

## COLISIÓN DE LA LEY PENAL Y LA COSTUMBRE EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL A MENORES DE EDAD COMETIDOS POR LOS INTEGRANTES DE LAS COMUNIDADES NATIVAS DE LA CUENCA DEL RÍO AMAZONAS

JORGE CUEVA ZAVALETA\*

### Resumen:

La presente investigación parte de la necesidad de dejar al descubierto el problema jurídico que se suscita al aplicar la Ley Penal de la cultura mayoritaria mestiza en las comunidades nativas del río Amazonas, colisionando con sus costumbres ancestrales que rigen su forma de vida, y de esta manera lograr que se legisle en forma descentralizada teniendo en cuenta sus propios organismos de resolución de conflictos.

**Palabras Clave:** Comunidad nativa - costumbre - multiculturalidad

### Abstract:

This present research is made from the necessity of leaving uncover the legal issue which is generated when criminal law of the majority mixed race culture is applied over the native communities from the Amazon River basin, colliding with their ancient customs which underlie their living style. Thus we propose decentralized legislation based on their own organisms to solve conflicts.

**Key words:** Native communities - customs - Multiculturality.

### Sumario:

1. Introducción. 2. Material y métodos. 3. Resultados. Discusión. 4. Conclusiones.

---

\* Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y Ex-docente de pre y postgrado de Derecho en la Universidad Nacional de Trujillo.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Antecedentes del problema:

La Constitución Política del Perú reconoce el derecho de las personas a su identidad cultural, así como a la existencia de las comunidades campesinas y nativas. Estos Derechos están establecidos en el artículo 2º, inciso 19 y en el artículo 89º de la carta fundamental. El Perú, como país multicultural, tiene una población conformada por diferentes culturas con sus propias costumbres, las mismas que se encuentran asentadas en sus diversas regiones naturales. Así tenemos, los Mestizos (mayoría) en la Región Costa; Indígenas (mayoría) en la Región Sierra; Mestizos (mayoría) y Nativos (minoría) en la Región Selva.

Según la Carta Magna, todos somos iguales ante la Ley, sin embargo, su aplicación no tiene en cuenta nuestra realidad nacional; por un lado están los Mestizos inmersos en los adelantos científicos de las grandes ciudades y, por otro lado, olvidados, abandonados y al borde de la extinción los miembros de las comunidades nativas de la cuenca del río Amazonas.

Una de las costumbres ancestrales de las comunidades nativas es el inicio temprano de la vida sexual de sus mujeres, a pesar de ello, los nativos (al igual que los mestizos) son procesados por la comisión del delito de violación sexual de menores de edad, por el sólo hecho de convivir con menores de su propia comunidad.

Los miembros de las comunidades nativas se rigen por sus propias costumbres y es en la propia comunidad donde resuelven los problemas sociales que se presentan; sin embargo, el Estado ha establecido que están exentos de responsabilidad sólo cuando haya error de comprensión culturalmente condicionado (conforme lo establece el Código Penal en su artículo 15º), pero no ha tenido en cuenta que los nativos no actúan por error sino por su modo de vida ancestral.

Actualmente, no se encuentran trabajos de investigación relacionados con la problemática suscitada con la aplicación de la Ley Penal en los delitos de violación sexual de menores de edad que se imputa a los miembros de las comunidades nativas del Río Amazonas, sin tener en cuenta sus costumbres ancestrales.

## **2. Justificación:**

La Investigación se justifica por que no se respeta las costumbres ancestrales de los nativos de la cuenca del río Amazonas, quienes son procesados tan igual como los otros miembros de la población peruana, con una legislación penal unitaria, centralista y urbanista e incluso sin respetar su idioma y hábitat natural. Con esta investigación se persigue dejar al descubierto el problema jurídico que se suscita al aplicar la Ley Penal en las comunidades nativas del río Amazonas, que colisiona con sus costumbres ancestrales y de esta manera lograr que se legisle en forma descentralizada, dejando a un lado el aforismo constitucional “todos somos iguales ante la Ley”, por lo menos en lo que respecta al ámbito penal.

## **3. Planteamiento del Problema:**

De la problemática antes expuesta, se planteo el siguiente problema de investigación:

*¿Colisiona la Ley Penal con la Costumbre cuando se aplica en los delitos de violación sexual de menores cometidos por los integrantes de las Comunidades Nativas de la cuenca del río Amazonas?*

## **4. Marco Teórico**

### **4.1. La Multiculturalidad en el Perú**

El Multiculturalismo, es la primera expresión del pluralismo cultural, que promueve la no discriminación por razones de raza o cultura, la celebración y reconocimiento de la diferencia cultural así como el derecho a ella. Empero, como lo sostiene Hurtado, el Estado Liberal frente al Multiculturalismo adoptó en un primer momento la estrategia de la tolerancia, entendida como “no criminalización” de las actuaciones de los miembros de minorías, en tanto no atentaran contra la cultura mayoritaria y cumplieran sus obligaciones legales<sup>1</sup>. El Perú es un país multicultural y plurilingüe en el que coexisten más de 65 grupos étnicos en costa, andes y amazonía. Los pueblos amazónicos, fueron impelidos a organizarse de forma nuclear, en comunidades denominadas “nativas”, para adecuarse a la legislación de entonces. Diversos estudios señalan a las Comunidades, Campesinas y Nativas, como el sector de mayor pobreza y exclusión en el país, lo cual ha

implicado su poca participación en la sociedad y la restricción en el ejercicio de sus derechos. Para los pueblos nativos (e indígenas), desde distintas cosmovisiones y perspectivas particulares, el territorio es vital, no sólo para su supervivencia, sino por los lazos ancestrales que le dan fuerza y cohesión social y cultural al grupo. El territorio nativo e indígena es comprendido como la totalidad del hábitat de un pueblo, es decir desde el punto de vista geográfico integra no sólo la superficie terrestre, las aguas y el subsuelo sino que desde el punto de vista cultural abarca el espacio en el cual la cultura de un pueblo se asienta y reproduce.

