



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO



TESIS

**ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO O
ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO**

PRESENTADA POR:

ANTHONY WILSON QUISPE CALLA

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:
MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO**

MENCIÓN EN DERECHO PENAL

PUNO, PERÚ

2019



DEDICATORIA

- A mi linda esposa y hermosos hijos. Por su invaluable amor y ternura que siempre me han ofrecido.
- A mis padres por haberme dado la vida que es el tesoro máspreciado del mundo.
- A mis hermanos por lo que representan para mi y por ser parte importante de una hermosa familia unida.



AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios por permitirme tener y disfrutar a mi familia, gracias a mi familia por apoyarme en cada decisión y proyecto; gracias a la vida porque cada día me demuestra lo hermoso que es la vida y lo justa que puede llegar a ser, gracias por creer en mí y gracias nuevamente a Dios por permitirme vivir y disfrutar cada día.



ÍNDICE GENERAL

	Pag.
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
ÍNDICE GENERAL	iii
ÍNDICE DE ANEXOS	vi
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

REVISIÓN DE LITERATURA

1.1	Contexto y marco teórico	2
1.1.1	La constitución y el proceso penal	2
1.1.2	Fundamentos del proceso penal	3
1.1.3	Legitimación del Derecho Penal	4
1.1.4	El Estado de Derecho	4
1.1.5	Teoría garantista del derecho	4
1.1.6	La Cultura	6
1.1.7	Origen del pluralismo jurídico en el Perú	6
1.1.8	Evolución del pluralismo jurídico	7
1.1.9	Contribuciones del pluralismo jurídico	7
1.1.10	Posiciones sobre justicia intercultural en Perú	8
1.1.11	Evolución del concepto de antijuricidad	8
1.1.12	Conocimiento de la antijuricidad	9
1.1.13	Clases de error de prohibición	9
1.1.14	Error de Comprensión Culturalmente Condicionado	11
1.1.15	Normatividad del Código Penal	11
1.1.16	Aspectos controversiales	14
1.1.17	Más Ejemplos y Coherencias	16
1.1.18	¿El Artículo 15 del Código Penal Peruano autoriza a ir en contra de la cultura mayoritaria o predominante?	17
1.1.19	La redacción del artículo 15 es discriminatoria? ¿Por qué?	18

iii



1.1.20	Relación con el concepto del pueblo indígena o pueblo tribal del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	21
1.1.21	Las normar comunales son normas de derecho válidas en el orden jurídico peruano	23
1.1.22	La corte suprema ha interpretado el artículo 149 de la Constitución Política	24
1.1.23	La interpretación del artículo 149 de la constitución	24
1.1.24	Que no es la justicia comunal	25
1.1.25	Legislación penal comparada	26
1.1.26	Jurisprudencia casos pertinentes	27
1.2	Antecedentes	33
1.2.1	Antecedentes Internacionales	33
1.2.2	Antecedentes Nacionales	43

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1	Identificación del Problema	56
2.2	Definición del Problema	57
2.2.1	Pregunta general	57
2.2.2	Preguntas específicas	57
2.3	Intención de la Investigación	57
2.4	Justificación	58
2.5	Objetivos	60
2.5.1	Objetivo general	60
2.5.2	Objetivo específicos	60

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1	Acceso al campo	61
3.1.1	Diseño de investigación	62
3.1.2	Objeto de investigación	63
3.2	Selección de informantes y situaciones observadas	63
3.2.1	Técnicas de instrumentos de recolección de datos	64
3.3	Estrategias de recogida y registro de datos	64



3.4	Análisis de datos y categorías	65
-----	--------------------------------	----

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1	La cultura como eximente, atenuante o gravante de responsabilidad	66
4.2	Controversia entre error cultural y error de prohibición	67
4.3	Situación del Artículo 15 del Código Penal peruano	70
4.4	Cómo debe entenderse el artículo 15 del Código Penal dentro del marco legal peruano	73
4.5	¿Cómo entiende la doctrina y legislación comparada esta figura?	77
4.6	¿Es posible hablar de error? El error culturalmente condicionado en el Perú	77
4.7	¿A qué llamamos error culturalmente?	79
	CONCLUSIONES	81
	RECOMENDACIONES	82
	BIBLIOGRAFÍA	83
	ANEXOS	91

Puno, 30 de abril de 2019

ÁREA: Derecho Penal

TEMA: Error de Comprensión Culturalmente Condicionado

LÍNEA: Dogmática Penal



ÍNDICE DE ANEXOS

	Pág.
1. Ficha de Observación (Para normas y doctrina)	92
2. Matriz de Consistencia	93
3. Propuesta de Modificación Legislativa	94



RESUMEN

Es de conocimiento general que en el Perú se tiene una justicia ordinaria, monista, única y exclusiva, sin embargo en la realidad se tiene otras culturas, principalmente originarias, ancestrales, que también tienen sus justicias llamadas originarias, especiales o comunitarias. También sabemos que existen brechas históricas de discriminación y exclusión social y cultural puesto que en nuestro país subsiste el racismo en forma acentuada, generando que seamos una sociedad desigual y fragmentada. Es en este marco de la realidad peruana que se enmarca el presente trabajo, en un artículo como el 15 del Código Penal que señala respecto al error de comprensión culturalmente condicionado. Por lo que no significa lo que se pretende decir con el nombre de error de comprensión, y significa más bien que es un error de prohibición, en esta disyuntiva es necesario esclarecer que tipo de error es realmente el que se regula en el código penal peruano. Además es una forma de discriminación el tratamiento de este artículo del Error de comprensión cultural para peruanos que tienen cultura distinta o diferenciada, ya que mantiene el sentido colonial hegemónico de una cultura dominante frente a otra, Por lo que se pone en consideración del presente trabajo la presente tesis, para lo cual a través de la presente investigación se trata de dar razones a comprender mejor este articulado y plantear alternativas de solución.

Palabras Clave: Derecho penal, estado de derecho, error de comprensión cultural, error de prohibición, Estado garantista e interculturalidad.



ABSTRACT

It is common knowledge that in Peru there is an ordinary, monist, unique and exclusive justice, however in reality you have other cultures, mainly original, ancestral, which also have their justices called original, special or community. We also know that there are historical gaps of discrimination and social and cultural exclusion, since racism persists in our country in an accentuated way, generating an unequal and fragmented society. It is in this framework of the Peruvian reality that this work is framed, in an article like the 15 of the Penal Code that indicates regarding the error of culturally conditioned understanding as an attenuating for Peruvians who have different or differentiated culture, what is not clear, is inconsistent, and it is an article that maintains the hegemonic colonial sense of one dominant culture against another, so it does not mean what is meant by the name misunderstanding, which means rather that it is a error of prohibition, in this dilemma it is necessary to clarify what type of error is really the one that is regulated in the Peruvian penal code. For this reason, the present thesis is put into consideration, for which, through the present investigation, we try to give reasons to better understand this article and propose alternative solutions.

Keywords: Criminal law, error of cultural understanding, error of prohibition, guarantee state, interculturality and rule of law.

INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más conflictivos que tenemos en una realidad pluricultural, como la peruana es las prácticas culturales de ciudadanos de un grupo étnico o cultural que contravengan la legislación penal ordinaria o la emplacen, para ello debemos recordar que el Código Penal de 1924 incluyó un par de artículos (44° y 45°) en los que establecía un tratamiento diferenciado según se tratase de habitantes de la serranía o de la selva. Al respecto, existe diversa literatura que es enfática en mostrar las deficiencias e injusticias cometidas como resultado de la aplicación de dichas normas.

Las críticas planteadas a dichas normas, tanto desde el punto de vista técnico jurídico como de los resultados concretos de su aplicación, dieron como resultado que en la elaboración del Código se intentara superar tales deficiencias mediante la figura del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado (ECCC), previsto en el artículo 15° del Código Penal de 1991, el cual establece una reducción de la pena o una exención de la misma cuando la conducta delictiva hubiera sido fruto de un condicionamiento cultural. Esta figura penal constituyó un importante avance, en tanto superaba las deficiencias técnicas de la norma anterior y planteaba una opción de respeto a la diversidad cultural y la identidad étnica de los ciudadanos.

No obstante, la vigencia de la norma de modo alguno ha implicado un cambio significativo en el tratamiento efectivo dado a los ciudadanos pertenecientes a las comunidades campesinas o nativas. Algunos de los primeros estudios al respecto indican claramente que existía una concepción errónea de dicha figura: se utilizaba para delitos de corrupción, mientras que se dejaba de utilizar para los casos que afectasen derechos básicos como la vida. Por otro lado, no se establecían los supuestos de exención de pena sino únicamente la reducción de ésta. Y por último, se mantenían criterios discriminadores y prejuiciosos respecto de los ciudadanos de dichas comunidades, buscando que abandonen dichas prácticas y se amolden a la sociedad occidental.

Por ello, las primeras evaluaciones señalaban la necesidad de una reflexión y revisión, a fin de establecer criterios adecuados de aplicación del ECCC, así como para llenar de contenido a esta figura, que se debate en la disyuntiva de error de prohibición o error de comprensión cultural.



CAPÍTULO I

REVISIÓN DE LITERATURA

1.1 Contexto y marco teórico

1.1.1 La constitución y el proceso penal

En el proceso penal moderno, fruto del Estado de Derecho, la Constitución adquiere una gran relevancia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico (Artículo 138, segundo párrafo), sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados de un lado por el derecho de penar que ejercita el Ministerio Público (Artículo 159°, incisos. 4 y 5 de la Constitución Política del Estado.) y de otro por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa (Artículos. 2. 24 y 139. 14 de la Constitución Política del Estado.). Lo expuesto es consecuencia de haber adoptado Constituciones rígidas que no pueden ser modificadas por la ley ordinaria y normativas que se integran al ordenamiento como normas supremas. En este orden de ideas, la Constitución, especialmente en el artículo 139°, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales, sobre la base de la necesidad del proceso penal o principio de jurisdiccionalidad, a tenor del artículo 139°.10 de la Carta Magna. Esta garantía jurisdiccional tiene un doble componente, pues, por un lado atiende, a que la pena se impone sólo por los tribunales y, por otro, a que la pena se impone por los tribunales exclusivamente por medio del proceso. Del conjunto de los derechos y principios procesales, como es obvio, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos.

Cubas (2004), afirma que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas. Se trata, en ambos casos, de una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes (proceso), así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento). Estas garantías, en cuanto tales, se proyectan en bloque en todo el ámbito procesal penal; son expansivas y polivalentes, pues una misma garantía tanto se la encuentra en una fase del proceso como en otra.

Ferrajoli (2010), refiere que mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito, las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esas garantías en tanto se afirme la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa. De igual manera, insiste el mismo autor, la principal garantía procesal, presupuesto de todas las demás, es la de jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*), que tiene su origen en el artículo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215 y que incluía garantías contra la detención, la reserva de jurisdicción (juicio legal de un sujeto imparcial e independiente) y la presunción de inocencia; en tal virtud esta garantía de jurisdiccionalidad, en sentido estricto, exige la acusación, la prueba y la defensa.

1.1.2 Fundamentos del proceso penal

Bobbio (1982), los fundamentos del proceso penal descansan en: a.- El principio de legalidad, el mismo que es propio de un Estado de Derecho, exige que las leyes prevean las conductas que son consideradas delitos, como también las penas; es decir, las consecuencias jurídicas que debe soportar el responsable. b.- Mientras que la ley penal (sustantiva) establece las conductas delictivas y las penas aplicables a quien las realice, la ley procesal (adjetivo) proporciona las reglas a través de las cuales debe ser investigado el delito y atribuida la responsabilidad del agente. c.- Pero además, el Derecho Penal Sustantivo necesita del Derecho Procesal Penal en mayor medida que otras ramas del orden jurídico. La realización del Derecho Penal sólo puede concentrarse con las reglas por el derecho procesal, pues en este caso

hay un interés público superior al que existe en Derecho Privado. d.- Según sean las estructuras del Estado, cambian tanto su organización judicial con el sistema procesal. Un Estado democrático prevé un procedimiento en el que diversas funciones (acusación, defensa y decisión) se encuentran adecuadamente garantizadas. Mientras en los sistemas autoritarios se concentran en el Juez las funciones del proceso. e.- En consecuencia, el fundamento del Proceso Penal, es el deber del estado de garantizar la realización de justicia a los ciudadanos, lo que se corresponde a la idea del Estado de Derecho.

1.1.3 Legitimación del Derecho Penal

Como lo sostiene un defensor de la tendencia y simple llanamente como el medio para una reducción óptima de molestias. Al respecto no debería perderse de vista que el derecho penal sólo encontrará legitimación por referencia a su área nuclear. En efecto, todo aquel que emprenda la tarea de justificar el derecho penal, lo justificará pensando en asesinato, violación y robo.

1.1.4 El Estado de Derecho

Dicha expresión alude a aquella forma de convivencia política dentro de la cual el poder estatal se encuentra sometido a un sistema de normas jurídicas; es decir, denota al Estado sometido y regulado por el derecho. La noción Estado de Derecho encuentra su génesis en las bases del liberalismo político y sus primeras manifestaciones concretas se dan durante el auge de las revoluciones inglesa y francesa respectivamente. (García, 2010).

Borea (s.f.) señala que el objeto del Estado de Derecho Radica en garantizar la libertad y seguridad del ser humano. Así su existencia y operatividad preconiza que los ciudadanos nos puedan en el ejercicio de su autodeterminación, planificar y prever las consecuencias jurídicas de sus actos en la vida coexistencial.

1.1.5 Teoría garantista del derecho

La teoría Garantista del Derecho cambia el papel del Estado, puesto que señala que siendo de origen social el Estado ya que es la sociedad jurídicamente organizada, debe procurar ser menos formalista y más ser garantista a favor de resguardar y

garantizar la realización de los derechos y libertades fundamentales. En cuanto a la Teoría del Derecho clásica, que antes era avalorativa, con el garantismo ahora se vuelve valorativa. La obligación del Juez era siempre aplicar la Ley, ahora se transforma en la facultad de aplicarla o no hacerla. El jurista de un observador del derecho se transforma en un dictaminador de la validez o invalidez de las normas.

Ferrajoli (2002), su principal representante, rechaza la tesis kelseniana de la validez del derecho únicamente en virtud de la legitimación formal, que se refiere a lo estrictamente legal e instrumental donde se privilegia la racionalidad de la norma, y propone que además de la legitimación formal también tiene que satisfacer los criterios exigidos por los derechos fundamentales, en su función social (legitimación sustancial).

Las constituciones y por ende el Estado según Ferrajoli (2002) deben ser entendidas como presencias heterogéneas que compone una sociedad. Las constituciones son en suma para los pactos sociales de no agresión, para evitar los conflictos y la violencia social, cuya razón social es la garantía de la paz y de los derechos fundamentales de todos, con ello se trata de combatir la idea dominante de la teoría constitucional de que las constituciones son el reflejo de cierta homogeneidad social que presupone un *demos*, la voluntad popular como fuente de su efectividad. Busca cubrir los vacíos que de forma aislada han sido enfocados por los reduccionismos. Cumple una función limitativa del poder. Los límites del poder se materializan con los principios de legitimación formal y sustancial.

La teoría del Estado de Derecho según el garantismo, está vinculado a la realidad socio-jurídica y también política del Estado democrático. El Estado de Derecho Garantista se propone invertir los papeles: El derecho ya no es más un instrumento de la Política, al contrario ahora la política deberá ser el instrumento del Derecho sometida en todos los casos a los vínculos normativos constitucionales.

Se trata de elevar a la cúspide la preponderancia de la legalidad como garantía de la paz, el bienestar y la seguridad pública a favor de los más débiles y desposeídos.

1.1.6 La Cultura

Taylor (1986), dice que la cultura “es ese todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y otras acciones adquiridas por el hombre como miembro de una sociedad”. Comprende productos inmateriales como el lenguaje, la música, la poesía y todos los productos del pensamiento. Así mismo, incluye productos materiales como el teléfono, el automóvil, e fax, la computadora, etc.

En suma, es la ronda de la vida en su ciclo entero, transmitida, aprendida y comprendida. Es simultáneamente, producto y factor de las interacciones e interrelaciones humanas.

Silva (1986), requiere que la cultura es una abstracción del comportamiento humano, por ende, no puede observársela directamente, sino a través de las manifestaciones sociales; es decir, en ligazón con lo que los hombres hacen y requieren, los hábitos y las costumbres, los procedimientos y las técnicas que emplean etc.

El comportamiento humano es muy diverso y se encuentra comprendido en un sinnúmero de actitudes y actividades que constituyen las formas de vida social. De allí que la cultura comprenda la manera total de vivir de las sociedades y de cómo estas se adaptan al ambiente geográfico y logran transformarlo. (Silva, 1986).

1.1.7 Origen del pluralismo jurídico en el Perú

Gonzales (2011) los países Latinoamericanos tienen pasado colonial debido a que fueron objeto de invasión y conquista ocurrida desde el descubrimiento de América para occidente en 1492; consiguientemente, según la clasificación tipológica mencionada, el conflicto socio-cultural en estas sociedades es de orden extrasistémico, y especialmente la sociedad peruana, pues a partir de la conquista española (1532) se impuso un sistema de gobierno y de administración de justicia de corte Europeo-occidental, centralizando la facultad de administrar justicia en el Estado. Posterior a la Independencia del Perú (1821) con el inicio de la República se adoptó el modelo de estado-nación europea, siendo el Estado reflejo de la Nación. Por consiguiente, el sistema jurídico desarrollado en el Perú es de orden

monista (identificación derecho - Estado) y etnocentrista (identificación del derecho estatal con la cultura occidental) Este nuevo Estado impuso su sistema jurídico basado en el derecho occidental, de vertiente civilista inscrito dentro del denominado sistema Romano Germánico. Colmenares (2006) siendo que la cultura andina continuó subsistiendo juntamente a otras culturas nativas. Es así, que cada una de estas culturas dentro de sus sistemas sociales y ámbito territorial cuenta con su propia estructura de normas y sanciones, es decir, su sistema jurídico. Gonzales (2011) el Perú reconoce el pluralismo jurídico, pues en el artículo 2 inciso 19 de la Constitución Política vigente, establece el derecho a la identidad étnica y cultural. Gonzales, (2011) dentro de la doctrina jurídica, además de la autonomía de la jurisdicción especial, se discute sobre el grado de pluralismo jurídico, es decir si se debe considerar a la justicia comunal como un sistema jurídico paralelo al oficial o solamente como una instancia dentro del Poder Judicial.

La justicia completa de los pueblos indígenas no es valorada por el Estado en la Constitución Política. El texto del artículo citado resulta inédito en el constitucionalismo peruano para otros sectores. Sostienen que el paso que da la Constitución, en el sentido de permitir a ciertas organizaciones comunales ejercer funciones jurisdiccionales mediante el derecho consuetudinario, es innovador, aunque riesgoso (Bernaes, 2012).

1.1.8 Evolución del pluralismo jurídico

Yrigoyen (2006) debemos señalar que la coexistencia o articulación del Derecho ordinario y del Derecho indígena no es un fenómeno nuevo, sino, como se detalló al iniciar el presente artículo, consecuencia “del proceso de colonización emprendida desde Europa en el Derecho Indígena”, prefiero hablar de coexistencia del Derecho ordinario y Derecho indígena, que por supuesto no existe un solo Derecho indígena sino cuantas comunidades indígenas existen.

1.1.9 Contribuciones del pluralismo jurídico

Ehrlich (2005) es uno de los principales defensores de esta corriente. Dentro de sus postulados señala que el derecho del Estado no es el único derecho presente en la

sociedad. Los principios que presenta su teoría se encuentran en base a la idea del “derecho vivo” para denominar aquellos órdenes paralelos al Estado que surgen.

Ehrlich (2005) espontáneamente en la vida cotidiana como forma de autorregulación y que llegan a ser más importantes para la sociedad que el propio derecho creado y sancionado oficialmente. “El error radica en que los juristas están acostumbrados a reconocer solamente como Derecho sólo lo que emana del Estado, lo que se consolida a través de la amenazadora coerción estatal; todo lo demás sería uso moral o creaciones semejantes

1.1.10 Posiciones sobre justicia intercultural en Perú

Hiese (1992) afirma que el Derecho es uno de los elementos que mayor dificultad ofrece para ser trabajado desde una perspectiva intercultural. No solamente existen las ya mencionadas reticencias a la apertura y a la comunicación, sino que en los últimos siglos la sociedad occidental ha conformado el llamado Derecho Moderno, cuyos principios (seguridad jurídica, autonomía, jerarquía de las normas) y formas (leyes escritas, procedimientos judiciales) buscan permitir el desarrollo del capitalismo.

Peña (2002) sugiere que para hacer viable la justicia intercultural en el Perú se encuentra en una propuesta filosófica: promover que nuestros operadores del derecho y la sociedad en general desarrollen la capacidad de comprender la justicia intercultural como necesidad. Esto significa buscar comprender o hacer comprender que sin una justicia intercultural no nos podemos integrar propiamente como país. La aplicación de esta medida supone el esfuerzo principal de nuestros operadores del derecho: jueces, fiscales y abogados, pero también de legisladores y docentes de las Facultades de Derecho.

1.1.11 Evolución del concepto de antijuricidad

Peña y Almanza (2010) no obstante, fue necesario esperar hasta 1867 para encontrar el concepto de injusto formulado de manera técnica por Rodolph von Ihering, quien o entendía, desde el ángulo del derecho civil y delimitándolo del penal, como la mera contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, de donde nació la noción de antijuricidad objetiva. El pensamiento clásico (positivismo jurídico para sus

cultores; causalismo para sus detractores) concibió a la antijuridicidad como la contrariedad del aspecto externo del hecho (tipo objetivo) con el derecho, con el orden jurídico del Estado. Como explica Mir Puig, “si la antijuridicidad califica el hecho, y ese hecho se concebía como mero proceso causal [el tipo era una construcción totalmente neutra, para convertirse luego con un ligero criterio valorativo en ratio cognoscendi], con independencia de la finalidad del autor, era lógico que la antijuridicidad se refiriese al aspecto objetivo-externo (causal) de la acción.”

