tipo de injusto; únicamente supone una remisión al desvalor social que es inmanente al injusto y constituye su fundamento material<sup>237</sup>. Como quiera que la

---

<sup>233</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general* cit. p. 294.

<sup>234</sup> JAKOBS. G. *La imputación objetiva en el Derecho penal*. cit. p. 46. Un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal, no porque en el caso concreto esté tolerado en virtud del contexto en el que se encuentra, sino porque en esa configuración es aceptado de modo natural.

<sup>235</sup> Son muchas las tesis que tratan de explicar cómo se configura un riesgo permitido: ponderación de intereses; cálculo social de costo y beneficio; etc.

<sup>236</sup> JAKOBS. G. *La imputación objetiva en el Derecho penal*. cit. p. 45

<sup>237</sup> ROXIN, C. op. cit. p. 295. En este mismo sentido ya Welzel en su última fase; sostuvo que la adecuación social hace que una conducta sea normal y no típica: "En los tipos se advierte la naturaleza *social* y al mismo tiempo histórico del derecho penal: indican las formas de conducta que suponen una infracción grave de los órdenes históricos de la vida social. Las

desaprobación de un riesgo supone una valoración de tipo social, y los juicios de valor varían de acuerdo con la ubicación espacial y temporal de las sociedades, forzoso es reconocer que una conducta podrá ser aprobada o desaprobada dependiendo, por ejemplo, de si se juzga de acuerdo con los patrones trazados por la sociedad latinoamericana, asiática o si se emplean los criterios de una sociedad no comunicada sentada en la selva peruana –y en general de cualquier sociedad étnicamente minoritaria - asimismo, resulta determinante el aspecto temporal como lo demuestra el hecho de que actividades que hoy son consideradas no solo como toleradas sino como imprescindibles en la vida social hayan sido desaprobadas en épocas anteriores<sup>238</sup>. *Lo que queremos demostrar es que no existen valores universales, sino que estos dependen de un contexto histórico y social. Sería irrazonable considerar relevante para el Derecho penal aquellas conductas que se hallan integradas en el funcionamiento del orden social*<sup>239</sup>. *En este sentido, si las acciones que de las comunidades étnico-culturalmente diferentes no generan, en su contexto social, ninguna puesta en riesgo de un bien jurídico o de su configuración social; el Derecho penal –siguiendo la lógica de la imputación objetiva- no debe intervenir, porque de hacerlo no estaría*

---

conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares. Sino conductas que se mantienen dentro de los límites de la libertad de acción social. La determinación de estos límites es tarea fácil. (Véase WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho penal*, una introducción a la doctrina de la acción finalista. 2da. Reimpresión. Traducción y notas de Cerezo Mir. Buenos Aires – Montevideo. Ed. IBdeF. 2004. pp. 87 y ss.) Interesantes comentarios sobre la adecuación social hace Cancio Meliá en: La teoría de la adecuación social en Welzel, en ADPCP, Fasc. II, 1993, pp. 169 – 202.

<sup>238</sup> REYES ALVARADO, Y. Imputación objetiva. cit. p. 107. Agrega el autor: “Así como una conducta, un objeto o una persona no son buenos o malos, correctos o incorrectos, justos o injustos por sí mismos, la emisión de juicios de valor respecto de esos objetos, personas o conductas depende necesariamente de la existencia previa de una reglamentación, entendida no necesariamente como una normatividad escrita sino como el conjunto de directrices referidas a los bienes, individuos o actividades respectivas; es por ello que una determinada forma de vestir no es por sí misma correcta o incorrecta sino solo en relación con los patrones que hayan sido trazados para definir lo que en un contexto espacio-temporal deba ser la moda. De la misma manera una frase será tildada de incorrecta cuando se determine que no se ajusta a las reglas gramaticales vigentes para el respectivo idioma, lo mismo de la actitud del deportista que golpea con los puños a su adversario no es si misma correcta o incorrecta, sino dependiendo de si se desarrolla dentro de los patrones del fútbol o del boxeo. Así mismo, la aprobación o desaprobación jurídica de un riesgo no depende de su aislada existencia sino de su evaluación con base en ciertas reglas de conducta socialmente admitidas”. Pues si el Derecho penal, intenta ser legítimo debe reconocer y respetar los valores prejurídicos de cada sociedad, que incluye el respeto por la diversidad cultural.

<sup>239</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. op. cit. p. 199

*cumpliendo su función, garantizar la configuración social, sino por el contrario estaría desconfigurando a la sociedad; es decir destruyéndola.* Ahora bien, no es función del juez determinar en nombre de la comunidad jurídica o criticar lo que ésta ha asumido, el riesgo permitido es un instituto básico y su determinación depende de factores extrapenales y de la ponderación de estos que hace una sociedad, sino solo de interpretar y juzgar según la configuración previamente establecida de ésta; siempre en cuando se enmarque dentro de la constitucionalidad legitimada en el respeto por los derechos fundamentales y los tratados internacionales.

Dentro de este instituto jurídico-penal; ingresan la mayoría de supuestos en lo que a las culturas minoritaria se refiere; por ejemplo, los supuestos en el que el sujeto activo como la víctima pertenecen a la misma sociedad y el hecho se produzca en su territorio (primera caso); en el supuesto que el sujeto infractor y la víctima pertenecen a la misma cultura y el hecho se produce fuera de su territorio(segundo caso); en el supuesto que el infractor y la víctima pertenecen a culturas distintas, pero el hecho se produce dentro del ámbito de la jurisdicción de la comunidad del supuesto infractor (tercer caso); en el supuesto que el infractor y víctima pertenecen a culturas distintas y el hecho resulta en un lugar fuera de la jurisdicción de la comunidad del infractor (cuarto caso) y en los supuestos en que el perjudicado es el Estado (quinto caso), como los delitos contra el patrimonio cultural, delitos contra la ecología; etc. Estas acciones al no generar ningún riesgo, al no contradecir sus normas no son reprochables en su contexto cultural, no tiene ningún sentido (legitimidad) ni la mínima intervención del Derecho penal.

#### **§ IV.4.2.1.2. Imputación a la víctima como filtro de imputación en las sociedades étnico-culturalmente minoritarias.**

La imputación a la víctima puede darse en doble sentido: *caso en el que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva o en el caso que la víctima se encuentre en la desgracia de un infortunio*<sup>240</sup>. El primer caso se trata

---

<sup>240</sup> Cfr. JAKOBS. op. cit. p. 32.

de una lesión de autoprotección al realizar acciones a propio riesgo o consintiendo que un tercero le ponga en riesgo. Se acepta, que en el Estado de tendencia liberal-democrático, es la persona quien debe administrar sus ámbitos de libertad; el Estado le garantizará seguridad jurídica, siempre y en cuando no renuncie a sus derechos ya sea de forma explícita o implícita. *La persona, así como, recibe los premios por sus buenos actos, también recibirá las sanciones por la mala administración de su libertad.* En el tema, si una persona de forma consciente renuncia a su protección y se pone en riesgo, también será ella quien asuma las consecuencias. Solo así cabe una auténtica responsabilidad; la responsabilidad es el anverso de la libertad; no existe libertad sin responsabilidad. *Así como el autor de un delito cualquiera no puede crear riesgo a costa de otros sin que sea responsable de tal acto, también la víctima no puede no crear a asumir un contacto riesgoso para él, sin asumir las consecuencias.*

Con este instituto jurídico-penal, en el tema de la diversidad cultural se puede resolver el supuesto en que el sujeto infractor y la víctima pertenecen a culturas distintas y el hecho se realiza en el territorio de la comunidad del sujeto infractor (tercer caso); es el caso de los turistas, visitantes o deportistas extremadamente arriesgados que visitan lugares muy adentrados en la selva peruana; sabiendo del posible encuentro con comunidades no contactadas y teniendo información de la reacción agresiva – por razones de sus creencias - de estas sociedades ante la presencia de extraños. Serán, los turistas, los visitantes o los deportistas, los responsables de cualquier secuestro, agresión física y hasta agresiones contra la vida que puedan sufrir. Asimismo, esta el caso también de los depredadores ilegales de la flora y fauna, de los huaqueros, de los mineros ilegales que con la finalidad de no ser descubiertos se adentran por largo tiempo en la Amazonía y se encuentran con los nativos que salen en defensa de su territorio; llegando muchas veces a agresiones contra la vida.

En conclusión; estamos convencidos, que este modelo –el modelo de la imputación objetiva - resuelve de manera correcta desde el Derecho penal la problemática de la diversidad cultural y en tal sentido las legislaciones y los aplicadores del derecho deben coger

este paradigma. Atrás quedaron las metodologías causalistas o subjetivistas o el decimonónico formalismo avalorativo que resolvían, dejando relegado factores de valoración social; requisito indispensable para resolver la problemática de la multiculturalidad de un país. *En el tema que nos trae, si el Derecho penal no busca una solución acorde con la diversidad cultural termina siendo un derecho discriminador en la cual cierto tipo de parámetro cultural es impuesto a quienes responden a un modelo distinto. "La igualdad ante la ley" es violada tanto cuando se trata desigualmente a los iguales, como cuando se trata igualmente a los desiguales y el artículo 1 de nuestra Constitución Política es vaciada de su contenido.* Este modelo le da mayor sistematización y coherencia al Derecho penal, pues, *resulta contradictorio ser un defensor de la imputación objetiva; sin embargo en el tema de la diversidad cultural seguir defendiendo los modelos de la antijuricidad o de la culpabilidad.* Con esta tesis no se pondría en funcionamiento el Poder Jurisdiccional; como se sabe una causa de justificación o de inimputabilidad se declara en el proceso penal. Resulta un sin sentido, poner un funcionamiento al Estado solo para declarar que la conducta está justificada o existe un supuesto de inimputabilidad. Nuestra tesis suministra mayor discrecionalidad al Fiscal, para no formular denuncia. Y de darse el caso contribuye para que una Excepción de Naturaleza de Acción (ENA) sea declarada fundada. Así mismo, no tiene sentido desde la Política Criminal, criminalizar conductas que son aceptados socialmente.

#### **§ IV.5. ¿Los Derechos fundamentales como límites ante la diversidad cultural?**

En el mundo jurídico, actualmente, todas las teorías jurídicas sin exclusión de ninguna disciplina, parecen haber llegado a un consenso; coincidir en un punto básico; en la idea que *los derechos fundamentales constituyen un mínimo y un máximo de justificación. Los Derecho fundamentales se han convertido en un banco de filtro obligatorio para la validez o legitimidad de cualquier teoría jurídica, su acercamiento o lejanía a este concepto estará relacionado en proporción directa de su aceptabilidad.* Con razón dice ATIENZA, que la ideología de los Derecho humanos (Derechos fundamentales)

cumple una función análoga a la que cumplió el cristianismo en la Europa medieval<sup>241</sup>. Asimismo, la instauración de procesos específicos para tutelar los Derechos fundamentales constituye uno de los objetivos más importantes que el Derecho constitucional ha conseguido. Así, por ejemplo el derecho a la vida halla su fundamento, por un lado, en el doble carácter de los Derechos fundamentales, pues estos no son solo derechos subjetivos, sino también instituciones valorativas objetivas. En esta última dimensión, los Derechos fundamentales comportan valores que informan todo el ordenamiento jurídico, por lo que su tutela y protección no es solamente de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su infracción supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional<sup>242</sup>.

