

El Derecho Penal frente a la diversidad cultural

Dr. Víctor Alvarez Pérez

Catedrático de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Abogado.

Introducción

En la Exposición de Motivos del Código Penal vigente encontramos una definición breve pero clara y totalizadora del objetivo central de dicho cuerpo de leyes: "...persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa que el Derecho Penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de Derecho...". Ello sustenta y explica la presencia de un Título Preliminar que contiene una serie de principios que se constituyen en normas rectoras que van a informar y sostener la actuación punitiva del Estado en un marco pleno de garantías y respeto irrestricto de los derechos y libertades de las personas.

No encontramos mayor tema de discusión o de preocupación en este planteamiento. Sabemos que la convivencia armónica y pacífica en cualquier tipo de sociedad requiere de una serie de reglas, de normas que todos los miembros del grupo social deben estar dispuestos a cumplir. Se trata de las llamadas «normas sociales» pero que, por sí solas no son capaces de mantener dicha convivencia pacífica. Son necesarias, también, las «normas jurídicas», las que conforman el orden jurídico. Cuando ese control social se dirige a prevenir y controlar las distorsiones sociales con la imposición de penas es que hablamos de control penal.

En nuestra sociedad, mayoritariamente circunscrita y desarrollada dentro de los cánones y pautas de la «cultura occidental», nos adherimos a estos parámetros y los miembros de esta sociedad respetamos, comprendemos y nos adecuamos a un sistema que implica la configuración de un Estado de Derecho, la división de funciones o poderes y el sistema democrático de gobierno. En este sistema, es el Estado quien administra justicia (función jurisdiccional) a través de órganos especialmente creados y legitimados para ello, conforme se

dispone en nuestra Constitución (artículo 138). El ejercicio de la función jurisdiccional queda en manos del Estado en forma monopólica y es éste quien resuelve las disputas aplicando el derecho a través de los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, este esquema rígido ha sido trastocado por el reconocimiento que hace la Carta Política, en su artículo 149, de la capacidad para resolver controversias y administrar justicia de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, estableciendo que pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona; quedando así el principio de la exclusividad de la función jurisdiccional relativizado. Las consecuencias que se derivan del texto constitucional son muchas. Habrá que tener muy presente que se trata en el fondo de «reconocer» que frente al «sistema jurídico oficial» existen otras formas en que los grupos administran justicia y «hacen Derecho», las mismas que cuentan con una estructura y lógica propias, que no podrán ser comprendidas desde los conceptos y con los instrumentos del sistema jurídico oficial.

En tal sentido, constatamos dos situaciones: en primer lugar, el Estado no es el único ente capaz de administrar justicia y hacer Derecho. Diversos grupos sociales que, forman parte, viven y se desarrollan dentro del Estado (por ejemplo, las comunidades campesinas y nativas) pueden y, de hecho, son capaces de regularse normativamente, tienen poder jurisdiccional, no porque la Constitución así lo señale (ésta sólo ha plasmado en su texto una realidad concreta) sino porque constituyen un sistema propio (que puede estar, en mayor o en menor medida, influenciado por el sistema jurídico «oficial») capaz de organizarse y



resolver sus conflictos a través de normas que responden a sus formas de relacionarse y de convivencia. Y, en segundo lugar, se impone la necesidad de reflexionar sobre la existencia de estos «ordenamientos jurídicos» distintos, propios de cada grupo social, basados en el derecho consuetudinario, y cómo ello puede influir, específicamente en el Derecho Penal y en la Política Criminal que se impulse desde el Estado.

I. DERECHO PENAL Y DIVERSIDAD CULTURAL

Uno de los principales problemas del sistema de control penal en un país como el nuestro es el de armonizar, hacer compatible con nuestra realidad, los mecanismos de intervención punitiva estatal, en términos, no sólo del marco de respeto y garantías plasmado en el texto constitucional y en el propio código sustantivo a través de sus principios y normas rectoras, sino también de adecuación y respuesta eficiente frente a los problemas sociales que se presentan. Somos un país diverso, lleno de diferencias, constituido por múltiples grupos que responden a patrones culturales distintos. Por tal razón la Carta Política (art. 2, inciso 19) señala que «...El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación» y establece el derecho a la identidad étnica y cultural. Todo esto tiene que ser conjugado, evidentemente, con el artículo 149, en tanto que se rigen, también, por normas y pautas que no son las de la mayoría.

