

TRATAMIENTO PENAL DE LA DIVERSIDAD CULTURAL POR LA JUSTICIA ESTATAL.

Por: *Felipe A. Villavicencio Terreros*¹.

Resumen:

El Perú es un país con diversidad étnico-cultural (pluricultural, multiétnico) que ha originado un debate jurídico sobre el tratamiento penal que correspondería a los hechos delictivos realizados por personas con pautas culturales diferentes (v.gr. miembros de comunidades campesinas, comunidades nativas ubicables en diferentes lugares del territorio nacional). En la actualidad el reconocimiento constitucional de la pluralidad cultural en diferentes países de las Américas, sirve de marco para la implementación de soluciones jurídico penales a los casos que tenga que resolver la justicia estatal. Si bien el tema tiene lecturas antropológica y sociológica (que el autor desarrolla en otros lugares), en este artículo solo se enfocaran algunas soluciones jurídicas que el derecho penal sustantivo puede optar para el tratamiento de casos que merecen una valoración cultural diferente.

1. La solución del error.

La incorporación del artículo 15º al Código Penal de 1991² significó un importante avance del Estado peruano al dotar de este instrumento a la justicia estatal, en el marco del reconocimiento de la diversidad cultural (³) (⁴). Esta

¹ Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinador Académico del Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Miembro del Subcomité para la Prevención de la Tortura de las Naciones Unidas (2010).

² Vide. Villavicencio T, Felipe: Derecho penal, parte general. Grijley Lima 2007 segunda reimpresión, p. 622 ss.

³ El antecedente normativo inmediato del artículo 15 vigente se halla en la propuesta presentada por Zaffaroni, en el proceso de reforma del código penal derogado (Zaffaroni en Política criminal latinoamericana, 1988, p. 30): "Al que por su cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, se le declarará no culpable. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal". En aquella oportunidad, Zaffaroni criticó el planteamiento del Proyecto de código penal de abril de 1986, que pretendía solucionar el dilema a través de la inimputabilidad: "(...)es necesario terminar con la lamentable cuestión etnocentrista de la inimputabilidad del indio (...) Considerar al indio como inimputable es considerarlo como un ser inferior, parangonarlo con el enfermo, perturbado psíquico, etc. En rigor de verdad, el indio no es un ser inferior a nadie, ni mucho menos tiene una cultura inferior a la nuestra, lo que pasa es que su cultura es distinta. No existe en el mundo razón alguna que avale la prédica hipócrita de la superioridad de nuestra cultura, por más que el indio fabrique lanzas, reduzca cabezas, nosotros no debemos olvidar que nuestra cultura fabrica misiles, bombas de neutrones, etc"(Idem.). El artículo 21 de tal documento mencionaba que "El Juez puede declarar inimputable o atenuar la pena por debajo del mínimo legal al que, por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender debidamente el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión". La propuesta de Zaffaroni fue asumida por el Proyecto de Código Penal septiembre de 1989 y el correspondiente a julio de 1990, cuya descripción normativa es idéntica: "El que por su

norma fue anterior al expreso reconocimiento del pluralismo jurídico y la jurisdicción especial, declarada en el artículo 149º de la Constitución Política de 1993⁽⁵⁾: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”. Además de la consagración del derecho de todo individuo "a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación" (inciso 19, artículo 2). En la doctrina nacional, *Peña Cabrera* afirmaba que la inclusión de esta clase de error resaltaba “normativamente el respeto por los valores culturales distintos -nunca mejores ni peores a los de la sociedad occidental-, en el sentido de que no se criminalice conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales”⁽⁶⁾.

Del texto del artículo 15 del Código Penal se aprecia que se diferencia dos modalidades de condicionamientos: *Primero*, cuando el sujeto por su **cultura** comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión o cuando su capacidad de comprensión se encuentra disminuida. *Segundo*, cuando el sujeto por su **costumbre** comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión o cuando su capacidad de comprensión se encuentra disminuida. El primer supuesto sería el de "**error de comprensión culturalmente condicionado**" (la propia

cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal" (artículo 20). Finalmente, el Proyecto de Código Penal de enero de 1991 estableció la siguiente descripción normativa: "*El que por su cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal*" (artículo 15). Se percibe claramente de los textos adoptados por los proyectos de código penal antes citados –también la fórmula de *Zaffaroni*– que se diferencian del posteriormente puesto en vigencia en abril de 1991, en la prescripción de la atenuación de la pena "por debajo del mínimo legal". Con ello, como veremos más adelante, aún se conservaba el pensamiento que los sujetos provenientes de otros ámbitos culturales deberían asimilarse a la cultura predominante. Para *Hurtado Pozo* el sentido del artículo 15 "se afilia más a las propuestas de considerar las diferencias culturales como causas de inimputabilidad que a la iniciativa de *Zaffaroni* para estatuir una circunstancia de inculpabilidad" (en *Anuario de Derecho Penal*, 2003, p. 361).

⁴ La Exposición de Motivos del Código Penal vigente sostiene que la incorporación de esta norma se hace "en reconocimiento a la heterogeneidad cultural de los habitantes de nuestro país, pero sin recurrir a una terminología despectiva como la que infelizmente utilizó el "Código Maúrtua".