Ahora bien; *¿cuáles son los derechos que deben ser garantizados como fundamentales?* Evidentemente ésta es una cuestión de tipo axiológico que no admite respuesta de tipo descriptivo sino de tipo normativo, cuya fundamentación racional requiere de la formulación de criterios metaéticos y metapolíticos para su identificación<sup>243</sup>. Por regla, los Derechos fundamentales, se encuentran reconocidos en las diversas constituciones políticas de cada país; así por ejemplo en el artículo 2 de la constitución política peruana, o, en los Tratados Internacionales conocido como Derechos Humanos<sup>244</sup>. *¿cómo saber que se está afectando un Derecho fundamental y/o cómo resolver cuando existe un conflicto entre Derechos fundamentales?* Somos de la idea que un principio desarrollado profundamente por la argumentación jurídica ayuda a establecer criterios de solución: El principio de proporcionalidad. Como se sabe, el principio de proporcionalidad se conforma por otros tres sub principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en el sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización. *Interpretar*

---

<sup>241</sup> ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Barcelona. Ed. Barcanova. 1985. p. 165

<sup>242</sup> LANDA ARROYO, César. *Interpretación constitucional y Derecho penal*. En Anuario de Derecho penal 2005. (Dir. Hurtado Pozo). Lima. Fondo PUCP. 2006. pp. 75 y ss.

<sup>243</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*. México. Ed. Fontamara. 2004. pp. 283-284.

<sup>244</sup> Por ejemplo; en La Declaración Universal de los Derechos Humanos, El Tratado Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos o La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.



*los derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir, como principios y no simplemente como reglas. Los principios, como requisitos de optimización, son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas*<sup>245</sup>. Por lo tanto, *los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas*<sup>246</sup>. En dogmática constitucional, es aceptado que los Derechos fundamentales más que normas reglas son normas principio; en palabras de ROBERT ALEXY: "*Los Derechos fundamentales tienen el carácter de principios y de que los principios son mandatos de optimización*"<sup>247</sup>. Considerar al principio de proporcionalidad como método de solución implica la premisa: *que no existen derechos absolutos incluyendo a los Derechos fundamentales*. Es decir, ante un conflicto de Derechos fundamentales no se partirá del presupuesto que uno de ellos *per se* debe ser sacrificado en beneficio del otro. La ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos<sup>248</sup>. Por ejemplo; – en el tema – en nuestra Constitución Política, de existir una colisión entre el Derecho fundamental a la identidad étnica y cultural artículo 2.19., y el Derecho fundamental a la libertad ambulatoria artículo 2.24; de antemano ninguna de ellas prevalecerá sino que debe ser evaluado según el test de proporcionalidad en el caso concreto. Este criterio debe seguirse para interpretar el artículo 149 de la Constitución Política; como se sabe este artículo reconoce una jurisdicción a las comunidades nativas para conocer la infracción a

---

<sup>245</sup> R. ALEXY. *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*. Trad. de René G. de la Vega. En *Jueces y ponderación argumentativa*. México. Fondo UNAM. 2006. p. 2

<sup>246</sup> R. ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid. Trad. de Garzón Valdez. Fondo Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. pp. 86-87. En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.

<sup>247</sup> Véase en extenso. R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *cit.*

<sup>248</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. En *Cuadernos filosóficos*. DOXA.

sus normas; siempre en cuando no se hayan infringido Derechos fundamentales (que debe ser interpretado como infracción al núcleo esencial de los Derechos fundamentales); en tal caso se avocará el Estado.

## §.1. CONCLUSIONES

### §. PRIMERA PARTE

1. En la actualidad es inconcebible una sociedad monocultural u homogénea en el sentido estricto del término; sino que todas están inmersas en menor o en mayor grado en una diversidad cultural.
2. La diversidad cultural puede ser intrasistémica o extrasistémica. La primera se da cuando la diversidad surge dentro de un Estado políticamente unitario, pero edificado en una pluralidad de naciones. Esta pluriculturalidad es característico de la realidad latinoamericana. La extrasistémica se refiere a la diversidad cultural surgido principalmente por la migración. Esto, es característico de la sociedad europea y en menor medida de la sociedad norteamericana.
3. El fenómeno de la Globalización así como trae ventajas para el mundo, implícitamente lleva consigo una pérdida de la identidad cultural, porque la relación que surge entre las sociedades no es una relación de igual a igual; sino algunas que tienen el poder político y económico tratan de imponer y terminan imponiendo su cultura.
4. En la relación cultural intrasistémica o extrasistémica las comunidades étnico-culturalmente minoritarias salen siempre perdiendo en todos los sentidos. Pues, cuando cumplen la función de ser receptores, son sometidos por la violencia; ejemplo de esto son las invasiones y colonizaciones que se dieron en América y en el África; y son la sociedades invasoras que terminan imponiendo su cultura. En la relación extrasistémica; si bien no existe una imposición violenta; la

única alternativa que tienen las sociedades minoritarias es acoplarse a la nueva cultura, so pena de ser expulsados.

5. En cuanto al reconocimiento político y jurídico, las sociedades culturalmente minoritarias, no han tenido reconocimiento; sino que han sido vistos solo como objeto de producción. En el Estado liberal, si bien se predico la igualdad de todos los hombres, en la práctica solo fue igualdad en función del poder político y económico de algunos grupos.
6. Recién a inicios del S. XX, como consecuencia de los grandes movimientos sociales, a nivel legal se llega a una igualdad de todos los hombres. Sin embargo; es recién después de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, cuando se sienta las bases de un Estado social y Democrático de Derecho – Estado Constitucional-. Ideología que impregna a la teoría del Estado, el respeto por el hombre sin importar su cultura. Así, surgen los convenios internacionales sobre derechos humanos que de a poco a más son recogidas por las constituciones políticas de los países; llegando a tener el derecho a la identidad cultural el rango de derecho fundamental.
7. En América Latina, todos los países cuentan con una diversidad cultural intrasistémica. Las personas que pertenecen a las culturas minoritarias (indígenas o nativos) son aproximadamente el entre el 9 y el 10 por ciento de la población; sobresaliendo Guatemala y Bolivia, esta última con casi del 50 % de su población. Lo característico de esta pluriculturalidad es que viven en un mundo de marginación y pobreza olvidados por el Estado.
8. Las sociedades latinoamericanas, están construidas sobre una pluralidad de culturas, países considerados políticamente uno, pero erigidos sobre una pluralidad de naciones. A esto se debe agregar los problemas económicos y la falta de una verdadera política de los Estados

comprometidos con el tema de la diversidad cultural. En estas sociedades es donde se aprecia con mayor claridad la divergencia en la aceptación de un determinado ordenamiento jurídico por considerables sectores de la población indígena, porque no los sienten como parte de ellos.

9. En Latinoamérica tres han sido las posiciones políticas-jurídicas respecto a la diversidad cultural: el exclusionismo, el preservacionismo y el intracionismo. El exclusionismo surgió en los inicios de la vida republicana y consiste en negar todo reconocimiento de las culturas minoritarias. El preservacionismo surge como respuesta y refiere que a las culturas indígenas se le debe dejar tal como están; el Estado no debe interferir en sus asuntos. El integracionismo relaciona las dos posturas y sostiene que el Estado y las sociedades indígenas deben entrar en una relación igualitaria sin ninguna imposición violenta. Teniendo como límites el respeto por los Derechos fundamentales. Ésta es la postura más extendida y recogida en las diversas constituciones.
10. Para que se hable de un auténtico respeto por la identidad y diversidad cultural, es necesario un viraje ideológico. Es decir, un cambio de orientación de las normas constitucionales en los que refiere a la regulación de la diversidad cultural; partir de la premisa que no existen cultura ni superiores ni inferiores, sino solo diferentes y optar por el camino de la aceptación – más que tolerar- de lo diverso como categoría del ser. Este paso de alguna manera ya se ha dado. Pero para ser coherente con este principio, desde el Derecho penal también se debe partir del presupuesto de no considerar como indicio de un delito conductas que son vistos como normales por las sociedades culturalmente minoritarias. Y de ser necesario elaborar una nueva teoría que concrete estos preceptos.
11. Las sociedades culturalmente diferenciadas es una conquista social y su esfera pública es como consecuencia

de un largo debate ideológico y práctico por el reconocimiento en el Estado democrático de Derecho. Para que la ciudadanía no sea una forma soslayada de imposición cultural, la apropiación de la cultura política del reconocimiento y de la participación democrática tiene que desprenderse de los paradigmas de la cultura hegemónica e inculturarse en los éthos de las culturas minoritarias. El ejercicio de la ciudadanía culturalmente diferenciada debe pasar necesariamente por la adquisición de discursos y prácticas políticas que hagan posible la participación de modo efectivo en la competición por los recursos y la protección del grupo así como por los intereses individuales en un campo político de igualdad.

12. Hasta ahora, las respuestas que desde el Derecho penal se ha dado a la diversidad cultural, han pecado por exceso y por defecto. Pero, no es porque sea lo deseado, sino porque se sigue aún metodologías cortas que ya no responden a las nuevas relaciones sociales. En consecuencia es necesario, seguir y ser coherente con la metodología metajurídica de la sociología funcional y dentro el Derecho penal el funcionalismo- teleológico. Lo que se pretende con esta metodología es la introducción de los valores sociales en las diferentes categorías del delito a través de los fines del Derecho penal y al mismo tiempo la racionalización de los mismos. En este sentido las metodologías aplicadas desde el causalismo o desde el finalismo; resultan ser insuficientes para resolver el tema del pluriculturalismo. En tal sentido, se debe hacer nuestra la metodología teleológica-valorativa y a través de ella resolver de acorde a los principios de un Estado Constitucional y con los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos.

## **§. SEGUNDA PARTE**

13. Ante la pregunta ¿es delito las conductas que realizan los nativos o indígenas, que son conforme a su cultura (no

generan un riesgo más de lo permitido), pero considerados como delitos en el Código Penal? La respuesta mayoritaria es que no. Sin embargo, la divergencia surge en el momento de elegir un modelo. En el marco teórico y legislativo a nivel de Latinoamérica, varios han sido los modelos que se han puesto en práctica; entre ellos resaltan: el modelo de las causales de justificación a nivel de la antijuricidad; el modelo del error de prohibición y el modelo de la inimputabilidad a nivel de la culpabilidad. Además el modelo del error culturalmente condicionado.