#### **4.2. La Interculturalidad**

Según Malgosisni y Giménez, la aparición del término interculturalidad o interculturalismo parece motivada por las carencias de los conceptos de multiculturalidad y multiculturalismo para reflejar la dinámica social y para formular el objetivo de nuevas síntesis socioculturales<sup>2</sup>. Uno de los debates que origina la Interculturalidad es el hecho de que la interacción no se da la mayoría de veces en un plano de igualdad sino la desigualdad, dominio y jerarquías etnoraciales, junto con los sistemas de estratificación de clases y género. También se debate como se puede construir una nueva síntesis cuando los grupos que deben participar en ello son por lo general grupos dominantes o dominados, mayorías o minorías. Para el sentido común las adscripciones del término etnicidad o raza dependen de las cualidades grupales inherentes; de este modo en diversos países latinoamericanos, “indígenas”, “afro americanos”, descendientes de esclavos entre otros, e inmigrantes, emergen como colectivos discretos cuyo perfil diferenciado se anclaría en una materia que torneada por la historia, la cultura, el color o la lengua generaría una sombra propia en el cuerpo transparente de naciones como Estado que, basadas en valores “universales” comunes, no proyectarían sombra particular alguna.

#### **4.3. Las Comunidades Nativas de la Cuenca del Río Amazonas**

De la investigación plasmada en el libro “Amazonía Peruana, Comunidades Indígenas, Conocimientos y Tierras Tituladas” – GEF/PNUB/ONUPS, en nuestra Amazonía habitan 42 grupos étnicos las que pertenecen a 13 familias lingüísticas y desde 1950 hasta el día de hoy se han extinguido 11 etnias y 18 más ven peligrar su existencia por la destrucción progresiva de su hábitat<sup>3</sup>.

Estas comunidades desarrollan su existencia en zonas ecológicas claramente identificables: bosques secos tropicales, bosques húmedos subtropicales y bosques húmedos tropicales dispersos en grandes cuencas hidrográficas. Algunas comunidades son identificadas con otros nombres como en el caso de los pueblos de Lamas, Tabalosos y Nuyupampa, cuyos habitantes fueron llamados Motilonos cuando fueron conquistados por los Incas en el año 1460<sup>4</sup>.

#### **4.4. El Derecho Penal y La Costumbre**

##### **4.4.1 La Costumbre:**

El concepto de costumbre es objeto de polémica entre los juristas. En su acepción más propia, la costumbre se distingue claramente de los usos sociales y de la jurisprudencia. Supone la costumbre una conducta general y repetida de un medio social o territorial que éste considera jurídicamente obligada, es decir que practica- al menos cuando se consolida la costumbre, aunque inicialmente no fuera así- en la idea de estar ajustándose a una norma jurídica. Se distingue claramente de los usos sociales en que su violación acarrea una responsabilidad de tipo jurídico y no de mera reprobación social. No hay que confundir tampoco la costumbre con la Jurisprudencia, es decir, con los criterios mantenidos, aunque sea de modo reiterado y constante, por los tribunales en la interpretación de las leyes. La jurisprudencia, aún siendo reiterada, sólo podría asimilarse a la costumbre cuando consagra usos y prácticas anteriores, más no cuando los jueces arbitran y repiten una solución racional, por que ni ellos representan necesariamente la convicción jurídica de la comunidad circunstante, ni son ellos mismos quienes practican la regla como vinculante en propias incumbencias, sino que lo entienden existente para otro.

El principio de legalidad excluye la posibilidad de crear delitos, aplicar penas o agravarlas en base a la costumbre (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). La costumbre es más que la reiteración permanente de determinadas conductas, creando en los ciudadanos una conciencia de obligatoriedad. Este derecho consuetudinario está formado por dos presupuestos esenciales: un elemento subjetivo (*el animus*), que es la voluntad de vigencia, por parte de la comunidad, hacia una conciencia o sentimiento obligacional; y un elemento objetivo (*el corpus*), que es la práctica suficientemente reiterada de un determinado acto. A la costumbre la podemos identificar de manera activa (*consuetudo*), cuando da nacimiento a nuevas normas jurídicas o normas

consuetudinarias; y de manera pasiva (*desuetudo*), cuando extingue o pone en obsolescencia algunas normas jurídicas preexistentes.