1.1.12 Conocimiento de la antijuridicidad

Girón (2013) es indispensable que el autor de una acción típica y antijurídica no ignore el contenido de la norma penal y la ilicitud de su conducta para poder motivar a no realizar injustos penales. No es necesario que el individuo conozca exactamente todo el contenido de la norma incluyendo la pena que se le asigna, sino basta con que sepa que esta conducta es prohibida por la ley. Este requisito es eminentemente jurídico y no tiene nada que ver con la capacidad de culpabilidad. Si el autor de la conducta es adulto, y no padece de enfermedad mental y conoce la prohibición o norma penal que prohíbe la realización de la acción, la consecuencia será la culpabilidad, configurándose el concepto delito para imposición de una pena

1.1.13 Clases de error de prohibición

Armaza (1993) el error de prohibición puede ser considerado básicamente desde dos puntos de vista:

a. Según exculpe o disminuye la culpabilidad, hablaremos de un error de prohibición invencible y vencible.

a.1. Invencible y vencible El texto del código da un tratamiento distinto a los errores invencible y vencible pues mientras éste únicamente disminuye la responsabilidad y la pena, aquél las excluye. Lo arduo en la doctrina y la práctica es establecer cuándo el error es de una u otra clase, pero como no se pueden emplear criterios estables para determinar si en el caso concreto el agente fue o no capaz de conocer lo antijurídico de su comportamiento, por regla general, se tiene como vencible el error que estuvo en la posibilidad de ser superado por el sujeto; como invencible,

por el contrario, el que no le fue exigible superar dadas las circunstancias en que se desarrolló el hecho o las personales condiciones del agente. A un hombre de cultura media, física y psíquicamente sano, por ejemplo, le es exigible motivarse en la norma (por haberla comprendido) que prohíbe tomar las cosas ajenas sin el consentimiento del titular y, a pesar de ello, ese mismo comportamiento, difícilmente le puede ser reprochado al poblador de ciertas zonas de nuestra región⁸ donde desde siempre, ellos y sus antepasados, tuvieron un concepto bastante restringido de la propiedad privada. Si el habitante de alguna de esas zonas, en la ciudad, coge inconsultamente una gallina (45) del corral ajeno para prepararse sus alimentos en el convencimiento de que está disponiendo de un bien comunal que le es necesario para subsistir, habrá obrado en error de prohibición.

b. Según el agente ignore o conozca la norma prohibitiva violentada, estaremos frente a un supuesto de error de prohibición directo o indirecto.

b.1. Directo

Será directo el error sobre la ilicitud si el sujeto desconoce el contenido de la norma penal. Puede suceder, incluso, que tenga un conocimiento completo de la norma pero que, por razones ulteriores, no la crea vigente. En este último caso, como en el anterior, procederá la aplicación de las reglas del error de prohibición.

b.2. Indirecto

Si recae el error en la autorización del comportamiento ya porque se crea que lo beneficia una norma permisiva que realmente no esté reconocida en la ley, o ya porque se tenga la convicción de que se actúa justificadamente ante la necesidad de salvarse o salvar a un tercero de un peligro inexistente, el error será indirecto. Ejemplos del primer y segundo casos son los siguientes: a) Alguien mata el ganado enfermo de su colindante en la creencia de que de esa forma evita el contagio en la comarca y, así mismo, convencido de que el ordenamiento legal permite esos comportamientos. b) Repeler una supuesta agresión ilegítima en la convicción de que se actuaba en legítima defensa cuando en realidad el “adversario” fingió agredimos.

1.1.14 Error de Comprensión Culturalmente Condicionado

Si la conciencia disidente origina una dificultad en la comprensión por la existencia de un patrón general de valores distintos a los del derecho penal oficial, en el Error de Comprensión Culturalmente Condicionado la dificultad se debe a que “el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta a la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura”. Por esta razón no puede internalizar, no puede comprender la antijuridicidad de su conducta aun cuando conozca la norma. En todo caso no le es exigible dicha internalización. El derecho penal no puede ni debe penar a un habitante con patrones culturales distintos a los del derecho penal oficial. Así, la exigibilidad de comprensión no puede ser idéntica para aquellos individuos que asumen los patrones y valores del derecho penal oficial y los que se han desarrollado con patrones y valores culturales distintos. En este caso la consecuencia es similar al error inevitable de prohibición que elimina la culpabilidad.

1.1.15 Normatividad del Código Penal

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. (Art.15. C.C.P.)

Este artículo no faculta a los magistrados a exculpar de manera automática a una persona por razón de su lugar de origen, residencia o raza. El artículo claramente hace referencia a la capacidad de una persona para comprender el carácter delictivo de un determinado acto. Muchas personas pueden tener origen indígena y por efecto de cambios culturales, comprender las prohibiciones legales. De esta forma, por ejemplo, cada vez hay más aceptación dentro de la población rural que la violencia familiar es una contraria a los derechos fundamentales.

Nuestro sistema penal exige que el agente tenga la posibilidad de conocer que su conducta contradice los requerimientos del ordenamiento jurídico y que su accionar se encuentra prohibido jurídicamente. La atribución que supone la culpabilidad sólo

tiene sentido frente a quien conoce que su actuación es prohibida. Precisamente, este es el problema que trata de enfrentar el artículo 15, especialmente vinculado a los supuestos de conductas de personas que actúan en el marco de su cultura o costumbres, en el sentido que no se criminalice estas conductas socialmente aceptadas por estos grupos culturales, ya que inclusive puede darse el caso que el sujeto conozca la norma prohibitiva pero no la pueda internalizar por razones culturales y, por lo tanto, no se le podría reprochar esa falta de internalización. (Meini, 1997).

El artículo 15 regula una cláusula que exime de responsabilidad penal e incluso permite, en algunos casos, atenuarla.

¿Cuáles son los presupuestos que se debe tener en cuenta para la calificación del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado?”

Una posición asumida, es la siguiente:

Se debe tener en cuenta el hecho de que sea miembro de una comunidad nativa o campesina y que por su cultura o costumbre no pueda comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, pero básicamente se debe analizar cada caso concreto para establecer si efectivamente se trata de un error de comprensión culturalmente condicionado, que dé lugar a su inculpabilidad. También se podría comprender a personas que se hayan integrado a la comunidad y actúan de buena fe. Precisar las diferentes normas consuetudinarias que rigen las relaciones sociales en esa comunidad e igualmente las normas morales que han sido internalizadas por los integrantes del grupo cultural (Viaña, 2011).

Algunos criterios a tener en cuenta es:

- a) Pertenencia a una comunidad nativa o campesina: Si bien éste parece un punto lógico, lo cierto es que constituye una reducción del ámbito de aplicación de la norma. La realidad permite afirmar que la población indígena, bajo los parámetros que establece el Convenio 169 de la OIT, no se limita a los integrantes de una Comunidad Nativa o Campesina. Por ejemplo el caso de Rondas Campesinas de Cajamarca o de Huaraz, o un Pueblo Indígena en situación de Aislamiento o de Contacto Inicial, a los cuales se les podría aplicar

el ECCC. En tal sentido resulta necesario adoptar este punto con algunas observaciones.

- b) Que la cultura o costumbre afecte la comprensión del carácter delictuoso del acto o la posibilidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión: siguiendo la pista de algunos desarrollos doctrinarios se establece que el ECCC afecta, debido al condicionamiento cultural del ciudadano, su capacidad de comprender que se trata de un delito. Es claro que en este caso el ciudadano puede conocer que se trata de un acto reñido con cierta idea de ordenamiento, pero no llega a comprender cabalmente la ilicitud del mismo. Adicionalmente, el Pleno se pone en el caso en que, a pesar de comprender el carácter delictuoso, igualmente le sea imposible a la persona el guiarse por la norma penal. De esta manera se intenta abordar todos los aspectos que pueden implicar el condicionamiento cultural, el cual es tratado como una forma de inculpabilidad, es decir a pesar que la conducta es típica y antijurídica, el ECCC afecta el nivel de culpabilidad o capacidad de responsabilidad.

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

- c) Se podría incluir a personas externas a la comunidad que se hayan integrado a ella y actúen de buena fe: Constituye uno de los aspectos más cuestionables, en tanto puede llevar a un conjunto de abusos por personas externas a la comunidad que mal utilicen las prácticas y costumbres de aquellas comunidades. No han sido raros los casos de profesores que, abusando de la costumbre de ciertas comunidades respecto del inicio de la actividad sexual, hayan mantenido relaciones indebidas con adolescentes. Es evidente que ello no significa actuar de buena fe, pero dicho aspecto podría ser menos claro en otras ocasiones. El ECCC no está concebido en términos que pueda aplicarse a una persona no indígena. En tal sentido, el pleno amplía de manera irregular su alcance.

- d) Se requiere precisar las normas consuetudinarias y las costumbres de la comunidad.-Éste constituye un aspecto probatorio fundamental, ya que no basta la pertenencia a una comunidad o ser un ciudadano indígena. Se requiere que la conducta o condicionamiento cultural sea aceptado por el conjunto de la comunidad. Es decir, que exista una validez jurídica, desde el derecho consuetudinario, para esta conducta, ya que en caso contrario no podría ser protegida por el ECCC. Para ello, constituye un instrumento de especial importancia el peritaje antropológico.

Si bien estos aspectos que han salido de un pleno Jurisdiccional contiene aspectos importantes, no ha considerado algunos extremos de recientes resoluciones judiciales de la Corte Suprema y otros aspectos que deben ser atendidos de manera urgente para una adecuada aplicación del ECCC:

1.1.16 Aspectos controversiales

Tradicionalmente y de forma mayoritaria, el artículo 15 ha sido interpretado como un error de comprensión culturalmente condicionado. Esta figura fue creada por el profesor argentino Zaffaroni (2015), en la década de los ochenta del siglo pasado para contestar y proponer una alternativa al trato que se le daba al indígena en algunos países sudamericanos, entre ellos el Perú, Bolivia y Argentina, y en algunos países centroamericanos. En ese entonces, y de hecho sucedió así en el Perú hasta la entrada en vigencia del actual Código Penal en 1991–, al indígena se le podía eximir de responsabilidad por considerársele inimputable por haber actuado degradado por el alcohol y la servidumbre, o por otras circunstancias que expresaban un trato manifiestamente peyorativo y denigrante. Este trato presuponía y generaba que al indígena se le considerara como un sujeto inferior al hombre occidental. Es decir, en ese entonces, calificar de inimputable al indígena, debido a las causas de inimputabilidad aplicadas (degradado por el alcohol y la servidumbre), era un trato discriminatorio.

Ahora bien, en Derecho Penal, el inimputable es incapaz. Esta asimilación de categorías ha llevado a muchos autores a reivindicar que los indígenas no son inimputables, que no se les puede comparar con un toxicómano, con un niño o con una persona que tenga alguna anomalía psíquica. El indígena es como cualquier

otra persona, solo que tiene una cosmovisión distinta a la nuestra, como nosotros una distinta a la suya. Entiende el entorno que lo rodea y se relaciona con ese entorno de una manera distinta a como lo hacemos nosotros. Ni mejor ni peor, solo distinta. Por ejemplo, nosotros podemos ver en los cerros un montículo de tierra y piedras, mientras que los miembros de algunas comunidades andinas ven un apu, un símbolo sagrado. Percibimos lo mismo visualmente, pero el significado que le damos a las cosas es distinto. La cosmovisión y la relación con el entorno cambian. Digo esto porque lo que propuso Zaffaroni (2015) fue dejar de lado esta terminología peyorativa de tratar como inimputable a una persona que tenga una cosmovisión distinta a la predominante y propuso, en su reemplazo, la figura del error de comprensión culturalmente condicionado; que es cuando una persona, por su cultura o costumbre, no puede comprender el carácter ilícito del acto, entonces, se le exime de responsabilidad o se le atenúa si esa capacidad de comprensión está atenuada.

El problema es que, si bien la finalidad fue buena –es decir, reivindicar la diversidad cultural–, al regular el artículo 15 un error de comprensión, no solo vulnera la diversidad cultural, sino que contradice la finalidad de la norma. En efecto, afirmar que el indígena, o cualquier otra persona que no comparta la cosmovisión de la mayoría incurre en error por no compartir dicha cosmovisión sobre la que se edifica el Derecho oficial, es peyorativo, discriminatorio y me atrevería a decir que incluso es inconstitucional: la mayoría tendría la cosmovisión correcta, por su parte el indígena, incurriría en error de comprensión culturalmente condicionado, en un equívoco, por el solo hecho de no compartir la cosmovisión de otros. Esta falsa supremacía de una cosmovisión sobre otra es, precisamente, lo que diversidad cultural como valor constitucional pretende evitar. Solo por la terminología que emplea, el artículo 15 del Código Penal debería ser rechazado. Pero además, si se revisa lo que ahí se dice, queda absolutamente claro que no se regula ningún error. Todos los errores en el Código Penal se regulan en el artículo 14.

Alcances y limitaciones del artículo 15 de Código Penal

El artículo 15 no se refiere a una persona que tiene una percepción equivocada de las cosas, como si hubiese una correcta. Si yo veo una pared verde cuando en

realidad es blanca, todos me dirán “esa es una pared blanca”. Seguramente, esto puede darse dentro de un grupo de personas que comparten la misma cosmovisión, dentro un grupo de personas que perciben la realidad y se relacionan con el entorno de la misma manera. Pero cuando hablamos de diversidad cultural, no es propio de un Estado de Derecho y no es propio del respeto a la diversidad, decir que una minoría que se relaciona de manera distinta con su entorno está equivocada por el hecho de que su cosmovisión es distinta a la de la mayoría; son simplemente distintas. Partiendo de que son distintas y de que la motivación que pretende la norma penal para que las personas no cometan delitos surge de la comprensión del entorno y relación con el entorno que cada quien tenga, el artículo 15 del Código Penal tiene que interpretarse como una causa de inimputabilidad, sin que eso signifique un trato peyorativo. Inimputabilidad porque, en definitiva, una persona que, por la razón que sea, no tiene la capacidad para comprender la realidad como la percibe la mayoría, es para esa mayoría un inimputable: un niño, un loco, un toxicómano, una persona que tenga alucinaciones; pero también una persona que por su cosmovisión percibe las cosas distintas. La manera más democrática de tratar la diversidad cultural no es decir que las minorías se equivocan, sino decir simplemente que son personas tan distintas a mí en su cosmovisión que yo no puedo juzgarlas con mis reglas penales. Luego, como no puedo juzgarlos con mis reglas penales, lo único que puedo decir es que está al margen de mi sistema jurídico-penal, y el calificativo para identificar a una persona que está al margen de mi sistema penal, que no puede responder en mi sistema penal porque no tiene ese entendimiento que tengo yo, es el de inimputable. Pongamos un ejemplo invirtiendo la figura. Imaginémonos que tres estudiantes de Derecho están paseando en la Selva y se pierden, y son encontrados por una tribu no contactada.

1.1.17 Más Ejemplos y Coherencias

Siguiendo el mismo ejemplo, los estudiantes serían llevados a una especie de juicio sumario y los condenan a muerte por haber cortado un árbol. Ellos cortaron el árbol porque necesitaban un tronco para flotar en un río. Pero da la casualidad que, para la tribu, cortar un árbol es una gravísima ofensa a una deidad, castigada por ellos con la muerte. ¿Qué preferirían los estudiantes?, ¿cómo se defenderían?, ¿dirían que se equivocaron?, ¿o dirían a quienes les juzgan que “esa lógica, ese

entendimiento, esa relación con la naturaleza, no nos la pueden exigir a nosotros porque aquí vemos un árbol y no una deidad; no pretendan que veamos un dios donde ustedes lo ven, porque nosotros vemos un árbol”? Seguro que esto último. Y lo mismo nos pedirían ellos a nosotros. “No me pidan que yo vea una ofensa a un bien jurídico, porque para mí no lo es”. El ejemplo clásico es el sirvinacuy: relaciones sexuales consentidas con una niña menor de catorce años. Para nosotros, es un delito que se pena con cárcel de hasta veinticinco años, y podría tener sentido, porque “¿cómo una persona se va a acostar con una niña o niño menor de catorce años?”. Sin embargo, ese mismo hecho, para otras personas, por su realidad cultural y su historia cultural, es un hecho rutinario y natural que no genera ningún reproche. ¿Quién tiene razón? ¿Qué perspectiva ha de imperar? Las dos pueden convivir perfectamente cuando nuestra cosmovisión y nuestras leyes penales – que se sustentan en esa cosmovisión– se apliquen a las personas que comparten esa cosmovisión, y las leyes consuetudinarias –que se sustenten en una cosmovisión distinta– se apliquen en los lugares y a las personas que comparten cosmovisión sobre la que descansa el derecho consuetudinario. Wolkmer (2003) Sin ir muy lejos, esta es la razón por la cual cada Estado es soberano en aplicar sus leyes. ¿Cómo debe entenderse el artículo 15? Como cláusula de inimputabilidad. La diversidad cultural es causa de inimputabilidad, y eso es lo que dice el artículo de manera literal: “el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión”.

1.1.18 ¿El Artículo 15 del Código Penal Peruano autoriza a ir en contra de la cultura mayoritaria o predominante?

Villavicencio (2003) teniendo claro que nuestro país presenta una heterogeneidad étnica cultural, resulta necesario respetar los valores y la cultura de los pueblos que forman parte del mismo, y evitar aquellas concepciones que, sobre la base de criterios etnocéntricos, concebían a la sociedad integrada por salvajes, semicivilizados y civilizados Código penal peruano de 1924, artículo 44 y que desconocían el derecho de las personas integrantes de autonomías culturales que actúan. Considero que el artículo 15 del Código Penal no autoriza ir en contra de la cultura mayoritaria o predominante. En realidad, el artículo 15 es una respuesta a

las dificultades que implican los juzgamientos penales por parte de la justicia estatal a personas que actúan en el marco de sus pautas culturales diferentes (por ejemplo, miembros de las comunidades campesinas y nativas). La justicia indígena no puede ser concebida bajo los fundamentos o desde el enfoque de la justicia estatal, y mucho menos esperar que ésta se subordine o se homologue a ésta última (Walsh, 2005). En éste caso, la justicia estatal debe contar con instrumentos jurídicos que le permitan, en los casos que lleguen a su conocimiento, aplicar las normas penales en el marco de la diversidad cultural que caracteriza a nuestro país. Es por ello que la diversidad cultural será relevante para el Derecho Penal cuando exista un conflicto, en el sentido que el comportamiento sea realizado por quien detenta patrones culturales distintos a los que subyacen al Derecho formal y se encuentren en el ámbito del Derecho consuetudinario. Meini (1997) responde que no se debe ir en contra de la cultura minoritaria o no predominante. Lo que plantea el artículo 15 es una cláusula de exclusión de responsabilidad penal que tiene un significado más potente que la simple inimputabilidad. Lo que está traspasando el artículo 15, lo que está visibilizando, es el necesario respeto a la diversidad cultural en el Derecho Penal. La diversidad cultural se plasma en el Derecho de muchas formas. En el Derecho Penal, que se encarga de prevenir y sancionar comportamientos, la forma cómo la diversidad cultural se plasma es a través del artículo 15. Quien tenga una cosmovisión distinta a la del grupo que ha creado las leyes penales tiene todo el derecho de decir “son sus leyes, no son las mías y me sustento en mi propia cosmovisión y en la diversidad cultural que, además, es un valor constitucional”. Entonces, no es que vaya en contra de la cultura mayoritaria, no es que un grupo pueda decir “ahora, yo tengo mis propias leyes y voy en contra de la mayoría”. No. Se trata, simplemente, de reivindicar el derecho a aplicar el propio Derecho consuetudinario, que es exactamente el mismo derecho que tenemos nosotros a aplicar el Código Penal. Que seamos más no significa que seamos mejores, ni que tengamos derecho de imponer una cosmovisión a personas que tienen derecho a pensar distinto (Espezúa, 2016).

1.1.19 La redacción del artículo 15 es discriminatoria? ¿Por qué?

Para la visión monista No. Se sostiene por el contrario, al regularse el error de comprensión culturalmente condicionado, por las prácticas propias de la pluralidad

étnica y cultural del Perú, era necesario que en el Código Penal se resaltase normativamente el respeto de los valores culturales distintos en el sentido que no se criminalicen conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales diferentes. Las normas penales –Código Penal de 1991– no son sino expresión material de la tutela exigida por una fracción de aquellas “normas de cultura” que jurídicamente reconoce el Estado; y es que por el artículo 149 de la Constitución Política del Perú se reconoce el ejercicio de funciones jurisdiccionales especiales a las comunidades campesinas y nativas, lo que en buena cuenta supone un reconocimiento estatal de parámetros normativo-culturales distintos a los que justifican y dan fundamento a la ley penal aplicada por la justicia estatal (pluralismo jurídico). El artículo constitucional acotado reconoce competencia a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, siempre que se actúe de conformidad con su propio Derecho consuetudinario, se ejerza dentro de su ámbito territorial comunal y se sujete al respeto de los derechos fundamentales. (Rosas, 2005) El artículo 15 del Código Penal hace referencia en buena cuenta a una justicia intercultural, mediante la que el sistema de justicia del Estado tiene el deber de aplicar las normas legales del Estado teniendo en cuenta la cultura de las comunidades. Artículo 149.- “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial” campesinas o nativas. Esta interpretación intercultural de las autoridades es la que hace realidad el reconocimiento de la identidad cultural y, asimismo, el respeto a su derecho consuetudinario y su función jurisdiccional, por lo que no resulta pertinente decir que este artículo es discriminatorio en la medida que no solo se busca garantizar el derecho de unos cuantos, sino de todas las personas que forman parte del Estado.

Meini (1997) sostiene que, no es discriminatoria. Discriminatoria sería si es que se limitase, por ejemplo, a un colectivo o a unos colectivos determinados. Por ejemplo, si el artículo 15 se refiriera a “las comunidades nativas”, ¿dónde quedarían las campesinas u otros grupos o etnias? Pero en términos generales, que son los que

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

Esto ocasiona que en Europa se dan muchos casos de mutilación de genitales femeninos por parte de personas provenientes de lugares en donde esta práctica es culturalmente aceptada o impuesta, a pesar de ser un delito de lesiones en los Códigos Penales europeos. El padre de familia que puede golpear a la mujer si su grupo cultural lo permite y lo fomenta, a donde vaya, va a llevar consigo esa costumbre. ¿Se debe permitir eso? Considero que no. Tiene que existir un límite y que debe ser la libertad y la igualdad. Hoy día, en tiempos de globalización, las fronteras geopolíticas no permiten distinguir entre culturas. El mapa de las culturas según los flujos migratorios, si lo superponemos al mapa geopolítico del mundo, nos muestra una fotografía completamente distinta. ¿Cómo podemos convivir miles de millones de personas en la tierra en períodos de globalización, teniendo en cuenta que venimos de culturas distintas; que concebimos el entorno de manera distinta; que para algunos ciertos actos son correctos y para otros equivocados; o cuando para algunos tener relaciones sexuales con una niña de catorce años, si consiente, está bien, pero para otros, no? ¿Cómo lograr cierta convivencia pacífica? En lo que el Derecho Penal puede contribuir, que es muy poco, soy de la idea de que los límites penales han de establecerse únicamente para fomentar y proteger la libertad, el desarrollo y la individualidad de todos los hombres y mujeres por igual, con independencia de la religión, raza, origen o cualquier otra distinción. Entonces, en experiencias como la mutilación del órgano genital femenino, por ejemplo, ¿podría tener derecho el padre a decir “en mi cultura, esto es así y por eso, yo lo hago”? Si decide hacérselo a él mismo, que nadie se meta; pero si se aplica discriminatoriamente, es decir, solo a mujeres, no debe ser permitida. ¿Es discriminatoria la redacción del artículo 15? Respondo a la pregunta: en absoluto,

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

1.1.20 Relación con el concepto del pueblo indígena o pueblo tribal del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, fue aprobado internacionalmente el año 1989, pero ratificada por el Perú el 2 de febrero de 1994, entrando en vigor por disposición del mismo Convenio al año siguiente, esto es el 2 de Febrero de 1995. Este Convenio regula en forma específica el 38 conjunto de derechos y obligaciones de las Comunidades Campesinas o Andinas, y de las Comunidades Nativas o Amazónicas. Además, dicho convenio tiene rango constitucional, por tratar de Derechos Humanos, conforme a la cuarta disposición final y el artículo 3 de la Constitución Política del Perú.

