

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



LA CULTURA EN LA FORMACIÓN DE LA NORMA PENAL

Análisis de la inimputabilidad cultural propia de las comunidades indígenas que deslegitima la intervención del Derecho Penal Estatal

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO PENAL

AUTORA

Elsa Jessica Sofia Calvo Daza

ASESOR

Iván Fabio Meini Méndez

Lima, 2020

INDICE

RESUMEN.....	3
Introducción	4
CAPÍTULO I	17
1. El problema del reconocimiento de la diversidad cultural.....	18
1.1. Sociedad.....	20
1.2. Cultura	24
1.3. Estado.....	27
2. El valor de la cultura en un Estado constitucional de derecho	28
2.1. La Dignidad como fundamento y límite del ejercicio de derechos	30
2.2. La cultura dentro de un Estado constitucional de derecho	31
CAPÍTULO II	34
1. Derecho Penal y cultura.....	35
1.1. La norma social y la norma de determinación	35
1.2. Cultura y el mensaje de determinación	39
2. Posturas en torno a la valoración de la cultura en la Teoría del delito	41
2.1. Error de prohibición.....	42
2.2. Ejercicio legítimo de un derecho	46
2.3. Causas de justificación: Legítima Defensa – Estado de necesidad	49
2.4. Inimputabilidad	51
CAPÍTULO III	57
1. Diversidad cultural como supuesto de inimputabilidad.....	58
1.1. Inimputabilidad como ruptura de la comunicación normativa.....	58
1.2. Consideraciones en torno a la inimputabilidad cultural.....	63
1.3. La naturaleza del artículo 15 del código penal	68
1.4. Argumento sistémico a favor de la inimputabilidad cultural prevista en el artículo 15 del CP.....	73
CAPÍTULO IV	76
1. Alcances del factor cultural en la legitimidad de la intervención del derecho penal.....	77
1.1. El tratamiento de un inimputable cultural a la luz del principio de mínima intervención	78
1.2. Escenarios de conflicto cultural-penal	80
Conclusiones	86
Bibliografía.....	87

RESUMEN

La cultura como derecho fundamental requiere ser revalorizada y un Estado Constitucional de Derecho como el peruano no solo debe garantizar su reconocimiento sino su respeto en las diferentes esferas de organización. La presente investigación desarrolla un punto medular del amplio problema que es la diversidad cultural en el ámbito del derecho penal. Puntualmente, se analiza cuál es la influencia de la cultura en la formación de la norma penal y de allí su importancia para legitimar la acción del Estado a través del sistema penal.

Así, en un primer momento se explica cómo la cultura es un elemento que influye en la comprensión del mensaje de determinación de la norma penal y, en esa medida, condiciona la imputabilidad de un sujeto, evidenciándose cómo ello genera que la cultura del sujeto activo de un ilícito sea, en principio, lo que legitime la intervención del derecho penal.

La investigación en un primer momento es descriptiva pues expone postulados teóricos importantes acerca de la sociedad, el Estado y la cultura, para entender su interrelación y, a partir, de ello valora la relevancia de la cultura en la norma penal, construyendo la figura de la inimputabilidad cultural con sus respectivas características. En este extremo, se desarrolla una crítica constructiva del artículo 15 del Código Penal y, al final, se evidencia los diferentes escenarios que se puede encontrar cuando un indígena comete un delito, resaltando que al demostrar su inimputabilidad cultural bajo ningún supuesto se puede alzar contra aquél el sistema penal.

Introducción

El presente trabajo de investigación versa sobre cuál es la relevancia de la cultura en la formación de la norma penal y cómo ésta trasciende en la legitimidad (o no) de actuación del derecho penal. Ello exige, en principio, tomar postura sobre diversos conceptos, como cultura, sociedad, Estado, norma penal, derecho penal, entre otros, pues se requiere entender el alcance individual de cada uno de estos conceptos y cómo se interrelacionan entre sí, para afirmar la importancia de la vinculación de la cultura con la norma penal y de ésta con el derecho penal.

En ese sentido, es importante advertir la acepción de cultura con la que se desarrolla la presente investigación. En la actualidad la amplitud y variedad de conceptos de cultura remiten a pensar incluso en la cultura hip-hop, afroamericana, latinoamericana, de inmigrantes, entre otras. Siguiendo a BOAS, la cultura “puede definirse la cultura como la totalidad de las reacciones y actividades mentales y físicas que caracterizan la conducta de los individuos componentes de un grupo social, colectiva e individualmente, en relación a su ambiente natural, a otros grupos, a miembros del mismo grupo, y de cada individuo hacia sí mismo. También incluye los productos de estas actividades y su función en la vida de los grupos”¹. Es de precisar que esta visión de cultura es más acorde a los conceptos que se manejan y procuran defender dentro de un Estado constitucional de derecho, para el cual no existe una cultura más o menos civilizada que otra, sino que simplemente existen culturas diferentes.

Sin embargo, es de aclarar que en este trabajo, al hacer referencia a la cultura, se hace referencia a aquella que está íntimamente relacionada a la etnicidad, territorio y antigüedad

¹ Cfr. BOAS, Franz, *The Mind of Primitive Man*, Revised edition - The Macmillian Company, the United States of America, 1938, p. 159 (traducción libre).

de un pueblo². Para ser más precisos y evitar posteriores confusiones, se trabaja con base en la cultura propia de las comunidades indígenas del Perú -sin olvidar la diversidad que existe entre estas- y desde la perspectiva mesurada del relativismo cultural³.

Sin perjuicio de lo señalado, la cultura es reconocida como un derecho fundamental de todas las personas, pues se considera que se encuentra íntimamente relacionada a la dignidad como cualidad intrínseca de la condición humana. Así, a nivel colectivo, las distintas manifestaciones del derecho a la cultura se aprecian mediante la forma como se han concebido las artes, el lenguaje, los modos de vida colectivos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias en las diferentes sociedades del mundo⁴.

Ahora bien, se debe tener presente que la cultura concebida como el conjunto de valores, creencias, manifestaciones, etc. pertenece o es propia de algo o alguien identificado: la sociedad. La sociedad es entendida aquí como el conjunto de personas que tienen algo en

² Es necesario advertir que el desarrollo de la presente investigación reside en la aplicación del derecho penal en supuestos de poblaciones de culturas minoritarias –cuantitativamente-, autóctonas u originarias. En contraposición con los inmigrantes, pues si bien son grupos culturalmente diversos, pero surgidos dentro de las dinámicas de conformación nacionales, no tienen historicidad ni territorialidad previas a la conformación de los Estados nacionales, aunque ciertamente tienen derecho a la reproducción de su diversidad dentro de Estados multiculturales. De allí que los pueblos autóctonos no pueden ser catalogados como minorías dentro de una situación de multiculturalismo. Cfr. BARABAS, Alicia M., “Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina: la presencia de los pueblos originarios”, *Configurações Revista de sociologia*, N° 14, Open Edition Journals, 2014, visto en: <https://doi.org/10.4000/configuracoes.2219>. En idéntico sentido Guzmán Dálbora, citando a Basile: “Los grupos de inmigrantes aspiran más bien a la conservación de algunas de sus propias características culturales y a una adaptación de las instituciones y de las leyes del Estado de acogida, que les haga más cómoda la participación en la vida pública de dicho Estado”, a diferencia de las minorías nacionales autóctonas que “prefieren quedarse como sociedades distintas al lado de la cultura mayoritaria y piden formas de autonomía y autogobierno con el fin de asegurarse la supervivencia como sociedades distintas”. Véase GUZMÁN DÁLBORA, José L., “Derecho penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político”, *Revista de derecho penal y criminología*, N° 11, UNED, España, 2014 p. 96, visto en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5271383>

³ Resulta pertinente adelantar que se reconoce que la norma jurídica –entendemos en ellas las penales- se construyen respondiendo a los sentidos aportados por el relativismo cultural. Es decir, se generan en el seno de una cultura particular y es en esa medida vinculante a esta cultura sociedad determinada. Cfr. CREUS, Carlos, “La nueva filosofía y la Filosofía del Derecho”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Universidad Castilla de la Mancha, España, 2001, p. 181

⁴ Cfr. “Informe Final”, *Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales*, México D.F., 1982, p. 8 visto en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000052505_spa

común: eso que denominamos cultura. En ese sentido, la cultura es una parte ineludible de una sociedad, no pudiendo existir una sociedad sin cultura. Una determinada cultura es intrínseca a una sociedad en específico y determina los valores bajo los cuales ésta se forma y mantiene sus estructuras sociales.

En ese sentido, vamos advirtiendo cómo una determinada sociedad crea sus sistemas de funcionamiento, entre ellos el sistema jurídico, en función a los patrones culturales que la dominan. Por ello, para entender los orígenes del sistema jurídico de una sociedad, se debe conocer previamente su cultura.

Como se señaló, cada sociedad -que cuenta con una cultura específica- crea sus sistemas de manera particular como, por ejemplo, su sistema jurídico penal. Así, el sistema jurídico penal, de la sociedad A no necesariamente se corresponde en su integridad al sistema jurídico penal de la sociedad B. Lo señalado no genera mayor dificultad si nos situamos en un imaginario en el cual estas sociedades jamás se interrelacionan, sin embargo, ello no es así en la realidad.

En el mundo real, las diferentes sociedades, por distintos factores, confluyen (por ejemplo, la globalización genera que la denominada sociedad occidental explore o invada territorios inhóspitos, o habitados por nativos, que forman parte de una sociedad y cultura diferente, y se evidencia un problema todavía mayor: diferentes sociedades, con culturas diferentes, comparten un mismo espacio geográfico, que abarca un solo Estado, el cual erige sus instituciones con base en una sola cultura, aquella que se considera dominante, principalmente por ocupar un estrato superior a nivel económico, político y social⁵. Al

⁵ Al respecto, Arias Guerrero citando a Cuche, precisa la dicotomía de cultura dominante y dominada, no se sustenta naturalmente en que una cultura sea superior a otra, sino que existen sociedades que conviven en un mismo espacio y están en situaciones asimétricas de poder; por lo que ejercen dominación sobre otros menos favorecidos. GUERRERO ARIAS, Patricio, *La cultura: estrategias*

respecto, el Estado es entendido aquí como una organización jurídico - política capaz de imponer la autoridad de su ley en sus dominios –territorio-.

Así, puede encontrarse escenarios donde un sujeto de la cultura “A” se ve inmerso en la cultura “B”, surgiendo el cuestionamiento de si es legítimo o no que se pueda imponer a un sujeto culturalmente diferente reglas de una cultura que no conoce o reconoce como suya y, peor aún, si es o no legítimo castigar a un *extraneus* cultural bajo los parámetros de una cultura diferente a la suya.

Como se puede advertir, la cultura de una sociedad influye directamente en cómo un individuo de esa sociedad percibe el mundo. Así, desde que un sujeto nace moldea su comportamiento en función a lo aprendido en su cultura, discerniendo lo bueno de lo malo solo en función a la escala de valores que conoce, fijando los límites de su comportamiento conforme lo enseñado en su sociedad.

Por tanto, es importante advertir que cada sociedad (individuos en interacción) cuenta con una cultura particular, que define los valores que considera fundamentales y prohíbe su transgresión y, en razón de ello, se crean normas sociales que van moldeando el comportamiento de los individuos que la componen, indicando qué está bien o mal para una sociedad.

Sin embargo, la naturaleza conflictiva de la sociedad hace que siempre existan supuestos en los que las normas sociales resultan insuficientes en la socialización de un individuo y, en consecuencia, estos quebrantan el orden establecido. Es en estos supuestos que entra en

conceptuales para entender la identidad, diversidad, alteridad y la diferencia, Abya – Yala, Quito, Ecuador, 2002, p. 65

acción el sistema penal, mediante las normas penales⁶, reforzando los valores que se pretenden mantener mediante las normas sociales.

En ese sentido, se puede afirmar que el sistema penal, dentro de una sociedad, cumple una función de control secundario, es decir, actúa cuando los demás mecanismos de control resultan insuficientes para sostener los valores que fundan a una determinada sociedad. Lo señalado está en relación directa con el principio de mínima intervención del derecho penal. Es importante tener presente ello, pues una intervención penal sin la existencia de controles previos sería abusiva.

Como se puede notar, existe una directa relación entre cultura, sociedad, Estado, norma penal y derecho penal y, por tanto, resulta inevitable que la cultura influya en la norma penal y condicione su entendimiento. Si esto es así, resulta previsible el surgimiento de conflictos normativos cuando determinados comportamientos no son valorados de la misma manera por diferentes culturas cuando éstas se interrelacionan, más aún cuando a nivel territorial y normativo existe un favorecimiento implícito solo a una cultura –cultura dominante–.

Sin embargo, cuando se piensa en la configuración de un delito y en el reproche social que implica su sanción, pocas veces se analiza, en principio, al sujeto infractor y el contexto en el que la acción se realiza. Basta con verificar la inexistencia de problemas de discernimiento o de capacidad intelectual, para determinar que la persona cumple con la categoría de la imputabilidad propia de la culpabilidad y con ello se tiene por justificada inicialmente la imposición de una pena.

Fuera de estos supuestos, es difícil proyectar las leyes teniendo en cuenta como sujeto

⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte General*, 7ma edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 29 – 31; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, España, 1985, pp. 31 - 37

infractor a quien, pese a desenvolverse en el mismo territorio (en términos de soberanía) cuenta con una cultura distinta y no logra comprender la ilicitud de su actuación o, pese a comprenderla, justifica sus actos en virtud de una escala de valores diferente a la del Estado que ejerce la potestad punitiva; asimismo, no se reflexiona que el derecho penal, en estos supuestos, actúa como una norma creadora de un valor antes no advertido por el infractor - sujeto indígena- y, por tanto, no sería legítima su intervención.

Aquí se está frente a una situación que considera como delictivo el comportamiento de un sujeto perteneciente a una cultura minoritaria, por no corresponder con las actuaciones respaldadas por la cultura dominante y que resulta compartida por el Estado⁷.

En este supuesto, se califica como infracción penal el quebrantamiento de una norma que encuentra correspondencia y es regulada por un determinado grupo de personas, en una sociedad que goza de un reconocimiento mayoritario y dominante, a pesar de que el individuo que despliega el acto y a quien se le atribuye la comisión de la infracción, tiene una cultura diferente y minoritaria a aquella que da origen a la regulación.

La razón del problema

Es importante profundizar en el análisis del problema señalado, pues la cultura es un derecho fundamental cuyo reconocimiento no fue una tarea sencilla, a pesar de lo cual hoy es reconocido tanto a nivel internacional como nacional.

En el ámbito internacional, el derecho fundamental a la cultura evolucionó paulatinamente y estuvo ligado al reconocimiento de otros derechos como el derecho a la identidad, la

⁷ DE MAGLIE, Cristina, *Los delitos culturalmente motivados, Ideología y modelos penales*, Marcial Pons, Barcelona, 2012, p. 68.

personalidad y la autonomía cultural⁸. Uno de los reconocimientos más importantes que existe a nivel internacional, por su especificidad, es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, del 13 de setiembre del 2007. Asimismo, a nivel nacional, la protección a la diversidad cultural se encuentra principalmente en los artículos 2, incisos 1 y 19; 17; 48 y 149 de la Constitución Política del Perú. Asimismo, en cuanto a normas de menor rango, se tiene la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, Ley N° 28736, entre otros instrumentos.

Ahora bien, es importante tener claro que todo Estado constitucional de derecho trae consigo obligaciones, como las de regular y garantizar el efectivo ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, entre estos el de la cultura. Sin embargo, en la práctica, frente a la diversidad cultural coexistente dentro de un mismo territorio –es el caso del Perú, Chile, Colombia, Argentina, entre otros-, el disfrute de la cultura como derecho fundamental se manifiesta desde hace tiempo como un problema no solo regional sino presente a nivel universal, que se agudiza con el fenómeno de la globalización.

El reconocimiento del derecho a la cultura en el marco de un Estado constitucional de derecho –como el peruano- conlleva necesariamente a abordar el tema desde dos ámbitos: por un lado, se debe consolidar la importancia de la distinción de cada cultura, entendida como aquellas características materiales e inmateriales de una determinada sociedad, y asimismo garantizar y defender la diversidad; es decir, no basta reconocer la diversidad cultural, sino que resulta fundamental defenderla. Por otro lado, es importante hacer notar

⁸ El derecho al respeto de la personalidad cultural de los países y el derecho de cada Estado a desenvolver, libre y espontáneamente, su vida cultural se aprecian en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, UNESCO de 1966; el derecho de los pueblos a su desarrollo cultural mediante el Pacto de San José de Costa Rica en 1969, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración de México sobre las políticas culturales, del 6 de agosto de 1982.

que esta defensa debe darse en referencia a las propias comunidades indígenas y no a la cultura dominante. El respeto por las comunidades indígenas debe radicar en su calidad humana y su derecho a la libre determinación y no en función a ser parte de la riqueza cultural o histórica de un determinado país –como el Perú-.

En ese sentido, se debe reconocer que la defensa efectiva de la cultura propia de las comunidades nativas no es suficiente y representa grandes problemas al Estado. La efectiva puesta en práctica de garantías y defensas de la diversidad cultural requiere en principio que los Estados reflexionen acerca del alcance y los límites de algunos valores que configuran el orden internacional y nacional, como es el caso de la democracia, la tolerancia y el pluralismo.

En esta línea, todo Estado que se precie de ser democrático –como el Perú- debe atender no solo al reconocimiento sino también al ejercicio del derecho de hombres y mujeres a desarrollar y defender su cultura, generando institucionalmente una esfera normativa óptima para el ejercicio libre y pleno de derechos de la totalidad de sus habitantes⁹. Sin embargo, la pregunta es bajo qué estructura y qué límites se permite la convivencia armónica de la diversidad.

Es en ese sentido, luego de desarrollar la importancia de la cultura en la formación de la norma penal, a continuación se analiza cómo se valora actualmente la cultura dentro del ordenamiento jurídico penal, específicamente analizando el artículo 15 del Código Penal¹⁰,

⁹ Es de esta opinión autores como Borghi, quien señala que “La protección de los derechos culturales; desde los límites del modelo suizo hasta la formulación de una declaración universal”. Cfr. BORGHI, Marco, *Derechos Culturales*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. 15. Asimismo, Hernando señala que “no puede hablarse de una sociedad plural auténticamente democrática si es que no es capaz de reconocer a los grupos étnicos o culturales -normalmente minoritarios- que la componen.” Cfr. HERNANDO NIETO, Eduardo, “¿Derechos culturales u Obligaciones naturales?”, *Ius Veritas*, N° 22, Asociación Ius et Veritas, Lima, 2001, p.347-358, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6083190>

¹⁰ “Error de comprensión culturalmente condicionado

que regula el supuesto de un sujeto con patrones culturales diferentes a los de la cultura dominante, que realiza un comportamiento no adecuado al contexto normativo de dicha cultura¹¹.

En una primera aproximación, que luego es profundizada en el trascurso de esta investigación, esta regulación normativa de la cultura se genera en función a un núcleo inamovible de la cultura dominante, lo que origina, a su vez, la pregunta acerca de si esta política criminal y judicial es realmente respetuosa o solo relativamente tolerante con las culturas minoritarias. Así, afirmar un auténtico respeto y vigencia de la cultura en un Estado constitucional de derecho como el Perú, que normativamente reconoce su diversidad cultural y la libre determinación de los pueblos indígenas, genera dudas

Al respecto, es de indicar que la bibliografía sobre el tema resulta controversial al definir la naturaleza jurídica de la citada norma, pues existen diversas posturas al respecto. Una de estas considera al citado artículo como un supuesto particular de error de prohibición¹², de hecho siguiendo la redacción de nuestro código penal parece ser esa la opción avalada por nuestro legislador. Asimismo, otros consideran que esta norma es una causa de justificación¹³ e inclusive se afirma que se trata de un supuesto de inexigibilidad de otra conducta por condicionamiento cultural diferido¹⁴; por último, encontramos aquella posición

Artículo 15.- El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.”

¹¹ MEINI MÉNDEZ, Iván F. “Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal”, *Derecho PUC – Revista de la facultad de Derecho*, N° 60, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p.18.

¹² Al considerar al antecedente normativo inmediato de la norma en la propuesta de ZAFFARONI, Eugenio R. en: *Política criminal Latinoamérica: perspectivas, disyuntivas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982, p. 30.

¹³ GARCÍA VITOR, Enrique, “Culturas Diversas y Sistema Penal”, *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 155 – 157

¹⁴ PÉREZ ARROYO, Miguel, “Derecho penal y diversidad cultural”, *Cuaderno de Política Criminal*, N° 72, Edersa, Madrid, 2000, p. 767.

que la considera como un supuesto de inimputabilidad¹⁵.

Para poder indagar por la interpretación más acorde con un sistema democrático de derecho que respeta la importancia de la cultura en la formación de la norma penal, se debe tener presente la importancia que se brinda a la cultura dentro de la formación del sistema penal.

