

LA POLÍTICA CRIMINAL EN CONTEXTOS PLURALES: BOSQUEJO DE UNA POLÍTICA CRIMINAL INTERCULTURAL DESDE EL PERÚ

Antonio Peña Jumpa

Sumario: 1. Introducción. 2. El concepto clásico de política criminal. 3. La realidad plural del Perú. 4. Los límites de la política criminal clásica en el Perú plural. 5. La parcial solución desde el sistema penal peruano. 6. Bosquejando una política criminal intercultural. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El contexto plural de países como el Perú permite pensar el derecho penal y, específicamente, la política criminal que lo guía en forma diferente a la concepción regular o clásica en que se diseñan y aplican.

El derecho penal y su política criminal se diseñan y aplican, normal y globalmente, a toda una sociedad teniendo en cuenta su nivel nacional, sin distinguir la compleja pluralidad que caracteriza su interior. Tanto el contenido de la política criminal como el de las normas penales —en especial el Código Penal— siguen esta metodología de modelo nacional o general de un país. Este modelo supone la existencia de relaciones sociales homogéneas entre sus miembros que pueden asimismo ser reguladas penalmente por igual.

Sin embargo, el modelo de sociedad concebido, el derecho penal y la política criminal en que se fundamenta se manifiestan de manera diferente. No hay una

sociedad general, homogénea, sino una pluralidad de sociedades, por lo que no es posible asegurar la corrección de una política criminal sobre un tipo de delincuencia determinada si no se tiene en cuenta la pluralidad de sociedades que caracteriza esa sociedad general o el país. La determinación de la criminalidad o delincuencia tiene tras de sí un componente cultural, lo que hace indispensable tomar en cuenta la pluralidad cultural del país. El tema se complica más si es que a esta diversidad cultural se le suma la pluralidad de grupos humanos estratificados social y económicamente. De acuerdo a ello, la política criminal sobre un tipo de crimen o delito tendría que considerar los aspectos culturales, sociales y económicos.

En las páginas siguientes reflexionaremos —a partir de este contraste de perspectivas— sobre la concepción de la política criminal que guía el derecho penal en países con contextos plurales. Para ello, partimos del concepto clásico de política criminal. Luego, describimos el contexto plural del Perú, que constituye nuestro referente de estudio, para seguidamente analizar los límites del concepto clásico de política criminal en dicho contexto. Finalmente, nos ocuparemos de la búsqueda de nuevas alternativas para el entendimiento de la política criminal en contextos plurales como el peruano, adelantando el concepto de política criminal intercultural en su bosquejo.

El presente trabajo parte de la siguiente hipótesis: la política criminal que guía el derecho penal de países como el Perú tiene como base un modelo de sociedad homogénea de nivel nacional. Sin embargo, este modelo encuentra limitada su aplicación práctica en contextos plurales, donde la diversidad cultural se ve complementada por la estratificación social y económica.

2. EL CONCEPTO CLÁSICO DE POLÍTICA CRIMINAL

El profesor Hurtado Pozo define la política criminal como «la reacción organizada de la colectividad [o sociedad] frente a las acciones delictuosas (*latu sensu*) que amenazan su cohesión y su desarrollo armónico» (Hurtado, 2005, p. 59), definición que sintetiza la concepción clásica de la misma. Adicionalmente, el mismo autor, citando a Prado (1985) y a Ancel (1975), indica que todo sistema social tiene una política criminal, y que «cuando más evolucionada es la sociedad, la política criminal deviene en una estrategia frente a la delincuencia, elaborada a partir de los datos y las enseñanzas aportadas por la observación objetiva» (Hurtado, 2005, p. 59).

A su vez, en la misma cita se suma el ámbito de acción de la política criminal y los objetivos que dicha disciplina pretende alcanzar: «La misma denominación [de política criminal] es utilizada para designar la disciplina o el método de estudio de la reacción contra la criminalidad, tal como es, efectivamente, practicada. Es tarea de esta disciplina describir tanto la reacción social contra la delincuencia, como determinar los lineamientos que deben seguirse para lograr una mayor eficacia» (Hurtado, 2005, p. 59).

Siguiendo lo anterior, sintetizamos el concepto de política criminal en los siguientes términos: la política criminal es la disciplina o método de estudio que se ocupa de analizar y comprender, a través de evidencia empírica, la reacción de la sociedad (en su sentido colectivo) contra la criminalidad (entendida en su sentido de acción delictuosa), con la finalidad de determinar los lineamientos o estrategias orientados a controlar eficazmente dicha criminalidad para que no afecte la cohesión y el desarrollo armónico de dicha sociedad. Cabe mencionar que lo interesante de esta definición es la estrecha relación entre la política criminal y la sociedad; específicamente, porque esta última será la encargada de definir aquella, a través de las características de su reacción colectiva frente a la criminalidad. Para comprender dicha reacción se recurre al análisis de las siguientes fuentes de información: denuncias sobre delitos registradas en las comisarías a nivel nacional, las quejas públicas de los ciudadanos, el discurso y su cobertura de los medios de comunicación y en las redes sociales, así como aquellos datos relevantes durante la intervención o investigación de los agentes policiales.