El referido Convenio Internacional de la OIT desarrolla en forma amplia los conceptos de Pueblo Indígena y Pueblo Tribal, incluyendo en los mismos los conceptos de Comunidad Campesina o Andina, y Comunidad Nativa o Amazónica. El amplio contenido de las definiciones de dichos conceptos se encuentra regulado en el artículo 1 del Convenio:

Artículo 1

El presente Convenio se aplica:

- a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

- b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
- c) La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.
- d) La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

El párrafo 1, inciso “a”, define el concepto de pueblo tribal, en tanto el párrafo 1, inciso “b”, define el concepto de Pueblo Indígena. En términos generales podríamos decir que el primero, el concepto de Pueblo Tribal, coincide con el concepto de Comunidad Nativa o Amazónica, mientras el segundo, el concepto de Pueblo Indígena, coincide con el concepto de Comunidad Campesina o Andina. Sin embargo esta diferencia es relativa. Ambos conceptos se aplican tanto para las comunidades Amazónicas como Andinas en nuestro país. Las condiciones sociales, culturales y económicas diferentes que regula el inciso “a” las encontramos tanto en las Comunidades Andinas como Amazónicas. Ambos tienen además costumbres, tradiciones o legislación especial. Igualmente, en ambos grupos de comunidades sus poblaciones habitaban nuestro territorio desde antes de la conquista y colonización española, siendo aplicable lo regulado en el inciso “b”.

Pero un elemento adicional que sí puede establecer las diferencias de ambos grupos de comunidades es el que se refiere al elemento subjetivo destacado en el párrafo 2. La conciencia de identidad es la que define la orientación o definición de los miembros de una comunidad por lo indígena o tribal. Si una comunidad se considera “indígena”, su carácter de “pueblo indígena” es la que se aplica, si una comunidad se considere “tribal”, su carácter de “pueblo tribal” se aplica. Pero más allá de la distinción de lo “indígena” o lo “tribal” importa su identidad de

comunidad o pueblo que sumado a las referencias de costumbres y antecedentes históricos anteriores a la conquista española, no deja duda de su existencia y de la aplicación, a su favor, de las normas del Convenio y otras semejantes.

1.1.21 Las normas comunales son normas de derecho válidas en el orden jurídico peruano

Defensoría del Pueblo (2010) tanto las rondas de comunidades de campesinos parceleros habitantes de caseríos o centros poblados, como las de comunidades campesinas con propiedad comunal de la tierra, expresan una identidad comunal de las personas que las integran, controlan efectivamente un territorio y actúan conforme a normas jurídicas. Entendiendo que una norma es jurídica cuando 1) regula aspectos de la vida social, 2) es obligatoria para los habitantes bajo su imperio, 3) cuenta con una fuerza pública que las respalda, 4) está inserta en el marco de una institucionalidad que garantiza su vigencia y efectividad, y 5) es producida por una fuente legítima. Todas esas características son cumplidas por las normas aplicadas por las rondas campesinas y en general, por las autoridades de los pueblos indígenas y comunidades de campesinos. La fuente de la norma suele ser la costumbre, pudiendo mostrarse en la mayoría de los casos una práctica constante desde cierto momento en la historia colectiva, con conciencia de obligatoriedad y respaldo de una fuerza pública en la comunidad. En consecuencia, en estos casos, estamos ante costumbres jurídicas, las cuales, en nuestro ordenamiento 41 constitucional, están reconocidas como fuente de Derecho bajo el nombre de “derecho consuetudinario”. El texto constitucional vigente lo afirma en el inciso 8 del artículo 139°, en la medida en que supla vacíos o deficiencias de la ley. Adicionalmente, en el artículo 149° de la Constitución, el llamado “derecho consuetudinario” o Derecho comunal está reconocido como fuente principal de Derecho dentro de territorios comunales y en la medida en que respete los derechos humanos. Evidentemente, la juridicidad y constitucionalidad de estas normas no debe llevar a la exigencia de las formalidades propias del Derecho estatal común. Pues cada vez más se admite que el Derecho contemporáneo es un “Derecho dúctil”, siendo ello especialmente predicable de los Derechos comunales. Esto lo hace más efectivo para la regulación de ciertas situaciones sociales, siempre y cuando se encuentren respaldados por una fuerte institucionalidad comunal.

1.1.22 La corte suprema ha interpretado el artículo 149 de la Constitución

Política

Existen 14 sentencias, expedidas por diferentes salas de la Corte Suprema en diferentes procesos judiciales, sobre casos vinculados con la justicia comunal. En ellas, estas salas han interpretado el artículo 149 de la Constitución. Estas sentencias han sido expedidas en diferentes procesos judiciales penales abiertos contra autoridades de las comunidades campesinas y nativas. De las 14 sentencias de la Corte Suprema, 4 vienen del distrito judicial de Cajamarca, 3 fallos tienen su origen en el distrito judicial de Piura, 2 sentencias vienen de la Corte de Justicia de Cusco, 2 sentencias de la Corte de 42 Amazonas, 1 sentencia de la Corte de Huaraz, 1 sentencia de la Corte de Puno y 1 sentencia de San Martín. Todos esos procesos llegaron a la Corte Suprema a través del recurso de nulidad, a través del cual se pide a este máximo tribunal que revise la legalidad de las decisiones adoptadas por las salas de los diferentes distritos judiciales.

1.1.23 La interpretación del artículo 149 de la constitución

Defensoría del Pueblo (2010), cuando nos encontramos con situaciones de hecho que a pesar de requerir una regulación jurídica, no la tienen, estamos ante una laguna del Derecho, la misma que tiene que llenarse mediante una operación de integración jurídica. En efecto, suponer que sólo está regulado lo que se ha escrito es desconocer que la vida social es dinámica y por lo tanto, llevar el Derecho al fracaso. Para evitar eso, se admite la interpretación extensiva de las normas. Por ella se extiende el supuesto de hecho de una norma hacia otro supuesto de hecho carente de regulación expresa, pero de naturaleza similar a aquél que sí está regulado. De manera que a éste último le corresponda la misma consecuencia jurídica que al primero. Por la literalidad del artículo 149° del texto constitucional vigente, al supuesto de hecho “comunidad campesina” le corresponde la consecuencia jurídica “ejercen funciones jurisdiccionales”.

Defensoría del Pueblo (2010), una interpretación lógica de este artículo admite extender su supuesto de hecho hasta abarcar a las rondas campesinas de caseríos o centros poblados, en la medida en que son instituciones sociales de naturaleza similar a las comunidades campesinas, al ser, como ellas, expresiones culturales de

numerosos pueblos y comunidades andinas, las 43 mismas que imparten justicia conforme a su derecho comunal. Con la diferencia de estar integradas por campesinos parceleros. Asumir una interpretación que se quede en la literalidad del texto del artículo 149° lleva a desconocer las responsabilidades que estos pueblos vienen asumiendo consuetudinariamente, y por lo tanto, a exactamente los mismos problemas que el artículo 149° de la Constitución pretende resolver: desconocimiento del pluralismo jurídico que existe en el Perú, justicia inaccesible e impunidad de cierto tipo de criminalidad en los campos peruanos.

Defensoría del Pueblo (2010), asimismo, lleva a la criminalización de campesinos encargados, por sus comunidades, de resguardar los bienes de sus pares, sancionar a quienes los violentan, y en general, resolver conflictos dentro del territorio de la comunidad, caserío o centro poblado. Por ende, a generar violencia social en el medio rural peruano. Por el contrario, el objetivo o finalidad del artículo 149° de la Constitución es el de reconocer el pluralismo jurídico existente en el Perú, en el marco de los principios supremos del ordenamiento peruano, como una forma de adecuar nuestro ordenamiento normativo a nuestra realidad. Esto puede confirmarse de la revisión del Diario de los Debates del Pleno del llamado el Congreso Constituyente Democrático: En la sesión del 26 de julio de 1993 se presenta el que sería luego el artículo 149° de la Constitución e inmediatamente después de su lectura, el ponente señala que: “Nuestro Perú es muy disímil en las costumbres, en la ideosincracia, en una serie de modos de ser, modos de vivir, y muchas veces no resulta justo aplicar unas normas legales que se preparan para Lima o algunas ciudades, pero no para las comunidades, donde existen otras realidades.

1.1.24 Que no es la justicia comunal

Flórez (2010), el linchamiento, la venganza, y la justicia por mano propia, entre otros, no son parte de la Justicia Comunal. El linchamiento es un delito en el que sin proceso y confusamente se mata o lesiona a un sospechoso o a un reo. El linchamiento es violento y está dirigido a causar algún daño físico y/o psicológico a una o varias personas. El linchamiento no respeta la dignidad humana y viola derechos fundamentales como la vida, la integridad física y un debido proceso. Un

linchamiento en el que se priva de la vida a una persona con ferocidad, alevosía y ventaja es un homicidio calificado, tipificado en el Artículo 108 del Código Penal y está penado con prisión de 15 a 25 años. La justicia comunal tiene instituciones muy sólidas, mientras que los linchamientos reúnen a grupos violentos que son la

1.1.25 Legislación penal comparada

Argentina

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

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

Bolivia

Art. 38°.- (CIRCUNSTANCIAS)

1. Para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente en cuenta:
 - a) La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación económica y social.
 - b) Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la ejecución del delito y los demás antecedentes y condiciones personales, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones, la calidad de las personas ofendidas y otras circunstancias de índole subjetiva. Se tendrá en

cuenta asimismo: la premeditación, el motivo bajo antisocial, la alevosía y ensañamiento.

1.1.26 Jurisprudencia casos pertinentes

Se advierte que al momento de suceder los hechos hubieron algunos excesos contra los agraviados, pero debe también tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron y evaluarse la circunstancia que los ronderos campesinos han ofrecido las disculpas del caso, dándose a entender que no ha actuado con malicia sino con el ánimo y espíritu o de mantener unida a dicha familia, por lo que se podrá tomar la producción de los hechos bajo el contexto de un error culturalmente condicionado. Ejemplo:

Sucedió hace algunos años, cuando integrantes del Instituto Lingüístico de Verano (organismo de carácter internacional), que realizaba sus actividades en la selva peruana, llevaron a la Capital de la República a tres hombres y dos mujeres de una de las tribus de la zona de Pucallpa en la cual recién habían iniciado sus actividades. Los alojaron en una casa de San Isidro cuyo propietario tenía vinculación con la organización cultural indicada. Los selvícolas no hablaban y tampoco entendían el idioma castellano (menos el inglés, idioma que empleaban los integrantes de la organización, además de algunos dialectos de los aborígenes de la región).

Una mañana, uno de los tres dialectos hombres apareció muerto atravesado por una de las tres piezas de madera de forma irregular que a manera de lanza portaban los aborígenes. Los dos hombres restantes así como las mujeres se mostraban impasibles, indiferentes, cuando se acercaban los miembros del referido organismo, así como ante la presencia de las autoridades que llegaron hasta el lugar, para tratar de conocer los detalles relacionados de la muerte del miembro de la tribu ya indicada.

Si bien es cierto que los integrantes del Instituto conocían algo del dialecto que hablaban los pobladores de la selva, éstos no respondían a las preguntas o se mostraban indiferentes o aparentemente no entendían las preguntas. Hasta el final, cuando fueron devueltos a su lugar de origen, no se pudo conocer el móvil

del homicidio, las causas que lo motivaron ni cuál de los cuatro, o que tal vez todos ellos, lo hubiera podido consumir.

El sembrío de hojas de coca realizado por integrantes de una comunidad nativa (Eshcornes) no puede reputarse delictual, por cuanto -siguiendo antiguas tradiciones- utilizaban la coca para chacchar y desconocían que debían tener autorización para su cultivo.

Exp. N° 17-85 Junín, enJud, t. LXXIII, 230.

Ejemplo:

El sirvinacuy (matrimonio a prueba), costumbre ancestral en gran parte de nuestra serranía, en el que las mujeres menores, de 12 a 13 años inclusive, son entregadas a jóvenes varones pretendientes y nadie denuncia estos hechos como delito de violación de menores de conformidad con el Art. 173 del C.P.

Otra de estas actividades ancestrales es el Chiaraque, ceremonia que se realiza en las punas de Chiaraque y el Toqto, a 4,500 m.s.n.m., en la Región Inca de nuestro país (COSCOY. -Son juegos ceremoniales de mucha virilidad, la que por lo general termina con varios muertos y muchos heridos).

Son celebrados entre jóvenes de 20 pueblos y comunidades, armados a la usanza de sus antepasados y tienen por finalidad propiciar al mismo tiempo la fertilidad de la tierra y conquistar el favor de los dioses legendarios.

Los que ganan tendrán un año próspero y abundante y los que pierden, por falta de valor y empuje, sólo tendrán hambruna y calamidades.

La creencia de estos pueblos acepta la señal de que si hay muertos en la contienda, es que la tierra ha aceptado sus ofrendas.0:0 hay delito de ninguna naturaleza por estas muertes ni por los heridos que resulten en este singular combate anual.

El acusado, por su escasa cultura, al ser solamente contratado para trasladar un paquete que contenía un kilo 730 gramos de pasta básica de cocaína de un extremo a otro de un puente, ha incurrido en una errónea apreciación de los hechos a que se refiere el artículo 87 del Código Penal (1924) no siendo de aplicación los artículos

95 y 99 del acotado estando a la forma y circunstancias en que se perpetró el ilícito penal

Exp. N° 1443-85 Ayacucho, en AnJud,t. LXXIII,174

La sola posesión presumible usada en sesiones de curanderismo es prueba insuficiente para demostrar, el ejercicio ilegal de la medicina. Siendo la práctica de la medicina folclórica un hecho habitual en las zonas de la serranía, es de aplicación el error de comprensión culturalmente condicionado para absolver al inculpado.

Exp. N° 98-93 Lambayeque, en SerJur 3, 183.

Se advierte que al momento de suceder los hechos hubieron algunos excesos contra los agraviados, pero debe también tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron y evaluarse la circunstancia que los ronderos tuvieron.

Texto de la sentencia de la corte suprema

Sala penal transitoria R. N. N° 755-2004

Cusco

Lima diecisiete de junio de dos mil cuatro.

Vistos; el Recurso de Nulidad interpuesto por Jesús Quispe Amachi contra

la sentencia que lo condena por delito contra la Libertad Sexual-violación de menor de catorce años- a diez años de pena privativa de libertad interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Guillermo Cabanillas Zaldívar; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo: y CONSIDERANDO: Primero. Que constituye derecho fundamental de toda persona, la presunción de inocencia reconocido en el artículo segundo, inciso 24, literal «e» de la Constitución Política Del Estado, la misma que sólo puede ser desvirtuada en base a una actividad probatoria que con las debidas garantías procesales produzca certeza en el juzgador sobre la responsabilidad del justiciable. Segundo. Que se incrimina al encausado haber mantenido relaciones sexuales con la agraviada en seis oportunidades, ocurriendo la primera en el mes de julio del dos mil dos, cuando la agraviada contaba con 13 años de edad, en circunstancias que dicha menor dormía en la vivienda del

encausado luego de que bebiera el vaso con gaseosa que le invito, amenazándola posteriormente con un cuchillo para que no comente los hechos, prometiendo comprarle prendas de vestir, siendo la última de estas relaciones en el mes de setiembre de dicho año. Tercero: Que por el mérito de las pruebas actuadas durante el proceso, ha sido posible acreditar en forma plena e indubitable la comisión del hecho denunciado, debido a que este reconoció, tanto en su manifestación policial a fojas 11 como en su declaración instructiva de fojas 28, haber tenido relaciones sexuales con la agraviada como enamorados, cuando ya tenía 13 años, como es costumbre entre los habitantes de su comunidad, lo cual reafirma en los debates orales. Cuarto: Que en tal sentido a efectos de resolver la situación jurídica del procesado, se debe tener en cuenta su condición personal como natural de una comunidad campesina que se ubica en las alturas de la ciudad de Cuzco en donde es costumbre ancestral que las menores de edad sean entregadas por sus padres para que hagan vida marital desde los inicios de su pubertad, a lo que se suma que el autor aludido ha tenido una instrucción incipiente, de escasos recursos económicos y que para la comisión de los hechos no ha utilizado violencia alguna sobre la agraviada por lo que su conducta se adena a la figura del error de prohibición culturalmente condicionado, previsto en el artículo 15 del Código Penal, pues como se reitera, el procesado se ha desarrollado en un medio sociocultural que no ha interiorizado la norma de prohibición que penaliza su conducta, como lo es la comunidad campesina de Huancabamba, en donde mantiene relaciones con una menor resulta ser un comportamiento normal y socialmente aceptado por los pobladores del lugar, por lo que de conformidad con el artículo 284 del código de procedimientos penales, procede disponer su absolución; en consecuencia: declararon HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas 142, su fecha 7 de noviembre del 2003, que condena a Jesús Quispe Amachi como autor del delito contra la libertad sexual -Violación Sexual de Menor de catorce años- en agravio de la menor de iniciales R. L. c., a diez años de pena privativa de la libertad y fija en 300 nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la menor agraviada; con lo demás que sobre el particular contiene y REFORMÁNDOLA, absolvió al referido procesado de la acusación fiscal por el citado delito; en consecuencia mandaron archivar definitivamente el proceso; y de conformidad con lo expuesto por decreto ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, dispusieron la

anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del citado ilícito; y encontrándose sufriendo carcelería, ordenaron su inmediata libertad, siempre y cuando no exista en su contra otra orden de detención emanada de autoridad competente oficiándose para tal efecto; y los devolvieron.

s.s.

González Campos Villa Stein

Valdez Roca Cabanillas Zaldívar Vega Vega

Doctrina

El artículo 15 del Código Penal nos muestra la realidad socio-cultural de la persona eminentemente desconocedora de la ley y que este artículo se base principalmente en la desconexión de la persona nativa que desconoce la ley y que por lo tanto en la costumbre que realiza la persona en su entorno étnico la persona desvela su tautología en el acto que realiza sin saber que estaba sujeto a una pena establecida por la ley.

Abogado Alfredo Valderrama Coaquira

La vida cotidiana que realizan los grupos campesinos en sus pueblos están sujetos a una costumbre que realiza ese grupo y que por lo cual la persona que cree que actúa de la forma más correcta sin saber que comete alguna pena o sanción por acción del acto cometido mediante el consentimiento explícito de la comunidad nativa o ronda campesina para lo cual esa persona desconoce el ente regulador (la ley) la que conlleva a que no se rija bajo esa potestad y en consecuencia la persona no podrá ser sancionado en su totalidad por carecer y desconocer la ley.

Abogado Angel Cuevas Pinpillo

La costumbre como base y equilibrio de una comunidad que se aferra con totalidad a las habitualidades de la comunidad campesina, que se desenvuelven con toda normalidad pero que a la vez están cometiendo un delito o falta, que ellos consideran al natural por la rutina de las costumbres que se realiza en su comunidad

y que en el código penal la persona no podrá ser sancionada a un 100% considerado las prerrogativas antes mencionadas.

Carlos Salvabuena Madueño

El valor cotidiano de las costumbres nativas y el desconocimiento de la ley hacen que la persona cometa un delito sin que esta pueda estar consciente de acto o delito materializado. Los pocos comentarios que esta disposición ha suscitado, entre los juristas peruanos, tienen en común el hecho de considerar siempre que el art. 15 prevé el error de comprensión culturalmente condicionado (Rojas, 2005). Al extremo que en las ediciones oficiales del Código Penal, al establecerse oficiosamente la anotación marginal para designar el contenido de cada disposición, se utiliza la expresión «error culturalmente condicionado» con relación al art. 15.

En cuanto a esta última, Villavicencio (2003) hace referencia a que el infractor se desarrolla en una «cultura distinta a la nuestra» y que «ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura». Da como ejemplo el caso del «miembro de una comunidad nativa de la Amazonía que practica actos sexuales con una menor de 14 años pues en su comunidad es costumbre la convivencia incluso con menores de 12 años». Ejemplo que, como el dado por Zaffaroni (2015) no es del todo correcto, pues la ignorancia o el error suponen que el sujeto actúe en el sistema cultural cuyas pautas desconoce o no aprecia correctamente. Para el miembro de la comunidad nativa sólo existe un sistema cultural y actúa conforme a sus normas, 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 y sería innecesario recurrir a la de error de comprensión culturalmente condicionado.

La explicación de Villavicencio (2003) resulta también incompleta porque, respecto al art. 20 inc. 1, no dice cómo debe entenderse la fórmula «capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto». Esta explicación resulta indispensable para saber si

considera que también aquí «comprender» significa internalizar la norma prohibitiva. Esto resultaría incoherente en tanto se trate de personas inimputables por anomalías psíquicas. Al respecto, hay que recordar que Villavicencio (2003) ha sostenido una opinión diferente. San Martín (2003) por su parte, sostiene grosso modo los mismos criterios, pero contrariamente a lo afirmado por Zaffaroni (2015) no estima que se trate de un caso de error de prohibición. Sin embargo, no explica las razones de su discrepancia, ni tampoco de qué institución se trata, no obstante sigue hablando de error de comprensión.

De manera más extensa, Francia ha abordado este problema en un artículo de revista, el mismo que hemos comentado de manera más o menos detenida. Por esto nos limitaremos a resumir brevemente nuestro análisis. Francia afirma también que se trata de un «error culturalmente condicionado», el mismo que imposibilita la comprensión de la norma y la antijuricidad de la conducta, originado por el acondicionamiento cultural del individuo. Error que por su carácter invencible excluye la culpabilidad y toda sanción penal.

1.2 Antecedentes

Se han revisado algunos estudios realizados a nivel internacional y nacional que guardan relación con el problema de investigación planteado y con los objetivos de estudio.