14. El modelo de las causas de justificación, sostiene que se debe hacer una ponderación de intereses o de bienes jurídicos. Que el derecho a la diversidad cultural, es un derecho fundamental y en consecuencia prevalece sobre los demás bienes lesionados.
15. El modelo del error de prohibición señala que si bien la conducta es típica y antijurídica, no es culpable porque las personas que pertenecen a las sociedades culturalmente minoritarias no conocen la prohibición de la norma; dado que no viven bajo los parámetros de la cultura oficial.
16. El modelo de la inimputabilidad, sostiene que el trato a los indígenas debe ser el mismo que se le da a los inimputables; es decir que no están en la capacidad bio-psicológica de entender el mensaje de la norma y comportarse según su mensaje. Es el modelo que en mayor medida fue acogido en las legislaciones latinoamericanas hasta hace solo algunos años.
17. El modelo del error culturalmente condicionado, es la regulación que sigue el Código Penal del Perú del año 1991, siguiendo las ideas del Prof. ZAFFARONI. Este modelo es considerado como el avanzado en lo teórico y el que más se acerca al Estado Constitucional; su marco teórico es un error de prohibición especial; el error que se condiciona por razones de cultura es dividido en dos niveles i) no conocer la

norma, y ii) aunque conociendo no poder comprender su mensaje y por ende no poder interiorizar para comportarse conforme su mensaje.

18. Todos los modelos mencionados, si se sigue un estricto razonamiento dentro de la teoría del delito, se llega a la conclusión que unos más que otros tienen como premisas ideologías discriminativas y poco racionales. Por ejemplo, el modelo de la inimputabilidad se sostiene el falso evolucionismo social que sostiene que la humanidad pasa por etapas y los que están más evolucionados tienen facultad para dominar a los inferiores. Asimismo se apoya en la antigua doctrina de Aristóteles quién afirmaba que por naturaleza algunas razas están destinados a mandar y otras a obedecer. Se debe sumar que otro de sus fundamentos es la doctrina de la miserabilidad, es decir considerar a los indígenas como salvajes o impregnado por los espíritus del mal; que debían ser obligatoriamente evangelizados. Estas afirmaciones fueron con los que el imperio español justificó la explotación del aborigen de América del Sur y los que existió hasta muchos años después del reconocimiento de las independencias.

19. El modelo de la inimputabilidad, ha sido derogados de varios ordenamiento penales; sin embargo aún se mantiene en la legislación colombiana, en el art. 33 del Código Penal. Aunque la Corte Constitucional de Colombia – que es una de cortes que más doctrina genera a nivel de Latinoamérica- ha derogado parcialmente y ha sugerido al Congreso que se modifique por resultar discriminatorio. Dado que los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con una inmadurez psicológica o trastorno mental. De lo contrario, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación



peyorativa: "retraso mental cultural".

20. El error culturalmente condicionado, si bien el plano teórico tiene sus fundamentos, este no fue recogido de forma idónea en el artículo 15 del vigente código penal peruano. De ahí que, algunos autores lo interpreten como un error de prohibición y otros como un supuesto de inimputabilidad. De su redacción, parece que existiera más argumentos a considerarlo como un supuesto del artículo 21.1 del Código Penal. Es una de las razones para que los operadores jurídicos, como el Juez o el Fiscal, que se amparan en el artículo 15; sin embargo sus fundamentos vayan orientados a justificar el artículo 14, segunda parte o el artículo 20.1 del Código Penal.

### **§. TERCERA PARTE**

21. Los modelos de solución, tanto de las causas de justificación, del error de prohibición, de la inimputabilidad y del error culturalmente condicionado no son modelos legítimos con las bases de un Estado de Derecho, porque están inmersos en una metodología que dejan relegado la función que el Derecho penal debe cumplir en una sociedad. Fundamentando a estas soluciones –algunas más que a otras– están tesis del falso evolucionismo e ideologías discriminantes que creen en la superioridad de la cultura occidental frente a las supuestas culturas inferiores de las comunidades nativas o indígenas. No existen, pues, culturas superiores ni inferiores, sino solamente culturas diferentes.

22. Actualmente, ya no se estudia al Derecho penal desde su estructura; es decir no solo basta saber que es el Derecho penal, cuales son los principios en los que se fundamenta, como se relacionan las diferentes categorías del delito; sino que estas interrogantes implican otra ¿cual es la función que cumple o debe cumplir el Derecho penal en una sociedad? Ahora bien, la interpretación teleológica-funcional del Derecho positivo debe ser siempre una interpretación

constitucional. Es decir, se debe partir metodológicamente de la existencia de un sistema político y social con una mínima legitimidad constitucional y en el marco de ese sistema constitucional se debe tener en cuenta la función del Derecho penal.

23. La función del Derecho penal está muy relacionado con la teoría de la pena, aunque no se agota en ella. Se debe distinguir entre función y fin de la pena. La función es la actividad que realiza un objeto, persona o institución; fin es la meta u objetivo al que se quiere llegar. La función es un medio para llegar al fin. El fin en el Derecho penal es eminentemente valorativo. La función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos o la protección de expectativas normativa. El fin es el mantenimiento de mínimos estándares de comportamientos que hagan posible la convivencia en sociedad.

24. Entre Derecho penal y sociedad existe una "interrelación" supeditada el primero por el segundo; pues el Derecho no es más que un segmento de la realidad social. La realidad social en su devenir va generando valores, los cuales van definiendo, moldeando e integrando a la sociedad como una "entidad única". Estos valores son forjados no por la decisiones de un legislador (esto es sólo la consecuencia - legitimidad externa-), sino por los procesos dialécticos que se dan en su seno entre los seres humanos (legitimidad interna) solo así - hablando con en el lenguaje de HABERMAS- es posible la facticidad y validez de las normas penales. Son las sociedades -en sus procesos de interrelación histórico-dialéctica - que van fundando nuevos contenidos en los valores. Hoy en día el contexto nos muestra procesos de relación muy distintos a años, décadas y siglos anteriores, por lo tanto existirán diferentes contenidos e incluso nuevos valores que delinearán los nuevos límites de la sociedad y la forma de comprender su orden social.

25. La imputación objetiva ha generado una revolución en la

teoría del delito, específicamente en la tipicidad. Afirma esta teoría para que una conducta sea relevante para el Derecho penal, no es suficiente con el elemento causal, o con el elemento subjetivo del dolo o la imprudencia, sino que antes en el tipo objetivo se debe tener en cuenta otros criterios como: los valores sociales, la interpretación de una norma penal, la finalidad del Derecho penal, lo que intenta proteger una norma penal, la adecuación social, el grado de peligro que se pone a un bien jurídico, entre otros; de faltar estos, no será necesario ir al tipo subjetivo.

26. La creación del riesgo es el instituto con el cual el Derecho penal se comunica directamente con la sociedad. Solo será penalmente relevante las conductas que generen un riesgo más de lo permitido. Ahora, este riesgo no debe ser considerado como un único patrón los riesgos de la sociedad oficial; sino que cada sociedad tiene sus propios riesgos y estos son los que se deben tener en cuenta al momento de evaluar el conflicto. Luego, los riesgos de la cultura oficial no son los parámetros con los que se debe juzgar a las culturas minoritarias; sino que se deben tener en cuenta sus propios riesgos. Solo así se garantizará la diversidad cultural conforme al Estado Constitucional.

27. En consecuencia, la solución correcta frente a la diversidad cultural, desde el Derecho penal no se encuentra en la antijuricidad ni en la culpabilidad porque estas presuponen que la conducta no es vista positivamente por la sociedad, criterio que para nada es racional ni razonable. La alternativa precisa se encuentra en la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva porque estas conductas no son subsumibles es el supuesto de una norma penal. Mediante un juicio valorativo las conductas de las personas nativas o indígenas que actúan según su tradición no crean un riesgo más de lo permitido, sino son expresiones de su cultura en su máxima normalidad posible, la misma que debe ser respetado y garantizada por el Estado.

28. Los derechos fundamentales deben ser considerados como mandatos de optimización; lo que significa, que su cumplimiento es gradual dependiendo de las condiciones reales y jurídicas. En una colisión de derechos fundamentales, no es posible de antemano afirmar que uno de ellos prevalecerá siempre a costa del otros; sino que se analizará caso por caso, utilizando los subprincipios de: necesidad, idoneidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Este criterio de interpretación debe ser seguido al interpretar el artículo 149 de la Constitución Política.

## §.2. RECOMENDACIONES

En la práctica, basta analizar una sentencia que se remita al artículo 15 del Código Penal para percatarse que en la parte motivadora, se invocan argumentos que corresponden a los artículos 14 y 20.1, o a los artículos 44 y 45 del Código Penal; es decir los operadores del derecho aunque entienden el contexto en el que debe aplicarse el Error culturalmente condicionado, no entienden cuales son los fundamentos jurídico penales; llegándose a un confusión irremediable, y les damos la razón, como se ha visto; este modelo tiene en su misma estructura vacíos y contradicciones. Por estas razones, se debe crear un “principio general” que sirva como un criterio de interpretación; para considerar a una conducta penalmente relevante, solo en el caso que efectivamente lo sea.

### *De Lege Ferenda;*

Dado la importancia que viene adquiriendo la teoría de la imputación objetiva en convertirse en una teoría general del delito y sobre todo debido a su fructífera contribución a la solución de conflictos penales; sugerimos que se le considere como un principio en el Título Preliminar del Código Penal, con la finalidad que sirva para darle contenido a cada uno de los tipos penales de la parte especial.

El Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, dice:

ARTÍCULO IV. PRINCIPIO DE LESIVIDAD. La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tuteladas por Ley.

Debe decir:

ARTÍCULO IV. PRINCIPIO DE LESIVIDAD. La pena, necesariamente, presupone la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos tutelados por Ley.

### §.3. APÉNDICE

#### **Sala Penal Permanente de la Corte Suprema R. N. Nº 3598-2003 CONO NORTE**

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 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. A.; y los devolvieron.

SAN MARTÍN CASTRO - PALACIOS VILLAR - BARRIENTOS PEÑA - LEGAROS CORNEJO -  
MOLINA ORDÓÑEZ

csm/mpa

### **Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima. Segunda Sala Penal – Reos Libres.**

a) Sentencia N° 58.

