

DERECHO PENAL Y DIFERENCIAS CULTURALES: EL CASO PERUANO

*José Hurtado Pozo*¹

Sumario: I. Introducción. II. Planteamiento. III. Fuentes del artículo 15. IV. Interpretación predominante. V. Comentarios críticos. VI. Aplicación del artículo 15. VII. Diferencias culturales respecto de los inmigrantes: el caso suizo. A. Error de prohibición. B. Individualización de la pena. VIII. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

La aplicación de un ordenamiento jurídico perteneciente a una cultura determinada a personas que pertenecen a un ámbito cultural distinto puede ser difícilmente comprendida y explicada sin tener en cuenta factores como, por ejemplo, la pluralidad cultural, el pluralismo jurídico², la ciudadanía cultural³, los derechos culturales, los derechos de los pueblos nativos⁴ y el etnocentrismo.

La crisis del Estado-Nación⁵, concebido como la unidad de pueblo, territorio, lenguaje, y la intensificación de las migraciones de poblaciones desfavorecidas hacia países desarrollados, condicionadas por la globalización, han ampliado el fenómeno

1 Profesor de la Universidad de Friburgo (Suiza).

2 HÖFFE, 1999.

3 KYMLICKA, 2001, pp. 25 y ss.

4 BALLÓN AGUIRRE, 2002.

5 HOBBSAWM, 1991, pp. 25 y ss., pp. 209 y ss.; FLORESCANO, 2001, pp. 285 y ss.; ANDERSON, 1997, pp. 63 y ss.

inicialmente indicado, ya que la cuestión no sólo se refiere a los pueblos nativos que fueron sometidos mediante la colonización, sino también a los inmigrantes instalados en países de cultura diferente de la suya.

La pluralidad cultural es propia de toda sociedad y es el resultado de un largo proceso de desarrollo de las interrelaciones entre las diferentes poblaciones. Las políticas del grupo cultural dominante referentes a este fenómeno han sido y son diversas en la medida en que se han destruido, segregado, asimilado o integrado las otras culturas. Lo que manifiesta un etnocentrismo rígido o una tolerancia limitada frente a la diferencia. En la perspectiva de nuestro análisis, señalemos que la integración implica el reconocimiento de que los diversos sectores sociales tienen derecho a conservar sus diversidades culturales participando en la convivencia común global⁶.

Esta concepción de pluralismo cultural debe ser diferenciada de la concepción que preconiza el reconocimiento de que cada cultura debe ser respetada en tanto igual de valiosa que las demás, criterio de índole política y no explicación de la realidad de las sociedades concretas.

De la misma manera, se descuida muchas veces de considerar que el pluralismo jurídico⁷ es un fenómeno bastante generalizado en la medida en que las sociedades están estructuradas de manera plural y practican diversos sistemas de derecho. La cuestión se plantea, en casos como el peruano, de manera más intensa porque las diferencias culturales, comprendidas las jurídicas, de los diversos grupos de pobladores son más acentuadas y, sobre todo, marcadas por desigualdades e injusticias muy fuertes.

Sin esta amplia perspectiva no se comprende cómo ha evolucionado en el Perú, así como en otros países latinoamericanos, la legislación tanto en el dominio constitucional como en el del derecho penal. Los problemas de interpretación del artículo 15 del Código Penal peruano son frecuentemente debidos a la deficiente comprensión de ese contexto global.

La índole de este trabajo no es propicia para analizar, aunque sea brevemente, los diversos factores extrajurídicos señalados. El objetivo se limita más bien a presentar sucintamente la manera como la doctrina y la jurisprudencia peruanas han aplicado las disposiciones y los criterios concernientes a la regulación de los efectos que se presentan en caso de conflictos culturales⁸; más exactamente, de qué modo se deben tener en cuenta las pautas culturales propias al autor de una infracción y que son distintas de las que están en la base de la ley penal oficial. Para dar una idea de los problemas que

6 CORTINA, pp. 36 y ss.

7 LAMPE, 1995, pp. 8 y ss.

8 KÄLIN, 2000.

se presentan en países desarrollados, hemos creído conveniente presentar de manera resumida el caso suizo.

II. PLANTEAMIENTO

Según el artículo 15 del Código Penal,

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

En diversas ediciones del Código Penal de 1991, aún en las oficiales, aparece como nota marginal de esta disposición la expresión “error de comprensión culturalmente condicionado”. Esto se debe, sobre todo, a que en su exposición de motivos se afirmó que se había incorporado, en la disposición transcrita, la mencionada noción jurídica⁹. Esta oficiosa designación fue generalmente aceptada por diversos autores.

Los comentaristas, además de coincidir en la terminología, se caracterizan por no explicar ni justificar suficientemente por qué hay que interpretar el artículo 15 siguiendo estrechamente la noción de error culturalmente condicionado, elaborada por RAÚL ZAFFARONI e inspirador de esta disposición.

Así, transcribiendo casi literalmente lo escrito por ZAFFARONI, BRAMONT ARIAS/ BRAMONT-ARIAS¹⁰, se afilian sin espíritu crítico a la tesis del jurista argentino y repiten el ejemplo que este autor da de la prohibición de inhumaciones. Además, indican como fuente del artículo 15 el proyecto peruano de 1991, el mismo que es sólo su antecedente inmediato.

VILLAVICENCIO¹¹ considera que “es novedosa la introducción de la figura del error de comprensión culturalmente condicionado”. Como ZAFFARONI, lo define como el que recae sobre la comprensión de la ilicitud del hecho y precisa que cuando es directo concierne el conocimiento de la norma penal, su vigencia y aplicabilidad¹². Además, considera que el error de comprensión “es la inexigibilidad de la internalización” y que debe entenderse por comprensión el más alto nivel de captación humana que implica la internalización. En cuanto a esta última, VILLAVICENCIO hace referencia a

9 Código Penal, edición oficial, pp. 43 y ss.; Cf. 1979, pp. 67 y ss. La exposición de motivos corresponde, en realidad al texto del proyecto que fue difiere en diversos puntos del texto definitivo del Código.

10 VILLAVICENCIO, 2001, pp. 149 y ss.

11 Íd., 1993, pp. 112 y ss.

12 Íd., 2001, pp. 86 y ss.

que el infractor se desarrolla en una “cultura distinta a la nuestra” y que “ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura”. Da como ejemplo, 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”¹³.

VILLA STEIN¹⁴, por su parte, sostiene *grosso modo* los mismos criterios, pero, en contra de lo afirmado por ZAFFARONI, no estima que se trate de un caso de error de prohibición. Sin embargo, no explica las razones de su discrepancia, ni tampoco de qué institución se trata, no obstante sigue hablando de error de comprensión.

De manera más extensa, FRANCIA ha abordado este problema en un artículo de revista, el mismo que hemos comentado de manera más o menos detenida¹⁵. Por esto nos limitaremos a resumir brevemente nuestro análisis. FRANCIA¹⁶ afirma también que se trata de un “error culturalmente condicionado”, el mismo que imposibilita la comprensión de la norma y la antijuricidad de la conducta, originado por el acondicionamiento cultural del individuo. Error que por su carácter invencible excluye la culpabilidad y toda sanción penal. En su opinión, es la interpretación correcta porque, por un lado, es conforme a la concepción expuesta en el artículo comentado y, por otro, “rechaza la asimilación del resto de culturas a la cultura occidental como propuesta política”¹⁷.

Para PEÑA CABRERA¹⁸, considerando que se ha regulado el error de prohibición y que el Perú es étnica y culturalmente plural, estimó necesario que en el nuevo código se resaltase normativamente el respeto de los valores culturales distintos “[...] en el sentido que no se criminalice conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales”. Como los otros autores peruanos citados, repite que “al sujeto que conoce la norma prohibitiva pero que no la puede internalizar por razones culturales, por regla general, no se le puede reprochar esa falta de internalización”. Afirmación que no tiene en cuenta el hecho de que existen grupos culturales aislados que pueden desconocer completamente la norma prohibitiva. Sin embargo, señala que “el condicionamiento cultural puede llevarse a cabo no solamente cuando se cree estar conduciéndose lícitamente, sino, también, cuando el agente ni siquiera se ha planteado seriamente las dudas sobre la licitud o ilicitud de su hecho”.

13 *Ibíd.*, p. 87.

14 VILLA STEIN, 2001, pp. 419 y ss.

15 HURTADO POZO, 1995, pp. 157 y ss.

16 FRANCIA, 1993, pp. 493 y ss.

17 *Ibíd.*, p. 511.

18 PEÑA CABRERA, 1994, pp. 436, 444 y ss.

III. FUENTES DEL ARTÍCULO 15

Para determinar si es correcta la interpretación propuesta por los autores que vienen de mencionarse, es indispensable tener en cuenta si las disposiciones del Código Penal peruano pueden ser interpretadas siguiendo las pautas propuestas por RAÚL ZAFFARONI.

Este autor¹⁹ concibe el error de comprensión culturalmente condicionado a partir de la legislación argentina, en particular del artículo 34 inciso 1 del Código Penal. Según esta disposición, no es punible quien “no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”. De esta manera, diferente de la utilizada en la legislación penal peruana, se prevén dos circunstancias que impiden penar al autor de un comportamiento típico. La situación determinante es que el agente no pueda comprender la criminalidad del acto o dirigirlo conforme a esta comprensión. Por un lado, esta incapacidad es debida a la insuficiencia de sus facultades o por alteraciones morbosas de éstas. Se trata de la capacidad de culpabilidad. Por otro, dicha incapacidad tiene su origen en el error o ignorancia en que actúa el agente. Así, se comprende tanto al error de tipo como de prohibición. Circunstancias que excluyen el dolo (error de tipo) o la culpabilidad (error de prohibición), respectivamente.