1.2.1 Antecedentes Internacionales

Orellana (2020) en su investigación tiene como meta principal poder definir lo que es el error de tipo y error de prohibición vencible e invencible bajo la perspectiva del garantismo penal, estudiando la dogmática y las distintas doctrinas que sustentan las figuras jurídicas en mención, para poder entender con mayor precisión las antes mencionadas procedemos a exponer los antecedentes y la evolución a lo largo de la historia de la teoría de los errores y como éstas han sido incorporadas de forma doctrinaria dentro de la norma regulatoria. En el Derecho Penal, el error equivale a la equivocación mas no al desconocimiento, pues de ser así sería ignorancia; un individuo que comete un delito creyendo no hacerlo, según sea el escenario, estaría frente a un error de tipo o prohibición, siendo injusto que este sea sancionado (de ser invencible), por sus falso conocimiento o errónea percepción,

pues carecería de uno o varios elementos de la infracción penal, siendo imposible un juicio de reproche en su contra a fin de atribuir la responsabilidad al autor. En Perú, por ejemplo, tienen implementado sus normas pertinentes (código penal) los errores en mención y que en el caso de Ecuador existió la reforma al Código Orgánico Integral Penal, en el cual estas fueron implementadas, sin embargo al existir la mala exposición de sus términos y lo poco explicativos que son estos nuevos artículos, se ha llegado a la conclusión de que no podría aplicarse de una forma correcta en la norma, estas figuras de error ayudan a que se emita una sentencia judicial bajo las garantías jurídicas idóneas, siempre apeándose a la justicia hacia ambas partes del proceso trabajo.

Villarreal (2020) en su trabajo de investigación trata de resolver las contradicciones jurisprudenciales, y el poco entendimiento que de esta materia han tenido las altas cortes de Ecuador sobre el error de prohibición y el error de prohibición culturalmente condicionado y sobre esa base establecer una correcta base dogmática que sirva de sustrato para la adecuada utilización jurisdiccional de esta última clase de error. Como objetivos trazados en esta investigación tenemos: a) el determinar el contenido del artículo 34 del COIP, que regula la categoría dogmática de la culpabilidad y, dentro de ella el elemento referido al conocimiento de la antijuricidad así como de su antítesis el error de prohibición en sus distintas modalidades; b) analizar la utilización de la categoría jurídica del error de prohibición por el tribunal de cierre de la jurisdicción común, la conceptualización que se ha dado, la forma de aplicarlo y la pertinencia de su aplicación; y, c) estudiar la jurisprudencia constitucional sobre el error de prohibición culturalmente condicionado vertido por la Corte Constitucional, y su aporte al sistema penal ecuatoriano.

Castro (2010) el tema del error se encuentra regulado de forma poco técnica en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, por varias razones: En primer lugar, no se ha actualizado su tratamiento y, por lo tanto, acusa un atraso con respecto a los adelantos doctrinarios que se han dado paralelamente. Por otro lado, no se establece una distinción conceptual en su regulación legal, con respecto a lo que es error de tipo y error de prohibición; aún persiste la obsoleta conceptualización de error de hecho y error de derecho, lo cual es

parte de una equivocada visión civil en el Derecho Penal. Para regular de forma técnica el error penal, es preciso reformar su tratamiento en el actual código, o bien, contemplarlo en la regulación del Código Penal que se pretende poner en vigencia en Guatemala en el corto plazo. En dicha tarea es conveniente realizar una investigación que pueda determinar los tratamientos modernos que se le dan en la doctrina al error y establecer cuáles son aquellos que deben ser regulados por la legislación penal actual.

Velepucha (2010) el error de prohibición es una figura jurídica que nace a partir de la segunda guerra mundial, se lo conoce también como falta de conciencia de la antijuridicidad, se lo ubica dentro del elemento del delito denominado “culpabilidad”, es así, que es necesario que en nuestro ordenamiento jurídico se establezca este elemento de la culpabilidad, y pues en el caso de ser establecido en la parte general del Código Penal ecuatoriano, quedaría de la siguiente manera: “Error de prohibición: La falta de conciencia de la antijuridicidad exime de responsabilidad al procesado si es invencible, mas, si es vencible, se atenúa la pena de conformidad al artículo 72 del Código Penal”. Primeramente en la problematización se analizó el excesivo poder punitivo en el Ecuador al manifestar en el artículo 3 del Código Penal, que la ignorancia de la ley no es excusa, atentando contra el principio de presunción de inocencia. En cuanto a la revisión de la literatura, se empezó dando los conceptos básicos para una mejor comprensión del tema, esto dentro del marco conceptual, en especial de los elementos del delito, así como del error, ignorancia, tipo penal, tipicidad, error de hecho, y principios que violan con la vigencia del error de derecho, profundizando en el error de tipo y el error de prohibición para desembocar en la presunción de inocencia. Esta conceptualización se hizo tomando citas de importantes penalistas internacionales y dando por mi parte un concepto de forma ecléctica analizando la posición de los juristas.

Colorado (2020) el Garantismo penal, es la mera garantía de cumplimiento de los derechos que amparan tanto a la víctima como al justiciable dentro de todo proceso, así mismo la tutela judicial efectiva; pues bien, existen garantías positivas las cuales permiten al individuo beneficiado realizar diversos actos apegados a la ley que facilitarán determinada situación, mientras que la garantía negativa por otra parte

es aquella que prohíbe o limita a cierto individuo de realizar determinado hecho u acto, teniendo claro y a breves rasgos lo que hace referencia al Garantismo, se deriva los errores antes mencionados, pues el Error de Tipo, recae sobre la tipicidad, esta a su vez es un elemento indispensable para que un evento se vuelve una infracción penal, a diferencia del Error de Prohibición, que recae sobre la antijuricidad, que también es parte de los elementos de la infracción penal (tipicidad – antijuricidad – culpabilidad) , estos pueden ser vencibles o invencibles.

Soto (2014) el acceso a la justicia es un reclamo que ha sido formulado con insistencia por los pueblos indígenas. Este reclamo se puede centrar en dos aspectos: Primero, se reclama el acceso en condiciones de igualdad a la jurisdicción del Estado, lo cual conlleva necesariamente que se imparta justicia de forma eficaz, que se garanticen sus derechos fundamentales respetando su diversidad cultural, garantizando el cumplimiento de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Segundo, el desarrollo - no solo desde las políticas públicas- sino desde el propio ordenamiento jurídico; de herramientas o de reelaboración de los existentes, que permitan un acceso con equidad y de acuerdo con sus especificidades culturales y étnicas. De acuerdo con el IIDH, por acceso a la justicia entendemos: La posibilidad real que tienen todas las personas (independientemente de su sexo, origen nacional o étnico y sus condiciones sociales y culturales) de llevar cualquier conflicto de intereses individuales o colectivos ante un sistema de justicia (todos los medios para atender y resolver conflictos reconocidos y respaldados por el Estado). Esta posibilidad real de acceso de jure y de facto a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia (entre otros), de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos, es un derecho humano fundamental y forma parte de la construcción del Estado de Derechos y de las democracias inclusivas, que contemplan la multiculturalidad de la ciudad. (IIDH, 2008).

Bravo (2007) desarrolla el tema del derecho consuetudinario y la autodeterminación de los pueblos indígenas originarios. El principal propósito es establecer si el marco jurídico constitucional del país reconoce a esos elementos, bajo que formas y hasta que límites. El tema ha sido abordado desde una perspectiva teórico doctrinal, analítica y propositiva, vale decir, la tesis no se limita a identificar los niveles y

formas de recepción constitucional y legal de ese derecho y demanda de autodeterminación. También se permite formular dos propuestas que llegan hasta el nivel de la formulación de anteproyectos de Ley. Y define el derecho Consuetudinario como aquel: conjunto de normas morales de observancia y transmitidas por herencia social. Las principales características del derecho consuetudinario son un conjunto de normas nacidas justamente del fondo anímico de un agregado humano que la comparte y la acata, normas sostenidas en la oralidad y la observancia general.

Cabezas (1998) el objeto de esta investigación es evidenciar esa omisión y criticarla. El objeto de estudio pretende demostrar que tales consideraciones al contrario de lo que acontece deben producirse si deseamos ser fieles al principio de igualdad (tratando de desigual forma a los desiguales), y que además esos condicionantes pueden incorporarse a la dogmática penal, en la medida en que, si bien de etiología distinta, producen los mismos efectos desmotivadores que otras figuras sí aceptadas, como el error. La existencia de evidentes contradicciones en el contexto, y la propuesta de posibles alternativas transitorias de solución, serán también objeto secundario de estudio la línea a seguir pasa por mantener que si no es culpable quien no comprende la ilicitud del hecho, o quien no es capaz de actuar conforme a esa comprensión, o quien incurre en error... ¿por qué no extrapolar el tema desde las causas meramente biolo/tóxico/psicológicas/basadas en el error, a otras de tipo sociológico?.

Según Cifuentes (2018) la participación de la mujer dentro de la justicia indígena en el Ecuador, tomando en cuenta la realidad de las comunidades; comparándolo con lo establecido dentro de la Constitución de la Republica. Con relación a los derechos de las mujeres y a la protección de las mismas dentro de la práctica del derecho propio y en las distintas normas internacionales que aseguran la participación de la mujer indígena. Cada nacionalidad y pueblo indígena tiene un sistema con características propias, varía su cultura, su cosmovisión, sus costumbres y tradiciones por consiguiente, existen comunidades en las que hay mujeres líderes y dirigentes, con movimientos de mujeres y para mujeres dentro de su pueblo. También existen otras comunidades en las cuales la participación de las mujeres no es activa y en algunos casos es nula o invisibilizada, y varias autoras

argumentan que esto se debe a la cultura y costumbres de cada comunidad, por lo que la cultura sería, en general, un factor determinante en la posición de la mujer dentro de su comunidad, pero además, al ser tan diversas las culturas, es ilusorio pretender que una sola norma con carácter occidental consiga la equidad y la justicia, sin tomar en cuenta criterios interculturales que permitan un cambio desde la cultura. Los pueblos indígenas y el género femenino han sido dos grupos discriminados históricamente y en el caso de las mujeres indígenas, existe una doble situación de discriminación, dada por su etnia y su género. La lucha de los pueblos indígenas en Ecuador, tiene importantes antecedentes.

Cisterna (2008) el presente trabajo de investigación pretende demostrar la existencia y viabilidad de “Las Condiciones Objetivas de Punibilidad”. En esa tarea, se aborda aquellas posiciones que niegan, así como las que respaldan su existencia y categorización como una institución autónoma, y constataremos que en el extenso ámbito en que se desenvuelven, han sido objeto de particulares controversias. En efecto, no sólo ha sido objeto de discusión su concepto, sino también su fundamento, su función, sus criterios de individualización, su relación con otros elementos del delito, su naturaleza jurídica, su ubicación sistemática, sus relaciones con otras instituciones afines (excusas absolutorias y requisitos de procesabilidad), su tratamiento jurídico (en relación con la consumación, la participación, el lugar y tiempo de comisión del delito, las formas imperfectas de ejecución, la prescripción) y su vinculación con ciertas categorías de delitos: aquellos que son calificados por el resultado y los denominados delitos culposos.

Pineda (2005) la legislación Guatemalteca ha sido tentada por diferentes gobiernos con ideologías que no encuadran en la idiosincrasia nacional, y más pareciera que fueran dirigidas a una sociedad distinta, y en cada uno de esos casos jamás han llegado a resolver la raíz del problema: la reinserción de aquéllos que transgreden la Ley y la búsqueda de construcción de normas jurídicas que estén acordes a las acciones que se realicen, es decir, han olvidado la creación de una tipología abstracta para la aplicación de una consecuencia jurídica verdadera. No es de extrañar que no se hagan cambios en los delitos y acciones enumeradas dentro del capítulo penal relativo a las causas de inculpabilidad, toda vez que los legisladores en la mayoría de casos obedecen a interés de naturaleza económica, siempre van

encaminados a debilitar a los ciudadanos para mantener un órgano de control administrativo que corresponde directamente a cubrir los intereses económicos pudientes en nuestro medio.

Masa (2018) En el ejercicio de la actividad jurídica existen reglas básicas y elementales, cuya sujeción a la normatividad constituye el límite de su actuación, hago referencia al principio de culpabilidad como garantía del ciudadano frente al poder del Estado. Este principio es la exigencia de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad en la que no se podrán imponer penas sin culpabilidad. En esta medida la doctrina más calificada actualmente en materia penal ha desarrollado conceptos de conocimientos actuales y potenciales. Por lo cual, la doctrina y la jurisprudencia ha utilizado de la manera más adecuada estos términos para solucionar problemas jurídicos, si hubo error de prohibición vencible e invencible. En este sentido, el desconocimiento de las categorías dogmáticas penal hizo que se eliminará el error de prohibición en el ordenamiento penal y consecuentemente dejando un problema en cuanto a la regulación de estas categorías de alta valor jurídico. En este contexto el desarrollo de este trabajo investigativo he analizado el verdadero concepto del error de prohibición y a la vez, todos beneficios que se desprenden para mejorar la justicia. Además, la necesidad de incorporar algunos artículos, para que el juez mediante el error de prohibición regular adecuadamente la culpabilidad.

Orosco (2020) su trabajo de investigación tiene por objetivo identificar las características del error de prohibición como institución presente en la dogmática de la parte negativa de la culpabilidad en la teoría del delito. Para arribar a conclusiones sólidas y representativas, nos remitiremos a los contenidos de los más importantes de los textos de los tratadistas sobresalientes del derecho penal en su parte general. Metodológicamente, se planteó un caso hipotético, el mismo que ha servido de vértice del desarrollo de la investigación, ya que el mismo no tiene una resolución, sino que hay que atribuirle un resultado en base a la misma. El conflicto que se apreció se derivó del hecho de que el caso se presta a confusión, entre una posible legítima defensa, un exceso de defensa o un caso de error de prohibición, siendo esta última la figura menos conocida en la práctica jurisdiccional del país, y claro está la menos desarrollada en la mayoría de textos de derecho penal. Las

formas de error en la teoría del delito pueden encontrarse tanto en la teoría de la tipicidad como en la de culpabilidad, afectando por lo mismo niveles distintas de la estructura del delito, en el primer caso, el contenido subjetivo de la conducta, y en el segundo, las posibilidades de reprochabilidad. En nuestras conclusiones afirmamos con seguridad, que el caso trata acerca de un error de prohibición indirecto o error en las causas de justificación, no recayendo sobre el error sobre sus presupuestos fácticos, sino en el error acerca de la existencia de una justificación.

Chingate (2014) en un estado unitario, las normas que se profieren por el órgano legislativo son aplicables en todo el territorio nacional, distinto sucede con un Estado federado en donde la potestad legislativa, entre otras funciones, son delegadas en parte a los entes territoriales o estados federados. Es característico de Colombia por ser un Estado unitario y descentralizado establecer cierto grado de autonomía a los entes territoriales, pero entre esas facultades no se encuentra la potestad de legislar, de esta manera las normas emanadas del órgano legislativo serán aplicables en todo el territorio nacional. Siguiendo este razonamiento, el Código Penal (jurisdicción ordinaria) sería aplicable en todo el territorio nacional; de hecho, así está determinado en la Ley 599 de 2000, que en su artículo 14 se afirma que se aplicará la ley penal en el territorio nacional, aseveración que tiene fundamento en la soberanía nacional y el principio de la territorialidad. Cabe anotar, sin entrar a profundizar en este punto, que la ley penal también puede aplicarse con base en la territorialidad por extensión, por ejemplo cuando haya comisión de un delito en una embajada colombiana, y la extraterritorialidad, por ejemplo cuando el delito es cometido en el extranjero pero se realiza en contra del Estado colombiano.

Fernández (2017) A pesar de que la Constitución de la República del Ecuador de 2008 prescribe la interculturalidad y plurinacionalidad, promueve el respeto a la identidad cultural, prevé un catálogo de derechos a los pueblos y nacionalidades indígenas y reconoce el pluralismo jurídico, no ha sido suficiente para resolver los inconvenientes que surgen cuando una práctica o conducta culturalmente aceptada por determinado pueblo indígena debe ser juzgada por la justicia penal ordinaria. Es por esto que en la presente investigación se pretende analizar la viabilidad de la institución del error de prohibición como una herramienta que permita al juzgador

tomar en cuenta el elemento cultural a la hora de determinar la posible responsabilidad penal del indígena implicado.

Paredes (2015) el presente trabajo de investigación desarrolla los fundamentos dogmáticos que se hallan detrás de la consideración de la costumbre indígena, en nuestro derecho y en lo penal, como un antecedente para el reconocimiento de una eximente o atenuante de responsabilidad penal. Y en la aceptación de que este reconocimiento normativo, se hace en aras del respeto del principio de culpabilidad. Por lo anterior, seguimos la tesis de que el fundamento de aquel reconocimiento normativo se fundamenta, en la existencia de un error de prohibición que, probado, determinará la eventual irresponsabilidad o benignidad en el tratamiento punitivo del indígena infractor de ley. A su vez, en materia probatoria, postulamos que la exigencia del art. 54 inc. 1° de la Ley 19.253 en concordancia con el art. 8.2 del Convenio OIT 169, obligan a que la acreditación en juicio de la costumbre indígena que se invoca, implica justificar ésta y su vigencia, su compatibilidad con la Constitución Política de la República y con los derechos fundamentales que establece el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; y probar que, el proceder del individuo, se motivó en el influjo socio-jurídico que sobre él provocó la regla de comportamiento existente en la comunidad, de que forma parte.

Sánchez (2018) en su trabajo de investigación arriba a las siguientes conclusiones: 1) La conquista en América Latina, tuvo graves repercusiones entre los pueblos aborígenes especialmente dentro de sus sistemas legales, socio-políticos y productivos, lo que determinó la desregularización violenta del orden precolombino establecido, debido a la imposición de instituciones extrañas a sus formas culturales, hecho que provocaría el deterioro en su calidad de vida, aunado a la imposición religiosa, explotación económica y reducción numérica de habitantes que con base en la denominada “civilización” sometieron a los indígenas de este continente. Por una parte, existían sociedades con un fuerte elemento colectivista, tanto en su organización social, como en las diversas manifestaciones culturales y científicas, además de la existencia de procesos políticos de integración regional. Una de las manifestaciones más relevantes es la configuración de sistemas jurídico-políticos propios. Si bien es cierto, que en el presente trabajo se pudo analizar rasgos

comunes entre los pueblos indígenas, hay elementos de diferenciación en toda Indo América, por lo que queda abierta la posibilidad de efectuar un estudio más profundo donde se puedan vislumbrar otros aspectos relevantes sobre el particular; 2) - Si bien la colonia fija un antes y un después en el desarrollo histórico de la región andina, no hay duda alguna sobre la existencia de sistemas organizacionales altamente desarrolladas. De los sistemas jurídicos-políticos autóctonos, se pueden destacar tres rasgos fundamentales. En primer lugar, el carácter colectivo de la autoridad, con los mecanismos de resolución de conflictos, han permitido la participación social de las comunidades con una percepción de los problemas que han afectado a la comunidad bajo normas que no necesariamente están escritas. Segundo, como resultado de lo anterior, la práctica social de los sistemas legales y de justicia, no buscan aplicar un castigo, sino encontrar la armonía colectiva que haya sido alterada por un conflicto social determinado; siendo que no existen instituciones propiamente dichas para resolver los conflictos interculturales, sino formas sociales que tienen conocimientos ancestrales con autoridad para juzgar los conflictos en las comunidades indígenas. Finalmente, los principios jurídicos de los pueblos indígenas, no pueden ser comprendidos bajo el criterio del Derecho occidental, por la perspectiva cultural de estos colectivos; razón: 3) En las diversas etapas históricas del desarrollo de los pueblos indígenas americanos el Derecho occidental convivió con los sistemas jurídicos autóctonos, bajo una relación de supremacía asegurada por la fuerza, con la plena convicción ideológica introducida por las instituciones españolas. Durante la Colonia, la sociedad estamental marcó una profunda jerarquización, con marcadas diferencias sociales, que posteriormente durante la República, se profundiza con la manifestación del racismo, tutelado bajo el control de las instituciones respecto de la cuestión indígena. De esta manera, las instituciones coloniales subsistieron durante la época republicana, obstaculizando u opacando otras prácticas que no fueron las de la sociedad colonial dominante, sobre la base de un supuesto consenso civilizatorio que en realidad escondió la hegemonía cultural europea; mientras que paralelamente, los pueblos indígenas desarrollaron estrategias de resistencia, para preservar los elementos y prácticas ancestrales, aun con la opresión existente, con lo que lograron la supervivencia en todos los aspectos. Por lo cual es imperante la existencia de un sistema de justicia que reconozca las formas ancestrales y sistemas jurídicos, usos y costumbres

propias de las comunidades, pueblos y nacionalidades aborígenes, entendido desde su propia cosmovisión y sus propias claves interculturales, lo que hace posible un plano de igualdad.

1.2.2 Antecedentes Nacionales

En cuanto a las investigaciones nacionales se tiene el trabajo de Ávila (2019) en su trabajo de investigación, trata de un tema muy importante para la administración de justicia en el campo penal. En efecto, la determinación judicial de la pena es un instituto del Derecho Penal que influirá negativa o positivamente en el estado emocional, familiar y social del condenado. Si la pena responde adecuadamente a la política criminal del Estado favoreciendo la prevención general y especial, entonces los efectos que producirá en el sentenciado serán también necesariamente favorables a su rehabilitación, resocialización y reincorporación a la sociedad.

En otro estudio, Llashag (2017) en su trabajo de investigación llega a las siguientes conclusiones: 1) Es necesario desarrollar programas de asesoría académica dirigida a reforzar el estudio dogmático jurídico del derecho procesal penal y derecho penal; teniendo en cuenta que es la base para muchos de los cursos en la carrera profesional de Derecho y Ciencias política; 2) Promover la capacitación de todos los operadores del derecho en instituciones jurídicas penales, el cual permitirá contribuir al logro de los fines supremos del derecho, que es alcanzar la justicia. 3) Continuar desarrollando investigaciones dirigidas a conocer las diferentes instituciones procesales penales y demás que puedan estar relacionadas con el desarrollo profesional de la abogacía; 4) Que los docentes de la Universidad San Pedro, utilicen durante cada semestre, materiales concretos- expedientes, disposiciones fiscales y sentencias, de apoyo a los contenidos presentados en el desarrollo de las asignaturas de derecho penal y procesal penal; para que los estudiantes a distancia, fortalezcan sus aprendizajes.

Según Spetale (2018) el uso de la institución jurídica del error de comprensión culturalmente condicionado (en adelante ECCC), dentro de tal tema, se ha determinado la existencia y el nivel de incumplimientos de parte de los magistrados al resolver los procesos judiciales donde se debe utilizar dicha figura jurídica, y también de los abogados cuando emplean el ECCC en sus esquemas de defensa, así

mismo, ha determinado la existencia de empirismos aplicativos, y finalmente se ha buscado determinar si existen restricciones o topes externos que limitan su uso; todo ello dentro del contexto jurídico-social determinado por la provincia de Huaraz y en el espacio temporal determinado por el periodo 2015. Con los resultados de esta investigación estamos en condiciones de precisar la existencia de incumplimientos en el uso del error de comprensión culturalmente condicionado, y sus niveles y magnitudes, para luego contar con la base necesaria que nos permite afirmar que las causas de dichos incumplimientos obedecen a empirismos aplicativos, o sea el desconocimiento de dicha figura jurídica por parte de la población, de los abogados y de los magistrados, también contamos con base para afirmar que el factor que restringe la aplicación del ECCC es la dificultad para obtener medios probatorios conducentes para probar el ECCC, y la valoración de dichos medios probatorios, todo ello específicamente en torno al uso y aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado en la provincia de Huaraz durante el periodo de tiempo comprendido por el año 2015.