⁵ Como recuerda Raquel Yrigoyen, el art. 15 del código penal "se dio antes de la reforma constitucional de 1993 como una forma de descriminalizar las prácticas culturales indígenas, que tenían un tratamiento etnocéntrico y peyorativo por el código penal de 1924" (Hacia una jurisprudencia pluralista en Derecho penal y pluralidad cultural, *Anuario de derecho penal* 2006, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad de Friburgo, Suiza, p.401).

⁶ Peña Cabrera en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3 (separata), 1993, p. 608.

Exposición de Motivos del texto punitivo nacional considera que se “ha dado acogida a una forma especial de error conocida como “error de comprensión culturalmente condicionado”), mientras que el segundo correspondería a la llamada “**conciencia disidente**”.

Dentro del planteo de la culpabilidad de acto, el error de comprensión es “la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente”⁽⁷⁾. Puesto que el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta y ha interiorizado desde pequeño los patrones conductuales y valores de esa cultura. Así. El caso del miembro de una comunidad nativa de la Amazonía que practica actos sexuales con una menor de 14 años, pues en su comunidad es costumbre la convivencia incluso con menores de 12 años⁽⁸⁾. Otro ejemplo graficaría lo señalado: aquel que lleva a cabo exhumaciones conforme a los rituales de su cultura en contradicción con lo previsto por las normas que rigen aquellas actividades, Ambos casos podrían responsabilizar penalmente al infractor con pautas culturales diferentes. Aquí el sujeto tal vez pudo haber conocido la prohibición de la norma pero no puede internalizarla o interiorizarla, situación que no se producirá por su condicionamiento cultural, de manera tal que no se le podrá reprochar el comportamiento realizado a pesar de haber conocido la prohibición⁽⁹⁾. Jurisprudencia: “*La sola posesión de objetos presumiblemente usados en sesiones de curanderismo es prueba suficiente para demostrar el ejercicio ilegal de la medicina. Siendo la práctica de la medicina folclórica un hecho habitual en las zonas de la serranía, es de aplicación el error de comprensión culturalmente condicionado para absolver al inculpado*”⁽¹⁰⁾.

En términos generales, el error de comprensión culturalmente condicionado es un *error invencible de prohibición*, por tanto no habrá imputación personal y en consecuencia, se eximirá de responsabilidad penal y de la aplicación de una consecuencia jurídica al sujeto (pena o medida de seguridad).

2. Determinación de la vencibilidad.

Un tema que resulta de suma importancia es el correspondiente a los casos de *vencibilidad* en el error de comprensión culturalmente condicionado que desde

⁷ Zaffaroni **en** Política criminal latinoamericana, 1988, p. 51.

⁸ Villavicencio, 2002, p. 87. Vid. Ejecutoria Suprema del 5 de octubre de 1999, Primera Sala Penal, Exp. 2456-99 Junín. Vid. tab. la crítica de *Hurtado Pozo* a este ejemplo **en** Anuario de Derecho Penal, 2003, pp. 358-359.

⁹ Cfr. García Vitor: Diversidad cultural y derecho penal, Buenos Aires 1993, p. 31. Con respecto al ejemplo citado, el profesor *Hurtado Pozo* plantea como caso semejante el de la *práctica de la medicina tradicional* (artículo 290, inciso 2), sosteniendo que si dichos actos “son cometidos en el seno de un grupo humano sin contacto con el sistema oficial (...), sería irracional (...) intervenir y someter al responsable del acto típico a una sanción penal. La razón, sin embargo, no necesita ser la presencia de un error de prohibición o de comprensión porque dichas personas ignoran completamente las normas prohibitivas oficiales. Por tanto, no se les puede exigir que hagan los esfuerzos necesarios para conocer dichas prohibiciones. Tampoco, puede decirse que se equivocan pues el error se basa siempre en una falsa representación de realidad material o de valores que se ha interiorizado; no hacen sino comportarse conforme a su sistema comunitario. En realidad, la cuestión es determinar si es necesario intervenir mediante el derecho penal. La respuesta solo puede ser negativa”. (**En** <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/03/Hurtado.pdf>).

¹⁰ Exp. 98-93 Lambayeque **en** Serie de Jurisprudencia 3, 2000, p. 183.

nuestra perspectiva no sería de aplicación para los sujetos provenientes de las comunidades campesinas o nativas porque significaría la imposición de “otra cultural” y que de cara al futuro se estaría propugnando la asimilación obligatoria de los valores de la cultura predominante ⁽¹¹⁾, en este sentido para estos supuestos sólo cabe la invencibilidad del error. Creemos que la evaluación de la vencibilidad se daría para los casos de conciencia disidente. La descripción normativa del artículo 15º del código penal peruano daría cabida a una tesis contraria por ello prescribe que en estos casos, es decir, de “vencibilidad”, el juzgador “atenuará la pena” a imponerse ⁽¹²⁾.