#### 4.4.2 Relación de la Costumbre con la Ley

En cuanto a la relación que puede tener la costumbre con la ley, se distinguen tres formas: a) Costumbre *praeter legem*, que es aquella que se perfila más allá de lo establecido por la ley. No tiene validez, ya que atenta contra toda expresión del principio de legalidad. b) Costumbre *contra legem*, que actúa en forma contraria a lo establecido por la ley. *Así, si existe un conflicto entre ley y costumbre, se elegirá a la costumbre.* También se vulnera el principio de legalidad. c) Costumbre *secundum legem* (costumbre integrativa) que está en concordancia con lo expresado por la ley. La ley se remite a la costumbre para solucionar los problemas de interpretación o vacíos que pueda encontrar el operador de Derecho. Con esta forma de costumbre se busca la concordancia con lo expresado por la ley, y con ello no se tendría ningún tipo de contrariedad con el principio de legalidad.

#### 4.4.3 La Costumbre en el Perú

En el Perú, el derecho consuetudinario ocupa un lugar al lado del derecho Penal Formal. Si bien, la Constitución Política prohíbe toda forma de justicia paralela (con excepción de la arbitral y militar), también admite la llamada jurisdicción especial ejercida por las autoridades de las comunidades campesina y nativas con el apoyo de las rondas campesinas dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario y siempre que no violen los derechos fundamentales de las personas. Según Villavicencio, se considera que esta concepción de una justicia unitaria es evidente para una idiosincrasia europea moderna, mas no para Estados con fuertes derechos consuetudinarios locales y étnicos y sistemas informales de justicia<sup>5</sup>.

#### 4.4.4 La ley penal peruana y las costumbres de las culturas amazónicas

Las culturas nativas mantienen sus costumbres y tradiciones a pesar de la intromisión de la cultura mestiza, como así se ha establecido con la investigación llevada a cabo por el Centro de Salud Pública de la Universidad Peruana Cayetano Heredia, con el auspicio de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación - FAO -, que realizó entre los meses de octubre de 1994 y junio de 1995 el proyecto "Educación en

*población para la promoción de líderes juveniles rurales de la selva del Perú*”, en la amazonía peruana. En dicha investigación se determinó que “La iniciación sexual es a temprana edad. En promedio ocurre a los 14 años de edad, aunque se encuentran numerosos casos a los 12 años. En comunidades nativas de Shipibo-Conibo se encuentra que el 2.3% de las adolescentes de 12 a 14 años ya son madres, y en casos de los Yaguas, el 40% de las adolescentes y jóvenes de 15 a 19 años también son madres”<sup>6</sup>. El Censo Nacional de Población y Vivienda de 1993, ubicó a Loreto entre los 10 departamentos en que la tasa de fecundidad de adolescentes variaba de 15% al 20%. Esto contrasta con el caso de Lima y Callao que no excede del 4%. De acuerdo a lo anterior se puede inferir que las zonas más afectadas por la iniciación sexual y maternidad tempranas se encuentran en los afluentes del río Amazonas, en las comunidades nativas.

En el siglo pasado, en un comienzo, se propugnaba un Derecho Penal Especial para los integrantes de las comunidades nativas e indígenas por pertenecer a una cultura diferente, luego apareció la propuesta de legislar en base a la peligrosidad del nativo; posteriormente sobre la base de la inimputabilidad por su cultura o costumbre. Siguiendo a Villavicencio, la responsabilidad penal de personas con pautas de culturas diferentes ha sido tratada en diferentes sentidos por el Derecho Penal peruano<sup>7</sup>. Así tenemos que el Código de 1924 contenía una clara concepción etnocentrista que desconocía el derecho de las autonomías culturales. Los sujetos tenían la condición de imputables relativos, susceptibles de una penalidad atenuada o medidas de seguridad. De esta manera, el ordenamiento penal concebía a la sociedad integrada por salvajes, semicivilizados y civilizados en una explicación de desarrollo unilineal inevitable que en la actualidad ha sido desvirtuada a favor de una explicación multilateral con el Código Penal Peruano de 1991, que en su artículo 15º incorporó a la legislación una nueva fórmula de error (de comprensión culturalmente condicionado).

Por otro lado, sin perjuicio de sus costumbres ancestrales que rigen su vida diaria, como la convivencia sexual con menores de edad, investigaciones realizadas con los aguarunas por parte de autores como Peña, han mostrado que en dichas comunidades existen organismos de resolución de conflictos del conjunto de los comuneros<sup>8</sup>. Cuentan con una directiva y como órgano máximo: una Asamblea Comunal para resolver asuntos de robos, adulterio, incesto, venganza, etc. Además existe un jefe de justicia nativa que integra un determinado grupo de comunidades aguarunas, asumiendo competencia sobre conflictos que no son resueltos al interior de la comunidad, por ejemplo,

en casos de homicidio por brujería o venganza. Así, la relación homicidio con la cosmovisión andina puede presentar diversas facetas vinculadas a la cultura. La situación de escasez de recursos naturales originada en la pobreza del suelo en el que habitan guarda relación con los infanticidios selectivos en grupos amazónicos aislados; también la idea de responsabilidad de grupo en el sentido que cualquier pariente del fallecido puede dar muerte a cualquier otro pariente del homicida, tiene una relación con la necesidad de equilibrio en una sociedad que no cuenta con un poder centralizado y que sólo puede arribar a ese fin de manera privada. En algunos idiomas aborígenes, una misma palabra es usada para expresar los conceptos occidentales de justicia y venganza.