1.2 Los obstáculos y resistencias que plantea la posibilidad de un sistema jurídico distinto

Pese a que la Constitución reconoce a las comunidades campesinas y nativas el ejercicio de la función jurisdiccional, con lo cual les atribuye la posibilidad del *iuris dictum*, es decir, de dictar y tener su propio derecho, estableciéndose una salvedad al principio de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, reconociendo también su derecho consuetudinario (conjunto de normas reconocidas y compartidas por una comunidad, grupo étnico, tribu, etc.), existe una visión etnocentrista (1) respecto de estas otras formas de regulación y de las normas consuetudinarias. Se tiende a ver el derecho de estas comunidades como

“costumbres”, como simples “creencias” que no tienen mayor relevancia ni incidencia en la vida de las personas y que no tiene mayor validez en el plano jurídico. Lo cierto es que estas normas rigen para grupos humanos organizados y les permite resolver sus conflictos de manera distinta a la forma en que los principios y doctrinas jurídicas de occidente los resuelven. El derecho consuetudinario y el derecho penal occidental se encuentran guiados por criterios y objetivos distintos.

Ahora bien, resulta interesante comprobar cómo la diversidad cultural es enfocada desde la visión occidental del Código Penal. Por un lado, a una persona que pertenece a un grupo culturalmente diferente que comete una infracción penal, se le aplica una norma penal proveniente de una concepción cultural que no identifica como suya pero que ve, sin embargo, como, a su pesar, se le aplica inexorablemente. Por otro lado, la forma cómo es resuelto este conflicto se nos presenta a “todos” como la más adecuada e idónea: se tendrán en cuenta los factores culturales o las costumbres de las personas involucradas para eximir las de responsabilidad o para que se les atenúe la pena. Pero “todos” somos únicamente los que suscribimos y nos identificamos con un tipo de cultura o con una forma y modo de ver y entender el mundo que nos rodea llamada “occidental”, desde la cual tenemos nuestras normas que aceptamos y cumplimos.

Asimismo, constatamos que cuando se trata de personas que pertenecen a una cultura distinta a la nuestra (por cuanto sus creencias, prácticas o costumbres, su forma de organizarse y de interrelacionarse, etc., son distintos) se asume que esas personas tienen que aceptar como válidas nuestras normas, llámense éstas Código Penal, Código Civil o cualquier otra. Un ejemplo claro de esto último lo encontramos en el artículo 15 del Código Penal, es decir, el error de comprensión culturalmente condicionado. Vale la pena preguntarse hasta qué punto no se trata simplemente de una «muestra de sensibilidad» frente a la diversidad cultural otorgándose cierta indulgencia hacia aquellos que, no rigiéndose por nuestras formas y modos de vida, «delinquen» por cuanto no comprenden el carácter delictuoso de su accionar; o si es que el hecho de ser diferentes o de responder a patrones culturales distintos significa

1 El etnocentrismo significa la negación de los valores culturales de los otros grupos a partir de una sobreestima de un grupo cultural que lo lleva a adoptar actitudes impositivas y de intolerancia.

una suerte de «incapacidad» que los lleva a no comprender que una determinada conducta no puede llevarse a cabo por cuanto está calificada desde nuestro derecho penal como delito y que, por esto mismo, se les debe imponer la aceptación de nuestro ordenamiento normativo penal.

En este orden de ideas, dos son los temas que nos preocupan. Por un lado, ¿es realmente posible aplicar el Derecho Penal como medio de control para cada etnia o cultura en el país o se debe hablar de varios derechos penales para cada uno de los grupos que responden a patrones culturales distintos? Este último razonamiento podría generar situaciones insostenibles: "...el pluralismo jurídico (reconocimiento de derechos y medios de control a cada grupo cultural) significa el establecimiento de un Estado Federativo o la vuelta al sistema de estatutos personales, comportaría un problema de repartición territorial con los riesgos de una balkanización y grandes dificultades prácticas para identificar a los miembros de los grupos culturales debido al mestizaje y a las inmigraciones internas..." (2).

«El Derecho Penal y el Derecho Consuetudinario, entendidos como formas de control social, establecen normas de control coercitivas que coinciden, en términos generales, en el mismo objetivo...»