Además, la determinación procesal de la vencibilidad es tarea difícil y lo recomendable es la actuación de una **pericia antropológica** o de una pericia cultural. Así, la jurisprudencia peruana señala *“Que el imputado es natural del Distrito de Margos, Provincia de Ambo, Departamento de Huánuco, pero vino a radicar a Lima desde hace más de tres años antes de ocurridos los hechos; que el Tribunal de Instancia, sin fundamento científico alguno, ni pericial, en el fundamento jurídico sexto considera que el imputado actuó como lo hizo en función a su procedencia cultural, afirmando que en el ámbito geográfico cultural del que es oriundo el imputado los jóvenes se unen sexualmente a muy temprana edad; que a ello se agrega que no ha explicado, lo que incluso deviene imposible por la falta de una evaluación antropológica, por qué el supuesto error de comprensión culturalmente condicionado fue invencible y, por ende, por que se descarta el error vencible; que, de conformidad con el artículo ciento sesenta del Código de Procedimientos Penales, debe nombrarse peritos cuando sea necesario conocer o apreciar algún hecho importante que requiera conocimientos especiales; que esta norma se ha incumplido en el caso de autos, pues la evaluación del condicionamiento cultural del imputado requiere informe pericial”*⁽¹³⁾.

3. Crítica a la solución del error.

Resulta muy dudoso que en todos los casos que la fórmula pretende resolver el sujeto actúe por “error”. Algunos consideran ⁽¹⁴⁾ que la fórmula del artículo 15º del Código Penal peruano “no constituye en sí una forma típica de error”. Señala que “la base ontológica del error es siempre el desconocimiento o la equivocación; en suma error, sobre los elementos fácticos o normativos del tipo

¹¹ Vide el debate sobre esta problemática en: Raquel Yrigoyen Fajardo: Control penal y diversidad étnico-cultural en Conflicto y sistema penal (diez estudios sobre la actual reforma), Edit. Colex, Salamanca 1996; <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/03/Hurtado.pdf>; Esther Sánchez Botero: Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígena en una nación multicultural y multiétnica (en línea), ALERTANET (citado el 03 de diciembre de 2001) en <http://geocities.com/RainForest/Andes/8976/>; Benítez N, Hernán Darío. Tratamiento juridicopenal del indígena colombiano ¿inimputabilidad o inculpabilidad?. Temis. Bogotá, Colombia. 1988, p. 172.

¹² En la práctica, el Art. 15 del CP es utilizado por los magistrados peruanos como un mecanismo para atenuar la pena, sin que quede claro como se realiza la graduación de la aculturación si no hay un informe antropológico de por medio, de manera que esta interpretación puede ser contraria al Art. 15 del código penal (Defensoría del Pueblo: Personas indígenas privadas de libertad y sentencias que vulneran el debido proceso, Lima 2002 (inédito), p. 58. Vid. Ejecutoria Suprema del 5 de octubre de 1999, Primera Sala Penal Transitoria, Exp. 2456-99 Junín.

¹³ Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del 5 de octubre de 2004, R. N. 3598-2003 Cono Norte de Lima.

¹⁴ Miguel Pérez Arrollo 2000, p. 763.

penal o sobre la licitud del injusto. En el caso de los sujetos infractores, condicionados por su cultura, de la norma penal ni se equivocan ni desconocen. Pueden perfectamente conocer, pero no entender, lo que se les quiere comunicar con la norma, no interiorizan el mensaje normativo de la norma penal. Actúan con pleno conocimiento y convencimiento de que su actuar es correcto y de acuerdo a sus parámetros culturales, incluso exigibles. “En realidad, no todos son casos de error. Ello se ha tornado más claro cuando las convenciones internacionales y las propias normas fundamentales de la mayoría de los Estados de nuestra región han reconocido la virtualidad de la existencia de esos sistemas políticos normativos y judiciales, cada uno de ellos con sus propias características” (15). En el mismo sentido se afirma que “últimamente se tiende a poner en duda que en verdad se trate de un caso de error ya que aun cuando se descubra, en el caso concreto, que el sujeto no tuvo ningún error -por ejemplo, por tener un especial nivel de información sobre el derecho oficial-, un respeto a ese pluriculturalismo exige que el sujeto no sea sancionado si su conducta no reviste ningún nivel de violación ético-social. En otras palabras: *aunque el miembro de la comunidad indígena conozca el carácter antijurídico de su conducta en el marco de un entorno cultural que no lo contiene, él tiene derecho a responder a la valoración de esa conducta desde su propio contexto sociocultural*” (16). En este orden de ideas, también se piensa que esta fórmula todavía contiene una visión etnocentrista, que podría ser superada a través del reconocimiento y práctica real de la identidad y autonomía cultural (17).