De antemano, con las precisiones dadas hasta este punto, es posible tentar una respuesta partiendo de la teoría que considera al artículo 15 del Código Penal como un supuesto de inimputabilidad, pues se entiende que la imputabilidad es la capacidad de la persona para conocer y comprender la naturaleza del hecho, su licitud o no, y, auto determinarse de acuerdo con esa comprensión¹⁶; a partir de ello se tiene que la imputabilidad de una persona depende de la capacidad que posee para comprender una norma y esa comprensión depende de su cultura.

Es importante advertir que el origen de la inimputabilidad prevista en el Art. 15CP dista de las demás que obedecen a ficciones jurídicas (mayoría de edad) o desórdenes e incapacidades mentales; aquélla se sostiene en una diferencia cultural, por tanto, no se hace referencia a una deficiencia de socialización, sino simplemente a una socialización diferente, que no es mejor o peor, y que debe ser respetada.

Así, una determinada cultura, con su propio esquema de valores, genera en primera instancia

¹⁵ MEINI MÉNDEZ, Iván F. "Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal", *Derecho PUC – Revista de la facultad de Derecho*, N° 60, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007. pp. 33-42, HURTADO POZO, José, "Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?", *Anuario de Derecho Penal: Aspectos fundamentales de la parte general del Código penal peruano*, 2003, p. 3. Recuperado a partir de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_15.pdf

¹⁶ PÉREZ MANZANO, Mercedes/Cancio Meliá, "Capítulo IV: Principio del Derecho Penal", *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p.96; ZARATE CONDE, Antonio, *Derecho Penal – Parte General*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2019, p. 165; DONNA, Edgardo Alberto, "Capacidad de culpabilidad o imputabilidad", *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 3, N° 1, Argentina, 1998, p. 9

las normas sociales que rigen su comportamiento –limitan sus libertades-; en función a estos valores se establecen bienes jurídicos y la dimensión de los mismos. En consecuencia, en función a la cultura se define qué acciones que afectan estos valores son sancionadas inclusive a través de un sistema penal. En la misma línea y atendiendo al carácter subsidiario del derecho penal, se prevé que la intervención de un sistema penal solo es válida si responde al quebrantamiento normas sociales previas, propias de una cultura.

Ese contexto plantea dos escenarios. El mejor de ellos es un Estado que, pese a su diversidad étnica, comparte en general un mismo patrón cultural, con los mismos valores y en consecuencia las mismas limitaciones en su libertad de actuar, lo que hace que una determinada acción sea reprochable para todos los habitantes de ese Estado. Sin embargo, como se refirió previamente, el Perú no alberga una sola cultura sino muchas, en las cuales no se mantiene la misma escala de valores que es conocida y reconocida por la mayoría, sino otras diferentes. En ese sentido, en un segundo escenario, un miembro de una comunidad indígena solo es imputable bajo el sistema penal en la medida que el bien jurídico afectado acoja en sí mismo un valor propio de su cultura.

El segundo escenario lleva al supuesto en el que pensó el legislador cuando redactó el artículo 15 del Código Penal. Sin embargo, se descuidaron algunos aspectos sustanciales para el respeto de la cultura como derecho fundamental y la imposición del derecho penal como un sistema legítimo contra estos individuos. Es por ello que en la redacción del citado artículo se considera la diferencia cultural como un error e inclusive se considera el supuesto de ser evitable.

Como se viene apuntando, es razonable afirmar que la cultura incide en la graduación de la imputabilidad de un sujeto, en función de qué bien jurídico afecta y cómo.

El proceso que implica resolver y justificar que la cultura es fundamento de una norma de

determinación y en esa medida influye en la comprensión del mensaje contenido en la norma penal, condicionando su grado de imputabilidad y, por tanto, la intervención o no del sistema penal, evidencia la posibilidad de diferentes escenarios, dos de ellos –ya señalados-:

a. **Coincidencia en valores culturales:** Cuando un individuo de una cultura diferente afecta un bien jurídico que tanto en su cultura como en la imperante es valioso. Es decir, en ambas culturas existe un mismo valor que se traduce en la protección de ese bien jurídico y, en consecuencia, al ser transgredido se espera que en ambas culturas exista una sanción.

b. **Conflicto en valores culturales tolerables:** Este supuesto se genera cuando un individuo de una cultura diferente a la predominante, afecta un bien jurídico protegido por el sistema oficial a través de normas sociales que son reforzadas por los tipos penales del Código Penal. Sin embargo, esa afectación es tolerable pues debe entenderse que en esta otra cultura, la afectación realizada no constituye el menoscabo de un bien jurídico y, en consecuencia, de un valor propio de esa cultura, el cual previamente es enseñado y afirmado por sus normas sociales.

Lo primero y más razonable que puede pasar ante un escenario como el segundo descrito es que el sistema penal predominante se abstenga, pues quien quebrantó la norma oficial y afectó un bien jurídico no lo hizo de manera consciente pues, para este individuo dicha afectación, conforme a su cultura, no es típica o constituye una legítima defensa o un estado de necesidad.

Y un tercer escenario, que es importante reconocer, pues en él se resguarda el núcleo de valores inamovible de los países occidentales es el siguiente:

c. **Conflicto en valores culturales intolerables.** En este supuesto, al igual que en el anterior, un individuo de una cultura diferente a la predominante afecta un bien jurídico de

dicha cultura, sin embargo, aquí no basta considerarlo inimputable y por tanto corresponde la abstención del sistema penal.

Existen vulneraciones a bienes jurídicos, como la vida o aquellos relacionados a derechos fundamentales de niños y adolescentes, que no pueden ser toleradas por el Estado, ni siquiera atendiendo a la cultura. En este caso, si bien no puede activarse el sistema penal en contra del individuo, pues por más reprochable que sea la conducta aún se le considera inimputable, es necesario que el Estado tenga una vía alterna de acción, similar al proceso de seguridad, con base en la peligrosidad del sujeto sin descuidar el factor cultural.

La complejidad de este punto, amerita un trabajo de investigación independiente, por ello solo es de interés resaltar que incluso en estos supuestos, el sujeto infractor resulta inimputable y por tanto no se requiere la intervención del sistema penal ordinario.

La cultura de un individuo configura un supuesto de inimputabilidad frente a la comisión de un determinado delito, pero no necesariamente frente a todo el ordenamiento penal y ello debe ser respetado con base en su cultura. Es de advertir que esto no debe constituir una vulneración al principio de igualdad ante la ley, por el contrario, es una interpretación acorde a la Constitución.

Una idea central que aquí se defiende es que la cultura es un elemento fundamental que influye en la comprensión del mensaje contenido en la norma penal condicionando el grado de imputabilidad penal del sujeto en función a un delito en concreto y ello legitima *prima facie* la intervención o no del sistema penal.

CAPÍTULO I

El primer capítulo de esta investigación tiene como objetivo determinar cuál es la importancia de la cultura en la formación de la norma penal, para poder entender cómo la cultura influye en la comprensión del mensaje de determinación.

En ese sentido, en la primera parte se analiza conceptos como cultura, sociedad, Estado, y se muestra cuál es el problema que se genera en su interrelación. Las bases de una posible respuesta se sustentan en el segundo apartado en el cual se argumenta acerca del valor que tiene la cultura dentro de un Estado constitucional de derecho como el peruano.

1. El problema del reconocimiento de la diversidad cultural

Hablar de cultura y norma penal es un tema muy puntual en el universo de temas que se ponen en discusión mediante la antropología jurídica. No obstante, el conflicto normativo cultural - penal suele ser tratado de manera aislada, centrándose en los aspectos estrictamente jurídico penales, brindando una visión un tanto sesgada del problema y con límites para brindarle una solución adecuada, limitando los derechos de las comunidades indígenas.

Los estudios existentes sobre antropología jurídica a nivel de Latinoamérica permiten conocer mejor el universo de desigualdades jurídicas que existían a través de la historia y se mantienen en relación con las poblaciones indígenas y el mundo del derecho.

De ello no está exento el Perú, en donde conviven en un mismo territorio diversas culturas: una occidental, como la mayoritaria, y diversas culturas indígenas¹⁷. Se debe apostar, por ello, a proyectar una mayor sensibilidad en este tema ya que solo así se puede entender que el problema que envuelve a las comunidades nativas no se limita –sin desmerecer su importancia- a las marcadas brechas económicas y materiales, sino que se encuentra en la esencia de todos los derechos de las personas: la dignidad. La realidad peruana permite visibilizar el problema de las comunidades indígenas en cuanto al reconocimiento y disfrute de su derecho más personal que, a la vez, es de naturaleza colectiva, a saber, el derecho de contar con un esquema propio y diferenciado de valores que define su conducta y, por tanto, establece qué acciones son o no un delito¹⁸.

¹⁷ En la actualidad conforme el portal web del ministerio de cultura, se tienen registrado un total de 55 pueblos indígenas, 51 son originarios de la Amazonía y 4 de los Andes. Visto en: <https://bdpi.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas>

¹⁸ De esta misma posición es Rodolfo STAVENHAGEN, quien señala que: "(...) La violación de los derechos humanos de los grupos indígenas no se manifiesta solamente por las carencias de orden material y los procesos de despojo y explotación de los que son víctimas (...) sino también porque se

Estas consideraciones ponen en evidencia que la cultura necesariamente está vinculada a lo esencial de una norma penal, es decir, al bien jurídico¹⁹, pues es a partir de la cultura de una sociedad en particular que se determina la relevancia del valor o bien jurídico que se protege y la medida de su protección. Sin ir muy lejos, dentro de una misma cultura como la occidental existen diferentes apreciaciones del bien jurídico vida cuando, por ejemplo, se hace referencia al feto y el derecho a decidir de una mujer, lo que genera que el aborto sea delito en algunos países y no en otros. Pensemos entonces cómo el problema se agudiza cuando esta apreciación diferente de la vida, se da con referencia a las distintas culturas indígenas que existen²⁰.

Sin embargo, la visión occidental que se inculca desde siempre impulsa al intérprete del derecho a aislar instintivamente esferas que poseen una racionalidad jurídica diferente porque se contraponen con la idea de que el Estado es uno solo y que, por tanto, el esquema valorativo que impera es aquél que goza de institucionalidad estatal²¹. Por tanto, desde esta

les ha negado sistemáticamente la posibilidad de poder conservar y desarrollar sus propias culturas (incluyendo lenguas, costumbres, modos de convivencia y formas de organización social).” STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1988, p. 9

¹⁹ “(...) los bienes jurídicos expresan condiciones necesarias de realización del ser humano, esto es, valores que la sociedad ha asumido como valiosos para su sistema de convivencia (...)” Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2 ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 63, 64 y 80; MIR PUIG, Santiago, “Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi”, *Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1 ed., Ariel, España, 1994, p. 164

²⁰ HURTADO POZO, cita el ejemplo de caso “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 porque el grupo social no puede soportar la carga económica que significa su mantenimiento en vida.” Cfr. HURTADO POZO, José, “Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú”, *Anuario de derecho penal: Sistema de Control Penal y Diferencias Culturales*, 2010, p. 157, Recuperado en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/num-2010/>

²¹ Villanueva Flores, reflexionando sobre los pensamientos de Walsh, señala que:“(...)se ha señalado que la diversidad étnico cultural se enfrenta a tres grandes problemas en materia jurídica: a) el monismo legal que reduce el derecho al derecho estatal; b) la oposición jerárquica entre el derecho estatal positivista y el sistema de derecho consuetudinario (un pluralismo jurídico subordinado), y c) la idea de que la interculturalidad es solo un asunto que tiene que ver con el reconocimiento étnico-cultural, y no un problema histórico estructural-racial-colonial que involucra el modelo, estructura y práctica del Estado así como su campo jurídico nacional.” Cfr. VILLANUEVA FLORES, Rocío, “La

forma de entender el derecho y la cultura, son delitos los que figuran en el Código Penal y no se puede discutir el valor, por ejemplo, de la vida del modo como está regulada en dicho cuerpo normativo, incluso si se trata de un feto; como tampoco se puede discutir los demás bienes jurídicos que se tutelan: seguridad pública, patrimonio, entre otros, por más diversidad cultural que exista, pues según este razonamiento, todos los que viven en el territorio son peruanos en un único sentido cultural.

Así, se desconoce que “lo jurídico se encuentra inmerso en la estructura social y la cultura de los pueblos indígenas; por ello separar los fenómenos jurídicos de otras esferas de la cultura”²² sin caer en el autoritarismo, no es sencillo, más aún si se pretende justificar racionalmente desde el marco de un Estado de derecho.

Es en ese sentido, el problema reside en comprender la importancia y vinculación de la cultura en el derecho penal y encontrar la manera más idónea de que un Estado multicultural como el Perú prevea su regulación penal considerando el real valor que tiene la cultura en un estado constitucional de derecho²³.

1.1. Sociedad

Desarrollar un concepto de *sociedad* podría abarcar el íntegro de un trabajo monográfico y aun así no sería posible abarcar todas las aristas que este tema plantea. No obstante, es

interpretación intercultural en el Estado constitucional”, *Revista Derecho del Estado*, N°34, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2015, p.294

²² MAUSS, Marcel, *Introducción a la etnografía*, Istmo, Madrid, 1974, p 83.

²³ Al respecto, Portilla refiere que las respuestas al reconocimiento cultural en el derecho penal se han dado de diversas maneras: error de prohibición, causa de justificación, inimputabilidad, entre otros; considerando que son válidas todas en cuanto la diversidad de casos que se presentan. Sin embargo, siempre se debe cuidar que el modelo de Derecho Penal Intercultural que se pretende, reconozca y otorgue valor a la identidad cultural en el ámbito penal sin caer en el universalismo despótico ni el relativismo absoluto. *Cfr.* PORTILLAS CONTRERAS, Guillermo, “Diversidad Cultural y Derecho Penal”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr.h.c. Juan M.^a Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 88.

imprescindible analizar las grandes líneas conceptuales que se han trabajado al respecto²⁴ y tomar postura entre las diversas acepciones de lo que ésta significa.

La idea de sociedad está relacionada a un conjunto de individuos unidos por “*algo en común*”. En esa línea de pensamiento, Gabriel TARDE, en *Qu'est-ce qu'une société?* cuestionaba las ideas de sociedad que se centraban en dimensiones económicas o utilitaristas para, en cambio, centrar su atención en lo social como una trama de relaciones entre creencias y deseos de origen individual interconectados por procesos de imitación²⁵. Es decir, el citado autor encontraba como lo fundamental a una sociedad ese “algo en común”, en su esquema valorativo.

Un concepto más asequible de sociedad es el que acoge el diccionario de la RAE, que dice: “*Conjunto de personas, pueblos o naciones que conviven bajo normas comunes*”. Se advierte que en esta conceptualización uno de los componentes intrínsecos a toda sociedad es la convivencia bajo las mismas normas –manifestación del algo en común–, una vez más en función a la idea de valores o ideales comunes.

En diccionarios más especializados, se tiene que la sociedad es el conjunto de individuos reunidos voluntariamente para subsistir, que tienen una visión más o menos común de la realidad y comparten por tanto un mismo sistema social, político, económico y simbólico²⁶. Dicha acepción es más clara, al indicar que una sociedad debe compartir determinadas estructuras jurídico - políticas, que se suponen legítimas a los individuos que la conforman.

Como se aprecia, los conceptos de sociedad según autores y corrientes son diversas e

²⁴ CASTILLO CASTILLO, José, “Sociedad y nación en Adolfo Posada”, *Revista de estudios políticos*, N° 113-114, España, 1960, pp. 161-162, visto en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2129483>

²⁵ TARDE, Gabriel, “Chapitre III: Qu'est-ce qu'une société?”, en *Les Lois de l'imitation*, Editions Kimé, Paris, 1993, pp. 64-96

²⁶ CAMPO A., A. Lorena, *Diccionario básico de Antropología*, Abya-Yala, Ecuador, 2008, p. 151.

inabarcables, por ello este trabajo tomará solo como referencia las corrientes más importantes de la sociología moderna: el estructuralismo funcional de Parsons y el Funcionalismo estructural de Luhmann.

Luhmann: sociedad como sistema ²⁷	Parsons: sociedad como sistema de acción social ²⁸
Luhmann concibe a la sociedad como el sistema social omnicompreensivo que ordena todas las comunicaciones posibles entre los hombres. Asimismo, sostiene que al interior de la sociedad -sistema social total- existen subsistemas: el político, la religión, la economía, la educación, el derecho , entre otros; que buscan la subsistencia y desarrollo del sistema social.	Parsons concibe a la sociedad como un conjunto de subsistemas (siendo uno de ellos el sistema cultural , relacionado a la latencia; es decir, es el sistema que asegura de manera latente - simbólica, el mantenimiento del sistema y su cambio), siendo así una estructura inteligente que tiene como fin integrar a cada una de sus partes y formar un todo.

Más allá de las diferencias sustanciales que existen en los pensamientos de los citados autores en cómo conciben a la sociedad, se advierte que en ambas definiciones se tiene en consideración ese “*algo en común*” que permite la subsistencia y desarrollo de la sociedad y, en ambas, la cultura ya sea como parte de o como soporte, está vinculada con un esquema normativo.

El concepto de sociedad en la perspectiva luhmaniana tiene como elemento constitutivo de

²⁷ LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, Herder, México, 2006, p.56; LUHMANN, Niklas, “El conocimiento como construcción”, *Metapolítica*, N° 1, México, 1991, pp.167 - 182

²⁸ PARSONS, Talcott, *El sistema de las sociedades modernas*, Trillas, México, 1974, pp 16 – 17, PARSONS, Talcott, *Hacia una teoría general de la acción*, Kapeluz, Argentina, 1968, p. 23.

esta a la comunicación²⁹, y entiende la existencia del sistema social en tanto exista comunicación, requiriendo para ello de los medios de comunicación, entendidos como aquellos pertenecientes a la sociedad que tiene la función general de hacerla probable, es decir, hace posible la existencia de la sociedad³⁰. Precisando que la cultura es el conjunto de efectos de todos los medios de comunicación³¹; que permite el cierre del círculo comunicativo (información, dar a conocer y entender).

Asimismo, en lo desarrollado por Parsons sobre la sociedad, eso que es fundamental para la existencia, ese algo en común que permite no solo su existencia sino su desarrollo, es el sistema cultural –como parte del Sistema total-³².

Se debe precisar que la idea de sociedad está vinculada al concepto de nación. Así, CASTILLO CASTILLO en la interpretación que hace del pensamiento de Adolfo Posada, señala que existen dos clases de sociedades: las sociedades totales-fundamentales y las sociedades especiales; la primera de ellas es la que se identifica como nación. Nación, entonces, es toda agrupación de individuos que comparten intereses en común, reconociéndoseles diversas características, entre las cuales destaca la conformación de una organización lo suficientemente estable como para permitir una comunicación eficiente entre sus miembros,

²⁹ “la comunicación es la única operación estrictamente social porque es el único fenómeno que permite el establecimiento de una relación social entre los individuos.” En la presentación de la Edición a castellano de: LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, Herder, México, 2006, p. XXX; TORRES NAFARRETE, Javier, “Sistema y complejidad - La arquitectura de la teoría de Niklas Luhmann”, *Metapolítica*, N° 2, México, 1998, pp. 661-672

³⁰ LUHMANN, Niklas, “La improbabilidad de la comunicación”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, Vol. XXXIII, Unesco, 1981, pp.136 - 147

³⁰ PARSONS, Talcott, *El sistema de las sociedades modernas*, Trillas, México, 1974, pp. 16 – 17

³¹ LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, Herder, México, 2006, p. 321

³² PARSONS, Talcott, *El sistema social*, Alianza editorial, España, 1999, pp. 7 y 14; CÁRDENAS, Hugo, “Cultura y diferenciación de la sociedad: La cultura en la sociedad moderna”, *Polis*, N° 39, 2015, pp. 8 – 10, en: URL: <http://journals.openedition.org/polis/10487>

con autonomía para dirigir su vida y para afirmar su personalidad.³³

Lo señalado acerca del concepto de sociedad hace concluir razonablemente que ese “algo en común” al que se hace referencia como elemento fundamental de la sociedad, es en su conjunto sus costumbres, valores, normas, fines, etc., en síntesis, su cultura. Por eso, la cultura de una sociedad es fundamental para su existencia, su comunicación; y es en función a esta que cada sociedad genera sus sistemas de organización.

1.2. Cultura

El concepto cultura puede resultar familiar pues se hace constante referencia a él al hablar de las costumbres o conocimientos. Sin embargo, es un concepto muy complejo pues ha evolucionado en el tiempo adoptando matices según la perspectiva en que es estudiado. Así, por ejemplo, uno de los conceptos clásicos de cultura, dentro de la antropología, bajo la corriente evolucionista, es aquel que lo define como el conjunto aprendido de tradiciones y estilos de vida, socialmente adquiridos de los miembros de una sociedad, incluyendo sus modos pautados y repetitivos de pensar, sentir y actuar (en otras palabras, su conducta)³⁴.