#### **4.4.5 El Artículo 15° del Código Penal y el Error de Comprensión Culturalmente Condicionado**

En nuestra legislación existe una forma de error especial denominada “error de comprensión culturalmente condicionado” tipificado en el artículo 15° del Código Penal. Este error se presenta cuando el infractor se desarrolla en una cultura distinta a la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura. Según Martínez, el problema que representa a continuación esta vinculado al de la diversidad étnica cultural, propio de las sociedades latinoamericanas (las cuales albergan en su seno un sin número de culturas minoritarias que a su vez reclaman un reconocimiento a su identidad cultural)<sup>9</sup>.

Para los casos en que el condicionamiento cultural o la costumbre no provenga de un error de parte del sujeto sino como especial motivación, es viable fundamentar la inexigibilidad en base al artículo 45° numeral 2 del Código Penal, no obstante ello este artículo no establece expresa posibilidad de exención de pena sino que se deja a la discrecionalidad jurídicamente vinculada del juez sobre la base del principio de determinación de la pena para sancionar como un agente doloso. La intencionalidad de los legisladores, al regular el artículo 15° del Código Penal, fue la de considerar la inimputabilidad o inculpabilidad en la comisión de algún ilícito penal de quienes forman parte de otras culturas minoritarias. Al respecto, Hurtado Pozo sostiene que esta manera de elaborar el artículo 15° demuestra que no se reflexionó sobre la oportunidad y necesidad de incorporar una disposición de esta naturaleza en la ley, ni sobre los efectos de su aplicación. A pesar de las buenas intenciones de sus autores, resulta en efecto incorrecto calificar la exención de irresponsabilidad penal prevista en el artículo 15°



de error de comprensión culturalmente condicionado<sup>10</sup>. Por otro lado, en la Doctrina Nacional no hay uniformidad de criterios sobre la naturaleza jurídica de esta institución, por un lado hay autores que consideran que es una causa de inculpabilidad (como el caso de Villa Stein y Bramont Arias Torres) y otros como causa de inimputabilidad (como Villavicencio Terreros y Hurtado Pozo); sin embargo, lo que está en cuestión es el hecho de que los indígenas o nativos no actúan por patrones extraños a su comunidad sino de acuerdo a sus costumbres y tradiciones. Lo que se exige, por parte de la cultura mayoritaria, es que los miembros de dichas culturas se comporten de acuerdo a los cánones del mundo occidental globalizado en desmedro de sus costumbres ancestrales. Ello ha motivado que se procesen y condenen por igual a mestizos y nativos que incurren en el delito de violación sexual de menores de edad. Incluso Villavicencio, considera que en dicho artículo se diferencia dos modalidades de condicionamiento: Por su cultura y costumbre. El primero es el error de comprensión culturalmente condicionado (que es un error invencible de prohibición) y el segundo correspondería a la llamada conciencia disidente: (cuando el nativo actúa en el marco de su entorno cultural que no considera su conducta como ilícita lo que sería un error vencible)<sup>11</sup>.

## 5. Hipótesis:

Frente al problema planteado se formuló la siguiente hipótesis de trabajo:

*“La Ley Penal colisiona con la costumbre cuando se aplica en los delitos de violación sexual de menores cometidos por los integrantes de las Comunidades Nativas de la cuenca del río Amazonas, sin respetar sus costumbres ancestrales que rigen su forma de vida”*

## II. MATERIAL Y MÉTODOS

### 1. Material de Estudio

#### 1.1 Población:

La población estuvo conformada por todas las comunidades nativas de la cuenca amazónica, con sus costumbres ancestrales y los procesos instaurados contra sus miembros por el delito de violación de menores de edad, por su convivencia con menores de edad, así como los procesos seguidos contra la población mayoritaria mestiza por el mismo delito.

## 1.2 Muestra

La muestra estuvo conformada por el 25% de las comunidades nativas de la cuenca amazónica, como son: Achuar, Bora, Asháninka, Aguaruna, Shipibo-Conibo, Jíbaro, Quechua- Lamista, Quechua del Napo, Quechua del Pastaza y del Tigre, Amuesha, Huitoto, Yagua y Nomatsiguenga y los procesos instaurados contra los miembros de las comunidades nativas y mestizos por la comisión del delito de violación sexual de menores de edad.

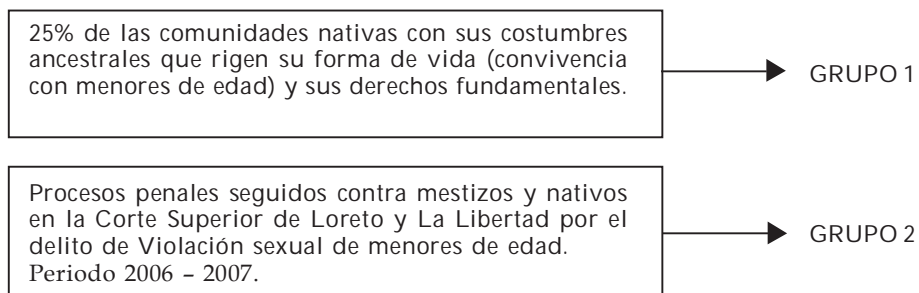
## 2. Métodos y Técnicas:

### 2.1 Método

Se aplicó el método Análisis – Síntesis, para el estudio de los datos obtenidos sobre las costumbres ancestrales de las comunidades nativas de la cuenca del río Amazonas, sus derechos fundamentales, la Ley Penal que regula el delito de violación sexual de menores de edad, así como los procesos penales instaurados contra mestizos y nativos por el delito antes anotado.

