

Derecho Penal y diversidad cultural:

El condicionamiento cultural en el Derecho Penal.

Minorías étnico-culturales y Derecho Penal.

Mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú*

MIGUEL RAFAEL PÉREZ ARROYO**

Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal (Perú).
Becario doctoral y de investigación de la AECI/ICI del
Ministerio español de Asuntos Exteriores.
Postgraduado en Derecho Penal y Criminología.
Actualmente adscrito como investigador-docente en el
Seminario de Derecho Penal de la
Universidad Complutense de Madrid.

PRESENTACIÓN

El presente trabajo, en apretadísimo resumen, contiene a los efectos de Latinoamérica los principales lineamientos de desarrollo dogmático penal de la Tesis para optar el Título Profesional de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, que presenté y leí en 1996¹. Actualmente vengo trabajando en las correcciones a mi Tesis doctoral respecto de un trabajo mayor para Europa, y España en particular, que espero pronto vea la luz. Como ponencia presentada al "I Congreso de Derecho de Cultura", organizado por la Universidad Carlos III de Madrid, la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) y la UNESCO entre noviembre y diciembre de 1999, en Madrid, tocó debatir este tema en la misma mesa que el ilustre maestro Manuel de Rivacoba y Rivacoba a quien le debo mi agradecimiento por su tan gentil deferencia a este modesto trabajo y modesta, también, aproximación interdisciplinaria del Derecho Penal.

I. CONSIDERACIONES GENERALES: EL CONTEXTO SOCIAL ACTUAL DE LO "UNIVERSAL" A LO "DIVERSO"

Pareciera que el fenómeno social de la diversidad cultural, como la llaman unos, o la multiculturalidad, como prefieren denominarla otros, fuera más bien un problema de las sociedades modernas, de las actuales sociedades postindustriales; como le llamaría SILVA SÁNCHEZ² o de las sociedades modernas y tecnificadas, como sugiere HASSEMER³; entre otras denominaciones que actualmente circulan en el mercado bibliográfico y de las investigaciones últimas en Derecho penal.

Si bien es cierto las sociedades actuales carecen de uniformidad, esto es que son sociedades, todas, plurales, en donde—como sostiene Tosca HERNÁNDEZ— "parece haberse perdido sentido de las cosas, en donde el desorden pareciera predominar"⁴; no quiere decir ello que las sociedades antiguas fueran todas uniformes.

* Ponencia presentada al "I Congreso de Derecho de la cultura". Organizado por la Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Nacional a Distancia (UNED) y la UNESCO. Madrid, 29 de noviembre-02 de diciembre de 1999.

** A las minorías étnicas y culturales de las sociedades aún "coloniales" de Latinoamérica; a los comuneros y la comunidad campesina de Orcotuna del Valle del Mantaro en el Perú. A Rafael Pérez Vásquez, mi padre, porque todo sea como en Orcotuna ...

¹ SILVA S., JM. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999, p. 31-62.

² Cfr. HASSEMER, Wierfried. "Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal Alemana", Trad. Francisco Muñoz Conde, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2º 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 Díaz Pita, Tirant lo blanch, 1999, pp. 18 y ss.

³ HERNÁNDEZ, Tosca. "Anomia: normas, expectativas y problemas de legitimación social. Comentario introductorio", en, *Anomie: Norms, Expectations and Social Legitimation*. Colección Oñati Proceedings. Oñati: Oñati International Institute for the Sociology and Law, 1993, p. 13.

⁴ Cfr. SILLS, D. *Enciclopedia Internacional de las Ciencias sociales*. Bilbao: Aguilar, 1973. p. 253-254.

Una demostración en este sentido lo encontramos en la misma Biblia (Antiguo Testamento) en que algunos autores de libros advierten que dentro de una tal sociedad podían existir diversos grupos étnicos (categoría antropológica de la cual no vamos a decir más que contienen en sí un cúmulo de significados y significantes comunes lingüísticos, raciales y culturales en un sentido aún más complejo), a consecuencia tanto de la migración gradual de poblaciones enteras o de sectores de las mismas (refugiados por motivos religiosos, comerciantes, artesanos o trabajadores manuales) como de las conquistas militares que redistribuían la población en función de la dominación⁵.

Empero, el sentido que ahora se atribuye a estas sociedades plurales, entendidas desde una perspectiva étnico-cultural, es distinto. Creo que el punto de inflexión histórico es la Revolución francesa, con la "Ilustración" y el "racionalismo" como esquemas de orientación filosófica de orden fundamental, que trajo tras de sí la necesidad de encontrar moldes universales para el hombre en tanto ser "racional": a) En la búsqueda de lo "universalmente válido" en función de la individualidad hecho concepto general y abstracto: "el hombre". Como tal, las leyes universales únicas a ser imitadas debían ser las naturales motivando con ello la aparición del positivismo como postura filosófica dominante, en donde la predecibilidad y lo exacto debían ser alcanzadas por la razón y en donde la evolución hacia ese universo de estado positivo, al decir de COMTE, debía ser lo finalmente ideal; b) En la búsqueda del hombre "racional" y titular de derechos inmanentes a su propia condición de "hombre". De un hombre como sujeto "universal" de derechos⁶. En razón de lo cual la diversidad y pluralidad, generalizada por esta época, no significaron más que simples eventos y escollos a lo que en

ese momento se comenzó a teorizar como la "sociedad universal" o "humanidad".

Este punto de inflexión histórico constituyó el detonante perfecto para redefinir lo que hasta ese momento se presentaba como gaseoso, frágil, ilógico, en pocas palabras "arbitrario" y comenzar a buscar esa "universalidad" y ese orden "racional" y abstracto con que fundamentaron los nuevos esquemas de orientación filosófica y práctica. Cambio de paradigmas y de moldes filosóficos y prácticos, de lo arbitrario e irracional a lo universal y racional, que en el Derecho fue trascendental con la aparición de la era de la "codificación", originada luego de la Revolución Francesa (llevada adelante por Napoleón), y que de modo conjunto con las ideas de Immanuel Kant cerraron, en palabras de FASSÒ, una era dominada por el "Iusnaturalismo racionalista"⁶. La afirmación de un Derecho racional-universal y absolutamente válido, baluarte del Racionalismo Iusnaturalista, produjo como necesidad la "uniformización" de todos los ordenamientos jurídicos, históricamente vigentes, en función de ese modelo perfecto y universalmente válido; poniendo remedio a la confusión e incertidumbre de las normas jurídicas existentes en Europa por la degeneración del Derecho común y por la supervivencia de usos que ya no eran compatibles con la situación económica y social de la época⁷.

Para cumplir con este objetivo los Estados modernos y sus soberanos utilizaron la "Ley", en el sentido de materialización de su voluntad, como expresión máxima de la "razón" y eliminando los restos "normativos" existentes entre sí y el pueblo; los cuales, por su carácter residual, eran ajenos a ese complejo normativo "racional", por tanto eran "irracionales", producto, más bien, de la "arbitrariedad" y el "desorden".

⁵ Véase el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Decretoada por la Asamblea Nacional en las sesiones de los días 20, 21, 22, 23, 24 y 26 de agosto de 1789): "Los representantes del pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los Derechos del Hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre..." Así, también en el artículo primero, en donde se proclama la "libertad" e "igualdad" como derechos naturales encontrados gracias a la "racionalidad". ("Declaración Universal de los Derechos del hombre y del ciudadano, en, HERSCH, Jeanne -Comp.-. *El derecho de ser hombre*. Trad. Gonzalo Arias. Madrid: Tecnos-Unesco, 1973, p. 207).

⁶ FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Pirámide, 1985, p. 15.

⁷ Cfr. FASSÒ, G. *Op. cit.* p. 16.

Todo lo cual resultó útil para el Estado y el Soberano en función del afianzamiento de su poder: "Los soberanos absolutistas 'iluminados' se sirvieron de la doctrina *Racionalista* Iusnaturalista para mostrar que era una exigencia de la razón y un instrumento, a veces, de la felicidad del pueblo, la transformación del Derecho irracional de aquel tiempo en ley -en cuanto que solamente la ley puede ser obra de la razón, o mejor de una voluntad racional-"⁸.