EXP. N°. 2001-1575. Independencia, veintinueve de Octubre del año dos mil tres

VISTOS: En Audiencia Privada la causa seguida contra: MODESTO EUGENIO FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, natural de Margos, Provincia de Ambo, Departamento de Huánuco, de veintiséis años, nacido el siete de abril de mil novecientos setentiséis, hijo de don Epifanio Fernández y doña Marcelina González, soltero, sin hijos, grado de instrucción primero de primaria, sin antecedentes penales, domiciliado en Manzana «F», Lote «cuarenta y nueve» de la Urbanización Brisas de Santa Rosa del Distrito de San Martín de Porres; por delito contra la Libertad -Violación de la Libertad Sexual de Menor de catorce años en agravio de la menor de iniciales M. I. R. A; RESULTA DE AUTOS: Que, a mérito de la denuncia y demás recaudos de fojas uno al doce, la Señora Fiscal Provincial formaliza denuncia penal conforme es de verse de fojas trece y catorce, disponiendo el Juzgado la apertura de instrucción contra el procesado antes citado por auto de fojas quince y quince vuelta; tramitándose la causa de acuerdo a nuestro ordenamiento legal así como a su naturaleza, vencido el término de instrucción se emitieron los Informes Finales de ley conforme consta de fojas ciento noventicinco a ciento noventaiocho, con los que se elevaron los autos al Superior, remitido que fue al Señor Fiscal Superior emitió su dictamen acusatorio conforme es de verse de fojas doscientos nueve a doscientos once, dictándose el Auto Superior de Enjuiciamiento a fojas doscientos doce, habiéndose emitido sentencia a fojas doscientos cuarentinueve a doscientos cincuenticinco, la misma



que fue declarada nula mediante ejecutoria suprema de folios doscientos sesenticuatro y doscientos sesenticinco, ordenándose que se realice nuevo juicio oral por otra Sala, señalándose día y hora para la verificación del juicio oral, el mismo que se ha llevado a cabo en la forma, modo y circunstancias que constan en las actas de su propósito, oída que fue la Requisitoria Oral del Señor Fiscal Superior, así como los Alegatos de la Defensa, se recepcionaron las conclusiones de ambos Ministerios por escrito; obviadas las Cuestiones de Hecho, el estado de la causa es el de expedirse Sentencia, y; CONSIDERANDO: PRIMERO: Se incrimina al procesado Eugenio Modesto Fernández González el delito contra la Libertad Sexual - Violación Sexual de Menor en agravio de la menor de iniciales M. I. R. A., exponiendo como hechos los siguientes: Que, el procesado abusó sexualmente de la menor agraviada en el interior de su habitación ubicado en la Asociación Santa María del Valle, manzana G, Lote diez del distrito de San Martín de Porras, actos ilícitos que practicaba en repetidas ocasiones y aprovechando de que la menor estaba sola en su domicilio, toda vez que su progenitura María Astonitas Estela trabajaba en lugar distante que no le permitía recogerse en las noches a su domicilio. Los hechos se habrían producido bajo amenaza con objeto contundente como es un cuchillo y de ser victimada, sin embargo la menor puso en conocimiento de una señora que la cuidaba durante el día llamada «Consuelo» quién dio aviso a la progenitura de la menor agraviada. SEGUNDO.- La agraviada en su manifestación contenida en el atestado policial de folios uno a diecinueve, y en su declaración preventiva, de folios setentisiete, refiere que conoció al procesado desde diciembre de año mil novecientos noventinueve, a consecuencia de haber ingresado como inquilino al domicilio de su señora madre, sito en Santa María del Valle, manzana G, Lote diez del distrito de San Martín de Porras, donde llegó a ocupar una habitación en la segunda planta habiendo mantenido relaciones amorosas hasta dos semanas antes de ser denunciado, o sea hasta el mes de abril del año dos mil uno, relata que mantuvo relaciones sexuales desde diciembre del año dos mil contra su voluntad, es decir por la fuerza y bajo amenaza de ser victimada, e intimidándola en otras ocasiones con un cuchillo siendo la última vez en el mes de abril del año dos mil uno, y solo pudo contar lo sucedido a una señora llamada Consuelo Carrasco Ramos cuya declaración testimonial obra de folios ochentiuno. TERCERO.- Por su parte el procesado tanto en su manifestación policial como al prestar su declaración instructiva, y en los debates orales, en forma resuelta y con normalidad confiesa que en efecto practicó en reiteradas veces relaciones sexuales, durante más de ocho meses con la agraviada, toda vez que era su conviviente, así lo consideraban los vecinos de barrio y lógicamente tenía que conocer su madre quién prestó su consentimiento, tanto es así que lo trataba como a su hijo político y él a ella como a su suegra, incluso le tenía mucha confianza, tanto es así que le entregaba dinero para realizar trabajos de refacción en el inmueble, para cuyo efecto realizó contratos como los que aparece en folios doscientos veintisiete y doscientos veintiocho que no han sido cuestionados. Finalmente, refiere que en forma inexplicable la madre de la agraviada cambió de parecer y lo denunció obligando a su menor hija a sostener una versión distinta para perjudicarlo. CUARTO.- Se ha acreditado que el procesado en efecto alquiló una habitación en la segunda

planta del inmueble de propiedad de María Orfelina Astonitas Estela, ubicado en la Asociación de Vivienda Santa María del Valle, manzana G, Lote diez del distrito de San Martín de Porras, donde también vivía la agraviada pero en la primera planta y luego de varios meses de conocerse llegaron a mantener relaciones sentimentales, así lo admite la propia menor en su preventiva y en presencia del Fiscal Provincial Alejandro Pérez Villacorta, manifestando que eran enamorados y con posterioridad convivientes con anuencia de la madre de la menor, así se puede inferir de las fotografías de folios ciento cincuenticuatro a ciento cincuentisiete y doscientos veintidós, donde aparece con la hermana y familiares del procesado. QUINTO.- Está probado que en la época de los hechos la menor contaba con trece años de edad aproximadamente, no se ha determinado la fecha precisa de la primera relación sexual, la agraviada sostiene que fue en el mes de diciembre del año dos mil, mientras que el procesado refiere que fue en el mes de mayo del año dos mil, por tanto considerando que la menor nació el veinticuatro de diciembre de mil novecientos ochentisiete, tenía edad superior a doce años de edad, sin embargo a simple vista representaba una contextura física correspondiente a una edad de entre quince y dieciséis años. SEXTO.- Está probado que el procesado nació en el distrito de Margos de la Provincia de Ambo en el Departamento de Huánuco, donde es costumbre la unión de parejas a temprana edad por factores diversos como el medio ambiente tropical, una cultura especial que contrasta con la vida en ciudad como Lima, de modo que el procesado se ha desarrollado en medio de una cultura especial de una zona como Margos, donde las parejas que se unen a temprana edad lo hacen con suma naturalidad, y por tanto en su concepto, tener relaciones íntimas con la agraviada le parecía lo más natural, así se ha reflejado en la diligencia de confrontación entre la agraviada y su progenitura con el procesado; el hecho de que haya arribado a la ciudad de Lima con la finalidad de encontrar nuevas oportunidades de trabajo no significa que en poco tiempo haya podido asimilar una nueva cultura o se haya puesto a nivel de la nueva cultura, es lógico pensar que se encontraba en proceso de adaptación en su nuevo conglomerado social donde no podía comprender las nuevas costumbres con suma facilidad, de modo que es comprensible una conducta como la motiva este proceso. En suma el procesado no estaba en la posibilidad de comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión cuyas condicionantes son de carácter cultural y de costumbres, que en este caso le favorecen conforme determina el artículo quince del Código Penal; para admitir el error culturalmente condicionado, no es requisito indispensable el lugar de realización de los hechos sino el lugar donde se desarrolló el procesado como ser humano, sus costumbres y demás condiciones; por estas consideraciones el procesado debe ser eximido de responsabilidad en atención a los fundamentos ya expuestos. **Por otro lado, no es posible considerar como un error de tipo o de prohibición**, toda vez que el procesado tenía conocimiento de la edad de la menor y le parecía muy natural su convivencia, es más, se ha podido advertir que inclusive se siente agraviado cuando dice «mi suegra me quiere separar de su hija para entregarlo a otro joven». SÉTIMO.- El Certificado Médico Legal de fojas diez, refiere que la menor presenta himen complaciente, lo cual releva de estos comentarios

tanto más si el procesado acepta haber tenido frecuentes prácticas sexuales; finalmente tanto la agraviada como el procesado tienen una personalidad normal en su desenvolvimiento a simple vista, conforme refiere la pericia psiquiátrica de fojas ciento veintiuno a ciento veintitrés con respecto al procesado. Fundamentos por los cuales la Segunda Sala Especializada en lo Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, valorando los hechos y las pruebas actuadas con criterio de conciencia que la ley autoriza, administrando Justicia a nombre del Pueblo; FALLA POR MAYORÍA: ABSOLVIENDO de la acusación Fiscal al ciudadano MODESTO EUGENIO FERNÁNDEZ GONZÁLES por delito contra la Libertad - Violación de la Libertad Sexual de Menor de catorce años en agravio de la menor de iniciales M. I. R. A.; MANDARON: Que, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se anulen los antecedentes policiales y judiciales generados por la presente causa, con aviso al juez que corresponda.

ROZAS ESCALANTE. Pdte. y DD. - AYALA FLORES. Vocal - COTOS LÓPEZ. Vocal RUTH ANA YALTA GRANDEZ.

Secretaria de actas

### **Sala Penal Permanente de la Corte Suprema R. N. Nº 2786 - 2006 UCAYALI**

Lima, diez de agosto de dos mil seis.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Teddy Moisés Miqueas Pérez contra la sentencia condenatoria de fojas doscientos cuarenta y ocho, del nueve de mayo de dos mil seis; y CONSIDERANDO: Primero: Que la defensa del encausado Miqueas Pérez en su recurso formalizado de fojas doscientos cincuenta y siete sostiene que es de aplicación el artículo quince del Código Penal, que su patrocinado ha expresado en sede preliminar y en el acto oral que desconocía que mantener relaciones sexuales con menores de edad es delito, que la costumbre en su comunidad es que las chicas desde los trece o catorce años tienen relaciones sexuales y que los padres se ponen de acuerdo para entregar a sus hijas como esposas, que una investigación del Ministerio de Salud establece que la vida sexual de las mujeres del pueblo Shipibo - Konibo puede empezar a las once años pero lo usual es a partir de quince años y, en cuanto al matrimonio, este se produce alrededor de los diecisiete años, por lo que la conducta que se imputa a su defendido no es reprochable desde sus patrones culturales. Segundo: Que el encausado Miqueas Pérez de diecinueve años de edad, miembro de la Comunidad Nativa de Nueva Luz, vecino del Barrio Flores de la Comunidad Miaría, del Distrito de Sepahua, de la Provincia de Atalaya - Ucayali, en el mes de diciembre de dos mil tres, hizo sufrir el acto sexual a la menor K. M. G. K., de trece años de edad —véase partida de nacimiento de fojas ciento cuarenta y uno—, a quien conoció porque él concurría a visitar a sus tíos, vecinos —al igual que ella— del Barrio Las Palmeras de la Comunidad Nativa de Nueva Luz del Distrito de Echarati, el mismo que la abordó

