

### ACUERDO PLENARIO: DELITOS SEXUALES, MENORES DE 14 AÑOS Y MULTICULTURALIDAD

**José Hurtado Pozo**

De acuerdo con el art. 116 LOPJ, los plenos jurisdiccionales de las Salas Especializadas tienen la finalidad de “concordar jurisprudencia de su especialidad”. Es decir, que esto supone que “sus sentencias sobre una misma cuestión son divergentes”.

Como en el numeral 19 del Acuerdo comentado se admite se aplique a los Acuerdos Plenarios el art. 22, pf. 2, LOPJ, resulta también de aplicación lo dispuesto en el pf. 1 de esta misma disposición. Por lo que un Acuerdo Plenario debe consistir en fijar “principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales”. Principios que deber ser debidamente fundamentados.

En el Acuerdo analizado, no se exponen, ni a título de ejemplo, las sentencias que divergen en materia de aplicación del art. 15 CP en relación con los delitos de abuso y violencia sexuales en agravio de menores de 14 años cometidos por miembros de comunidades nativas o campesinas. Se señala por el contrario la manera deficiente con la que es comprendida y aplicada. Tampoco se establecen explícitamente los principios jurisprudenciales que uniformizarán la jurisprudencia y que deben ser necesariamente “invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales” (art. 22, pf. 1 LOPJ).

En la primera parte, “Antecedentes”, se describe el proceso de gestación y de desarrollo del Acuerdo (numerales del 1 al 4). La segunda parte, “Fundamentos Jurídicos”, esta dividida en tres secciones. En los numerales 5 al 9, se expone el contexto correspondiente a los delitos sexuales en agravio de menores de 14 años, caracterizado por la frecuencia con que son cometidos, por la influencia negativa que tiene la existencia de pautas culturales tradicionales que favorecen las prácticas sexuales prematuras con menores y la discriminación de las mujeres. Se destaca que la presencia y desarrollo de este problema social serían debidas igualmente a “la aplicación indebida o distorsionada que viene haciendo la justicia penal nacional de las consecuencias jurídicas que regula el artículo 15 del Código Penal”.

Los numerales 10 a 15 contienen una serie de comentarios respecto a los cambios de percibir los derechos de las menores relativos a su libertad e integridad sexual, tanto en el seno de las mismas comunidades como entre los especialistas en interculturalidad y los juristas a nivel nacional e internacional. Por lo que se les agrupa bajo el rubro: “Oportunidades interculturales y jurídicas para superar la problemática detectada”.

El numeral 16, constituido por varios párrafos, es el más extenso y está dedicado a fijar lo que los magistrados llaman “Lineamientos para la adecuada aplicación judicial del artículo 15° en procesos penales interculturales por agresión sexual contra niñas y adolescentes”. Luego de exponer cómo ha sido comprendida la regla del art. 15 en la doctrina, destacan que

su incorrecta aplicación comporta un “equivocado mensaje psicosocial de tolerancia o validación judicial de un acto delictivo”, es decir, se transmite o promueve “una sensación colectiva de impunidad”. Lo que se justifica invocando sólo el “origen cultural del infractor”. El resultado de esta “argumentación” insuficiente o “aparente” es la falta de protección efectiva de los derechos fundamentales de las víctimas. Esta práctica judicial comporta la contradicción paradójica de afirmar que se garantizan los derechos fundamentales de las personas y de admitir como eximentes pautas culturales o costumbres contrarias a estos mismos derechos.

A fin de evitar esta práctica incorrecta, consideran que “deben fijarse lineamientos ideológicos y prácticos” para que los procesos por tales delitos se desarrollen de manera “atinada”. Lineamientos que deben seguir absolutamente los jueces para la aplicación “delicada y escrupulosa” del art. 15 CP. Para alcanzar dichas finalidades, deben respetarse los siguientes criterios:

1. En cuanto, a los jueces: aplicar de manera restrictiva el art. 15 CP para evitar su aplicación indebida a los autores de los delitos de abuso y violencia sexuales en agravio de menores de 14 años. Así, es inaplicable cuando el agente haya recurrido a cualquier “forma violenta de abuso o prevalimiento”. Es inadmisibles toda compensación o conciliación por parte de los familiares de la víctima. El juez para decidir la relevancia intercultural o significado de género del caso concreto deberá valorar el contexto en el que se ha producido el hecho (“fenomenología casuística”, sic). Por ejemplo: “las notorias diferencias de edad entre el autor y la víctima, la oportunidad y las circunstancias del hecho, la condición de vulnerabilidad de la menor agraviada, el estado civil del agresor al momento del hecho, la existencia de formas de negociación o arreglo para la entrega con fines de prácticas sexuales de la menor al margen de su voluntad y consentimiento, la aceptación de formas posteriores de composición o indemnización, la constitución y duración forzada de un estado de convivencia posterior a los hechos, el grado de aculturación adquirido por el imputado”.