Esta concepción de cultura pese a su amplitud y racionalidad, estaba acompañada de otras consideraciones que con posterioridad la hicieron criticables. Para la corriente evolucionista el fenómeno cultural era único, sin embargo, existían culturas con mayor o menor evolución que otras. En este esquema tenía cabida hacer referencia a baja o alta cultura: culturas

³³ CASTILLO CASTILLO, José, “Sociedad y nación en Adolfo Posada”, *Revista de estudios políticos*, N° 113-114, España, 1960, pp. 168-170, visto en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2129483>

³⁴ HARRIS, Marvin, *Antropología cultural*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, pp. 19 – 20 Asimismo, el autor indicó que: “Esta definición sigue el precedente sentado por sir Edward Burnett Tylor, fundador de la antropología académica y autor del primer libro de texto de antropología general. –que dice- La cultura (...) en su sentido etnográfico, es ese todo complejo que comprende conocimientos, creencias, arte, moral, derecho, costumbres y cualesquiera otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre en tanto que miembro de la sociedad. La condición de la cultura en las diversas sociedades de la humanidad, en la medida en que puede ser investigada según principios generales, constituye un tema apto para el estudio de las leyes del pensamiento y la acción humanos.”

primitivas por contraposición a culturas civilizadas.

Posteriormente surgió la teoría del relativismo cultural o culturalismo que, de la mano de Boas, brinda una definición de cultura –antes citada- que descartaba la idea de una sola cultura y, por el contrario, ratifica la idea de que la cultura como fenómeno social está presente en toda sociedad y es definida por su tiempo y su ambiente, y no existe una cultura más o menos compleja o evolucionada que otras sino, simplemente, culturas diferentes. Partiendo de esta idea de cultura, más empírica y menos estigmatizante, se construyen otras concepciones para explicar mejor el fenómeno cultural.

Así, conforme comenta HOLLANDER, tanto para Parsons como para Kroeber la cultura se encuentra formada por aquellos sistemas simbólicos significativos que se transmiten en el curso del tiempo y configuran la conducta social y sus artefactos –entiéndase estructuras sociales-³⁵.

Asimismo, es pertinente presentar el pensamiento de Sorokin, referido a la cultura, en tanto precisa que las ideas individuales no pueden constituir cultura, pues estas no generan una referencia compartida capaz de ser descifrada por otro dentro de una sociedad; en ese entender afirma que el fenómeno cultural tiene tres fasces: **i)** cultura como ideología, **ii)** cultura como conducta y **iii)** Cultura - materializada; afirmando que la interacción de esos tres ámbitos es lo que genera el fenómeno cultural como tal³⁶. Lo importante de esta afirmación, acerca de la cultura, es que la cultura es fundamental dentro de la comunicación en una sociedad; afirmando que en tanto una sociedad comparta una misma cultura, la comunicación entre sus individuos es posible.

³⁵ HOLLANDER, Edwin, *Principios y métodos de psicología social*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1976, p. 220-221

³⁶ SOROKIN, Pitirim A. *Dinámica social y cultural*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1962, p. 12.

Como se ve en el apartado precedente, la idea de cultura es intrínseca a la de sociedad, al punto que desde diferentes ópticas la cultura es parte medular de una sociedad. Es en función a la cual se organiza la sociedad y la que la diferencia de otras. Asimismo, lo que comprende la cultura –valores, costumbres, etc.- es aquello, que en la sociedad como sistema de Luhmann, es un medio de comunicación sustancial para la existencia de la sociedad. Es interesante advertir que, más allá de la acepción de sociedad del que se parte, la relación de la comunicación y la cultura es estrecha dentro de una sociedad, tanto que como dice Gámez “*hoy se habla de un paradigma cultural (...), cuyo aporte más significativo ha sido el de pensar la comunicación en clave cultural o viceversa*”³⁷.

El concepto de cultura es amplísimo, y puede variar desde la óptica que se pretenda analizar; en ese sentido, a efectos de su interpretación en el derecho penal, conviene hacer referencia a la cultura en cuanto identidad cultural, debiendo entender por ésta la pertenencia a un grupo humano definido con patrones que lo diferencian de otros grupos; es decir, una cosmovisión propia que orienta lo bueno o malo en esa sociedad³⁸.

En esa línea de pensamiento, se afirma que la cultura se manifiesta en todos los ámbitos de vida de un individuo en sociedad, debiendo entender que está en el pensamiento individual - colectivo y en el sentir materializado de las personas. Así, se considera que hablar de cultura lleva necesariamente a remitirse a los valores, entendidos como principios rectores que forman la cultura de una determinada sociedad. Pues el valor es un atributo social compartido, es todo aquello que logra ser consensuado; son los parámetros, marco y

³⁷ CARBONELL, B., *In-mediaciones de comunicación y cultura. Una aproximación a la investigación producida en La Habana entre los años 1980 y 2009*, Tesis de Diploma, Facultad de Comunicación, Universidad de La Habana, Cuba, 2012, p.29

³⁸ Hörnle, citado por CATILLO ARA, Alejandra, “La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición”, *Revista de derecho*, Vol.27, Nº 2, 2014, visto en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000200011#n20

contexto que rigen la producción de la sociedad³⁹.

1.3. Estado

Hasta el momento se expone las ideas que deben tener en consideración acerca de la cultura y la sociedad, y se puede revelar con mayor sustento -que la sola intuición-, que ambos conceptos están desde las diferentes ópticas interrelacionados al punto de codependencia. Por tanto, se debe afirmar que no existe sociedad sin cultura.

Esa premisa resulta clara, sin mayor controversia; sin embargo, los problemas comienzan cuando se analiza la realidad y se descubre que existen sociedades que por diferentes motivos se interrelación, generando un choque cultural. La razón de este conflicto, es fundamentalmente la noción de Estado.

Así, atendiendo a la basta discusión de su significado en el ámbito de la ciencia política, se asume como pertinente para esta investigación partir del concepto elaborado por Weber, que dice:

*“Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio, reclama para sí el monopolio de la violencia física legítima. Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la violencia física en la medida en que el Estado lo permite. El Estado es la única fuente del “derecho” a la violencia.”*⁴⁰

En ese sentido, el Estado, debe ser entendido como una organización jurídica - política capaz de imponer la autoridad de su ley en sus dominios –territorio- y afirmar su personalidad y

³⁹ CISNEROS BRITTO, María del Pilar, "Sociedad y Cultura", *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social*, Tomo 4, Ed. Plaza y Valdés, Madrid-México 2009

⁴⁰ WEBER, Max; *La política como vocación*; Alianza Editorial, Madrid, 1991; pp. 83-84.

responsabilidad frente a sus pares –otros estados-.⁴¹ De las ideas antes plasmadas, se pueden extraer los elementos que conforman un Estado –de importante consideración a efectos de su distinción con otros conceptos-.

El Estado, está conformado necesariamente por un determinado territorio, una población, un gobierno y su soberanía. Siendo el territorio el principal elemento distintivo, pues ayuda a materializar el concepto de Estado y diferenciarlo de otros como nación.

En este sentido, es necesario precisar que el concepto de Estado no se corresponde necesariamente con el de sociedad, nación o cultura. Es decir, en un imaginario ideal toda sociedad que mantiene una cultura común y por tanto forma una nación, se organiza jurídico y políticamente en un solo Estado. Sin embargo, la realidad es que las organizaciones jurídico políticas – estados que existen, muchas veces, albergan en su seno más de una cultura, nación o sociedad.⁴² Por ello, RUBIO señala, que las sociedades latinoamericanas están en un proceso de consolidación de sus naciones, para lograr estados que representan a todos sus habitantes pese a su diversidad cultural⁴³.

2. El valor de la cultura en un Estado constitucional de derecho

Como se advirtió, el problema social, normativo y político se genera como consecuencia de albergar en un solo Estado ha diversas sociedades con culturas particulares entre sí⁴⁴. Por lo que se considera que aún están vigentes algunas cuestiones en torno a la cultura. Por

⁴¹ Véanse otros conceptos de Estado en: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Derecho Constitucional*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017, pp. 23 – 34; NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría Constitucional E Instituciones Políticas*, Ed. Temis S.A., Colombia, 2000, p. 90

⁴² Lo indicado visibiliza un problema “(...) los principales axiomas sobre los que tradicionalmente se ha asentado el Derecho penal han sido y están siendo puestos en cuestión. Uno de estos axiomas jurídico-penales es el Estado-nación, según el cual las fronteras territoriales del Estado son también las fronteras de la soberanía y del ordenamiento jurídico. (...)” ROCA DE AGAPITO, Luis, “Delitos culturalmente motivados”, *Delito y minorías en países multiculturales*, Atelier, España, 2014, p.177

⁴³ RUBIO CORREA, Marcial, *Para conocer la Constitución de 1993*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 6 ta. Edición, Lima, 2017, p. 107

⁴⁴ RUBIO CORREA, Marcial, *Para conocer la Constitución de 1993*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 6 ta. Edición, Lima, 2017., p. 106.

ejemplo: ¿Existen límites bajo los cuales se regula o debe regular la diversidad cultural, entendiendo a la cultura como un derecho humano? ¿Es legítimo que diferentes culturas propias de un solo Estado, sean organizadas y dirigidas con base a una cultura dominante? ¿Se debe permitir que las instituciones y normas del estado se diversifiquen con base a la cultura, es ello legítimo en cualquier medida?

Para dar una respuesta fundamentada es necesario en principio definir la clase de Estado que regula el derecho a la cultura, pues solo así se puede definir la importancia y alcance que la diversidad cultural le merece a un Estado.

La ficción jurídica del Estado ha variado a través del tiempo; y más allá de las ópticas de estudio de esta institución se distinguen cuatro clases: a) Estado Absoluto, b) Estado Liberal, c) Estado Democrático, y d) Estado social y democrático de Derecho. Con motivo de esta investigación, interesa tener en claro la última de ellas; la cual es en buena cuenta el Estado Constitucional de Derecho.

El Modelo Constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho es el resultado de un proceso evolutivo y de transformación del Estado liberal clásico, mediante el cual existe un control constitucional de las leyes de manera formal y material de forma que la organización del Estado se sustenta en los valores reconocidos en la constitución priorizando la realización de la persona, pues es desde su colectivo, el pueblo, que surge el poder del Estado.

En ese sentido, se debe tener presente que el Estado peruano, conforme lo dictamina su Constitución en el artículo 45, entre otras características señala que es un Estado democrático y social; asimismo en su artículo 43, se precisa que el poder que el Estado organiza y administra es aquel brindado por el pueblo peruano. Y fundamentalmente, se reconoce como un Estado constitucional de derecho, pues pregona en su artículo primero,

que la dignidad de la persona humana es el fin supremo del Estado⁴⁵. Por ello se entiende que toda la organización del Estado (instituciones, normas reglamentos, etc.) debe velar por reconocer, garantizar y hacer efectivo el respeto de la dignidad⁴⁶.

2.1. La Dignidad como fundamento y límite del ejercicio de derechos

Bajo lo señalado se debe afirmar que si en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, el fundamento de todos los derechos de la persona es su dignidad; el ejercicio de un derecho es legítimo en la medida que con él no se vulnere la dignidad de la persona. Asimismo; cualquier acción institucional por parte del Estado –y de particulares- que vulnere la dignidad de una persona; debe ser rechazada; pues el fundamento de esta clase de Estado es la dignidad de la persona.

Como se advierte, resulta sustancial entender qué se entiende por dignidad; y ello en sí mismo resulta arduo pues si bien no es complicado citar ejemplos de actos que vulneran la dignidad⁴⁷, no se puede explicar a la dignidad como tal. Asimismo, está presente el problema de que existen determinadas situaciones que pueden ser apreciadas como dignas o no, según la persona que lo analice⁴⁸.

Al respecto, en el trabajo de Antonio PELÉ denominado, “Una Aproximación al concepto de

⁴⁵ Artículo 1 de la Constitución política peruana: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

⁴⁶ Fundamento jurídico N° 26, del Expediente STC. N° 00926-2007-PA/TC, en el que se señala: “*Para la Constitución Política, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, son habilitados por el ordenamiento. (...)*”

⁴⁷ El ultraje sexual, la mendicidad, etc.

⁴⁸ Veamos el controversial caso de los peep show - cabinas de exhibicionismo (Sentencia BVerwGE 64, 274, 280), resuelto en Alemania en el cual se puso en debate si era o no digno el trabajo que realizaban las mujeres que se situaban en una cabina desnudas para ser observadas por hombres.

dignidad”⁴⁹, se citan diversos criterios que a través del tiempo se han tenido en consideración al momento de tratar de definir la dignidad, señala que esta discusión de si algo es digno o no siempre está vinculada a la vulnerabilidad humana; y cita una definición de dignidad de Dworkin, que es importante citar: “(...) derecho a no sufrir la indignidad, a no ser tratado de manera que en sus culturas o comunidades se entiende como una muestra de carencia de respeto.”

De lo señalado se puede advertir, que una vez un concepto tan nuclear como la dignidad, también está vinculado a la cultura de una sociedad; pues es en función a esta que se establece un esquema de valores, fundamento de la sociedad y su desarrollo.

En torno a la dignidad es importante tener presente un tema fundamental relacionado con la autonomía de la voluntad y el consentimiento. Se ha discutido que no podría considerarse que se ha vulnerado la dignidad de una persona, si la persona presuntamente afectada considera que no ha sido así, pues la afectación ejecutada ha sido consentida por esta⁵⁰. Esta consideración es importante, cuando se analiza la afectación de derechos con base en una cultura, hacia individuos capaces de consentir.

2.2. La cultura dentro de un Estado constitucional de derecho

Como se advierte, la dignidad de la persona es el fundamento y guía de un Estado constitucional de derecho como el Perú; por lo que, entre otras cosas y áreas, sus instrumentos normativos, procesos e instituciones penales, deben velar por ello, de lo contrario resultaría inconstitucional.

⁴⁹ PELÉ ILLIE, Antonio, “Una aproximación al concepto de dignidad”, *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, N° 1, Universidad Carlos III – Instituto de Derechos Humanos Bartolomé, España, 2004-2005, pp. 9-13

⁵⁰ LANDA ARROYO, César, “Dignidad de la persona humana”, *Ius et veritas*, N° 21, Lima, 2000, p. 16

Así, la cultura como derecho en sus diversas manifestaciones es un derecho legítimo pues resguarda la dignidad de la persona de vivir y actuar conforme a los valores aprendidos; cualquier acción que coacte esa libertad cultural estaría directamente vulnerando su dignidad. Sin lugar a duda, tratar de definir las acciones correctas para respetar la dignidad de personas pertenecientes a comunidades nativas es un gran problema, pues implica conocer a fondo la cultura de la persona en concreto.

Al respecto, se debe reconocer que existe un posición muy tajante en afirmar que la dignidad humana que sostienen los Estados actuales, son exclusivos del mundo occidental⁵¹. Sin embargo; si la dignidad que se reconoce no es concebida como algo estático e inmutable, sino que puede variar según los valores culturales de cada cultura, respetando así la autonomía de la voluntad, contaríamos con una base de análisis válida⁵². En ese sentido, será importante que cualquier institución del Estado –o privada- establezca sus normas con perspectiva de interculturalidad, salvaguardando, la libertad cultural.

El problema

Es importante advertir, que la cultura –y los valores que encierra- ensimisma no puede calificarse de buena o mala; pues como se señala en apartados precedentes tal juicio es arbitrario, pues parte de asumir como buena solo una cultura (usualmente la mayoritaria – quien juzga-). Sin embargo, qué pasa cuando existe un choque cultural en el ámbito penal, cuando se analiza un acto que para la cultura “A” vulnera un bien jurídico y por tanto su

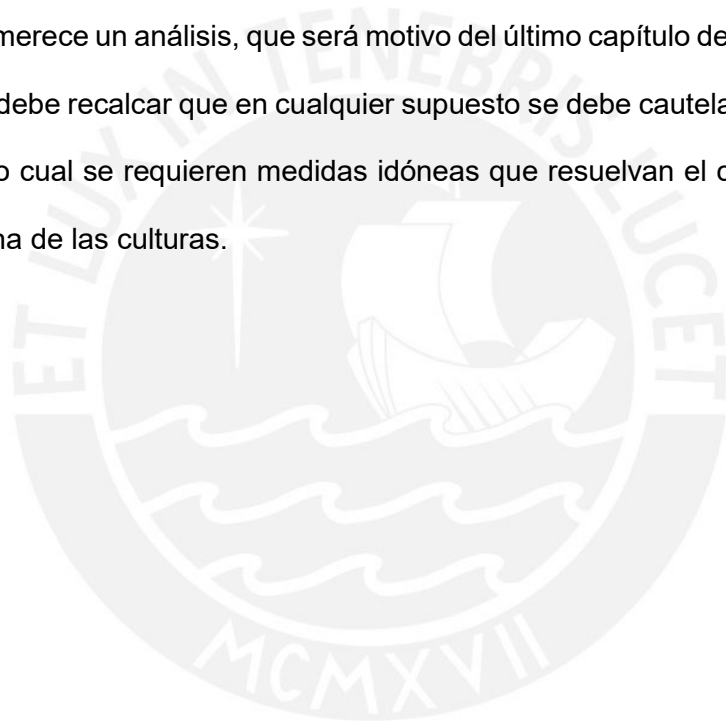
⁵¹ LÓPEZ LÓPEZ, Édgar Antonio, “Dignidad humana, Diversidad cultural y calidad de vida”, *Bioética*, SSN 1657-4702, N°9, 2009 p. 33

⁵² Se reconoce que el concepto de dignidad es en esencia muy subjetiva, cambiante y concuerda con De la Cuesta cuando afirma que el concepto de dignidad responde a creencias que no son aceptables para todas las personas. De modo que, en una sociedad global, multirracial, multicultural y compleja, tales consideraciones no pueden ser tenidas en cuenta para explicar el denominador común de “valor” inherente a los conceptos de DP o DH, por más que en muchos casos concurren. *Cfr.* DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes, “Persona, Dignidad y Derecho penal”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Universidad Castilla de la Mancha, España, 2001, p. 220

dignidad, empero para el sujeto que lo ejecutó constituye una acción permitida en su cultura, por lo que la sanción de la misma vulneraría su dignidad.

Frente a lo indicado se pueden suscitar diversos escenarios. *i)* Diferentes culturas comparten la misma estimación de un mismo bien jurídico, *ii)* Las culturas diferentes comparten el mismo bien jurídico pero en diferente grado; *iii)* El bien jurídico afectado en la cultura “A “ no existe en la cultura del sujeto activo.

Cada escenario merece un análisis, que será motivo del último capítulo de esta investigación; sin embargo, se debe recalcar que en cualquier supuesto se debe cautelar la dignidad de las personas, para lo cual se requieren medidas idóneas que resuelvan el conflicto cultural sin supeditar a alguna de las culturas.



CAPÍTULO II

En este capítulo se analiza puntualmente la influencia de la cultura en el derecho penal, en esa línea se hace referencia a las normas sociales y penales con el fin de establecer cuál es la función de cada una, para visibilizar como la cultura influye en su formulación y consecuentemente en su comprensión.

Posteriormente, en función a lo señalado, se analiza el tratamiento que recibe la cultura en el ámbito del derecho penal peruano, mediante el artículo 15 del Código Penal. Se señala que posturas existen en torno a su naturaleza jurídica, y las críticas que recibe cada una de estas posiciones.

1. Derecho Penal y cultura

El derecho penal es concebido como la rama del ordenamiento jurídico que se encarga de administrar y aplicar la fuerza del Estado en contra de aquellos individuos que realizan actos que vulneran el orden establecido. Se puede decir según la postura que se asuma que el derecho penal se acciona frente al quebrantamiento de la norma o la afectación de bienes jurídicos⁵³; en cualquiera de los casos lo que se protege son determinados valores que la sociedad considera importantes para el desarrollo y subsistencia de la sociedad.

En relación al presente trabajo; es necesario hacer énfasis en que el derecho penal es un sistema de control dentro de la sociedad y como tal define sus alcances en función a los valores estatuidos en cada sociedad y de manera concreta por la cultura que los rige. Lo indicado lleva a indicar que cada cultura genera un sistema penal diferente.

1.1. La norma social y la norma de determinación

Para entender mejor la génesis de lo afirmado se debe entender la diferencia entre la norma social –o de cultura- y penal.

Como se afirma cada sociedad tiene una cultura particular en función de la cual se establece; tiene un particular esquema de valores que será la base de los diversos sistemas que hacen viable la existencia de esta sociedad; entre ellos el sistema jurídico penal⁵⁴.

⁵³ Conforme al Principio de Lesividad previsto en el Artículo IV.- La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

⁵⁴ *“La justificación del Derecho y, en particular, de la obligatoriedad de la ley, radica en que las normas jurídicas están en correspondencia con normas de cultura, cuya obligatoriedad el individuo conoce y acepta.”* Cfr. MEYER, Max Ernest, *Normas jurídicas y Normas de cultura*, Hammurabi, Argentina, 2000, p.55

Así, en un primer nivel a partir de los valores que se consideran importantes para la sociedad, se establecen normas sociales o culturales que definen que conductas son admitidas o rechazadas para esta sociedad; se aprende en el seno de la cultura, en la familia, en la escuela, etc. Por tal razón, si un individuo ejecuta una acción no acorde a sus valores, genera por parte de la sociedad un rechazo una sanción: aislamiento, desprestigio; etc. Al respecto, se advierte que es característico de la norma social, la respuesta negativa de la sociedad cuando esta se quebranta; sin ello no sería más que un hábito o costumbre, la cual no cuenta con la fuerza de ser considerada norma social⁵⁵.