y a su insistencia aceptó tener relaciones sexuales, a consecuencia de lo cual resultó embarazada y dio a Luz una niña —certificado médico de fojas siete e historias clínicas de fojas sesenta y nueve a ciento quince—; que está probado que el encausado tiene educación secundaria completa y que la agraviada igualmente ha seguido estudios en el Colegio de la Comunidad, así como que todo ocurrió a espaldas de los padres de la víctima, ambos docentes que ejercen en la localidad; que, asimismo, el imputado es integrante de la Comunidad Nativa de Sepahua y pertenece al grupo étnico Yine - Piro, según la constancia de fojas ciento noventa y cinco expedida por la autoridad comunal respectiva. Tercero: Que el acusado Miqueas Pérez —instructiva de fojas ciento cuarenta y tres y declaración en el acto oral de fojas doscientos quince— reconoce haber tenido relaciones sexuales, en una sola ocasión, con la menor agraviada —también admite que tiene otro proceso penal porque hizo lo mismo con una menor de trece años de edad, su actual conviviente, con la que se unió luego que fue rechazado por los padres de la agraviada— y que no sabía que tener trato sexual con una menor es delito porque las costumbres en dicha Comunidad es que las mujeres tienen vida sexual desde los doce años de edad, aunque contrariamente, primero, dice que la víctima era su enamorada y, luego, aduce que creía que tenía dieciocho años de edad; que las dos últimas explicaciones no tienen el menor sustento, puesto que la agraviada menciona que solo lo conocía de vista y que una vez la abordó y tuvieron relaciones sexuales de mutuo acuerdo, aunque a su insistencia —véase referencial de fojas ciento treinta y uno—, y el hecho que sabía que la menor estudiaba en el colegio descarta una confusión o error respecto a su edad; que el Tribunal de Instancia aplicó el artículo quince del Código Penal bajo el entendido que el imputado por su cultura o costumbres se hallaba disminuida la posibilidad de comprender el carácter delictuoso de su acto de determinarse de acuerdo a esa comprensión, por lo que le impuso una pena por debajo del mínimo legal, de cinco años de privación de libertad. Cuarto: Que, en principio, es de descartar la presencia de un error de prohibición —invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal: artículo catorce, párrafo dos, del Código Penal— porque aún cuando el imputado pertenece a una Comunidad Nativa de la etnia Yine - Piro, por su grado de instrucción: quinto año de secundaria, no es razonable estimar la presencia de una deficiente asimilación de las reglas oficiales respecto a la edad de una mujer para tener trato sexual con ella; por tanto, bajo ese entendido del conocimiento de las normas que identifican ese acto como penalmente antijurídico, se rechaza el error de prohibición —el imputado estaba en condiciones de conocer los alcances de la prohibición penal—. Quinto: **Que el artículo quince del Código Penal incorpora un caso particular de incapacidad —más precisamente de inimputabilidad—** de las personas que cometen un delito, subordinándola al hecho que el agente pertenezca a una cultura diferente, que sus patrones culturales —diferentes de los que forman la base del Código Penal— afectan gravemente su concepto de la realidad, en cuya virtud se le exime de pena —más allá que no sepa que comete un hecho antijurídico porque está en la imposibilidad de comportarse conforme a cánones culturales que le son extraños; que, en el presente caso, no se está ante un conflicto cultural absoluto entre el sistema de

valores que sustentan el Código Penal y los de su grupo étnico porque el grado de integración del imputado se ha relativizado como consecuencia de su escolaridad consecuente integración en el sistema oficial —incluso conoce el idioma oficial y así se ha conducido procesalmente—; que, sin embargo, se está ante un conflicto relativo pues en atención a lo expuesto no puede desconocerse por completo las diferencias culturales y el conflicto que ello suscita —pese a su grado de escolaridad y nivel de integración con la cultural oficial—, en consecuencia, es de aplicación —tal como ha sido aplicado por el Tribunal de Instancia— el último extremo del citado artículo quince del Código Penal; que, empero, la pena impuesta deber ser proporcionalmente disminuida dada las características del hecho antijurídico perpetrado, las condiciones personales del imputado y porque la infracción penal se cometió en el propio ámbito geográfico de la comunidad a la que pertenecen imputado y agraviada; que, en tal virtud, es compatible con la prevención especial suspender la ejecución de la pena, en tanto se trata de una persona joven, sin antecedentes y que no existen fundamentos razonables para estimar que esta medida no cumplirá su finalidad: evitar que cometa un nuevo delito; que, por otro lado, no es del caso fijar pensión de alimentos para el niño habido producto de las relaciones sexuales impuestas por el encausado porque no existe recurso acusatorio que comprenda esa omisión. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas doscientos cuarenta y ocho, del nueve de mayo de dos mil seis, en cuanto condena a Teddy Moisés Miqueas Pérez como autor del delito contra la libertad - violación de la libertad sexual - violación sexual de menor en agravio de K. M. G. K., y le impone tratamiento terapéutico, así como una multa en cuatro mil nuevos soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene; declararon HABER NULIDAD en la propia sentencia en el extremo que impone a dicho encausado cinco años de pena privativa de libertad; reformándola: le IMPUSIERON cuatro años de pena privativa de libertad cuya ejecución se suspende por el plazo de un año bajo las siguientes reglas de conducta: a) comparecer cada cuatro meses al juzgado para justificar sus actividades; b) prohibición de ausentarse de la Comunidad donde reside sin conocimiento del Juez; c) cumplir con el pago de la reparación civil y pasar alimentos mensualmente a su menor hijo; y, d) someterse al tratamiento terapéutico, previo examen médico o psicológico que dispondrá el Juez de Ejecución; DISPUSIERON su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista orden de detención emanado de autoridad competente; y los devolvieron.

S. S. SIVINA HURTADO - SAN MARTÍN CASTRO - VALDEZ ROCA - LEGAROS CORNEJO - CALDERÓN CASTILLO

SMC/jsa5.

## **Corte Superior de Justicia de Junín**

a) Sentencia Sala Mixta Descentralizada de La Merced

Procedencia. Oxapampa. EXP. N° 2002-533.

La Merced, veintiséis de mayo del Dos Mil Cuatro.

VISTOS: El expediente número 2002 - 533 seguido contra Carlos Edilberto Palomino Fieta y Juan José Puñiro Castro por el delito de Violación de la Libertad Sexual en agravio de una menor de edad cuya identidad se mantiene en reserva por mandato legal; RESULTA DE AUTOS: En mérito del atestado policial de fojas uno y siguientes, denuncia formalizada de fojas veinte y veintiuno, por auto de fojas veintidós y veintitrés se apertura instrucción contra CARLOS EDILBERTO PALOMINO FIETA y JUAN JOSÉ PUÑIRO CASTRO por el delito de violación de la libertad sexual, en agravio de una menor de edad cuya identidad se mantiene en reserva, con mandato de detención, vencido el término ordinario de instrucción así como el ampliatorio de fojas ciento seis y de fojas ciento cuarentiuno, se emiten los dictámenes de fojas ciento veintiséis y siguientes y el de fojas ciento cincuentiséis, y los informes finales de fojas ciento treintidós y siguientes así como el de fojas ciento sesentiuno, elevados los autos a esta Superior Sala Mixta, previa acusación escrita del señor Fiscal Superior de fojas ciento sesentiséis, se dicta el auto de enjuiciamiento de fojas ciento sesentinueve por el que se declara Haber Mérito para pasar ajuicio oral, la misma que se lleva a cabo conforme a las actas que obran en autos, y oído la requisitoria oral del señor Fiscal Superior y el alegato de la defensa y la defensa de hecho realizada por el encausado presente, el estado de la causa es el de expedir sentencia, habiendo presentado sus conclusiones por escrito tanto el señor Fiscal Superior como el abogado defensor, y propuestas, discutidas y votadas las cuestiones de hecho; y CONSIDERANDO:

PRIMERO.- DE LOS CARGOS IMPUTADOS

De la formalización de la denuncia así como de la acusación escrita de fojas ciento sesentiséis, se incrimina a los imputados Carlos Edilberto Palomino Fieta y Juan José Puñiro Castro la autoría del delito de Violación de la libertad sexual en agravio de una menor de edad cuya identidad se mantiene en reserva, quien al prestar su manifestación policial en presencia de su padre biológico César Sovero López, refiere haber sido agredida sexual a las doce horas del día trece de octubre del dos mil dos, en circunstancias en que se encontraba estudiando sola en su domicilio ubicado en el sector de Zungaroyali del Distrito de Puerto Bermúdez, haciendo su ingreso en forma repentina el acusado Palomino Fieta y a viva fuerza contra la voluntad de la menor le bajó su falda y prenda íntima, la tomó de las manos y le tapó la boca, se sacó la trusa que llevaba puesto y le introdujo su pene en la vagina hasta lograr eyacular, procediendo luego a retirarse, quedándose la menor llorando, posteriormente hizo su aparición el acusado Juan José Puñiro Castro quien ingresó a su cuarto a donde esta se había dirigido y bajo amenaza de muerte también le bajó su falda y ropa interior procediendo a introducirle su pene en la vagina hasta eyacular, procediendo luego a retirarse.

SEGUNDO.- DE LA DECLARACIÓN DE LOS PROCESADOS

a) El inculpado Carlos Edilberto Palomino Fieta al prestar su inestructiva a fojas treintidós y siguiente se ratifica de su declaración policial de fojas nueve al doce y

ampliatoria de fojas diecinueve; acepta conocer a la menor agraviada desde hace dos años con quien mantuvo relaciones sexuales en tres o cuatro oportunidades, y que la primera vez tuvo lugar en el dos mil uno cuando se realizó una fiesta social en el caserío de Zungaroyali, y el primero al igual que las otras fueron en el campo y la última vez el trece de octubre del dos mil dos a las once de la mañana aproximadamente cuando se apretaban a pescar con su coaculpado Juan José Puñiro Castro, quien le indicó que la menor estaba sola por lo que ingresó a su domicilio, encontrando a la menor estudiando y de mutuo acuerdo sostuvieron relaciones sexuales y luego de quince minutos retornó a su canoa encontrándose con su coacusado, quien posteriormente también se constituyó al domicilio de la menor, demorándose media hora, advirtiendo que al parecer había forcejeos, ya que pudo escuchar golpes y empujones, y al preguntarle a su coacusado si había practicado el acto sexual con la menor le respondió que no; y agrega que en su condición de ashaninka no sabe que es delito mantener relaciones sexuales con un menor de catorce años; finalmente señala que la menor debe tener unos trece años de edad.

b) En lo que respecta al acusado Juan José Puñiro Castro, este tiene la condición de reo ausente y no ha prestado ninguna declaración en sede de investigación preliminar como judicial.

#### TERCERO.- LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA

La agraviada, cuya identidad se mantiene en reserva, sostiene que el día de los hechos fue agredida sexualmente por palomino Fieta quien ingresando a su domicilio le tapó la boca, le sacó la ropa e introdujo su pene en su vagina, y que luego se retiró; y posteriormente cuando se había ido a ver la yuca que se encontraba cocinando apareció Puñiro Castro quien a empujones la llevó a la cama donde la agredió sexualmente. Sin embargo la agraviada ingresa en una contradicción al contestar la pregunta trece cuando señala que con Palomino Fieta sintió fuerte dolor pero de Puñiro Castro no ha sentido dolor pero que en ningún momento realizaron o abusaron sexualmente sin su consentimiento. Para esclarecer este tema ha sido citada debidamente y reiteradas veces tanto en sede judicial como en el juicio oral sin embargo no ha concurrido ya que en un inicio señala que Palomino Fieta le propinó un puñete pero luego señala que dio su consentimiento, lesión que el médico legista no pudo advertir tal vez porque concurrió al examen de reconocimiento después de una semana.

#### CUARTO.- DOCUMENTOS RECEPCIONADOS

A) Acta de registro personal de fojas catorce practicado en la persona de Carlos Edilberto Palomino Fieta.