El ejemplo de la codificación francesa es claro, más si consideramos la inmediatez histórica y territorial en que se desarrolló a partir de la Revolución de 1789, producto de las ideas ilustradas aparecidas en primer término en Inglaterra (Ilustración inglesa), con la obra de LOCKE, en 1688, acerca del entendimiento humano e inaugurando una etapa importantísima en la Historia de la Filosofía del Derecho que fuera el "Deísmo"⁹. Luego, de la propia Ilustración francesa, impulsadas desde la Ilustración Inglesa, desde ese país, por MONTESQUIEU y VOLTAIRE, durante el mandato de LUIS XV, una vez amortiguada la fuerza dominante de la monarquía, el clero y la nobleza¹⁰. Producto de aquella, el racionalismo (rasgo esencial de la Ilustración¹¹, significó el impulso decisivo para la era de la codificación en Europa, tal como se puede ver en el caso de Prusia y la misma España, entre otras.

Es a partir de este momento de inflexión histórica en que siendo ya diversa y plural las sociedades hasta

ese momento conformadas, por cuestiones de invasión y/o colonialismo o de índole migracional, y siempre en términos de relación conflictiva, entre los grupos diferenciados entre sí; en que debido a los intentos de universalización, producto, creo, de la generalización añadida del Kantismo y de lo que en nombre de dicha postura filosófica-racionalista se denominó sociedad humana "universal" que debería llegar a un estado de "paz perpetua"¹², se desconoció esa diversidad, esa pluralidad, con lo que el modelo no tardó mucho tiempo en hacer aguas. Esa crisis de la modernidad, gráficamente representada por ejemplo con el rompimiento de los grandes bloques políticos, como la URSS, o la ex-Checoslovaquia. Todo esto unido a los procesos de autoafirmación de las identidades étnicas y culturales (detonante en el caso de la ex-Checoslovaquia para su escisión) nos trae a colación esto que ahora llamamos sociedades "*modernas críscas*"¹³, en el sentido de sociedades "*actuales*" aunque debiéramos decir "*post-modernas*", en sentido estricto. En donde ese parecer de TOSCA H., en el sentido de que "nada parece tener sentido de uniformidad" sí que lo tiene y es que ese afán de universalidad instituido por el racionalismo de la Ilustración y redimensionado por los procesos de "bloqueización", si cabe el término, después de la Segunda Guerra Mundial, tiene ahora su contra partida que constituye la autoafirmación de la identidad cultural a modo de resistencia¹⁴, el saberse a sí mismos como distintos al resto de quienes conviven compartiendo espa-

⁸ *Ibid.* loc. cit.

⁹ El "deísmo" se funda en el conocimiento de las leyes de la conexión mecánica de la naturaleza. Una vez establecida esta conexión, no permite ninguna intervención divina. A esto agrega, como deja constancia DILTHEY, la crítica de los relatos bíblicos, que ya había iniciado Spinoza, añadiéndole aún el análisis de la conciencia moral y fundación de la autonomía dentro de la conexión natural (Cfr. DILTHEY, Wilhelm. *Historia de la Filosofía (Grundriss der allgemeinen Geschichte der Philosophie)*. Traducción de Eugenio Imáz. México: Fondo de Cultura Económica, 1951. p. 127 y ss).

¹⁰ Los postulados básicos de VOLTAIRE y MONTESQUIEU se centraron en una férrea oposición al cartesianismo en razón de su adhesión a la ciencia natural de Newton y la filosofía empírica de Locke a la vez que a la monarquía absoluta de Francia la libertad política: aprehendida y desarrollada de su experiencia inglesa, de las fuentes mismas de la Ilustración (Cfr. DILTHEY, Wilhelm. *Ob. Cit.* p. 134).

¹¹ "La razón entendida como instrumento adecuado para aclarar todos los problemas del hombre, desde lo estrictamente filosófico y científicos a los religiosos, políticos y sociales..." (GEYMONAT, Ludovico. *Historia de la filosofía y de la Ciencia. (Storia della Filosofia. Storia del pensiero filosofico. Vol. II, Del renacimiento a Kant. Trad. Joaquim Sempere) T. II, Del renacimiento a la Ilustración.* Barcelona: Editorial Crítica. 1985. p. 257).

¹² Cfr. KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Crítica de la razón práctica. La paz perpetua.* México: Porrúa, 1975. Estudio Introducción y Análisis de las obras. Por Francisco Larroyo; Traducción de Manuel García Marente. pp. 15-67.

¹³ Son sociedades, todas, plurales, en donde "parece haberse perdido sentido de las cosas, en donde el desorden pareciera predominar" (TOSCA HERNÁNDEZ. *Ob. Cit.* p. 13).

¹⁴ Aunque también hay que decir que la resistencia a la integración se manifiesta por ambas partes, del grupo etnocultural "diverso", por no decir "distinto" (como es el caso de los gitanos o los albanos kosovares en Yugoslavia) y el grupo etnocultural dominante (Cfr. LAMO DE ESPINOZA, E. "Fronteras culturales", en *Culturas, Estados ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa.* Madrid: Alianza Editorial, 1995. pp. 14 y ss).

cios sociales comunes ya sea a modo de convivencia paritaria (el caso de la ex-Checoslovaquia o el mismo Kosovo) o a modo de convivencia receptiva (el caso de los países receptores de inmigración, como España). A grandes rasgos es como ahora se nos presenta la sociedad actual, postmoderna, postindustrial.

II. EL DERECHO PENAL FRENTE A LA DIVERSIDAD CULTURAL

De lo anterior queda medianamente claro cómo una sociedad cualquiera llega a ser pluricultural, en un sentido étnico-cultural o etnoculturalmente diversa; como lo son hoy en día, además de un modo muy marcado, la mayoría de las sociedades europeas: por los procesos de migración (en tanto constituyen sociedades receptoras de migración y dado que en la mayoría de los casos esos procesos de migración se deben a motivos económicos y otras veces, muy pocas, culturales). En términos exactos, la realidad de la "diversidad étnico-cultural", como mayoritariamente se comienza a denominar, expresa la convivencia de 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 todos entre sí.

Sociológica y antropológicamente hablando, diversidad étnico-cultural expresa la inserción de un colectivo social determinado, tributaria de una cultura dis-

tinta de "la otra u otras" en donde se inserta, coexistiendo "una" al lado de la "otra". Ya sea porque una de ellas lo hace en términos de "inmigración" (el grupo social con cultura determinada es más fuerte que el que se pretende insertar, debiendo estos últimos sujetarse o no a las reglas de aquél)¹⁵ o de "colonización-invasión" (el grupo social con cultura determinada es más débil y se ve sometido a las reglas y normas del grupo invasor-colonizador)¹⁶. Aunque también exprese la coexistencia de valores culturales "standart", por un lado, y de valores culturales, conforme una serie de aspectos ético-valorativos, de tipo "individual"; formando algunas veces colectivos sociales representativos o simplemente actuando de modo personal-individual, a través de la exteriorización de sus valores a modo de objeción de conciencia o conciencia discrepante ¹⁷, de lo cual no nos vamos a ocupar en esta exposición.

Desde la perspectiva penal y criminológica, media en todas estas tipologías sociales de convivencia, casi siempre (por no decir siempre) conflictivas, como lo analizo en un trabajo que estoy actualmente terminando, un problema de *adaptación, desviación socio-delictiva, desarraigo y marginalidad social*, conforme he podido ver y estudiar. Realidad ésta de la cual, hoy por hoy, no se puede escapar casi ninguna sociedad en todo el mundo. En este contexto, resulta paradigmático estudiar la esencia misma del problema *conflictual* de la Diversidad a la vez que sus dos vertientes desembocan a modo de solución: una mayor

¹⁵ Según los últimos datos europeo, 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.