Desde el punto de vista antropológico, *Kalinsky* coincide con esta posición pero agrega algunas salvedades. En primer lugar, “se reprocha que ciertas personas no internalicen las normas, haciéndolas suyas y obrando en consecuencia. La norma es el patrón de comparación de donde nace la responsabilidad y culpabilidad jurídicas. Sin embargo hay grados y calidades de asunción de las normas que dependen, muchas veces, de los lugares sociales donde esas normas rigen y exigen ser depositarias de los acuerdos de convivencia por atenderlas. No son las normas en sí mismas sino los ambientes donde esas normas adquieren legitimidad quienes deben ser considerados desde un punto de vista sociocultural” (18). Así, “la expresión ‘internalización de la norma’ resulta escasa para explicar las causas de una infracción en contextos de interculturalidad” (19). En segundo lugar, “los contenidos culturales, con todas las características que he querido mostrar, nunca pueden ser evaluados con valores de verdad/falsedad, corrección/incorrección. Son hechos y valen por sí mismos. En todo caso las fuentes de legitimidad serán múltiples y no necesariamente la decisión unilateral de un Estado. No podría hablarse con seriedad de un “error cultural”, por más que jueces, abogados y juristas traten de convencer y convencerse de que es un error jurídico y no cultural, pero que

¹⁵ Binder: Introducción al derecho penal, Edt. Ad-hoc, Buenos Aires, 2004, p.273.

¹⁶ Becerra: Diversidad cultural y derecho penal. La cuestión indígena. Buenos Aires 1997, p. 29.

¹⁷ Francia Sánchez: Pluralidad cultural y derecho penal en Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, 1992, p. 156.

¹⁸ Kalinsky: Pluralidad cultural y derecho penal: la ley como factor de conocimiento. Tesis UBA, 2000, p. 94.

¹⁹ Ídem, p. 96.

a ese error lo ha llevado su propio condicionamiento cultural” (20). Mas adelante agrega que “no es pertinente, entonces, otorgar juicios de valor a una creencia. En el caso de que se declare a una persona en el rango de alguien que no pudo entender la antijuridicidad del hecho por su fuerte condicionamiento cultural, o sea por una creencia errónea lo único que se logra es considerarlo un disminuido en los aspectos cognoscitivo y valorativo” (21). “El error de comprensión culturalmente condicionado’ intenta disminuir la responsabilidad penal en el caso de delito, que en otra persona acarrearía una responsabilidad penal total. Se trata, entonces, de promover una minusvalía para cierto tipo de personas que no son locas y que pueden llegar a comprender la criminalidad del hecho, pero que carecen de un completo dominio de la racionalidad ‘occidental, civilizada, blanca’ para proponerse comportarse según la norma y no cumplir, entonces, con el tipo penal” (22).

4. La solución de la inimputabilidad.

Por otro lado, en la actual discusión jurídica sobre el tema también existe la *solución de la inimputabilidad*.

Desde la lectura del funcionalismo extremo, *Jakobs* considera como uno de los criterios rectores del estudio o enjuiciamiento de la vencibilidad del error de prohibición, si el error recae sobre una norma fundamental, perteneciente al ámbito de indisponibilidad, esto es, aquellos intereses como la vida, la salud por ejemplo, casos en los que solamente se considera la evitabilidad si la persona que realiza la conducta típica pertenece a otras culturas (23). Pero advierte que “en todo caso, no es el error solo lo que fundamenta la inculpabilidad: Se añade un estado psíquico que presenta el parecer del autor (es decir, la *socialización “exótica”*) de modo que éste no puede servir a la norma. De hecho, se trata de un caso extremo de inimputabilidad” (24) (25).

²⁰ Ídem, p. 96.

²¹ Ídem., p. 97.

²² Ídem., p. 98. Expresa además que “Zaffaroni supone la no comprensión de la antijuridicidad del hecho por desconocimiento de la norma, o por su incapacidad de ponerla en practica debido a la pertenencia del autor del ilícito a una cultura diferente. Por lo tanto, no se puede exigir a esa persona que ‘nternalice’ esa norma y que actúe conforme a ella. Sin embargo, desde un punto de vista antropológico no es posible considerar a esa conducta como un error porque dado el estado actual de cualquier comunidad, al menos en nuestro país, es poco probable que se conozca un solo valor que sea considerado correcto o ilícito” (ídem.).

²³ *Jakobs*:Derecho penal, parte general. Madrid, 1995, p. 659, num. 7.

²⁴ Ídem. La relación entre la *socialización exótica* y la atribución del conocimiento es desarrollada por *Raguès i Vallès* quien afirma que “la referencia a la figura de los *conocimientos mínimos* ha permitido establecer la regla según la cual, cuando se considera imputable a una persona se le atribuyen todos aquellos conocimientos cuya ausencia no se explicaría de no ser por su plena inimputabilidad. Existen, sin embargo, supuestos en que ciertas condiciones personales del sujeto de la imputación hace posible que en su caso se admitan determinados desconocimientos que, como regla general serían inconcebibles en cualquier otra persona, aunque no se fundamente dicha admisión en ciertas anomalías psíquicas de tal sujeto, sino en la peculiar relación existente entre éste y la sociedades el seno de la cual se realiza la imputación (...) imagínese el caso en el que un aborigen de una tribu que apenas ha mantenido contactos con la civilización occidental llega por los motivos que sean a una ciudad europea y, a los pocos minutos de su llegada, alguien le pone una pistola en su mano y le exhorta a que “siguiendo una tradición continental”, apriete el gatillo. Parece que en este supuesto la no imputación del conocimiento del riesgo de la actuación es

Como se podrá advertir el autor decanta el problema de los sujetos provenientes de otras culturas como un asunto de “socialización” a los que califica como inimputables, lo que significaría la adopción de una visión tributaria del positivismo sociológico.