1.2 Derecho Penal y Derecho Consuetudinario

El Derecho Penal y el Derecho Consuetudinario, entendidos como formas de control social, establecen normas de control coercitivas que coinciden, en términos generales, en el mismo objetivo: asegurar la convivencia pacífica de los miembros de una sociedad o grupo, pero que, en el fondo, tienen un sustento distinto. Se ha afirmado que el Derecho Penal está dirigido a prohibir las conductas que resultan del todo incompatibles con los presupuestos de una vida en común pacífica, libre y materialmente asegurada. Se vincula a todas las conductas que son incompatibles con una vida en común, que alteran la convivencia pacífica. Está dirigido a la protección de los derechos de las personas así como de sus bienes y tiene que ser subsidiario respecto de todas las otras posibilidades de regulación o solución de los conflictos.

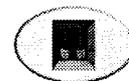
La divergencia mayor radica tal vez en el distinto grado de importancia que se otorga al individuo por el Estado occidental, que se regula por el Derecho Penal, y por la comunidad o pueblo con patrones culturales distintos, que se rige por el Derecho Consuetudinario.

En efecto, el Derecho Penal se ocupa cada vez más de proteger al individuo frente a la posibilidad de abuso o atropello de sus derechos individuales. Se va más allá, incluso, de esta protección: «...un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal...» (3). Se trata de proteger al individuo, a su vez, de un Estado que todo lo quiere absorber y controlar, estableciendo para ello una serie de mecanismos de limitación a su intervención, otorgando al ciudadano diversos medios o acciones en caso de violación de sus derechos. Nos encontramos, así, con una normatividad penal garantista, que tiene como una de sus principales premisas cumplir con sus objetivos de carácter social sin afectar los derechos del individuo en particular.

No es la misma situación en el caso del Derecho Consuetudinario, puesto que las condiciones de las comunidades en las cuales se aplica son distintas. Las normas en el derecho consuetudinario están sustentados en una serie de creencias y valores que se orientan más a la cohesión y al equilibrio en la comunidad y es la propia colectividad la que le otorga a éstas un carácter consensual a fin de que sean aceptadas por todos. En las comunidades o pueblos de diferente cultura a la "oficial", encontramos elementos particulares que le dan un contenido distinto: la oralidad de sus normas, su transmisión a través de una suerte de «herencia social», el hecho de tener como contexto relaciones sociales horizontales y una organización basada en los usos y costumbres tradicionales en donde la autoridad tiene un carácter muy representativo y democrático, además de que la orientación de la sanción es más hacia la reparación de daño que se pueda haber causado y hacia la reconciliación. En

2 Hurtado Pozo, José. "Impunidad de personas con patrones culturales distintos". En Derecho, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú, N° 49. Diciembre, 1995, pág. 160.

3 Roxin, Claus. «Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito». Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997. Pág. 137.



tal sentido, la aplicación del derecho consuetudinario en materia penal tiene un alto contenido de autodefensa de la comunidad frente a la agresión del transgresor de la norma. Y esta es una connotación muy particular puesto que, a partir de estas características, los derechos del individuo se ubican en un segundo plano frente a los derechos de la comunidad afectada, que son predominantes.

En virtud de lo señalado, es válido cuestionar que las personas que tienen patrones culturales distintos, que no identifican como suyos los modelos culturales occidentales, que viven bajo otra lógica y otra racionalidad, lo que significa una organización y relaciones intrasociales e interpersonales diferentes a las de la cultura a la que mayoritariamente está vinculada la población en nuestro país, tengan que asumir como válidas nuestras normas, nuestro Derecho penal, en otras palabras, nuestro sistema de control.

II. RECONOCIMIENTO E IMPORTANCIA DE LA DIVERSIDAD CULTURAL

Resulta del todo pertinente incluir algunas ideas sobre la cultura y la diversidad cultural, desde la perspectiva del reconocimiento de su existencia, de cómo se encuentra presente en las relaciones humanas y de los efectos que tiene en nuestras vidas para, a partir de allí, reflexionar sobre el derecho a la diversidad y el respeto a las diferencias. Se ha sostenido que la cultura no sólo está circunscrita a una esfera o dimensión de la realidad, mas bien, debe entenderse que «...toda realidad económica, política, religiosa, jurídica, educativa, científica, tecnológica... es una actividad cultural... no existe de un lado la cultura y de otro la economía, la política, la ciencia, la tecnología, la religión, la medicina, la justicia, la organización social, las artes, el folklore... como si se trataran de dos mundos totalmente separados y autónomos...» (4). Cada grupo humano, cada sociedad en particular tiene su propia cultura económica, su cultura política, social, científica, medicinal, etc. También ha desarrollado su propia cultura jurídica.