Rojas (2020) delimita un análisis sobre el error de comprensión culturalmente condicionado, regulado en el artículo 15 del Código Penal peruano de 1991, y que tiene lugar cuando se ejecuta un hecho punible y el sentenciado no logra comprender el carácter delictuoso de su acto o la sentencia se determina de acuerdo con esa comprensión por su cultura o costumbres. Para determinar la existencia del error de comprensión culturalmente condicionado, se requiere un peritaje antropológico como medio de prueba judicial a fin de delimitar si esta figura legal puede ser usada correctamente. El peritaje antropológico como medio de prueba judicial es un medio probatorio de crucial importancia, sirve para sustentar la aplicación de la legislación especial en cualquier ámbito del Derecho. Se puede practicar en cualquier proceso judicial que ventile hechos sujetos a diferentes interpretaciones culturales.

Según Albán y Romero (2018) el objetivo de la presente tesis es determinar la relación entre la falta de precisión de las funciones de prevención y resguardo reguladas en la Ordenanza Municipal N° 390-CMPC que reconoce a las rondas urbanas de la provincia de Cajamarca y el archivo de las investigaciones que involucra a alguno de sus miembros en supuestos actos delictivos de usurpación de

funciones y coacción. Para cumplir con este propósito se tuvo que evaluar la Ordenanza Municipal N° 390-CMPC que reconoce a las rondas urbanas de la provincia de Cajamarca dentro del marco de la Constitución, además de analizar las actividades que realizan los miembros de las rondas urbanas en la provincia de Cajamarca en relación con los delitos de usurpación de funciones y coacción y, también, evaluar las carpetas fiscales que involucre a alguno de sus miembros en supuestos actos delictivos de usurpación de funciones y coacción. Se creyó conveniente guiar el recojo de los datos teniendo en cuenta la siguiente hipótesis: existe una relación entre la falta de precisión de las funciones de prevención y resguardo reguladas en la Ordenanza Municipal que reconoce a las rondas urbanas de la provincia de Cajamarca y el archivo de las investigaciones que involucran a alguno de sus miembros en supuestos actos delictivos de usurpación de funciones y coacción, también se analizó una problemática que atañe a la administración de justicia y por ende a todos sus intervinientes (jueces, fiscales, policías, justiciables y ciudadanos en general), quienes se verán beneficiados de las conclusiones a las cuales se arriben, pues se presentarán datos confiables que dejarán de lado las especulaciones periodísticas o de otra índole que pudieran existir, con la intención de saber si el accionar de las rondas urbanas merece ser sancionados penalmente y saber el papel que cumple en esta ausencia de sanción la Ordenanza Municipal N° 390-CMPC, vigente. Esta necesidad de dar respuesta o, cuanto menos, realizar un necesario análisis de las consecuencias jurídico penales ante la falta de precisión en las funciones reguladas en la Ordenanza Municipal que reconoce a las rondas urbanas de la provincia de Cajamarca, es de suma importancia dado el actual contexto coyuntural no sólo de la inseguridad ciudadana sino además del incremento de la delincuencia. Sin embargo, la forma de superar estas deficiencias, en un estado de derecho, debe serlo con el respeto de los derechos fundamentales y no recurriendo a cualquier medio.

Ccama (2017) su trabajo de investigación aporta significativamente al mejor conocimiento de las condiciones de la Interculturalidad, es por ello que la investigación se justifica en analizar las condiciones de la interculturalidad y así identificar si se hallan aplicadas de forma adecuada en el Juzgado de Paz de la Comunidad de Camicachi, dentro del marco del pluralismo jurídico en el Perú, y

así proponer una fórmula legislativa para superar las dificultades de coordinación en nuestra sociedad actual, además establece que el análisis de las condiciones de la interculturalidad, en la presente investigación, presupone: el respeto mutuo entre culturas, condiciones sociales de igualdad, ética mínima y diálogo intercultural, empero rechaza tajantemente la ideología de la super y supraculturalidad y ofrece otro modelo de universalidad que no sea supracultural, es decir la “interculturalidad”, que describe relaciones simétricas horizontales entre dos o más culturas, a fin de enriquecerse mutuamente y contribuir a una mayor plenitud humana. Por ello es menester determinar que la interculturalidad no es un fin en sí mismo sino que apunta a un objetivo, este objetivo tiene que ver con la misma humanidad, el cosmos, la vida en general y los valores más fundamentales.

Apaza (2015) llegando a las siguientes conclusiones: 1) la principal base doctrinal del sistema jurídico actual del Perú, según el análisis realizado, se encuentra en la “Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen, cuyos planteamientos corresponden al derecho positivo; en tanto que el sistema jurídico que aún pervive en muchas comunidades campesinas nativas de los Andes del Perú y, particularmente en la región Puno, tiene su base doctrinal en la cosmovisión andina, cuyos planteamientos corresponden al derecho consuetudinario; 2) las características más representativas de la “Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen son las siguientes: Su teoría es influida por la escuela kantista que sostiene que la realidad es creada por el hombre; el derecho debe ser independiente de todos los demás factores o variables; el sistema jurídico debe responder al “deber ser” y no al “ser”; toda norma debe ser fundada en una norma superior; la norma debe ser ajena a los valores humanos y sociales; el sistema jurídico debe ser tomado como un sistema coactivo; y finalmente, el derecho debe ser ajeno a las expectativas de justicia de las culturas humanas; 3) Tras el análisis realizado, la “Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen sustenta doctrinalmente, en muchos aspectos, al sistema jurídico actual del Perú. Estos aspectos son los siguientes: Las leyes son dadas por el poder legislativo, lo que corresponde al planteamiento de Kelsen que sostiene que las leyes deben ser dadas por un grupo de personas versadas; las leyes en el Perú son preceptos coactivos y no preventivos ni fomentadores de la vida pacífica, tal como se sostiene que debe ser un sistema jurídico en el pensamiento de Kelsen; las leyes peruanas

no responden a la realidad socioeconómica ni cultural de las diferentes nacionalidades que conviven en el país, lo que se condice con el planteamiento de que las leyes deben responder al “deber ser”; las leyes deben ser interpretadas para cada caso que se presenta y deben ceñirse a sus preceptos, sin importar si son justas o no, aplicándose fríamente, sin importar los valores morales que pueden subyacer en el caso en cuestión, lo que se condice con las propuestas teóricas de Kelsen.

Concha (2012) la presente investigación precisará quienes son los pueblos indígenas reconocidos en Chile, qué se entiende por costumbre indígena y qué requisitos debe reunir ésta para constituir costumbre jurídica. Además, se analizará en términos generales qué valor tiene la costumbre jurídica en el derecho penal. se realiza un análisis acerca de la normativa nacional e internacional que reconoce a la costumbre indígena. Particularmente se estudiará la Ley Indígena N° 19.253, el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas, finalmente se e aborda cuestiones de dogmática penal. Se estudiará el valor de la costumbre indígena en materia penal como eximente o atenuante de responsabilidad criminal. Luego, se analizará cómo la costumbre indígena, además de configurar una circunstancia eximente o atenuante de responsabilidad, puede constituir un error de prohibición y un error de tipo, actuando dichas clases de error en la dimensión de la culpabilidad. También se verá cómo en base a la costumbre indígena se podría configurar un caso de atipicidad.

Según Castañeda (2009) el presente trabajo de investigación surge como respuesta del vacío o laguna legal existente en el Art. 14 del Código Penal Peruano de 1991, al responder a la interrogante ¿Cuándo nos encontramos ante la presencia de un error de prohibición vencible?, de ahí su importancia al establecer aquellos criterios que determinan el carácter vencible del error de prohibición. Sin embargo, ante la inmensa gama de tipos delictivos descritos en el Código Sustantivo (Parte Especial), y ante la realidad circundante de nuestro país, se consideró que era necesario establecer los criterios de vencibilidad del error de prohibición en un determinado delito. Fue por tal motivo, que se partió en considerar a aquellos delitos en los cuales el injusto recae ,en la propia actividad o función que realiza el sujeto al vulnerar este ciertos parámetros establecidos a su cargo, cuyas consecuencias afectan los intereses de terceros, un claro ejemplo lo constituyen los delitos contra

la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, y en especial el delito de Abuso de Autoridad, en donde el bien jurídico protegido está referido al correcto ejercicio de la función pública por parte del funcionario público.

Cueva (2017) La investigación, comprende el análisis de la aplicación del límite que establece el propio texto constitucional al ejercicio de la función jurisdiccional otorgada a las comunidades campesinas, es decir la realización del derecho fundamental a la seguridad jurídica y su reflejo inmediato como es el principio de legalidad en materia penal a la imposición de sanciones por parte de las instituciones comunales, las que se encuentran en nuestro ámbito regional, no habiendo comprendido a las organizaciones nativas de selva de nuestro país, considerando que nuestra formación es de índole liberal y enfrenta a un orden comunal; pero que la naturaleza del ser humano y el ejercicio de sus derechos fundamentales supera a dichos pensamientos y es imperativo en el mejor de los casos, el respeto de la fundamentalidad de los derechos del ser humano frente a cualquier consideración que tienda a disminuirlos o no ejercerlos aún en la modernidad en la que nos encontramos, por ello es necesario tener a la vista la realidad de los límites que la propia constitución establece en caso del pluralismo jurídico, constituido en favor de las comunidades campesinas, así enriquecer la visión que debe acudir en conjunto de todos los ciudadanos de la jurisdicción que establece en artículo 149 de la constitución política del Estado, para cuyo efecto se ha fijado como objetivos de la investigación: Analizar y determinar si la jurisdicción otorgada por el artículo 149 de la Constitución Política del Estado, para su ejercicio por las comunidades campesinas, se encuentra limitada por la seguridad jurídica en materia penal. Establecer la naturaleza jurídica de las comunidades campesinas en el Perú. Analizar la consistencia de la seguridad jurídica como derecho fundamental en materia penal. Determinar cuándo se configura el pluralismo jurisdiccional en un estado. Siendo necesario enfocar la recepción por el ordenamiento jurídico de las comunidades campesinas a través de tener a la vista su naturaleza jurídica, de igual modo introducimos en la seguridad jurídica como derecho fundamental del ser humano y límite del ejercicio de la jurisdicción comunal por las comunidades campesinas, finalmente revisar lo concerniente al

pluralismo jurídico en que se configura la disposición constitucional en el análisis de la presente investigación.

Irigoin (2018) las rondas campesinas como institución comunal surgen como respuesta social ante la desconfianza en la administración de justicia ejercida por la jurisdicción ordinaria, siendo la lucha por su legalidad y su esfuerzo por conquistar un nuevo espacio democrático que les permita ejercer sus facultades, en este marco coyuntural se puede apreciar una suerte de justificación constituida por la ausencia de límites fácticos y normativos a las facultades jurisdiccionales ejercidas por las Rondas Campesinas puesto que tal circunstancia ha conllevado a determinar una inadecuada calificación a la acción de retener a un sujeto en ejercicio de las facultades jurisdiccionales considerándola como secuestro. Lo descrito en el párrafo precedente despierta el interés por identificar la verdadera causa de tal calificación jurídica; y por consiguiente, determinar si existe lesión a determinados derechos fundamentales.

Novoa (2015) Las Rondas campesinas, como órganos de justicia de las comunidades campesinas, están amparados por la Constitución Política del Perú, en el Artículo 149°, que suscribe: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho constitucional, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. El objetivo general de la tesis de investigación es determinar las facultades legales que ejercitan en la administración de justicia el comité de Rondas Campesinas Comunes de Porcón Bajo. El trabajo se ha desarrollado aplicando la metodología de la investigación científica de conformidad con los lineamientos establecidos por la Universidad Privada Guillermo Urrelo. Como resultado de la presente tesis se ha concluido que las facultades legales que ejercitan en la administración de justicia el comité de Rondas Campesinas de Porcón Bajo son las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el Derecho Consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de las personas.

Rojas y Tacilla (2018) las Rondas Campesinas resuelven procesos de alimentos los cuales quedan plasmados en actas, sin embargo, éstas no logran ejecutar el acuerdo

que las actas contienen pues no tienen más competencias. La presente investigación tiene como interrogante: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para que el Ministerio Público considere válidas las actas sobre alimentos realizadas por las Rondas Campesinas como requisito para iniciar un proceso de omisión a la asistencia familiar? Para resolver esta interrogante se tuvo que: a) analizar el proceso que consta en las Actas realizadas por las Rondas Campesinas en casos de alimentos, y b) determinar los beneficios que significarían para los niños, niñas y adolescentes de las zonas rurales que el Ministerio Público inicie un proceso de omisión a la asistencia familiar, considerando válidas las actas realizadas por las Rondas Campesinas. El hallazgo obtenido fue que los fundamentos jurídicos para que el Ministerio Público considere válidas las actas sobre alimentos realizadas por las Rondas Campesinas como requisito para iniciar un proceso de omisión a la asistencia familiar son: a) garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los niños, niñas y adolescentes de la zona rural; b) garantizar la protección de la identidad étnica y cultural de los pobladores de la zona rural, y; c) garantizar el derecho a la vida, salud, alimentos de los niños, niñas y adolescentes de la zona rural.

Arévalo (2020) la presente investigación, se buscó conocer si los procedimientos de investigación y las sanciones aplicadas por las rondas campesinas en el marco del derecho consuetudinario, en el distrito de Chazuta, periodo 2015-2019 vulneran los derechos fundamentales de las personas. Para su estudio y análisis se empleó la técnica de análisis de documentos, y la entrevista semi estructurada virtual; en ese sentido se analizaron el estatuto, el reglamento y las normas de convivencia, así como también los libros de incidencia de la ronda en estudio. En cuanto a la entrevista fue aplicada a una población total de 20 ronderos, debidamente empadronados por la Ronda Campesina del Barrio Pasiquihui de Chazuta, lo que nos permitió conocer y estudiar el nivel de conocimiento respecto al derecho consuetudinario, apoyándonos siempre en el método inductivo. De los resultados y de su análisis hemos podido concluir que el 49% de las sanciones impuestas por la ronda de esa comunidad son los castigos físicos, mientras que la sanción del encierro tiene una presencia del 20%, y en cuanto a la conducta más reiterativa que se traducen en denuncias esta la violencia familiar con una presencia del 40%.

Finalmente, he comprobado que los procedimientos de investigación y las sanciones aplicadas por la ronda campesina de Chazuta, significan graves quebrantamientos no solo a sus instrumentos jurídicos que les ampara, sino que también existe graves vulneraciones a los derechos humanos de las personas, como el derecho a la libertad y a la integridad personal, cuando someten al culpable a sanciones como el encierro en los calabozos y los castigos físicos.

Monteza (2015) investigación comprende el análisis del desarrollo histórico de las rondas campesinas de la región Cajamarca, con incidencia en las provincias de Cutervo, Chota y Bambamarca, ubicando sus causas, y efectos dentro de un ámbito multifacético, como respuesta a la desintegración de la comunidad campesina, en el aspecto de su organización, sus mecanismos democráticos, de control y administración de justicia, sus participación en el desarrollo social y económico y su participación política. El problema de investigación que sirvió como brújula en el proceso de investigación fue, cuales son los factores que conllevan al surgimiento de las rondas campesinas en la región Cajamarca; para dar respuesta a dicha pregunta se recurrió a la utilización de técnicas conocidas en el campo de la Sociología como el estudio desde una perspectiva histórica, con método descriptivo, investigación documental y de campo, encuesta estructurada, entrevistas y la observación directa. El periodo que hace referencia este trabajo es durante el periodo 1976-2014. Dentro de los resultados a los que se ha llegado se puede mencionar que las rondas campesinas avanzaron y crecieron rápidamente debido a su eficacia organizativa, su característica de frente único, independencia política, autogobierno y autodefensa, su democracia interna-directa y participativa, así como su eficacia para administrar justicia combatiendo el abigeato y la delincuencia en su etapa inicial, luego participando en el desarrollo de sus pueblos, asumiendo su rol controlador y fiscalizador de las autoridades electas por voto popular, para posteriormente asumir un compromiso con la humanidad asumiendo una férrea defensa de los recursos naturales, el medio ambiente y sus territorios, llegando a elevar su nivel de conciencia política atreviéndose a participar de manera activa en la vida político-electoral para sumir roles protagónicos en la conducción de sus pueblos y el cambio del país.

Chavez (2017) el propósito fundamental del presente trabajo de investigación fue analizar los fundamentos dogmáticos, normativos y jurisprudenciales sobre los alcances y límites del ejercicio de la función jurisdiccional de las comunidades campesinas en relación a la jurisdicción penal ordinaria en el marco del código procesal penal del 2004.; para lo cual se realizó un estudio cualitativo, transversal, explicativo, cuyo diseño fue no experimental, desarrollado en el ámbito de la jurisdicción nacional, careciendo de delimitación temporal y espacial el problema por el tipo de investigación realizada. El análisis de la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se utilizó las técnicas del fichaje y el análisis de contenido, utilizando como instrumentos de recolección las fichas y ficha de análisis de contenido. Entre los métodos empleados tenemos al exegético, hermenéutico, argumentación jurídica. Finalmente la investigación ha demostrado que la aplicación del artículo 18 del Código Procesal Penal del 2004, señala que la jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer de los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución, entonces se debe de establecer los mecanismos para que la jurisdicción especial indígena o comunal ejerza sus funciones en al marco del respeto de los derechos fundamentales y de las garantías establecidas en el nuevo modelo procesal, pero dichos mecanismos hasta la fecha no han sido implementados, en el marco de una justicia multicultural.

Vásquez y Pezo (2018) tipo de investigación es de tipo no experimental y el diseño de la investigación es descriptiva, teniendo como población diez (10) sentencias del periodo 2015 al 2017 de la sede judicial de Moyobamba, utilizándose la técnica de análisis documental para el acopio de los datos y la entrevista. Se llegó a la conclusión principal que la actuación de las rondas campesinas si se relaciona con la vulneración del derecho a la libertad individual en la sede judicial de Moyobamba, por cuantas dichas actuaciones son realizadas con exceso de fuerza vulnerando derechos constitucionales tal y como es el derecho a la libertad. Obteniendo como resultado la aprobación de la hipótesis general, es decir La actuación de las rondas campesinas se relaciona con la vulneración del derecho a la libertad individual en la sede judicial de Moyobamba, 2015-2017, debido al exceso de la ilegalidad que aplican las rondas campesinas en sus intervenciones con la finalidad de dar solución a conflictos existentes.

Edquen (2018) las rondas campesinas y delimitación de su competencia material en Chota- Cajamarca, es un trabajo de investigación sin precedentes científicos. Se tuvo como objetivo determinar las causas que generan conflictos entre los operadores de la jurisdicción ordinaria y los miembros de las rondas campesinas. Para cumplir con el objetivo de la investigación se tomó como población a las rondas campesinas de los 19 distritos de la provincia de Chota- Cajamarca. Como muestra poblacional no probabilística se escogió a 95 ronderos (cinco de cada distrito), asistentes al XII congreso regional de rondas campesinas, los días 27 y 28 de enero 2018. Se encuestó a un grupo de ciudadanos (95) que no integran las rondas campesinas, encuesta realizada en la plaza de armas de la ciudad de Chota, el 30 de enero de 2018. Se analizó 33 procesos penales (archivo del investigador) seguidos contra los miembros de las rondas campesinas, en la provincia de Chota; cuyas sentencias condenatorias corresponden a los delitos de homicidio, secuestro y usurpación. Se examinó las actas de acuerdos de las rondas campesinas- periodo 2018 (archivo de la Federación provincial de rondas campesinas) y los informes periodísticos respecto a la actuación de las rondas campesinas, en Chota y provincias vecinas. Cumplido el estudio de campo, se determinó que las rondas campesinas resuelven casos relacionados con todas las materias: civil, penal, familia, faltas y otros sin relevancia jurídica como la brujería, adulterio, etc. Los ronderos encuestados respondieron, en mayoría (74,7 %), que la no valoración de su trabajo por parte de la justicia ordinaria es una causa que genera conflictos entre las rondas campesinas y los operadores de justicia ordinaria. Los encuestados independientes -no integrados a las rondas campesinas- respondieron (73,7 %) que los conflictos se deben a la falta de delimitación de la competencia material en la jurisdicción especial. De estos últimos encuestados, el 95,8 % respondió que la delimitación de competencia material de las rondas campesinas es necesaria para evitar conflictos entre las rondas campesinas y los operadores de la justicia ordinaria.

Gallo (2019) La presente investigación demuestra que las rondas campesinas mediante el ejercicio de su función jurisdiccional (permitida por la constitución) cumplen con reglas del debido proceso al momento de resolver conflictos que suceden en su territorio, en esta oportunidad estudiaremos solo a la Ronda

Campešina del caserío de La Rinconada, perteneciente al Distrito de Hualgayoc, Departamento de Cajamarca. A lo largo de la investigación veremos que aplican normas escritas en su estatuto y otras que se desarrollan en el marco del derecho consuetudinario. La investigación es no experimental, transversal y descriptiva, se utilizó como instrumentos, encuestas, fichas de análisis documental y de entrevistas, además se identificó componentes del Principio constitucional del Debido Proceso en las diversas actas de reuniones ordinarias y extraordinarias durante los años 2014 a octubre de 2018, Así mismo, se contrastó la información obtenida con fuentes documentales y de acuerdo con los resultados obtenidos, verificamos que la Ronda Campešina de La Rinconada, es una organización que aunque no cuenta con conocimientos técnicos de derecho al momento de ejercer funciones jurisdiccionales aplica determinados procedimientos los cuales se asemejan a normas de la justicia ordinaria y que se traducen en reglas del principio de debido proceso aplicadas en su territorio.

Hurtado (2018) La Constitución Política Peruana del año 1993, acertadamente, reconoce nuestra calidad de país pluricultural, puntualmente étnico y cultural. Igualmente ha incluido el artículo 1491 en donde atribuye competencias jurisdiccionales a las Comunidades Campešinas y Nativas con el apoyo de las Rondas campešinas, generando con esta inclusión una impostergable necesidad de implementación y coordinación de una reglamentación de las atribuciones otorgadas a estas comunidades. Han pasado 25 años y su implementación no se ha efectivizado. Es innegable que nuestras comunidades campešinas y nativas urgen de la necesidad de que sus miembros se sientan reconocidos como personas iguales ante la ley y con el mismo derecho de no ser discriminados y sobre todo protegidos por el Sistema Judicial Peruano. Planteamos que efectivamente existe un carácter pluricultural en los miembros de nuestra nación, y un sector dramáticamente olvidado y que a pesar de habersele reconocido facultades de jurisdicción, no se le ha generado las condiciones pragmáticas para ejercerla, por lo que su derecho consuetudinario sigue siendo postergado, aplicándosele a las trasgresiones de sus pobladores leyes comunes a casos que deben tener tratamiento especial, por tratarse de una concepción y asimilación de costumbres y pensamientos diferentes. A nuestro criterio esto requiere de un estudio más especializado en atención a que es



necesaria y urgente una Ley de Articulación entre el derecho consuetudinario y el sistema de justicia estatal. Siendo idóneo enfocar el tema de la jurisdicción campesina desde el contexto de globalización actual.