La peculiaridad de esta regulación es que induce a plantear el problema del error como un factor que condiciona la capacidad de comprensión del agente. Lo que no sucede en el derecho positivo peruano, ya que la capacidad de culpabilidad está regulada de manera autónoma, aunque de modo parecido a la legislación argentina en la medida en que se le hace depender del estado psíquico del agente. Mientras que el error está previsto sin relación directa con la capacidad de culpabilidad del agente. Bien por el contrario, se presupone la existencia de esta capacidad y sólo se hace referencia al aspecto sobre el que debe recaer: la ilicitud del comportamiento. De modo que no debe analizarse el error como circunstancia que excluye la capacidad del agente para comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. El sujeto capaz de culpabilidad, en el momento de actuar, debe más bien tener la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento. Esta circunstancia no existe cuando actúa bajo la influencia de un error de prohibición. Si este error es invencible no se le puede reprochar su comportamiento delictuoso; por tanto, no es culpable. La culpabilidad subsiste, por el contrario, en la medida en que tuvo la posibilidad de evitar el error; pero el reproche varía de intensidad según el esfuerzo que hubiera tenido que realizar para superarlo.

19 ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, pp. 704 y ss.; cf. GARCÍA VITOR, 36, pp. 27 y ss.; CESANO/KALINSKY, pp. 231 y ss.; IRIGOYEN, pp. 35 y ss.

ZAFFARONI estima que el llamado error de comprensión culturalmente condicionado es un caso de error de prohibición. Para comprender esta afirmación hay que considerar las premisas de las cuales parte. En su opinión, la culpabilidad tiene como presupuesto la autodeterminación de la persona. El límite mínimo de esta autodeterminación es fijado por el ordenamiento jurídico, de modo que toda autodeterminación que esté por debajo de este límite no es relevante para el derecho penal. En la medida en que la persona tiene la autodeterminación necesaria, se le puede exigir que reconozca la naturaleza antijurídica de su comportamiento. Por esto, la exigibilidad es la base de todas las circunstancias que excluyen la culpabilidad.

Ahora bien: según ZAFFARONI, no es exigible el reconocimiento de la naturaleza antijurídica del acto en caso 1. de error de prohibición invencible (art. 34, inc. 1) y 2. de incapacidad psíquica de comprensión (art. 34, inc. 2). Pero, aun cuando sea posible exigirle ese reconocimiento, sus posibilidades de decisión pueden estar significativamente reducidas. Es el caso, por un lado, de la situación del 3. estado de necesidad exculpante (art. 34, inc. 2) y, por otro, de la 4. incapacidad psíquica para adecuar su comportamiento a la comprensión de la antijuricidad (art. 34, inc. 1). Según los criterios tradicionales, se puede decir que los puntos dos y cuatro conciernen a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad: el agente debe tener la capacidad de comprender el carácter antijurídico de su comportamiento y la capacidad de determinarse de acuerdo con dicha comprensión. El punto primero se refiere al error de prohibición (posibilidad de que el agente capaz comprenda la antijuricidad de su acto) y el punto tercero al estado de necesidad, circunstancia excluyente de la culpabilidad debido, fundamentalmente, a que los intereses en conflicto son equivalentes.

Para los fines de esta explicación, es importante indicar que ZAFFARONI considera como fundamental en la interpretación del artículo 34, inciso 1, del Código Penal argentino el hecho que en su base se encuentre la idea de la “posibilidad de comprender la criminalidad de un acto”. De donde deduce que la ley no exige el conocimiento de la criminalidad, sino la posibilidad de conocerla. De modo que se trata de “una potencia y no de una efectividad”. Esta posibilidad basta en la medida en que la ley misma no exija conocimientos efectivos de aspectos particulares que configuran la criminalidad de un acto. En su opinión la expresión criminalidad utilizada por el legislador sintetiza “todas las circunstancias objetivas que hacen criminal la conducta”, comprendidos los requisitos que permiten imponer una pena (punibilidad del acto).

Importante es, sobre todo, la manera como define la comprensión. En su opinión, este término debe ser interpretado no en el mero sentido de conocer o reconocer la criminalidad, sino más bien en el de la “internalización” o “introyección” de la prohibición. Sólo respecto de la antijuricidad (valor o desvalor), la comprensión constituye una exigencia máxima, no así para los demás factores referentes a la criminalidad. Respecto de éstos es suficiente el conocimiento o la posibilidad de conocimiento. En este sentido, comprender un valor supone que el agente tenga la vivencia tanto de su condición de persona como la condición de la persona ajena, vivencias que se dan en un mundo

pleno de significaciones (cultura) y que él debe también comprender. De modo que se comprende un valor (implícito a la antijuricidad) cuando es incorporado como propio, es asumido como pauta de comportamiento (se trata de “cogerlo”, de “agarrarlo”). Sin embargo, para la culpabilidad la ley considera suficiente “la posibilidad exigible de comprensión de la antijuricidad y, *contrario sensu*, que sólo es inculpable aquél al que no se le puede exigir razonablemente la comprensión de la antijuricidad”²⁰. Esta posibilidad de comprensión no es más que un grado de exigibilidad de la posibilidad hipotética de la comprensión del injusto del hecho.

En este nivel, ZAFFARONI señala que las diferencias en la comprensión del mundo pueden ser tan grandes que, en situaciones extremas, hacen jurídicamente inexistente la comprensión de la antijuricidad, porque no se le puede exigir a nadie que haga suyos valores ajenos, que “incorpore a sus propias pautas de conducta otras diferentes, que respondan a una concepción del mundo y de sí mismo por entero distinta”²¹.

Explicada así la comprensión, ZAFFARONI afirma, de manera consecuente, que la imputabilidad es ausencia de impedimento psíquico para comprender la antijuricidad y para adecuar la conducta a esa comprensión. Si este no es el caso, no se puede exigir al agente tal comprensión y, por tanto, no puede ser considerado culpable. Así mismo, señala que tampoco se puede exigir al agente la comprensión de la criminalidad en caso de las diversas circunstancias de error de prohibición y de otros errores exculpantes. En un tercer apartado, considera los que él denomina errores directos de comprensión y conciencia disidente²².

Desde su perspectiva, el error de comprensión es un caso de error de prohibición directo, ya que éste no se agota en el desconocimiento de la prohibición o de sus alcances, sino que también comprende el caso en que “el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, es decir, su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo”. Aquí, se trataría generalmente de casos en los que el agente ha interiorizado valores diferentes e incompatibles con aquellos sobre los cuales se fundamenta la norma prohibitiva penalmente reforzada. Sin embargo, ZAFFARONI precisa su idea diciendo que la culpabilidad no requiere que el sujeto haya internalizado esos valores, sino sólo “que haya tenido la posibilidad de internalizarlos en un grado razonablemente exigible. La exigibilidad depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debe realizar para materializar esa comprensión efectiva”²³. Si el esfuerzo que el agente debe realizar es tal que no resulta razonable exigirle que lo haga, se presenta la inexigibilidad jurídica y, por tanto, queda excluida la reprochabilidad, ya que el error de comprensión es un error de prohibición invencible.

20 ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 650.

21 Ídem.

22 *Ibíd.*, pp. 700 y ss.

23 *Ibíd.*, p. 705.

Una de las ventajas de esta interpretación y de la introducción del criterio del error de comprensión, según ZAFFARONI, es la de rechazar “la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en estado peligroso”. Así mismo estima este autor, por un lado, que las demás alternativas propuestas resultan artificiosas pues en el caso del indígena “lo que no puede exigírseles es la comprensión de la criminalidad”²⁴; es decir que internalicen la prohibición del comportamiento. Al respecto, concluye destacando el aspecto constitucional del problema en la medida en que, en la Constitución argentina, se ha reconocido “la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural” (art. 75 inc. 17).

Para avanzar en nuestro análisis, conviene considerar uno de los ejemplos dados por ZAFFARONI para ilustrar la noción de “comprensión”. De manera esquemática, dice que “el antropólogo puede conocer y describir en otras culturas la eliminación de los ancianos, la poligamia, la poliandria, la ablación del clítoris o el suicidio de la viuda, pero no es posible exigirle que los comprenda”. Para los fines que perseguimos, tendríamos que imaginar cómo hubiese debido juzgarse al antropólogo si, viviendo entre los pueblos cuya cultura estudiaba, hubiere internalizado sus pautas culturales y, por ejemplo, se hubiese vuelto a casar y, breve tiempo después, participado en el hecho de matar a su anciano e inválido suegro, como lo exigen sus nuevas pautas culturales. De haber permanecido en Polinesia, no sólo no hubiera sido sancionado, sino quizás felicitado por su real y efectiva integración a la cultura local. Pero si hubiera regresado a su país de origen, las autoridades competentes, conociendo lo realizado por el antropólogo en el extranjero, se hubieran debido preguntar si debían procesarlo penalmente por homicidio y bigamia.

Si, por razones puramente didácticas, dejamos de lado los problemas que se hubieran presentado respecto de la aplicación de la ley penal en el espacio (por ejemplo, el criterio de la doble incriminación respecto del principio de la personalidad activa o pasiva) y suponiendo que dichas autoridades apliquen los criterios de ZAFFARONI, podemos imaginar que hubiesen tenido que decidir si el antropólogo había o no actuado bajo la influencia de un error de comprensión culturalmente condicionado. Al participar en la muerte de su suegro, él conocía que conforme a las pautas culturales de su país de origen cometía un acto prohibido y punible; sin embargo, lo hacía conforme a las nuevas pautas culturales que había internalizado. Por lo tanto, conforme al derecho de su país no podía ser considerado culpable ya que no se le puede exigir que renuncie a sus nuevas convicciones, ni ignorar, sin atentar contra su dignidad de persona, que ha abandonado sus pautas primigenias en favor de las de Polinesia. Sin embargo, difícilmente puede admitirse que se trata de un error en la medida en que conoce muy bien ambos sistemas de pautas culturales y lo que hace es escoger conscientemente la que sigue al momento de actuar. Es decir, no es posible pensar en una inexigibilidad de

24 Ibid., pp. 705 y ss.

comprensión de la criminalidad del acto proveniente de un error. El antropólogo no ha errado, no se ha equivocado de modo que jurídicamente pueda considerarse que, al momento de actuar, no hubiese podido comprender la criminalidad de su acto en relación con el derecho de su país de origen. Respecto del derecho de Polinesia, no existe problema porque no ha cometido infracción alguna. Salvo si, en caso contrario al ejemplo, se hubiese negado a participar en la muerte de su suegro y preferido permanecer fiel a la pauta cultural de origen. Su negativa hubiera sido descalificada y dado lugar a una sanción, si las autoridades nativas no hubieran aplicado una categoría semejante al error de comprensión culturalmente condicionado (considerando que no era posible exigirle que haga suya la pauta nativa).