El diseño de contrastación utilizado fue el de dos grupos: El conformado por comunidades nativas con sus costumbres ancestrales que rigen su forma de vida y el conformado por los procesos instaurados contra nativos y mestizos por el delito de violación sexual de menores de edad.

#### OBSERVACIÓN



### 2.2 Técnicas

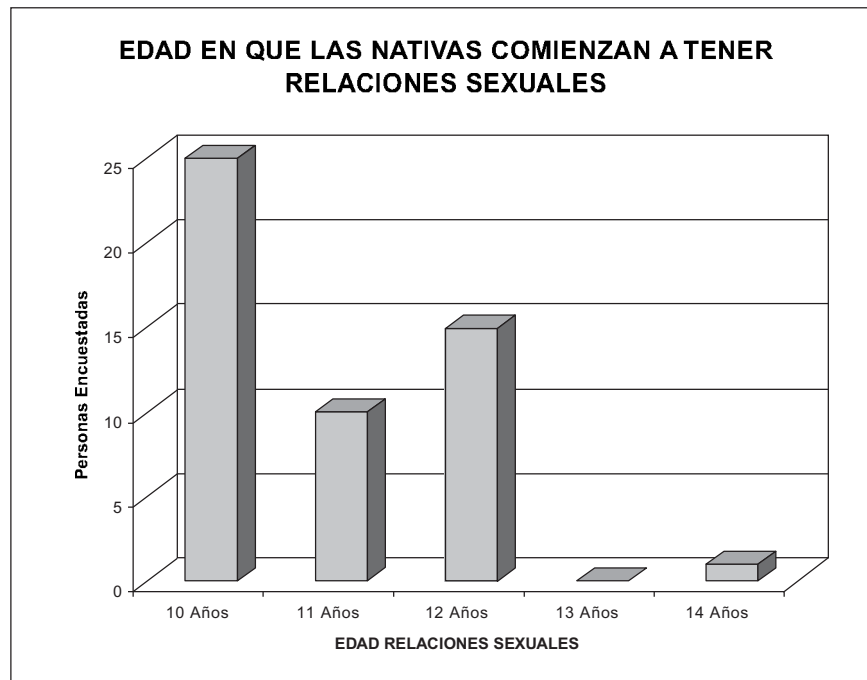
Se utilizó la observación, la encuesta, la entrevista y el fichaje para la recolección de datos, cuyos instrumentos son las hojas de registro, fichas, cuadernillos de encuestas y entrevistas.

### III. RESULTADOS:

CUADRO N° 1. Muestra de 51 personas encuestadas que laboraron en Comunidades Nativas, confirmando la edad que comienzan a tener Relaciones Sexuales, en el Departamento de San Martín, Provincia de Lamas, en Enero de 2007.

Edad de las Nativas que comienzan a tener Relaciones Sexuales	N° Personas Encuestadas	Porcentaje
10 Años	25	49.02
11 Años	10	19.61
12 Años	15	29.41
13 Años	0	0.00
14 Años	1	1.96
TOTAL	51	100.00

FUENTE: Encuesta de 51 personas que laboraron en Comunidades Nativas de San Martín (Lamas - Motilones)

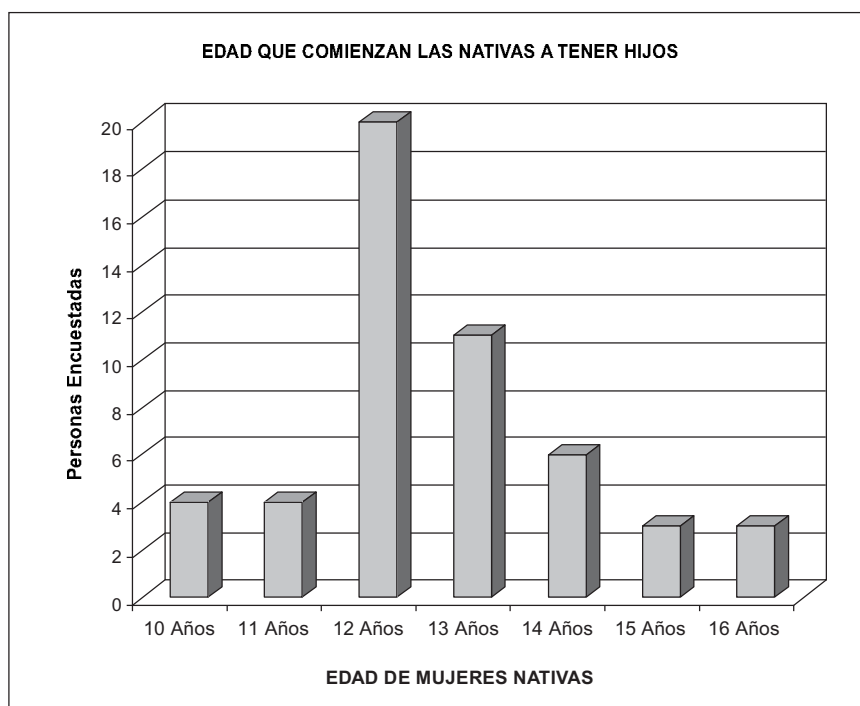


Jorge Cueva Zavaleta - Colisión de la ley penal y la costumbre en los delitos de violación sexual a menores de edad cometidos por los integrantes de las comunidades nativas de la cuenca del río Amazonas

CUADRO N° 2. Muestra de 51 personas encuestadas que laboraron en Comunidades Nativas, confirmando la edad en que las Nativas comienzan a tener hijos, en el Departamento de San Martín provincia de Lamas en Enero de 2007.