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1 Identificación del Problema

Al tener en nuestro País una pluralidad étnica y cultural, era necesario que en el nuevo Código Penal se resaltase normativamente el respeto de los valores culturales distintos en el sentido que no se criminalice conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales. Así, el sujeto que conoce la norma prohibitiva pero que no la puede internalizar por razones culturales, por regla general, no se le puede reprochar esa falta de internalización. El condicionamiento cultural puede llevarse a cabo no solamente cuando se cree estar conduciéndose lícitamente, sino, también, cuando el agente ni siquiera se ha planteado seriamente las dudas sobre la licitud o ilicitud de su hecho. Pero, esta indicación se comprende respecto a quien tenía la posibilidad de plantearse la cuestión de la antijuricidad de su acto, pues respecto a él funciona la exigencia de que haga el esfuerzo necesario, base de la reprochabilidad y de la culpabilidad. Esta exigencia es irracional con relación a los miembros de un grupo humano que no está integrado al sistema cultural dominante. Por ello nuestro planteamiento se funda en el hecho que el art. 15 es interpretado de manera aislada, sin ponerlo en relación con otras disposiciones, en particular con el Art. 20 inc. 1, que regula la capacidad de culpabilidad. En relación con esta disposición, hay que destacar que el legislador ha utilizado la misma técnica legislativa para redactar el art. 15. En ambos se utiliza una fórmula mixta consistente en señalar las causas que conducen a eliminar la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o la capacidad de determinarse según esta apreciación. Si en el art. 20 inc. 1 dichas causas son la anomalía psíquica, la grave alteración de la consciencia o las alteraciones de la percepción, en el Art. 15 son la cultura o las costumbres del autor del

hecho punible. Aun cuando en esta norma legal se dice «sin poder» en lugar de mencionar directamente las capacidades en cuestión, hay que afirmar que en ambas normas se trata de la facultad de comprender y de determinarse. Poder, facultad y capacidad se refieren al potencial psíquico para hacer algo, por ejemplo, comprender el carácter delictuoso de un acto. La situación determinante es que el agente no pueda comprender la criminalidad del acto o dirigirlo conforme a esta comprensión. Por un lado, esta incapacidad es debida a la insuficiencia de sus facultades o por alteraciones morbosas de las mismas. Se trata de la capacidad de culpabilidad. Por otro lado, dicha incapacidad tiene su origen en el error o ignorancia en que actúa el agente. Así, se comprende tanto al error de tipo como de prohibición. En esta disyuntiva se enmarca este trabajo de investigación que busca mostrar este impasse normativo en el Código Penal y dar alternativas de solución, teniendo como tema de fondo la exclusión cultural en nuestro país.

2.2 Definición del Problema

2.2.1 Pregunta general

¿Qué consecuencias trae la inconsistente redacción y significación del artículo 15 del Código Penal respecto a una amplia justicia intercultural en nuestro país?

2.2.2 Preguntas específicas

¿Cuáles son las razones de la disyuntiva de que el artículo 15 del Código Penal se refiere más bien a un error de prohibición que a un error de comprensión cultural?

¿Cuáles son las alternativas de solución a la imprecisión del artículo 15 del Código Penal al error culturalmente en nuestro país?

2.3 Intención de la Investigación

En nuestra legislación contemporánea penal, se ha venido consignado propiamente en el Artículo 15 del código penal, lo que doctrinariamente se ha desarrollado y denominado como la incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado, que para el presente trabajo de investigación lo dirigimos en el marco de la interculturalidad, hacia los integrantes de las comunidades nativas y comunidades campesinas, siendo así el tenor de la norma en mención sería en extremo inconsistente, es decir en la realidad jurídica nos encontraríamos propiamente ante un

error de prohibición invencible por la naturaleza jurídica de esta última institución, que nos informa su distinción de la institución contenida en la norma penal antes referida; siendo así la aplicación del dispositivo que releva de culpabilidad penal sería discriminatoria y no se enmarcaría en la igualdad que debe primar desde nuestros conceptos constitucionales, no perdiendo de vista el aspecto intercultural que merecen los miembros de las comunidades campesinas y nativas entonces la intención de este trabajo de investigación es poner en claro la falta de claridad y consistencia que tiene al respecto la norma penal en relación con la puesta en valor del aspecto de la interculturalidad que a todas luces tiene una cavidad constitucional en nuestro ordenamiento jurídico y que trasvasado hacia el importantísimo aspecto la exclusión de la responsabilidad penal debe quedar en claro si se encuentra dentro de los alcances del error de prohibición o de la incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado, a fin que no se criminalice conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales.

2.4 Justificación

La presente investigación tiene como justificación, el hecho de ver y constatar en nuestro país que existe mucha discriminación social y cultural que se evidencia en el Artículo 15 del Código Penal, teniendo la peculiaridad esta regulación que debería llevar a plantear el problema del error como un factor que determina la capacidad de comprensión del agente, lo que no sucede en el derecho positivo peruano, la capacidad de culpabilidad debería estar regulada de manera autónoma, mientras que en nuestro código penal peruano el error está previsto sin referencia a la capacidad de culpabilidad del agente. Bien, por el contrario, se presupone la existencia de esta capacidad y sólo se hace referencia al aspecto sobre el que debe recaer: la ilicitud del comportamiento. De modo que no debe analizarse el error como circunstancia que excluye la capacidad del agente para comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. El sujeto capaz de culpabilidad, en el momento de actuar, debe más bien tener la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento. Esta circunstancia no existe cuando actúa bajo la influencia de un error de prohibición. Si este error es invencible no se le puede reprochar su comportamiento delictuoso; por tanto, no es culpable. La culpabilidad subsiste, por el contrario, en la medida en que tuvo la

posibilidad de evitar el error; pero el reproche varía de intensidad según el esfuerzo que hubiera tenido que realizar para vencer el error.

Zaffaroni (2001) estima que el llamado error de comprensión culturalmente condicionado es un caso de error de prohibición. Para comprender esta afirmación hay que considerar las premisas de las cuales parte. En su opinión, la culpabilidad tiene como presupuesto la autodeterminación de la persona. El límite mínimo de esta autodeterminación es fijado por el ordenamiento jurídico, de modo que toda autodeterminación que esté por debajo de este límite no es relevante para el derecho penal. En la medida en que la persona tiene la autodeterminación necesaria, se le puede exigir que reconozca la naturaleza antijurídica de su comportamiento. Por esto, la exigibilidad es la base de todas las circunstancias que excluyen la culpabilidad. Hernández (2000) señala que el error de comprensión es un caso de error de prohibición directo, ya que éste no se agota en el desconocimiento de la prohibición o de sus alcances, sino que también comprende el caso en que «el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, es decir, su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo». Aquí, se trataría generalmente de casos en los que el agente ha interiorizado valores diferentes e incompatibles con aquellos sobre los cuales se fundamenta la norma prohibitiva penalmente reforzada. Sin embargo, Zaffaroni (2015) precisa su idea diciendo que la culpabilidad no requiere que el sujeto haya internalizado esos valores, sino sólo «que haya tenido la posibilidad de internalizarlos en un grado razonablemente exigible. La exigibilidad depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debe realizar para materializar esa comprensión efectiva». Si el esfuerzo que el agente debe realizar es tal que no resulta razonable exigirle que lo haga, se presenta la inexigibilidad jurídica y, por tanto, queda excluida la reprochabilidad, ya que el error de comprensión es un error de prohibición invencible.

Una de las ventajas de esta interpretación y de la introducción del criterio del error de comprensión, según Zaffaroni (2015) es el eludir «la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en estado peligroso». Así mismo estima este autor, por un lado, que las demás alternativas propuestas resultan artificiosas pues en el caso del indígena «lo que no puede exigírseles es la comprensión de la criminalidad». De manera correcta, concluye destacando el aspecto constitucional del problema en la medida en que, en la Constitución argentina, se ha reconocido «la preexistencia étnica y cultural de los

pueblos indígenas argentinos a garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación.

2.5 Objetivos

2.5.1 Objetivo general

Determinar las razones de observación para señalar que el artículo 15 del Código Penal es impreciso, confuso, discriminatorio e incorrecto en términos de justicia intercultural. Y que se refieren más bien a un error de prohibición y no a un error de comprensión culturalmente condicionado.

2.5.2 Objetivo específicos

- Entender y mejorar la disyuntiva que genera que el artículo 15 del código penal, es decir el error de comprensión cultural y el error de prohibición.
- Proponer las alternativas de solución al impase de mejor entendimiento del artículo 15 del código penal peruano.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Acceso al campo

La presente investigación es de enfoque cualitativo, ya que, la misma se encuentra fundamentada en posiciones teóricas ampliamente interpretativas en el marco de un Estado constitucional y social de derecho, basada en métodos de generación de datos flexibles al contexto en el que se producen, y sostenida por métodos de análisis que abarcan la comprensión de la complejidad, el detalle y el contexto (Moron, 2007).

Asimismo, la acción de búsqueda y selección se ha caracterizado por ser dinámica, ello, en cuanto a la determinación y desarrollo de los problemas y objetivos de investigación, han sido realizadas antes, durante y después de la recolección de datos. En ese contexto, el campo de investigación se circunscribe en una base temporal que encuentra su determinación en razón a la validez y vigencia de las teorías jurídicas que se abordaron en el presente trabajo de investigación (Hernández y Mazabel, 2010).

Para el acceso al campo de investigación, se empleó los siguientes métodos: 1) Descriptivo-explicativo, por cuanto desde el ámbito de la teoría del derecho se explicaron los fundamentos en que se sustenta el Estado Constitucional y social de derecho. 2) Analítico, por cuanto se analizó sus implicancias en la aplicación del derecho, específicamente en el análisis de las instituciones penales eximentes de responsabilidad, en el marco contextual de la interculturalidad propia de nuestro ordenamiento jurídico 3) Interpretación sistemática, por cuanto se realizó la interpretación de disposiciones constitucionales y de disposiciones normativas establecidas en convenios internacionales y demás disposiciones normativas del ordenamiento jurídico, en atención al paradigma

constitucional, derivando hacia el sistema penal, especialmente las relacionadas con el error culturalmente condicionado y el error de prohibición invencible.

3.1.1 Diseño de investigación

La metodología propuesta se compone de los siguientes aspectos:

- Tipo de investigación por su naturaleza: para la presente investigación es de carácter **teórico** debido a que busca acercarse al objeto de conocimiento mediante la percepción sensorial, asimismo se realiza un estudio doctrinario y el enfoque de las instituciones penales sobre la responsabilidad de la incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado, en relación con el error de prohibición bajo el contexto de la interculturalidad.
- Tipo de investigación nivel de profundidad: el **nivel es alternativo** porque busca sustituir un paradigma de conocimiento existente, en el caso de la investigación se tiene por objeto poner de manifiesto la inconsistencia del error de comprensión culturalmente condicionado en relación con el error de prohibición invencible en el ámbito de los miembros de las comunidades campesinas y nativas, cuya interculturalidad está consagrada constitucionalmente.
- Enfoque de investigación: es **cualitativo** porque se inspira en el paradigma del Estado Constitucional y social de derecho, las bases de la investigación están constituidas y fundamentadas en la Constitución y en el ordenamiento penal general. La carta constitucional es un texto que organiza el poder y regula los derechos fundamentales, consagrando en ese sentido la interculturalidad en todos sus aspectos por ende, es un paradigma donde rigen las reglas de los derechos fundamentales. En la investigación se propone comprender el error culturalmente condicionado en el error de prohibición invencible dentro del marco de la interculturalidad.
- Método general y concreto: el método general está compuesto por el conjunto de pasos que se desarrolla durante toda la investigación, por ende, no corresponde realizar desarrollo específico. En relación al método concreto hay que dejar establecido que es el método del análisis-síntesis y el método de la

comparación (derecho comparado) el primero se enfoca, especialmente, en el análisis de las cualidades del objeto de la investigación, en este caso, supone la revisión de la Constitución y el ordenamiento penal relacionado con la eximencia de responsabilidad penal de los miembros de las comunidades campesinas y nativas en ejercicio pleno de la interculturalidad evitando la discriminación que ha generado la inconsistencia entre las instituciones penales reguladas como eximentes de responsabilidad.

- Técnica: Es la observación, porque el modo de adquirir y operar con la información es descriptivo y valorativo. Se describe las inconsistencias que contiene la regulación de la incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado, respecto del error de prohibición invencible que comprendería al primero siempre en el contexto de la interculturalidad constitucionalmente establecida.
- Instrumento: El instrumento de investigación es la ficha de registro bibliográfico, debido a que se registrarán allí todos los aspectos teóricos de la investigación (libros, revistas, hemerotecas, etc).

3.1.2 Objeto de investigación

El Objeto de la investigación es la inclusión del error de comprensión culturalmente condicionado de los miembros de las comunidades campesinas y nativas en ejercicio de una cultura diferente dentro del error de prohibición invencible. El segundo se relaciona con el examen de los contenidos que comprende la investigación o la realidad problemática investigada, en este caso, las regulaciones inconsistentes de dos instituciones penales eximentes de responsabilidad, para una debida aplicación respecto del marco de interculturalidad constitucionalmente previsto.

3.2 Selección de informantes y situaciones observadas

La presente investigación se circunscribe en el área de Derecho Penal, toda vez que, se encuentra delimitada en las siguientes interrogantes: (i) ¿Qué consecuencias trae la inconsistente redacción y significación del artículo 15 del Código Penal respecto a una amplia justicia intercultural en nuestro país? (ii) ¿Cuáles son las razones de la disyuntiva

de que el artículo 15 del Código Penal se refiere más bien a un error de prohibición que a un error de comprensión cultural? (iii) ¿Cuáles son las alternativas de solución a la imprecisión del artículo 15 del Código Penal al error culturalmente en nuestro país?.

3.2.1 Técnicas de instrumentos de recolección de datos

La técnica de investigación manejada para el estudio del **objetivo general** fue la técnica de análisis de contenido. Esta técnica ha sido utilizada para recoger datos de las fuentes bibliográficas y Web gráficas. Asimismo, el complemento de la técnica del análisis de contenido ha sido el fichaje: textual, de resumen y bibliográfico.

Las técnicas de investigación empleada para el estudio del **primer objetivo específico** fueron: la observación. También se utilizó la técnica del análisis documental para la doctrina. Los instrumentos de investigación utilizados fueron las guías de observación, así como guías de análisis documental para la doctrina del caso.

La técnica de investigación utilizada para el estudio del **segundo objetivo específico** fue la técnica de análisis de contenido y los instrumentos empleados fueron: la guía de análisis de contenido y la guía de observación.

En resumen, las técnicas de investigación conexas con las preguntas y objetivos de la investigación fueron: la observación, el análisis documental. Los instrumentos de estudio elaborados y en concordancia con las técnicas de investigación seleccionadas comprendieron: la ficha de observación, las guías de observación, la guía de análisis de contenido bibliográfico, conceptual, transcripción.

3.3 Estrategias de recogida y registro de datos

La estrategia de recogida y registro de datos centró su atención en los sustentos de teorías que se enmarcan en un paradigma constitucional, así como en conceptos y categorías que caracterizan el modelo de un Estado Constitucional y social de derecho en la aplicación del derecho, el mismo que repercute en la prevalencia de garantizar en la mayor medida posible la protección de los derechos fundamentales de la persona, para poder evitar la inconsistencia entre las instituciones penales eximentes de responsabilidad en el marco



de la interculturalidad, con tal cometido se empleó fichas bibliográficas y fichas de resumen.

3.4 Análisis de datos y categorías

Los datos recogidos fueron analizados e interpretados en función a los objetivos de la investigación. El procesamiento de datos fue como sigue:

Primero: Se clasificaron y se ordenaron los datos conforme a los objetivos planteados. La secuencia de análisis e interpretación de datos se realizó según el diseño asumido: primero, se empieza con el análisis de la doctrina de las instituciones eximentes de responsabilidad penal relacionadas con el error de comprensión culturalmente condicionado y el error de prohibición.

Segundo: Se presenta la forma cómo se entiende y funcionan las políticas de estado sobre los derechos constitucionales, analizando e interpretando la realidad de nuestra sociedad específicamente la interculturalidad.

Tercero: El trabajo de investigación concluye con la articulación de los tres objetivos, estableciendo la relación estructural y sistemática en torno a los propósitos de la investigación.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 La cultura como eximente, atenuante o gravante de responsabilidad

Castillo (2000) siguiendo a Muñoz (2000), dice “la norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que éste puede conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones, porque si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuirse a título de culpabilidad”. Nuestro sistema penal exige que el agente conozca que su conducta contradice los requerimientos del ordenamiento jurídico, que su accionar se halle prohibido jurídicamente, y tal conocimiento no precisa de conciencia estricta del precepto prohibitivo, sino debe atenderse al conocimiento que tiene Art. 89° de la Constitución Política de 1993: "Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de las tierras, así como en lo económico y en lo administrativo dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas". En las discusiones plenarias para la aprobación de la Constitución de 1979, Valle Riestra sostenía que normas que las comunidades campesinas se promulgan para sí mismas a efectos de su organización comunal, económica y administrativa tienen un carácter sui generis consuetudinario. Dicho reconocimiento implícito, no literal, en el texto constitucional, se reitera en la Constitución vigente.

El conocimiento de lo injusto es el elemento principal y el que le da la razón de ser a la teoría de la culpabilidad: la atribución que supone la culpabilidad sólo tiene sentido frente a quien conoce que su actuación es prohibida. Siendo así, sin la conciencia de lo injusto, el comportamiento del sujeto carece de culpabilidad”. Armaza (1993) No obstante lo dicho, en una sociedad –como la realidad del Perú- donde coexisten distintas culturas, con sus respectivos sistemas de valores, es posible, fáctica y teóricamente, plantearse que existan individuos, que aun pudiendo conocer la ilicitud de su actuación, no se planteen dicho problema, porque dicho hacer es normal y permitido al interior de su grupo social. En esos casos se habla de error de prohibición. Obra en error de prohibición el sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica el bien jurídico tutelado. Una creencia equivocada de su actuar lícito puede provenir o de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico (ignorancia legis), o del pensamiento de que le ampara una eximente por justificación que realmente no se da, o porque dándose, le otorga una amplitud tal que supone haber obrado dentro de los fueros de la norma permisiva o, finalmente, porque imagina la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho que, si por el contrario, concurriesen, merecerían justificarlo (error iuris).

4.2 Controversia entre error cultural y error de prohibición

En nuestro derecho penal, el Código regula el error de prohibición en el art.14 en que expresamente indica: “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” y, en el siguiente artículo expresa, el denominado “error del 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”. Villavicencio (2003) que ordinariamente el error de comprensión del culturalmente condicionado es un error de prohibición que exime de responsabilidad.

¿Por qué sí el error de comprensión del culturalmente condicionado es un error de prohibición, requiere de una redacción propia? La exposición de motivos nos da la respuesta: se trata de una respuesta política frente a la heterogeneidad cultural con el ánimo de superar la infeliz terminología usada por el Código Maúrtua, refiriéndose a las

personas culturalmente distintas como salvajes, indígenas semi-incivilizados, degradados por el alcohol y la servidumbre. Feliz expresión que supera las limitaciones de la redacción anterior, pero que a nuestros días, denota una comparativa descalificación de los conceptos culturales que intenta preservar. Sociológica y antropológicamente ha quedado demostrado que, al comparar las culturas no se puede calificar unas respecto de otras como “buenas” o “malas”, o –lo que es más grave– como “mejores” o “peores”. Es decir no existen “niveles” culturales, simplemente las distintas culturas “coexisten” y, en el mejor de los casos, se interrelacionan. Siendo así, es evidente que la pertenencia de un sujeto a una determinada cultura le condiciona para entender y comprender los usos y costumbres que practican otros hombres en una cultura diferente. Tan condicionamiento no está limitado tan sólo “a la comprensión del carácter delictuoso de una conducta de la que es ajeno”, sino que la posición de pertenencia a otro grupo social, le limita en la “comprensión del ordenamiento jurídico (en su totalidad) del otro”.

En consecuencia pudiera ocurrir que, un sujeto “comprendiendo el carácter delictivo de una conducta” (toda vez que es parte de su sistema cultural) se aproveche que no tiene tal condición en una sociedad coexistente y culturalmente distinta, y la realice a sabiendas de que, en su fuero interno, si lo es. Un teórico ejemplo podría clarificar mejor el tema: en las comunidades rurales campesinas, el valor de las aves de corral es tan alto que el hurto o robo de las mismas puede ser castigado con penas muy severas, sometiendo al autor de hurto a las denominadas “cadenas ronderiles” (obligación de hacer vigilancia nocturna durante varias semanas ininterrumpidas, con distintos grupos de personas) y sin embargo, de ocurrir dicho acto dentro de nuestro sistema penal “ordinario”, ésta supondrá la calificación de “faltas” y, en consecuencia, el agente no será penado con la misma gravedad con que pudiera serlo, si se sujetara al derecho penal consuetudinario, propio de su comunidad de origen. Nos preguntamos, entonces: ¿Por qué, según el art. 15 del Código Penal, la cultura es solo eximente y/o atenuante de responsabilidad? ¿Por qué si la Constitución Política, reconoce en el art. 149, que el derecho penal consuetudinario es parte “integrante” de nuestro sistema jurídico nacional no es utilizado, en todas sus posibilidades, al tiempo en que la justicia ordinaria juzga a una persona que pertenece a alguna comunidad campesina? O ¿No sería mejor que siendo culturalmente condicionado, es una forma distinta del error de prohibición.

Que el derecho penal ordinario y el derecho penal consuetudinario tiene fuentes disímiles, se organizan autónomamente y se realizan de forma diferente (mecanismos procesales), se intentará para efectos de la persecución del delito, se regule la competencia jurisdiccional a fin de que una pueda “inhibirse” y remitir a la otra jurisdicción materias que asuman por error o que signifiquen afectación de bienes jurídicos que sólo importan a uno u otro sistema cultural? En realidad, debemos precisar que el art. 15 del Código Penal, no supone de ninguna forma el reconocimiento de derecho consuetudinario comunal. Por el contrario es la reafirmación del principio de legalidad que sustenta al derecho penal ordinario.