Sin embargo, al aceptar que una sociedad es por naturaleza humana conflictiva, muchas de estas normas sociales pueden verse quebrantadas; por lo que se requiere una especial protección. Así se generan las normas jurídico penales, la cuales con base a una norma de cultura sancionan su quebrantamiento con una sanción de mayor fuerza coercitiva y sobre todo formal; pues se trata del poder coercitivo del Estado.

Como se indica por cada sociedad-cultura, existe un sistema jurídico propio –no necesariamente codificado, pero presente o materializado de alguna otra forma-, la parte sustancial de un sistema jurídico es la norma jurídica, entendida como aquella norma que encierra un deber, prohibición, permiso expresado por un operador deóntico, y el contenido de la norma al que se refiere este operador y las condiciones de aplicación⁵⁶. Asimismo, se debe tener presente que la norma jurídica lleva en sí misma la cultura de una sociedad, pues reproduce determinados valores, fijándose como la realización de estos⁵⁷.

⁵⁵ SCHAUER, Frederick, *Fuerza de Ley*, Palestra, Lima, 2015, p. 30

⁵⁶ SIECKMANN, Jan-R, "Norma Jurídica", *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. 2, 2015, p. 907, vista en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=708849#volumen155870>

⁵⁷ REGIS PRADO, Luiz, "La norma penal como norma de conducta", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 3, Época N° 5, 2011, p.146, visto en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24622/19515>; Asimismo, es importante traer a

Como bien indica REGIS PRADO reflexionado en torno al pensamiento de demás autores sobre la naturaleza de la norma jurídica –a diferencia de otras-, la norma perteneciente al sistema jurídico es necesariamente de naturaleza imperativa⁵⁸; es decir, ordena determinado modo de comportamiento de los habitantes sometidos a ese ordenamiento jurídico propio de una sociedad en particular reforzando las normas culturales. De lo indicado se desprenden diversas observaciones, quizás obvias, pero profundamente significativas para el planteamiento de esta investigación.

La norma jurídica, y entre ellas la norma penal es una norma de carácter prescriptivo, pues dice a cada individuo de una determinada sociedad como debe comportarse, que debe hacer, que no debe hacer o que puede hacer. Es decir, señala el comportamiento que es aceptado y exigido por la sociedad, y -a riesgo de ser repetitivos- esto no es otra cosa más que el ordenamiento de la sociedad en función a sus valores, su cultura.

Esta norma jurídico – penal, puede tener como destinatario a cualquiera individuo dentro de una sociedad; sin embargo, ello dependerá de cómo lo organice y determine cada sociedad⁵⁹. Así, la norma de conducta sólo obliga a quien es capaz tanto de cumplirla como

colación la concepción de derecho que afirmó REALE, referente a sus tres dimensiones: hecho, valor (ámbito axiológico que se desprende de la cultura de la sociedad) y norma cuando señala: *“toda norma jurídica señala una toma de postura ante los hechos en una función tensional de valores.”* Cfr. REALE, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997; p. 102; Ya en 1968 REALE indicaba que: *“El delito es una estructura jurídico – social, un factor negativo, pero sin embargo integra el mundo cultural del Derecho; no es pues un mero hecho natural calificado como “marginal” conforme con los cánones valorativos dominantes en una comunidad determinada, y esto quiere decir que el concepto de delito proviene del resultado de una elaboración mental, modelado por el pensamiento reflejo, a partir de presupuestos naturales; o en otras palabras, es una entidad cultural cuyos elementos constitutivos naturales y éticos deben y pueden ser rigurosamente analizados”*. REALE, Miguel, “Comunicación presentada por el autor en el III Congreso Nacional de Derecho Penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Pablo*, Vol. LXIII, Brasil, 1968, p. 219.

⁵⁸ REGIS PRADO, Luiz, “La norma penal como norma de conducta”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 3, Época Nº 5, 2011, p.149

⁵⁹ Adviértase en este punto que conforme nuestro ordenamiento jurídico no todo individuo es destinatario de la norma penal sino solo aquel mayor de edad -18 años; existiendo también otros supuestos de exclusión que se analizarán más tarde.

de violarla⁶⁰. Asimismo, el emisor de la norma jurídico – penal es la sociedad entendida como una entidad –sistema- diferente a cada individuo que; sin embargo, es manifestación de ese *algo en común* (su cultura, esquema de valores) que comparten⁶¹.

Ahora bien, como se viene advirtiendo la norma penal no puede reducirse a un juicio de valor, pues de ser así esta norma no tendría el poder de imponer una forma de actuar, pues la valoración jurídica de un hecho determinado es tan sólo una condición del deber jurídico, sin vínculo alguno con la imposición de la conducta debida o prescrita⁶². Es decir, solo te indica que determinada conducta es adecuada o no; sin embargo, por sí sola no te exige o prohíbe la conducta. Por tanto, la norma de valoración no tiene el fin de dirigir el comportamiento humano, sino de “garantizar objetivamente el orden social deseado por el Derecho”⁶³. Así, solo es una parte –sustancial que se corresponde con la norma de cultura- de lo que es en realidad una norma jurídico-penal.

La otra parte, que hace que la norma de valoración sea algo más, una norma jurídica penal, y por tanto no sola califique una conducta sino la exija o prohíba es su carácter de obligatoriedad *sine qua non*. Esto es la norma imperativa, que en palabras de GRACIA

⁶⁰ “(...) el presupuesto básico para la comunicación es la existencia de capacidad para comunicar, la misma que se determinará según los supuestos que cada sistema jurídico concreto prevea. De esta forma, aplicando este razonamiento al Derecho, un menor de edad podrá realizar una comunicación válida en el Derecho civil, mas no en el Derecho penal.” HUAMÁN CASTELLARES, Daniel, *El sistema jurídico penal*, Editores del centro, Lima, 2016, p.54. En esa misma línea, se considera que solo hay comunicación –existencia- en una sociedad como sistema, y dentro de sus sub sistemas si estos individuos son capaces de comunicar; es decir son personas. Lo indicado implica que esta persona es un receptor y emisor capaz de descifrar el mensaje normativo emitido por el ente sociedad-estado en tanto conoce – comparte el sistema axiológico en base al cual se ha creado.

⁶¹ Cfr. GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, España, 2016, p. 104. En ese sentido, demás autores indican que “Una dogmática que quiera penetrar en el sentido material de las instituciones jurídicas no puede renunciar a la búsqueda de las valoraciones y principios que las fundamentan. Y tal búsqueda no ha de limitarse a las valoraciones y principios jurídicos más generales, sino que ha de alcanzar hasta los más específicos.” MIR PUIG, Santiago, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, p. 5, visto en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf>

⁶² REGIS PRADO, Luiz, “La norma penal como norma de conducta”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 3, Época Nº 5, 2011, p.153

⁶³ GRACIA MARTÍN, Luis, *Fundamentos de dogmática penal*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 90

MARTIN, son las únicas que pueden proteger el orden socialmente establecido⁶⁴.

Resulta indispensable, entender que la separación de componentes de la norma jurídico – penal, realizadas en los párrafos precedentes se hace con el fin de identificar que la exigencia que la norma penal presenta es reflejo de una expectativa valorativa impuesta por la sociedad, en principio, a través de una normal cultural⁶⁵.

1.2. Cultura y el mensaje de determinación

Atendiendo a los postulados precedentes, en el presente apartado se muestra de manera explícita como la cultura de un individuo es sustancial para poder comprender el mensaje de determinación de la norma penal.

Cuando nos encontramos frente a una norma penal; por ejemplo, el artículo 106 del Código penal, que dice: “El que mata a otro será sancionado con una pena no menor de 6 años ni mayor de 20 años”.

De manera automática desprendemos que matar es malo, y que si matamos seremos sancionados, por lo que el mensaje de determinación que encierra el tipo de homicidio simple es “no matar”. Asimismo, se advierte que se corresponde con el valor que tiene el bien jurídico vida dentro de nuestra sociedad. En consecuencia se advierte, que lo trascendental para entender la norma es conocer y haber convivido con el valor cultural originario que protege dicha norma jurídico penal; así, muchos pese a desconocer el tipo penal de homicidio

⁶⁴ GRACIA MARTÍN, Luis, *Fundamentos de dogmática penal*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 97

⁶⁵ Cfr. “(...) toda norma de determinación arranca de un sustrato cultural, es decir, de anteriores actos cognoscitivos y axiológicos, de modo que su destinatario, en el ejercicio de su libertad, puede libremente elegir una alternativa determinada. La libertad de acción o de omisión es una condición esencial de toda norma de conducta. De ahí que ella anuncie lo que debe-ser (y no lo que es). La noción de deber ser supone necesariamente la de valor y norma, y tiene como condición primera la libertad.” REGIS PRADO, Luiz, “La norma penal como norma de conducta”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 3, Época N° 5, 2011, p.155.

simple –en su literalidad- entenderá que es algo malo que generara una consecuencia negativa para quien cometa homicidio⁶⁶.

Sin embargo; si en nuestra cultura no se respetara la vida no existiría una norma social de respeto a la vida que nos indique que matar es malo; en consecuencia, no se podría comprender una norma jurídico penal que se contraponga a nuestra realidad cultural.

Por tanto, es innegable que la cultura de una sociedad marca la pauta de creación de sus normas sociales; que con el devenir del tiempo forman parte de las normas jurídico penales, indicando el juicio de valor de estas. El mensaje de determinación de una norma penal de cara al ciudadano solo se puede entender si esta tiene como base una norma cultural; de lo contrario implicaría exigir el respeto de un valor que no ha sido reconocido culturalmente dentro de la sociedad y que solo está siendo impuesto negando la realidad en la cual se formó el individuo.

¿Cómo se puede reconocer algo que no ha sido aprendido?, ¿cómo entender algo que en nuestra realidad no existe?; peor aún ¿cómo dar prioridad a un bien jurídico menor por sobre otro que conocemos y nos han enseñado como superior?

Las normas penales existentes en nuestro Código Penal, no hay discusión –en su mayoría- que son válidas para nosotros –sociedad occidental-, pues resguardan bienes jurídicos que a lo largo de nuestra vida nos han inculcado, en nuestra familia, escuelas, iglesias, etc. Sin embargo, no se puede pretender que los mismos valores sean válidos para las diferentes

⁶⁶ “cada uno es juzgado según leyes cuya obligatoriedad él reconoce; sólo que su reconocimiento no está referido a la norma modelada bajo forma jurídica, sino a aquella, de idéntico contenido, que él ha conocido desde la cultura en que vive (...)” Cfr. MEYER, Max Ernest, *Normas jurídicas y Normas de cultura*, Hammurabi, Argentina, 2000, p.56

comunidades nativas existentes en el territorio peruano, pues cada pueblo tiene una cosmovisión diferente.

En ese sentido, como se indica en apartados precedentes existirán bienes jurídicos que se compartan, otros que no existan en alguna de las culturas, o que pese a que existan no tienen la misma dimensión o prioridad en ambas culturas. Lo señalado, influenciara directamente en su capacidad de comprensión del mensaje de determinación de la norma penal.

2. Posturas en torno a la valoración de la cultura en la Teoría del delito

Una vez establecida, la importancia de la cultura en la formación de la norma penal y por consecuencia en su comprensión; así como los parámetros bajo los cuales debe regularse la cultura en el derecho penal propio de un Estado constitucional de derecho; es pertinente revisar el reconocimiento real que se hace de la cultura en el ámbito penal peruano.

El legislador peruano ha pretendido reconocer y defender el derecho de todo peruano a ejercer su derecho fundamental a la cultura en el ámbito penal material, mediante el artículo 15 del Código Sustantivo que dice:

“Artículo 15.- Error de comprensión culturalmente condicionado

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Lo dispuesto en el primer párrafo será aplicable siguiendo los lineamientos para

procesos penales interculturales señalados por la judicatura para los casos de la comisión de los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo cometidos en perjuicio de menores de catorce años y de mayores de catorce años cuando estos no hayan prestado su libre consentimiento."⁶⁷

La nomenclatura con la que se etiqueta al referido artículo indica una de las primeras posiciones en torno al reconocimiento de la cultura por parte del derecho penal; esto es, como un error de prohibición. Asimismo, el reconocimiento de la cultura como un derecho y de rango fundamental lleva a avizorar otra posición, esta es la de ejercicio legítimo de un derecho. Desde otra óptica, se argumenta que la cultura diferente debe ser analizada en el ámbito de la antijuricidad como causal de justificación; y por último, la posición que la califica como un supuesto de inimputabilidad.

Corresponde analizar cada una de estas teorías en su fundamento y críticas, para poder afirmar si alguna de ellas justifica adecuadamente el respeto del derecho cultural en el ámbito penal dentro de un Estado como el peruano.

2.1. Error de prohibición

En primer término, debe precisarse que el error de prohibición es el desconocimiento de la prohibición de la realización de los actos descritos por el tipo; es decir, el individuo cree que actúa conforme a derecho, cuando en realidad no es así o ni siquiera se plantea la licitud de su accionar.⁶⁸ El error de prohibición para algunos recae sobre la tipicidad de la conducta⁶⁹; lo que implica que a al individuo en error no le es exigible actuar conforme a derecho, pues

⁶⁷ El segundo párrafo fue agregado mediante el Artículo 1 de la Ley N° 30838, publicada el 04 agosto 2018, que ameritará un análisis en los posteriores capítulos de la presente investigación.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal – Parte General, Tiran lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 382 – 383;

⁶⁹ *“Es decir, que si el sujeto tenía conciencia que su conducta era contraria a una norma de derecho privado, pero no sabía que estaba desaprobada por un precepto penal, está en un error de prohibición.”* BOVINO, Alberto, “Culpabilidad, cultura y error”, *Themis*, N° 15, Lima, 1989, p.32

desconoce que está actuando antijurídicamente.

En cambio, para Welzel⁷⁰, el error de prohibición recae en la antijuridicidad del hecho; es decir, con pleno conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo –dolo-. Bajo esta perspectiva la persona sabe que su conducta es típica pero erróneamente considera que está permitida⁷¹.

El error de prohibición está regulado en nuestro Código Penal en el segundo párrafo del artículo 14, señalando que:

“Artículo 14.- (...)”

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.”

Como se advierte, el error de prohibición puede ser de dos clases: *i*) vencible (cuando actuando con mayor diligencia se pudo evitar del error⁷²) e *ii*) invencible (cuando pese a la diligencia tomada resultó imposible escapar a éste). Un error vencible referido a la antijuridicidad o a la responsabilidad por el hecho tiene efecto atenuante de la culpabilidad y con ello –facultativamente- de la pena; sin embargo, la antijuridicidad subsiste⁷³.

Asimismo, el error de prohibición se puede generar de forma directa o indirecta, encontrando

⁷⁰ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, pp. 232 - 233

⁷¹ Para algunos autores como Modolell cabe la idea de distinguir según el grado de “integración” del indígena para determinar si la exclusión de su responsabilidad penal se da en el ámbito de la culpabilidad, el de la antijuridicidad o de la tipicidad. Cfr. MODOLELL, Juan Luis, “Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen afroamericano)”, *Anuario de Derecho Penal: Derecho Penal y Pluralidad Cultural*, 2006, pp. 280 - 286

⁷² La invencibilidad en el error genera diferentes cuestionamientos pues considerarlo invencible implica realizar diversas comprobaciones. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., *Diversidad Cultural y Derecho Penal*, Ideas, Lima, 2017, p. 177 - 178.

⁷³ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal - Parte General - Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, T.I, Traducción de la 7ª edición alemana, Astrea, Buenos Aires, 1994, p.400.

en el primer grupo, el error de comprensión⁷⁴. Esta clase de error de prohibición se da cuando pese a que el individuo conozca la norma jurídico penal, no la comprende. Es decir, no tiene internalizado el valor que dicha norma encierra y como consecuencia no le es exigible por parte del Estado⁷⁵.

En ese sentido, al analizar la regulación del artículo 15 del Código Penal, varios han entendido que se encuentran frente a un tipo de error de prohibición directo y en principio invencible. En este extremo VILLAVICENCIO haciendo un análisis de los postulados de Zaffaroni al respecto concluye que al tratarse de un error de prohibición invencible queda eliminada la culpabilidad y en consecuencia se eximirá la responsabilidad penal y de la aplicación de una consecuencia jurídica⁷⁶. Resulta pertinente advertir que esta clase de error de prohibición puede ser asumida desde dos ámbitos: *i)* dentro del injusto penal, o *ii)* dentro del tipo penal. Las consecuencias que se derivan de cada una de estas son diferentes, para la primera corriente será necesario el inicio y desarrollo de un proceso penal; para la segunda al no existir delito, no habrá proceso.

Si se considera que el derecho penal se acciona frente a sujetos que son capaces de comprender la antijuridicidad de su conducta y el error de comprensión normativo con motivo de una cultura diferente afecta esa comprensión, la consecuencia lógica es que no se acepte un proceso penal en estos supuestos. Se debe advertir como lo indica Zaffaroni, que la acción antijurídica es reprochable en la medida de la exigibilidad y del grado de esfuerzo que el sujeto hubiese debido realizar para internalizar la norma; sin embargo, ello frente a sujetos

⁷⁴ Por comprensión deberá entenderse el más alto nivel de captación e internalización de conocimiento. *Cfr.* VILLAVICENCIO TERREROS, *Diversidad Cultural y Derecho Penal*, Ideas, Lima, 2017, p. 176

⁷⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan., HORMAZABAL MALAREE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, Barcelona, 1997, p. 347.

⁷⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, *Diversidad Cultural y Derecho Penal*, Ideas, Lima, 2017, p. 177.

culturales diferentes resulta difícil⁷⁷.

Así, para los que consideran que la cultura es un factor generador de error, este se genera sobre la exigibilidad de la comprensión de la norma jurídico – penal. Es decir, el sujeto por error –cultural- no advierte que tiene como exigencia la internalización de una determinada norma de conducta⁷⁸. Al respecto, se coincide con VILLAVICENCIO al afirmar que cuando se analiza la cultura como un factor de error de comprensión normativa resulta trascendental el análisis de la vencibilidad de referido error cultural⁷⁹, siendo que en estos supuestos se requerirá verificar puntualmente la norma de determinación quebrantada a fin de develar el valor que encierra la norma foránea⁸⁰. Para verificar si existía posibilidad que el sujeto cultural diferente –indígena- podía o no comprender el mensaje de determinación.

Crítica

Entendida la concepción de la interpretación del artículo 15 del citado Código como un error de prohibición, corresponde indicar por qué bajo las consideraciones expuestas en esta investigación sobre el valor cultura dentro de un Estado Constitucional de Derecho, esta posición no es adecuada.

⁷⁷ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo IV, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 100.

⁷⁸ Al respecto ZAFFARONI sostiene que el error de comprensión es la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente. ZAFFARONI Raúl Eugenio, *Política criminal latinoamericana – Perspectivas y disyuntivas*, Hammurabi, Argentina, 1982, p. 52.

⁷⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, *Diversidad Cultural y Derecho Penal*, Ideas, Lima, 2017, p. 180 - 181

⁸⁰ Al respecto Jakobs refiere que, en los supuestos de error de prohibición, si recaen sobre normas fundamentales, pertenecientes al ámbito de indisponibilidad, esto es, aquellos intereses como la vida, la salud, solo se considera la evitabilidad si la persona que realiza la conducta típica pertenece a otra cultura; sin embargo, añade que la inculpabilidad no solo se fundamenta en ello sino en la socialización exótica. JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal – Parte General – fundamentos y teoría de la imputación-*, 2° ed, Marcial Pons, España, 1997, p. 659. Véase además que es la posición asumida por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 1134-2016/Madre de Dios del trece de julio de dos mil diecisiete.

Puntualmente es su nomenclatura y lo que esta implica. Es decir, esta corriente parte de afirmar que el actuar bajo los parámetros de una cultura diferente, afecta o equivoca la comprensión de la norma penal o de su antijuricidad, generando desde un principio un juicio negativo frente al individuo culturalmente diferente. Califica la conducta del sujeto como una equivocación. Los postulados que sostienen esta teoría no pueden desligarse de considerar –benévolamente- un error a una cultura diferente a la mayoritaria.

El mensaje de esta corriente es de exigir conocer y respetar nuestra cultura por sobre otras; y solo si es inevitable que un individuo no lo pueda cumplir considerara a la otra cultura un error que exime de responsabilidad; sin embargo, si existe la posibilidad de que el sujeto culturalmente diferente la conozca debe respetarla.

Como se aprecia, esta corriente implícitamente, califica nuestra cultura como superior; craso error si se parte de comprender que las culturas no pueden ser calificadas de buena o malas, ni una la evolución de otra. Así, no se puede calificar de error que un indígena no respete un bien jurídico que no conoce, o cuestionar que no lo valore de igual forma.