Además, en cuanto al objeto y fin de la política criminal, se concluye que el estudio de la reacción de la sociedad contra la criminalidad tiene la finalidad de controlarla y prevenirla. De ahí que su objeto consista en controlar la criminalidad a partir de la reacción de la misma sociedad, con la finalidad de mantener la cohesión y el desarrollo armónico de la misma. En otras palabras, la política criminal busca mantener a la sociedad en su sentido de cohesión y desarrollo armónico.

En ese sentido, la definición de política criminal, entendida como el estudio de la reacción de la sociedad contra la criminalidad para mantener su cohesión y desarrollo armónico, tiene como inicio y fin a la sociedad.

Al respecto, cabe resaltar que se parte de un presupuesto idealista de sociedad, es decir, de la creencia de que al interior de esta sociedad existen o predominan relaciones armónicas y de cohesión entre sus miembros. Además, presupone a la sociedad como aspiración o paradigma, ya que el sentido armónico y de cohesión es posible en una sociedad homogénea, en la que, dadas las condiciones de cierta igualdad entre sus miembros, no predominan o no existen motivos para que predominen los conflictos, sino que se concibe a la sociedad como el conjunto integrado de sus miembros como *unidad*. Si bien siempre es difícil establecer una unidad absoluta, su cohesión y desarrollo armónico se puede establecer por una mayoría significativa o por el colectivo la identifica.

3. LA REALIDAD PLURAL DEL PERÚ

El Perú, con una población aproximada de 31 millones de habitantes¹, tiene en sus antecedentes históricos un pasado cultural y plural muy valioso. En su territorio existieron y se desarrollaron numerosos grupos culturales. Desde la era incipiente, del periodo preagrícola (9000 a 4000 años antes de Cristo) hasta la era de apogeo, en su período imperialista (1440 a 1532 años después de Cristo), incluyendo las eras de desarrollo y florecimiento, y los períodos de agricultura temprana, formativos, de culto, experimentales, de desarrollo, expansionistas y urbanistas, el Perú tuvo decenas de grupos culturales que poblaron su territorio (Mason, 1968, 1978). Por ejemplo, algunos de los que se establecieron en los Andes y en la costa peruana fueron los paracas, los chavín, los nazcas, los tiahuanacos, los waris, los mochicas, los chimús, los aimaras y los incas o quechuas. A ellos se suman otras decenas de grupos culturales que poblaron y pueblan la Amazonía, como los ashánikas, los aguarunas, los kandozis, los shapras, los shipibos, los quichuas, los yaneshas, entre más de sesenta grupos étnicos².

Posteriormente, el arribo de los españoles y otros europeos desde 1532, así como la migración forzada desde el África y Asia, supuso el incremento de la diversidad de grupos culturales en territorio peruano. A raíz de esta migración, los grupos culturales originarios derivaron en dos clases: aquellos que se mantuvieron como unidad y de cierta forma «puros» (bajo la identidad de una mayoría identificada como tal); y aquellos que se mezclarían con los grupos culturales migrantes o entre ellos mismos. Los primeros pueden encontrarse en los Andes, en cientos de comunidades quechuas y aimaras, así como en la Amazonía en las decenas de grupos étnicos organizados igualmente en comunidades. Por su parte, los grupos culturales mestizos se encuentran distribuidos en las grandes ciudades del Perú y en las áreas rurales donde los grupos prehispánicos se unieron a los descendientes de europeos, africanos y asiáticos. Cabe mencionar que en este último proceso de mestizaje también es posible que se hayan mantenido grupos «puros» desde los migrantes, como es el caso de los «criollos» identificados como los «blancos» peruanos de origen europeo. En ese sentido, el Perú es un país integrado por esta diversidad de grupos culturales, distribuidos a lo largo del territorio nacional.

Por otro lado, a la diversidad cultural mencionada se suma la diversidad socioeconómica, menos histórica, pero igualmente notoria. Esta diversidad se basa

1 Exactamente la población del Perú es calculada en 31 millones 488 mil 625 habitantes al 11/07/2016. Ver <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/el-peru-tiene-una-poblacion-de-31-millones-488-mil-625-habitantes-9196/> (visitado el 10/07/2017).

2 Ver por ejemplo el mapa cultural presentado por Hans Jürgen Brandt sobre las familias lingüísticas y grupos culturales vinculados a su lengua, en el capítulo «Ordenamiento, conflicto y sanción en comunidades nativas de la Amazonía Peruana» (1986, pp. 25-88).

en la estratificación de la población según sus niveles de ingreso económico, acceso a los servicios públicos (como la salud, la educación y la justicia), condiciones de consumo en diversión, vestidos y viajes, y forma de participación en gremios u órganos de gobierno del Estado.