¹⁶ El caso de las sociedades latinoamericanas es patente, no sólo por su importancia dentro del contexto mundial actual, sino por las relaciones históricas que hasta el día de hoy nos une con España, con quien hasta hace menos de doscientos años estuvimos ligados a modo de Colonia. 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, 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 -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. pp. 156-242. Una opinión similar la expresa BERGALLI, aunque sin mucho tino estadístico y regurosidad 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 Panneditte, 1972. pp. 30 y ss).

¹⁷ En este caso. Piénsese el de los objetores de conciencia al servicio militar, el grupo de los objetores a diversos tratamientos médicos (tanto por parte del profesional sanitario como del sujeto de tratamiento), los "okupas", etc.

diferenciación o una integración social. También, y esto es esencial a modo instrumento canalizador de la propuesta final a la que se llegue, de los problemas jurídicos y de modo especial los de orden penal que los problemas antes definido de *adaptación, desviación socio-delictiva, desarraigo y marginalidad social*, pueden llegar a originar. Esto no quiere decir, como podría parecer en algún momento determinado, una determinabilidad del problema criminal en las grandes urbes receptoras de migración, como lo han sugerido algunos estudios en Norteamérica¹⁸, sino al contrario; que el problema de relación que existe entre migración y delito, por un lado, y de dominación cultural y culturas nativas, por otro, tienen a su vez otros factores contributivos y a veces de mayor envergadura en los problemas de criminalidad que el hecho mismo de ser inmigrante o el de ser un nativo heredero de la cultura nativa, conquistada o sojuzgada. Sí quiere decir, en cambio que los problemas ya definidos de *adaptación, desviación socio-delictiva, desarraigo y marginalidad social*, se entreveran, se sujetan de los otros problemas como es el de la falta de empleo, educación y demás carencias sociales que en sí constituyen verdaderos causas de socialización; y el problema en sí, de las minorías respecto del derecho y del derecho penal en especial, es un problema de socialización más bien integradora que diferenciadora y separatista, pero respetando siempre la identidad cultural y la diferencia que ello significa. 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, insisto, integradoras pero con respeto a las minorías étnico-culturales. Desde una política criminal de funciones integradoras y no al revés. Más rechazables entonces resultan las políticas criminales de integración con un fondo discriminador y etnocentrista, irrespetuoso de las di-

ferencias y sin ninguna consideración por las minorías, conforme creo se han venido dando en muchos países de Latinoamérica.

III. RELEVANCIA Y SIGNIFICADO SOCIAL DE LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL PARA EL DERECHO PENAL: LOS TIPOS SOCIO-CULTURALES CONFLICTUALES

Ya hemos visto las diversas tipologías sociales que se conforman respecto del fenómeno de la diversidad étnico-cultural. Esto es, sociomorfológicamente hablando los tipos de sociedades etnicoculturalmente diversas pueden ser, en principio, de dos tipos: las que contienen una pluralidad de etnias, por tanto de culturas, debido a los procesos de migración (son sociedades receptoras de migración, casi siempre económicas), o las que por procesos de colonización y conquista se conforman como diversas debido a la presencia sostenida de las etnias y culturas nativas o aborígenes. Aunque en este último caso también hubo un momento de migración (el español que "hace las américas" de a principios del siglo XVI en adelante o el inglés que por más cuotas de libertad y otras buscando oro emigra a las tierras americanas del norte), se entiende que la lógica es distinta pues la inserción de estos colectivos foráneos fue el que sometió al nativo, aniquilándolo progresivamente, absorbiéndolo o condenándolo a "reservas indias" (como es el caso de los indígenas norteamericanos). De acuerdo a esta doble tipología de la diversidad étnico-cultural se presentan, a su vez, dos tipos de conflictos culturales (relación conflictiva entre las culturas diversas que conviven en un mismo espacio social, como ya fue señalado desde hace más de sesenta años por SELLIN¹⁹, que muchas veces trascienden a los meros usos sociales y que incluso llevan consigo una fuerte dosis de disconformidad social que en algunos casos motiva la intervención del Derecho y más del Derecho Penal.

¹⁸ Vid. MONTERO, Jorge A. y CARRANZA, Elías "Migración y Delito", en *DP-TPCP*, 1984, 7. pp. 468 y ss.

¹⁹ Cfr. SELLIN, Thorsten. *Culture conflict and Crime*, New York: Social Science Research Council, 1938. pp. 116 y ss.

Sin embargo, en el caso europeo y cada vez más creciente en muchas sociedades en donde la interiorización de los derechos individuales de la persona, sobre todo en los derechos referidos a las libertades personales como son el la ideología, religión y conciencia, se viene produciendo un fenómeno interesante en relación a la cultura y la conciencia con el Derecho Penal. Estamos hablando de los "delincuentes por conciencia o la delincuencia por convicción o el actuar por conciencia" que en sí representa una postura relativista del Derecho en función del respeto al individuo sobre los intereses del Estado²⁰. Este nuevo espacio de diversidad sociocultural en la inmensa mayoría de los casos, nos insinúa una variación de nuestro esquema bi-tipológico de sociedad diversa étnico-culturalmente hablando, lo cual no sucede por la sencilla razón de que en este plano de diversidad el conflicto cultural se presenta desde dentro de la cultura misma en cuestión. Es un conflicto *intrasistémico* a diferencia del molde bi-tipológico antes argüido en donde el conflicto es *extrasistémico*. También el hecho de constituir, estos colectivos sociales objetores (objetores de conciencia), parte integrada, en términos culturales, con la cultura occidental que es en donde se ha desarrollado hasta el momento de modo preferencial, rompe con el adjetivo étnico que significa el hacer acompañar lo culturalmente diverso, únicamente, con lo culturalmente diverso en razón de la procedencia cultural y la connotación de nacionalidad o de vínculos raciales y religiosos que la categoría de "etnia" merece para las Ciencias Sociales. Esto significa, como se manifiesta antropológicamente hablando, que lo cultural se incluye dentro de lo étnico pero no al revés.

Ahora bien, consecuentemente hablando, como vemos la idea de conflicto es innata a la idea de la diversidad. Conflictos que como hemos visto pueden ser,

conforme se analiza, desde la perspectiva de la cultura dominante, para dentro de sí misma o para afuera: *intrasistémica* y *extrasistémica*. Dos ejemplos nos sirven para graficar este postulado: 1) El caso de un objetor de conciencia que incumple su obligación de prestar el servicio militar obligatorio y, en su defecto, la prestación social sustitoria, realizando así el tipo penal de insumisión (art. 527. 3 y 604 CPE). También el caso del médico que debiendo realizar el aborto, en los casos permitidos por la Ley, no lo hace poniendo en peligro la salud de la mujer o lesionando su integridad física o su propia vida, por el hecho de considerar tal conducta abortiva contraria a sus principios morales, realizando los tipos penales de lesión (art. 147 y ss CPE), de homicidio (art. 138 y ss CPE); entre otros tipos penales. 2) El caso del inmigrante africano que por no permitir que su hija sea desterrada para siempre de su comunidad de origen y ante la idea de regresar (conocido entre los sociólogos como el "síndrome del retorno o del regreso") a su pueblo procede a "mutilar el clítoris" de su hija o hacer que lo hagan, realizando así el tipo penal de lesiones o contra la vida, entre otros (art. 138 y ss; art. 147 y ss CPE). También el caso del indígena peruano, colombiano o boliviano que por motivos de ascendencia cultural y por así obligarle su medio rural y sus propias costumbres contrae "matrimonio de prueba" o "timpanakuspa" o "servinakuy" con una joven de trece años con quien mantiene relaciones sexuales desde ese mismo momento, realizando así el tipo penal de "violación presunta contra la libertad sexual de una menor" (art. 173 CP del Perú); entre muchos ejemplos que la antropología jurídica nos puede alcanzar.

