

Sistema de control penal y diferencias culturales

ANUARIO DE DERECHO PENAL 2010

DOCTRINA * JURISPRUDENCIA * LEGISLACIÓN * BIBLIOGRAFÍA

José Hurtado Pozo
Director



Universidad de Friburgo
Suiza



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

SISTEMA DE CONTROL PENAL
Y DIFERENCIAS CULTURALES
ANUARIO DE DERECHO PENAL 2010

SISTEMA DE CONTROL PENAL Y DIFERENCIAS CULTURALES

ANUARIO DE DERECHO PENAL 2010

*DOCTRINA *JURISPRUDENCIA *LEGISLACIÓN *BIBLIOGRAFÍA

JOSÉ HURTADO POZO

DIRECTOR

Sistema de control penal y diferencias culturales
Anuario de Derecho Penal 2010

De esta edición

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

© Universidad de Friburgo, Suiza, 2012

Miséricorde, 1700 Friburgo, Suiza

Teléfono/Fax: (41 26) 436-2193

Correo electrónico: jose.hurtado@unifr.ch

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición:

Fondo Editorial PUCP

Primera edición: agosto de 2012

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-10073

ISBN: 978-612-4146-10-7

Registro del Proyecto Editorial: 31501361200595

Impreso en Grey Impresiones

Av. José Gálvez 1415, Lima 14, Perú

ANUARIO DE DERECHO PENAL 2010

Director

José Hurtado Pozo

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Nodier Agudelo Betancourt (Medellín)

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Salamanca)

José Luis de la Cuesta Arzamendi (San Sebastián)

José Luis Diez Ripollés (Málaga)

Francesca Molinari (Sassari)

Klaus Tiedemann (Friburgo de Brisgovia)

Fernando Velásquez Velásquez (Bogotá)

El denominador común de los conflictos étnicos es que la acentuación de las identidades y diferencias endurece las fronteras entre los grupos, afirma la solidaridad interna frente al «otro» y niega las posibilidades de comprensión intercultural. Ello produce una espiral de violencia simbólica y física que puede llegar a grados extremos, desde la discriminación y el perjuicio denigrante hasta la persecución y la «limpieza étnica». De ahí que resulte fundamental imaginar y articular políticas sensibles y sensatas frente a la diversidad, reforzando la autonomía de las comunidades culturales en contacto, pero planteando «formas más sofisticadas de coexistencia política entre las culturas, formas que respeten el pluralismo y la identidad de los universos en conflicto».

J. Armando Guevara Gil

Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho, p. 81

ÍNDICE

ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO	13
ABREVIATURAS UTILIZADAS	15
PRESENTACIÓN	21
I. NOCIONES GENERALES	
Las nociones de cultura y de derecho en antropología CHRISTIAN GIORDANO	27
El derecho constitucional suizo entre multiculturalismo, multijuridismo e integración ADRIANO PREVITALI	47
II. CUESTIONES ESPECIALES	
Interculturalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional CÉSAR LANDA ARROYO	101
Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú JOSÉ HURTADO POZO	113
La justicia frente a la diversidad cultural: reflexiones sobre la tentación culturalista en derecho penal y sus consecuencias discriminatorias para la mujer BOËL SAMBUC	173
Derecho y sociedad multicultural FRANCIS CASORLA	203

Las sanciones en derecho musulmán y su influencia en el derecho de los países árabes SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH	245
---	-----

III. ASPECTOS PROCESALES

Barreras de acceso a la justicia y la justicia comunal como alternativa en el Perú ANTONIO PEÑA JUMPA	291
---	-----

El peritaje judicial: reflexiones en el contexto del derecho penal y de las culturas OLIVIER THORMANN	311
---	-----

Las infracciones penales y las lógicas culturales: el antropólogo en los tribunales CHRISTIAN GIORDANO	357
--	-----

La inclusión de la cultura en el derecho penal suizo de menores MICHEL LACHAT	373
---	-----

BIBLIOGRAFÍA	393
---------------------	-----

ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO

Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh

Doctor en Derecho y diplomado en Ciencias Políticas. Profesor invitado en las facultades de Derecho de Aix-en-Provence (Francia) y de Palermo (Italia).