En el derecho penal español es *Terradillos Basoco* quien considera que se trata de un supuesto de inimputabilidad y expresa que “sin embargo, no seguirse manteniendo una visión de inimputabilidad como inferior, incapaz de decidir consciente y libremente. Si se es coherente con el concepto material de culpabilidad propuesto, cualesquiera que sea el origen de la incapacidad para ser motivado, ha de ser determinante de inimputabilidad. Y, por seguir con el texto del código penal español, si inimputable es quien padece alteraciones en la percepción, hay que referir esos términos al contexto valorativo-jurídico en el que se insertan. No se trata de declarar inimputable al daltónico, por mucho que sufra alteraciones en la percepción. La percepción de aquí interesa es la referida a los valores culturales que se reflejan en las normas penales. Y el miembro de la comunidad minoritaria con valores distintos a los hegemónicos

algo que, cuando menos se estaría dispuesto a plantear, cosa que ni tan siquiera sucedería de ser el acusado una persona nacida y educada en el seno de la cultura occidental o de otras sociedades con unos parámetros culturales cercanos a los de ésta” (...) En el ámbito de los *conocimientos mínimos* se esta, por tanto, ante una imputación que se lleva a cabo en dos pasos. En primer lugar, si el sujeto no puede ser considerado plenamente inimputable se le debe atribuir *los conocimientos mínimos en sentido estricto*, es decir, los comunes a cualquier miembro de la raza humana mayor de edad e imputable; en segundo lugar, si el sujeto ha sido socializado con normalidad en el seno de las sociedades occidentales se le debe atribuir una segunda categoría de conocimientos: los denominados, en adelante, *conocimientos mínimos en sentido amplio*, es decir, *aquellos cuya ausencia de personas imputables sólo se concibe en el caso de que el sujeto apenas haya mantenido contactos con la sociedad que le juzga y cuando, a la vez, tales conocimientos no formen parte del marco cultural del que proviene tal sujeto* (...) El único sustrato objetivo que puede impedir, por tanto, la imputación de los *conocimientos mínimos* en sentido amplio sólo puede venir dado por la demostración de que los contactos entre el sujeto y lo que aquí se denomina “cultura occidental” han sido prácticamente nulos y por el hecho de que en el marco cultural del que procede el sujeto se desconozcan determinadas realidades que forman parte del acervo básico de conocimientos de cualquier miembro de la citada “cultura occidental” (Ragués i Vallés: *El dolo y su prueba en el derecho penal*, Barcelona 1999, pp. 387-389).

²⁵ *García Caverro* sostiene que “en una realidad con grandes diferencias sociales y culturales tanto entre los distintos países como sobre todo al interior del nuestro, resulta negar también la capacidad de personas no socializadas conforme el esquema de valores de nuestra sociedad, en tanto estos sujetos no se encuentran en condiciones de comprender el orden normativo vigente y actuar, por tanto, responsablemente” (2004, pp. 693-694). Este autor se refiere a los casos de socialización exótica (Vid. *Idem*, p. 694, cita 163). Como forma de error culturalmente condicionado, vide. *Idem*. *Lecciones de derecho penal, parte general*, Grijley, Lima 2008, p. 537. *Manso Porto*, afirma que “desde un punto de vista sistemático, el condicionamiento cultural como factor que explica la ignorancia de las normas abarca la problemática del desconocimiento con respecto al ámbito de las normas centrales. En otras sociedades más homogéneas desde el punto de vista socio-cultural esta problemática solo tiene cabida en supuestos muy excepcionales de “socialización exótica” que dan lugar a un error inevitable de prohibición. En las sociedades heterogéneas culturalmente, no es difícil adivinar que el problema adquiere otras dimensiones. Sistemáticamente, este grupo específico de casos de error de prohibición inevitable pueden asimilarse a los supuestos de falta de capacidad de culpabilidad, si bien también es defendible la postura inversa, es decir, la de considerar que es la falta de capacidad para comprender el injusto motivada por una anomalía psíquica o trastorno mental la que constituye un caso especial de error de prohibición” (*La regulación del error en el Código Penal Peruano en Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 12, pp. 61 y ss.).

plasmados en el derecho penal carece de esa percepción (...) La solución del error de prohibición, incluso en su modalidad de error culturalmente condicionado, desconoce las diferencias estructurales que median entre quien compartiendo la generalidad del ensamblaje valorativo-jurídico, yerra sobre un aspecto concreto del mismo y quien se rige por pautas culturales globales distintas. Desconoce el pluralismo cultural...Desde el punto de vista práctico, la solución de apreciar imputabilidad en estos casos enlaza mejor con la idea que motivabilidad significa también responsabilidad de los poderes públicos en la integración social del mayor número de ciudadanos. Lo que puede traducirse en la “imposición” al *inimputable* de medidas educativas, que, por razones obvias, han de ser voluntarias y, en cuanto integradoras en contextos democráticos, de mínimos, es decir, respetuosa de la pluralidad a conciliar con el mundo de valores intangibles, por imprescindibles, que es tutelado en las leyes penales” (26).