En consecuencia, las conductas que se realicen por razones culturales, lícitas dentro de un ámbito culturalmente distinto, no son válidas en cuanto se oponga a las prescripciones prohibitivas del derecho penal. La conducta del agente “culturalmente condicionado”, no deja de ser calificada como “antijurídica”; lo que ocurre es que, el desconocimiento de dicha antijuridicidad le exime de responsabilidad. Entonces, ¿tiene preeminencia el derecho penal sobre el derecho consuetudinario? Parece que sí. Dicha preeminencia ¿supone una comparación valorativa de las distintas “culturas” nacionales? Definitivamente. Para terminar, el “condicionamiento cultural” no sólo puede ser advertido como una causal de inculpabilidad, sino que, en razón de la importancia dada, por la Constitución, al derecho comunal, debe ser evaluado como una posible cualidad agravante de la conducta de los sujetos, siempre que, ésta suponga un aprovechamiento ventajoso en clara lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos valiosos para la comunidad nacional. Esto, evidentemente, requerirá de un mejor conocimiento de nuestra realidad, en la que para efectos de la aplicación del derecho penal ordinario, exigirá de conocimientos especiales, que permitan dilucidar que conductas pertenecen o no a determinados ámbitos jurídicos²⁴, lo que exigirá, entre otras cosas, por ejemplo, la necesidad de aplicación de pericias antropológicas, para determinar si una persona pertenece a un determinado sistema cultural y/o pericias comunales, a fin de Es una práctica muy frecuente que jóvenes provenientes de zonas alto andinas, en edad adolescente y/o en los límites de la adultez, asuman compromisos maritales de conformidad con la institución consuetudinaria del servinacuy, propia de su sistema cultural –en la que además, es posible la separación, sin mayor dilaciones-, sin embargo, en aquellos espacios donde es posible la interacción cultural, ocurrido algún problema de

pareja o de ocurrir problemas entre el varón y los familiares de la mujer y; para agravar el asunto, de ocurrir la separación, los familiares de la joven, suelen acudir a los juzgados penales a fin de interponer denuncias por delito de secuestro y violación de menor de edad. En más de una oportunidad se ha condenado a jóvenes, aduciendo la imposibilidad de la aplicación del error de prohibición o del art. 15, señalándose que las interrelaciones culturales, hacen que el acusado “deba actuar de forma diferente”. Sobre todo, si como hemos dicho al empezar, que es posible la existencia de, además del derecho ordinario, más de un derecho consuetudinario comunal. 8 9 establecer que conductas pertenecen o no a lo jurídicamente permitido dentro de una cultura. Esto último es materia ya, de otra disertación.

4.3 Situación del Artículo 15 del Código Penal peruano

La presente investigación se origina ante la necesidad de determinar si el artículo 15° del Código Penal peruano, que regula la institución del error de comprensión culturalmente condicionado, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad de la persona humana y el reconocimiento de la diversidad cultural consagrados en los incisos 2 y 19 del artículo 2° de la Constitución. Frente al problema planteado se formuló la siguiente hipótesis de trabajo: "El artículo 15° del Código Penal, que regula la institución del error de comprensión culturalmente condicionado, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad de la persona humana y el reconocimiento de la diversidad cultural, consagrados en los incisos 2 y 19 del artículo 2° de la Constitución, porque en lugar de expresar un tipo de error de prohibición, se construye una fórmula similar a la del artículo 20° inciso 1 del Código Penal, que regula la inimputabilidad o la falta de capacidad de culpabilidad de los integrantes de las comunidades nativas e indígenas del Perú.

Los resultados evidenciaron que el artículo 15° del Código Penal, que regula la institución del error de comprensión culturalmente condicionado, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad de la persona humana, y el reconocimiento de la diversidad cultural prescritos en los incisos 2 y 19 de la Constitución Política, porque en lugar de expresar un tipo de error de prohibición, se ha construido una fórmula similar a la del artículo 20° inciso 1 del Código Penal, que regula la inimputabilidad o la falta de capacidad de culpabilidad, de los integrantes de las comunidades nativas e indígenas del Perú.

Tomaremos en cuenta para fines de la presente investigación a juristas connotados cuyos puntos de vista son relevantes para la presente investigación:

Segun Zaffaroni (2015) el destacado jurista argentino concibe el error de comprensión culturalmente condicionado a partir de la legislación argentina, en particular del art. 34 inc. 1 del Código penal. Según esta disposición, no es punible quien no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones». De esta manera, diferente a la utilizada en la legislación penal peruana, se prevén dos circunstancias que impiden penar al agente de un comportamiento típico.

La situación determinante es que el agente no pueda comprender la criminalidad del acto o dirigirlo conforme a esta comprensión. Por un lado, esta incapacidad es debida a la insuficiencia de sus facultades o por alteraciones morbosas de las mismas. Se trata de la capacidad de culpabilidad. Por otro lado, dicha incapacidad tiene su origen en el error o ignorancia en que actúa el agente. Así, se comprende tanto al error de tipo como de prohibición. Circunstancias que excluyen el dolo (error de tipo) o la culpabilidad (error de prohibición), respectivamente.

La peculiaridad de esta regulación es que lleva a plantear el problema del error como un factor que determina la capacidad de comprensión del agente. Lo que no sucede en el derecho positivo peruano, ya que la capacidad de culpabilidad está regulada de manera autónoma, aunque de modo parecido a la legislación argentina en la medida en que la hace depender del estado psíquico del agente. Mientras que el error está previsto sin referencia a la capacidad de culpabilidad del agente. Bien, por el contrario, se presupone la existencia de esta capacidad y sólo se hace referencia al aspecto sobre el que debe recaer: la ilicitud del comportamiento. De modo que no debe analizarse el error como circunstancia que excluye la capacidad del agente para comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. El sujeto capaz de culpabilidad, en el momento de actuar, debe más bien tener la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento. Esta circunstancia no existe cuando actúa bajo la influencia de un error de prohibición. Si este error es invencible no se le puede reprochar su comportamiento delictuoso; por tanto, no es culpable. La culpabilidad subsiste, por el

contrario, en la medida en que tuvo la posibilidad de evitar el error; pero el reproche varía de intensidad según el esfuerzo que hubiera tenido que realizar para vencer el error.

Zaffaroni (2015) estima que el llamado error de comprensión culturalmente condicionado es un caso de error de prohibición. Para comprender esta afirmación hay que considerar las premisas de las cuales parte. En su opinión, la culpabilidad tiene como presupuesto la autodeterminación de la persona. El límite mínimo de esta autodeterminación es fijado por el ordenamiento jurídico, de modo que toda autodeterminación que esté por debajo de este límite no es relevante para el derecho penal. En la medida en que la persona tiene la autodeterminación necesaria, se le puede exigir que reconozca la naturaleza antijurídica de su comportamiento. Por esto, la exigibilidad es la base de todas las circunstancias que excluyen la culpabilidad.

Hernández (2001) considera que el error de comprensión es un caso de error de prohibición directo, ya que éste no se agota en el desconocimiento de la prohibición o de sus alcances, sino que también comprende el caso en que «el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, es decir, su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo». Aquí, se trataría generalmente de casos en los que el agente ha interiorizado valores diferentes e incompatibles con aquellos sobre los cuales se fundamenta la norma prohibitiva penalmente reforzada. Sin embargo, Zaffaroni (2015) precisa su idea diciendo que la culpabilidad no requiere que el sujeto haya internalizado esos valores, sino sólo «que haya tenido la posibilidad de internalizarlos en un grado razonablemente exigible. La exigibilidad depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debe realizar para materializar esa comprensión efectiva». Si el esfuerzo que el agente debe realizar es tal que no resulta razonable exigirle que lo haga, se presenta la inexigibilidad jurídica y, por tanto, queda excluida la reprochabilidad, ya que el error de comprensión es un error de prohibición invencible.

Una de las ventajas de esta interpretación y de la introducción del criterio del error de comprensión, según Zaffaroni (2015) es el eludir «la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en estado peligroso». Así mismo estima este autor, por un lado, que las demás alternativas propuestas resultan artificiosas pues en el caso del indígena «lo que no puede exigírseles es la comprensión de la criminalidad». De manera

correcta, concluye destacando el aspecto constitucional del problema en la medida en que, en la Constitución argentina, se ha reconocido «la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación.

4.4 Cómo debe entenderse el artículo 15 del Código Penal dentro del marco legal peruano

Para Villavicencio (2003) el error de comprensión culturalmente condicionado previsto en el artículo 15 del Código Penal peruano de 1991 debe entenderse como un error propiamente dicho, que imposibilita la comprensión de la antijuridicidad de la conducta, originado por el condicionamiento cultural del individuo. Se trata de un error que, por su carácter invencible, excluye la culpabilidad y toda sanción penal, ya que, siguiendo el marco establecido de los elementos del delito, –los cuales son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad–, de no cumplirse uno de ellos no podría configurarse un delito. Nuestro sistema penal exige que el agente tenga la posibilidad de conocer que su conducta contradice los requerimientos del ordenamiento jurídico y que su accionar se encuentra prohibido jurídicamente. La atribución que supone la culpabilidad sólo tiene sentido frente a quien conoce que su actuación es prohibida. Precisamente, este es el problema que trata de enfrentar el artículo 15, especialmente vinculado a los supuestos de conductas de personas que actúan en el marco de su cultura o costumbres, en el sentido que no se criminalice estas conductas socialmente aceptadas por estos grupos culturales, ya que inclusive puede darse el caso que el sujeto conozca la norma prohibitiva pero no la pueda internalizar por razones culturales y, por lo tanto, no se le podría reprochar esa falta de internalización.

Para Meini (1997) el artículo 15 regula una cláusula que exime de responsabilidad penal e incluso permite, en algunos casos, atenuarla. Tradicionalmente y de forma mayoritaria, el artículo 15 ha sido interpretado como un error de comprensión culturalmente condicionado. Esta figura fue creada por el profesor argentino Zaffaroni (2015) en la década de los ochenta del siglo pasado para contestar y proponer una alternativa al trato que se le daba al indígena en algunos países sudamericanos, entre ellos el Perú, Bolivia y Argentina, y en algunos países centroamericanos. En ese entonces, y de hecho sucedió así en el Perú hasta la entrada en vigencia del actual Código Penal en 1991–, al indígena

se le podía eximir de responsabilidad por considerársele inimputable por haber actuado degradado por el alcohol y la servidumbre, o por otras circunstancias que expresaban un trato manifiestamente peyorativo y denigrante. Este trato presuponía y generaba que al indígena se le considerara como un sujeto inferior al hombre occidental. Es decir, en ese entonces, calificar de inimputable al indígena, debido a las causas de inimputabilidad aplicadas (degradado por el alcohol y la servidumbre), era un trato discriminatorio. Ahora bien, en Derecho Penal, el inimputable es incapaz. Esta asimilación de categorías ha llevado a muchos autores a reivindicar que los indígenas no son inimputables, que no se les puede comparar con un toxicómano, con un niño o con una persona que tenga alguna anomalía psíquica. El indígena es como cualquier otra persona, solo que tiene una cosmovisión distinta a la nuestra, como nosotros una distinta a la suya. Entiende el entorno que lo rodea y se relaciona con ese entorno de una manera distinta a como lo hacemos nosotros. Ni mejor ni peor, solo distinta. Por ejemplo, nosotros podemos ver en los cerros un montículo de tierra y piedras, mientras que los miembros de algunas comunidades andinas ven un apu, un símbolo sagrado. Percibimos lo mismo visualmente, pero el significado que le damos a las cosas es distinto. La cosmovisión y la relación con el entorno cambian. Digo esto porque lo que propuso Zaffaroni (2001) fue dejar de lado esta terminología peyorativa de tratar como inimputable a una persona que tenga una cosmovisión distinta a la predominante y propuso, en su reemplazo, la figura del error de comprensión culturalmente condicionado; que es cuando una persona, por su cultura o costumbre, no puede comprender el carácter ilícito del acto, entonces, se le exime de responsabilidad o se le atenúa si esa capacidad de comprensión está atenuada. El problema es, y este es mi punto de vista, que, si bien la finalidad fue buena –es decir, reivindicar la diversidad cultural–, al regular el artículo 15 un error de comprensión, no solo vulnera la diversidad cultural, sino que contradice la finalidad de la norma. En efecto, afirmar que el indígena, o cualquier otra persona que no comparta la cosmovisión de la mayoría incurre en error por no compartir dicha cosmovisión sobre la que se edifica el Derecho oficial, es peyorativo, discriminatorio y me atrevería a decir que incluso es inconstitucional: la mayoría tendría la cosmovisión correcta y quien no la comparte com1 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” del indígena, incurriría en error de comprensión culturalmente condicionado, en un equívoco, por el solo hecho de no compartir la cosmovisión de otros. Esta falsa supremacía de una cosmovisión sobre otra es, precisamente, lo que diversidad cultural como valor constitucional pretende evitar. Solo por la terminología que emplea, el artículo 15 del Código Penal debería ser rechazado. Pero además, si se revisa lo que ahí se dice, queda absolutamente claro que no se regula ningún error. Ello en una apreciación de fondo, ya que si desde el enfoque cultural estamos abordando, no cabe ningún error cuando se trata de culturas diferenciadas, ya que ninguna es más que la otra, y menos aún ninguna puede calificar a la otra de “error” lo que culturalmente es diferente.

Todos los errores en el Código Penal se regulan en el artículo 14. El artículo 15 no se refiere a una persona que tiene una percepción equivocada de las cosas, como si hubiese una correcta. Si yo veo una pared verde cuando en realidad es blanca, todos me dirán “esa es una pared blanca”. Mi percepción sería la equivocada. Seguramente, esto puede darse dentro de un grupo de personas que comparten la misma cosmovisión, dentro un grupo de personas que perciben la realidad y se relacionan con el entorno de la misma manera. Pero cuando hablamos de diversidad cultural, no es propio de un Estado de Derecho y no es propio del respeto a la diversidad, decir que una minoría que se relaciona de manera distinta con su entorno está equivocada por el hecho de que su cosmovisión es distinta a la de la mayoría; son simplemente distintas.

Partiendo de que son distintas y de que la motivación que pretende la norma penal para que las personas no cometan delitos surge de la comprensión del entorno y relación con el entorno que cada quien tenga, el artículo 15 del Código Penal tiene que interpretarse como una causa de inimputabilidad, sin que eso signifique un trato peyorativo. Inimputabilidad porque, en definitiva, una persona que, por la razón que sea, no tiene la capacidad para comprender la realidad como la percibe la mayoría, es para esa mayoría un inimputable: un niño, un loco, un toxicómano, una persona que tenga alucinaciones; pero también una persona que por su cosmovisión percibe las cosas distintas. La manera más democrática de tratar la diversidad cultural no es decir que las minorías se equivocan, sino decir simplemente que son personas tan distintas a mí en su cosmovisión que yo no puedo juzgarlas con mis reglas penales. Luego, como no puedo juzgarlos con mis reglas penales, lo único que puedo decir es que está al margen de mi sistema jurídico-penal, y el

calificativo para identificar a una persona que está al margen de mi sistema penal, que no puede responder en mi sistema penal porque no tiene ese entendimiento que tengo yo, es el de inimputable. Pongamos un ejemplo invirtiendo la figura. Imaginémonos que tres estudiantes de Derecho están paseando en la Selva y se pierden, y son encontrados por una tribu no contactada.

Son llevados a una especie de juicio sumario y los condenan a muerte por haber cortado un árbol. Ellos cortaron el árbol porque necesitaban un tronco para flotar en un río. Pero da la casualidad que, para la tribu, cortar un árbol es una gravísima ofensa a una deidad, castigada por ellos con la muerte. ¿Qué preferirían los estudiantes?, ¿cómo se defenderían?, ¿dirían que se equivocaron?, ¿o dirían a quienes les juzgan que “esa lógica, ese entendimiento, esa relación con la naturaleza, no nos la pueden exigir a nosotros porque aquí vemos un árbol y no una deidad; no pretendan que veamos un dios donde ustedes lo ven, porque nosotros vemos un árbol”? Seguro que esto último. Y lo mismo nos pedirían ellos a nosotros. “No me pidan que yo vea una ofensa a un bien jurídico, porque para mí no lo es”. El ejemplo clásico es el sirvinacuy: relaciones sexuales consentidas con una niña menor de catorce años. Para nosotros, es un delito que se pena con cárcel de hasta veinticinco años, y podría tener sentido, porque “¿cómo una persona se va a acostar con una niña o niño menor de catorce años?”. Sin embargo, ese mismo hecho, para otras personas, por su realidad cultural y su historia cultural, es un hecho rutinario y natural que no genera ningún reproche. ¿Quién tiene razón? ¿Qué perspectiva ha de imperar? Estas preguntas aluden directamente a respuestas que tienen que ver con el orden sociológico, antropológico, puesto que debe tener en cuenta como insumo para las respuestas que nuestros legisladores, no han pensado con un enfoque pluralista, intercultural, en el sentido de preguntarse si tal o cuál norma era aplicable, cumplible en todas las culturas de nuestro país. Se partió de una premisa homogeneizante, y ese fue el error para concebir los alcances del Art. 15 del Código Penal.

Las dos pueden convivir perfectamente cuando nuestra cosmovisión y nuestras leyes penales – que se sustentan en esa cosmovisión– se apliquen a las personas que comparten esa cosmovisión, y las leyes consuetudinarias –que se sustentan en una cosmovisión distinta– se apliquen en los lugares y a las personas que comparten cosmovisión sobre la que descansa el derecho consuetudinario. Sin ir muy lejos, esta es la razón por la cual cada Estado es soberano en aplicar sus leyes. ¿Cómo debe entenderse el artículo 15?

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

4.5 ¿Cómo entiende la doctrina y legislación comparada esta figura?

Villavicencio (2003) Para empezar, en la doctrina penal nacional el artículo 15 del Código Penal suele ser interpretado como una modalidad de error de prohibición, aunque existen quienes opinan que se trata de una modalidad de inimputabilidad o, incluso, con relación al ejercicio legítimo del Derecho consuetudinario (inciso 8 del artículo 20 del Código Penal. En los dos primeros casos, nos encontramos en el ámbito de la inculpabilidad; y en el tercero, en el campo de las causas de justificación, pero con 3 Artículo 20.- “Está exento de responsabilidad penal: [...] El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.(Themis 68 | Revista de Derecho 58).

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

Diferentes fundamentos para la exclusión de la responsabilidad penal, como también lo ha reconocido el Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia. En el Derecho comparado, por ejemplo, el Proyecto de Código Penal de Guatemala, después de definir la imputabilidad como capacidad de “comprender la ilicitud del hecho” y de “dirigir sus acciones conforme a esa comprensión” (art. 19), se excluye la culpabilidad, junto a los casos de error y otros, “cuando la persona perteneciere a una comunidad indígena que aceptare o fomentare regularmente la conducta ilícita, conforme a costumbres o prácticas arraigadas, salvo que ello implicare una grave afectación de los derechos humanos fundamentales” (art. 20, letra d). El carácter de eximente de culpabilidad de esta circunstancia reside en el hecho de que, en razón de su cultura, no se puede exigir al agente que obre, en su medio social, de manera diferente a sus pautas culturales. Entonces, hablar de inimputabilidad es referirnos a que el sujeto, debido a diversos factores –anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones en la percepción–, no pueda comprender el carácter ilícito de su actuar. Hablar de error de comprensión culturalmente condicionado va más allá de esta interpretación, debido a que en este caso el sujeto puede o no comprender el ilícito de su acto; es decir, el sujeto que

pertenece a una cultura distinta puede bien comprender la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, o mejor dicho su internalización como parte de sus valores.

Para Meini (1997) La doctrina diría de manera absoluta y dominante que la entiende como un error culturalmente condicionado. No como causa de inimputabilidad, sino como error. Es decir, diría que el sujeto se equivoca. ¿Por qué? No lo sé. Yo leo el artículo 15 y no encuentro ninguna palabra que me lleve a pensar acerca del error o de un equívoco. ¿Por qué el *nomen iuris* del artículo 15 dice “error de comprensión”? Porque en el proyecto del Código Penal de 1991, que fue donde se incluyó esta cláusula, Eugenio Raúl Zaffaroni, quien fue asesor de la comisión, propuso esta cláusula con el nombre “error de comprensión”. La cláusula sufrió ciertas modificaciones y llegó como está al artículo 15; pero que el creador o quien la propuso haya pensado que eso era una circunstancia de error, no es un dato jurídicamente vinculante. Si la voluntad del legislador ni siquiera lo es, menos lo es la de su asesor. Cuando uno lee esa cláusula y la interpreta de manera sistemática, lo primero que salta a la vista es la forma casi idéntica en que se encuentra redactado el inciso 1 del artículo 20 del Código Penal.

Y nadie discute que el numeral primero del artículo 20 del Código penal en mención sea una cláusula de inimputabilidad. En este artículo, las causas de inimputabilidad son: anomalía psíquica, alteración de la conciencia y alteraciones en la percepción. Estas son las causas de inimputabilidad, pues la inimputabilidad es el no poder comprender el carácter ilícito del acto o no poder comportarse de acuerdo a aquella comprensión, que es exactamente lo mismo que dice el artículo 15, pero se origina en otra causa: costumbres o cultura. Entonces, basta una interpretación sistemática y teleológica de la inimputabilidad. La inimputabilidad, hoy en día, no tiene una carga peyorativa, ¿o acaso al loco o al niño, cuando se le declara inimputable, se le dice que es menos persona? No. La inimputabilidad es sede donde se plasma el principio de igualdad. Igualdad para los iguales, desigualdad para los desiguales. Hay que aplicar la ley penal a los iguales, a los que comprenden esa ley, los que han participado del debate político que ha permitido su creación y, en todo caso, su crítica. Alguien que está al margen porque no puede comprender ese debate, no es un igual en términos penales y, por tanto, está al margen de esas normas penales. Esta es la manera más democrática de tratarlo. Pero así no lo entiende ni la doctrina ni la legislación comprada. En el año 2011, la Corte Suprema

emitió el Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116, en el que valoraba la actuación de una ronda campesina, y se pronunció sobre la diversidad cultural en Derecho Penal. En este Acuerdo Plenario se admite la posibilidad de que el artículo 15 sea causa de inimputabilidad. Así que ver hay ahí una esperanza. 4 Artículo 20.- “Está exento de responsabilidad penal: [...] 1. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”.

4.7 ¿A qué llamamos error culturalmente?

Todos sabemos, que en nuestro país, nos reconocemos como una nación pluricultural, es decir que somos un país diverso culturalmente, y estamos hablando de cultura como la expresión autónoma de formas de vida, idioma, vestido, concepciones de mundo que cada grupo cultural tiene en el Perú.

Se sabe que existen en nuestro territorio más de 150 etnias, y se practica casi unos cincuenta idiomas, por lo que es innegable que la cultura en el Perú es un verdadero mosaico, un crisol de múltiples manifestaciones donde se cruzan legados ancestrales, coloniales, afrodescendientes y muchos otros ríos de culturas. Así está además reconocido por el vice ministerio de interculturalidad por el Gobierno del Perú.