Francis Casorla

Abogado general honorario a la Corte de Casación. Doctor de Estado en Derecho. Investigador del Centro de Derecho Comercial, del Patrimonio y de la Responsabilidad de la Facultad de Derecho de Rennes (Francia).

Christian Giordano

Profesor ordinario de Antropología Social en la Universidad de Friburgo (Suiza).

José Hurtado Pozo

Profesor ordinario de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad de Friburgo (Suiza).

Michel Lachat

Presidente de la Cámara Penal de Menores de Friburgo. Presidente de la Asociación Latina de los Jueces de Menores (Suiza).

César Landa Arroyo

Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Antonio Peña Jumpa

Profesor de Teoría General del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

Adriano Previtali

Profesor de Derecho Público y Derecho Social en la Universidad de Friburgo (Suiza).

Boël Sambuc

Jurista, periodista (Suiza).

Olivier Thormann

*Juez de instrucción del Tribunal de Derecho Penal Económico del Cantón de Fribourg.
Encargado del curso de Derecho Penal Económico en la Universidad de Fribourg
(Suiza).*

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAVV	Autores varios
aCP	Ancienne version du Code Pénal suisse (antigua versión del Código Penal suizo)
aCst	Ancienne version de la Constitution suisse (antigua versión de la Constitución suiza)
AEMO	Action éducative en milieu ouvert (acción educativa al aire libre)
AIDP	Asociación Internacional de Derecho Penal
AJ	Actualidad Jurídica
AJDA	Actualité juridique de droit administratif (actualidad jurídica de derecho administrativo)
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique juridique actuelle (Suiza)
Art(s).	Artículo(s)
AT	Allgemeiner Teil
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral suisse (resolución del Tribunal Federal suizo)
Aufl.	Auflage (edición)
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale (Suiza)
BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (Suiza)
BSK	Basler Kommentar (Suiza)
BvR	Bundesverfassungsgericht (Suiza)
c.	Contra
CADHP	Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, del 27 de junio de 1981

CC	Código Civil suizo, del 10 diciembre 1907
CCass.	Corte de Casación
CCG	Consejo de Cooperación de los Países Árabes del Golfo
CCiv.	Cámara Civil
CCrim	Cámara Criminal de la Corte de Casación
CDE/CDN	Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos, del 4 de noviembre de 1950
CERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, del 04 de enero de 1969
CF	Consejo Federal
Cf(r).	Confróntese
ch.	Chiffre (numeral)
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CJCE	Corte de Justicia de la Unión Europea
CN	Consejo Nacional
CNE	Comisión Nacional de Ética
CO	Código de Obligaciones suizo, del 30 de marzo de 1911
Comp.	Compilador
Cons.	Considerando
Coord.	Coordinador
Const.	Constitución Peruana de 1993
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar, del 13 de junio de 1927
CPP	Código Procesal Penal
CR CP	Commentaire romand du Code pénal suisse (Suiza)
CR PP	Commentaire romand de la Procédure pénale suisse (Suiza)
CSoc.	Cámara Social de la Corte de Casación
Cst.	Constitución Federal de la Confederación Suiza, del 18 de abril de 1999
DC	Decisión del Consejo Constitucional
DDHC	Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789