En el derecho penal colombiano, *Velásquez Velásquez*²⁷, se refiere a la causal de inimputabilidad por estado de diversidad social y cultural, pero no siempre, “pues tan respetables son los patrones culturales de la comunidades aborígenes como las del resto de pobladores”. En el derecho penal chileno, el profesor *Bustos* (28) también se inclina por la *inimputabilidad* al referirse a los actos de un miembro de una comunidad indígena en Latinoamérica. Siguen esta solución, el Código penal de Bolivia (artículo 17, numeral 5) y el de Colombia (artículo 96).

En el Perú, *Hurtado Pozo* afirma que “si bien parece que los redactores del texto legal buscaron regular, en tanto causa de no culpabilidad, el denominado “error de prohibición culturalmente condicionado”, lo que hicieron fue prever la incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre (...) esta incapacidad no se debe, como en el caso de la inimputabilidad (artículo 20, numeral 1), a una anomalía síquica, a una alteración grave de la conciencia o a alteraciones de la percepción que afectan gravemente el concepto de realidad por parte del autor”(29).

También consideran que se trata un problema de inimputabilidad los profesores Julio Mazuelos³⁰ e Ivan Meini³¹.

²⁶ Terradillos Basoco: Culpabilidad y Prevención en Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, 2001, pág. 248

²⁷ Manual de Derecho Penal, Parte General, Temis Bogotá 2002.

²⁸ Obas completas, t. I, 2004, p. 1132

²⁹ <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/HurtadoPozo2.pdf>.. Vid. tab. Idem., 2005, num. 1663 y ss.

³⁰ “El art. 15º del código penal regula un supuesto de déficit de comprensión de la ilicitud penal del hecho o de la capacidad de determinarse de acuerdo a dicha comprensión que es producto de un estado psíquico del autor expresado en una socialización diferente. El autor está motivado de modo distinto a la generalidad” (El denominado error de comprensión culturalmente condicionado en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 7, Lima 2006, p. 335).

³¹ Inimputabilidad penal por diversidad cultural. Sobre el art. 15 del código penal en *Jus Doctrina & Practica* N°8 Lima agosto 2008, Edt. Grijley, p.49 ss. Existe una versión anterior en el

5. Solución de la causal de justificación.

Existe otra forma de tratamiento del problema ligado al terreno de las *causales de justificación*. Para *Enrique García Vitor* “cuando no se puede circunscribir territorialmente a los miembros de una etnia, permitiendo que rija su propio sistema de castigos (...) en la confrontación de las culturas nos podemos encontrar con una *colisión de deberes*, entendida ésta como una exigencia que se impone a un sujeto de cumplir, en una misma situación, a un mismo tiempo, con dos deberes, de tal manera que la satisfacción de uno de ellos no puede sino realizarse en detrimento del otro” (32). *García Vitor*, se plantea dos interrogantes, la primera determinar “si el deber que surge de la cultura diferente puede medirse jerárquicamente con el emanado del orden jurídico prevalente”, la segunda, “si el deber incumplido constituye un injusto merecedor de pena, o, si se está en presencia de un actuar justificado” (33). Esta posición considera al deber de preservar la cultura como una suerte de *ejercicio legítimo de un derecho* que resulta oponible a otros provenientes de la cultura predominante. Tesis que no compartimos, porque la preservación del ámbito cultural -que según el autor, es por conciencia- es un interés hartamente complicado de medir o comparar con otros intereses jurídicos protegidos, con los cuales hipotéticamente entraría en conflicto.

Debemos señalar que en la jurisprudencia peruana también se ha tomado esta opción para enfocar la problemática. Jurisprudencia: “*Que el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal señala que está exento de responsabilidad penal "el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo"; por lo que, si los procesados en su condición de ronderos, momentáneamente aprehendieron a los presuntos agraviados; sin embargo su accionar es legítimo por cuanto se encuentra enmarcado dentro (...) del artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución.(...) Que al haber concurrido la causa de justificación "el actuar por disposición de la Ley" en el presente proceso; en consecuencia si bien la acción es típica; sin embargo no es antijurídica, por ende tampoco culpable, resultando de aplicación el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales(...)*” (34).

En el Perú, sigue esta línea de argumentación Raquel Yrigoyen quien afirma que no es necesario que “los indígenas, campesinos o ronderos apelen al error de comprensión para eximirse de pena, por tanto su conducta constituye el ejercicio legítimo del derecho constitucional a la propia cultura y derecho” (35).

Nº 60 de la revista Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, Lima 2007 págs. 17 ss.

³² García Vitor, 1998, p. 22 (el subrayado es mio). Cfr. *García Vitor, Enrique: Culturas Diversas y Sistema Penal. Publicado en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos.htm>*.

³³ Idem., p. 23.