En tal sentido, se ha definido a la cultura como «...el conjunto de creencias, instituciones y prácticas por las que un pueblo o sociedad afirma su presencia en el mundo en un momento dado del espacio y del tiempo...» (5). También se ha expresado en los siguientes términos: «...es un conjunto de formas y modos adquiridos de concebir el mundo, de pensar, de hablar, de expresarse, percibir, comportarse, organizarse socialmente, comunicarse, sentir y valorarse uno mismo en cuanto individuo y en cuanto a grupo...» (6). Ambas nociones son complementarias y necesarias para el entendimiento de los problemas que se presentan cuando se trata de sistemas u ordenamientos jurídicos distintos.

Podemos percibir, entonces, la urgente necesidad del reconocimiento y defensa de la diversidad cultural puesto que nos estamos refiriendo a «...personas y comunidades humanas que por razones y motivos muy distintos, han desarrollado modos particulares de vivir, los cuales son creadores de sentido; no tan sólo material, sino también espiritual; no tan sólo individual, sino también colectivo...» (7). La diversidad cultural involucra lo real y propio de cada ser humano y de cada colectividad, constituye, por tanto, la realización de una vida plena. Por eso mismo cobra enorme sentido y valor el respeto de las diferencias, teniendo en claro que el reconocimiento de la igualdad de derechos se sustenta en el derecho de ser diferentes.

En esta perspectiva, dos son los referentes que debemos tener en consideración: por un lado, el reconocimiento del derecho a la diferencia, a la diversidad, que se instala como un derecho de los pueblos que posibilita mantener su idiosincrasia e identidad cultural y que debe servir de freno a la imposición de otros modelos, pautas o costumbres; y de otro lado, el respeto a las diferencias como una actitud y apertura libre de posturas rígidas o dogmáticas que nos permita mantener vínculos horizontales con las personas de diferentes culturas. La posibilidad y capacidad de coexistir con armonía y respeto hacia los demás reconociendo nuestras

4 Agustí Nicolau Coll. «Una diversidad cultural intercultural en la era de la globalización». Contribución a la Asamblea Mundial de la Alianza para un Mundo Solidario y Responsable. Barcelona, julio 2001.

5 Agustí Nicolau Coll. «Etnicidad y Derecho. Un enfoque diatópico y dialogal del estudio y la enseñanza del pluralismo jurídico. Comunicación presentada a la V Jornadas Lascasianas. Universidad Autónoma de México, 17-19 de mayo, 1995.

6 Heise, María; Tubino, Fidel; Ardito, Wilfredo. «Interculturalidad. Un desafío». CAAP, 1994. Pág. 7.

7 Agustí Nicolau Coll. *Ibidem*.

diferencias dentro de la más absoluta igualdad, se convierte en un reto mayúsculo. Pero ello no significa que pensemos que las culturas o los pueblos deben permanecer inalterables o inmutables frente a su interrelación con los otros, ni que deben estar aislados en un falso concepto de lo «propio». Por el contrario, estamos convencidos que la riqueza de los pueblos y de las culturas, en los términos en los que la hemos definido, está en la forma cómo se van incorporando nuevos elementos a su vida y costumbres de los otros pueblos con los que interactúa, a la manera en que se toma todo aquello que es asumido como valioso por sus integrantes y se va desechando lo que deja de ser importante o negativo. Este es un proceso de transformación que no conlleva la desaparición del grupo cultural ni su cambio por otras formas. Es parte de la riqueza humana, que significa apertura, crecimiento, sin que por ello pierda su «identidad cultural».

III. IMPLICANCIAS DE LA DIVERSIDAD CULTURAL EN EL DERECHO PENAL

El Perú es un país pluricultural, multiétnico, en el que coexisten grupos humanos culturalmente distintos. En efecto, somos un país de múltiples y variadas costumbres, con una gran gama de creencias sociales, religiosas, de formas de organización, en el que los encuentros y desencuentros de esta multiplicidad cultural forman parte de nuestra cotidianeidad y van moldeando nuestra propia identidad. En medio de este contexto, sin embargo, observamos que nuestra población, mayoritariamente, se inscribe dentro de lo que llamamos o conocemos como la cultura occidental, por un lado, pero nos encontramos, asimismo, con grupos o sociedades que, mas bien, pertenecen a una cultura diferente, que responde a normas y pautas distintas que, podríamos decir que se encuentran en las comunidades indígenas y andinas que, en mayor o menor medida, han ido incorporando elementos de esta cultura occidental a sus formas de organizarse y de vida pero que conservan muchos rasgos o elementos propios de formas distintas de regulación y de normarse que los hace distintos. Estas han sido, consciente o inconscientemente, soslayados y marginados. Ello ha obedecido a un proceso de homogeneización a partir del cual la gran mayoría de nuestra población responde a los patrones de la cultura occidental.