B) Reconocimiento Médico Legal de fojas quince donde se señala que la menor *agraviada* presenta Himen, Desgarro completo Antiguo a horas VI y IX, de una semana aproximadamente, expedido por la médico cirujano Rosemary Malpartida Tunear, ratificado a fojas sesenta.

C) Reconocimiento médico practicado a Carlos Edilberto Palomino Fieta de fojas dieciséis, por el médico Roberto Borja Mena, ratificado a fojas ciento veinticuatro.

D) Certificado de antecedentes penales negativo de Carlos Edilberto Palomino Fieta.

E) Carta de fojas cincuentisiete remitido por Luis Fernández Llosa, Jefe de la Comunidad Nativa Tres Unidos San Pablo en la que señala que Palomino Fieta es indígena que pertenece al grupo étnico ashaninka.

H) Constancia de buena conducta de fojas cincuentiocho, repetido a fojas noventitrés expedido por el jefe de la comunidad nativa Tres Unidos San Pablo del Distrito de Puerto Bermúdez, provincia de Oxapampa.

G) Constancia de trabajo de fojas noventicuatro.

I) Memorial de fojas noventicinco suscrito por los dirigentes y comuneros de tres Unidos San Pablo que señalan que el encausado es comunero activo, conviviente y que tiene tres hijos.

I) Partida de nacimiento de fojas noventisiete, noventiocho. Noventinueve, correspondiente a los menores hijos del encausado Palomino Fieta.

J) Partida de nacimiento de la menor agraviada de fojas ciento dos que acredita que nació en Zungaroyali, Distrito de Puerto Bermúdez, Provincia de Oxapampa, departamento de Cerro de Pasco, con fecha 25 de junio de mil novecientos ochentiséis, es decir a la fecha de los hechos contaba con trece años y tres meses de edad.

K) Certificado de antecedentes penales negativo de Juan José Puñiro Castro de fojas ciento once.

L) Constancia de fojas ciento noventidós emitido por Misael Mendoza Ucayali, Jefe de ANAP en Ja que hace constar que el acusado Palomino Fieta es de 1a Comunidad Nativa Tres Unidos, San Pablo, Puerto Bermúdez que hace énfasis en la ley 22175 sobre el reconocimiento de la aplicación del derecho consuetudinario indígena y del pluralismo jurídico y de la multiculturalidad jurídica y que la acotada ley señala que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos de-berán tenerse en cuenta sus características sociales, económicas y culturales.

M) Declaración jurada de Norfelia Castro Mena conviviente del encausado con quien señala tener tres menores hijos de edad.

QUINTO.- De todos los medios probatorios válidamente incorporados al proceso compulsados adecuadamente ha sido posible determinar lo siguiente:

A) El día trece de octubre del dos mil dos en circunstancias que la menor agraviada se encontraba estudiando al interior de su domicilio y estando sola en razón de que sus padres se encontraban de viaje y sus hermanos menores habían ido a bañarse al río hizo su aparición el encausado Palomino Fieta, quien forzando a la menor logró mantener sexuales con esta para luego retirarse al río donde se encontraba su canoa; y posteriormente ingresó al domicilio Puñiro Castro, quien también mantuvo relaciones sexuales con la menor, hecho que se encuentra corroborado con el certificado médico, la declaración de la agraviada y del propio encausado, así como la edad de trece al momento de consumarse los hechos se encuentra acreditada con la partida de nacimiento.

B) El hecho imputado se encuentra previsto en el artículo ciento setentitrés inciso tercero del código penal que sanciona a aquel que mantiene el acto sexual u otro análogo con una menor de catorce años siendo irrelevante que sea con o sin el consentimiento de la agraviada ya que en este tipo de delitos lo que se protege es



la indemnidad sexual, es decir, que el normal desarrollo de la sexualidad de los menores de catorce años en relación con los mayores; es decir, se sanciona el ejercicio de la sexualidad con menores en la medida que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro.

SEXTO.- Para efectos de calificar el grado de responsabilidad o irresponsabilidad penal del encausado y de ser el caso imponer la sanción que corresponda ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

A) El encausado pertenece activamente a la comunidad nativa de Tres Unidos San Pablo, así como la agraviada también ha nacido en el centro poblado de Zungaroyali del Distrito de Puerto Bermúdez. En este sentido el artículo quince del código penal regula la gura del error de comprensión culturalmente condicionado, el cual posibilita atenuar la pena.

B) En este orden de ideas ha de tenerse en cuenta el convenio numero 169 de la OIT relativo a los pueblos indígenas y tribales en países independiente armado en Ginebra el veintisiete de junio de mil novecientos ochentinueve y aprobado por el Perú con Resolución Legislativa N 26253 del dos de diciembre de mil novecientos noventitrés, ratificado el diecisiete de enero de mil novecientos noventicuatro con fecha de entrada en vigencia para el Perú el dos de febrero de mil novecientos noventicinco y concordante con la ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, ley numero veintidós mil ciento setenta y cinco del diez de mayo de mil novecientos setentiocho. Este citado cuerpo normativo señala en su artículo diez lo siguiente:

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

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

C) En este orden de ideas el error de comprensión culturalmente condicionado procura eliminar un trato indebido a los indígenas y nativos de la selva en virtud de que por su cultura o sus costumbres no pueden internalizar la ilicitud del hecho. El profesor argentino Raúl Eugenio Zaffaroni, inspirador de este dispositivo penal, señala este error recae sobre la ilicitud del hecho y precisa que cuando es directo concierne el conocimiento de la norma penal, su vigencia y su aplicabilidad. Villavicencio Terreros hace referencia a que el infractor se desarrolla en una cultura distinta a la nuestra y que ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura, y da como ejemplo el caso de un miembro de una comunidad nativa de la *amazonia* que practica actos sexuales con una menor de catorce años pues en su comunidad es costumbre la convivencia incluso con menores de *atorce* años. (Citas tomadas del artículo de José Hurtado Pozo, artículo 15 del código penal peruano: ¿incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?; en Anuario de ciencias penales, 1993, pág. 357 y ss.)

D) Sin embargo para el miembro de una comunidad nativa solo existe un sistema cultural y actúa conforme a sus normas, salvo que se trate de una comunidad que tiene suficientes contactos con el sistema oficial, gracias a la actividad de

misioneros, turistas, comerciantes, medios de comunicación, etc., y que por tanto sus miembros ya conocen que el comportamiento en cuestión está prohibido conforme a las reglas ajenas a su cultura, caso en el que de cometer el acto prohibido lo harán porque consideran legítimo seguir comportándose según las pautas culturales propias. En el caso materia de autos si bien el encausado pertenece a una comunidad nativa ashaninka, la misma que acepta dentro de sus patrones culturales y consuetudinarios las relaciones sexuales con menores de edad de catorce años pues es lícito para ellos dicho comportamiento desde que la menor ingresa a la menarquía, es de tener en cuenta que la cultura occidental ha captado parte de su estructura cultural y psíquica del encausado quien habla el idioma castellano, ha cursado el quinto año de secundaria, se entera de las noticias a través de los medios de comunicación en especial la televisión, por lo que el error como IW factor que determina la capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento es relativo en este caso.

E) En este caso estamos frente a un error de comprensión culturalmente condicionado vencible, el mismo que a tenor del artículo quince del código penal no exime de responsabilidad penal a su autor pero atenúa su responsabilidad, hecho que deberá tenerse en cuenta al graduar la responsabilidad.

SÉPTIMO.- Ha de tenerse en cuenta la confesión sincera con la que ha venido actuando el encausado, instituto jurídico que a decir del profesor colombiano Velásquez Velásquez es de abolengo anglosajón que busca introducir un derecho premial supuestamente encaminado a fortalecer la justicia, invitando a los sindicatos a sincerarse ante la autoridad. Derecho penal, parte general, página seiscientos veintitrés citado por Prado Saldarriaga, Víctor, La determinación judicial de la pena; en Revista doctrina y jurisprudencia penal, tomo 1, página quinientos sesentitrés. Siguiendo a Prado Saldarriaga en el citado artículo señala que el confeso se hace acreedor no a una atenuante por un menor injusto o una menor culpabilidad, sino a un beneficio que opera como reducción de la penalidad y se justifica por la ayuda que él ofrece, con su confesión debidamente sustentada, a la eficiencia de la administración de justicia.

OCTAVO.- Para efectos de fijar el monto de la reparación civil debe tenerse en cuenta la magnitud del daño ocasionado, así como también las posibilidades económicas con las que cuenta el encausado, poblador de la ciudad de Satipo, de ocupación agricultor, con otros menores hijos, sin bienes de fortuna.

NOVENO.- De conformidad con el artículo ciento setentiocho guión A y para efectos de la resocialización del encausado debe tenerse en cuenta que en este tipo de delitos se exige previamente a un examen médico y psicológico un tratamiento terapéutico, es decir una medida de seguridad fundada en criterios de prevención especial y en la necesidad de prevenir delitos de la misma naturaleza frente a un sujeto peligroso y sobre todo a efectos de facilitar su readaptación social.

DÉCIMO.- En cuanto se refiere al acusado ausente este debe de reservarse en virtud del inciso doce del artículo ciento treintinueve de la constitución que proscribe el juzgamiento en ausencia, debiendo ordenarse su ubicación, captura e internamiento en el establecimiento penal de esta ciudad.

POR TODO LO EXPUESTO:

La Sala Mixta Descentralizada de La Merced - Chanchamayo, administrando justicia a nombre de la Nación, evaluando los hechos y las pruebas con el criterio que faculta el artículo doscientos ochentitrés del código de Procedimiento Penales, y estando a lo previsto en el artículo doscientos ochenticinco de mismo código adjetivo: FALLA:

PRIMERO.- Encontrando responsable a CARLOS EDILBERTO PALOMINO FIETA por la comisión del delito contra la libertad en la modalidad de violación sexual de menores en agravio de una menor cuya identidad se mantiene en reserva; consecuentemente lo condenaron y le impusieron CUATRO de pena privativa de libertad, de las cuales dos años y tres meses es efectiva, y los restantes de un año y nueve meses se SUSPENDEN CONDICIONALMENTE al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta:

- a) No frecuentar lugares de dudosa reputación ni consumir licor.
- b) No ausentarse del lugar de la localidad de su residencia sin autorización del juez.
- c) Concurrir obligatoriamente al juzgado a firmar y justificar sus actividades.
- d) No poseer instrumentos que faciliten la comisión de otro delito. Todas las reglas de conducta bajo apercibimiento de revocársele la condicionalidad de la pena.

SEGUNDO.- FIJARON en un año y nueve meses el periodo de prueba.

TERCERO.- FIJARON en la suma de quinientos nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá abonar el sentenciado con sus bienes propios y libres en ejecución de sentencia.

CUARTO.- RESERVARON el juzgamiento del reo ausente JUAN JOSÉ PUÑIRO CASTRO, hasta que sea habido o se presente voluntariamente, debiéndose reiterar las órdenes de captura e internamiento en el centro penitenciario de esta ciudad.

QUINTO.- ORDENARON que consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se remitan copias pertinentes para su inscripción en los Registros correspondientes.