³⁴ Ejecutoria Suprema de 9 junio 2004. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria. RN. N°975-04 San Martín.

³⁵ Hacia una jurisprudencia pluralista en Derecho penal y pluralidad cultural, Anuario de derecho penal 2006, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad de Friburgo, Suiza, p.402.

6. La solución de la inexigibilidad de otra conducta por condicionamiento cultural determinante.

Por otro lado, también se plantea la solución de la *inexigibilidad de otra conducta por condicionamiento cultural determinante*. En efecto, como afirma Pérez Arroyo, “a nadie se le puede exigir comportarse como no sabe o como no entiende, dado que sus pautas culturales son abiertamente contrapuestas a las de la cultura oficial. Este criterio es más válido para las sociedades latinoamericanas” (36). También se ha dicho que “esta no exigibilidad es un concepto que bien entendido puede ser un instrumento de ‘ajuste’ del funcionamiento del control penal del Estado cada vez que se trate de conductas realizadas en el marco de una comunidad indígena: el Estado no puede exigir que los sujetos abandonen su patrón cultural. A nadie se le puede exigir, a pesar de que ‘pueda lograrlo’, el abandono de sus parámetros culturales” (37).

7. Nuestra opinión.

En suma, pensamos que de todas las fórmulas o planteamientos teóricos que pretenden dar una solución al problema en cuestión, la prescrita por el artículo 15º del código penal vigente es la menos permeable a las críticas y puede ser interpretada como: **casos de inexigibilidad originados por el condicionamiento cultural** *Primera: por error de comprensión culturalmente condicionado* (artículo 15, Código penal), *Segunda: inexigibilidad por el condicionamiento cultural del sujeto no originada por error* (artículo 45, numeral 2, Código penal) (38).

Asimismo, consideramos que el supuesto del artículo quince solo sería aplicable para los casos en que el infractor campesino o nativo efectúa la comisión del delito fuera de su ámbito territorial y contra bienes jurídicos que no son valorados por su cultura. De ello, se desprende que el contenido de este artículo quedaría reducido en su ámbito de aplicación y para tales hipótesis tendría que eximir de pena al sujeto. Lo correcto es fortalecer los sistemas jurídicos campesinos o nativos para la solución de estos conflictos.

8. Condicionamiento cultural que origina error de tipo y justificación putativa.

³⁶ Pérez Arroyo: Derecho penal y diversidad cultural. Cuadernos de Política Criminal Nº 72, Edersa, Madrid 2000, p. 767. Agrega que “para las sociedades occidentales con problemas de migración mi opción de salida, también integradora-asimilacionista, es el de la *renuncia de la pena por innecesariedad*, lo que el derecho penal alemán denomina, aunque con criterios de derecho penal de oportunidad «absehen von Strafe» y que cuyo contenido se redefiniría, para el tema que nos ocupa, sobre la base de criterios político-criminales de «necesidad y merecimiento de pena»” (idem. p. 767-768).

³⁷ Becerra: ob.cit, 1996, p. 30

³⁸ Infra num. 1425.

Por otro lado, debemos precisar que el condicionamiento cultural no siempre da lugar a un error de prohibición, sino que puede originar distintas clases de error: errores sobre la causalidad (error de tipo) o una justificación putativa.

Error sobre la causalidad (error de tipo), se presenta, por ejemplo en el supuesto en el que los miembros de una comunidad nativa apliquen a uno de sus miembros, que se encontraría poseído por fuerzas malignas, un “tratamiento” consistente en una golpiza con el propósito de “curarlo”, pero objetivamente tal hecho le podría provocar lesiones o peor aún, la muerte. Evidentemente que en este supuesto existe un nexo de causalidad entre la acción (el “tratamiento”) y el resultado de lesiones o muerte -o quizás más, desde la teoría de la imputación objetiva: la acción de los nativos generó un peligro o riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado o el resultado producido por el “tratamiento” es la realización del mismo peligro (desaprobado jurídicamente) creado por la acción-. Sin embargo, no será calificada como un comportamiento doloso por existir ignorancia culturalmente condicionada sobre el curso causal de los acontecimientos (primer párrafo del artículo 14, Código penal).

La **justificación putativa** (error de prohibición indirecto) se presentaría en supuestos como en las comunidades del oriente ecuatoriano en las que los lugareños dan muerte en defensa de la supervivencia y continuidad de su ámbito cultural en el convencimiento de que los hombres extraños les agredirán ⁽³⁹⁾ (hipótesis de justificación putativa, comprendida en el segundo párrafo del artículo 14, Código penal). En nuestro país, un grupo de pescadores de la localidad de Iberia (departamento de Madre de Dios) sufrieron un ataque, resultando uno de ellos herido de gravedad, por parte de un grupo de indígenas que viven en situación de aislamiento o “no contactados” en el río Alto Tahuamanu, comportamiento que respondía a una actitud de defensa de la supervivencia de su ámbito pues los “extraños” muchas veces son portadores de enfermedades gripales lo cual ha provocado la muerte de sus integrantes ⁽⁴⁰⁾.