Edad de las Nativas que comienzan a tener hijos	N° Personas Encuestadas	Porcentaje
10 Años	4	7.84
11 Años	4	7.84
12 Años	20	39.22
13 Años	11	21.57
14 Años	6	11.76
15 Años	3	5.88
16 Años	3	5.88
TOTAL	51	100.00

FUENTE: Encuesta de 51 personas que laboraron en Comunidades Nativas de San Martín (Lamas - Motilonés)

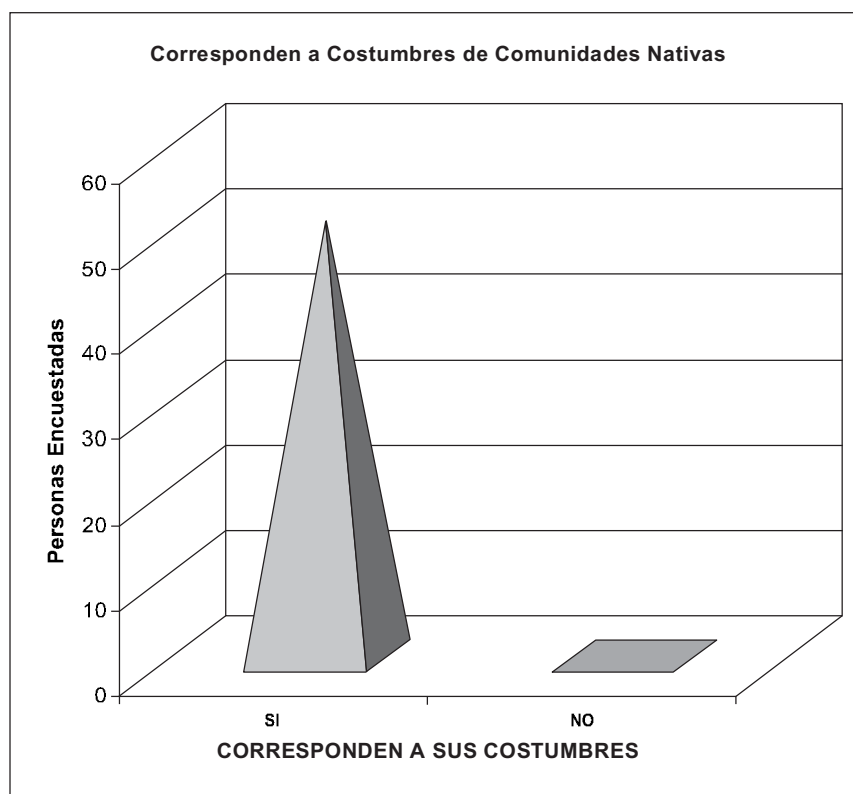


Jorge Cueva Zavaleta – Colisión de la ley penal y la costumbre en los delitos de violación sexual a menores de edad cometidos por los integrantes de las comunidades nativas de la cuenca del río Amazonas

CUADRO N° 3. Muestra de 51 personas encuestadas que laboraron en Comunidades Nativas, confirmando en que corresponden a sus propias costumbres, en el departamento de San Martín provincia de Lamas en Enero de 2007.

Corresponden a sus propias costumbres	N° Personas Encuestadas	Porcentaje
SI	51	100.00
NO	0	0.00
TOTAL	51	100.00

FUENTE: Encuesta de 51 personas que laboraron en Comunidades Nativas de San Martín (Lamas - Motilonos)



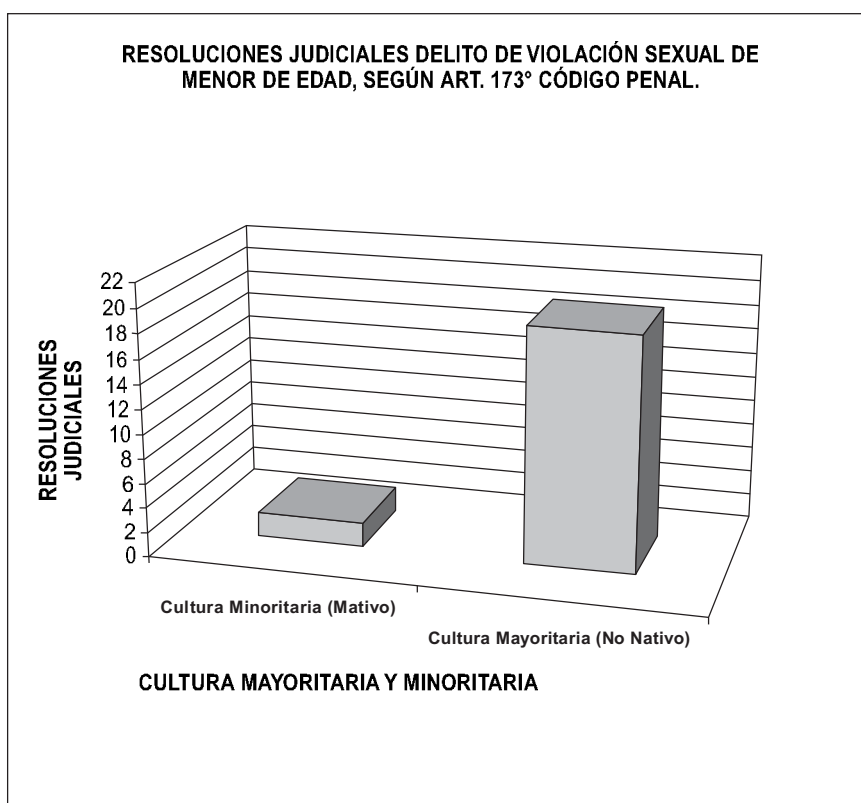
Jorge Cueva Zavaleta - Colisión de la ley penal y la costumbre en los delitos de violación sexual a menores de edad cometidos por los integrantes de las comunidades nativas de la cuenca del río Amazonas