Vemos claramente que existen dos niveles diferenciados de conflictos. El *intrasistémico* contiene los casos de disidencia y objeción de conciencia que un individuo plantea a su Estado en razón de su libertad ideo-

²⁰ Un desarrollo medianamente profundo sobre este tema: Vid. PÉREZ ARROYO, Miguel. "Objeción de conciencia y Derecho Penal en la actual dogmática penal española...", en *Revista Peruana de Ciencias Penales. Efic. Especial sobre el Nuevo Código Penal Español* Lima. 1999. pp. 815-876; PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Conciencia y Derecho Penal*, Granada: Comares, 1994: "La objeción de conciencia en el Derecho Penal", en *Política Criminal y nuevo derecho penal*, SILVA SÁNCHEZ, JM (Ed). Barcelona: Bosh. 1997; PETERS. "Überzeugungstäter und Gewissenstäter", en *Beitrag zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin: Duncker & Humboldt, 1966. pp. 257-280; ROXIN, Claus. "Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund", en *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer*. Frankfurt am Main: VK. 1988. pp. 389-411; entre muchos más.

lógica, de religión o de conciencia, que el caso español se contempla en el art. 16 CE., pero que en definitiva es un problema al interior de la cultura dominante. El objetor disidente cuestiona la obligariedad jurídica de la norma y se niega a cumplirla, pero con los mismos elementos culturales de razonamiento legal y extra-legal que cualquier otro ciudadano de la misma sociedad y cultura dominante. En los otros casos no es así pues los motivos, el condicionamiento, provienen de fuera, en razón de su propia cultura, foránea en un caso (por los procesos de migración), dominada en otro (en el caso de las sociedades de pasado colonial o de conquista). Este es el conflicto *extrasistémico* propio de ese tipo de sociedades como las *latinoamericanas*, *africanas*, etc. En la realidad europea y de los países receptores de migración, este tipo de conflicto *extrasistémico* se da con los colectivos sociales

inmigrantes cuyos comportamientos, condicionados por su cultura, desbocan muchas veces en conductas típicas y sancionadas abstractamente con una pena por las leyes penales, al igual que en las sociedades de pasado colonial

en donde la cultura y el derecho del grupo colonizador se vuelve "oficial" condenando a las otras en meros convidados de piedra o víctimas de la incompreensión. Desde esta perspectiva el modelo bitipológico de las sociedades etnico-culturalmente diversas se mantiene, considerando claro está la novedad que significa la incorporación de los colectivos sociales disidentes, objetores de conciencia y cuestionadores de la validez y eficacia de la norma jurídica estatal, pero tal y como hemos dicho, sólo desde una perspectiva *intrasistémica*.

Por el momento sólo nos vamos a ocupar de las primeras, en donde el conflicto cultural se presenta de modo

extrasistémico, con especial relevancia de las sociedades latinoamericanas.

IV. LAS OPCIONES DEL DERECHO PENAL FRENTE A LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL EN LATINOAMÉRICA

Como ya hemos mencionado antes el conflicto cultural en la mayoría de sociedades latinoamericanas es de tipo *extrasistémico*. Incluso con datos demográficos y estadísticos hemos demostrado la enorme variedad y complejidad morfológico-social de estas sociedades²¹, siendo los casos más interesantes los de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú; no sólo por el enorme porcentaje poblacional y demográfico que observa su sociedad (que en el caso de Bolivia, Perú y Guatemala es abrumador aunque en sólo uno de ellos -Bolivia- se llega

al 50%), sino también por la regulación legislativa que en el caso de Colombia se observa. Vamos a analizar, en conjunto, los modelos de política criminal que se han estructurado desde el Derecho Penal y su legislación en relación

con este fenómeno de la diversidad.

4.1. Modelos de política criminal en relación a la diversidad étnico-cultural en América Latina: Preservacionismo vs. Integración

Han sido y son hasta hoy dos criterios los que han imperado en Latinoamérica y algunos países del orbe con similares problemas de diversidad étnico-cultural. Es el quién y el cómo: 1) ¿Quién ha de juzgar al nativo que incurra en un comportamiento calificado como punible, por la ley penal occidental?; y, 2) ¿Cómo ha de juzgarse a ese nativo que delinque, no sabiendo lo que hace por no compartir los valores ético-sociales que inspiran a la ley penal occidental?²²

"Antes del CP de 1991 la opción político criminal de orden penal no precisó una respuesta exacta al problema, reduciendo al indígena a un plano de miserabilidad arcaica y anteponiéndole un sistema penal con bases paternalistas"

²¹ Vid. Nota Ut. Supra.

²² Cfr. BENITES N., Hernán Darío. Tratamiento jurídico penal del Indígena colombiano, ¿inimputabilidad o inculpabilidad? Bogotá: Temis, 1988. pp. 164-177.

4.1.1 ¿Quién ha de juzgar al nativo que incurra en un comportamiento calificado como punible, por la ley penal occidental?

4.1.1.1. *El Preservacionismo*

Frente a este primer gran bloque encontramos la perspectiva *preservacionista* de las culturas nativas, postulada por Gladys YRURETA, entre otros, la misma que es calificada por la autora como solución “directa y total”²³. Según esta posición:

- a. Los grupos humanos no integrados a la civilización occidental no deben ser regidos por las leyes ajenas a su cultura, elaboradas por el hombre civilizado en base a esquemas culturales que no han sido asimilados (y que resultan difícil de serlo) por los nativos²⁴.
- b. Dichos grupos humanos no deben ser sometidos a la jurisdicción del Estado que los 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 de un Sistema Normativo distinto al occidental (otro derecho) que justificaría tal jurisdicción especial²⁵.

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). En ambos casos con un precedente común: *El proyecto de Levingstone* para el Estado de Lousiana, en Estados Unidos de Norteamérica²⁶.

4.1.1.2. *El Integracionismo occidentalizador*

Una segunda postura en este primer gran bloque lo constituye la corriente *integracionista con base occidentalizadora*. Según esta postura, se tiende a una asimilación de la cultura nativa respecto de la occidental; esto es, la occidental absorbe, occidentaliza a la cultura nativa. Así, se mantiene la vigencia de las particulares reglas de conducta social dejando que los nativos impongan sus propias formas de control social, siempre y cuando estas no vulneren el orden público, principios morales o “acción civilizadora estatal” de la cultura dominante²⁷. Esta postura tiene sus antecedentes en los regímenes jurídicos de las colonias imperialistas del siglo pasado e inicios del presente, principalmente la italiana y española.

En lo que respecta a la italiana²⁸ se tenía el Decreto Ley 1019 (art. 31). España, por su parte, explica a través de Cuello Calón un régimen de respeto a las costumbres y tradiciones de los «indios no emancipados» en tierras de dominio español en donde el juzgamiento de tales conductas criminales estarían a cargo de sus estamentos de control social así como la permisión de utilizar sus propios criterios. Nótese que se establece, por un lado un «mientras no se emancipe» y «una permisión». Posturas de corte temporal con miras a una integración con bases occidentalizadoras. Tal valor de respeto a las costum-

²³ YRURETA, Gladys. El indígena ante la Ley Penal. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1981. pp. 116.

²⁴ 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: PUC-P. 1987. pp. 56 y ss].

²⁵ En el Perú esta postura ha sido defendida por Raquel Irigoyen Fajardo, Patricia Urteaga Croveto y Antonio Peña Jumba, principalmente (Cfr. YRIGROYEN FAJARDO, Raquel. “Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución peruana: Alcances, límites consecuencia y retos”, en, *Desafaciendo 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, *Desafaciendo entuertos*, CEAS, Lima, 1995.: URTEAGA CROVETTO, Patricia. “Pluralismo legal y semiautonomía”, en, *Desafaciendo entuertos*: Lima: CEAS, Lima, 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, *Desafaciendo entuertos*, Lima, 1994, pp. 11-26).

²⁶ BENITES N., Hernán Darío. Ob. Cit. p. 164-165.

²⁷ BENITES N., Hernán Darío. Ob. Cit. p. 166.

²⁸ Cfr. MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1948, pp. 335-339.

bre, entonces según el *Decreto 10/1938 (art. 7 y 8)* tenía dos niveles: que el indígena no esté emancipado y que se respete «la moral pública, el orden y la acción civilizadora de España».