Pero lo más importante, para fines de la presente investigación es que consideremos a partir de qué voz de enunciación podemos calificar a nuestros compatriotas de culturas “diferentes”, desde dónde viene la potestad de hacer una diferenciación. Nuestros ancestros quechuas, aymaras, shipibos, Ashánikas y otros con mayor legitimidad nos debieran decir a nosotros (mestizos, descendientes de españoles, criollos) “los Otros”, nosotros somos los diferentes, no los originarios porque ellos siempre han existido en nuestro territorio, por lo que les corresponde mayor “autoridad” para calificarnos de diferentes a “nosotros”. Lo que pasa es que esta llamada “cultura occidental” siempre ha ninguneado a las culturas originarias, ancestrales y siempre se ha subestimado a dichas culturas, se ha considerado inferiores, subordinadas, invisibilizadas.

Por eso, quién califica de “error”, “cultural” a una persona? el ser “diferente” es implicativo para considerar error, el ser diferente, es criterio suficiente para descalificar su proceder, su



accionar como “error” , lo contrario, lo “certero” lo “asertivo”, quien lo meritúa, quién establece estas condiciones o criterios para segmentar, excluir y disociar las culturas?

Por lo tanto, este es el tema de fondo, que no precisamente se trata en el presente trabajo de investigación, puesto que el tema planteado es la confusión o controversia que genera el uso de ambas denominaciones de error cultural condicionado y error de prohibición. Sin embargo subsiste un tema de profundidad y es que desde el punto de vista de la interculturalidad o el pluralismo, el diseño de nuestras normas también tienen un sentido colonial, excluyente, discriminatorio.

La cultura en el presente caso tiene mucha incidencia en el Derecho, por cuanto las formas de regulación de justicia ancestral u originaria devienen de las características de cada cultura, así como sucede con la vestimenta, el idioma, las danzas, las formas de convivencia, con su idiosincrasia. La cultura en el presente caso cuenta también para saber cómo las personas actúan, piensan, sienten y la idea que tienen de la justicia, como del arte, con una mirada particular que no es uniforme, sino pertenece a la diversidad cultural que distinguen a países como el Perú.

CONCLUSIONES

- Efectivamente se demuestra en la discusión doctrinal que normativamente el Art. 15 del Código Penal peruano donde se establece el Error de Comprensión Culturalmente condicionado colisiona, es absorbido y suscita confusión con el Error de Prohibición, desde una mirada intercultural y no monista del Derecho. Por lo que según los juristas que opinan y fundamentan sus posiciones en el presente trabajo y según la jurisprudencia consignada, y además teniendo en cuenta la diversidad cultural que existe en el Perú, debe de enmendarse y aclararse la confusión tanto del Error de comprensión culturalmente condicionado y el Error de Prohibición ya que produce imprecisión, exclusión y perjuicio. Además vulnera los derechos de igualdad de la persona y los artículos 2 y 19 que hablan del derecho fundamental a la diversidad cultural.
- La confusión deviene de las propias características del Error de Comprensión Culturalmente condicionado y del Error de prohibición, por cuanto en el primero caso hay un componente cultural muy grande al señalar que las culturas minoritarias, tienen que subordinarse al de la mayoría, que aceptando que su cultura es un error serían inimputables y se les exime de responsabilidad penal. En el caso del Error de prohibición se establece que una cultura establece reglas que están prohibidas tácitamente para otras personas de diferente cultura, por lo tanto el hecho que se inmiscuya tendría que ser con las reglas diferentes que tiene que adaptarse, de otro modo colisionaría con la “otra” cultura y estaría transgrediendo la prohibición establecida.
- Se evidencia que en el tratamiento del precepto legal del Error de comprensión culturalmente condicionado no existe una postura intercultural, contrariamente hay una postura colonialista, de soterrada discriminación cultural, ya que se inferioriza, se excluye, y se infravalora al indígena en el Perú y a toda persona que tiene una cultura distinta como los afrodescendientes. Por lo tanto estamos hablando de que con el artículo 15 del Código Penal Peruano, se demuestra que los hacedores del Código Penal vigente siguieron el tinglado del Código Maurtua, que estuvo caracterizada por profundas discriminaciones en su cuerpo normativo, cuando considera al indígena como un ser semisalvaje por ejemplo.



RECOMENDACIONES

- Es necesario que exista una reforma del Código Penal Peruano, donde se revise articulados como el 15, donde evidentemente existe una confusión entre los tipos de Error cultural y de prohibición, que es necesario delimitar. Por lo tanto debe derogarse los alcances del Artículo 15 de dicho cuerpo penal.
- Es importante impulsar en nuestro país la justicia intercultural, es decir que exista una coordinación, complementación, y valoración entre la justicia ordinaria y la justicia originaria, y que sean consideradas en forma igualitaria, ninguna justicia es más que la otra, en ese sentido no habría posturas hegemónicas de una justicia superior a la otra, lo que ocasiona el contenido del artículo 15 del Código Penal.
- Es urgente introducir en la formación de los abogados las materias que tengan que ver con la justicia intercultural, (es meritorio destacar que en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UNA-Puno, en la actual currícula de estudios ya se ha incluido hasta de tres cursos referidos a estos temas) y donde se hable de la relación entre cultura y Derecho, así como sobre la fisonomía heterogénea que tiene nuestro país, para que no exista exclusiones sobre justicias, órdenes jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Albán, L. y Romero, M. (2018). *La Ordenanza Municipal que Reconoce a las Rondas Urbanas de la Provincia de Cajamarca y el Archivo de Investigación en Supuestos Delitos de Usurpación de Funciones y Coacción*. (Tesis de Maestría) Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. Cajamarca, Perú. Recuperado de <http://repositorio.upagu.edu.pe>
- Armaza, J. (1993). *El Error de Prohibición*. Perú: En Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 50. Lima, Perú. Recuperado de <http://perso.unifr.ch/derechopenal>
- Arévalo, C. (2020). *Los Procedimientos de Investigación y las Sanciones Aplicadas por las Rondas Campesinas en el Marco del Derecho Consuetudinario en el Distrito de Chazuta, periodo 2015 – 2019*. (Tesis de Grado) Universidad Nacional de San Martín. Tarapoto, Perú. Recuperado de <http://repositorio.unsm.edu.pe>
- Apaza, S. (2015). *La Teoría pura del Derecho de Kelsen como Base Doctrinal de la Justicia Peruana y sus Controversias con la Cosmovisión Andina como Fundamento del Derecho Consuetudinario*. (Tesis de Doctorado) Universidad Néstor Cáceres Velásquez. Puno, Perú. Recuperado de <http://repositorio.uancv.edu.pe>
- Ávila, J. (2019). *Determinación Judicial de la Pena en Casos de Concurrencia de Circunstancias Atenuantes Privilegiadas*. (Tesis de Maestría) Universidad Nacional de San Antonio de Abad del Cusco. Cusco, Perú. Recuperado de <http://repositorio.unsaac.edu.pe/>
- Bernales, E. (2012). *La Constitución de 1993. Veinte años después*. Lima, Perú: IDEMSA.
- Bobbio, N. (1982). *Presente y Porvenir de los Derechos Fundamentales*. Anuario de Derechos Humanos N°1. Bramont, L. (2002). *Derecho Penal Anotado*. Lima: Grijley.
- Borea, A. (s.f). *Derecho y Estado de Derecho, Tratado Constitucional*. Lima: Gráfica Monterrico.

- Bravo, D. (2007). *El Derecho Consuetudinario y la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Originarios de Bolivia*. (Tesis de Grado) Universidad Mayor de San Andrés. La Paz, Bolivia. Recuperado de <https://repositorio.umsa.bo>
- Cabezas, J. (1998). *La culpabilidad Dolosa como Resultante de Condicionamientos Socioculturales*. (Tesis Doctoral) Econòmiques i Socials Universitat de Barcelona. Barcelona, España. Recuperado de <https://www.tesisenred.net>
- Castro, E. (2010). *Regulación Legal del Error de Prohibición en el Código Penal Guatemalteco*. (Tesis de Grado) Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. Recuperado de <http://biblioteca.usac.edu.gt>
- Castañeda, J. (2009). *Factores que Determinan en el Carácter Vencible del Error de Prohibición en el Delito de Abuso de Autoridad*. (Tesis de Grado) Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz, Perú. Recuperado de <http://repositorio.unasam.edu.pe>
- Castillo, W. (2000). *Teoría General del Hecho Punible*. Lima - Perú: Grafica D`ayanis
- Código Penal. (2002). *Código Penal Comentado*. Lima, Perú: Idemsa.
- Cisterna, I. (2008). *Las Condiciones Objetivas de Punibilidad en el Derecho Penal Chileno*. (Tesis de Grado) Universidad de Chile. Santiago, Chile. Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl>
- Cifuentes, D. (2018). *Régimen Jurídico de la Participación de las Mujeres Indígenas Dentro del Pluralismo Jurídico Ecuatoriano*. (Tesis de Grado) Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.puce.edu.ec>
- Colorado, R. (2020). *Error de Tipo y Error de Prohibición Vencible e Invencible Bajo la Perspectivas del Garantismo Penal*. (Tesis de Grado) Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil. Ecuador, Guayaquil. Recuperado de <http://repositorio.ulvr.edu.ec>
- Colmenares, R. (2006). *El Derecho Consuetudinario Indígena en Centro y Sur América: El Caso Venezuela*. Editorial Frónesis. Venezuela.



- Concha, A. (2012). *Rol de la Costumbre Indígena en el Derecho Penal Chileno*. (Tesis de Grado). Universidad Austral de Chile. Valdivia, Chile. Recuperado de <http://cybertesis.uach.cl>
- Cueva, V. (2017). *La Jurisdicción Reconocida por el Artículo 149 de la Constitución Política del Estado, y el Límite de la Seguridad Jurídica en Materia Penal*. (Tesis de Maestría) Universidad Nacional del Altiplano. Recuperado de <http://repositorio.unap.edu.pe>
- Cubas, V. (2004). *La Garantía Constitucional del Proceso Penal* en APECC revista de Derecho.
- Ccama, L. (2017). *La Interculturalidad. Como Refuerzo Argumentativo, en el Marco del Pluralismo Jurídico, en el Sector Aimara – Camicachi – Ilave, 2017*. (Tesis de Grado) Universidad Nacional del Altiplano. Puno, Perú. Recuperado de <http://repositorio.unap.edu.pe>
- Chavez, M. (2017). *La Jurisdicción Penal Ordinaria y su Relación con el Ejercicio de la Función Jurisdiccional de las Comunidades Campesinas en el Marco del Código Procesal Penal del 2004*. (Tesis de Maestría) Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz, Perú. Recuperado de <http://repositorio.unasam.edu.pe>
- Chingate, H. (2014). *Especialización en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar*. (Tesis de grado) Universidad Militar Nueva Granada. Bogota. Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co>
- Defensoría del Pueblo. (2010). *Elaborado por la Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo*. Coordinación del comisionado Pier Paolo Marzo. Perú.
- Edquen, M. (2018). *Las Rondas Campesinas y Delimitación de su Competencia Material de Chota – Cajamarca*. (Tesis de Derecho) Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Recuperado de <https://repositorio.unprg.edu.pe>
- Ehrlich, E. (2016). *Sociología y Jurisprudencia*. En: Escritos sobre sociología y jurisprudencia. Madrid: Marcial Pons.

- Espezúa, B. (2016). *El Derecho Desde la Mirada del Otro*. Lima, Perú: Ideas solución.
- Francia, L. (2001). *Sistema Penal y Pluralismo Jurídico*. Lineamientos para Interpretar la Ley Peruana, ponencia expuesta en el Foro Internacional de Jurisdicción Especial y Derecho Consuetudinario- Justicia Comunal. Taller sobre Derecho Penal y Multiculturalidad”. Lima - Perú. Recuperado de www.alertanet.org
- Ferrajoli, L (2002). *El Garantismo Jurídico*. Lecturas Seleccionadas. Lima, Perú: Edit. San Marcos.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derecho Garantista: La ley del más débil*. Editorial Trotta S.A. España.
- Fernández, M. (2017). *La Diversidad Cultural Frente a la Justicia Penal Ordinaria: Viabilidad del Error de Prohibición Culturalmente Condicionado en la República del Ecuador*. (Tesis de Grado) Universidad Católica del Ecuador. Quito, Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.puce.edu.ec>
- Flórez, D. (2010). *Justicia Comunal en el Perú*. Edición: cooperación Alemana al Desarrollo – GTZ. Perú.
- García, T. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Perú: Adrus
- Gallo, M. (2019). *Reglas del Debido Proceso en el Ejercicio de la Función Jurisdiccional de la Justicia Comunal de la Ronda Campesina de la Rinconada en el Período 2014 – 2018*. (Tesis de Grado) Universidad Privada del Norte. . Cajamarca, Perú. Recuperado de <https://repositorio.upn.edu.pe>
- Girón, J. (2013). *Teoría del Delito*. Guatemala. Recuperado de <https://www.academia.edu>
- Gonzales, R. (2011). *La Jurisdicción Comunal en el Perú*. Lima. Recuperado de <http://raejurisprudencia.blogspot.pe>.
- Hernández, J. (2000). *Identidad Perdida*. Edit. Tecnos. México DF.
- Hernandez, J. (2000). *Alcances del Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Lexus.
- Hernández, C., & Mazabel, M. (2010). *Hermenéutica jurídica e interpretación constitucional*. Lima: Ara editores.

- Hernandez, J. (2001). *Fundamentos del Derecho Penal*. México. Edit. FCE.
- Hiese, M. (1992). *El desafío de la interculturalidad*. Lima, Perú: CAAAP.
- Hurtado, V. (2018). *Ley de Coordinación entre Mecanismos de la Justicia Comunitaria y el Sistema de Justicia Estatal: Realidad que Urge Implementar o Desvanecimiento Cultural Ajeno al Positivismo Jurídico*. (Tesis Doctorado) Universidad Nacional de San Agustín. Arequipa, Perú. Recuperado de <http://repositorio.unsa.edu.pe>
- Irigoin, C. (2018). *Los Limites Fácticos y Normativos a las Facultades Jurisdiccionales Ejercidas por las Rondas Campesinas ante la Posible Vulneración de Derechos Fundamentales en Relación al Secuestro Ronderil*. (Tesis de Grado) Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Recuperado de <http://tesis.usat.edu.pe>
- Llashag, J. (2017). *Fundamentos Jurídicos Dogmáticos de la Tipicidad Subjetiva del Tipo Doloso: EL Error de Tipo Invencible*. (Tesis de grado) Universidad San Pedro. Huaraz, Perú. Recuperado de <http://repositorio.usanpedro.edu.pe>
- Masa, J. (2018). *El error de Prohibición en el Ordenamiento Jurídico Nacional es Susceptible de Aplicación*. (Tesis de Grado) Universidad Central del Ecuador. Quito, Ecuador. Recuperado de <http://www.dspace.uce.edu.ec>
- Meini, I. (1997). *El Error Cultural Condicionado*. Ecuador, Quito: Jurídica.
- Monteza, A. (2015). *Las Rondas Campesinas en la Región Cajamarca 1976 – 2014*. (Tesis de Grado) Universidad Nacional de Cajamarca. Cajamarca, Perú. Recuperado de <https://repositorio.unc.edu.pe>
- Moron, J. (2007). *En La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Muñoz, F. (2000). *Teoría General del Delito*. España, Barcelona: Edit. Tirant lo Blanch.
- Novoa, E. (2015). *Las Facultades de las Rondas Campesinas Cuando Administran Justicia, Caso de Porcón Bajo*. (Tesis de Maestría) Universidad Privada Antonio



- Guillermo Urrelo. Cajamarca, Perú. Recuperado de <http://repositorio.upagu.edu.pe>
- Orosco, S. (2020). *El Error de Prohibición Indirecto o Error en las Causas de Justificación como Causa de Exclusión de la Culpabilidad*. (Tesis de Grado) Universidad Técnica de Machala. Machala, Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.utmachala.edu.ec>
- Orellana, K. (2020). *Error de Tipo y Error de Prohibición Vencible e Invencible Bajo la Perspectiva del Garantismo Penal*. (Tesis de Grado). Universidad Laica Vicente Rocaforte de Guayaquil. Guayaquil, Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.ulvr.edu.ec>
- Paredes, P. (2015). *La Costumbre Indígena y Responsabilidad Penal*. (Tesis de Maestría) Universidad de Chile Facultad de Derecho. Santiago, Chile. Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl>
- Peña, A. (2002). *Justicia y derecho en las comunidades aymaras*. Perú. En A. Peña, V. Cabedo y F. López, *Constituciones, derecho y Justicia en los pueblos indígenas de América Latina*. Lima, Perú: PUCP.
- Peña, O. y Almanza, F. (2010). *Teoría del Delito, Manual Práctico para su Aplicación en la Teoría del Caso*. Recuperado de <https://derecho.usmp.edu.pe>
- Pineda, C. (2005). *Estudio sobre las Eximentes de Responsabilidad Penal con Énfasis en las Causas de Inculpabilidad en el Código Penal Guatemalteco*. Guatemala. Recuperado de <http://biblioteca.usac.edu.gt>
- Rojas, F. (2007). *Código Penal*. Lima, Perú: Idemsa.
- Rojas, S. (2020). *El Peritaje Antropológico como Prueba del Error Culturalmente Condicionado: Análisis de un Caso en el Distrito Judicial de Junín*. (Tesis de Grado) Universidad Continental. Huancayo, Lima. Recuperado de <https://repositorio.continental.edu.pe>
- Rojas, L. y Tacilla, L. (2018). *Fundamentos Jurídicos para que el Misterio Público Considere Válidas las Actas Sobre Alimentos Realizadas por las Rondas*

- Campesinas como Requisito para Iniciar un Proceso de Omisión a la Asistencia Familiar.* (Tesis de Grado). Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. Cajamarca, Perú. Recuperado de <http://repositorio.upagu.edu.pe>
- Rosas, J. (2005). *Derecho Procesal Penal*. Lima, Perú: Editores Jurista E.I.R.L.
- San Martín, C. (2003). *Derecho Penal*. Edic. Sumillada y Comentada. Lima: Idemsa.
- Sánchez, P. (2018). *La Justicia Indígena en la Región Andina: Especial Referencia a la República del Ecuador.* (Tesis Doctoral) Universidad de Salamanca. Salamanca, España. Recuperado de <https://gedos.usal.es>
- Silva, F. (1986). *Antropología*. Lima: Universidad de Lima.
- Soto, M. (2014). *Límites del Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas: Análisis Jurídico del Peritaje Cultural como Medio de Prueba dentro del Proceso Penal Costarricense, para el Respeto de la Identidad Cultural de los Miembros de Pueblos Indígenas.* (Tesis de Maestría) Universidad de Costa Rica Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. San José Costa Rica. Recuperado de <https://ijj.ucr.ac.cr>
- Spetale, L. (2018). *Incumplimientos, Empirismos Aplicativos y Restricciones en el Uso del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado, en la Provincia de Huaraz, Periodo 2015.* (Tesis de Maestría) Universidad Nacional Santiago de Mayolo. Huaraz, Perú. Recuperado de <http://repositorio.unasam.edu.pe>
- Taylor, B. (1986). *Cultura Primitiva* (1996). Buenos Aires: Ediciones Sudamericana.
- Themis 68 (2010). *Revista de Derecho*. Felipe Villavicencio Versus Iván Meini 55 THĒMIS-Revista de Derecho.
- Vásquez, R. y Pezo, J. (2018). *Relación entre la Actuación de las Rondas Campesinas y la Vulneración del Derecho a la Libertad Individual en la Sede Judicial de Moyobamba 2015 – 2017.* (Tesis de Grado) Universidad César Vallejo. Recuperado de <https://repositorio.ucv.edu.pe>
- Velepucha, M. (2010). *Incorporación del Error de Prohibición, en el Código Penal Ecuatoriano, como Atenuante o Eximente de Culpabilidad del Procesado.* (Tesis



de Grado) Universidad Nacional de Loja Área Jurídica, Social y Administrativa.
Recuperado de <https://dspace.unl.edu.ec>

Viaña, J. (2011). *La Interculturalidad como Herramienta de Emancipación*. La Paz.
Bolivia:Convenio Andrés Bello.

Villarroel, M. (2020). *Nuevas Perspectivas del Error de Prohibición en la Legislación y Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana*. (Tesis de Maestría) Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador. Recuperado de <https://repositorio.uasb.edu.ec>

Villavicencio, F. (2003). *El Derecho Penal Actual*. Lima, Perú: Grijley.

Walsh, C. (2005). *Pensamiento Crítico y Matriz de Colonial*. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. Ediciones Abyayala.

Wolkmer, A. (2003). *Pluralismo Jurídico*. Bogotá:ILSA.

Yrigoyen, R. (2006). *Hitos del Reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho Indígena en las Políticas Indigenistas y el Constitucionalismo Andino*. Publicado en: Berraondo, Mikel (coordinador). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

Zaffaronni, R.(2001). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires.Ediar.

Zaffaronni, R.(2015). *El Derecho Como Instrumento de Lucha Contra el Neo Colonialismo*. Argentina: Madres de Primero de Mayo.



ANEXOS



Anexo 1. Ficha de Observación (Para normas y doctrina)

Título de la norma o de la obra: _____

Fecha de edición: _____ Autor o compilador _____

Otros Datos:

OBSERVACIONES: _____

Puno, enero del 2019

Anexo 2. Matriz de Consistencia

Problema general	Objetivo general	Hipótesis general	VARIABLES	Indicadores	Instrumentos	Diseño metodológico
Que consecuencias trae la inconsistente redacción y significación del artículo 15 del código penal respecto de una amplia justicia intercultural en nuestro país	Determinar las razones de observación para señalar que el artículo 15 del código penal es impreciso, discriminatorio e incorrecto en términos de justicia intercultural.	Existen razones que ponen en duda que lo señalado en el artículo 15 del código penal sobre el error de comprensión cultural sea más bien un error de prohibición.	<p><u>Variable Independiente:</u> Artículo 15 del código penal</p> <p><u>Variable Dependiente:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Error de comprensión cultural. • Error de prohibición cultural 	<p>a. Conocimiento de Cultura</p> <p>b.- Conocimiento de Costumbre</p> <p>a.- Redacción del artículo 15 C.P</p> <p>b.- Interpretación del artículo 15 del C.P.</p> <p>c.- Significación del artículo 15 del C.P.</p>	Fichas de observación	Tipo Cualitativo

Anexo 3. Propuesta de Modificación Legislativa

El Artículo 15 del Código Penal: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad."

Propuesta de enmienda legislativa del Código Penal Peruano:

La modificación legislativa que se propone, debería tener en cuenta en su fórmula legal lo siguiente:

El texto actual del Artículo 15 del Código Penal es:

Art. 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”*

AÑADIDO MODIFICACIÓN:

Art. 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; con excepción de los casos comprendidos en la interculturalidad reconocidos constitucionalmente.**