7. Conciencia disidente.

El artículo 15 del Código Penal de 1991 también contendría la figura denominada de la “*conciencia disidente*” ⁽⁴¹⁾, siendo que para el supuesto de error de comprensión se excluiría la imputación personal mientras que para el caso de conciencia disidente sólo se disminuiría la sanción, y la diferenciación surgiría del uso de los términos *cultura* y *costumbre*, pues éste último señalaría que “la capacidad de comprensión se halla solamente disminuida” mientras que

³⁹ Zaffaroni IV, 1982, p. 201.

⁴⁰ Suceso que es resaltado por el comunicado de prensa de la Federación Nativa del Río Madre de Dios y Afluyentes (FENAMAD) del 14 de septiembre de 2000 que destaca en su punto 2 que “las poblaciones indígenas en aislamiento mantienen una actitud de defensa y protección de sus familias, debido a experiencias traumáticas que han sufrido en épocas anteriores, sobre todo, por el contagio de enfermedades, como la gripe, que les ha ocasionado muerte masiva. Esto explica su aislamiento y su permanente actitud de defensa para evitar cualquier contacto con la población foránea”.

⁴¹ En la ciencia penal peruana asumen este criterio *Bramont-Arias, Yrigoyen Fajardo, Francia Sánchez*.

el primero indicaría que "quien por su "cultura" no puede comprender que su actuar constituye delito" se excluiría su responsabilidad penal ⁽⁴²⁾. En sentido diferente, *Peña Cabrera* consideraba que si bien "es cierto que esta forma de error de prohibición también alcanza a la conciencia disidente, en el caso de nuestra legislación la especificidad está referida a lo culturalmente condicionado" ⁽⁴³⁾. De otro lado, *Villa Stein* se contraponen a la admisibilidad de la "conciencia disidente" al considerar que "con ese "amparo" se terminaría por oponer la eximente a los diversos injustos en que incurre sinnúmero de modalidades de fundamentalismo político, cuyos militantes ciertamente comparten "esquemas de valores distintos al nuestro" ⁽⁴⁴⁾.

Jurisprudencia: "A criterio del suscrito su condicionamiento cultural da lugar a una 'conciencia disidente o autoría por conciencia' es decir que ha obrado como resultado de un esquema general de valores diferentes al nuestro, lo que faculta la atenuación de la pena dado que la posibilidad de su comprensión se haya disminuida" ⁽⁴⁵⁾.
Jurisprudencia discrepante: "Los hechos de la causa sólo harían factible sostener en función a la procedencia cultural del imputado -aunque es de rigor confirmarlo o descartarlo a partir de una pericia-, la presencia de lo que un sector doctrinal denomina "condicionamiento cultural"; que esto último tendría su génesis en un conflicto cultural, que puede ser extrasistémico o intrasistémico; que, en el primer caso, se trata de un conflicto producido en personas que, como podría ser el caso del encausado, provienen de un medio culturalmente diverso; que, en el segundo caso, que es al que alude el voto singular -no recogido expresamente en el artículo quince del Código Penal-, se sustenta en una concepción discrepante o de conciencia disidente y significa que el individuo sabe y comprende el carácter delictuoso de su acto pero que a su vez discrepa conscientemente de la norma y de su carácter imperativo, supuesto que en modo alguno se presenta en el caso de autos" ⁽⁴⁶⁾.

Creemos que el texto legal del artículo 15 cuando utiliza el término de "costumbre" se refiere a esta problemática y de esta forma, asume una variante nueva del pluralismo jurídico ⁽⁴⁷⁾ que importa la coexistencia pacífica de varias formas de derecho o sistemas jurídicos al lado del derecho oficial, dentro del espacio cultural social de este último. "La comisión de un delito no siempre refleja un conflicto entre individuo y sociedad, sino una contraposición entre distintos sistemas sociales y distintas formas de entender la vida. Y precisamente lo que caracteriza a una sociedad democrática y pluralista es la posibilidad de coexistencia pacífica entre los distintos sistemas de valores, a veces, contradictorios" ⁽⁴⁸⁾.

⁴² Francia Sánchez: ob.cit, 1992, p. 159.

⁴³ Peña Cabrera, Op. Cit., p. 608.

⁴⁴ Villa Stein: Derecho penal, parte general, San Marcos Lima 1998, p. 421. En el mismo sentido: Derecho penal, parte general, Tercera edición, Grijley, Lima 2008, p. 458.

⁴⁵ Voto singular del vocal César Cotos López en Sentencia de la Segunda Sala Penal con reos libres del 29 de octubre del 2003, Exp. 2001 – 1575, considerando tercero.

⁴⁶ Sala Penal Permanente. Corte Suprema de Justicia. R. N. 3598-2003 Cono Norte. Lima, cinco de octubre de dos mil cuatro (*el subrayado es nuestro*).

⁴⁷ Por su parte, el pluralismo jurídico clásico implica la coexistencia de uno o más derechos nativos al lado del derecho oficial, dentro del mismo marco social, por ejemplo, las comunidades nativas y las rondas campesinas.

⁴⁸ Muñoz Conde: La objeción de conciencia en derecho penal en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, 1997, p. 293.