2.2. Ejercicio legítimo de un derecho

Previo a afirmar que la comisión de conductas típicas, en el ejercicio legítimo del derecho a la cultura no pueden ameritar reproche penal, debemos entender el discurso argumentativo que hay detrás de la afirmación de que el ejercicio legítimo de un derecho –cualquiera fuese este- sea un eximente penal⁸¹.

Toda sociedad – Estado, para su adecuado funcionamiento tiene un sistema jurídico.

⁸¹ En nuestra actual regulación tenemos: “Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal: (...) 8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”

Debemos partir por entender que el ordenamiento jurídico es uno solo –o al menos esta es la expectativa que guarda una sociedad-; en ese sentido, si bien dentro de este sistema existen diversos subsistemas que regulan jurídicamente segmentos diferentes de la sociedad –penal, civil, tributario, comercial, etc.- las normas que rigen en cada segmento no pueden contraponerse con las normas de otro, de lo contrario el sistema jurídico colapsaría⁸².

Así, actuar en el ejercicio legítimo de un derecho excluye la antijuricidad de la conducta. Para muchos se consolida como una autentica causal de justificación. Cabe hacer la precisión, que el ejercicio legítimo de un derecho es una categoría autónoma que se mantiene independiente respecto otras como la legítima defensa, el estado de necesidad, etc. Para entender mejor su configuración conviene indicar sus presupuestos: a. Existencia de un derecho, b. Titularidad por parte del agente, y c. Ejercicio propiamente dicho del mismo.⁸³

Con base en lo indicado un sector de la doctrina ha sostenido que la comisión de ilícitos por personas de una cultura diferente a la nuestra y motivada por su cultura configura un claro ejemplo de antijuricidad; por el ejercicio legítimo de un derecho. Este derecho legítimo vendría a ser el ejercicio de su cultura. Sostienen que la cultura es un derecho fundamental reconocido en diferente normativa nacional e internacional, específicamente en nuestra regulación constitucional está en el numeral 19 del artículo 2, que dice:

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

⁸² WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, p. 77. Asimismo, otros autores precisan que “*Esta unidad del derecho se basa en la del Estado, ya que este es uno solo, con una sola voluntad, la cual no puede expresarse en manifestaciones contradictorias, como sería la de permitir y prohibir algo al mismo tiempo.*” ROMERO SOTO, Luis E., “El ejercicio legítimo de un derecho”, *Nuevo Foro. Penal*, N° 12, Temis, Colombia, 1982, p. 381

⁸³ En nuestra jurisprudencia podemos ver la aplicación del ejercicio legítimo de un derecho como una causal de antijuricidad. Véase: Recurso de nulidad N° 737-2018/Lima, del doce de septiembre de dos mil dieciocho

En ese sentido, el actuar conforme a una cultura está protegido, por lo que las acciones que se realicen en el marco de una determinada cultura no pueden ser penalizadas por otra, pues implicaría un recorte injustificado e inconstitucional del disfrute legítimo de un derecho.

Crítica

En lo que respecta a la corriente que considera el artículo 15 del Código Penal como un ejercicio legítimo de un derecho, se afirma que es inconsistente. La naturaleza jurídica del ejercicio legítimo de un derecho, implica el ejercicio de un derecho que dentro de un mismo ordenamiento jurídico no puede contraponerse con otro derecho.

Sin embargo, se debe entender que el ordenamiento jurídico –el nuestro- que tipifica una determinada conducta como delito, no es reflejo, ni se corresponde a la cultura del sujeto que comete el ilícito. Así, no se puede afirmar que dicho sujeto ejerció un derecho que le está siendo prohibido y permitido en un mismo ordenamiento –el nuestro-.

Es importante recordar lo que se señala en apartados precedentes, referente a que los pueblos indígenas crean su propio sistema jurídico en función a su cultura. Toda su organización se genera a partir de los valores que su cultura estima. En ese sentido, cuando un indígena comete un delito, quebranta una norma, vulnera un bien jurídico –propio de nuestra cultura-, lo hace partiendo de lo aprendido en su cultura. En ese sentido, no existe una norma que prohíba y autorice una conducta dentro de un mismo sistema de jurídico –el nuestro-; sino que hay un componente valorativo –quizá normativizado- de otro sistema jurídico, reflejo de otra cultura, que motiva la acción –en sentido positivo o negativo- del indígena, en un sistema jurídico diferente –el nuestro-.

Por ello, no es coherente considerar al citado artículo 15, un supuesto de ejercicio de legítimo derecho, pues no se puede limitar nuestro análisis a su derecho a expresar su cultura de

manera general; sino la conducta en concreto, la cual como se explica se justifica en normas jurídicas de otro ordenamiento jurídico, uno propio de su cultura, no existiendo un conflicto de normas jurídicas de un mismo ordenamiento.

2.3. Causas de justificación: Legítima Defensa – Estado de necesidad

Cuando se analiza la antijuricidad, necesariamente se estudian las causas de justificación que vienen a ser aquellas circunstancias eximentes que por determinadas razones excluyen la antijuricidad o ilicitud de una conducta que en principio es típica. Así, la antijuricidad es el análisis de la existencia de causas de justificación de la acción típica⁸⁴. Por tanto, en este ámbito se analiza la existencia de normas permisivas que garantizan el efectivo ejercicio de la libertad, frente al quebrantamiento legítimo de una norma⁸⁵.

En este sentido resulta interesante lo que al respecto apunta BUSTOS RAMÍREZ, cuando indica que al ser el derecho penal, la parte más dura –*ultima ratio*- del sistema jurídico, las causas de justificación que excluyen la antijuricidad pueden encontrarse en cualquier parte del ordenamiento, precisando que, para que un hecho sea sancionado con pena es necesario que no exista dentro de todo el ordenamiento jurídico –que se supone único y coordinado– ninguna norma que le reconozca a la persona su derecho a actuar de esa manera⁸⁶. El análisis de la antijuricidad no se limita a una valoración negativa (verificar la presencia de causas de justificación) en principio exige un reconocimiento y valoración de la afectación de

⁸⁴ “La antijuricidad la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana, es la síntesis de la anti-normatividad y la ausencia de precepto permisivo que la abarca.” ZAFFARONI Raúl Eugenio, *Derecho penal, Parte general*, Ediar, Argentina, 2002, p. 590. La antijuricidad es el predicado de la acción, aquella acción típica realizada sin justificación. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte General*, 7ma edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 pp. 299 - 300

⁸⁵ “Los preceptos permisivos que vendrían a ser las causas de justificación son el fruto del reconocimiento de la irracionalidad del poder punitivo. La injerencia del poder punitivo es irracional cuando el autor debe realizar una acción antinormativa como parte de su ejercicio de libertad.” ZARATE MERILES, Luis Abel, “El indígena frente a la ley penal: Una posición desde los Derechos Humanos de los pueblos indígenas”, *Verba Iuris*, N° 41, Colombia, 2019, p. 84

⁸⁶ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Nuevo sistema de derecho penal*, Trotta, Madrid, 2004, p. 92

un bien jurídico y luego la verificación de la existencia de normas permisivas.

En ese sentido, para un sector de la doctrina, el cometimiento de un ilícito en ejercicio de una cultura diferente, muchas veces configuraría una causal de justificación, bajo las figuras de estado de necesidad o legítima defensa.

Crítica

El artículo 15 del código penal, que en principio exime de responsabilidad penal al *extraneus* cultural no puede ser considerado un supuesto de Estado de necesidad o de legítima defensa, pues estas son construcciones jurídicas - penales que nacen desde nuestro ordenamiento; y en función a nuestra realidad se han establecido sus requisitos y se realiza su análisis. Una vez más el análisis de la naturaleza jurídica de esta norma penal parte de una realidad inexistente: un solo ordenamiento jurídico posible y vigente.

Así, por ejemplo, en el supuesto de la legítima defensa, el principal elemento que se debe cumplir es la agresión ilegítima; sin embargo, el indígena que cometa una acción ilícita para nuestro ordenamiento, no siempre la realiza como consecuencia de una agresión que este considera ilegítima. Sino que actúa de conformidad a su derecho. Muchas veces ni siquiera existe una acción previa por parte de otro. Por ejemplo, en los supuestos de que se mantengan relaciones sexuales con menores de 14 años; por ser parte de su tradición cultural.

Asimismo, ocurre en los supuestos de estados de necesidad (justificante y exculpante) que implica siempre una ponderación de derechos; sin embargo, ello requiere valorar ambos bienes jurídicos que se encuentran en juego; y ello no necesariamente pasa con quien realiza un acto conforme a su cultura que para nosotros califica como ilícito; pues simplemente uno de los bienes jurídicos en juego no lo considera; o en su cultura resulta insignificante.

En ese sentido, analizar una acción de un sujeto culturalmente diferente bajo los supuestos de Estado de necesidad o Legítima defensa; solo sería válido para algunos casos y solo si trasladamos estas construcciones a su cultura, abandonando la nuestra. Solo así, se podría considerar un peligro inminente; por ejemplo, un acto de brujería⁸⁷.

Por último, cabe precisar que valorar la cultura en el ámbito de la antijuricidad; específicamente como causales de justificación implica reconocer el quebrantamiento de una norma, para luego indicar que está justificado en tanto la existencia de un permiso normativo. Lo indicado implica, reconocer como válida la norma quebrantada y excepcional su infracción, generando una carga en el sujeto culturalmente diferente, pues se indica que este debe conocer y eventualmente comprender la ilicitud de su accionar. Asimismo, se reconocería que el ejercicio de la cultura es una norma permisiva general, cayendo en un indeterminismo absoluto.

2.4. Inimputabilidad

En este apartado se analiza el reconocimiento de la cultura en el derecho penal, desde la corriente que considera al artículo 15 del Código Penal un supuesto de inimputabilidad. Así, al igual que la corriente del error de prohibición; para esta corriente la cultura es un factor que incide en la categoría jurídica de la culpabilidad, puntualmente en el factor de imputabilidad, entendida como capacidad de entender el mensaje normativo y guiarse por esa comprensión.

Para tener en claro los alcances de esta corriente, se debe tener en cuenta que la culpabilidad, es una de las categorías del delito más vinculadas con la subjetividad,

⁸⁷ En este sentido rescatamos la jurisprudencia citada por VILLAVICENCIO (Exp. N° 98-0302.191601-SP-03 de la Corte Superior de Justicia de Loreto) donde los magistrados sostienen que el homicidio cometido por unos pobladores se sostiene en una causal de legítima defensa –bajo la valoración cultural de agresión ilegítima-, pues el agraviado sería un brujo que generaba males a su comunidad.

reconociendo como parte medular de esta categoría a la capacidad de imputabilidad de la persona. La ausencia de imputabilidad excluye *prima facie* toda posibilidad de culpabilidad; y, por ende de reproche penal. Así, será culpable, en principio, solo quien posea un grado de capacidad psíquica suficiente que lo habilite a valorar lo socialmente reprochable de su obrar.

En ese sentido, autores función - normativistas como JAKOBS⁸⁸, indican que el problema que genera la cultura es uno de socialización –socialización exótica- por lo que se generaría una inimputabilidad extrema; entiéndase esto en tanto se advierta una percepción diferente de la realidad, donde las conductas sean valoradas de diferentes formas y no se pueda internalizar la norma de conducta. Al plantearse esta postura, también refiere que se trata de un estado psíquico extremo; por el cual una persona no internaliza la norma y en consecuencia no la comprende.

En líneas similares Hurtado Pozo⁸⁹ refiere que la cultura, al menos conforme la regulación del artículo 15 del Código penal peruano es entendida razonablemente como una causal de inimputabilidad. MEINI⁹⁰ y TERRADILLOS⁹¹, también consideran el factor cultural como una causal de inimputabilidad, pero precisan que esta debe ser entendida en su sentido estrictamente normativo; es decir, evitar cualquier carga peyorativa que la palabra implique; pues entienden que cualquiera fuese la incapacidad de conocer y determinarse conforme la

⁸⁸ JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal Parte General*, 2 Ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.659 - 660

⁸⁹ HURTADO POZO, José, "Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?", *Anuario de Derecho Penal: Aspectos fundamentales de la parte general del Código penal peruano*, 2003, p. 3. Recuperado a partir de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_15.pdf

⁹⁰ MEINI MÉNDEZ, Iván F. *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, pp. 49, 112 y ss.

⁹¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: "Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el derecho penal español", *Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Libro Homenaje al profesor Claus Roxin*, I.ª ed., Lerner, Córdoba, Argentina, 2001, p. 248

norma es una causal válida de inimputabilidad⁹², no restando con ello la calidad de persona de los indígenas y consecuentemente sus derechos. En relación a ello MENI refiere que resulta preferible remplazar el vocablo de “imputabilidad” o “inimputabilidad” por el de “capacidad” o “incapacidad penal”.

Otros autores, como VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, en la misma línea precisan que no en todos los casos la cultura diferente puede generar inimputabilidad, pues trae a colación la reflexión de que tan respetable son los patrones culturales de las comunidades aborígenes como las del resto del mundo⁹³. Es decir, se considera que existe un límite a esa inimputabilidad; pues no respecto a se tolera la vulneración de determinados bienes jurídicos que dentro de nuestra sociedad son valiosos.

Asimismo, dentro de esta corriente de autores que consideran a la cultura como una causal de inimputabilidad, se distingue dos posturas acerca del impedimento cultural para comprender el mensaje normativo: *i)* aquella que lo equipara a una causa de anomalía o alteración psíquica; y, *ii)* como una alteración en la percepción. Aceptar esas interpretaciones, pone en duda la necesidad del artículo 15 del Código Penal peruano, pues se podría subsumir en alguno de los supuestos del numeral 1 del artículo 20 del Código Penal peruano.

Críticas

⁹² Es de interés comentar la jurisprudencia colombiana signada en la sentencia TC C-370/02, de 14 de mayo de 2002 –MP Luis Eduardo Montealegre Lynett, referente a la constitucionalidad del artículo 33 de su Código penal que dice: “Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender la ilicitud o de determinarse de acuerdo a esa comprensión por diversidad cultural”, se indicó que dicha norma es constitucional siempre y cuando se entienda que la inimputabilidad a la que se hace referencia no deviene de una incapacidad; asimismo, con base en este artículo se debe absolver al sujeto y no declararlo inimputable.

⁹³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho penal, parte general*, 5ª, Ediciones jurídicas Andrés Morales, Colombia, 2013, p. 323.

Ahora nos corresponde citar las principales críticas formuladas a esta corriente, en principio, se sostienen en afirmar que la calificación de inimputable a un ser humano por la sola razón de su cultura trae consigo una carga negativa y peyorativa⁹⁴. Una crítica genérica como la que se presenta, desconoce los esfuerzos de aquellos que sostienen que la inimputabilidad cultural debe ser entendida como cualquier otra; es decir, una falta de comprensión del carácter ilícito del acto o no poder comportarse conforme a esa comprensión; al igual que un niño; con la salvedad del origen de la inimputabilidad.

Caso diferente es considerar la diferencia cultural como una anomalía o alteración psíquica; pues no se puede desconocer que el fundamento de esta causal de inimputabilidad, es justamente perturbaciones mentales; singularidades deficientes en la capacidad de raciocinio. Por tanto, al considerar a un indígena inimputable con base en esta postura, implicaría afirmar que este tiene sus facultades mentales disminuidas para entender nuestra norma. Dicha afirmación, es discriminatoria, y atentan directamente a la concepción de la cultura dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Al respecto, es importante afirmar que una postura como la que se esbozó no solo es una construcción con sesgo racista; sino que no tiene una base científica. Como señala, STAVENHAGEN, *“los grupos raciales o étnicos no son ni superiores ni inferiores en relación a otros grupos en capacidad intelectual, desarrollo cultural, capacidades mentales, inteligencia y demás (argumentos que los racistas han esgrimido a lo largo de la historia),*

⁹⁴ “Desde este punto de vista, la concepción de la condición étnica como un factor jurídico de inimputabilidad, aun cuando aparente razones de protección al grupo étnico, no solo atenta contra los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad, sino que puede desconocer principios derivados de las convenciones referidas, que integran el bloque de constitucionalidad”. BERNAL CUELLAR, Jaime, “Bloque de constitucionalidad y derecho penal”, *El funcionalismo en el Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003, p. 200

*debido al color de su piel o a otros atributos físicos.*⁹⁵

Por otro lado, cuando se analiza la inimputabilidad cultural como una alteración de la percepción de la realidad, fuerza a aceptar que un indígena por su cultura, tiene una percepción errada de la realidad socio normativa que existe⁹⁶ y que debe cumplir. Afirmación que implícitamente niega el valor de la cultura del indígena; poniendo por encima la nuestra, afirmando que una correcta percepción de la realidad se adecua solo a nuestra cultura. Lo cual tampoco resulta una interpretación válida.

Sin embargo, cabe precisar que, respecto a la alteración de la percepción, existen dos corrientes, una que afirman que la alteración en la percepción se debe a razones físico – biológicas⁹⁷; y una segunda a razones de deficiencias socio-culturales.

Esta última postura considera posible una alteración de la percepción de la realidad, por razones socio – culturales, pero haciendo referencia a comunidades indígenas aisladas. Así, OLAIZOLA, citando a Tamarit, señala que: *“la posible aplicación de esta eximente a supuestos de aislamiento cultural en que pueden encontrarse personas que no han tenido oportunidad de adoptar los valores fundamentales de la cultura de la sociedad de acogida, como el respeto a la dignidad humana sin condiciones o el repudio de la violencia.”*⁹⁸ Una vez más, se aprecia la imposición de nuestra cultura y valores; por sobre los de otras culturas.

⁹⁵ STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas”, *XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2008, p. 261

⁹⁶ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho – Parte General*, 3ª, Tirant Lo Blanch, España, 2016, pp. 513 y ss.

⁹⁷ JERICÓ OJER Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, España, 2007, p. 574

⁹⁸ OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, – 2018, p. 18: Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 20-03 (2018), 31 mayo]

Es importante recordar la redacción de nuestro Código penal, referente a las causales de inimputabilidad citadas:

“Artículo 20.- Inimputabilidad. - El que, por **anomalía** psíquica, grave **alteración** de la conciencia o por **sufrir alteraciones** en la percepción, que **afectan gravemente** su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”

Como se ve, las palabras resaltadas que pone nuestro legislador tienen una carga negativa; lo que genera que tanto a la afectación psíquica como a la alteración de la percepción; por motivos culturales, implique necesariamente una calificación negativa de la cultura que motivo la acción calificada como ilícita para nuestra cultura.

Lo señalado descalifica una interpretación tal del artículo 15 del Código Penal; pues dista mucho de un reconocimiento de la diversidad cultural adecuado a un Estado Constitucional de Derecho.

Atendiendo a lo señalado, se puede concluir afirmando la posibilidad de considerar a la cultura una causa de inimputabilidad, pero marcando una diferencia con las otras causales, pues se advierte una regulación y tratamiento diferenciado.

CAPÍTULO III

En el presente capítulo se desarrolla la postura respecto a la cual la cultura es fundamento del mensaje normativo; y en ese sentido una causal de inimputabilidad. Se precisa que características tiene esta clase de inimputabilidad. Para terminar, señalando si existe o no una posible interpretación constitucional del artículo 15 del Código Penal.

Asimismo, al plantear esta postura de inimputabilidad cultural, se demuestra cómo se presenta de forma gradual (configuración de tres escenarios), y se señala que debe analizarse de manera puntual frente al bien jurídico que se imputa afectado y no de manera general, como suele suceder con las otras causales de inimputabilidad.

1. Diversidad cultural como supuesto de inimputabilidad

En el primer capítulo, se concluye que la cultura de una sociedad es fundamental en la formación de una norma jurídico penal; pues define el bien jurídico que encierra la norma penal. En consecuencia, se demuestra que la cultura es un elemento fundamental que determina la comprensión o no del mensaje de determinación.

Ahora bien, es a partir de esa afirmación que se analiza las diferentes corrientes de interpretación sobre la naturaleza jurídica del artículo 15 del Código Penal, así como sus críticas, advirtiendo que ninguna de ellas –en su totalidad- brinda una interpretación acorde a un Estado Constitucional de Derecho.

Si bien, se encuentra una base en los postulados que defiende el enfoque de la inimputabilidad; aún se considera importante reforzar ciertas ideas y descartar otras con el fin que esta postura no encuentre contradicciones con los postulados iniciales en relación a la cultura y su valor como derecho fundamental dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

1.1. Inimputabilidad como ruptura de la comunicación normativa

Para desarrollar esta idea, en principio es importante señalar qué se comprende por imputabilidad, para determinar si la diversidad cultural puede asimilarse a un supuesto de inimputabilidad ya existente en nuestro ordenamiento o no.

La imputabilidad, tradicionalmente, es comprendida como el primer nivel de análisis de la

categoría de culpabilidad⁹⁹, se refiere a la capacidad de comprensión del injusto cometido¹⁰⁰. Solo cuando se comprende el injusto, se puede generar el reproche ante el cometimiento de un acto ilícito. Por ello se afirma que la imputabilidad es el primer criterio a comprobar para afirmar que alguien pudo haber cometido o no un delito.