SEXTO.- DISPUSIERON tratamiento psicológico previo examen Psicológico del condenado, para tales efectos cúrsese oficio al Centro de salud de Puerto Bermúdez.

Ss. RUEDA FERNÁNDEZ - GUERRERO LÓPEZ - CARVO CASTRO

#### §.4. BIBLIOGRAFÍA

- ABASTOS, Manuel G. "*Necesidad de una legislación especial indígena*". En: Asuntos Indígenas del Perú. Ministerio de Justicia y Trabajo, Año 1. Vol. 1. Lima, 1949.
- AGUDELO B. *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpatibilidad*. Bogotá: Temis, 1986.
- ALCACER GUIRAO, Rafael. *Los Fines del Derecho penal*. Buenos Aires, Editorial. AD HOC, 2001.
  - *Facticidad y normatividad*. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal», en *ADPCP*, 1999
- AMELUNG, Knut en: *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin*, Trad. de Silva Sánchez en El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales (Comp. Bernd Schünemann) Madrid. Ed. Tecnos. 1991.
- ARISTÓTELES. *La Política*. México. Fondo Cultura Económica. 1968.
  - *Metafísica*, libro I (A). Buenos Aires. Fondo Cultura Económica. 2004.
- ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Barcelona. Ed. BARCANOVA S. A. 1985.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial ARA, Lima, 2004.
  - *Derecho penal, parte general*. 2da. Ed. Buenos Aires. Ed. HAMMURABI. 1999.
- BALLÓN AGUIRRE, F. *Etnia y represión penal*. Lima: CIPA, 1989.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo* (Risikogesellschaft), Trad. de Jorge Navarro y otros. Barcelona. Ed. Paidós, 1998.
- BELING, Ernest. *Esquema de la teoría del delito, la doctrina del tipo*. Buenos Aires. Ed. Librería. 2002.
- BENITES N., Hernán Darío. *Tratamiento jurídico penal del Indígena*

- colombiano. inimputabilidad o inculpabilidad?* Bogotá: Temis, 1988.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *El contenido del tipo del injusto*. En Derecho penal, parte general (materiales de enseñanza. Prado Saldarriaga compilador) Lima. Ed. Grijley. 1995.
  - BERGALLI, Roberto. *Criminología en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1972.
  - BERNAL PULIDO, Carlos. *Estructura y límites de la ponderación*. En Cuadernos filosóficos. DOXA. 2008.
  - BORJA JIMÉNEZ, Emilio. *Introducción a los Fundamentos del Derecho penal Indígena*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2001.
  - BOVINO, Alberto. *Culpabilidad, Cultura y Error de Prohibición*. En: Themis. Revista de Derecho, N° 15. Lima; PUCP, 1989.
  - BRAMONT ARIAS TORRES, *Manual de Derecho penal*. Tercera ed. Lima. Ed. EDDILI, 2005.
  - BUNGE, Mario. *El derecho como técnica social de control y reforma*. En DOXA N° 13/octubre 2000.
  - BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Lecciones de Derecho penal*. T. I y II. Ed. Trotta. 1999.
  - CANCIO MELÍA, M. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal*. 2da. ed. Barcelona. Ed, BOSCH. 2001.
    - *Imputación objetiva y dogmática penal* (Compilador: Mireyra Bolaños González) Mérida. Fondo Universidad de los Andes. 2005.
  - CASTEÑEDA DELGADO, Paulino. *La condición miserable del indio y sus privilegios*, en, Anuario de Estudios Americanos. Sevilla: Escuela Hispano-americanos de Sevilla, 1971.
  - COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTON. *Derecho Penal. Parte General*. 5º edición, Tirant lo Blanch., Valencia, 1999.
  - CORNEJO, Ángel Gustavo. *"Comentarios al nuevo Código Penal"*. Librería Científica Francesa. Lima, 1926.
  - COTLER, Julio. *Clases, Estado y la Nación en el Perú*. 3ra. Ed. Lima. Fondo Instituto de Estudios Peruanos. 2005.
  - De la CUESTA, Paz M. *Culpabilidad, exigibilidad y razones para la*

*exculpación*. Madrid. Ed. Dykinson. 2003.

- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Posmodernidad y Derecho*. Bogotá. Ed. Temis. 1993.
- DÍAZ Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid. Ed. TAURUS 1998.
- DÍAZ PALOS, Fernando. *Teoría general de la imputabilidad*. Madrid. Ed. Bosch. 1965.
- ENRIQUE GARCÍA Vitor, "Diversidad cultural y derecho penal (aproximación al tema). En: Aspectos criminológicos, político – criminales y dogmáticos", Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Colección Jurídica y Social, N° 36, Santa Fe, 1994.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Madrid. Ed. COLEX. 1997.
  - FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en el Derecho penal*. Ed. GRIJLEY, Lima, 2001.
  - *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires. Ed. IBdeF. 2007.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho y Persona*, 2º ed. Ed. Normas legales S. A. Trujillo-Perú, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid. Ed. Trotta. 1995.
  - *Epistemología jurídica y garantismo*. México. Ed. Fontamara. 2004.
- FERRATER MORA. *Diccionario de Filosofía. T. II*. 5º ed. Buenos Aires Ed. Sudamericana. 1964.
- FOY VALENCIA, Pierre. *Bases para un sub-sistema penal aplicable a nativos. Fundamentos para el juzgamiento penal a indígenas amazónicos*. Tesis (Bach). Lima: PUCP, 1987.
- FRANCIA SÁNCHEZ, Luis E. *Criminalización de la Pluralidad Jurídica: ¿Es el Acuerdo Plenario un avance en el desarrollo del art. 149 de la Constitución?* LA FACULTAD JURISDICCIONAL DE LAS RONDAS CAMPESINAS: La Rosa Calle, Javier Ruiz Molleda,

Juan Carlos (editores) Fondo Instituto de Defensa Legal IDL Lima. 2008.

- FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Trad. bajo la dirección de Enrique Bacigalupo. Madrid. Ed. COLEX. 1995.
  - *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y Serrano Gonzales de Murillo. Madrid. Ed. PONS. 2004.
- GARCÍA AMADO, J. A. *¿Dogmática penal sistémica? sobre la influencia de Luhmann en la teoría del delito*. En DOXA (Versión electrónica) 2000.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho penal*. 4ta. ed. Madrid. Ed. Ramón Areces. 2004.
  - *Criminología*. Lima, Fondo Editorial, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP), 2008.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Esbozo general del delito fundada en la persona*. En "Cuestiones actuales de sistema penal" Lima, ARA editores. 2008.
  - *Lecciones de Derecho penal, parte general*. Lima. Ed. Grijley. 2008.
  - *Derecho penal económico, parte general*. 2da. ed. Lima. Ed. Grijley. 2007.
- GARCÍA MORENTE, Manuel. *Lecciones preliminares de Filosofía*. 11º ed. México. Ed. DIANA, S. A. 1964.
- GONZALES MANTILLA, Gorki. *La miserabilidad del indio en el siglo XVI*. En THEMIS. N° 34, 1996, Bogotá.
- GONZÁLEZ MANTILLA, Gorki. *La consideración del indio como persona: el Derecho Romano, factor de resistencia en el siglo XVI*. En Hampe Martinez (compilador) <La tradición clásica en el Perú virreinal>. Lima. Fondo Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso*. Introducción y notas de Manuel Jiménez Redondo. Madrid. Ed. Trotta. 1998.
  - La inclusión del otro, estudios de teoría política. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca. Ed. PAIDOS.

Barcelona. 1999.

- HASSEMER Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*. Bogotá. Ed. Temis. Trad. Francisco Muñoz Conde. 1999.
  - "Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal Alemana", Trad. Francisco Muñoz Conde, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2 Semestre, 1990.
  - HASSEMER/MUÑOZ CONDE. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 1989.
- HEGEL, F. *Filosofía del Derecho*. 9ª ed. Fondo de Cultura Económica de México. México-Buenos Aires. 1998.
- HURTADO POZO, José. *Manuel de Derecho Penal, parte general*. 3 ed. Lima. Ed. Grijley. 2005.
  - "Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado" accesible on line en [/www.unifr.ch/ddp1/derechopenal](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal).
  - HURTADO POZO, J. y JOSEPH DU PUIT. "Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general con respecto al Perú". En Derecho penal y Diversidad cultural (Dir. HURTADO POZO, José). Lima. Fondo PUCP. 2006.
- Instituto Nacional de Estadística de Bolivia: <http://www.ine.gov.bo>; también <http://embajadaboliviacolombia.org/Bolivia-Informacion-demografica>.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2º ed. Trad. de Cuello Contreras y Gonzáles Serrano de Murillo. Ed. CIVITAS, Madrid, 1997.
  - *La imputación objetiva en Derecho penal*. Trad. de Cancio Meliá. Lima. Ed. Grijley. 2001.
  - *Dogmática de Derecho penal y la configuración de la sociedad*. Madrid. Ed. Civitas. 2004.
  - JAKOBS/STRUENSE. *Problemas capitales del Derecho penal moderno*. Buenos Aires. Ed. Hammurabi. 1998.
  - *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. de Cancio Meliá y Feijoo Sánchez.



- Madrid. Civitas. 1996.
- *Sobre la teoría de la pena <Zur Straftheorie>*. Trad. de Cancio Meliá. Colombia. Fondo Universidad Externado de Colombia. 1998.
  - *Estudios de Derecho Penal*, Trad. de Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González Cancio Meliá. Madrid, Ed. Civitas. S. A., 1997.
  - *La pena estatal: significado y finalidad*. Traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Madrid. Ed. Thomson-civitas. 2006.
- JESCHECK Y WEIGEND. *Tratado de Derecho penal, parte general*. 5º ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada. Ed. Comares. 2002.
  - JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho penal* T, VI. Tercera edición. Buenos Aires. Ed. Losada. 1963.
  - JULIO FIERRO Guillermo. *Causalidad e Imputación*. Buenos Aires. Ed. ASTREA. 2002.
  - LANDA ARROYO, César. *Interpretación constitucional y Derecho penal*. En Anuario de Derecho penal 2005. (Dir. Hurtado Pozo). Lima. Fondo PUCP. 2006.
  - LESCH, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Traducción de Sánchez Vera y Gómez Trilles. En ADPCP, T.XLVIII, Fasc.III, Septiembre-Diciembre 1995.
  - MATOS MAR, José. *Población y grupos étnicos en América*. 1994, en, *América Indígena*. México: Instituto indigenista americano. N° 4, (Octubre-diciembre) 1993.
  - MEINI, Iván. *Inimputabilidad penal por diversidad cultural. Sobre el artículo 15 CP*. En Revista Peruana de Ciencias Penales T. 20 (Dir. Urquiso Olaechea) Lima. IDEMSA. 2008.
  - MIR PUIG, Santiago. *Función de la Pena y la Teoría del Delito en un Estado Social y Democrático de Derecho*. Ed. BOSCH, Barcelona 1982.
    - *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2da. ed. Buenos Aires- Montivideo. Ed. IBdeF, 2002.
    - *Limites del Normativismo en el Derecho Penal*, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, núm. 07-18, p. 18:1 -18:24.
    - *Derecho penal, parte general*. 7ma. ed. Barcelona. Ed.