CUADRO N° 4. Resoluciones Judiciales: procesos por delito de Violación Sexual de menor de edad según el Art. 173 inc. 3 del Código Penal a la cultura mayoritaria Mestiza y minoritaria Nativa.

Violación Sexual de Menor de Edad

Resoluciones Judiciales	
Cultura Minoritaria (Nativa)	cultura mayoritaria (mestiza)
2	19

FUENTE: Procesos Tramitados en las Corte Superiores de Loreto y La Libertad.



#### IV. DISCUSIÓN

Como lo sostiene Silva, una legislación sustantiva y procesal uniforme no da lugar a un Derecho uniforme<sup>12</sup>. En el Perú la Ley Penal se aplica en todo el territorio nacional, sin considerarse que es un país multicultural y que las culturas que habitan en su territorio se interrelacionan entre sí. Así mismo, las culturas nativas de la cuenca del río Amazonas, tienen sus propias costumbres que rigen su forma de vida, como la práctica de convivencia sexual con menores de edad. Esto se demuestra con la encuesta realizada a personas que laboraron en las Comunidades Nativas de San Martín y Loreto, quienes confirmaron que corresponden a sus propias costumbres. Así mismo, el 49% de los encuestados que laboraron en dichas comunidades, confirmaron que las mujeres nativas comienzan a tener relaciones sexuales a la edad de 10 años, un 19.61% a los 11 años, y un 29.41% a los 12, por lo que el promedio de inicio de la vida sexual es de 11 a 12 años de edad (ver cuadro N° 1). Esto se corrobora con los resultados del cuadro número dos, en el que los encuestados confirman que las nativas comienzan a procrear sus hijos a los 12 años de edad.

De otro lado, se obtuvieron resultados que se relacionan con los procesos llevados a cabo en la Corte Superior de Justicia de Loreto contra nativos de las Comunidades Nativas de la Cuenca del río Amazonas, como el caso penal N° 2005-87-Loreto seguido contra Mario Nashnate Tamanta, perteneciente a la comunidad nativa de Palizada- Pampa Caño río Marañón (del grupo étnico Aguaruna), por el delito contra la Libertad Sexual- Violación de menor de edad, previsto en el artículo 173° inciso 3 del Código Penal Vigente, a quien se le impuso 15 años de pena privativa de la libertad mediante sentencia de fecha 22 de noviembre de 2006, sustentándose la misma en el octavo considerando que “para los efectos de graduarse la pena debe tomarse en cuenta las circunstancias como ocurrieron los hechos, las costumbres y medio de vida del lugar donde se produjeron los hechos (selva peruana, donde las familias viven de la caza y de la pesca, y donde el despertar sexual de las personas es a temprana edad), el bajo nivel cultural del acusado....” . En otro caso estudiado, en el proceso penal N° 2005-00106- Loreto, seguido contra Santos Vela Mejía por el delito contra la Libertad Sexual- violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173° inciso 3 del Código Penal, el acusado es un miembro de la Comunidad Nativa de Pijuayal- río Chambira- Urarina a quien el representante del Ministerio Público esta solicitando se le imponga la pena

privativa de la libertad de 20 años, sin considerar su cultura y costumbres ancestrales muy diferentes a los de la cultura mayoritaria mestiza ni a sus organismos de resolución de conflictos. Al respecto, Figueroa, sostiene que los derechos de las comunidades nativas no son derechos individuales sino derechos reconocidos a los pueblos indígenas y sus comunidades, un sujeto de derecho diferente a las personas individuales<sup>13</sup>. Así mismo, se obtuvo resultados de procesados de la cultura mayoritaria mestiza por el delito contra la Libertad Sexual- Violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173º inciso 3 del Código Penal. Con ello se demuestra que tanto a nativos como a mestizos se aplica la misma ley penal, sin diferenciar que los primeros actúan de acuerdo a sus costumbres ancestrales y que existen organismos de resolución de conflictos en sus comunidades, aunado al hecho de que las penas que se imponen en las sentencias condenatorias son tan drásticas como a los mismos mestizos. Lo anterior no hace sino confirmar la hipótesis formulada, pues la ley penal y la costumbre colisionan cuando se procesan a los nativos de las comunidades de la cuenca del río Amazonas por el delito de violación sexual de menores de edad. En ese sentido, estamos de acuerdo con Villavicencio, cuando sostiene que la concepción de una justicia unitaria es evidente para una idiosincrasia europea moderna, mas no para Estados con fuertes derechos consuetudinarios locales y étnicos y sistemas informales de justicia<sup>14</sup>; opinión que guarda coherencia con Donayre. al comentar éste la Carta Andina de Derechos Humanos: “Asimismo se reconoce el derecho a la identidad, propiedad, posesión de tierras o territorios que tradicionalmente ocupan y a no ser desplazados de ellos; a conservar sus formas propias de organización, ejercicio de autoridad y administración de justicia; a desarrollar y mantener su patrimonio cultural, artículo 38º de la Carta en referencia”<sup>15</sup>. En ese orden de ideas, se hace necesario la elaboración y promulgación de un Código Penal Especial para las comunidades nativas basado en sus costumbres ancestrales que rigen su forma de vida, así como sus organismos de resolución de conflictos. No siendo suficiente lo establecido en el artículo 15º del Código Penal que regula el error de comprensión culturalmente condicionado.