Ahora bien, la diversidad socioeconómica está muy relacionada con la diversidad cultural o étnica. Por ejemplo, algunos estudios internacionales³ normalmente identifican a quienes tienen más ingresos, mejores servicios y mayor participación en las decisiones del gobierno con la población «blanca» o criolla, que constituye menos del 10% de la población nacional. Debajo de este grupo se ubica un estrato o clase media, integrada mayormente por personas mestizas, con altos ingresos debido a su condición profesional y a su acceso a una educación superior. Ambos grupos constituyen un 30% de la población nacional. Por su parte, el 70% restante de la población peruana se distribuye en un estrato o clase pobre o semipobre, cuyos ingresos no alcanzan para cubrir una alimentación adecuada sostenible ni para acceder a los mejores servicios públicos en salud, educación o justicia. Precisamente, este último estrato se encuentra integrado por un gran grupo de mestizos y de población originaria de los Andes y la Amazonía.

Al interior de cada uno de los estratos o clases sociales, identificados como «rico», «medio» y «pobre», es posible ubicar, a su vez, otra multitud de grupos humanos o sociales. Así, aparecen grupos humanos identificados con un club de diversión en los niveles de la clase social «rica», o grupos de migrantes (de las zonas rurales a la ciudad) que conforman rondas urbanas para suplir la falta de seguridad ciudadana en los niveles de clase social «pobre».

De ahí que pueda afirmarse que el Perú, con 31 millones de habitantes, es objetivamente un país plural. Esta pluralidad está definida por la existencia de muchos grupos culturales cuyo origen se remonta a miles de años atrás, así como por la presencia de numerosos grupos humanos estratificados según su condición socioeconómica, cuyo origen es más reciente.

4. LOS LÍMITES DE LA POLÍTICA CRIMINAL CLÁSICA EN EL PERÚ PLURAL

La pluralidad cultural, social y económica descrita en el apartado anterior dista mucho del concepto de sociedad en el que se basa el concepto de política criminal esbozado previamente. En las páginas siguientes trataremos de relacionar ambos conceptos, con la finalidad de destacar los límites de una política criminal para países pluriculturales como el Perú.

En ese sentido, la aplicación del concepto tradicional de política criminal en el contexto peruano plantea las siguientes interrogantes:

3 Ver por ejemplo las entradas sobre el Perú en la *Encyclopedia Americana* (1999) o la *Encyclopaedia Britannica* (1986).

- Considerando solamente la pluralidad cultural del Perú, ¿existe una sociedad peruana o más bien decenas de sociedades?
- ¿Cómo identificar un concepto de sociedad en la masa mestiza, estratificada socio-económicamente, que vive el proceso de transformación de las diferencias culturales y socioeconómicas?
- ¿En qué consiste la criminalidad —entendida como acción u omisión delictuosa— en grupos culturales diferentes?
- ¿En qué consiste la criminalidad en un país extremadamente estratificado social y económicamente?

Estas cuatro preguntas generales nos adelantan lo difícil que es establecer una política criminal en países como el Perú. Por un lado, es muy difícil sustentar el ideal de la cohesión o desarrollo armónico de la «sociedad peruana»; y por otro lado es más difícil aún sustentar la concepción de crimen o delito en una diversidad de culturas con estratificación socioeconómica.

Bajo la premisa anterior, destacamos dos limitaciones del concepto de política criminal. La primera consiste en afirmar que no es posible hablar de una única sociedad peruana, sino de varias o decenas de sociedades peruanas. Cada grupo cultural, como los aimaras o los aguarunas, conforma una sociedad en los términos de cohesión y desarrollo armónico promovido desde el concepto de política criminal previamente esbozado. Esto significa, al mismo tiempo, que tras el concepto de sociedad aimara o sociedad aguaruna también encontraremos propios conceptos de crímenes o delitos. De ahí que existan tantos tipos de crímenes sobre una misma materia que fomentan una reacción desde la población, como grupos culturales podemos identificar. De ahí también la necesidad de identificar la pluralidad cultural del país, para saber cuántas políticas criminales se pueden diseñar y aplicar.

Un ejemplo puede confirmar esta afirmación. En los aimaras y en los aguarunas existen propios conceptos de matrimonio. Los primeros permiten la convivencia de la pareja en el inicio del matrimonio, antes de que se produzca su celebración formal ante una autoridad municipal o religiosa, e incluso, pueden tener uno o tres hijos antes de que dicha celebración se produzca. En ese contexto, la unión es concebida como un paso para iniciar una familia, antes que para fortalecer la relación de pareja. En este matrimonio es normal que la mujer sea una menor de 18 años, edad en la que se alcanza la mayoría de edad según el Código Civil del Estado peruano, mientras que el varón puede ser mayor de edad. En tales circunstancias, la edad de catorce o quince años en la mujer aimara puede marcar el inicio de la convivencia, solicitada normalmente por el varón a través del diálogo entre las familias y con el consentimiento de los padres de la mujer quienes, a su vez, tienen en cuenta el consentimiento de su hija. Aceptado el inicio de la

unión, la mujer se traslada a la casa de la familia del varón, donde se iniciará la convivencia (Peña Jumpa, 2006, pp. 223-226). Estos hechos narran el inicio de la institución del matrimonio del grupo cultural aimara, aunque desde otros grupos culturales esta práctica también puede ser entendida de forma diferente, tal como ocurre desde la sociedad urbana limeña en la que dicha situación podría configurar infracciones penales tipificadas como raptó o secuestro⁴ y violación⁵.