En una similar, aunque ya no de respeto a tales valores de orden arcaico sino centrado al concepto de los Derechos Humanos, se pronuncia el Convenio OIT/169 (art. 8, inc. 2). En esta línea se ha desarrollado las bases de justicia comunal, del art. 149 de la Constitución peruana, antes mencionada, de corte tolerante y asimilacionista. Tal carácter lo comparten la Constitución boliviana (art. 171) y la colombiana (art. 246).

4.1.2. *¿Cómo ha de juzgarse a ese nativo que delinque, no sabiendo lo que hace por no compartir los valores ético-sociales que inspiran a la Ley penal occidental?*

En el segundo gran bloque (del cómo) encontramos dos sub- niveles de solución a saber:

4.1.2.1. *Modelo de solución preservacionista*

Al igual que la primera cuestión, esta opción ha estado ataviada por argumentos “románticos” y “de buenos deseos”. Inspirada también sobre la base de los mismos instrumentos internacionales antes citados ha pretendido sustraer del Derecho Penal sustantivo a los sujetos de cultura nativa. El razonamiento de exclusión total se centró sobre la polémica teoría del “pluralismo jurídico” según la cual cuando estamos frente a un grupo social determinado, con usos y costumbres diversas, estamos ante una cultura distinta que fundamenta también un orden normativo distinto. En esta línea, propiamente dicha, se han pronunciado los teóricos de la antropología jurídica con propuestas pluralistas.

4.1.2.2. *Modelo de solución integracionista con base occidentalizadora*

Según este esquema, existen dos posibilidades de so-

lución; buscando como fin que las sociedades nativas se integren al marco de socialización occidental o que lleguen a ella a modo de buscar una sociedad plena. Estos dos sub-modelos son:

- a. *Modelo estricto.*- Se trata de valorar la conducta del “indígena” partiendo plenamente de nuestros propios presupuestos normativos. En este nivel se ubican las *soluciones técnico-jurídicas* de orden penal. De este modo, lo que la historia del Derecho Penal peruano y latinoamericano nos demuestra es un largo recorrido de discriminación e incompreensión del problema de la diversidad cultural en el Derecho Penal. Así tenemos las opciones principales de las **inimputabilidad (modelo boliviano, colombiano y con algunos matices, el peruano de antes de la reforma de 1991), y el error** (como juicio de exclusión de culpabilidad –solución, que acompañada de un criterio integrador de la norma penal del CP peruano de 1924, posibilitó una práctica jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia del Perú en ese sentido). En esta línea (aunque parcialmente) se ha pronunciado el legislador penal peruano con el artículo 15 del CP de 1991, aunque tal pronunciamiento no se adecúa totalmente a dicho modelo subacápite comentado, ajustándose más bien a un *modelo tolerante*. A la par se han argumentado otros sistemas de solución autónomos y mixtos, pero que en esencia se han movido dentro de los dos conceptos antes enunciados, los mismos que no compartimos por partir de bases equivocadas y por carecer de sistemática jurídico-penal así como de utilización errónea y antojadiza de los términos.

De modo paralelo es de mencionar las propuestas -aunque minoritarias- que han surgido desde algunas corrientes de estricto orden teórico según las cuales el problema que nos avoca se circunscribe al tema de *las causas de justificación en el Derecho Penal*. En esta línea, los bienes jurí-

dicos a ponderar a efectos de determinar, en medio de un juicio justificativo, sería por un lado, *la identidad cultural como derecho fundamental y el derecho a la diversidad, de un lado (a modo de ejercicio legítimo de un Derecho); por el otro, el derecho fundamental de otro ciudadano lesionado en un bien jurídico cualquiera y el correspectivo del Estado a preservar el orden social aún por encima de este Derecho fundamental a la identidad cultural*²⁹. Esta solución tampoco creemos es correcta.

- b. *Modelo tolerante*.- Este modelo lo podemos denominar también de *exclusión formal relativo (de corte asimilacionista)*. Según este, el Derecho Penal sólo entrará a juzgar los nativos que delincan vulnerando los derechos fundamentales. Este "entrar" a juzgar a los nativos supone no sólo un órgano resolutor de justicia (en sentido procesal -perspectiva del gran bloque anterior-) sino también la utilización de las categorías inculpatorias y de sanción propias de la cultura occidental. Para ello *el Derecho Penal sustantivo servirá como un filtro de tolerancia de última ratio*, ya que si el modelo procesal integrador (de jurisdicción especial relativa-asimilacionista) falló en su propósito conciliador, entonces tal Derecho Penal se encargará de valorar de acuerdo a sus categorías occidentales el comportamiento desviado. Este modelo es propio de aquellos en donde no existe una jurisdicción especial absoluta sino sólo parcial. Modelo que el Perú posee, por efecto de la co-existencia del art. 149 de la Constitución Política del Estado de 1993 y el mencionado art. 15 del CP peruano de 1991.

4.1.3. Modelos penales nacionales latinoamericanos en relación a la diversidad étnico-cultural (el caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú)

En los países latinoamericanos que mayoritariamente expresan el problema de la diversidad étnico-cultural por existencia de minorías nativas³⁰, las respuestas político criminales y de orden penal, no han sido iguales; por lo menos no desde la promulgación del CP peruano de 1991. De este modo cabe señalar, a grandes rasgos, cuáles han sido las opciones de los Códigos Penales mencionados.

En lo que respecta al *CP boliviano* preceptúa en su artículo 17.5 (de inimputabilidad) la condición de tal al "*indio selvático* que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización", reservando para el *andino* una atenuación de la pena en base a un razonamiento de restricción de dicha imputabilidad o disminución de la misma³¹.

El caso de *Guatemala* salta a la vista pues a pesar de contar con una población indígena del 48.01% (de 10'300,000 habitantes, 4'945,511 lo son) no tiene dentro de su ordenamiento penal mención alguna a la criminalidad cometida por estos grupos humanos³².

Por su parte el *CP colombiano* en su artículo 96 reduce al plano de la inimputabilidad al indígena que delinque contraviniendo las normas penales de la cultura dominante.

El *caso peruano* lo podemos ubicar en dos fases: antes y después del CP de 1991. Antes del CP de 1991 (CP

²⁹ Cfr. GARCÍA VITOR, Enrique. *Diversidad Cultural y Derecho Penal. Aspectos Criminológicos, Político-Criminales y Dogmáticos*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, N° 36. 1994, pp. 3-41.

³⁰ Según el censo poblacional de grupos étnicos nativos en América, antes citado (Vid. Ut. Supra), 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%. Como vemos, los casos más saltantes corresponden a Bolivia, Guatemala y Perú: quienes ocupan los 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 este problema.

³¹ (Atenuantes generales) "Podrá también atenuarse la penal: (...) 4) cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley". Léase este artículo en concordancia con la norma del art. 18 del CP boliviano.

³² En este sentido cabe precisar el error en la concordancia hecha por BRAMONTARIAS TORRES, Luis Alberto en su Código Penal comentado al asimilar "la falta de ilustración" del inc. 9 del art. 26 del CP. de Guatemala al problema que nos avoca (Cfr. BRAMONT ARIAS, Luis A. y BRAMONTARIAS T., Luis Alberto. *Código Penal anotado*. Lima: San Marcos, 1995. Pág. 149).

de 1924) la opción político criminal de orden penal no precisó una respuesta exacta al problema, reduciendo al indígena a un plano de miserabilidad arcaica y anteponiéndole un sistema penal con bases paternalistas. Tal es el caso de los artículos 44 y 45 del CP peruano de 1924, los cuales hacían referencia a “salvajes” e “indios semicivilizados” y “degradados por el alcohol”. A la vez este CP peruano, con su opción culpabilística de orden causalista, estableció *dos formas de error la de hecho y de derecho* (art. 87 CP). Esto último permitió a la judicatura no sólo atenuar las penas a imponerse a los “salvajes” y/o “semicivilizados” o establecer un régimen de ejecución penal acorde con su condición, sino que hasta absolvió a los procesados. La solución anterior llegó gracias a una integración de las normas penales antes referidas³³ la misma que estableció una fórmula de exclusión de responsabilidad penal o de atenuación de la misma.