## V. CONCLUSIONES

1. La Ley Penal y la costumbre colisionan cuando se procesan a los nativos de las comunidades de la cuenca del río Amazonas por el delito de violación sexual tipificado en el artículo 173º del Código Penal, a pesar



de que la convivencia con menores de edad corresponden a sus costumbres ancestrales que rigen su forma de vida.

2. La Ley Penal Unitaria se aplica en todo el territorio del Perú, sin considerar que es un país multicultural e intercultural y que se hace necesario la elaboración y promulgación de un Código Penal Especial, en base a las costumbres y organismos de resolución de conflictos de las comunidades nativas.
3. Entre las costumbres ancestrales de las comunidades nativas se encuentra el inicio temprano de las relaciones sexuales de los miembros de las Comunidades Nativas con menores de su propia comunidad, cuyas edades oscilan entre los 11 y 12 años de edad, determinando que el 72.55% de las mujeres inicien la procreación de 12 a 14 años de edad.
4. En los procesos penales de violación sexual de menores, seguidos en la Corte Superior de Justicia de Loreto, los jueces no hacen distinciones al momento de determinar la pena a imponerse a los miembros de las comunidades nativas, dictándose sentencias drásticas tan igual como a los procesados pertenecientes a la cultura mayoritaria.
5. Existe un error de prohibición especial en el Código Penal, regulado en el artículo 15º, que resulta discriminatorio al considerar que los nativos proceden por error de comprensión culturalmente condicionado más no por sus costumbres ancestrales.

<sup>1</sup> Hurtado, J. *Manual de Derecho Penal, Parte General I*. Lima. Grijley, 2005. Pág. VII.

<sup>2</sup> Malgesisni y Gimenez. "Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad". {<http://solidaridad.universia.es/aula/otrosconceptos.htm>}, Trujillo 14 de mayo de 2007.

<sup>3</sup> Perú Ecológico. *Pueblos Indígenas Amazónicos*. {[www.peruecológico.com.pe/etnias\\_mapa](http://www.peruecológico.com.pe/etnias_mapa)}. Trujillo, 28 de julio de 2007.

<sup>4</sup> Lo nuevo en ENJOY Perú. *Lamas, Los Motilones y sus Ancestros* [[www.enjoyperu.com/lo-nuevo-en-enjoy-peru/lamas-los-motilones-y-sus-ancestros](http://www.enjoyperu.com/lo-nuevo-en-enjoy-peru/lamas-los-motilones-y-sus-ancestros)] Lima, 27 de Julio de 2007.

<sup>5</sup> Villavicencio F. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley, 2006. Pág. 148.

<sup>6</sup> Depósito de documentos de la FAO. *Una educación en población para la juventud rural a nivel comunitario*. {[www.fao.org/docrep/x5633s/x5633sOm.htm](http://www.fao.org/docrep/x5633s/x5633sOm.htm)}, Trujillo, 02 de julio de 2007.

<sup>7</sup> Ibidem. Pág. 152.

<sup>8</sup> Peña J. *Pluralismo Jurídico en el Perú*. En Desfaciendo Entuertos. Medios alternativos de resolución de conflictos: 1994; Boletín: 3-4: 13.

<sup>9</sup> Martínez, R. *Insuficiencia del Artículo 15 del Código Penal*. En Actualidad Jurídica-Gaceta Jurídica, 2007; Tomo 161: 105 -108.

<sup>10</sup> Ibidem. Pág. 637.

<sup>11</sup> Ibidem. Pág. 625.

<sup>12</sup> Silva, J. *Globalización y Derecho Penal*. En Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad. 2006; N° 139: 60.

Jorge Cueva Zavaleta – Colisión de la ley penal y la costumbre en los delitos de violación sexual a menores de edad cometidos por los integrantes de las comunidades nativas de la cuenca del río Amazonas

- 
- <sup>13</sup> FIGUEROA, V. **Los Pueblos Indígenas: ¿Viejos o nuevos sujetos de derechos en la legislación Argentina?** Revista Iuris Lex Societas de Trujillo. 2006; Año I N° 1: 95
- <sup>14</sup> Ibidem. Pág. 148
- <sup>15</sup> DONAYRE, M. **¿Nueva Carta de Navegación? Declaración Americana de Pueblos Indígenas. El persuasivo *Soft Law* Indígena.** Lima: Editorial Horizonte, 2005. Pág. 44.