2. Respecto a los peritajes: controlar debidamente la elaboración de las pericias antropológicas, indispensables para la aplicación del art. 15 CP, y evaluarlas de manera seria y fundamentada. Pericias que deben estar a cargo de profesionales idóneos y experimentados, estar centradas en la existencia de la costumbre invocada y en su vigencia, constatar pautas culturales que reflejen cuestionamiento o rechazo de que se practiquen relaciones sexuales prematuras con menores, determinar si existen normas, procedimientos o formas de sanción relativos a este tipo de actos o que no garanticen “una tutela jurisdiccional efectiva o que discriminen su acceso a la justicia”. Debe advertir al perito que no debe opinar ni establecer conclusiones sobre “aspectos de carácter jurídico o de naturaleza procesal o punitiva” ni descalificar a la víctima”. Con estos objetivos, se recomienda que se tengan en cuenta las pautas establecidas en la guía metodológica y que son citadas expresamente.

3. El juez debe recopilar y valorar otras pruebas para valorar debidamente las conclusiones de los peritajes antropológicos. Se señala a título de ejemplo, peritajes o informes de terceros, testimonios de las autoridades comunales o ronderiles. Su utilización debe ser flexible y considerados en que sean útiles y necesarios para determinar los efectos de la aplicación del art. 15 CP. De manera general, se dice además, que “Sin embargo, y en todo caso, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de resolver sobre la aplicación de dicha norma penal si no cuenta con ningún medio de prueba de naturaleza intercultural idóneo para ello”.

4. Los jueces deben considerar e insertar en la fundamentación de sus decisiones la doctrina nacional e internacional relativa al “enfoque de género”, al interés superior del niño y a la “compensación de la vulnerabilidad de las mujeres, niñas y adolescentes en contextos

pluriculturales”. La finalidad es proscribir “toda forma de discriminación y violencia física o sexual contra la mujer y los menores de edad”.

Es en esta parte, en la que se establecen sobre todo pautas y criterios referentes a la aplicación del art. 15 CP. La enumeración no es exhaustiva y retoma en cierta forma las directivas que hemos deducido de los párrafos 12 a 15. En éstos se encuentran más bien los argumentos a su favor.

La enumeración ejemplificativa hecha en los puntos 1 a 3, precedentes, no permite un análisis profundizado en la medida en que pueden ser consideradas otros muchos criterios no mencionados expresamente. La prescripción establecida en el punto 4 resulta contraproducente, ya que puede inducir a que las sentencias se transformen en extensas exposiciones de doctrinas que con frecuencia son contradictorias. Baste el ejemplo de las referentes al “enfoque de género”, sobre las cuales ni las feministas están de acuerdo en cuanto a su índole y extensión.

Una vez establecidos estos “fundamentos jurídicos” (mezcla heteróclita de citas legales, análisis de hechos, explicaciones teóricas jurídicas y antropológicas, críticas a la práctica judicial), los magistrados “acordaron”, conforme el numeral 18, “ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12° al 16°”, en lugar de establecer los “principios” que permitirían sobrepasar las “divergencias jurisprudenciales” (al origen del Acuerdo) y mejor aplicar el art. 15 CP.

Las explicaciones y afirmaciones contenidas en el Acuerdo analizado favorecerán, sin duda, la mejor comprensión del art. 15 CP y su más efectiva aplicación. Efecto positivo que aumentará en la medida en que refuercen esta disposición como instrumento de la aplicación correcta del art. 149 de la Constitución. Esta disposición, aunque de aplicación directa y amplia, está íntimamente relacionada con el papel de las autoridades de las comunidades nativas y campesinas, con la colaboración de los ronderos, en el ejercicio de su jurisdicción comunal. Así, como con el reconocimiento del derecho consuetudinario de dichas comunidades. Aspectos que trata de esclarecer, directa e indirectamente, en el Acuerdo comentado, destacándose de manera especial el respeto de los derechos fundamentales.

Estos comentarios no son sino una de las interpretaciones posibles del Acuerdo. Del mismo modo, los jueces, al aplicar el art. 15 CP en el caso de un proceso planteando cuestiones interculturales, podrán seguir los criterios establecidos o, apoyándose en argumentos válidos, alejarse de los mismos (art. 22, pf. 2, LOPJ). Para reforzar mejor la índole vinculante del Acuerdo, hubiera sido conveniente que, en lugar de declarar que es “doctrina legal” los fundamentos contenidos en los numerales 12 a 16, se estableciesen como parte resolutive, los principios (directivas o pautas) que los jueces deben seguir. Se ganaría en claridad y seguridad jurídica.

**Fribourg/Lima, agosto 2016**