Con posterioridad y a partir de la promulgación del CP peruano de 1991, el mismo que sobre el tema recogía -aparentemente- los postulados más modernos, el tratamiento fue distinto. En efecto, el artículo 15 del CP peruano de 1991, estableció una fórmula de exclusión de responsabilidad o de atenuación de la pena en base a un desarrollo del planteamiento teórico de Eugenio Raúl Zaffaroni: *el error de comprensión culturalmente condicionado*. Es decir, todo el peso de la solución recaía sobre el mismo juicio de culpabilidad antes que del elemento directriz de tal juicio culpabilístico de ésta (inimputabilidad o capacidad de culpabilidad). Es decir, el CP peruano de 1991 optó por la solución legislativa que, al momento de su promulgación, parecía la más correcta: el error.

Paralelo a todo este desarrollo legislativo-sustantivo, operaron en Bolivia, Colombia y Perú cambios constitucionales de trascendental importancia en lo referido al tema que nos ocupa, vinculados todos con un criterio de adecuación normativa al régimen internacional de celebración de pactos y tratados sobre esta materia. Así tenemos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -art. 27-³⁴ y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes -Convenio 169, art. 8-. De este modo dicha adecuación legal de los ordenamientos de los países antes mencionados se ubicó en la base misma de sus ordenamientos. En lo que respecta a Colombia, según la nueva Constitución de 1991 (art. 7, art. 246 y art. 286) se estableció un reconocimiento a la diversidad cultural autodefiniéndose como una sociedad de tal característica y estableciendo un Jurisdicción especial -del tipo de la privativa militar- relativa a las comunidades indígenas. En éstas -reza tal Constitución- “... se podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos...” (art. 246, Constitución colombiana).

Por su parte el Perú, aprobó según referéndum del 31 de octubre 1993 la Constitución de ese año la misma que en su art. 149 estableció una fórmula similar a la de la colombiana, pero que no funda una verdadera jurisdicción especial. Del mismo modo Bolivia, según reforma constitucional de 1994 aprobó calificar a la sociedad boliviana como “multiétnica y pluricultural” (art. 1), reconociendo los derechos, entre otros, culturales de los pueblos indígenas (art. 171). En este caso tampoco se fundó una jurisdicción especial absoluta.

³³ Véase las Ejecutorias Supremas 1443-85 (Ayacucho) Delito de tráfico ilícito de drogas: errónea apreciación de los hechos art. 8 C.P. “El acusado por su escasa cultura, al ser solamente contratado para trasladar un paquete que contenía un kilo con setecientos treinta gramos de pasta básica de cocaína de un extremo a otro de un puente, ha incurrido en una errónea apreciación de los hechos a que se refiere el art. 87 del Código Penal, no siendo de aplicación los artículos 95 y 99 del acotado Código, estando a la forma y circunstancia en que se perpetró el ilícito penal”: 17-85 (Junín). Tráfico ilícito de drogas: error de derecho. “el sembrío de hojas de coca realizado por integrantes de una comunidad nativa (...) no puede reputarse delictual, por cuanto -siguiendo angustias tradiciones- utilizaban la coca para chacchar y desconocían que debían tener autorización para su cultivo”; entre otras.

³⁴ “En los Estados en donde existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo a tener su propia vida cultural a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

V. OPCIONES DOGMÁTICO PENALES DE INTEGRACIÓN (ERROR E INIMPUTABILIDAD PENAL) VS. OPCIONES ANTROPOLÓGICO JURÍDICAS DE PRESERVACIÓN (PLURALISMO JURÍDICO)

Tal como hemos podido apreciar, respecto de los desarrollos legislativos (tanto de orden penal como constitucional) así como el que corresponde a su adecuación a las posibles soluciones argumentadas respecto al problema de la diversidad cultural en el Derecho Penal, las soluciones por las que ha optado el Derecho Penal con perspectiva integradora ya sea de base occidentalizadora, asimiliacionista o tolerante han ido en doble perspectiva: inimputabilidad, error y causas de justificación. También una de orden antropológico-jurídico (el pluralismo jurídico). En adelante vamos a analizar las propuestas -de estricto orden jurídico-penal, que por su importancia merecen mayor atención: inimputabilidad y error, así como la que corresponde al pluralismo jurídico. Las que se refieren a las causas de justificación las vamos a dejar para luego en tanto que estas propuestas han surgido más bien para problemas de disidencia valorativo-cultural respecto de la validez de la norma en abstracto y la penal en particular en Europa (como expresado por las denominadas "objeciones de conciencia" o la "delincuencia por convicción"³⁵. Todo ello, siempre, desde una perspectiva crítica.

5.1. *El error*.- El Perú es el único país que ha regulado el tema de la diversidad étnico-cultural bajo esquemas propios del error (art. 15 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 disminuída, se atenuará la pena"). Es por

todos conocido, por lo que tampoco me voy a detener aquí demasiado, que el error en el Derecho Penal es una conquista del siglo XX; más si lo vemos desde una perspectiva sistemática en donde podía haber error en la comisión de una infracción penal pero no por equívocos en la norma sino por equívocos en los hechos, pero no como algo lógico dentro de los criterios de evaluación del Derecho Penal sino trasladado a él desde otros sectores del derecho, como el Derecho Civil o la misma Teoría General del Derecho. Con esto se tenía por muy sabido e interiorizado el principio de origen romano del "*error iuris non excusat*", esto es, el desconocimiento de las normas legales no excusaba de su cumplimiento³⁶. Asimilándose por tanto, de acuerdo a las consecuencias que tanto el desconocimiento como el error propiamente dicho (equivocación), traían a colación respecto del actuar por desconocimiento o por equivocación del sujeto. 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 penal³⁷.

Actualmente los problemas de definición conceptual prácticamente han acabado, tanto los que respectan a su diferenciación con el error civil como de la Teoría General del Derecho y, también, respecto a su ubicación sistemática en la teoría del delito, antaño polémica por influjo del debate existente entre causalismo y finalismo (protegonizado entre otros por MERKEL, SAUER y WELZEL); quedando sólo a mi entender, cuestiones de contenido conceptual, como el referido que sucesivamente se van presentando en el Derecho Penal comunitario de base exclusi-

³⁵ Ver "in extenso" con amplia bibliografía incluida: PÉREZ ARROYO, M. Objeción de conciencia... Cit. p. 814 y ss. También: GARCÍA VITOR, E. Vid. Supra. nota "29". También, con amplia bibliografía: BAUDELLÉS ILLADÓS, Joan. La delincuencia por convicción. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, *passim*.

³⁶ Cfr. PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho civil. T. 1. La Norma Jurídica. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1957, p. 406.

³⁷ 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.

vamente económica o, como recientemente lo ha puesto en evidencia I SABORIT FELIP y NIETO MARTÍN respecto de los criterios de vencibilidad del error de prohibición³⁸.

Antaño, el sistema dogmático penal del *causalism*³⁹ fundamentó una teoría del error coincidente con el sistema de Derecho Civil y las máximas romanistas de la inexcusabilidad del desconocimiento del derecho revitalizadas, como se ha visto, por efecto del racionalismo de la Ilustración y la era de las codificaciones⁴⁰, extrapoladas sin mayores complicaciones y sin cuestionarse siquiera la especialidad de ambos órdenes normativos que aunque se acercaran mutuamente por efecto de los valores de la época debían ser distintos. Esos otros ámbitos, como en el caso del Derecho Penal y el error motivó una identificación entre error de hecho y de derecho, también, para el Derecho Penal.