DFJP	Departamento Federal de Justicia Policial
Diss.	Disertación
Doc.	Documento
DPMIn	Ley Federal que rige la situación penal de los menores, del 22 de junio de 2003
Dt	Deuteronomio
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948
ed.	Edición
edit(s).	Editor(es)
Eurojust	Unidad de cooperación judicial de la Unión Europea
Europol	Oficina Policial Europea
Ex.	Éxodo
FF	Feuille Fédérale (Suiza)
FIPP	Fundación Internacional Penal y Penitenciaria
FJ	Fundamento jurídico (STC)
FJS	Fiches juridiques suisses (Suiza)
FS	Festschrift (libro homenaje)
GAFI	Grupo de Acción Financiera
GP	Gazette du Palais (Francia)
HALDE	Alta autoridad de lucha contra las discriminaciones y por la igualdad
Hrsg.	Herausgeber (editor)
inc.	Inciso
INED	Instituto Nacional de Estudios Demográficos
JCP	Jurisclasseur périodique (Francia)
JdT	Journal des Tribunaux (Suiza)
LDIP	Ley Federal sobre derecho internacional privado, del 18 de diciembre de 1987
LEtr	Ley Federal sobre extranjeros, del 16 de diciembre de 2005
let.	Letra
lit(s).	Literal(es)
LF	Ley Federal

LJPM	Ley sobre la jurisdicción penal de menores del cantón de Friburgo
LN	Ley Federal sobre la adquisición y pérdida de la nacionalidad suiza, del 29 de septiembre de 1952
LPA	Ley Federal sobre la protección de animales, del 16 de diciembre de 2005
LS	Ley escolar friburguesa
LStup	Ley Federal sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas, del 03 de octubre de 1951
LTN	Ley Federal sobre medidas en materia de lucha contra el trabajo ilegal, del 17 de junio de 2005
Lv	Levíticos
Mt	Mateo
Máx.	Máximo
MGF	Mutilación genital femenina
Mín.	Mínimo
N°	Número
n.	Nota
nCP	Nueva versión del Código Penal suizo
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004
nCst.	Nueva versión de la Constitución Federal de la Confederación Suiza
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Alemania)
OBB	Ordenanza sobre el mercado de ganado y carnicería, del 26 de noviembre de 2003
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPAn	Ordenanza sobre la protección de animales, del 23 de abril de 2008
pp.	Página(s)
par.	Parágrafo
pf(s)	Párrafo(s)
p. ej.	Por ejemplo
PG	Parte General

PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 16 de diciembre de 1966
PJA	Pratique juridique actuelle (Suiza)
PPF	Ley Federal sobre el proceso penal, del 15 de junio de 1934
PS/PE	Parte Especial
RDA	Revue de droit administratif (Suiza)
RDS	Revue de droit suisse (Suiza)
RDSoc.	Revue de droit social (Suiza)
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie (Suiza)
REPER	Asociación friburguesa para la promoción de la salud y su prevención
rés.	Resumen
RFDA	Revue française de droit administratif (Francia)
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence (Suiza)
RICPT	Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique (Suiza)
RIDP	Revue internationale de droit pénal (Francia)
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise (Suiza)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (Suiza)
RPS	Revue pénale suisse (Suiza)
RS	Recueil systématique du droit fédéral (Suiza)
RSC	Revue des sciences criminelles (Francia)
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise (Suiza)
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise (Suiza)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (Suiza)
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Suiza)
SEJ	Servicio de la Infancia y la Juventud del cantón de Friburgo
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Suiza)
SFM	Fórum suizo para el estudio de la migración y población
SJ	Semaine judiciaire (Suiza)
S(s)	Siguiente(s)
SSJ	Sociedad suiza de juristas

ST Der	Schweizer Treuhänder
StGB	Strafgesetzbuch
StrV	Strafverteidiger
SWR Bd.	Stiftung für weiter bildung schweizerischer Richterinnen und Richter
TA	Tribunal Administrativo
T.	Tomo
TF	Tribunal Federal
TC	Tribunal Constitucional
TCa	Tribunal Cantonal
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSA	Tribunal Superior de Apelaciones
UCLAF	Unidad de coordinación de lucha anti fraude
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, del 16 de noviembre de 1945
UNICEF	Fondo de Naciones Unidas para la Infancia
Vol.	Volumen
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Suiza)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Suiza)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Suiza)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Alemania)

PRESENTACIÓN

La problemática relativa a los conflictos que se presentan en la aplicación del derecho penal positivo a personas de origen cultural diverso ha dado lugar a un interesante cambio de opiniones, el mismo que se caracteriza por la diversidad y la riqueza de las perspectivas que se adoptan. Interesados en este debate, ya consagramos un volumen de esta revista al análisis del tema: derecho penal y pluralidad cultural (2006).