En el análisis de la imputabilidad, se requiere verificar un comportamiento humano (con consciencia y voluntad) antijurídico realizado, y que el sujeto sea incapaz de comprender este significado antijurídico o de dirigir su actuación conforme a dicha comprensión¹⁰¹.

Como se puede apreciar en la categoría de la imputabilidad, según la doctrina se distinguen dos elementos¹⁰²:

a. la capacidad de comprender lo injusto del hecho, y

b. la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento.

Esta investigación se centra en el primero de ellos; es decir, en la capacidad de comprender el injusto. Si se reflexiona en este nivel advertimos que se refiere a lo básico necesario para que exista comunicación, entre un individuo y la sociedad que lo alberga. Es decir; hace referencia a las condiciones que debe reunir un individuo, para ser capaz de decodificar el mensaje que el Estado le envía mediante una norma jurídica penal.

Para continuar, es preciso hacer algunas consideraciones en torno a la comunicación. Se

⁹⁹ Entendida como la categoría del delito que determinara si el accionar de un individuo puede o no ser reprochable jurídicamente. Incidiendo para ello en tres elementos: a. Imputabilidad, b. Conciencia de la Antijuridicidad, y c. Exigibilidad de otra conducta

¹⁰⁰ MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*, T. I. 1, Traducción de la 7ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1994 p. 600.

¹⁰¹ DIEZ RIPOLLES, José Luis, "Aspectos generales de la imputabilidad", *Estudios de Derecho Judicial*, N° 110, Consejo General del Poder Judicial, España, 2006, pp. 23 y 24.

¹⁰² HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal – Parte General I*, 3° Ed., Grijley, Lima 2005, p.208; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª. edición PPU S.A., Barcelona, 1996., p. 571.

trata de un proceso humano mediante el cual se intercambian significados (ideas) y para que este sea posible; se requiere que los sujetos activos de la comunicación (emisor y receptor) compartan un mismo medio social. En ese sentido, se señala que *“El intercambio de significados que está en la base de la comunicación es solo posible en un medio social donde exista un sujeto otro que comparta los códigos que se intercambian, por lo que la comunicación es un proceso sociocultural en el que se intercambian, y también se construyen, significaciones y simbolismo”*.¹⁰³.

Al respecto, se debe recordar lo que se analiza en el primer capítulo, referente a la importancia de la cultura dentro de una sociedad. En ese sentido, se puede afirmar que la dimensión cultural es parte fundamental de toda la creación de una sociedad por lo que siempre se requerirá un análisis y consideración de esta dimensión¹⁰⁴. Así, no se escapa de esta influencia la comunicación normativa de un Estado y su gente.

Por tanto, un Estado como el peruano o cualquier otro, establecen sus normas, entre ellas las jurídico-penales, con base en la cultura de la sociedad que pretenden controlar, esperando que todo ciudadano –que se identifique y haya crecido dentro de esa sociedad-, sea un receptor idóneo de la norma penal, y en ese sentido, comprenda el mensaje de determinación. Sin embargo, esta premisa desconoce la realidad de los Estado multiculturales.

Así, la imputabilidad de un sujeto se determina –en principio- por tener todas sus cualidades psicofísicas y legales aptas para recibir y comprender lo que manda el Estado a través de la

¹⁰³ CORDERO DURÁN, Lisandra, “La comunicación como proceso cultural. Pistas para el análisis”, *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, 6(3), e13, 2018, pp. 2- 3 visto en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2308-01322018000300013&lng=es&tlng=es.

¹⁰⁴ Cfr. GONZÁLEZ, Jorge A., “Los frentes culturales. Culturas, mapas, poderes y luchas por las definiciones legítimas de los sentidos sociales de la vida”. *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*. N° 3, Universidad de Colima, México, 1987, pp. 5-44.

norma. Pero, también dependerá la cultura del individuo receptor de la norma¹⁰⁵.

Las condiciones de idoneidad del receptor de la norma, que permiten la imputabilidad de una conducta son reconocidas y en algunos casos definidas por nuestro legislador. Es este quien indica los supuestos en los cuales un individuo no se encuentra apto para comprender lo que le dice el Estado a través de la norma jurídico penal; es decir, establece cuando no existe una comunicación válida; que permita el reproche penal.

Así, conforme el ordenamiento penal peruano, estos supuestos son: *i)* anomalía psíquica, *ii)* grave alteración de la conciencia, *iii)* alteración en la percepción; y *iv)* el menor de 18 años. Ante estos supuestos se considera que una persona es incapaz de comprender un mensaje normativo; es decir, se trata de un receptor deficiente; por lo que no existe comunicación válida.

Como se indica, si nos ceñimos a lo regulado en el código penal peruano, la diversidad cultural no puede asimilarse a alguno de los supuestos de inimputabilidad citados. Sin embargo; si se deja de lado las calificaciones peyorativas, que son intrínsecas a la regulación de inimputabilidad clásica –como la que mantiene el Perú-; se puede a partir de alguna de las consideraciones de la inimputabilidad para sostener un nuevo tipo: la inimputabilidad cultural.

Una pregunta para iniciar el análisis es, ¿puede un sujeto culturalmente diferente comprender una norma de otra cultura? Alguien que creció creyendo, y aprendiendo a través

¹⁰⁵ En la misma línea Cairoli refiere que: “La tesis tradicional reducía todo el problema a lo intelectual y volitivo, olvidando otros factores que inciden en las facultades humanas de la inteligencia y la voluntad. Existen factores psíquicos y socio culturales que son muy importantes para considerar la capacidad de culpabilidad. Hay un proceso de interacción social que hace que el sujeto desarrolle una serie de facultades que le permiten conocer las normas que rigen la convivencia y dirigir sus actos de acuerdo con ellas.” *Cfr.* CAIROLI MARTÍNEZ, Milton, “La capacidad de culpabilidad y su exclusión (inimputabilidad)”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Universidad Castilla de la Mancha, España, 2001, p. 896

de su familia, escuela y comunidad que lo más sagrado que tienen es su tierra; ¿puede comprender que esta solo tenga un valor económico? Se considera que la respuesta es no; pues se aprecia de manera diferente –no mejor ni peor- el valor de la tierra.

Es importante recordar que en capítulos precedentes se comprueba que la cultura es parte fundamental de la norma jurídico penal. Por tanto, un sujeto culturalmente diferente no puede comprender el mensaje normativo de una cultura que no es la suya; pues la valoración que realiza de los elementos del mensaje jurídico penal se corresponde a su formación cultural.

Sin embargo; esta incompreensión no radica en una deficiencia psico-biológica de un sujeto culturalmente diferente, que en principio tiene las mismas capacidades mentales que cualquiera de otra cultura; sino, que tiene que ver con su cultura. Y esta la consideramos un elemento necesario para la decodificación del mensaje.

En ese sentido, la cultura no solo es un elemento fundamental en la formación de la norma sino también como cualidad sustancial de un ser humano, para poder comprender su realidad y en ese sentido comprender los mensajes dentro de la sociedad.

Es decir, un sujeto culturalmente diferente no puede con su cultura comprender correctamente el mensaje que el Estado le envía; pues este mensaje se corresponde a una cultura diferente a la suya. Lo cual evita una comunicación entre el Estado y el sujeto culturalmente diferente. Así, sino existe comunicación, no existe reproche penal válido pues se estaría exigiendo al sujeto un comportamiento que no le ha sido informado.

Por lo señalado, se afirma que la diferencia cultural si es una causal de inimputabilidad, en la medida que afecta el nivel de comprensión del mensaje normativo; y evita que un sujeto comprenda de la ilicitud de su actuar. Sin embargo, no puede ser asimilable a las categorías de inimputabilidad existentes, las cuales hacen exclusiva referencia a capacidades psico

biológicas y legales del receptor. Pues solo se reafirma que el problema de comprensión - comunicación normativa, es atribuible a defectos del receptor.

Por su parte la cultura, si bien es un factor intrínseco a la psiquis del receptor es también un factor presente en la sociedad y sobretodo en el emisor de la norma; decir el Estado. Por tanto, un defecto de comunicación por razón cultural, no solo compete al receptor sino al emisor, quien no consideró que su mensaje normativo debía encerrar la cultura de todos sus receptores.

Ahora bien, se debe reconocer que resulta complicado, sino imposible, que las normas jurídico penales sean diseñadas de forma tal que encierre diferentes esquemas de valores culturales; por ello, es necesario que exista una causal diferente a las existentes que regule la inimputabilidad cultural.

Esta reconocerá que no existe comunicación valida entre el Estado y un sujeto que no comparte la cultura del Estado, que considera como fundamento de su ordenamiento jurídico penal solo una cultura –dominante-.

1.2. Consideraciones en torno a la inimputabilidad cultural

El afirmar que por razones culturales se genera un tipo de inimputabilidad implica aceptar que en líneas generales se equipara a los demás supuestos de inimputabilidad (inicios 1 y 2 del artículo 20 del CP). Ello es importante porque permite afirmar prima facie que no cabe intervención por parte del derecho penal por tratarse de un inimputable.

Sin embargo, acerca de la inimputabilidad cultural que se postula se debe realizar ciertas precisiones propias de su naturaleza; para ello se señala algunas cuestiones de los demás tipos de inimputabilidad; para evidenciar la diferencia.

- *Relativa*

La persona inimputable por razones psico- biológicas, potencialmente puede desconocer cualquier norma jurídico penal; no solo aquella por la que se ve sometido a una investigación.

Así, por ejemplo, si una persona esquizofrénica agrede sexualmente, por la misma enfermedad puede lesionar a otra persona o dañar el patrimonio de otra. La inimputabilidad que padece, afecta su capacidad como receptor de cualquier norma jurídico penal emitida por el Estado; independientemente del bien jurídico.

Por el contrario, la inimputabilidad cultural, no siempre se genera de manera global frente a todo el ordenamiento jurídico, de hecho sería un supuesto aislado. Por eso se afirma que esta clase de inimputabilidad debe ser analizada de manera puntual respecto al bien jurídico afectado.

En ese sentido, que una persona sea inimputable frente a un delito de hurto –por tener una idea diferente de la propiedad- no implica que sea inimputable frente a un delito de agresión sexual a menor de edad. Como se sostiene, esta clase de inimputabilidad depende de la escala de valores que se reconoce y aprenden culturalmente

Así, para determinar una inimputabilidad por esquizofrenia, se requiere analizar y evaluar al sujeto, verificar su capacidad de recepción y de decodificación del mensaje normativo. En cambio, en la inimputabilidad cultural; se deberá exigir un análisis puntual de la norma incomprendida para descifrar el valor que encierra. Y en un segundo nivel, la cultura del sujeto receptor del mensaje; solo así se podrá determinar si en efecto el valor que encierra la norma jurídico penal no es asimilable por el sujeto de cultura diferente.

Lo que se señala indica que un sujeto culturalmente diferente a nosotros (perteneciente a un pueblo indígena) no siempre será un inimputable cultural.

- *Reversible*

Asimismo, es importante advertir que la inimputabilidad cultural, nace con el sujeto y –en principio- no varía con el tiempo, ello en contraposición con la inimputabilidad por la edad. Por tanto, esta clase de inimputabilidad no admite un término medio, como la responsabilidad restringida por la edad (artículo 22 del CP), o la responsabilidad restringida en general (artículo 21 del CP).

Sin embargo, es la inimputabilidad cultural puede ser superada (a diferencia de otras relacionadas a deficiencias psíquicas y mentales, que en el mejor de los casos pueden ser tratadas y controladas). Me refiero, que de ser el caso, una persona puede aprender una cultura diferente a la suya, superando el primer nivel de inimputabilidad (comprensión del mensaje normativo) y de ser su interés y consentimiento comportarse de acuerdo a esa comprensión, eliminando así la inimputabilidad cultural originaria¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Al respecto Hurtado Pozo refiere que: “Para el miembro de la comunidad nativa sólo existe un sistema cultural y actúa conforme a sus normas, salvo que se trate de una comunidad que tiene suficientes contactos con el sistema oficial (gracias, a la actividad de misioneros, comerciantes, etc.) y que, por tanto, sus miembros ya conocen que el comportamiento en cuestión está prohibido conforme a las reglas ajenas a su cultura. Caso en el que, de cometer el acto prohibido, lo harán porque consideran legítimo seguir comportándose según sus pautas culturales propias. Bastaría aplicar entonces la noción de error de prohibición” *Cfr.* HURTADO POZO, José, “Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?”, *Anuario de Derecho Penal: Aspectos fundamentales de la parte general del Código penal peruano*, 2003, p. 2. Recuperado a partir de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_15.pdf

- *Particular en sus implicancias procesales*

Una precisión final que cabe realizar en torno a la inimputabilidad cultural, es sobre cuáles serían sus consecuencias procesales. Para empezar, veamos el supuesto de las demás inimputabilidades.

Cuando se trata de inimputabilidad por minoría de edad, se estatuye un proceso diferente al de naturaleza penal; en el cual de ser el caso no se aplica penas; sino medidas socioeducativas.

Por otro lado, cuando se trata de los supuestos del numeral 1 del artículo 20 del CP se instaura el proceso de seguridad (artículo 458 del CPP); que deberá resolver si al inimputable le corresponde la absolución o la imposición de una medida de seguridad (artículo 72 del CP)¹⁰⁷.

Las preguntas en este ámbito son varias: ¿El citado tratamiento procesal es válido para la inimputabilidad cultural? ¿Una medida de seguridad es idónea para un inimputable cultural? ¿Qué determina la peligrosidad de un inimputable cultural?

Debemos empezar afirmando que se considera a la imputabilidad un presupuesto del delito; por tanto, la inimputabilidad cultural, al igual que cualquier otra¹⁰⁸ excluye la capacidad y

¹⁰⁷ Al respecto Meini, reflexiona sobre los problemas que se generan en torno a la inimputabilidad y capacidad de pena. Realiza apreciaciones que debemos tener presentes como: i) La medida de seguridad debe responde no solo a la comisión de un ilícito, sino a la peligrosidad del agente; ii) El proceso de seguridad, presupone un mínimo de capacidad por parte del agente para entender el proceso al que se encuentra sometido. iii) frente a la inimputabilidad solo se puede declarar el sobreseimiento de la causa; no cabe la absolución. *Cfr.* MEINI MÉNDEZ, Iván F., *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, pp. 126 - 130

¹⁰⁸ *Cfr.* MEINI MÉNDEZ, Iván F., *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014. pp. 288; HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal – Parte General I*, 3° Ed., Grijley, Lima, 2005, pp. 202, 207

legitimidad del Estado de incoar un proceso penal y mucho menos una pena. Así, en cuanto al proceso de seguridad; este requiere una capacidad mínima por parte del agente para comprender su sometimiento. Sin embargo, no es claro como este podría siquiera ser lícito en los supuestos comunes de inimputabilidad, menos aún en la inimputabilidad cultural.

Así, se considera que por las características propias de esta clase de inimputabilidad; y sobre todo por ser una condición respetable (no se puede juzgar a alguien por poseer una cultura diferente; no se puede coaccionar para que este cambie su cultura), se requiere que, en los casos que amerite¹⁰⁹, se instauré un proceso particular, diferente al proceso de seguridad, en el cual se puede emitir una resolución implantando; por ejemplo, una medida socioeducativa, con enfoque intercultural.

Lo que se señala, tiene que ver también con la naturaleza de las medidas de seguridad y sus presupuestos. En principio, si bien se ha señalado que la medida de seguridad no es una pena, estos sustentos pierden claridad cuando se advierte su nexo directo a la imputación de la comisión de un ilícito. De hecho, es uno de sus requisitos (numeral 1, artículo 72 del CP). Asimismo, un segundo requisito es *“Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos”* (numeral 2, artículo 72 del CP), en buena cuenta analizar su peligrosidad.

En nuestro ordenamiento jurídico hay varios delitos; y muchos de estos no son reconocidos como tal por otras culturas; por lo que un inimputable cultural eventualmente puede cometer otros delitos; sin embargo, ello *per se* no puede considerarse peligroso.

¹⁰⁹ En el capítulo final se analizarán y resolverán los diferentes estados que puede generar la diversidad cultural en el ámbito penal.

La imposibilidad de incoar un proceso de seguridad a un inimputable cultural se ve de manera más clara, cuando atendemos a las clases de medidas de seguridad¹¹⁰ las cuales están pensadas en los supuestos de inimputabilidad del numeral 1, artículo 20 del CP.

1.3. La naturaleza del artículo 15 del código penal

Conforme se señala en apartados precedentes se debe afirmar que el citado artículo contiene en su estructura un supuesto de inimputabilidad. La cual obedece a razones culturales, tiene características particulares –que ya vimos- y debe tener un procesamiento particular –que sugerimos en líneas generales-. Sin embargo, su redacción en conjunto no es adecuada.

- i) “El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión será eximido de responsabilidad, cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”*

Una primera consideración es que este artículo hace referencia por un lado a la cultura –la cual hemos venido desarrollando- y en segundo lugar a la costumbre.

Al respecto, de la costumbre como supuesto de este artículo, existen dos posiciones: *i)* aquellos que consideran que se trata de una acepción más de cultura, como un sinónimo, sin mayores implicancias¹¹¹; y, *ii)* los que consideran que con ello se hace alusión a la

¹¹⁰ Artículo 71.- Medidas de seguridad. Clases
Las medidas de seguridad que establece este Código son:

1. Internación; y
2. Tratamiento ambulatorio.

¹¹¹ PEÑA CABRERA, Raúl, “El error de prohibición y el error culturalmente condicionado por los artículos 14 (2º párrafo) y 15 del código penal peruano, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 3, Lima,

conciencia disidente¹¹². Para los que abogan por esta última posición, solo en el caso de la costumbre se puede hablar de una responsabilidad disminuida; y por tanto, atenuar la pena. En consecuencia, siempre que se tratase de la cultura, anularía por completo la responsabilidad.

Aquí se considera que este artículo debería solamente regular la inimputabilidad cultural; así debería ser entendido. De ser el caso, la conciencia disidente - costumbre, debería ser regulado aparte, pues las implicancias que se suscitan en torno a esta son más complejas y requiere un tratamiento particular¹¹³.

En ese sentido, no se niega la importancia del reconocimiento extendido de la diversidad cultural, como bien señala Villavicencio¹¹⁴; sin embargo, es imposible negar que para evitar que esta formulación se convierta en un cajón de sastre –por la amplitud de costumbres- se regule de forma muy cuidadosa y expresa.

En ese sentido, dejando de lado las bifurcaciones que genera la costumbre dentro del artículo ahora me centró en la cultura. En lo que respecta a esta, se advierten dos niveles: i) comprensión del mensaje normativo –que estamos estudiando en este trabajo de

1993, p. 608; En el mismo sentido, VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal, parte general*, Tercera edición, Grijley, Lima, 2008, p. 458.

¹¹² MUÑOZ CONDE, Francisco, “La objeción de conciencia en derecho penal”, *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, Lima, 1997, p. 293. VILLAVICENCIO TERREROS, *Diversidad Cultural y Derecho Penal*, Ideas, Lima, 2017, 45

¹¹³ La costumbre es un elemento que forma parte de la cultura. Esta se caracteriza por ser acciones o usos repetitivos, dentro de un grupo de personas. Advierto que cuando se hace referencia a las costumbres estas pueden variar dentro de una misma sociedad, dentro de una misma cultura; formando grupos más reducidos diferenciados.

¹¹⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. “Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú”, *Revue internationale de droit pénal*, vol. 82, N°. 3, Eres, 2011, pp. 559-573.

investigación-; y, *ii*) el segundo nivel de determinación conforme a la comprensión del mensaje.

Al respecto se advierte, que la cultura incide directamente en el primer nivel, siendo –por lo general- imposible seguir al análisis del segundo. El único escenario en el que se considera posible un análisis del segundo nivel; es el supuesto de un sujeto culturalmente diferente que conozca no solo su cultura sino también la nuestra. Sin embargo, pese a comprender nuestra cultura y por ende el valor que contiene la norma jurídica penal, por su cultura –que considera adecuada- de todas formas, vulnera la norma.

Conforme a lo que se indica, se afirma que no existe en un primer nivel de análisis (comprensión del mensaje) un supuesto de inimputabilidad cultural disminuida; esta es total. Sin embargo, en un segundo nivel, y partiendo de considerar que un sujeto conoce también nuestra cultura; solo podrá ser admisible una relativa responsabilidad en la medida de su asimilación cultural (pensemos en un sujeto culturalmente diferente que ya conoce nuestra cultura y además convive con ella).

- ii) Lo dispuesto en el primer párrafo será aplicable siguiendo los lineamientos para procesos penales interculturales señalados por la judicatura para los casos de la comisión de los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo cometidos en perjuicio de menores de catorce años y de mayores de catorce años cuando estos no hayan prestado su libre consentimiento.*

La segunda parte del artículo 15 del CP, no regula materialmente la inimputabilidad cultural u otra. Sino, que ordena la aplicación de determinadas criterios y reglas procesales en

aquellos casos que el sujeto pasivo del delito sean menores de edad, en conexión con delitos particularmente graves como violación sexual, trata de personas; entre otros¹¹⁵.