Por su parte, los aguarunas conciben el matrimonio de forma semejante a los aimaras. La unión matrimonial es para iniciar una nueva familia, más que para la

4 El delito de secuestro aplicable para el caso, desde una perspectiva de la sociedad urbana limeña y de su política criminal regulada en el actual Código Penal del Perú, puede conducir a la sanción de pena privativa de la libertad no menor de treinta años o de cadena perpetua en el extremo. Así se regula en el artículo 152º, inciso 1º, segunda parte, del Código Penal:

Artículo 152. Secuestro

Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad.

1. La pena será no menor de treinta años cuando:

2. Se abusa, corrompe, trata con crueldad o pone en peligro la vida o salud del agraviado.

3. Se pretexto enfermedad mental inexistente en el agraviado.

4. El agraviado o el agente es funcionario o servidor público.

5. El agraviado es representante diplomático de otro país.

6. El agraviado es secuestrado por sus actividades en el sector privado.

7. El agraviado es pariente, dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad con las personas referidas en los incisos 3, 4 y 5 precedentes.

8. Tiene por finalidad obligar a un funcionario o servidor público a poner en libertad a un detenido o a conceder exigencias ilegales.

9. Se comete para obligar al agraviado a incorporarse a una organización criminal.

10. Se comete para obtener tejidos somáticos del agraviado.

11. Se causa lesiones leves al agraviado.

12. Es cometido por dos o más personas o se utiliza para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable.

13. El agraviado adolece de enfermedad grave.

14. La víctima se encuentra en estado de gestación.

La misma pena se aplicará al que con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de secuestro, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio, o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito.

La pena será de cadena perpetua cuando:

1. El agraviado es menor de edad o mayor de setenta años.

2. El agraviado sufre discapacidad y el agente se aprovecha de ésta circunstancia.

3. Si se causa lesiones graves o muerte al agraviado durante el secuestro o como consecuencia de dicho acto.» (negritas adicionadas).

5 El delito de violación resulta gravemente sancionable desde la misma perspectiva de la sociedad urbana limeña y la política criminal regulada en el Código Penal del Estado peruano. La pena

unión de la pareja. Lo particular del matrimonio aguaruna es que la mujer puede constituirse en esposa desde los doce años, y la decisión es tomada por los padres de ella a favor de miembros cercanos de su comunidad. Cabe mencionar que en esta sociedad no existe la obligación de consultar a la mujer y el esposo puede ser también un menor de edad. Además, la convivencia se produce en la casa de la familia de los padres de ella, donde el varón se integra bajo la vigilancia y control de esta familia⁶. Nuevamente, la situación descrita, contemplada desde otros grupos culturales como el de la sociedad urbana limeña, criminalizaría dichos actos: si bien de un lado liberaría a los aguarunas del delito de raptó o secuestro porque la niña o adolescente esposa queda en su vivienda familiar (a diferencia de los aimaras), de otro lado agravaría la configuración del delito de violación por tratarse de una niña o adolescente esposa menor de doce años de edad⁷.

Los casos citados nos muestran las diferencias de una misma institución bajo culturas diferentes y su relación con el concepto de criminalidad. Para los aimaras y aguarunas la unión de la pareja, en la que la mujer puede ser menor de edad, configura su concepto de matrimonio; mientras para otros grupos culturales como el urbano limeño, bajo la política criminal que guía el Código Penal del Estado se trata de delitos serios como el secuestro o raptó y la violación con

puede consistir en pena privativa de dieciocho años para la pareja y los padres de la niña dada en matrimonio. Así se regula en el artículo 170° del Código Penal:

Artículo 170. Violación sexual

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.
 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.
 3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
 4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
 5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.
 6. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad.
- 6 Entrevista a Felipe Shimbucat Taish realizada en Lima, el 10 de julio de 2017. Ver Peña Jumpa, 2009.
- 7 Siguiendo el sentido del grupo cultural limeño y de la política criminal regulada en el Código Penal del Estado peruano, el delito de violación sexual de la menor de edad que se identificaría en el caso sería sancionado severamente. Tratándose de una menor de 14 años, la pena actual (2017)

participación de los miembros familiares de la pareja. Esta diferente concepción de instituciones jurídicas nos conduce objetivamente a confirmar la relación que existe entre sociedad y criminalidad bajo el componente cultural, pero sobre todo nos permite confirmar la limitación de concebir la existencia de una sociedad a nivel nacional aparentemente cohesionada y bajo un desarrollo armónico. En la realidad, tras los casos presentados apreciamos la existencia de tres sociedades, con su propio concepto de cohesión y desarrollo armónico, donde se incluye la propia concepción de matrimonio o delito, respectivamente.