ZAFFARONI afirma que el problema se presenta “en la sociedad contemporánea, debido a la movilidad horizontal creciente y a las frecuentes migraciones, como también al reconocimiento de la pluriculturalidad”²⁵, como en los casos de la ablación del clítoris que sigue siendo practicada, en países como Francia y España, en algunos sectores de los inmigrantes musulmanes. Resulta difícil admitir que este acto, constitutivo de lesiones corporales graves, no debería ser reprimido porque quien lo comete ha actuado conforme a las pautas culturales que han internalizado. Es decir, por no haber comprendido (en el sentido de “cogido”, “agarrado”) las pautas culturales que están en la base de la legislación penal francesa o española. Habría cometido un error de comprensión porque no se le puede exigir que internalice pautas culturales ajenas a su cultura. Su ámbito de autodeterminación para comportarse según las pautas francesas o españolas ha sido fuertemente reducido por su bagaje cultural propio e irrenunciable. Lo que supone que el “error” es invencible debido a que el agente hubiese debido realizar un esfuerzo de “magnitud tal que surja claramente su inexigibilidad jurídica”.

Pero, ¿hasta qué punto no se puede exigir a los inmigrantes el respeto de prohibiciones como la implícita en las normas represoras del delito de lesiones corporales graves?; ¿hasta que límite debe tolerarse ese tipo de comportamiento? La respuesta dependerá de si se admite o no, amplia o restrictivamente, el relativismo cultural. En la perspectiva de nuestro análisis, queda la cuestión de saber si se trata realmente de un error, ya que si el agente sabe que su acto está prohibido (por esto, es practicado clandestinamente) actúa condicionado por una representación del valor del acto que no corresponde con la vigente en el lugar donde actúa. Más bien obra consecuentemente de acuerdo con sus propias pautas culturales, lo que constituye una ratificación o defensa de su cultura; de modo que su manera de proceder se acerca mucho más al denominado comportamiento debido a la “conciencia disidente”. Según ZAFFARONI, respecto de esta última, “se encuentra en un error de prohibición indirecto en razón de suponer falsamente la existencia de una justificante no reconocida por el derecho”²⁶. Creer, por ejemplo, que

25 ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 706.

26 *Ibíd.*, p. 704.

el respeto de la diversidad cultural autoriza a realizar actos aún si contradicen los valores culturales del sistema oficial.

Un ejemplo, dado también por ZAFFARONI, más cercano a la realidad peruana es el de las inhumaciones clandestinas. En este caso, dice ZAFFARONI: “Quizá el vínculo cultural que impide a la persona comprender la ilicitud de la prohibición de inhumaciones clandestinas no alcance para fundar la invencibilidad del error de comprensión de una lesión o un homicidio, pero no por ello puede excluirse un error de comprensión de tal entidad”. Como en el Código Penal peruano no hay disposición que prevea la represión de la violación de una tal prohibición, podemos considerar un caso semejante: la práctica de la medicina tradicional que, objetivamente, cae en el artículo 290 inciso 2 por el que se reprime el hecho de prescribir, administrar o aplicar cualquier medio supuestamente destinado al cuidado de la salud, aunque se obre de modo gratuito.

Si actos de esta naturaleza son cometidos de acuerdo con pautas culturales diferentes de las del sistema oficial, puede considerarse que sus autores se equivocan con respecto a la prohibición de ejercer la medicina sin título profesional y, por tanto, sin la autorización debida; así mismo, que este error les impide comprender el carácter ilícito de su comportamiento y que este error se debe a que no han interiorizado la prohibición establecida por el sistema dominante.

Cuando los actos destinados presuntamente a curar son cometidos en el seno de un grupo humano sin contacto con el sistema oficial (por ejemplo, comunidad de nativos habitando una zona alejada de la Amazonia) sería irracional, como lo permitía el código de 1924²⁷, intervenir y someter al responsable del acto típico a una sanción penal con la “finalidad de civilizarlo”. 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 y comportarse en consecuencia. 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. En buena cuenta, 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 sólo puede ser negativa. En caso de comunidades indígenas (por ejemplo las andinas) más integradas al sistema oficial o también de inmigrantes andinos que habitan la periferia de los centros urbanos más importantes, se puede hablar con más facilidad de error de prohibición en la medida en que tienen la posibilidad de conocer la prohibición y si no la respetan es porque no la han interiorizado, lo que hace que crean que actúan debidamente cuando se comportan siguiendo sus propias pautas culturales. Obrando de esta manera, estiman que actúan lícitamente. Por tanto, no resulta, entonces, conveniente recurrir a la noción de error de comprensión culturalmente condicionado. Sobre todo,

27 HURTADO POZO, 1979, pp. 67 y ss.

en el contexto de la legislación peruana, en la que se ha introducido el artículo 15 como norma independiente de la que prevé el error de prohibición.

IV. INTERPRETACIÓN PREDOMINANTE

¿Cómo explicar esta situación y apreciar mejor el papel desempeñado por las propuestas y las ideas del profesor argentino? Para esto es indispensable reconstruir, al menos sucintamente, el camino recorrido. El punto de partida está, como lo hemos antes indicado, en el hecho de que ZAFFARONI elabora su interpretación del error sobre la base de la legislación de su país, en especial del artículo 34 inciso 1, circunstancia que en el Perú no ha sido suficientemente tomada en cuenta. Un segundo hito que debe tenerse en cuenta es la propuesta que hizo de “que se elaboren conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes”. El contexto del que parte ZAFFARONI se percibe mejor si se recuerda lo que afirmó, con razón, en el proceso de reforma del Código argentino. Sostuvo: “considero correcta la disposición del inciso 3 del artículo 5, que entiendo que consagra el error de tipo, pero no veo razón para que el texto deje en la supralegalidad el error de prohibición. Si bien ésta es la interpretación del texto vigente [...] (contraria a la mía, que entiendo que el inciso 1 del artículo 34 se refiere a ambas clases de error) no me parece conveniente consignarla en una ley nueva [...], lo que habría que hacer es que en un texto futuro no quede fuera de las previsiones legales”.

No habiendo sido modificado el Código argentino en el sentido planteado por ZAFFARONI y habiéndose más bien conservado el artículo 34 inciso 1, debió elaborar su concepción sobre el error de prohibición con base en esta disposición. Condicionado por este hecho, no sorprende que cuando tuvo la ocasión de plantear la solución que debía darse al problema de la influencia de las diferencias culturales en la represión de algunas personas como los indígenas haya sido influenciado tanto por la legislación argentina (especialmente el art. 34 inc. 1) y de manera consecuente haya tratado de materializar sus ideas. Las mismas que, volvamos a repetirlo, no han sido debidamente comprendidas ni tenidas en cuenta en el Perú.

Comentando el proyecto de Código Penal peruano de 1985 y sobre la base de las ideas que hemos resumido anteriormente, ZAFFARONI consideró, por un lado, que en el artículo 21, referente al error, debía cambiarse la palabra “imputable” por “inculpable” y, por otro lado, que era conveniente mejorar “la fórmula en forma aproximada” a la siguiente: “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 halle disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal”. Este texto fue retomado en el artículo 15 del código peruano con dos modificaciones: se substituye la expresión “se le declarará no culpable” por la de “será

eximido de responsabilidad”²⁸ y se hace referencia a la atenuación de la pena respecto de la segunda hipótesis. En la perspectiva argentina, especialmente conforme a las ideas de ZAFFARONI, resulta comprensible que el objetivo es regular un caso de error. Pero no así en el contexto peruano, el mismo que no ha sido debidamente tomado en cuenta al momento de introducir el artículo 15.

Un factor que debe haber influido en la manera como los autores nacionales prefieren interpretar el artículo 15 es el hecho de que en los trabajos de reforma se planteó calificar de incapaces a ciertas personas en razón de su nivel cultural o de sus costumbres. Así, en el artículo 19 del proyecto de 1984 se preveía que el “juez puede declarar inimputable o atenuar la pena por debajo del mínimo legal al que, por su grado de cultura o costumbres, comete un hecho punible sin poder apreciar debidamente la ilicitud de su acto o determinarse de acuerdo con esa apreciación”.

La Asociación de Magistrados consideró que la técnica era deficiente y que estaba dirigida a ser aplicada a “los indígenas u otros habitantes de las culturas de la selva de nuestro país”. Luego de indicar que éstos pueden ser imputables o inimputables como cualquier otra persona, señaló que declararlos “inimputables por su cultura es asumir una posición etnocentrista inadmisibles que desprecia por inferiores a la cultura indígena u otras”. De donde concluyó diciendo que es “suficiente dejar a criterio de los jueces evaluar la culpabilidad a la luz de sus costumbres, tradicionales y creencias [...]. En todo caso bastan las disposiciones sobre el error”. De esta manera, los autores de esta declaración no consideraron que el artículo 19 del proyecto regulara el error de prohibición culturalmente condicionado. Entre estos autores se encontró VILLAVICENCIO, miembro de la Directiva de la Asociación, la misma que agradeció a CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO por “su colaboración en la redacción de estas observaciones”. En términos semejantes se pronunció VILLAVICENCIO en una breve nota periodística. Después de señalar que la “intención es buena pero la terminología inaceptable”, afirma que a su juicio “es suficiente dejar a criterio de los jueces el evaluar la capacidad penal de los indígenas. Siguiendo a los tribunales nacionales (quienes suelen completar el fundamento de sus sentencias haciendo referencias a las disposiciones sobre el error) basta considerarlos inculpables, o susceptibles de atenuación de responsabilidad”.