Al respecto, se advierten dos consideraciones. En principio, los lineamientos que se exigen cumplir para brindar mayor garantía. Es decir, se dan pautas a los jueces para que estos apliquen correctamente la inimputabilidad cultural; con rigurosidad científica (fundamento jurídico N° 16, apartado i), ii) y iii), del Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116¹¹⁶).

Y en segundo lugar, se brinda una alternativa de ignorar la inimputabilidad cultural (fundamento jurídico N° 16, apartado iv) del Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116). Es de interés comentar esta última.

La Corte Suprema, explica al respecto que:

“v. La inserción en el razonamiento y argumentación de las decisiones judiciales, de la doctrina internacional y nacional sobre enfoque de género, interés superior del niño y compensación de la vulnerabilidad de las mujeres, niñas y adolescentes en contextos pluriculturales. Los jueces deben insertar en su razonamiento y toma de decisiones jurisdiccionales, sobre todo en aquellos casos sobre la efectividad del artículo 15° del Código Penal, las normas, reglas y principios vinculantes regulados por la legislación internacional y nacional alusiva a la proscripción de toda forma de discriminación y violencia física o sexual

¹¹⁵ Revisar al respecto el Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116. Asunto: Sobre la aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes.

¹¹⁶ *i.* Desarrollar una aplicación selectiva y restringida del artículo 15° del Código Penal, *ii.* La construcción técnica e idónea de las pericias antropológicas en procesos penales sobre la materia, y *iii.* La necesaria incorporación y valoración de otros medios de prueba idóneos para contrastar.”

contra la mujer y los menores de edad. Asimismo, los jueces ordinarios deben considerar también los efectos jurídicos, culturales y sociales de la prevalencia del interés superior del niño en condiciones de vulnerabilidad.”

La idea central de lo citado, es que se debe ponderar la práctica cultural que vulneró un derecho fundamental de un niño, niña o adolescentes, con la práctica cultural que lo originó; teniendo en consideración, los tratados internacionales que priorizan la efectiva protección de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, se exige un enfoque de género¹¹⁷.

Si bien se está de acuerdo con la priorización de estos derechos fundamentales; es importante advertir que esta valoración se realiza desde nuestra cultura. Y pese a que se califique como negativa, no cambia su naturaleza y es en ese sentido, que se debe mantener vigente la inimputabilidad cultural. Así, por más execrable que se considere un hecho no puede existir reproche penal si el sujeto no está en capacidad para comprender la ilicitud de su accionar. Es en el mismo sentido, que no se discute la inimputabilidad de un esquizofrénico pese al delito que este haya cometido¹¹⁸.

En ese sentido, lo que se deberá regular y exigir es un tratamiento diferenciado dentro de la inimputabilidad cultural, cuando esta se genere frente a delitos particularmente graves y que

¹¹⁷ El enfoque de género reconoce como un problema que la mayoría de culturas son patriarcales; por tanto, cultivan ciertas prácticas que vulneran los derechos de las mujeres: ablación femenina, matrimonios infantiles; etc. Al respecto del tema revisar: FACIO, Alda/VICTORIA, Anya, “Los derechos culturales y los derechos de las mujeres son derechos humanos y como tales, deben ser gozados en igualdad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 29, Universidad Rey Juan Carlos: Instituto de Derecho Público, España, 2017, pp. 47 – 70; ÁLVAREZ, Silvina. “Los derechos humanos como valores plurales. Multiculturalismo, cosmopolitismo y conflictos”, *Entre estado y cosmopolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 196

¹¹⁸ Recurso de Nulidad N° 3608-2014-Piura; en el citado caso un sujeto fue declarado como inimputable al comprobarse su esquizofrenia paranoide, pese a que este cometió el delito de violación sexual de menor de 14 años.

tiene como víctimas a menores de edad, con el objetivo de evitar que una práctica cultural afecte derechos humanos de particularidad sensibilidad en nuestra cultura. Así, se trata de un escenario de diversidad cultural crítico; que amerita un estudio particular.

1.4. Argumento sistémico a favor de la inimputabilidad cultural prevista en el artículo 15 del CP

Asimismo, es importante advertir que la interpretación del artículo 15 del CP peruano que se presenta en esta investigación, permite encontrar una coherencia sistémica entre otras normas del Código penal peruano, veamos:

- En el artículo 20 del Código Penal, se prevén los diferentes supuestos en los cuales una persona está exenta de responsabilidad penal –por diferentes motivos inimputabilidad, estado de necesidad justificante, exculpante, legítima defensa, ejercicio de un deber, etc.-; advirtiendo que en los numeral 1 y 2 se hace referencia expresa a unos supuestos de inimputabilidad.
- Más adelante, en el artículo 46 del mismo cuerpo normativo, que prevé las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas para regular la pena dentro del marco legal previsto en el tipo penal, se considera en el literal j, numeral 2, que ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable es una agravante.
- Posteriormente, se encuentra que en el artículo 46-D del mismo Código, se regulan determinadas agravantes cualificadas; es decir, agravantes que afectan el marco legal previsto en el tipo, generando un nuevo marco punitivo con un extremo superior elevado. Una de estas agravantes, prevista en el primer párrafo del citado artículo es utilizar, bajo cualquier modalidad, a un menor de dieciocho años o a una persona

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

Como se puede advertir, si consideramos que los supuestos de inimputabilidad que prevé nuestro legislador solo son aquellos regulados en los numerales 1 y 2 del artículo 20 del CP; existiría una antinomia normativa entre en el literal j numeral 2 del artículo 46 y el artículo 46-D, se trataría de dos normas que indican como agravante la utilización de inimputables pero con consecuencias jurídicas muy distintas y con un impacto grande en la libertad de la persona, pues transforma la pena a imponer¹¹⁹. La agravante genérica (lit. j, num2, art.46 del CP), mantiene la pena a imponer dentro del marco legal fijado en el tipo, por el contrario, la agravante cualificada (art. 46-D del CP) posibilita al juez a imponer una pena hasta un tercio por encima del marco legal previsto en el tipo.

Al respecto, Prado Saldarriaga¹²⁰ señala que esta dualidad de agravantes que se superponen se generó por un error del legislador al seguir fielmente la legislación colombiana sin advertir que en ella no existía un artículo que ya regulaba como agravante a la utilización de inimputables. Así, bajo su consideración esta contradicción normativa podría ser salvada, al interpretar que al ser la Ley 30076 posterior a la Ley 30030 –que introdujo al artículo 46-D-, habría implícitamente derogado a la agravante cualificada.

¹¹⁹ Como menciona Agüero San Juan, uno de los criterios en la dogmática para identificar una antinomia normativa es que las normas dispongan consecuencias jurídicas incompatibles para el mismo hecho específico. Cfr. AGÜERO SAN JUAN, Sebastián, “Las antinomias y sus condiciones de surgimiento: una propuesta para los enunciados normativos”, *Revista de Derecho*, Vol. 28, N° 2, 2015, pp. 43 – 44. Revisado en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502015000200002

¹²⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *La Dosimetría del Castigo Penal – Modelos, reglas y procedimientos*, Ideas, Lima, 2018, pp. 213 - 215

Sin embargo, en otra línea de argumentación se puede afirmar que existe otra interpretación, una que permite la coexistencia de las normas citadas. Parte de entender que para el legislador peruano existe al menos un supuesto adicional de inimputabilidad a parte de los citados en los incisos 1 y 2 del artículo 20 del CP; y este otro supuesto es la inimputabilidad cultural. Así, el artículo 46-D del CP, trata como agravante cualificada la utilización de determinados inimputables, pero no de todos, dejando la inimputabilidad cultural bajo la aplicación del literal j, numeral 2, artículo 46 del CP.

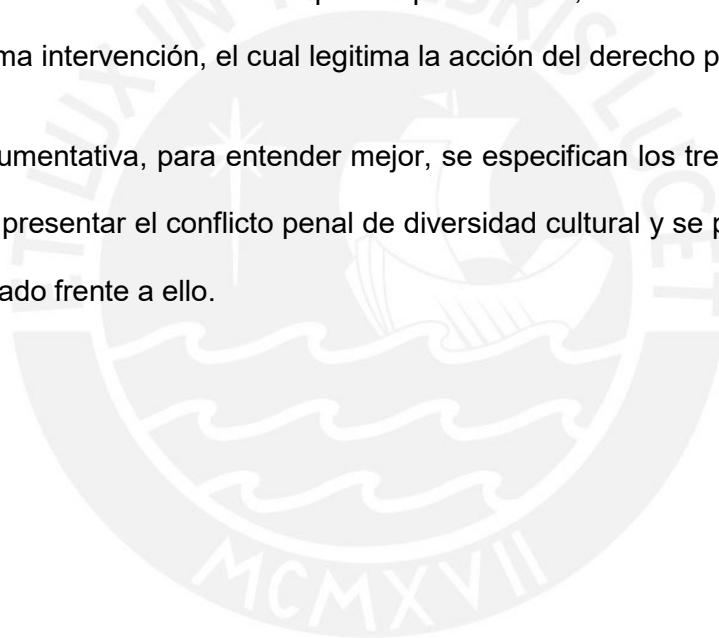
Es importante advertir que la interpretación que se presenta por un lado refuerza a nivel sistemático la tesis de que el artículo 15 del CP regula un supuesto de inimputabilidad y asimismo, permite la coexistencia de dos normas aparentemente contradictorias, manteniendo un sistema normativo coherente sin la necesidad de anular alguna de las dos normas y la imagen de un legislador responsable¹²¹.

¹²¹ Esta interpretación se guía por determinados principios de interpretación normativa como lo son: i) eficacia del texto a interpretar, ii) armonización, iii) efectividad de los derechos fundamentales, conservación del derecho, entre otros. *Cfr.* MONCADA ZAPATA, Juan Carlos, "Principios para la interpretación de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", *Derecho PUCP*, N° 53, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000. Asimismo, Esquiaga Ganuzas, refiere que es admisible que la aparente antinomia se resuelva vía interpretación; siempre que está en si misma no pretenda crear derecho. *Cfr.* ESQUIAGA GANUZA, Francisco, *Conflictos Normativos e Interpretación jurídica*, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, México, 2010, p. 42

CAPÍTULO IV

En este último capítulo, se presenta las ideas fundamentales de por qué ante un supuesto de inimputabilidad cultural no se puede accionar el sistema del derecho penal. Más allá de las consideraciones desarrolladas en capítulos precedentes, se asume la importancia del principio de mínima intervención, el cual legitima la acción del derecho penal.

En esa línea argumentativa, para entender mejor, se especifican los tres escenarios en los cuales se puede presentar el conflicto penal de diversidad cultural y se propone cómo debe reaccionar el Estado frente a ello.



1. Alcances del factor cultural en la legitimidad de la intervención del derecho penal

Se entiende que la cultura de una determinada sociedad, forma parte medular de la norma jurídico penal de esa sociedad; por lo que para comprender dicha norma requiere que quien la recepciona y deba comprender el mensaje normativo, comparta la cultura que forma la esencia de la norma¹²². Caso contrario, el sujeto culturalmente diferente no está en la capacidad de comprender el mensaje de determinación; ello genera que sea calificado como inimputable por razones culturales –inimputabilidad cultural-.

Ahora bien, esta inimputabilidad difiere en diversos aspectos de las demás inimputabilidades que se conocen (numerales 1 y 2 del artículo 20 del CP); y una de las más significativas diferencias es que la inimputabilidad cultural no es un defecto exclusivo del receptor. Como se explica, se debe en principio a un defecto en la falta de previsibilidad del Estado al emitir sus normas con base en una sola cultura, pese a reconocer su diversidad cultural. Es en ese entender, que la inimputabilidad cultural esta conexas al ejercicio legítimo de un derecho fundamental, como lo es la cultura. Pese a sus diferencias, la inimputabilidad cultural, comparte algo en común con los otros tipos y esto es que también anula la responsabilidad penal.

En este extremo es importante reforzar la idea que la imputabilidad debe ser analizada como un presupuesto del delito, y no uno de sus requisitos. La imputabilidad, en sus dos niveles (comprensión de la norma y capacidad de determinarse conforme a esa comprensión)

¹²² En sentido similar reflexiona Cervini cuando señala que: "(...) el grado en que los integrantes de un colectivo determinado, individualmente motivados, son capaces de coordinar sus actitudes respectivas, ante los diferentes segmentos del control social, e incluso frente a la delincuencia, depende del grado de consenso existente "entre ellos", "con" y "respecto de" los segmentos objeto de valoración. El consenso se refiere a cierto género de comprensión mutua, a una participación en perspectivas comunes." Cfr. CERVINI, Raul, "Referente comunitario y función policial", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Universidad Castilla de la Mancha, España, 2001, p. 156

garantiza la comunicación normativa; a partir de la cual recién se puede hablar de la configuración de un delito. Es por ello que cualquiera fuese la inimputabilidad de un sujeto esta anula el reproche penal que el Estado podría haber generado contra este¹²³.

Advirtiendo la vinculación de la cultura con la capacidad de imputabilidad; ahora se fundamenta cómo esta particular clase de inimputabilidad debe suponer que la cultura en el ámbito penal trasciende al nivel de legitimar siempre *prima facie* la acción del sistema penal sobre un sujeto culturalmente diferente. Lo que se señala garantiza el respeto por la dignidad de un inimputable cultural.

1.1. El tratamiento de un inimputable cultural a la luz del principio de mínima intervención

Un fundamento transcendental de considerar a la cultura como un elemento sustancial que determina la intervención Estatal en el ámbito penal es su relación con el principio de mínima intervención.

Al respecto, diversos autores han señalado que conforme este principio, el Estado mediante el sistema del derecho penal solo podría intervenir cuando sea absolutamente necesario y

¹²³ Al respecto a nivel nacional, MEINI reflexiona sobre el tema al señalar que: “*el juicio de imputabilidad/inimputabilidad no solo es un presupuesto del delito: es, incluso, un presupuesto de cualquier diálogo penal entre el sujeto y el Estado que se extiende al proceso penal y a la ejecución de la pena. (...)*” – MEIN MENDEZ, Iván F., “La pena: función y presupuestos”, *Revista de la facultad de Derecho de la PUCP*, N° 71, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, p. 167

Asimismo, desde otra óptica, una aprensión similar es la de Huamán Castellares cuando analiza el funcionamiento del sistema penal al señalar: “*Nuevamente, recurrimos al Derecho para poder ilustrar este concepto. Un niño que mata a otra persona no puede ser considerado para el sistema penal como un delincuente. Según este sistema el presupuesto para emitir una comunicación válida en su interior es la imputabilidad, vale decir, que la persona sea mayor de 18 años y pueda comprender la delictuosidad de su acción. De esta forma, aquellas personas que no cumplan los presupuestos para comunicar dentro del sistema penal podrán ser consideradas existentes para otros sistemas, como el constitucional, pero no podrán ser consideradas partes del sistema penal.*” – HUAMÁN CASTELLARES, Daniel O., *El sistema integral del derecho penal*, Tesis de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, 2013, p. 22

cuando los demás sistemas de control (formales e informales) extrapenales hayan fallado¹²⁴. Puntualmente, en una manifestación cuantitativa, se hace referencia al carácter de *ultima ratio* del derecho Penal. Es decir, el sistema penal se acciona solo como última medida, frente a la inexistencia de una medida menos gravosa y efectiva¹²⁵.

Hay que advertir que este principio legitimador del derecho penal, cautela que no se vaya afectar lo más valioso de un ser humano su libertad (penas privativas de libertad – medidas de seguridad: internamiento) sino siempre como último recurso. Es en ese sentido, que debe instaurarse la política criminal de un país¹²⁶ con mayor razón de un como el Perú que se reconoce como respetuoso de los derechos fundamentales de todos.

Lo señalado llama a reflexionar sobre ¿por qué? y ¿cómo? se procesaría penalmente a un inimputable cultural, no pudiendo negar que:

- i) El Estado en el que se encuentran usualmente los reconocen –como es el caso peruano-, más allá de eso a nivel constitucional garantiza su protección como pueblo, lo que ineludiblemente abarca su cultura.
- ii) El Estado crea sus normas jurídico penal con base a un sistema de valores que reconoce no es común a todos sus ciudadanos.

¹²⁴ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Euro editores, Argentina, 2003, pp. 109 a 112. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2008. pp. 92-93

¹²⁵ Al respecto, Binder citando a Luzón Peña afirma que, en función de este principio, “*si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar esto*” BINDER, Alberto. M., *Análisis político criminal*, Astrea, Buenos Aires. 2011, p. 213

¹²⁶ En buena medida, diversos autores han considerado a este principio como uno informador de la política criminal de un Estado. “(...), el “principio” de mínima intervención constituye un programa de política criminal”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, España, 2010. p 169. En igual sentido, García Caveró, define el principio de mínima intervención como: “un aspecto político criminal que informa la intervención penal”. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2008, p.92

- iii) Por más reprochable que sea un accionar de un inimputable cultural, no desestima su incapacidad de comprensión de la norma.
- iv) El inimputable cultural no contó con sistemas de formación y control social, que moldearan su conducta; conforme a nuestra cultura, por lo que la imposición del sistema penal se convertiría en un medio de control primario.

Por tanto, en el ámbito de sujetos culturalmente diferentes (pueblos indígenas) lo referido al principio de mínima intervención cobra una particular y mayor relevancia; pues indica que resultaría autoritario, instar un proceso penal, peor aún imponer una pena a un sujeto que ni siquiera comprende la razón de ello por razones estrictamente culturales. El sistema penal y la pena dejarían de ser de última ratio.

1.2. Escenarios de conflicto cultural-penal

Al respecto, es importante traer a colación los artículos 8, 9 y 10 de la *Convención N° 169 de la OIT*, y los artículos 5, 33.2, 34 y 35 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas*, que brindan pautas generales a los países de cómo aplicar su legislación nacional a los pueblos indígenas, con mira en respetar su cultura, teniendo como límite a los derechos fundamentales.

Estos lineamientos aplicados al ámbito penal; y considerando la inimputabilidad cultural; hace notar que un correcto tratamiento del Estado frente a ilícitos cometidos por sujetos de otras culturas (pueblos indígenas) parte por identificar los diferentes supuestos y brindar una respuesta adecuada y diferenciada a cada uno¹²⁷.

¹²⁷ Al respecto, es importante resaltar la necesidad de mayor diálogo entre las autoridades del sistema penal ordinario y las autoridades propias de los sistemas indígenas; pues permitirá arribar a soluciones mejores. En esa línea Villanueva refiere que: "Uno de esos mecanismos podría ser la creación de mesas de diálogo, entre los jueces ordinarios de las distintas jerarquías (que incluyera a las juezas) y las autoridades indígenas, en las que, de manera horizontal e igualitaria, puedan intercambiar

i) Imputable

Es importante recordar que no todo sujeto culturalmente diferente, que cometa un ilícito podrá ser considerado un inimputable cultural. Se debe tener presente, que muchas veces un mismo bien jurídico puede ser valorado de la misma manera por diferentes culturas. En consecuencia, que un sujeto pertenezca a una u otra cultura, será irrelevante y por tanto imputable penalmente.

Al respecto, es de mencionar el fundamento jurídico N° 10 del Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116; en el que se da cuenta de un estudio realizado por Fuller Oseres a mujeres, de la etnia Awajún en el que se evidenció que actualmente las mujeres jóvenes y adultos demandan, desde el interior de las etnias amazónicas, que no se las entregue a temprana edad para convivir con hombres y tener relaciones sexuales. Así, se trata de un reclamo legítimo que, en principio, desestima la creencia que en las comunidades nativas las mujeres deben ser sexualmente activas y tener una carga familiar a temprana edad.

Es decir, se podría afirmar que tanto para nosotros como para la etnia Awajún, la indemnidad sexual de menores –por debajo de 14 años- es un bien jurídico valorado, que amerita protección por parte de la sociedad.

En un supuesto como el planteado, se debe afirmar que no existe inimputabilidad cultura y en consecuencia puede responder ante el sistema penal¹²⁸. Desde luego que para

conocimientos sobre las formas de resolución de las controversias que se les plantean. La interpretación intercultural se vería facilitada por la creación de estos espacios de interacción positiva entre los jueces y las autoridades indígenas que administran justicia.” Cfr. VILLANUEVA FLORES, Rocío, “La interpretación intercultural en el Estado constitucional”, *Revista Derecho del Estado*, N°34, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2015, p. 306

¹²⁸ En este punto, las preguntas continúan y se deberá establecer bajo qué sistema penal se juzgará al sujeto infractor. Al respecto, en el ámbito nacional es de considerar el artículo 149 de la Constitución,

arribar a esa conclusión se exige un trabajo cuidadoso a cargo de peritos especialistas (antropólogos); y por qué no una opinión vinculante de las autoridades de dicha etnia.

ii) *Inimputable cultural*

Un segundo escenario es en el cual un sujeto culturalmente diferente resulte inimputable. En principio, se puede suscitar cuando en su cultura no se reconozca un bien jurídico de nuestra cultura; o cuando pese a su reconocimiento el valor que brindan al bien jurídico es diferente –usualmente menor- al de nuestra cultura.