La segunda limitación consiste en afirmar que la diversidad producto de la estratificación socioeconómica en contextos como el Perú también incide en los conceptos de sociedad y criminalidad. Frente a un 70% de la población nacional identificada como pobres o semipobres y un 30% de la misma población nacional identificada como estratos medios y «rico», es imposible sustentar una relación social cohesionada con un desarrollo armónico. Por ejemplo, si atendemos a los ingresos económicos de los dos estratos identificados, resulta imposible sustentar intereses comunes cuando el segundo estrato (de los «ricos» y la clase media) es propietario de al menos el 70% de los ingresos económicos nacionales; mientras que el segundo estrato (de los pobres o semipobres, que es mayoritario) tiene acceso a menos del 30% de dichos ingresos. Esta desigualdad de intereses se agudiza cuando separamos al estrato más rico respecto de los otros estratos: menos del 10% de la población «rica» es propietaria de más del 50% de los bienes e ingresos económicos del país⁸. En este contexto, el concepto de crimen y delito aparecerá,

es de hasta 35 años de pena privativa de libertad, y en caso la pareja sea un familiar de la menor, la pena es de cadena perpetua. Así se regula en el artículo 173° del Código Penal:

Artículo 173. Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.
3. En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.

8 Ver por ejemplo la *Encyclopedia Americana* (1999). El dato es confirmado por Oxfam cuando establece que la minoría de ricos en el mundo son dueños del 50% de la riqueza y en el caso de Latinoamérica y el Caribe aboga por una justicia fiscal. Ver los informes de los años 2014 y 2015 de Oxfam: https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/justicia_fiscal_para_reducir_la_desigualdad_en_latinoamerica_y_el_caribe_.pdf (visitado el 22 de octubre de 2017).

pero será para confirmar la desigualdad, si se sigue el modelo de sociedad general de nivel nacional.

Al respecto, pongamos como ejemplo el caso de la informalidad urbana en la comercialización de productos de arte u ocio. En el Perú, por lo menos el 80% del comercio de DVD sobre música y películas es informal⁹. Existen lugares conocidos popularmente en Lima y el Perú, como El Hueco en el Centro de Lima, donde la actividad comercial se practica cotidianamente, y donde regularmente se realizan intervenciones de fiscalización, «batidas», para incautar la mercancía adulterada. ¿Quiénes específicamente consumen este producto? ¿Por qué lo consumen? ¿Puede ese 80% de la población acceder a los productos originales? Estas son preguntas que no guían la política criminal del Estado. Frente al caso citado, la política criminal vigente identifica la comisión de delitos contra el derecho a la propiedad intelectual, sancionados hasta con ocho años de pena privativa de la libertad¹⁰. Sin embargo, el supuesto hecho delictivo continúa, bajo la vista de todos, sin que la norma y su política criminal se hagan efectivas. ¿Por qué? Porque sería simplemente imposible detener la demanda y los intereses de ese 80% de la población.

El caso citado de informalidad muestra la incongruencia existente entre la política criminal y la actitud masiva «criminal» de la población, ya que aquella no coincide con lo que el colectivo de la población considera como reacción criminal.

9 Si bien carecemos de datos oficiales, esta afirmación es conocida a partir de estudios académicos como los realizados por estudiantes en los cursos de Sociología del Derecho de la PUCP (1993-2017).

10 Esta política criminal se encuentra regulada en los artículos 217° y 218° del Código Penal del Estado peruano. En estos artículos se regula el delito de «reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor» en su forma simple y agravada, bajo los siguientes términos:

Artículo 217. Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con treinta a noventa días-multa, el que con respecto a una obra, una interpretación o ejecución artística, un fonograma o una emisión o transmisión de radiodifusión, o una grabación audiovisual o una imagen fotográfica expresada en cualquier forma, realiza alguno de los siguientes actos sin la autorización previa y escrita del autor o titular de los derechos:

1. La modifique total o parcialmente.
2. La distribuya mediante venta, alquiler o préstamo público.
3. La comunique o difunda públicamente, transmita o retransmita por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular del respectivo derecho.
4. La reproduzca, distribuya o comunique en mayor número que el autorizado por escrito.

La pena será no menor de cuatro años ni mayor de ocho y con sesenta a ciento veinte días multa, cuando el agente la reproduzca total o parcialmente, por cualquier medio o procedimiento y si la distribución se realiza mediante venta, alquiler o préstamo al público u otra forma de transferencia de la posesión del soporte que contiene la obra o producción que supere las dos (2) Unidades

Esto es, no sigue lo que la mayoría de la población pobre o semipobre y parte de la clase media considera como una actitud regular al consumir copias de música y películas, ya que el acceso a la música y películas es, para esta población, más importante que el respeto de los derechos intelectuales y económicos de los autores. Si bien la razón principal de esta preferencia es el precio económico del producto, que afecta la calidad, ellos entienden de forma diferente los derechos intelectuales y económicos de los autores. No rechazan ni dejan de reconocer a los autores de la música o película en cuestión; por el contrario, sienten que al acceder a ellos de manera informal los hacen más populares en nuestro medio.

Así, la estratificación socioeconómica del país guía esta falta de cohesión y desarrollo armónico de la sociedad peruana en general y, con ello, la diferente concepción de crimen o delito. Solo un grupo pequeño de la población, menos del 20% identificado con las personas de mayores ingresos económicos, accede o puede acceder a los DVD legales de música y películas, respetando los derechos intelectuales y económicos de los autores, conforme a la política criminal plasmada en el Código Penal. Esto significa que solo un porcentaje menor al 20% de la población nacional se identificaría con esa sociedad general y su política criminal, mientras más del 80% de la población nacional estaría en la situación de supuestos «criminales» o, más bien, se identificaría con otras sociedades y otras políticas criminales.