Desde que en 1953 la Sentencia del BGH Alemán del 18 de marzo, en la que matuvo la obligación de otorgar relevancia al error de prohibición (antaño conocido como error de derecho y de cuya relevancia ya se venía discutiendo desde hacía unos treinta años), como exigencia del principio de culpabilidad, las cosas poco o nada han cambiado en términos de ubicación sistemática en la teoría del delito así como en su denominación. El error de hecho pasa a llamarse “error de tipo” (*tatbestandirrtum*) y el error de derecho pasa a llamarse “error de prohibición” (*Verbotenirrtum*). El primero se ubicaría en la tipicidad, destruyéndose lo que los causalistas llamaban “dolo malo”.

El dolo designa un conocimiento y voluntad en la realización de un hecho típico; por tanto ya no hay un “dolo malo” (conocimiento y voluntad del hecho típico y la antijuridicidad del hecho -pertenciente a los causalistas *neoclásicos*-) sino que es un “dolo natural”, por tanto, el *conocimiento de la antijuridicidad* integra un nivel categorial distinto a a la *tipicidad*, que es el de 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 de ven a nivel de la Teoría del error en el Derecho penal sino también en otros sectores de la Teoría del delito y de la imputación (*zurechnung objektiven*).

A nivel de la teoría del error en el derecho penal quedó muy acentada la diferencia de dos tipos de error: *el de tipo y el de prohibición*. En el primero de los casos, hay error de tipo cuando cuando la ignorancia o desconocimiento (base del error) versa sobre elementos fácticos o normativos que constituyen la infracción penal (en el CP español se regula en el art. 14.1 y 14.2 del CPE de 1995). En el segundo, hay error de prohibición cuando hay un desconocimiento de la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal. 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. 14.3 CPE de 1995).

Ahora bien, quedan dos menciones que hacer al respecto. Primero, la opción del “error de com-

³⁸ Vid. NIETO MARTÍN, Adán. *El conocimiento del derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Barcelona: Atelier, 1999, pp. 107 y ss.; I SABORIT FELIP, David. *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal*. Barcelona: Atelier. (Serie mayor), 2000, *passim*.

³⁹ Sistema dogmático y metodológico en relación a la teoría del delito que en las Ciencias penales fue introducida por LISZT y BEUING y que significó el nacimiento de la actual dogmática penal moderna en el sentido de estructurar al delito como un todo omnicompreensivo compuesto por partes o estructuras como son la *tipicidad*, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad*, cuya base es la acción (Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J. Ob. Cit. pp. 15 y ss).

⁴⁰ Vid. *Ur. Supra*.

⁴¹ Propuesta dogmática perteneciente a Eugenio Raúl ZAFFARONI (Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Política Criminal Latinoamericana. Perspectivas y Disyuntivas*. Buenos Aires: Hammaurabi, 1982, p. 51; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo IV. Buenos Aires: EDIAR. 1982, p. 191.; *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Lima: Ediciones Jurídicas, 1994. p. 550 y ss), fue discutida y aprobada en el seno de las comisiones de reforma del Código Penal de 1991 por obra de Raúl Peño Cabrera.

preensión culturalmente condicionado" del art. 15 del CP peruano ⁴¹ el cual a mi entender no constituye en sí una forma típica de error ⁴², por más que fija como criterio de vencibilidad "la cultura" del sujeto infractor, obligando al juzgador a absolver o, en su caso, atenuar la pena. Más bien creo difraza una fórmula un tanto peculiar de inimputabilidad que, como veremos más adelante, se define por sus dos aspectos; el intelectual (conocer y comprender la licitud) y el volitivo (comportarse de acuerdo a esta comprensión), lo cual me lleva a pensar que el legislador peruano sin querer ha pecado otra vez de etnocentrista, conforme 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.

En segundo lugar, como hemos visto, la base ontológica del error es siempre el desconocimiento o la equivocación; en suma error, sobre los elementos fácticos o normativos del tipo penal o sobre la licitud del injusto. En el caso de los sujetos infractores, condicionados por su cultura, de la norma penal ni se equivocan ni desconocen. Pueden perfectamente conocer pero no entender lo que se les quiere comunicar con la norma, no interiorizan el mensaje normativo de la norma penal. Actúan con pleno conocimiento y convencimiento de que su actuar es correcto y de acuerdo a sus parámetros culturales, incluso, exigibles. Por tanto, la opción del error tampoco creo es correcta.

5.2. La inimputabilidad.- Es claro que en la ciencia penal moderna existe consenso en considerar a

la inimputabilidad como una situación de capacidad de culpabilidad en cuya definición negativa de lo que vendría a ser la "imputabilidad" (diferente por cierto de la imputación, categoría ciertamente conflictiva ubicable más bien en los espacios del tipo del injusto y del desvalor de resultado de la antijuricidad ⁴³), concurren criterios centrales que a su vez definen una situación de "capacidad intelectual" y "volitiva". Esto es, poder *comprender* y *conducirse de acuerdo a esa comprensión* ⁴⁴. De aquí definiciones legislativas como incluso la española del CP de 1995: "art. 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 1. Los que a tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, *no puedan comprender la licitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*"

Esto sin duda trae a colación lo siguiente y es que las causales de la inimputabilidad son de orden siempre taxativos. No se pueden ir más allá de lo que la norma contempla para tales. En la legislación comparada casi siempre se presentan como causales el de la inmadurez psico-biológica (la minoridad penal), el trastorno mental; o como establece el CP español "anomalía o alteración psíquica grave". De tal forma que la alegación de la inimputabilidad como defensa deba pasar por un filtro muy delicado y no cualquiera pueda hacerlo con simple ánimo de defensa procesal ante la comisión de una infracción penal pues, incluso, su verificación en el proceso penal abre la puerta a otro sistema de privaciones de bienes jurídicos como son las medidas de seguridad ⁴⁵.

En Latinoamérica, los Códigos penales de Colombia (art. 96.3 CP Colombia), Bolivia (art. 17.5

⁴² Conforme lo reconoce la doctrina hoy dominante y sobre la cual no hay duda, incluso habiéndose regulado en ese sentido, tanto el "error de tipo" como el "error de prohibición" en el art. 14 del Código Penal Peruano de 1991: "El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena".

⁴³ Vid. BUSTOS RAMÍREZ & HORMAZABAL M. Lecciones de Derecho Penal. Tomo II, Madrid: Trotta, 1999, pp. 99 y ss.

⁴⁴ Vid. entre otros: AGUDELO B. *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá: Temis, 1986, pp. 25-26.

⁴⁵ Vid. Entre otros: SIERRA LÓPEZ. *Las medidas de seguridad en el CP de 1995*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997, pp. 20 y ss.

CP Bolivia) y la anterior legislación penal peruana de 1924 (art. 44 y 87 CP Perú) regularon como un estado de inimputabilidad absoluta o restringida, el caso de los indígenas amazónicos o de los indígenas andinos, respectivamente, que se veían involucrados en conflictos penales; notivando fuera de estas causales, en el caso peruano sobre todo, verdaderos criterios de atenuación genérica para los que sin actuar “salvajemente” o “semicivilizadamente”, demostraban estar condicionados por sus culturas ancestrales. La explicación a esta práctica legislativa y jurisprudencial la encontramos en dos niveles. Primero en rebuscar los fundamentos o criterios de que se sirvieron quienes construyeron estas normas y desde luego los fundamentos más allá de la sola norma penal. De un lado es muy visible la influencia de un *spencerianismo*, *darwinismo social* o *falso evolucionismo*. Esto es se construyó la idea de una sociedad en evolución en donde los estados de primitivismo, salvajismo, semi salvaje y civilizado le correspondían a las sociedades según la evolución de ellas. Evolución que presentada correctamente desde una perspectiva darwiniana correspondía más bien con cuestiones biológicas y no sociales, de allí que se diga de los criterios *spencerianos* de ser “falsos evolucionismos”⁴⁶. Esto sin duda constituye un etnocentrismo escandaloso del cual poco a poco nos vamos liberando en Latinoamérica. De otro lado, hay que buscar la idea de “minusvalía” del indio en la historia de la colonia española en Latinoamérica. La idea de

“A nadie se le puede exigir comportarse como no sabe o como no entiende dado que sus pautas culturales son abiertamente contrapuestas a las de la cultura oficial”

“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 y se asentó en la colonia española, considerando al indio como una especie de “niño grande”. La fuente es el Derecho Romano y se pone en vigencia en la Colonia por obra de los escritos 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”⁴⁷; y sobre todo de BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, siendo éste 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 Iglesia⁴⁸. Dicha noción de miserabilidad pro-

viene 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*» quiere decir, en este contexto, *hombre digno de compasión*.