Sin embargo, este antecedente y la corrección de las críticas no justifican que se interprete el artículo 15 en el sentido de la noción de error culturalmente condicionado. Por el contrario, la similitud de esta disposición con la prevista en el artículo 20, inciso 1, debió llamar la atención para evitar el error de prever una causa de incapacidad cuando se quería, en realidad, establecer una circunstancia de ausencia de culpabilidad. Como se afirma en esos comentarios, bastaba referirse a la disposición relativa al error de prohibición o, en caso de considerarse indispensable por razones prácticas y políticas,

28 Término que fue utilizado, entendiendo mal el sentido que le da ROXIN, en lugar del de culpabilidad.

indicar expresamente que se tengan en cuenta las diferencias culturales al momento de apreciar si el agente actúa bajo la influencia de un error de prohibición.

V. COMENTARIOS CRÍTICOS

Nuestra crítica a la interpretación conforme a la cual el artículo 15 prevé el denominado error culturalmente condicionado considera, entre otros puntos, el hecho que el artículo 15 es interpretado de manera aislada, sin ponerlo en relación con otras disposiciones, en particular con el artículo 20 inciso 1, que regula la capacidad de culpabilidad. En relación con esta disposición, hay que destacar que el legislador ha utilizado la misma técnica legislativa para redactar el artículo 15. En ambos se utiliza una fórmula mixta consistente en señalar las causas que conducen a eliminar la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o la capacidad de determinarse según esta apreciación. Si en el artículo 20 inciso 1 dichas causas son la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia o las alteraciones de la percepción, en el artículo 15 son la cultura o las costumbres del autor del hecho punible. Aun cuando en esta norma legal se dice “sin poder” en lugar de mencionar directamente las capacidades en cuestión, hay que afirmar que en ambas normas se trata de la facultad de comprender y de determinarse. Poder, facultad y capacidad se refieren al potencial psíquico para hacer algo, por ejemplo, comprender el carácter delictuoso de un acto.

En nuestra opinión, a pesar de la intención de los redactores del artículo 15, expuesta en la exposición de motivos del proyecto, esta disposición, debido al contexto normativo en el que debe ser interpretada, 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. Esto quiere decir que los proyectistas peruanos no supieron plasmar en el texto legal los criterios propuestos por ZAFFARONI. En esta perspectiva, se comprende que se continúe afirmando lo que se estima que el legislador quiso prever, cuando en realidad estableció una forma de incapacidad de culpabilidad por razones culturales. Aun cuando nos disguste o no satisfaga el resultado de la interpretación, hay que admitir que éste es más conforme a la sistemática y al contenido del Código Penal peruano. De *lege ferenda*, se puede considerar como preferible la propuesta de ZAFFARONI; pero esto no basta para reconocer cuál de los posibles sentidos del texto del artículo 15 debe ser considerado como el más conforme a lo estatuido en el conjunto de las normas del Código peruano. Por más impreciso que sea el lenguaje, éste fija un marco que no puede ignorarse sin desnaturalizar el texto que se interpreta.

Además, teniendo en cuenta la noción de error de prohibición explicada líneas arriba y conforme a la doctrina dominante, no es correcto definir este error diciendo que “el sujeto tal vez pudo haber conocido la prohibición de la norma pero no pudo 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”²⁹. La imprecisión es debida a que la explicación se da para sostener que se trata de un error. En la primera frase, de acuerdo con la doctrina imperante, se alude correctamente a la posibilidad que se conozca la prohibición. Sin embargo, la segunda parte es contradictoria, pues para sostener que alguien no ha interiorizado una norma es indispensable admitir que la ha conocido, pero no la ha hecho suya. Salvo que se entienda que no lo hizo por desconocerla, pero entonces poco importa que tuviera la posibilidad de conocerla. De la explicación citada se deduce, más bien, que el reproche no puede ser expresado al autor porque es incapaz de hacer suya la norma prohibitiva y, por tanto, no puede conocer la ilicitud de su comportamiento. Por razones culturales o de costumbres no puede (situación personal) comprender el carácter ilícito de su acción o de determinarse de acuerdo con esta apreciación.

Por el contrario, si se adopta una interpretación más conforme al texto legal, hay que entender que el agente, por su cultura o costumbre, no comprende (yerra, se equivoca, no acierta) que su acción está prohibida. Se trata de un error. Así, él puede saber que actúa contra la norma “oficial” que prohíbe su comportamiento, pero considera que su norma cultural le permite no respetar esa prohibición. El error se debe a que ignora la norma o no la entiende correctamente. En este sentido, el artículo 15 no diría algo diferente del artículo 20.1 referente al error de prohibición, salvo la referencia al origen de este error: la cultura o la costumbre del agente. Lo que muestra que el artículo 15 bien puede ser suprimido a condición de que en el artículo 21 se disponga expresamente que se tengan en cuenta esas circunstancias, para así asegurar que se consideren las diferencias culturales del autor.

En esta perspectiva, no es del todo coherente con el objetivo de afirmar que el artículo 15 prevé el denominado error culturalmente condicionado y que éste constituye un error invencible de prohibición, en primer lugar, definir el error de prohibición como la falta de conocimiento (o su posibilidad) de la ilicitud del hecho y, luego, ampliar esta definición diciendo que también existe error (directo³⁰) cuando se conoce la norma, mas el error determina la falta de comprensión. Y, en segundo lugar, afirmar que 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.

No se puede definir el error diciendo que es el hecho de no poder exigir que una persona interiorice una norma de conducta. Se debería más bien decir que consiste en que una persona desacierta en juzgar su comportamiento como lícito porque no ha asimilado la norma que lo prohíbe. Dicho de otra manera, cree que obra lícitamente porque ig-

29 VILLAVICENCIO, 2006, p. 624.

30 Así mismo, si se define el error de prohibición como el desconocimiento o la posibilidad de desconocer la ilicitud, no es muy claro definir el error indirecto diciendo que en este caso el agente conoce la ilicitud de su comportamiento (contradicción con las normas jurídicas). Es preferible partir de la idea que el autor desconoce la ilicitud de su acto porque, por error, considera que excepcionalmente el ordenamiento jurídico autoriza la comisión del acto prohibido.

nora la existencia de la norma prohibitiva debido a su situación sociocultural (nativos de la selva sin contacto con el sistema oficial) o porque estima que su propia norma cultural predomina sobre la norma prohibitiva (la flagelación como pena es preferible a una privación breve de la libertad). Esto último significa que sabe que existe la norma prohibitiva, pero que, porque ésta pertenece a un sistema cultural que le es ajeno, no la reconoce. En el primer caso, habría que distinguir si la persona comete el acto dentro de su comunidad o si lo hace en el ámbito regido por la norma que prohíbe su acción. La noción de error sólo entra en consideración en la segunda hipótesis, en la que se da el conflicto de las dos normas culturales: la que permite y la que prohíbe el comportamiento. En la otra hipótesis no se puede hablar de error, pues el agente no tiene punto de referencia para apreciar de manera diferente la acción que realice conforme a su sistema cultural. En esta situación extrema (grupo nativo de la Amazonia sin contacto con el mundo cultural oficial) los órganos de control penal ni siquiera deberían intervenir, pues el asunto sería resuelto conforme al sistema normativo del grupo aislado en cuestión.

Tampoco refuerza el criterio de considerar que el artículo 15 prevé el error de prohibición culturalmente condicionado, el hecho de desnaturalizar el texto de esta disposición en el sentido de que prevé, por un lado, al referirse a la cultura, el indicado error y, por otro, al mencionar la costumbre, la conciencia disidente. Pues esta segunda referencia señalaría que “la capacidad de comprensión se halla solamente disminuida”. Así, se trataría de una persona que pertenece a la misma cultura y que obra en su ámbito, pero en la cual no se ha integrado. Por lo que sentiría su actuar como resultado de un esquema general de valores diferentes³¹. Esta explicación no es conforme a los ejemplos que se citan: testigos de Jehová que se oponen a la transfusión de sangre o médico antiabortista que omite auxiliar a la mujer embarazada, cuando el aborto es el único medio para salvarle la vida³². Estas personas no obedecen a una costumbre, sino más bien a una convicción religiosa o moral, por lo tanto no caen dentro de la hipótesis de la incapacidad en razón de la costumbre prevista en el artículo 15. La disminución de la pena se da tanto cuando la incapacidad de comprensión o de determinación es debida a la cultura como cuando se debe a la costumbre del agente. Estas contorsiones interpretativas están motivadas por el afán de hacer calzar concepciones dogmáticas al texto legal, desvirtuando así el sentido de este último.

Es interesante, a título de *ex cursus*, destacar que el factor relativo a la interiorización de las normas culturales se plantea, también, cuando se adopta la perspectiva funcionalista de la culpabilidad, por la relación que tiene con la cuestión del artículo 15 del Código Penal.

31 VILLAVICENCIO, 2006, p. 634.

32 *Ibíd.*, p. 635.