Impositivas Tributarias, en forma fraccionada, en un solo acto o en diferentes actos de inferior importe cada uno.

Artículo 218.- Formas agravadas

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a ciento ochenta días multa cuando:

1. Se dé a conocer al público una obra inédita o no divulgada, que haya recibido en confianza del titular del derecho de autor o de alguien en su nombre, sin el consentimiento del titular.
2. La reproducción, distribución o comunicación pública se realiza con fines comerciales u otro tipo de ventaja económica, o alterando o suprimiendo el nombre o seudónimo del autor, productor o titular de los derechos.
3. Conociendo el origen ilícito de la copia o reproducción, la distribuya al público, por cualquier medio, la almacene, oculte, introduzca en el país o la saque de éste.
4. Se fabrique, ensamble, importe, exporte, modifique, venda, alquile, ofrezca para la venta o alquiler, o ponga de cualquier otra manera en circulación dispositivos, sistemas tangibles o intangibles, esquemas o equipos capaces de soslayar otro dispositivo destinado a impedir o restringir la realización de copias de obras, o a menoscabar la calidad de las copias realizadas, o capaces de permitir o fomentar la recepción de un programa codificado, radiodifundido o comunicado en otra forma al público, por aquellos que no están autorizados para ello.
5. Se inscriba en el Registro del Derecho de Autor la obra, interpretación, producción o emisión ajenas, o cualquier otro tipo de bienes intelectuales, como si fueran propios, o como de persona distinta del verdadero titular de los derechos.

5. LA PARCIAL SOLUCIÓN DESDE EL SISTEMA PENAL PERUANO

Ante el problema y los casos planteados, el sistema penal peruano ha brindado algunas soluciones. Para hacer frente a las limitaciones que nos ofrece la diversidad cultural y la estratificación socioeconómica, se han incluido normas excepcionales que buscan paliar penalmente las omisiones de la política criminal general o nacional aplicada en nuestro país. Sin embargo, estas inclusiones han sido parciales y hasta inconvenientes en determinadas situaciones. A continuación, describiremos brevemente cada una de estas propuestas de solución.

Frente a la compleja pluriculturalidad del país, se implementó el actual artículo 15° del Código Penal, conceptualizado como «Error de comprensión culturalmente condicionado». El contenido textual del artículo es el siguiente:

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.

Si bien la norma se presta a un análisis dogmático desde el derecho penal¹¹, para los propósitos de nuestro análisis importa apreciarlo en el contexto de la política criminal general de nuestro país. Al respecto, caben algunos comentarios que en gran medida retoman las ideas presentadas en trabajos previos (Peña Jumpa, 2004, pp. 77-78).

1. La excepcionalidad de dicha norma (artículo 15° del Código Penal) frente a un problema histórico nacional y concreto, es de carácter abstracto. Si la pluralidad cultural del país fuera excepcional, cabría la aceptación de la norma como regulación excepcional. Al tratarse de un problema histórico nacional y concreto, que desborda la política criminal, dicha regulación es limitada.
2. La norma citada tiene un contenido etnocéntrico. Como hemos señalado en nuestro trabajo previo, el artículo 15° del Código Penal regula como «error de comprensión del hecho punible» aquello que puede identificar como elemento cultural a un grupo étnico o social determinado (Peña Jumpa, 2004, p. 78). Es decir, se estaría agravando doblemente a la persona de cultura diferente: no solo no se acepta su actitud cultural dentro del sentido o contenido de una política criminal, sino que además se le

11 Ver, por ejemplo, los trabajos de Zaffaroni (1988), Francia (1993), Hurtado Pozo (2003), Villavicencio (2011) y Meini (2007).

estigmatiza como un «error» explicitado en el contenido de excepción de la norma frente a una supuesta cultura «superior» o dominante.

3. El caso suma un problema de búsqueda de pruebas. Como también hemos señalado en nuestra investigación previa, la «incomprensión del hecho punible» debe ser probada con mucha rigurosidad por el inculpado o acusado de cultura diferente, mientras sus juzgadores, por tratarse de materia penal, lo exigirán por ser un tema de interés público y pertenecer a la autoridad central, lo que confirma el dominio de una cultura sobre otra. Al final, la autoridad central siempre tendrá formas de controlar o someter a los miembros de grupos étnicos diferentes (Peña Jumpa, 2004, p. 78).

De otro lado, frente a la estratificación socioeconómica del país, el sistema penal prevé normas que atenúan la pena, mas no eximen de responsabilidad. Casos como el planteado, sobre informalidad urbana en la comercialización de productos de arte u ocio, tendrían como ventaja la aplicación del artículo 45° del Código Penal que regula los presupuestos para fundamentar y determinar la pena. Así:

Artículo 45. El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad.
2. Su cultura y sus costumbres.
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.

El artículo citado también tiene limitaciones para afrontar los problemas de política criminal derivados de la estratificación socioeconómica del Perú.