En este escenario, no sólo es complicado sino también peligroso determinar qué rasgos culturales por ser tales deben ser respetados, aun cuando

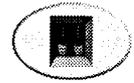
parezca que puedan ser dañinos, perniciosos o la causa de conflictos, y quién y cómo hace tal determinación. De otro lado, desde qué parámetros debería hacerse tal calificación. ¿El hecho de que haya grupos minoritarios que se rigen por pautas y normas distintas a las de nuestro ordenamiento jurídico nos permite imponerles nuestras normas?

Se pueden presentar, y de hecho esto es así, una compleja gama de situaciones difíciles de resolver: aquella pareja de jóvenes de nuestra serranía, él de diecinueve años y ella de trece, que practican el servinacuy y que llegados a Lima, por rencillas familiares, algún pariente “occidentalizado” denuncia al joven por violación de menor. Allí se presentará todo un problema de orden jurídico: para la ley penal, dicha menor no puede dar su consentimiento o éste no tiene validez, y el joven será procesado penalmente; seguramente, al momento de dictarse la sentencia se considerará lo que establece el artículo 15 del Código Penal: “El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto...” y, probablemente, le rebaje la pena o lo exima de responsabilidad. El tema de fondo es: ¿para quién se trata de un hecho punible? ¿por qué habría de someterse al joven a un proceso penal si para él su conducta es absolutamente normal y permitida dentro de sus parámetros culturales?

También se presentan situaciones límites o complicadas cuando nos encontramos con sociedades o grupos en nuestra serranía que aplican castigos corporales a sus miembros porque así lo tienen establecido sus pautas culturales (en algunas fiestas tradicionales todavía se mantienen estas costumbres que son vistas con absoluta normalidad).

3.1 Coexistencia de sistemas normativos de control distintos

En nuestro sistema jurídico-político, tenemos las funciones del Estado perfectamente distribuidas y organizadas. El Poder Legislativo será la instancia encargada de producir las normas generales con fuerza vinculante para la sociedad en su conjunto (aunque, el Poder Ejecutivo, por la vía de la delegación también cuenta con esta facultad en determinados casos expresamente señalados por la Constitución), el Poder Judicial será quien administre justicia y ejerza un control sobre los otros poderes del Estado, mientras que el Ejecutivo administrará el aparato estatal y mantendrá el orden.



El ejercicio de la función jurisdiccional queda en manos del Estado en forma monopólica y es éste quien resolverá las disputas aplicando el derecho a través de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, este esquema rígido se ha visto, de alguna manera, conmovido por el reconocimiento que hace la Carta Política de ciertos mecanismos distintos para resolver controversias, quedando así el principio de la exclusividad de la función jurisdiccional relativizado: el 149 constitucional establece que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas pueden ejercer funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona, agregando que a través de la ley se establecerán formas de coordinación entre esta jurisdicción especial y las autoridades judiciales.

Se reconoce a las comunidades campesinas y nativas potestad normativa o reguladora, potestad jurisdiccional y su propia institucionalidad. Ello significa la posibilidad de las comunidades de autorregularse, podrá expedir normas, y la facultad de administrar justicia. El rol exclusivo del Estado de mantenimiento del orden, del control social, será compartido, como ya se indicó, por estas comunidades con la limitación de no violar los derechos humanos. En este último caso, habría que preguntarse cómo deben entenderse esos derechos humanos ¿dentro de una concepción universal, es decir, que siempre son iguales para todos, o en términos del relativismo y, por tanto, lo correcto sería que cada grupo cultural aplique la propia concepción que tiene de estos derechos.