Los diversos temas abordados entonces han sido objeto de sucesivos coloquios y publicaciones. Por ejemplo, fueron presentados y discutidos en el Seminario Derecho Penal e Interculturalidad. Experiencias Peruana y Suiza, llevado a cabo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en noviembre de 2010, gracias al convenio que une a esta universidad con la Université de Fribourg.

Asimismo, han sido materia del curso de maestría Derecho Penal y Culturas, que se dicta anualmente en la mencionada universidad suiza y en el que participan diversos especialistas. Uno de los resultados de esta actividad ha sido la publicación del libro *Droit pénal et cultures. Réflexions* (Schulthess, 2010).

El contenido del presente anuario (*Sistema de control penal y diferencias culturales*) está constituido, justamente, por los textos traducidos del libro antes indicado y algunos elaborados por participantes peruanos en el indicado seminario. La publicación se divide en tres partes: la primera, «Nociones generales», concierne a las nociones esenciales; por ejemplo, cultura, derecho, multiculturalismo, pluralismo jurisdiccional. La segunda parte, «Cuestiones especiales», se refiere a las diferentes situaciones específicas relacionadas con los sistemas jurídicos peruano, francés, suizo y musulmán, así como a la situación de menores y mujeres. La tercera parte, «Aspectos procesales», está dedicada a la importancia del peritaje para establecer la cuestión cultural en el proceso penal.

El pluralismo cultural tiene diversos orígenes. En África y en América Latina, por ejemplo, la fuente principal es la colonización realizada por los europeos, quienes impusieron sus sistemas sociales, económicos, jurídicos y políticos; en resumen, sus valores culturales. Esta diversidad cultural se ha acentuado, paulatina y constantemente, con la inmigración de poblaciones de diferentes horizontes culturales.

En Europa, dicha diversidad está enraizada desde los orígenes de los estados y sus efectos se han manifestado sobre todo desde la constitución del Estado-nación. La unificación de los poderes políticos, practicada mediante la sumisión de poblaciones culturalmente diferentes, ha impuesto valores de una sociedad particular considerando que eran superiores a los de las sociedades sometidas. Este proceso ha implicado una amplia homogeneización cultural y el reforzamiento de la unidad sociopolítica; sin embargo, ciertos conflictos se han mantenido, como por ejemplo los casos vasco y catalán en España, o el caso corzo en Francia. El caso suizo es *sui generis* debido a la especificidad de su constitución, basada en una Confederación, conformada por cantones y comunas con gran autonomía con respecto al Estado federal. Los conflictos culturales se han desarrollado, en los últimos tiempos, sobre todo por los flujos migratorios provenientes de zonas con culturas diferentes y económicamente pobres.

En el ámbito penal, dichos conflictos se manifiestan, por un lado, en el hecho de que el derecho penal es un producto muy marcado por las concepciones culturales de los legisladores nacionales, llegándose a hablar de su carácter marcadamente local. Por otro lado, los conflictos también se manifiestan en la adopción de principios y valores en tanto reglas de aplicación mundial, en particular mediante la suscripción a declaraciones o convenciones internacionales que permiten reconocer a los individuos derechos esenciales intangibles, sin distinción alguna (comprendida la cultural).

En este contexto, se plantea la cuestión de saber cómo el sistema de control penal debe enfrentar el caso de la comisión de un delito por parte de un inmigrante, quien ha actuado condicionado por las reglas de conducta de su propia cultura. Frente a ocasiones de esa índole se debe decidir si esas particularidades culturales deben o no tomarse en cuenta al momento de interpretar las leyes, de individualizar o de ejecutar la pena.

Las respuestas dependen tanto de la política general del Estado —en especial de su política criminal— como de las concepciones sociales y jurídicas relativas a los fines del derecho penal. De acuerdo con estos factores, un límite debe ser establecido para conciliar el respeto a la diversidad cultural de los miembros de la comunidad y la garantía de los fundamentos esenciales del estado de derecho; es decir, los derechos humanos.