1. La norma citada (artículo 45° del Código Penal), no trata o cuestiona el tipo penal o la evaluación del ilícito penal, sino la racionalidad al momento de aplicar la pena que corresponde al tipo delictivo. Esto significa que no se pone en duda el hecho punible y sus efectos, como sí ocurre con el problema pluricultural antes referido.
2. Coincide con el problema pluricultural cuando el contenido de la norma aparece como excepcional frente a un hecho que es practicado por una población mayoritaria en el país. En el caso citado, el problema de la informalidad urbana involucra al 80% de nuestra población. Bajo estos porcentajes, la norma en su contenido aparece desbordada.

3. Igualmente, sobre el problema pluricultural el artículo 45° del Código Penal suma un problema de búsqueda de pruebas. La persona vulnerable o limitada social y culturalmente debe demostrar su condición, y forma parte de las facultades de la autoridad central aceptar dichas pruebas e incluirlas en la aplicación proporcional de la norma.

Al final, ambas normas, el artículo 15° y el artículo 45° del Código Penal, no resuelven las limitaciones u omisiones que brotan de la aplicación de una política criminal general y nacional en el Perú. Ambas eximen o disminuyen la responsabilidad penal, o disminuyen la determinación de la pena, respectivamente, pero no reconocen las diferencias culturales en la tipificación del hecho punible o las causas de estratificación socioeconómicas para la comisión de un delito. El hecho es criminalizado o no deja de existir delictualmente, a pesar de esa eximición o disminución de pena.

6. BOSQUEJANDO UNA POLÍTICA CRIMINAL INTERCULTURAL

Tras las preguntas, ejemplos y límites que hemos explicado, aparecen nuevas preguntas y dudas sobre el tratamiento y análisis de la diversidad y las políticas criminales en países como el Perú. Contextos diversos como el peruano configuran un país de multitud de sociedades con posibilidades de multitud de políticas criminales. ¿Es ello posible en la realidad? ¿Es posible fraccionar o multiplicar las políticas criminales y con ello fraccionar o multiplicar códigos penales o sistemas penales?

Una respuesta coherente que sigue la situación de facto de la multitud de sociedades en nuestro país nos conduce a responder dichas preguntas afirmativamente. El Perú nunca fue homogéneo culturalmente, y hoy es menos homogéneo social y económicamente, por lo que corresponde el reconocimiento de una pluralidad de sociedades y, por tanto, de políticas criminales.

Sin embargo, también es necesario sopesar los efectos de un posible fraccionamiento inmediato de ese nivel, que puede conducir a una situación más perjudicial que beneficiosa. En este sentido, la respuesta positiva a las preguntas formuladas nos abre la puerta a otras preguntas que son también de urgente respuesta: ¿cómo llevar adelante ese reconocimiento de la diversidad de sociedades y de políticas criminales en países como el Perú?, ¿es conveniente un fraccionamiento inmediato y, por tanto, que cada grupo humano o social establezca su propia política criminal y códigos penales pasándose solo a una etapa de coexistencia bajo separación de sistemas penales?

Respecto a este segundo grupo de preguntas nuestra respuesta es negativa. Nuestro país, a pesar de su diversidad cultural y estratificación socioeconómica, ha construido hilos de cohesión y desarrollo armónicos que limitan la aceptación de tal fraccionamiento. Se tiene conciencia de un territorio nacional, de una nacionalidad peruana (aunque muy general) y de actividades nacionales como el vóley, el fútbol o la gastronomía, que nos conducen a cierta unidad respaldada por la mayoría de las distintas sociedades que componen la población nacional.

Estos hilos de cohesión nos pueden conducir por una propuesta gradual de cambio o mejora en el diseño y aplicación de una o más de una política criminal en países plurales como el Perú. Existen mayores condiciones de unificación que de separación de la pluralidad de sociedades o grupos sociales. Al margen de una decisión final, que brotará con el quehacer de los miembros de esa pluralidad o diversidad y, particularmente, de la nueva generación de ciudadanos que ha sumado la tecnología como un instrumento adicional de multiplicación virtual de grupos humanos o sociales, proponemos iniciar esos cambios con pequeños puntos de partida, siendo el primero aquel que se basa en la reflexión y reconocimiento de la diversidad cultural. Cabe mencionar que dicha opción no deja de lado el tratamiento y estudio de políticas criminales alternativas frente a la multitud de grupos humanos o sociales conformados por la estratificación socioeconómica, sino que nuestra propuesta inicial busca concentrarse en los grupos culturales.

La identificación del mestizaje y de los grupos sociales que se conforman a partir de la estratificación socioeconómica es muy variable y compleja, por lo que resulta importante continuar comprendiendo dichos grupos, recogiendo información a partir de los casos específicos que se denuncian, investigan o juzgan. En cambio, la diversidad de grupos culturales es más conocida y evidente en sus necesidades, tal como hemos apreciado en los ejemplos del matrimonio aimara y aguaruna antes presentados, y, además, brinda las posibilidades de encontrar el propio origen del proceso de mestizaje y de la estratificación socioeconómica, lo que orienta nuestra decisión de propuesta inicial.