Evidentemente, tenemos una cultura occidental hegemónica que en medio de este contexto, criminalizó en determinados momentos la diferencia cultural, y, pese a que se han introducido grandes cambios a nivel legislativo, la “construcción de una cultura jurídica pluralista que permea el comportamiento judicial”⁽⁸⁾ en donde se reconozca la coexistencia de varios sistemas normativos dentro del espacio geopolítico de un Estado, esto es, que los pueblos indígenas y los grupos de las comunidades campesinas puedan

tener su propio derecho y ejercerlo, ha ido de la mano con una serie de problemas no resueltos que se traducen en una intervención del sistema jurídico «oficial», que no tiene claridad sobre lo que significa o implica la diversidad cultural (que involucra una racionalidad distinta, valoraciones distintas y formas de relacionarse distintos) aun en aquellos casos que tendrían que ser resueltos por las propias comunidades o grupos culturales distintos en aplicación estricta del artículo 149 de la Constitución. ¿Ello significará la dación de un nuevo Código Penal que contemple el propio derecho de estos pueblos frente a las alteraciones del orden social? ¿se reconocerá solamente el uso de su propio derecho, basado sobretodo en el derecho consuetudinario, restringido a sus zonas de origen o de hábitat? ¿cómo se resolverían los problemas en los que estén involucradas personas de diferentes culturas? Todas estas son interrogantes frente a las cuales debe ir elaborándose respuestas que no soslayan las otras expresiones culturales.

En nuestro concepto, resulta evidente que el simple reconocimiento de un pluralismo jurídico no es suficiente. Ciertamente, es un gran paso el reconocimiento de una jurisdicción independiente, pero debe procurarse que la administración de justicia de los pueblos de cultura diversa sea una realidad, sin que el sistema jurídico «oficial» constituya un obstáculo. Asimismo, tampoco se puede considerar como una solución definitiva la introducción en la parte general del Código Penal de una norma que regula la exclusión o atenuación de la responsabilidad penal en aquellos casos en los que las personas responden a patrones culturales distintos a los que mayoritariamente se imponen en el país.

Uno de los problemas que vemos con frecuencia es la importación de normas para la construcción de nuestro ordenamiento jurídico (el Código Penal actual recoge o se inspira en normas de los códigos penales alemán, español, portugués, brasileño, entre otros). Si bien es cierto, la Doctrina y el Derecho Comparado son elementos importantes al momento de elaborar las normas que regirán en una sociedad determinada, más importante es la realidad a la que

«Uno de los problemas que vemos con frecuencia es la importación de normas para la construcción de nuestro ordenamiento jurídico...»

8 Yrigoyen, Raquel. «Tratamiento Judicial de la Diversidad Cultural y la Jurisdicción Cultural en el Perú». Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Antropología Jurídica y Derecho Consuetudinario organizado por la Asociación de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal. Arica, 13 a 17 de marzo de 2000.

se aplicarán las normas. Y nuestra realidad nos presenta un país diverso, con grupos humanos culturalmente distintos que tiene métodos y formas de organizarse que deben ser respetados, así como también tienen un ordenamiento o sistema jurídico que les permite resolver sus conflictos conforme a sus propias pautas culturales.

3.4 El Código Penal de 1991. El error de comprensión culturalmente condicionado

El Derecho Penal «oficial» no debe penar a las personas con distinta cultura si éstas cometen un hecho definido como delito desde los parámetros de la normatividad penal del sistema, si han actuado sobre base a los patrones de valores de su propia cultura. Pero ello no tendría que sustentarse en que tales personas están imposibilitadas de comprender el carácter antijurídico de su conducta y de la norma por su condicionamiento cultural.

Una interpretación del artículo 15 del Código Penal se inclina por incluirlo dentro del esquema del “error de comprensión”. Este afecta la comprensión de la norma penal y la antijuricidad de la conducta que puede presentarse, a su vez, en dos formas o modalidades: la “conciencia disidente”, entendida ésta como la dificultad en la comprensión de la conducta propia por razones de valoraciones que responden a un patrón distinto al que plantea el Derecho Penal (en este caso, el agente siente como un «deber de conciencia» cometer el delito); y el “error de comprensión culturalmente condicionado” en donde la comprensión de la antijuricidad de la conducta se ve imposibilitada por la cultura del agente. En el primer caso la responsabilidad es atenuada, mientras que en el segundo caso es excluida por ser un error inevitable.

Esta forma de entender el error de comprensión culturalmente condicionado podría sustentarse en el objetivo que se puede ver de la Exposición de Motivos del Código Penal, esto es, considerar la diversidad cultural de nuestra sociedad para evitar que la reacción punitiva sea indiscriminada y, más bien, se practique atendiendo las pautas de conducta del autor del hecho punible. Ello estaría en consonancia con los postulados de que el Derecho Penal debe tener en cuenta los principios y garantías que constitucionalmente se consagran, el pluralismo cultural y los derechos fundamentales.