Peppertor. 2004.

- MOCCIA, Sergio. *El Derecho penal entre el ser y el deber ser, función de la pena y sistema teleológico*. Buenos Aires – Montevideo. Ed. IBdef. 2002.
- MODOLLEL GONZÁLEZ, Juan Luis. "Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen afroamericano)". En *Derecho penal y Diversidad cultural* (Dir. HURTADO POZO, José). Lima. Fondo PUCP. 2006.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Metodología y Derecho penal*. 2 ed. Granada. Fondo Universidad de Granada. 1991.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, parte general*. 5 ed. Valencia Ed. Tirant lo Blanch, 2002.
- PAUL AMARY, René. "Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate". En *Derecho penal y pluralidad cultural Anuario de Derecho Penal 2006* (Dir. Hurtado Pozo) Lima. Fondo PUCP.
- PEÑA CABRERA, Luis. *Derecho penal, parte general*. Lima. 1977.
  - *Tratado de Derecho penal, parte general*. T. I. Lima. Ed. Grijley. 1995.
- PÉREZ PINZÓN, Álvaro. *El Funcionalismo en la Sociología actual*. En, *El Funcionalismo en el Derecho penal*, (Coord. Montealegre Lynett) Bogotá. Fondo Universidad Externado de Colombia, 2003.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (Coord.) *Tolerancia y Minorías*. La Mancha. Fondo Universidad de Castilla-La Mancha. 1996.
- PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. T. I. La Norma Jurídica*. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1957.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Locos y culpables*. Navarra. Ed. Aranzadi. 1999.
- RAMOS NUÑEZ, C. *Como hacer una tesis de Derecho*. Lima. Ed. Gaceta. 2000.
- REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 2da. ed. Bogotá. 1996.
  - *Introducción a la imputación objetiva*. En Revista

Internacional de Derecho penal contemporáneo. Ed. LEGIS, Octubre- Diciembre del 2002, Bogotá.

- ROBERT ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid. Trad. de Garzón Valdez. Fondo Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
  - ROBERT ALEXY. *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*. Trad. de René G. de la Vega. En Jueces y ponderación argumentativa. México. Fondo UNAM. 2006.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general. T. I. Fundamento. La estructura del delito*. Traducción la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Ed. Civitas. 1997.
  - *Dogmática penal y política criminal*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima. Ed. IDEMSA. 1998.
  - *Causas de Justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena*, en Cuadernos de Política Criminal (CPC), N° 46, 1982.
  - *Política criminal y sistema del Derecho penal*. 2da. ed. Trad. de Muñoz Conde Buenos Aires. Ed. Hammurabi. 2002.
  - *Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la Dogmática Jurídico-penal*. Título original. "Reschtsgüterschutz und individuelle Freiheit im Spannungsfeld der Strafrechtsdogmatik". Trad. de Caro John, José A. En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia N° 5. Lima.
- SCHÜNEMANN, Bernd (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales (estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario)* (traducción e introducción a cargo de Jesús-María Silva Sánchez), Tecnos, Madrid, 1991.
- SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Trad. Antonio Domenech. Barcelona. Ed. Paidós. 1995.
- SEMPAT ASSDOURIAN, Carlos. *Fray Bartolomé de las Casas obispo: La condición miserable de las naciones indianas y el derecho de la Iglesia (un escrito de 1545)*, en, Allpanchis. Instituto de Pastoral Andina, A o XXII, N 35/36. 1999-I.
- SIERRA LÓPEZ, M. *Las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

- SILVA SÁNCHEZ., Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.
  - SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona. Ed. Bosch. 1992.
- TAMAYO PÉREZ, Ruy. *¿Existe el método científico?* 3<sup>a</sup> ed. México. Fondo de Cultura Económica. 2003.
- TUBINO, Fidel. "Entre el multiculturalismo y la interculturalidad: más allá de la discriminación positiva". En: Fuller, Norma (ed.): *Interculturalidad y Política. Desafíos y posibilidades*, Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales el Perú, Lima, 2002, pp.51-76.
- UGARTE GODOY, José: Prólogo: CORRAL TALCIANI, Hernán F. *De la ignorancia de la Ley. El principio de su inexcusabilidad*. Santiago de Chile: Editorial Santiago de Chile, 1987.
- URTEAGA CROVETTO, Patricia. "Pluralismo legal y semi-autonomía", en: *Desfaciendo entuertos*: Lima: CEAS, octubre-1994.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Error de prohibición culturalmente condicionado*. En Código Penal Comentado. T. I. Lima. Ed. Gaceta. 2004.
  - *Derecho Penal, parte general*. Lima. Ed. Grijley. 2006.
- VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal, parte general*. Lima. Ed. San Marcos. 1998.
- VITORIA, Francisco. *Reelecciones sobre los indios*. Buenos Aires-México: Ed. Espasa Calpe, Colección Austral, 1947.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11<sup>o</sup> edición alemana; 4<sup>o</sup> edición castellana. Trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. Santiago de Chile. Editorial jurídica de Chile. 1969.
  - *El nuevo sistema del Derecho penal*, una introducción a la doctrina de la acción finalista. 2da. Reimpresión. Traducción y notas de Cerezo Mir. Buenos Aires – Montevideo. Ed. IBdeF. 2004.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Apuntes sobre el artículo 149 de la

*Constitución peruana: Alcances, límites, consecuencias y retos"*, en, *Desfaciendo Entuertos*. Lima: CEAS, octubre de 1994.

- YRURETA, Gladys. *El indígena ante la Ley Penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1981.
- ZAFFARONI, Raúl. *Tratado de Derecho penal, Parte General* T. IV, Buenos Aires. Ed. EDIAR, 1982.
  - ZAFFARONI, Raúl. *Derecho Penal, parte general*. Buenos Aires. Ed. EDIAR. 2002.

## § Í N D I C E

### INTRODUCCIÓN

### PRIMERA PARTE

#### CAPÍTULO I

#### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MARCO METODOLÓGICO

§ I.1. Presentación y formulación del problema. ....	11
§ I.1.1. Problema principal. ....	11
§ I.1.2. Problemas secundarios. ....	12
§ I.1.3. Objetivos de la investigación.	
§ I.1.3.1. Objetivo general. ....	12
§ I.1.3.2. Objetivos específicos. ....	12
§ I.1.4. Justificación, importancia y delimitación del tema.	
§ I.1.4.1. Justificación de la Investigación. ....	13
§ I.1.4.2. Importancia de la Investigación. ....	13
§ I.1.4.3. Delimitación de la Investigación. ....	14
§ I.1.5. Precisiones metodológicas metajurídicas a seguir. ....	17
§ I.1.6. Precisiones metodológicas respecto de la teoría jurídica y jurídico-penal adoptada. ....	18
§ I.1.7. Formulación de las Hipótesis.	
§ I.1.7.1. Hipótesis principal. ....	23

§ I.1.7.2. Hipótesis secundarias. ....	23
§ I.1.8. Antecedentes del problema (investigaciones pre-existentes). ....	23

## CAPÍTULO II

### DIVERSIDAD CULTURAL, TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DERECHO PENAL.

§ II .1. Marco teórico: Contextualización histórico-político. ....	25
§ II.2. La diversidad y el pluralismo socio-cultural como objeto de estudio social y jurídico. ....	30
§II.3. Diversidad cultural y Derecho penal: Necesidades. político-criminales de una construcción teórica teleológica- funcional. en el sistema penal de las sociedades étnico-culturalmente minoritarias. ....	34
§II.4. Posturas políticas-jurídicas frente a la diversidad cultural:	
a. El exclusionismo. ....	39
b. El preservacionismo. ....	39
c. El integracionismo. ....	40

## SEGUNDA PARTE

### DIVERSIDAD CULTURAL, TEORÍA DEL DELITO Y PRÁCTICA LEGISLATIVA EN AMÉRICA LATINA.

## CAPÍTULO III

### POSTURAS TEÓRICAS DESDE EL DERECHO PENAL FRENTE A LA DIVERSIDAD CULTURAL.

§ III.1. Diversidad cultural y teoría del delito: Modelos de solución en la Legislación Latinoamericana. ....	42
§ III.2. Modelos penales nacionales el caso de Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú. ....	43
§ III.2.1. Antijuricidad: El Modelo de las Causas de Justificación. ....	43

§ III.2.1.1. Críticas. ....	45
§ III.2.2. Culpabilidad: Error de Prohibición e Inimputabilidad. ....	48
§ III.2.2.1. El Modelo del Error de Prohibición. ....	50
§ III.2.2.1.1. Críticas. ....	52
§ III.2.2.2. El Modelo de la Inimputabilidad. ....	57
§ III.2.2.2.1. El Estado Colombiano. ....	60
§ III.2.2.2.2. El Estado de Bolivia. ....	63
§ III.2.2.2.3. El Estado del Ecuador. ....	67
§ III.2.2.2.4. El Estado del Perú. ....	67
§ III.2.2.2.4.1. Hasta antes de 1991. ....	68
§ III.2.2.2.5. Críticas. ....	73
§ III.2.2.3. El modelo de Error Culturalmente Condicionado; trascendencia e interpretación del artículo 15 del Código Penal peruano. ....	83
§ III.2.2.3.1. Sobre la interpretación del art. 15 del Código Penal peruano: ¿Error de prohibición o un supuesto de Inimputabilidad? ....	88
§ III.2.2.3.2. Críticas. ....	92

## TERCER PARTE

### POSICIÓN PERSONAL

#### CAPÍTULO IV

##### EL MODELO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

§ IV.1. Introducción y precisiones. ....	97
§ IV.2. ¿Porqué insistir en la asignación de una nueva función al Derecho penal? ....	98



§ IV.3. La moderna configuración de la función del tipo penal. ....	106
§ IV.4. La Teoría de la Imputación Objetiva.	
§ IV.4.1. Alcances generales. ....	109
§ IV.4.2. Tipicidad: El Modelo de la Imputación Objetiva. Una salida constitucionalmente legítima y dogmáticamente coherente en el ámbito de la diversidad cultural. ....	114
§ IV.4.2.1. Argumentos a favor de considerar como atípicas las conductas cotidianas de las sociedades étnico-culturalmente minoritarias: Beneficios jurídico penales y político criminales de tal solución. ....	117
§ IV.4.2.1.1. El riesgo permitido como filtro de imputación en las sociedades culturalmente minoritarias. ....	122
§ IV.4.2.1.2. Imputación a la víctima como filtro de imputación en las sociedades étnico-culturalmente minoritarias. ....	125
§ IV.5. ¿Los Derechos fundamentales como límites de la diversidad cultural? .....	127
§.1. CONCLUSIONES.	
§. PRIMERA PARTE. ....	130
§. SEGUNDA PARTE. ....	133
§. TERCERA PARTE. ....	136
§.2. RECOMENDACIONES. ....	140
§.3. APÉNDICE. ....	142
§.4. BIBLIOGRAFÍA. ....	155