Teniendo en cuenta esta opción, cabe precisarla sometiéndola comparativamente a la discusión de propuestas presentadas anteriormente. Así, frente a la diversidad de grupos culturales o sociedades cohesionadas por interés cultural o identidad étnica, es posible, a su vez, construir dos tipos de políticas criminales. La primera sería una que recoja de forma independiente el interés de cada grupo cultural y, por tanto, configure tantas políticas criminales como grupos culturales se identifiquen. La segunda, una que busque integrar el conjunto de intereses de los grupos culturales a través de una política criminal multisocietal o intersocietal, basada en el componente cultural y que podríamos denominar «política criminal intercultural».

Por otro lado, siguiendo los hilos de cohesión existentes en el territorio del Perú, creemos que a pesar de nuestra diversidad de grupos culturales es posible también optar por una política criminal intercultural. Sin embargo, es importante resaltar que esta opción es compleja y desafiante. Al ser un medio de integración y no de división, solo funcionará en tanto exista la voluntad y condiciones para ella por parte del conjunto de grupos culturales diferentes.

En ese sentido, la política criminal intercultural tendría las siguientes características esenciales:

- Tiene como base la pluralidad de grupos culturales del país. Solo es posible su diseño y aplicación tras la aceptación y ratificación permanente de los diferentes grupos culturales o sociedades cohesionadas étnicamente.
- El diseño y aplicación de una política criminal intercultural no anula la originaria política criminal que caracteriza por naturaleza a cada grupo cultural. Por el contrario, se construye sobre la base de la política criminal de cada grupo cultural.
- La política criminal intercultural hace posible la integración de los diferentes grupos culturales. Es una instancia de diálogo y coordinación que permite tomar decisiones y adoptar acuerdos.

Nótese que la propuesta es solo inicial y, por tanto, parcial. Las características esenciales identificadas solo buscarían bosquejar cómo sería una política criminal intercultural. De ahí que quede pendiente la reflexión sobre su implementación: específicamente, sobre cómo se configuraría el derecho penal o, más precisamente, el sistema penal y, con este, nuestro propio sistema jurídico. Consideramos que será necesario pensar el derecho en su conjunto de manera diferente. Retomando el mismo sentido de integración intercultural, podríamos afirmar que es la oportunidad para pensar en un derecho intercultural basado en la pluralidad de derechos existentes de acuerdo a cada pueblo o grupo cultural.

Nótese también que tal como está bosquejada esta política criminal intercultural, no es muy distante integrarla a lo que conocemos como una justicia intercultural (Peña Jumpa, 2014). Esta, en nuestro concepto, está basada en las mismas características esenciales: surge a partir de los sistemas de resolución de conflictos de los grupos culturales, se diseña e implementa sin desconocer cada sistema de resolución de conflictos de los grupos culturales, y existe y se consolida solo cuando los diferentes grupos culturales dialogan y coordinan sus acuerdos. Este concepto de justicia intercultural es el que da sustento y hace viable el propio concepto de política criminal intercultural.

6. CONCLUSIONES

Podemos concluir que la hipótesis formulada al inicio del presente trabajo se cumple en el caso del Perú. Esto es, la política criminal que guía el derecho penal de países como el nuestro se basa en un modelo de sociedad homogénea y la aplicación práctica de este modelo se ve limitada en contextos donde hay diversidad cultural, social y económica.

Al respecto, las limitaciones que hemos analizado y destacado en relación al concepto clásico de política criminal desde la realidad peruana responden a las siguientes afirmaciones:

1. No es posible sustentar la existencia de una «sociedad» peruana, sino de varias, incluso decenas de sociedades peruanas y con ellas la existencia de varias o decenas de políticas criminales de acuerdo a la diversidad de grupos culturales que históricamente han poblado el territorio del Perú. Desde hace más de 9000 años los grupos culturales han venido construyendo su concepto de sociedad plural o una multitud de sociedades, lo que se diversificó aún más con el arribo de los europeos, africanos y asiáticos a nuestro territorio. Los ejemplos que hemos presentado sobre los matrimonios aimara y aguaruna nos conducen a demostrar la persistencia de esta diversidad.
2. La diversidad de grupos humanos producto de la estratificación socioeconómica en contextos como el peruano también limita los conceptos de sociedad y política criminal. Frente a un 70% de la población nacional identificada como pobre o semipobre y un 30% de la misma población identificada como clase media y «rica» es imposible sustentar una relación social cohesionada y armónica, y menos aún afirmar el respeto de una sola política criminal. El ejemplo anteriormente presentado de la informalidad en el comercio de los DVD de música y películas lo demuestra.
3. El artículo 15° y el artículo 45° del Código Penal no constituyen una solución a los problemas previos analizados, sino solo proveen de una solución parcial. Desde dichas normas no se alcanza a comprender la multitud de grupos étnicos y sociales involucrados en la calificación de los hechos punibles que regulan, haciendo más compleja la aplicación de una política criminal general o de nivel nacional.

Frente a estas limitaciones hemos bosquejado como alternativa inicial el concepto de política criminal intercultural. Considerando que se trata de un concepto por implementar, hemos destacado su conexión inevitable con el debate de códigos y sistemas penales interculturales, que obligan a abordar los conceptos de derecho y justicia intercultural.