Conforme a dicha orientación, la culpabilidad jurídico-penal está configurada por la falta de fidelidad al derecho por parte del ciudadano³³, por lo que es indispensable que se precise quién debe ser considerado como tal. En sentido material, se sostiene que lo es la persona “integrada u obligada a integrarse en una sociedad determinada”. La cual posee la capacidad de expresar individualmente un sentido comunicativo crítico frente al orden jurídico penal y ser objeto, por tanto, de la imputación personal³⁴. El ciudadano actúa conforme al orden jurídico en la medida en que puede valorarlo, lo que implica que tenga, o pueda tener, acceso cognitivo al orden jurídico, ya que sin dicho conocimiento es imposible valorarlo. Además, esto supone que posea la capacidad de enjuiciar suficientemente el ordenamiento y orientar su comportamiento consecuentemente. En este contexto, se afirma que no se trata de constatar si la persona conoció o pudo conocer realmente el orden jurídico, sino que es cuestión de atribuir normativamente dicho conocimiento: esto se hace, por ejemplo, aplicando el criterio de que la ignorancia de la ley no excusa. La culpabilidad sólo requiere que el ciudadano conozca o deba conocer el orden jurídico por la posición social en que se encontraba. Según esta concepción, la condición de ciudadanos, en el sentido antes indicado, de las personas que forman parte de grupos con culturas diferentes de la cultura predominante en una sociedad determinada estaría estrechamente relacionada con su grado de integración a la sociedad.

El problema consiste en que este hecho es muy discutible por la diversidad de sentidos en que puede ser comprendido. Diversidad que comienza con la constatación de si, según el sistema normativo, la sociedad es considerada como homogénea o pluricultural. En el primer caso, significaría que uno de los factores determinantes es el conocimiento y respeto del ordenamiento jurídico oficialmente reconocido y promovido. Por el contrario, en el segundo la integración consistiría en la aceptación de los diversos sistemas culturales que constituyen la sociedad. La cuestión sería entonces determinar cuál es la base común y mínima que debe ser respetada para conservar la unidad del todo plural. En nuestro ordenamiento jurídico, conforme al artículo 149 de la Constitución, dicho límite es la compatibilidad de los diversos ordenamientos culturales con los “derechos fundamentales”. Con lo que se vuelve a plantear la cuestión, en el ámbito penal, de decidir en qué medida deben ser aceptados o tolerados –por tanto, no sancionados– los comportamientos que son conformes a las pautas culturales del grupo social del autor, pero que constituyen infracciones según, por ejemplo, la cultura predominante. De modo que sólo se resuelve de manera muy parcial el problema cuando se afirma que el caso de ciudadanos formales, es decir personas no integradas (por ejemplo, los nativos de la selva, sin contacto suficiente con el mundo regido por el ordenamiento jurídico oficial), debe ser dejado de lado, pues no pueden ser declarados culpables porque no

33 GARCÍA, p. 630.

34 *Ibíd.*, p. 634.

tienen acceso cognitivo al orden jurídico y, por tanto, no pueden valorarlo ni orientar su comportamiento conforme al ordenamiento que desconocen³⁵.

Además, este interesante planteamiento no interpreta directamente el artículo 15. Propone más bien otra posibilidad de regular los casos que fueron considerados al establecerse esa disposición legal. Dicho de otra manera, indica que las personas no integradas no deben ser declaradas culpables. Lo que no implica que se ignore la pluralidad cultural, sino más bien su reconocimiento; pero con la consecuencia de tratar a los “ciudadanos formales” como incapaces de culpabilidad³⁶.

VI. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 15

Conocer los criterios de interpretación de los órganos de juzgamiento resulta una tarea casi imposible porque, por ejemplo, las resoluciones dictadas por la Corte Suprema, así como por las salas penales de segunda instancia, en los procesos en que controlan las resoluciones de primera instancia no son oficialmente publicadas de manera constante; además las publicaciones oficiosas son limitadas e incompletas.

Durante la vigencia del código de 1924, las diferencias culturales influenciaron la represión de algunos delitos³⁷. Así, en relación con los pobladores andinos, hay que considerar el caso del “servinacuy”³⁸, costumbre indígena relativa al matrimonio, consistente en que la pareja cohabita maritalmente antes de formalizar la unión conyugal. Si la mujer es menor de 14 años, las relaciones sexuales practicadas comportan, según el derecho penal vigente, la comisión de un delito sexual; son, por el contrario y según la pauta cultural de la comunidad, un comportamiento permitido por haber tenido lugar en un contexto socialmente positivo. En estos casos, se llegó a exculpar al procesado invocando el error de prohibición.

En los pocos casos conocidos de sentencias en que, expresamente, se invoca el artículo 15, la argumentación es parca y, así mismo, *a priori* en cuanto a la circunstancia de la diferencia cultural por no practicarse, generalmente, pericias especializadas sobre la existencia de éstas y la influencia que pudieran haber tenido sobre el procesado.

Un caso que vale la pena citar porque pone de manifiesto la confusión en la interpretación y aplicación del artículo 15 es la de la ejecutoria de la Corte Suprema del primero de julio de 2004³⁹. Los jueces hacen referencia a que el condenado “confundido por el

35 *Ibíd.*, p. 641.

36 *Ibíd.*, p. 636, nota 63.

37 BALLÓN AGUIRRE, p. 77; HURTADO POZO, 2001, p. 44.

38 RF, 1939, p. 587; AJ, 1943, p. 441; BJ, 1972, N.º 4, p. 211; HURTADO POZO, 1987, pp. 442 y ss.

39 *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Lima, 2005, pp. 535 y ss.

medio de vida que llevaba, aunado a su escaso nivel cultural, pues sólo curso estudios en nivel primario, su ocupación de agricultor y la edad con que contaba al momento del evento –diecinueve años [...]”. Constataciones de las que concluyen diciendo que “por lo menos estamos frente a la figura del error de comprensión culturalmente condicionado”. Afirmación que no concuerda con las explicaciones avanzadas cuando se refieren a que en el artículo 15 “se prevé el error de comprensión culturalmente condicionado, el cual puede eximir o atenuar la responsabilidad penal de las personas que violan la norma penal en virtud de su cultura y costumbre”. Al respecto explican que “dicho error se configura mediante el desconocimiento del inculpaado de la ilicitud de su conducta, es decir con la ignorancia de que su comportamiento resulta injustificable; siendo que dicho autor es manifiestamente típico, antijurídico pero no culpable, pues el autor desconocía la antijuricidad de los hechos, presupuestos que hacen inexistente la culpabilidad, no configurándose en cierta forma el delito imputado”.

La definición dada del error de comprensión culturalmente condicionado no es conforme a la formulada por sus defensores; ella corresponde más bien a la noción de error de prohibición (art. 14, pf. 2 CP). Baste recordar que si bien el error de comprensión es considerado como un caso de error de prohibición, se hace hincapié en que se trata de la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente, aspecto al que los jueces supremos no hacen ninguna referencia en la sentencia citada.

Una posición opuesta es sostenida en una ejecutoria⁴⁰, en la que se rechaza la alegación del apelante que reprocha a los jueces de primera instancia no haber aplicado el artículo 15 CP. Los jueces supremos sostienen, en consideración de los hechos, que no se trata de un supuesto de error de comprensión culturalmente condicionado y agregan, respecto de lo previsto en el artículo 15, “que en todo caso importa una causa de inimputabilidad del agente”. De manera sucinta, explican que esta disposición “reconoce que el agente está incapacitado para darse cuenta que su conducta contradice el orden jurídico o de determinarse conforme a esta apreciación, porque pertenece a una cultura diferente, sus patrones culturales son diferentes a los que forman la base del Código Penal. Tal incapacidad, por cierto, no es el caso de los imputados, ambos integrantes del Ejército uno y de la Policía otro”. Así, se admite la tesis según la cual el artículo 15 prevé una causa de inimputabilidad y no un error de prohibición (culturalmente condicionado).

Sin embargo, en un caso de delito sexual⁴¹ en agravio de una menor, los jueces supremos reprochan al tribunal de primera instancia, primero, el haber considerado en el fundamento jurídico sexto, “sin fundamento científico alguno, ni pericial”, que “el imputado actuó como lo hizo en función a su procedencia cultural, afirmando que en el ámbito

40 Sala Penal Permanente, R. N. n.º 1598-2007, del 24 de setiembre de 2007.

41 Sentencia de la Sala Penal Permanente de la CSJ del 15 de octubre de 2004, RN 3598-2003, Cono Norte, Lima.

geográfico cultural del que es oriundo el imputado los jóvenes se unen sexualmente a muy temprana edad”. Segundo, no haber explicado, “lo que incluso deviene imposible por falta de una evaluación antropológica”, por qué el supuesto error de comprensión culturalmente condicionado fue inevitable y, por ende, por qué descarta el error vencible. Además, con respecto a un voto singular (no transcrito) afirman que “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, 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 15 CP–, 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”.

Así mismo, la confusión de criterios se evidencia también cuando no se considera, expresamente, el artículo 15 en casos en que la condena o absolución está estrechamente relacionada con la cultura de los imputados. La calificación de los comportamientos de estos últimos depende del conflicto entre las pautas culturales propias que los han motivado y las pautas culturales en que se basa la legislación penal oficial.

Entre estos casos, los que más interesan respecto del tema tratado son los referentes a las causas originadas por las actividades de las rondas campesinas. Esto se debe, en particular, a la índole política y social de los hechos, condicionada por la ausencia del Estado en numerosas zonas del país y su substitución por dichas organizaciones populares que asumen, en lo que nos interesa, el poder jurisdiccional. Fenómeno social que ha tratado de ser regulado tanto a nivel constitucional como legislativo.

En el ámbito penal, se plantea la cuestión de si los actos por los que se concretizan las actividades represivas de las rondas campesinas (detenciones, castigos, juzgamientos, desobediencia a mandatos de las autoridades competentes, etc.) son comportamientos sometidos al derecho penal común o si, más bien, son conformes a derecho en la medida en que constituirían el ejercicio de facultades reconocidas por el orden jurídico (Constitución, leyes, convenios internacionales ratificados, derecho consuetudinario).