Esto constituye una forma de justificación y un eximente, conforme se plantea en el artículo 15 del Código Penal. Sin embargo, ya hemos señalado que la conducta de una persona de distinta cultura no tendría por qué ser punible en estos términos, pues no se trata de que pueda o no comprender que su acto es antijurídico, allí no está el problema. Se trata de que su acto para él es válido o, por lo menos, no prohibido o que, incluso, pudiendo comprender el carácter prohibido del acto, no sea capaz de determinarse de acuerdo a esta apreciación.

En el caso que mencionábamos en el punto III. del presente artículo es bastante ilustrativo «...para poner en evidencia los inconvenientes que tiene la regulación prevista en el art. 15° del Código penal. Para no reprimir al varón que cohabita con la menor debería declarársele incapaz, por razones culturales, de comprender el carácter ilícito de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esta apreciación...»⁹).

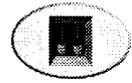
3.5 La sanción penal consuetudinaria y los derechos humanos.

Debe tenerse en consideración que, si bien es cierto, nuestra Constitución garantiza y reconoce la diversidad cultural, contiene principios, garantías y derechos de las personas, no lo es menos que resulta ser más un proyecto político que no se ha concretado ni verificado que una realidad.

Cuando se plantea la necesidad de una pluralidad jurídica, debe tenerse en cuenta que no estamos frente a una dicotomía pura entre el “mundo occidental” y la “cultura andina” o “indígena”. Lo cierto es que debido a procesos de aculturación, interrelación, convivencia común e intercambio de influencias igualitarias o no, producidos en un complejo y prolongado proceso histórico, tenemos como resultado el Perú de hoy. Complejo, variado, multicultural, diverso. Es imprescindible, entonces, considerar el nivel de integración que se ha producido en los distintos pueblos que conforman el Perú en la actualidad.

Conforme hemos indicado previamente, el artículo 149° de la Constitución Política, permite el ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo

9 Hurtado Pozo, José. El indígena ante el Derecho penal. Caso peruano». La ciencia penal en el umbral del siglo XXI. México, 2001.



de las Rondas Campesinas, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.

La aplicación de esta norma plantea una serie de dificultades cuando ingresamos al ámbito del Derecho penal, toda vez que la sanción penal significa generalmente la restricción de derechos fundamentales, tales como la vida o la libertad. Sabemos que no son infrecuentes los casos en los cuales las comunidades han capturado y sancionado a delinquentes, por ejemplo, en el caso del abigeato. Los castigos suelen ser físicos, de conformidad con el derecho consuetudinario, lo cual, evidentemente, constituye una violación de derechos fundamentales de la persona desde nuestra perspectiva cultural occidental. Esto generó, en muchos casos, el enjuiciamiento de los comuneros y su condena por la jurisdicción estatal.

Se pueden presentar, todavía, casos más extremos «...en el que el conflicto cultural, implícito a la comisión de un delito y a la reacción estatal, puede ser absoluto. Por ejemplo, en el caso de algunas tribus de la Amazonía, sin contacto con la cultura de raigambre europea y cristiana del Perú oficial, cuando se causa la muerte de niños recién nacidos, de mellizos, de ancianos o de enfermos debido a que el grupo social no puede soportar la carga económica que significa su mantenimiento en vida. Desde la perspectiva de la cultura dominante (según el Código penal) se trata de delitos contra la vida. El autor de dichos actos obra, sin embargo, siguiendo las pautas culturales de su comunidad. Culturalmente se trata, en consecuencia, de un acto positivo...»⁽¹⁰⁾.

Como vemos, el fondo del conflicto radica en lo que la disposición constitucional puede significar respecto del derecho consuetudinario. Debemos entender que el marco constitucional es amplio y permite que las comunidades administren justicia en todos los ámbitos. Ello es congruente con las disposiciones del Convenio 169 de la OIT que reconoce a las comunidades indígenas⁽¹¹⁾ sus propios métodos de resolución de conflictos sin limitar su derecho consuetudinario a los casos «civiles» sino que expresamente reconoce que son

válidos los «...métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros...» conforme establece en su artículo 9, inciso 1. Sin embargo, el tema se complica cuando se establece como límite el respeto de los «derechos humanos». Se trata de una visión particular de los derechos humanos entendidos desde la perspectiva occidental, los cuales no han surgido sobre la base de los usos y costumbres de los pueblos y grupos no occidentales o que responden a patrones culturales distintos.

A modo de conclusión

El reconocimiento de ordenamientos jurídicos distintos al del Estado constituye un gran avance constitucional. Es decir, se reconoce que dentro de los límites de nuestro territorio coexisten grupos organizados de manera distinta, con sus propias pautas y sistemas de autoregulación (capaces de administrar justicia y «hacer» su propio derecho), por lo que será necesario encontrar niveles de coordinación apropiados que permitan un respeto de dichos sistemas y la no imposición del derecho oficial.