En la aplicación del derecho penal deben tenerse presentes los orígenes de los diversos individuos, en particular porque el ejercicio del poder punitivo solo debe hacerse respetando las libertades fundamentales. Esto es indispensable para evitar un distanciamiento excesivo entre la realidad y el sistema jurídico, a tal punto que este pierda en legitimidad. El rechazo de tener en consideración algunas diferencias culturales debe estar debidamente justificado y ausente de toda discriminación.

La manera como los estados tratan el asunto de la diversidad cultural se orienta en diferentes perspectivas; entre estas cabe señalar el multiculturalismo, el pluralismo jurisdiccional, la integración y la asimilación. Lo mismo se puede decir en cuanto al derecho penal, pues las soluciones planteadas dependen de las concepciones teóricas y de política criminal adoptadas. Si en ciertos países europeos parece suficiente, por ejemplo, tener en cuenta el error sobre la ilicitud para tomar en consideración las diferencias culturales en un caso concreto, esto no basta en otras latitudes en las que la situación social y cultural es mucho más compleja y contrastada. Debido a ello, es necesario reflexionar sobre otras soluciones, al extremo de sopesar la necesidad de prever la diversidad de jurisdicciones en razón de las diferencias culturales notables de los pobladores. Esta sería la dirección adoptada en países como el Perú, en donde, constitucional y legislativamente, se han previsto reglas especiales sobre el particular (art. 149 Const. y art. 15 CP).

Debido a la influencia europea, en particular al predominio de la dogmática penal, en América Latina no ha tenido gran influencia la llamada *cultural defense* norteamericana, muy propia del proceso penal y consistente en recurrir en todo momento a los posibles factores culturales que pueden alegarse en favor del procesado perteneciente a una minoría cultural. Este proceder implica el reconocimiento de la propia cultura y, asimismo, el abandono de la represión cuando no exista un fin de prevención. Sin embargo, hay que tener en cuenta que puede dar lugar a abusos, llegando a favorecer la impunidad indebida.

Los textos publicados en este volumen constituyen —al menos así lo esperamos— medios apropiados, con el debido respeto de los derechos humanos, para abrir o profundizar vías orientadas a comprender mejor las relaciones entre el derecho penal y la antropología, precisar el sentido e importancia de la pluralidad cultural, reforzar el respeto por las diferencias culturales, y apreciar debidamente la circulación de modelos jurídicos y la importación del derecho penal foráneo. Además, ponen en evidencia que el tratamiento de estos problemas no se puede hacer eficazmente sin la participación de numerosos especialistas: antropólogos, historiadores, juristas, politólogos, sociólogos, etcétera.

Como en el caso de los anteriores anuarios, la publicación del presente no hubiera sido posible sin la valiosa colaboración de la Pontificia Universidad Católica del Perú —mediante su Fondo Editorial—, y de la Université de Fribourg, en el

marco del convenio que une a ambas instituciones. También, es oportuno expresar nuestro reconocimiento a la editora Schulthess por su disponibilidad para publicar nuestras obras sobre el derecho penal suizo. Como es habitual, expresamos nuestro más sincero agradecimiento, en primer lugar, a los especialistas por su generosa contribución, tanto para la publicación del libro *Droit pénal et cultures* como para la versión en español de su trabajos; y, en segundo lugar, a los autores nacionales que han completado esta obra. Asimismo, nuestro reconocimiento a Fidel Mendoza Llamacponcca, asistente del Departamento de Derecho Penal de nuestra dirección, y a Joseph du Puit por su importante colaboración en la edición del material de este volumen. Finalmente, no podemos dejar de mencionar a Thierry Godel, lector en la Facultad de Derecho de la Université de Fribourg, quien nos acompañó como coeditor del libro *Droit pénal et cultures*, antes mencionado.

Fribourg, 8 de diciembre de 2011
Profesor José Hurtado Pozo