Limitándonos a esta clase de casos, presentamos tres sentencias que nos parecen de especial interés por la manera en que se toman en consideración las peculiaridades culturales de los procesados. La primera concierne los hechos siguientes: Rosa, esposa de Mauro, abandonó su hogar, ocho hijos y su marido porque este último la maltrataba. Se trasladó a un pueblo vecino, donde se juntó con Teodosio. Los procesados, actuando como ronderos de la localidad, detuvieron a Rosa y Teodosio, los sometieron a tratos

humillantes e inhumanos, los obligaron a pagar una suma de dinero y, por último, impusieron a Rosa que entregue a su esposa la casa que ella había heredado de su padre.

La Primera Sala Penal de la Corte Superior de Ancash falló absolviendo a los procesados. La Sala penal de la Corte Suprema⁴² confirmó esta sentencia, fundándose en el dictamen emitido por el Fiscal supremo en lo penal. Éste argumentó diciendo que los procesados actuaron con la “finalidad de poder resolver [la] denuncia conyugal-familiar” interpuesta por Mauro contra su esposa Rosa, “aplicando normas del derecho consuetudinario y ancestral”. Las cuales, según el mismo Fiscal, “se encuentran contempladas en el artículo 149 de la Constitución Política”. Si bien admite que “al momento de suceder los hechos hubieron [sic] algunos excesos contra los agraviados, [...]”, debe también “tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron los hechos”. Así mismo, indicó que los procesados, luego de los hechos, “han ofrecido las disculpas del caso, devolviendo las pertenencias” a los agraviados, y dio “a entender de que no han actuado con malicia sino con el ánimo y espíritu de mantener unida a dicha familia”. Señala finalmente que por estas circunstancias “se podría tomar como un error cultural condicionado”.

La Corte Suprema, sin entrar en el fondo del asunto, se limitó a confirmar la absolución y a corregir el error en que había incurrido la Sala Penal de la Corte Superior al escribir el nombre de uno de los procesados. Sin la lectura del dictamen fiscal, esta decisión hubiera ido a formar parte de las innumerables decisiones de simple trámite. Hecho que es debido a que, contra lo que manda la Constitución y el principio del proceso debido, los jueces de la Corte Suprema, con cierta frecuencia, no fundamentan sus resoluciones, amparándose en el anacrónico reenvío al dictamen fiscal, que no es siempre publicado.

De la descripción de los hechos, a los que se refiere el Fiscal calificándolos de “excesos contra los agraviados”, se comprueba que los comportamientos cometidos por los procesados realizan diversos tipos legales (infracciones contra el honor, la integridad corporal, la libertad individual, el patrimonio). Afirmar que no actuaron con malicia resulta vago, ya que no se sabe si se hace referencia a un simple elemento subjetivo del tipo o constituye una negación de que los agentes actuaron con dolo. Resulta difícil admitir esto porque está claro que obraron con conciencia y voluntad de humillar, maltratar, coaccionar y despojar de bienes a los agraviados. De modo que objetiva y subjetivamente se dan los tipos legales.

La circunstancia de que luego hayan pedido disculpas a los agraviados y les hayan devuelto sus pertenencias no tiene influencia alguna en la calificación y comprobación de los comportamientos perjudiciales. Para absolver a los autores era indispensable invocar una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Así, habría podido

42 Es del 7 de noviembre de 1997. Exp. n.º 4160-96, Ancash, en ROJAS VARGAS, “Jurisprudencia penal”, *Gaceta Jurídica*, Lima 1999, p. 149.

plantearse si actuaron conforme a la ley (art. 20, inc. 8), ya que el Fiscal afirma que los procesados actuaron conforme a “normas del derecho consuetudinario y ancestral”. Sin embargo, fuera de esta afirmación general y vaga, no se menciona cuáles son las normas consuetudinarias que permiten a los ronderos humillar, maltratar, imponer pagos de dinero coactivamente, despojar de bienes inmuebles a las personas. A lo más, tal vez, se hubiera podido afirmar que los ronderos intervinieron según normas que han surgido y se han consolidado desde que este medio de autodefensa surgió en el Perú. Sin embargo, esto no es suficiente para justificarlos o exculparlos por los abusos que cometieron.

El hecho de que el Fiscal invoque el derecho consuetudinario y el artículo 149 de la Constitución hace pensar que ha tenido en cuenta el artículo 15 del Código Penal, lo que explicaría que haga referencia al ámbito cultural y geográfico (Acopara - Distrito de Huanter) en que sucedieron los hechos. En cuanto a la norma constitucional, hay que señalar que la permisión que contiene sobre la aplicación del derecho consuetudinario está limitada a que ésta tenga lugar respetando los derechos humanos. Ahora bien: se violan estos últimos cuando se humilla, maltrata de modo inhumano, coacciona y priva de su patrimonio a una persona. La dignidad humana es directamente atacada. Por tanto, las referencias a dichas disposiciones no podían constituir la base para absolver a los inculpadados.

En cuanto al artículo 15, no invocado expresamente, hay que destacar que en ningún momento se ha afirmado que por su cultura o costumbres los autores no habían interiorizado las normas culturales (jurídicas) que prohíben sus acciones y que, por tanto, eran incapaces de comprender el carácter ilícito de sus actos o de determinarse según esta apreciación. Del dictamen fiscal no se deduce que ellos mismos hayan invocado esta incapacidad. En realidad, todo lleva a admitir que tenían plena conciencia de la índole de sus comportamientos.

Tampoco, admitiendo la equivocada idea de que el artículo 15 prevé el denominado error de prohibición culturalmente condicionado, entendido como un caso de error de ilicitud, se puede llegar a explicar y justificar la absolución. En este sentido, se debería haber afirmado que los ronderos sabían que sus comportamientos eran jurídicamente prohibidos, pero que estimaron, por equivocación, que existe una causa de justificación o que los límites de aplicación de ésta son más amplios que los establecidos en la ley. Al respecto, no basta que se alegue “haber creído actuarse conforme a derecho”, sino que deben indicarse las razones decisivas que permitan creerse en derecho de obrar de la manera como se hizo. Esto resulta muy difícil de admitir cuando se trata de violaciones graves de derechos fundamentales, la dignidad, libertad, integridad corporal, el honor y el patrimonio de las personas. Dicho de otra manera, resulta imposible admitir que los ronderos pensasen que maltratar de manera inhumana a los agraviados o despojar de su casa a la agraviada no fueran comportamientos prohibidos. Tampoco es posible aceptar, al menos en la medida en que no se ha establecido en qué normas de derecho ancestral basaron sus comportamientos, que creyeron que estaban actuando conforme

a derecho. Es válido afirmar esto tanto respecto del derecho conformado por la Constitución y las demás normas establecidas o reconocidas por el Estado, como en cuanto a las supuestas normas consuetudinarias y ancestrales, las mismas que no han sido debidamente determinadas en el dictamen fiscal.

La constatación de que cuando sucedieron los hechos no existía juez de paz ni gobernador puede explicar que “los encausados se avocaron a resolver dicho caso” debido a un vacío de poder y a la necesidad de resolver los conflictos personales de los pobladores; pero nunca puede justificar que tal intervención se haga abusando de las personas y violando sus derechos fundamentales. Si se admitiese esto, no sólo se trataría de una abdicación del ejercicio legítimo y democrático del poder, sino del abandono de la protección de los derechos humanos. Por último, hay que indicar que se llega al absurdo cuando se recurre también al argumento de “mantener unida la familia”, ya que ésta se encontraba en crisis porque el marido maltrataba físicamente a la agraviada, maltratos señalados en el mismo dictamen. En realidad, los agraviados son, por un lado, la mujer que abandona su marido violento y, por otro, el amante de la primera.

La aceptación sin comentario alguno de los argumentos del Fiscal muestra la ligereza con que se administra justicia al más alto nivel del aparato judicial. Ligereza aparente en la medida en que la intervención de los ronderos se enmarca en un tenso contexto social, el mismo que es caracterizado por la falta de presencia del Estado en muchas zonas del territorio nacional y su incapacidad para brindar la seguridad indispensable a los pobladores. Los mismos que tuvieron que organizarse y armarse para protegerse. Iniciativa que fue instrumentalizada por el Estado, con frecuencia, para luchar contra la subversión armada. Si se tiene en cuenta esta realidad, resulta más fácil comprender por qué, en el caso dado en ejemplo, se declaró la impunidad de los procesados. Pero en ningún caso se puede considerar que se aplicó conveniente la ley penal. El supuesto respeto de la cultura y costumbres de los agentes sólo constituye un argumento retórico que invoca indebidamente las normas constitucionales. Además de la torpeza en el razonamiento y la ignorancia jurídica, una decisión de esta naturaleza revela una real falta de ética profesional y política. De esta manera, no se refuerza el respeto de las diferencias culturales al elaborarse y aplicarse la ley penal; bien por el contrario, se le debilita y desacredita.

El segundo caso⁴³ se refiere también a actos cometidos por ronderos. Esta vez, los miembros de un comité de rondas campesinas detienen a Ramón y lo encierran durante varios días en el local de dicho comité. Ocasión en que, según el dictamen fiscal, “haciendo uso de la violencia” le obligó a confesar delitos que no había cometido, y lo puso en libertad sólo después de que entregó un caballo a uno de los procesados.

43 Instrucción n.º 910-96; Corte Superior de Piura; C.S. N. 5622-97; Dictamen n.º 4416-97-MP-FN-2ºFSP, en *Gaceta Jurídica*.

Asimismo, privaron de la libertad a Ermitaño en los mismos locales del comité, le obligaron a autoinculparse por delitos que no había cometido y lo liberaron después de haber prometido que pagaría una suma de dinero a un tercero.