El reconocimiento de los sistemas u ordenamientos jurídicos no ha sido suficiente para el establecimiento de relaciones más horizontales y democráticas. El derecho consuetudinario de las comunidades se percibe todavía como un conjunto de costumbres que no tendrían mayor relevancia en el plano jurídico. Sin embargo, los grupos humanos organizados que responden a patrones culturales distintos, resuelven sus conflictos de manera distinta a la forma en que los resuelve el Derecho oficial porque tienen un sustento diferente. Están basadas, por lo general, en una serie de creencias y valores orientados al equilibrio en la comunidad, así como en el interés del grupo por encima del interés individual.

El artículo 15 del Código Penal, que hace referencia al error de comprensión culturalmente condicionado, estaría sustentado en la teoría del error de comprensión. Sin embargo, esta interpretación lleva a plantear hasta qué punto no se trata, mas bien, de una cierta mirada «paternalista»

10 Hurtado Pozo, El indígena ante el Derecho penal.

11 Más allá de la discusión que se pueda presentar respecto de si las comunidades campesinas o nativas en nuestro país han adoptado o no esta denominación.

hacia quienes son comprendidos en procesos penales por haber cometido hechos considerados ilícitos desde el sistema oficial, por cuanto «no comprenden» el carácter delictuoso de su accionar o porque debido a que responden a patrones culturales distintos son «incapaces» de comprender que una determinada conducta no puede llevarse a cabo por cuanto está calificada desde nuestro derecho penal como delito.

El tema de los derechos humanos tiene que ser tratado con sumo cuidado pues es lo que más

reacciones encontradas genera. Cuando la Constitución señala que las comunidades nativas y campesinas aplicarán su derecho consuetudinario, ello sólo será posible si no se vulneran los derechos fundamentales de las personas. Se trata de una visión particular de los derechos humanos entendidos desde la perspectiva occidental, los cuales no han surgido sobre la base de los usos y costumbres de los pueblos y grupos no occidentales o que responden a patrones culturales distintos. 

BIBLIOGRAFIA

- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Editora Rao, Lima, 1999.
- FRANCIA SANCHEZ, Luis E. *Pluralidad cultural y Derecho Penal*. En: Primer Taller Nacional sobre rondas campesinas, justicia y derechos humanos. Lima, 1999.
- FRANCIA SANCHEZ, Luis. *Sistema Penal y Pluralismo Jurídico: Lineamientos para interpretar la legislación peruana*. Defensoría del Pueblo, CEAS, CAAP y ALERTANET, Lima, 2001.
- FULLER, Norma. Editora. *Interculturalidad y política. Desafíos y probabilidades*.
- HEISE, María; TUBINO, Fidel; ARDITO, Wilfredo. "Interculturalidad: un desafío". CAAAP, Noviembre, 1994.
- HURTADO POZO, José. *El indígena ante el Derecho Penal: El caso peruano*. En: *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*. México, 2001.
- HURTADO POZO, José. *Impunidad de personas con patrones culturales distintos*. En: *Derecho*, No. 49, Lima, 1995.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch.
- NUÑEZ PALOMINO, Pedro Germán. *Derecho y Comunidades Campesinas en el Perú 1969-1988*. Centro de Estudios Regionales Bartolomé de Las Casas; Centro de Educación Ocupacional Jesús Obrero. Cusco, 1996.
- PANNIKAR, R. *Sobre el diálogo intercultural*.
- PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en los Andes del Perú. El caso de Calahuyo*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998.
- REVILLA, Ana Teresa. *La administración de la justicia informal. Posibilidades de integración*. Fundación M. J. Bustamante de la Fuente. Lima, 1992.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos*. La estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1997.
- SILVA SANTISTEBAN, Fernando. *Introducción a la Antropología Jurídica*. Fondo de Cultura Económica - Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima. Lima, 2000.
- VILLAVICENCIO, Felipe. *Código Penal*. Ed. Cultural Cuzco S.A.. Lima, 1992.
- URBANO, Enrique. *Modernidad en los Andes*.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Una fractura original en América Latina: La necesidad de una juridicidad democrático-pluralista*. En: *Guatemala: ¿Oprimida, pobre o princesa embrujada?*. Fridolin Birk comp. N° 2.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú*.