Vemos pues que este es un lastre que aún hoy cargamos en Latinoamérica en donde la situación de discriminación racial y cultural conduce a una polarización a veces trágica de la sociedad

⁴⁶ Vid. PÉREZ ARROYO, M. *Error, culpabilidad y diversidad cultural*... Cit. p. 165 y ss.

⁴⁷ Vid. VITORIA, Francisco. *Reelecciones sobre los indios*. Buenos Aires/México: Espasa Calpe, Colección Austral, 1947, p. 110: Cfr. GONZÁLEZ MANTILLA, Gorki. *La consideración jurídica del indio como persona en la Colonia (siglo XVI)*. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho. Lima: PUCP. 1995. p. 102.

⁴⁸ 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, Año XXII, Nº 35/36. 1999-1, pp. 29-103. Una posición contraria y discrepante lo trabaja CASTENEDA 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.

lo cual alguna vez en la historia del Perú, por ejemplo, llevó a pensar de él como “una República de indios” y otra de “blancos”⁴⁹.

5.3. *El pluralismo jurídico o legal*. - En este caso quizás más bien debamos partir desde postulados antes que meramente antropológico jurídicos, de postulados criminológico críticos. Contienen entre su postulados la idea de que el derecho en tanto manifestación concreta de una cultura también está afectado por la pluralidad, por la diversidad. Por tanto, en una sociedad en donde la pluralidad étnico-cultural es importante, como sucede con el caso de las sociedades latinoamericanas, existe también un pluralismo jurídico, co-existente órdenes normativos paralelos que según sostienen, el Estado debe respetar⁵⁰. En Latinoamérica lo sostienen los citados como preservacionistas⁵¹. Es sin duda un planteamiento radical de preservacionismo y peca de romántico y falta de coherencia sistémica y metodológica perdiéndose incluso entre sus propios y férreos esquemas ideológicos que desconoce incluso lo dinámico de la cultura y la necesidad de estructurar sistemas compartidos y de base integradora en donde, como dijimos antes, aún en esa integración se debe respetar la diferencia; no al revés, como proclaman estos, mayor diferencia y mayores cuotas de autonomía⁵².

VI. TOMA DE POSICIÓN

Esta pronta toma de posición la elaboré, meridianamente, al respecto de este mismo tema en un trabajo anterior en 1996⁵³. Aunque los elementos dogmáticos de juicio aún no han sido acabados pues aún los vengo trabajando me voy a aventurar ahora a dar mi visión de ese entonces, reservándome más avances de hoy para un trabajo posterior que estoy en proceso de finalización. Mi opción de salida a este problema es, por un lado, el de la inexibilidad de otra conducta por condicionamiento cultural determinante: a nadie se le puede exigir comportarse como no sabe o como no entiende dado que sus pautas culturales son abiertamente contrapuestas a las de la cultura oficial. Este criterio es más válido para las sociedades latinoamericanas⁵⁴. Para las sociedades occidentales con problemas de migración mi opción de salida, también integradora-asimilacionista, es el de la *renuncia de la pena por innecesariedad*; lo que el Derecho Penal alemán denomina, aunque con criterios de Derecho penal de oportunidad, “*absehen von Strafe*”⁵⁵ y que cuyo contenido se redefiniría, para el tema que nos ocupa, sobre la base de criterios político-criminales de “necesidad y merecimiento de pena”⁵⁶. Criterios cuya incidencia sobre la teoría del delito y especialmente sobre la responsabilidad penal, conformado entre otros elementos por la culpabilidad -como limitativo de la pena- (en el lenguaje de ROXIN), en

49 Vid. BALLÓN AGUIRRE, F. Etnia y represión penal. Lima: CIPA, 1989, p. 20 y ss.

50 Cfr. BOAVENTURA DE SOUSA, Santos. “El pluralismo jurídico. Una entrevista”, en, *Desafaciendo entuertos*, Lima: CEAS, octubre de 1994. Entrevista en Oñati. España realizada por Raquel Irigoyen Fajardo, pp. 27-31; Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos. “Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas”, en, *El otro derecho*, Bogotá: Themis, 1991, N° 7 (enero), pp. 29-46.: Cfr. ENGLE MARRY, Sally. “Legal Pluralism”, en, *Law and Society Review. The Journal of the Law Society Association in Review*, V. 22 N° 5, pp. 869-896: Vid. PÉREZ ARROYO, Miguel, *Error, culpabilidad y diversidad ...* Cit. 1996, p. 220 y ss.

51 Vid. *Ut. Supra*.

52 Una crítica al respecto muy polémica en su momento y que aún vengo trabajando fue expuesta en su momento en: PÉREZ ARROYO, M. *Error, culpabilidad y diversidad ...* Cit. 1996, p. 229 y ss.

53 *Ibidem*.

54 Vid. *Ibidem. Passim...*, esp. p. 220 y ss.

55 Aquí el Estado renuncia a la pretensión de la imposición de la pena renuncia en contra del procesado, “cuando la aplicación de dicha pena sería errónea puesto que las consecuencias del delito son, de por sí, aún más graves para el reo”: *Absehen von Strafe* (60 StGB alemán: “Das Gericht sieht von Strafe ab, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, daß die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre...”). Los primeros antecedentes de esta fórmula perflito criminal, sin embargo, hay que reconocerlo en el *proyecto de reforma penal de 1909 (Entwurf von 1909)*; accediendo al Derecho Penal positivo alemán por obra de la Ley de 28 de junio de 1935 (para casos, en principio, en donde la renuncia a la penal parece justificarse en función a la “insignificancia o bagatela del delito”). Recién el Proyecto Alternativo de 1969 contuvo una fórmula genérica en este sentido (58 Alternativ Entwurf): fórmula utilizada de modo creciente por el legislador alemán, tal como recuerda JESCHECK (Cfr. *Derecho Penal*. P. G. Trad. Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 776-777).

56 Al respecto revisar, entre otras, la obra colectiva coordinada por SCHUNEMANN - FIGUEREIDO DIAS & SILVA SANCHEZ: “Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal” (Vid. SILVA SANCHEZ, JM. [Coord. ed. española]. *Fundamentos de un Sistema europeo del Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: Bosh, 1995: especialmente los trabajos de: SILVA SANCHEZ. MIR PUIG. MOCCIA. LUZÓN PEÑA. ROMANO. DA COSTA ANDRADE, SCHUNEMANN).

medio de valoraciones político criminales de prevención -como la de la teoría de los fines de la pena- así como también de los antes aludidos de "necesidad y merecimiento de pena"⁵⁷, tienen en la actualidad especial importancia; lo cual, desde Alemania desde 1970, nos viene enseñando en un tono más que innovativo el Profesor ROXIN⁵⁸.

A ambos criterios de solución dogmático-penales con-

curren criterios también dogmáticos de tipo preventivista o de Derecho Penal preventivo en donde como sostiene MIR PUIG *no se puede castigar lo que antes no se ha podido prevenir*⁵⁹ y la prevención tiene una serie de baremos político criminales y sociales que alcanza, a mi entender, niveles de corresponsabilidad social y del Estado en la inserción de las minorías o, como es el caso de los países latinoamericanos, del respeto de las mismas. De

⁵⁷ Cfr. ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas. 1997. pp. 791 y ss.

⁵⁸ Vid. ROXIN, C. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, *passim*. Trad. al español por MUÑOZ CONDE, F. (*Política criminal y sistema de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1972, *passim*...).

⁵⁹ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 49.