Los comportamientos atribuidos a los procesados consisten en privar de la libertad a los agraviados y en obligarles a realizar actos de disposición patrimonial, así como de ejercer violencias sobre ellos para hacerles confesar la comisión de delitos contra terceros. Sin embargo, de manera esquemática, el Fiscal afirma que en el “proceso no existen pruebas fehacientes que acrediten la responsabilidad penal de los procesados”. Lo cierto es que los comportamientos fueron cometidos y que objetivamente estaban comprendidos en algunos tipos legales. De modo que lo esencial era de saber qué circunstancia permitía excluir la ilicitud de esos actos o la culpabilidad de los autores. Sólo respecto de la privación de libertad, el Fiscal afirma que “debe tenerse en cuenta que la captura efectuada por los ronderos acusados se encuentra amparada en la Constitución en su artículo 149 y que si bien es cierto existe esta imputación, ‘también es verdad que fueron liberados formalizando denuncia contra ellos’”.

La citada norma constitucional no puede ser aplicada como justificante general en razón de que autoriza a las autoridades de las comunidades campesinas y de las nativas ejercer jurisdicción aplicando sus normas consuetudinarias. Esta regla constitucional sólo es una norma de reenvío en la medida en que los actos jurisdiccionales suponen una base legal. De modo que detener, confiscar, coaccionar como medios del ejercicio jurisdiccional deben practicarse de acuerdo con las bases del Estado de derecho y, en particular, como lo establece la misma norma citada respetando los derechos fundamentales. En este sentido y siempre que existiera una norma consuetudinaria que permitiese arrestar, pero no atar en una picota, por ejemplo, como hicieron los procesados. La devolución de la cosa de la que fue despojado uno de los agraviados no justifica el comportamiento típico cometido por los procesados. Lo curioso es que los jueces tampoco invocaron, como también sucedió en la primera sentencia citada, el artículo 15 CP.

Así mismo, vale la pena presentar un tercer caso. Los hechos son los siguientes: un grupo de ronderos detuvo y mantuvo arrestada a una persona sospechosa de haber sustraído una bicicleta⁴⁴. Asimismo, la desvistieron e interrogaron. Como no admitió el delito, fue golpeada y, entonces, se autoinculpó de ese delito así como de haber violado a tres mujeres, junto con tres de sus amigos. Estos fueron también detenidos y maltratados. Bajo la dirección del comité de las rondas campesinas, y en presencia del teniente gobernador, del alcalde de Pueblo Libre, del juez de paz y del director del Colegio Nacional, fueron juzgados y condenados a la sanción de la “cadena ronderil”, así como a cumplir con trabajar en favor de la comunidad. Al enterarse de estos hechos, las autoridades civiles exigieron a los ronderos que entregasen los detenidos. Estos no lo hicieron hasta que cumplieron la pena impuesta.

44 ST Sup. n.º 2002-0122-2201-JR-PE-01-5P. Moyobamba, 11 de febrero de 2004.

La Sala Penal imputó, en primera instancia, a los ronderos haber incurrido tanto en el delito de usurpación de función pública como en el de resistencia y desobediencia a la autoridad (artículos 371 368 del CP, respectivamente). Para fijar la pena, consideró que se trataba de agentes primarios, sin antecedentes penales ni judiciales y de escasa cultura. Asimismo, que colaboraron con la administración de justicia al haber aceptado los cargos imputados, pero alegando que lo hicieron por ignorancia, si bien esta no los exime de responsabilidad.

La Corte Suprema⁴⁵, sin discutir de manera expresa todos los hechos reconocidos en la sentencia, admite que los detenidos aceptaron ser los autores de los delitos de robo, violación sexual y asesinato, cometidos en los territorios de las rondas campesinas de los centros poblados. También, que fueron condenados a “cadena ronderil”.

Según la ejecutoria suprema, el comportamiento de los ronderos se encuentra normado y regulado por el artículo 149 de la Constitución; éstos no cometieron ningún ejercicio abusivo del cargo, ya que actuaron conforme a sus ancestrales costumbres; y si bien la acción es típica no es antijurídica, porque se da la causa de justificación de “actuar por disposición de la ley”.

La referencia a las costumbres implica que se admite que en los poblados de los ronderos, desde hace mucho tiempo y con aceptación de la comunidad, se practican la privación de libertad, los maltratos, la coacción, el juicio público y popular contra los sospechosos de haber cometido delitos. Sobre estas circunstancias, sin embargo, no se dice nada. Cuando se invoca el artículo 149 de la Constitución, no solo se reconoce que se trataba de autoridades de comunidades nativas y de derecho consuetudinario de estas comunidades, sino también que su manera de actuar y las reglas consuetudinarias que aplicaron no eran contrarias a los derechos fundamentales admitidos en la Constitución. El silencio respecto de esto último debe ser apreciado sea en el sentido de que dejaron de lado este aspecto esencial de la disposición constitucional, sea en el sentido de que consideraron que los actos cometidos no contradicen dichos derechos fundamentales. Lo que resulta imposible de aceptar, por ejemplo, en cuanto a los malos tratos y al procesamiento sin defensa.

Lejos estamos de la aplicación del artículo 15 CP. No se le considera en la solución de los problemas para los que fue establecido (la aplicación de la ley penal a personas de cultura o costumbres diferentes). De manera inadecuada se recurre al artículo 149 de la Constitución, el mismo que es comprendido como fuente directa de circunstancias que excluyen, por razones culturales, la responsabilidad penal. Esta manera incorrecta de interpretar y aplicar tanto las disposiciones constitucionales como legales está condicionada también por la defectuosa concepción y redacción de los textos legales.

45 SCS Sala Penal Transitoria. RN n.º 975-04, San Martín. Lima, 9 de junio 2004.

Por último, puede pensarse que casos como los presentados son raros y que, más bien, las intervenciones de los ronderos son sobre todo correctas y eficaces. Sin embargo, declaraciones de especialistas, libres de sospecha y más bien favorables tanto a jurisdicciones aborígenes como a sus procedimientos, nos muestran los peligros que existen. Así, JOHN GITLITZ⁴⁶, profesor en la State University of New York, indica como tercera forma de violencia, en los procesos de “arreglo” en las comunidades, la que se presenta en la etapa de la investigación, la cual es más grave que el castigo mismo. Luego, dice: “Después me di cuenta que los ronderos llamaban investigación a una situación distinta a la que creía yo: había un problema lingüístico. Lo que sucede es que, para que haya arreglo, las partes deben aceptar su responsabilidad y si son renuentes a hacerlo [...] le pueden seguir golpeando, no por la falta que originalmente cometió, sino porque se está enfrentando a la dignidad de la comunidad”⁴⁷. Termina diciendo: “Mi conclusión es una tremenda ambivalencia, yo creo que la justicia rondera es buena. En la mayoría de los casos, no solamente buena, sino excelente, además necesaria. Aunque de vez en cuando haga justicia mal, está haciendo justicia y eso vale. Esto hace pensar y repensar mis valores, y ver como vivo mi propia experiencia”.

La manera como se invoca el artículo 149 de la Constitución, los usos y costumbres de los procesados e, implícitamente, el artículo 15 del Código Penal constituye un pésimo servicio al movimiento dirigido a hacer respetar el carácter multicultural de la sociedad peruana, así como a garantizar la protección de los derechos humanos.

VII. DIFERENCIAS CULTURALES RESPECTO DE LOS INMIGRANTES: EL CASO SUIZO

A. Error de prohibición

Las fuertes corrientes migratorias desde los países menos desarrollados hacia los países económicamente ricos y políticamente estables han creado, en materia penal, una situación conflictiva. Respecto de los inmigrantes, con valores culturales diferentes de los del país de acogida, se plantea si la legislación penal de estos países debe aplicárseles sin restricciones o si no sería más bien justo o conveniente tener en cuenta las diferencias culturales que han condicionado su comportamiento delictuoso. Considerando que por su manera de obrar de acuerdo con los patrones culturales vigentes en sus países de origen, el inmigrante que comete una infracción cuestiona en realidad la vigencia de las normas penales del país huésped, se ha afirmado generalmente y desde hace tiempo, como lo hizo NESTLER-TREMEL⁴⁸, respecto de Alemania, que “también para el extranjero rige sólo el derecho penal alemán”.

46 GITLITZ, 2002, pp. 141 y ss.

47 *Ibíd.*, p. 147.

48 NESTLER-TREMEL, p. 408.

Si se observa con cierto detenimiento el caso suizo, se percibe que el Tribunal Federal⁴⁹ y la doctrina han con frecuencia recurrido a la noción de error sobre la ilicitud para tener en cuenta las peculiaridades culturales de ciertos agentes. También lo han hecho al pronunciarse sobre la individualización de la pena o al apreciar ciertas circunstancias específicas de algunos delitos. Por ejemplo, para calificar de asesinato un homicidio⁵⁰, el Tribunal Federal tiene en cuenta criterios éticos, admitiendo que en los casos de homicidio agravado se manifiestan de manera clara las circunstancias culturales. Se trata de una cuestión relacionada con la culpabilidad, la cual es siempre condicionada por normas ético-sociales en la medida en que su contenido depende de la concepción social predominante en una sociedad determinada⁵¹.

Con la finalidad de comprender la concepción predominante en Suiza, hay que explicar, aunque brevemente, la noción de error sobre la ilicitud. La nota marginal del derogado artículo 20 CP suizo, en la que se hablaba de error de derecho, ha sido reemplazada en el nuevo artículo 21 por la de error sobre la ilicitud y “error de prohibición” (“*Verbot-sirrtum*”). De acuerdo con el artículo 21 CP (*erreur sur l’illicéité, Verbotsirrtum*), obra sin culpabilidad quien no sabe o no puede saber que su comportamiento es ilícito. Si el error es evitable la culpabilidad del autor es menor y la pena será atenuada.

Concebido así el error de prohibición como una falsa apreciación jurídica de una realidad conocida, se admite que se fundamenta en la constatación de que el agente cree que obra conforme a una causa de justificación, ignora la ley o comprende incorrectamente las normas.