En cualquiera de los dos escenarios, se debe reconocer que la intervención del sistema penal sería ilegítima –por las razones expuestas-. Así, el Estado debe prever procedimientos particulares –no penal, ni de seguridad- para tutelar el bien jurídico afectado dentro de nuestra sociedad y la dignidad del sujeto culturalmente diferente.

a. *Supuesto de afectación justificada de un bien jurídico.*

Como se señaló, dentro de la inimputabilidad cultural se puede contemplar el supuesto en el que un indígena afecte un bien jurídico de nuestra cultura, pese a que en su cultura también se tutele; en razón a la diferente valoración que se tienen en las culturas de un mismo valor. Y en esa medida, la afectación para él se ve

conforme el cual Nativas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. Sin embargo, qué sucede cuando no es dentro del territorio indígena, al respecto se reconoce que el tema es controversial, y existen posturas que consideran la prevalencia del sistema indígena, salvo que este vulnere derechos fundamentales, lo cual es ampliamente discutido, pues el fundamento variara según se piense en el autor o víctima del delito. Se recomienda la revisión de la Tesis: OZAFRAIN, Lizandro, *El principio de ultima ratio. Fundamentos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para una política criminal minimalista*, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Maestría en Derechos Humanos, Argentina, 2016, pp. 171 – 175

justificada, siempre que sea para proteger un bien jurídico mayor conforme a su cultura (Estado de necesidad) o conforme a actos que en su comunidad lo identifiquen como una agresión ilegítima (Legítima defensa).

En estos supuestos, se considera que el procedimiento que accione el Estado –no penal-, debe analizar si es razonable o no en virtud a la cultura del sujeto activo, perdonar el quebrantamiento de nuestra norma; atendiendo al mayor valor que se buscó proteger con la acción ilícita cometida por un indígena.

Piénsese, por ejemplo, en los actos ilícitos que podría realizar un miembro de una comunidad indígena o el pueblo indígena en su conjunto, por la protección de su tierra¹²⁹, frente a una agresión.

En estos supuestos, se espera que el Estado cuenta con la capacidad técnica y logística de analizar las razones que confluieron para la comisión del ilícito; pues debe advertirse que en su mayoría los conflictos culturales se generan por una intromisión de la cultura dominante, en una determinada población indígena. Atendiendo a ello, bastaría con que el Estado garantice que no habrá otra intromisión.

En otro supuesto, cuando un indígena sea el que se incorpora a nuestra sociedad; se pueda considerar una medida mediante la cual se lo haga participe de la cultura

¹²⁹ El valor de la tierra para los pueblos indígenas no se limita a un derecho de posesión o propiedad; sino va mucho más allá, se identifica con el núcleo de su cultura. Véase al respecto: fundamento jurídico N° 140 de la Sentencia del 31 de agosto de 2001, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua; fundamento N° 154 de la sentencia del 17 de junio de 2005, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay; fundamento jurídico N° 118, de la sentencia del 29 de marzo de 2006, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay

estatal, a través de un proceso de enseñanza con el que él esté de acuerdo, a efectos de una convivencia; subsistiendo siempre la alternativa de regreso a su comunidad.

b. *Supuesto de afectación grave a un bien jurídico de nuestra cultura.*

Por último, está el escenario en cual se afecta un bien jurídico porque en la cultura del sujeto no amerita protección.

En efecto, la conducta ilícita es parte medular de su cultura, una acción permitida y muchas veces incentivada. Piénsese, por ejemplo, en la ablación femenina; o la permisión de la actividad sexual en menores de 14 años; entre otras.

Es preciso recordar que en el seno de muchas culturas se han perpetuado prácticas en esencia vulneradoras de derechos humanos –bajo nuestra concepción¹³⁰-, en especial de derecho fundamental de las mujeres y niños¹³¹, ameritando particular atención cuando se trata de personas que son menores de edad frente a las cuales ni siquiera se puede discutir la existencia de consentimiento.

¹³⁰ No olvidemos que la conformación del sistema de derechos humanos es muy nuestro, propio de la cultura occidental, cuestión que genera diversos problemas; por ejemplo, cuando el Estado en pos de los derechos fundamentales no avala la imposición de una pena del propio sistema indígena; por considerarla desproporcional. Al respecto, La Corte Constitucional colombiana determinó, al menos en una ocasión (Sentencia núm. T-254/94) la inconstitucionalidad de la sanción de expulsión que estableció una comunidad indígena colombiana contra uno de sus miembros por la reiterada comisión de delitos de hurto. Entre otros alegatos, se consideró que la pena era desproporcionada porque afectaba a inocentes (todos los hijos del infractor que tenían que abandonar igualmente las tierras comunales hasta entonces a ellos asignadas). Sin embargo, en otro de sus pronunciamientos (sentencia T-349/96), reafirmó la cultura indígena que implicaba que el juzgamiento de sus miembros sea llevado a cabo por toda su comunidad (incluidos la familia de la víctima); lo que a consideración del recurrente vulnera el derecho al debido proceso.

¹³¹ Al respecto, VILLANUEVA citando a Brandt y Franco, señala que las mujeres y niños son quienes más se han apropiado del discurso de los derechos y que los hombres son más renuentes a incorporarlo pues sienten que cuestionan su autoridad o el orden establecido en las familias. Así, también, SIERRA, María Teresa, "Mujeres indígenas, justicia y derechos: los retos de una justicia intercultural", *Íconos, Revista de Ciencias Sociales*, N.º 31, mayo, 2008, pp.15-26.

En estos casos, el Estado sin duda alguna debe separar de la sociedad al inimputable cultural, como lo hace con otros inimputables que demuestran peligrosidad. Pero al mismo tiempo tiene una carga doble. Por un lado debe brindar tratamiento al inimputable cultural, a través de un proceso de enseñanza y concientización del bien jurídico vulnerado. Y por otro, como Estado debe verificar que sus políticas públicas de educación lleguen a todo el territorio nacional; sin descuidar la interculturalidad, pero con la mira de reconocer y afianzar patrones mínimos, comunes de convivencia Estatal.



Conclusiones

- La cultura es un elemento sustancial a cada sociedad; y en esa medida el estudio de las diferentes instituciones y sistemas deben contener un análisis cultural; solo así el Estado puede brindar normas e instituciones sólidas, con respecto a la diversidad cultural.
- El ámbito del derecho penal no es la excepción; y requiere que su estudio se vea prevalido de un análisis cultural; pues se demuestra que la cultura forma parte medular de la norma penal y en esa medida determina la comprensión de su mensaje de determinación.
- La importancia de la cultura en el derecho penal, hace advertir que esta puede condicionar la imputabilidad de un sujeto; y en esa medida se reconoce la existencia de una inimputabilidad cultural.
- La inimputabilidad cultural es diferente a las que el legislador peruano ha previsto en el artículo 20 del Código Penal; y no se regula de manera adecuada en el artículo 15 del Código Penal, por lo que se sugiere una regulación independiente.
- No todo sujeto culturalmente diferente, perteneciente a un pueblo indígena puede calificar de manera automática como inimputable; ello exige un análisis concienzudo de los hechos y el bien jurídico vulnerado.
- El hecho que un sujeto culturalmente diferente sea declarado inimputable cultural, al igual que en los demás supuestos de inimputabilidad, siempre exige un procesamiento diferente al que brinda el sistema penal.

Bibliografía

- “Informe Final”, *Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales*, México D.F., 1982, visto en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000052505_spa
- AGÜERO SAN JUAN, Sebastián, “Las antinomias y sus condiciones de surgimiento: una propuesta para los enunciados normativos”, *Revista de Derecho*, Vol. 28, N° 2, 2015, Revisado en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502015000200002
- ÁLVAREZ, Silvina. “Los derechos humanos como valores plurales. Multiculturalismo, cosmopolitismo y conflictos”, *Entre estado y cosmopolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Editorial Trotta, Madrid, 2014
- BARABAS, Alicia M., “Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina: la presencia de los pueblos originarios”, *Configurações Revista de sociología*, N°14, Open Edition Journals, 2014, visto en: <https://doi.org/10.4000/configuracoes.2219>
- BINDER, Alberto. M., *Análisis político criminal*, Astrea, Buenos Aires. 2011
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Derecho Constitucional*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017
- BOAS, Franz, *The Mind of Primitive Man*, Revised edition - The Macmillian Company, the United States of America, 1938
- BORGHI, Marco, *Derechos Culturales*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996

- BOVINO, Alberto, "Culpabilidad, cultura y error", *Themis*, N° 15, Lima, 1989
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Nuevo sistema de derecho penal*, Trotta, Madrid, 2004
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan., HORMAZABAL MALAREE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, Barcelona, 1997
- CAIROLI MARTÍNEZ, Milton, "La capacidad de culpabilidad y su exclusión (inimputabilidad)", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Universidad Castilla de la Mancha, España, 2001
- CAMPO A., A. Lorena, *Diccionario básico de Antropología*, Abya-Yala, Ecuador, 2008
- CARBONELL, B., *In-mediaciones de comunicación y cultura. Una aproximación a la investigación producida en La Habana entre los años 1980 y 2009*, Tesis de Diploma, Facultad de Comunicación, Universidad de La Habana, Cuba, 2012, p.29
- CÁRDENAS, Hugo, "Cultura y diferenciación de la sociedad: La cultura en la sociedad moderna", *Polis*, N° 39, 2015, en: URL: [http:// journals.openedition.org/polis/10487](http://journals.openedition.org/polis/10487)
- CASTILLO CASTILLO, José, "Sociedad y nación en Adolfo Posada", *Revista de estudios políticos*, N° 113-114, España, 1960, visto en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2129483>
- CATILLO ARA, Alejandra, "La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición", *Revista de derecho*, Vol.27, N° 2, 2014, visto en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000200011#n20
- CERVINI, Raul, "Referente comunitario y función policial", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Universidad Castilla de la Mancha, España, 2001

- CISNEROS BRITTO, María del Pilar, "Sociedad y Cultura", *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social*, Tomo 4, Ed. Plaza y Valdés, Madrid-México 2009
- CORDERO DURÁN, Lisandra, "La comunicación como proceso cultural. Pistas para el análisis", *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, 6(3), e13, 2018, visto en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2308-01322018000300013&lng=es&tIng=es.
- CREUS, Carlos, "La nueva filosofía y la Filosofía del Derecho", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Universidad Castilla de la Mancha, España, 2001
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes, "Persona, Dignidad y Derecho penal", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Universidad Castilla de la Mancha, España, 2001
- DE MAGLIE, Cristina, *Los delitos culturalmente motivados: Ideologías y modelos penales*, Marcial Pons, Barcelona, 2012
- Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, UNESCO de 1966
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
- DÍEZ RIPOLLES, José Luis, "Aspectos generales de la imputabilidad", *Estudios de Derecho Judicial*, N° 110, Consejo General del Poder Judicial, España, 2006
- DONNA, Edgardo Alberto, "Capacidad de culpabilidad o imputabilidad", *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 3, N° 1, Argentina, 1998

- ESQUIAGA GANUZA, Francisco, Conflictos Normativos e Interpretación jurídica, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, México, 2010
- FACIO, Alda/VICTORIA, Anya, “Los derechos culturales y los derechos de las mujeres son derechos humanos y como tales, deben ser gozados en igualdad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 29, Universidad Rey Juan Carlos: Instituto de Derecho Público, España, 2017
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2008
- GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, España, 2016
- GARCÍA VITOR, Enrique, “Culturas Diversas y Sistema Penal”, *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005
- GONZÁLEZ, Jorge A., “Los frentes culturales. Culturas, mapas, poderes y luchas por las definiciones legítimas de los sentidos sociales de la vida”. *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*. N° 3, Universidad de Colima, México, 1987
- GRACIA MARTÍN, Luis, *Fundamentos de dogmática penal*, Atelier, Barcelona, 2006
- GUERRERO ARIAS, Patricio, *La cultura: estrategias conceptuales para entender la identidad, diversidad, alteridad y la diferencia*, Abya – Yala, Quito, Ecuador, 2002
- GUZMÁN DÁLBORA, José L., “Derecho penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político”, *Revista de derecho penal y*

criminología, N° 11, UNED, España, 2014, visto en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5271383>

- HARRIS, Marvin, *Antropología cultural*, Alianza Editorial, Madrid, 1990
- HERNANDO NIETO, Eduardo, “¿Derechos culturales u Obligaciones naturales?”, *Ius Veritas*, N° 22, Asociación Ius et Veritas, Lima, 2001, en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6083190>
- HOLLANDER, Edwin, *Principios y métodos de psicología social*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1976
- HUAMÁN CASTELLARES, Daniel O., *El sistema integral del derecho penal*, Tesis de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, 2013
- HUAMÁN CASTELLARES, Daniel, *El sistema jurídico penal*, Editores del centro, Lima, 2016
- HURTADO POZO, José, “Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?”, *Anuario de Derecho Penal: Aspectos fundamentales de la parte general del Código penal peruano*, 2003. Recuperado a partir de
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_15.pdf
- HURTADO POZO, José, “Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú”, *Anuario de Derecho Penal: Sistema de Control Penal y Diferencias Culturales*, 2010, Recuperado en:
<http://www.cervantesvirtual.com/obra/num-2010/>
- HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal – Parte General I*, 3° Ed., Grijley, Lima, 2005

- JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal – Parte General –fundamentos y teoría de la imputación-*, 2° ed, Marcial Pons, España, 1997
- JERICÓ OJER Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, España, 2007
- LANDA ARROYO, César, “Dignidad de la persona humana”, *Ius et veritas*, N° 21, Lima, 2000
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas. España, 2010
- LUHMANN, Niklas, “El conocimiento como construcción”, *Metapolítica*, N° 1, México, 1991
- LUHMANN, Niklas, “La improbabilidad de la comunicación”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, Vol. XXXIII, Unesco, 1981
- LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, Herder, México, 2006
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho – Parte General*, 3ª, Tirant Lo Blanch, España, 2016
- MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal - Parte General - Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, T.I, Traducción de la 7ª edición alemana, Astrea, Buenos Aires, 1994
- MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*, T. I. 1, Traducción de la 7ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1994
- MAUSS, Marcel, *Introducción a la etnografía*, Istmo, Madrid, 1974

- MEIN MENDEZ, Iván F., “La pena: función y presupuestos”, *Revista de la facultad de Derecho de la PUCP*, N° 71, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013
- MEINI MÉNDEZ, Iván “Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal”, *Derecho PUC – Revista de la facultad de Derecho*, N° 60, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007
- MEINI MÉNDEZ, Iván F., *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014
- MEYER, Max Ernest, *Normas jurídicas y Normas de cultura*, Hammurabi, Argentina, 2000
- MIR PUIG, Santiago, “Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi”, *Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1 ed., Ariel, España, 1994
- MIR PUIG, Santiago, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, p. 5, visto en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf>
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª. edición PPU S.A., Barcelona, 1996
- MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2 ed., Bosch, Barcelona, 1982
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Euro editores, Argentina, 2003

- MODOLELL, Juan Luis, “Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen afroamericano)”, *Anuario de Derecho Penal: Derecho Penal y Pluralidad Cultural*, 2006, pp. 280 – 286
- MONCADA ZAPATA, Juan Carlos, “Principios para la interpretación de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, *Derecho PUCP*, N° 53, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “La objeción de conciencia en derecho penal”, *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, Lima, 1997
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte General*, 7ma edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, España, 1985
- NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Ed. Temis S.A., Colombia, 2000
- OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 20-03 (2018), 31 mayo]
- OZAFRAIN, Lizandro, *El principio de ultima ratio. Fundamentos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para una política criminal minimalista*, Tesis

de la Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Maestría en Derechos Humanos, Argentina, 2016

- Pacto de San José de Costa Rica en 1969,
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración de México sobre las políticas culturales, del 6 de agosto de 1982.
- PARSONS, Talcott, *El sistema de las sociedades modernas*, Trillas, México, 1974
- PARSONS, Talcott, *El sistema social*, Alianza editorial, España, 1999
- PARSONS, Talcott, *Hacia una teoría general de la acción*, Kapesluz, Argentina, 1968
- PELÉ ILLIE, Antonio, “Una aproximación al concepto de dignidad”, *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, N°. 1, Universidad Carlos III – Instituto de Derechos Humanos Bartolomé, España, 2004-2005
- PEÑA CABRERA, Raúl, “El error de prohibición y el error culturalmente condicionado por los artículos 14 (2º párrafo) y 15 del código penal peruano”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 3, Lima, 1993
- PÉREZ ARROYO, Miguel, “Derecho penal y diversidad cultural”, *Cuaderno de Política Criminal*, N° 72, Edersa, Madrid, 2000
- PÉREZ MANZANO, Mercedes/Cancio Meliá, “Capítulo IV: Principio del Derecho Penal”, *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019
- PORTILLAS CONTRERAS, Guillermo, “Diversidad Cultural y Derecho Penal”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr.h.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *La Dosimetría del Castigo Penal – Modelos, reglas y procedimientos*, Ideas, Lima, 2018
- REALE, Miguel, “Comunicación presentada por el autor en el III Congreso Nacional de Derecho Penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo*, Vol. LXIII, Brasil, 1968
- REALE, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997
- REGIS PRADO, Luiz, “La norma penal como norma de conducta”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 3, Época N° 5, 2011, visto en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24622/19515>;
- ROCA DE AGAPITO, Luis, “Delitos culturalmente motivados”, *Delito y minorías en países multiculturales*, Atelier, España, 2014
- ROMERO SOTO, Luis E., “El ejercicio legítimo de un derecho”, *Nuevo Foro. Penal*, N° 12, Temis, Colombia, 1982
- RUBIO CORREA, Marcial, *Para conocer la Constitución de 1993*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 6 ta. Edición, Lima , 2017
- SCHAUER, Frederick, *Fuerza de Ley*, Palestra, Lima, 2015, p. 30
- SIECKMANN, Jan-R, “Norma Jurídica”, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. 2, 2015, p. 907, vista en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=708849#volumen155870>
- SIERRA, María Teresa, “Mujeres indígenas, justicia y derechos: los retos de una justicia intercultural”, *Íconos, Revista de Ciencias Sociales*, N.º 31, mayo, 2008

- SOROKIN, Pitirim A. *Dinámica social y cultural*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1962
- STAVENHAGEN, Rodolfo, "Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas", *XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José - Costa Rica, 2008, p. 261
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1988
- TARDE, Gabriel, "Chapitre III: Qu'est-ce qu'une société?", en *Les Lois de l'imitation*, Editions Kimé, Paris, 1993
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: "Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el derecho penal español", *Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Libro Homenaje al profesor Claus Roxin, I.* ed., Lerner, Córdoba, Argentina, 2001
- TORRES NAFARRETE, Javier, "Sistema y complejidad - La arquitectura de la teoría de Niklas Luhmann", *Metapolítica*, N° 2, México, 1998
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho penal, parte general*, 5ª, Ediciones jurídicas Andrés Morales, Colombia, 2013
- VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal, parte general*, Tercera edición, Grijley, Lima, 2008
- VILLANUEVA FLORES, Rocío, "La interpretación intercultural en el Estado constitucional", *Revista Derecho del Estado*, N°34, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2015
- VILLANUEVA FLORES, Rocío, "La interpretación intercultural en el Estado constitucional", *Revista Derecho del Estado*, N°34, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2015

- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. “Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú”, *Revue internationale de droit pénal*, vol. 82, N°. 3, Eres, 2011
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., *Diversidad Cultural y Derecho Penal*, Ideas, Lima, 2017
- WEBER, Max; *La política como vocación*; Alianza Editorial, Madrid, 1991
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993
- ZAFFARONI Raúl Eugenio, *Derecho penal, Parte general*, Ediar, Argentina, 2002
- ZAFFARONI Raúl Eugenio, *Política criminal latinoamericana – Perspectivas y disyuntivas*, Hammurabi, Argentina, 1982
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo IV, Ediar, Buenos Aires, 1988
- ZARATE CONDE, Antonio, *Derecho Penal – Parte General*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2019
- ZÁRATE MERILES, Luis Abel, “El indígena frente a la ley penal: Una posición desde los Derechos Humanos de los pueblos indígenas”, *Verba Iuris*, N° 41, Colombia, 2019

Jurisprudencia

- Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116
- Sentencia de la CIDH, del 17 de junio de 2005, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.

- Sentencia de la CIDH, del 29 de marzo de 2006, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay.
- Sentencia de la CIDH, del 31 de agosto de 2001, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.
- Sentencia núm. T-254/94 (Colombia)
- Sentencia T-349/96 (Colombia)
- Sentencia: BVerwGE 64, 274, 280 (Alemania)
- Sentencia: Exp. N° 98-0302.191601-SP-03 (Perú)
- Sentencia: Expediente STC. N° 00926-2007-PA/TC (Perú)
- Sentencia: Recurso de Nulidad N° 3608-2014-Piura (Perú)
- Sentencia: Recurso de nulidad N° 737-2018/Lima (Perú)
- Sentencia: Recurso de Nulidad N° 1134-2016 (Perú)
- Sentencia: sentencia TC C-370/02 (Colombia)