Cuando el autor ignora que su comportamiento está prohibido por el orden jurídico o, dicho de otra manera, piensa obrar conforme al derecho, puede suceder que jamás se haya cuestionado sobre la posible ilicitud de su acción (error de prohibición directo, *direkter Verbotsirrtum*)⁵². Al respecto, hay que señalar que los jueces federales han estimado que el artículo 20 derogado comprendía “todos los casos en los que el autor no era consciente de su comportamiento es ilícito”. En el mismo sentido, el nuevo artículo 21 prevé, por un lado, que el autor no sabe que su comportamiento es ilícito y, por otro, que no puede saberlo.

Sin embargo, este tipo de error es difícilmente admitido, sobre todo en el caso de las infracciones que forman el núcleo histórico del derecho penal. En efecto, el homicida difícilmente puede alegar un error de prohibición afirmando que no sabía que está prohibido matar a una persona. En un caso de delito sexual, el Tribunal Federal, sin embargo, lo ha admitido en relación con un extranjero que, basándose sobre su derecho nacional,

49 ATF 115 IV 8; ATF 127 IV 14.

50 Cf. HASSEMER, p. 627.

51 EGETHER, p. 14.

52 GRAVEN/STRÄULI, p. 186; DONATSCH/TAG, p. 276; STRATENWERTH, AT I, § 10, n. 53.

creía lícito tener relaciones sexuales con una menor. En caso de infracciones prevista en la legislación complementaria puede ser más fácil admitir el error de prohibición (por ejemplo, si concierne la prohibición de organizar juegos de azar⁵³, de violar las leyes sobre inmigración o la reglamentación de una actividad industrial o comercial)⁵⁴.

Con frecuencia, el autor parte de la idea de que su acción está o puede estar prohibida, pero cree, por error, que existe una causa de justificación o piensa actuar dentro de los límites de una de estas circunstancias previstas en el orden jurídico (error de prohibición indirecto, *indirekter Verbotsirrtum*)⁵⁵. En la primera hipótesis, estima que su comportamiento está permitido por el derecho; por ejemplo, viola el secreto profesional considerando que lo hace por orden de su superior, o detiene a una persona aun cuando no sea sorprendida *in fraganti*⁵⁶. En la segunda hipótesis, el agente adopta un comportamiento que sobrepasa los límites de la causa justificante y obra ilícitamente, sin importar la concepción de su autor; éste cree, por ejemplo, que el derecho a la legítima defensa lo autoriza a recurrir a todo medio, aun desproporcionado, para rechazar cualquier agresión. En la práctica, es bastante complicado distinguir ambas situaciones, pues suponen que el autor haya estado convencido de la existencia de una causa de justificación que el orden jurídico no prevé.

El punto de partida es la idea de que toda persona integrada socialmente está en condiciones de saber si el acto que desea realizar respeta el orden jurídico o de informarse al respecto. En otras palabras, de apreciar, por una parte, si su acto es susceptible de perjudicar a terceros y, por otra, si el orden jurídico autoriza tal acto o, al menos, tolera sus consecuencias. En esta perspectiva, los jueces federales han afirmado que el error sobre la ilicitud permite disculpar (*entschuldigen*) al autor, “si su error provenía de circunstancias que hubieran, [...] inducido en error todo individuo concienzudo”⁵⁷. Las apreciaciones de valor y jurídicas propias a la cultura de origen del agente pueden justamente hacerle difícil reconocer el carácter ilícito de su comportamiento. Además, los criterios muy estrictos fijados por los jueces federales han restringido de manera importante la aplicación del error de prohibición.

Según el nuevo artículo 21 del código suizo, el error inevitable excluye la culpabilidad y, por tanto, el juez debe absolver al acusado. Por el contrario, si el error es evitable, la pena es simplemente disminuida y, en consecuencia, el juez sólo atenuará la pena.

53 ATF 98 IV 293/JdT, 1973, IV, 143.

54 ATF 75 IV 37/JdT, 1950, IV, 31.

55 STRATENWERTH, AT I, § 11, n. 47 y ss.; GRAVEN/STRÄULI, p. 185; DONATSCH/TAG, p. 276.

56 ATF 101 IV 404/JdT, 1977, IV, 38.

57 ATF 75 IV 153/JdT 1950 IV 26; ATF 93 IV 124; ATF 98 IV 51/JdT 1972 IV 147; ATF 98 IV 303/JdT 1973 IV 143; ATF 104 IV 184/JdT 1980 IV 10.

En efecto, “si aún una persona prudente e informada no puede evitar el error, el autor no obra con culpa y en consecuencia no puede ser castigado”⁵⁸.

Para obtener las informaciones, los esfuerzos deben ser serios y reiterados. En consecuencia, el juez examinará, en el caso concreto, las circunstancias materiales y personales que han llevado al agente a la convicción que su acto es lícito. En el nivel personal, tendrá en consideración su grado de socialización o de integración (por ejemplo, la pertenencia del individuo –trabajador inmigrante– a un medio cultural determinado)⁵⁹; en el plano material, debe apreciar todos los hechos que han podido inducir al agente en error (por ejemplo, informaciones dadas por la autoridad competente⁶⁰, las licencias o permisos administrativos, la práctica habitual de las autoridades de tolerar ciertos comportamientos, la ambigüedad de los textos legales, la toma en consideración de decisiones judiciales⁶¹ y administrativas anteriores o de los consejos de un abogado⁶²).

B. Individualización de la pena

En cuanto a la individualización de la pena, la manera repetida en que los jueces federales han tomado en cuenta las diferencias culturales para admitir o rechazar la atenuación de la pena es el origen de una tentativa para insertar una regla en el Código Penal suizo. Con ocasión de los trabajos de revisión de la parte general del código, en el anteproyecto de 1993, los autores habían propuesto prever una circunstancia atenuante. En el artículo 50, letra d, se disponía que el “juez atenuará la pena [...] si la experiencia de vida o el origen foráneo del autor han hecho extraordinariamente difícil que se comportara conforme a derecho” (“*der Richter die Strafe mildert, [...] wenn die Lebensgeschichte oder fremde Herkunft dem Täter rechtmässiges Verhalten ausserordentlich erschwert hat*”)⁶³.

En la exposición de motivos de ese anteproyecto se explica que “debe ser posible al juez de atenuar la pena considerando la carga pesada que comporta la socialización deficiente o inconforme, debida al medio social o ético en el que el autor se ha desarrollado; por ejemplo, representaciones del honor individual o familiar profundamente enraizadas”; así mismo, los comisionados afirmaron que debe tratarse de desviaciones muy graves de nuestro marco habitual que no puedan ser consideradas en el ámbito de las circunstancias atenuantes del artículo 49, inciso 2 (“*Der Richter soll die Mögli-*

58 Message 1998, p. 28.

59 ATF 86 IV 212/JdT 1961 IV 82; ATF 104 IV 217/JdT 1980 IV 2.

60 TRECHSEL, Art. 20, n. 8; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, n. 311; ATF 75 IV 43/JdT 1950 IV 31; ATF 86 IV 214/JdT 1961 IV 82; ATF 106 IV 319/JdT 1982 IV 44; ATF 120 IV 215/JdT 1996 IV 158.

61 ATF 91 IV 165; ATF 99 IV 186/JdT 1974 IV 130.

62 ATF 92 IV 73/JdT 1966 IV 66; ATF 98 IV 303/JdT 1973 IV 143; STRATENWERTH, AT I, § 11, n. 64.

63 Señalemos de pasada que en el artículo 45 del CP peruano se ordena al juez de tener en cuenta, al fundamentar y determinar la pena, la cultura y las costumbres del acusado.

chkeit haben, gravierenden Sozialisationsdefiziten oder –abweichungen, die auf das soziale oder ethnische Milieu zurückgehen, in welchem der Täter ausgewachsen ist, mildernd Rechnung zu tragen, beispielsweise tief verwurzelten Vorstellungen von Individual- oder Familienehre. Es muss sich dabei um so krasse Abweichungen von dem in unseren Breitengraden Üblichen handeln, dass sie in Anwendung von Artikel 49 Absatz 2 [Strafmilderungsgründen] innerhalb des ordentlichen Strafrahmens nicht mehr hinreichend berücksichtigt werden können”)⁶⁴.

En el proceso de consultación al que son sometidos los proyectos de ley, esta proposición fue ampliamente rechazada por casi todas las personas e instituciones consultadas. Si bien admitían, en principio, que el pasado y el origen extranjero del autor debían ser tomados en cuenta, estimaban que, en realidad, ya eran considerados al momento de declarar culpable al agente o de imponerle una pena. Sin embargo, opinaban que era indispensable salvaguardar la preeminencia del Código Penal, porque el hecho de considerar las bases socioculturales de un autor a título de circunstancias atenuantes afectaría al “derecho penal en tanto código mínimo de comportamiento”. Se trata aquí de excluir una justicia de segunda clase (“*das ‘Strafrecht als minimaler Verhaltenskodex’ würde durch die Berücksichtigung des soziokulturellen Hintergrundes eines Täters als Strafmilderungsgrund einen zu schweren Einbruch erleiden. Insbesondere gilt es hier, eine Zwei-Klassen-Justiz zu verhindern*”)⁶⁵. Así, se afirmó igualmente que su previsión como circunstancia atenuante autónoma implica un tratamiento indigno de los extranjeros. Fundamentalmente, la sensibilidad y el pensamiento jurídico desarrollado en Suiza, como regla de apreciación, deben también regir para los extranjeros (“*Ihre Verselbständigung zu einem separaten Milderungsgrund führt zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung von Ausländern. Grundsätzlich muss auch bei diesen das in der Schweiz entwickelte Rechtsempfinden und Rechtsdenken Grandmesser für rechtmässiges Verhalten und Strafe bleiben*”)⁶⁶.

Estos argumentos estaban sobre todo relacionados con ciertos delitos o con la personalidad particular del autor. Con respecto a esta última, se afirmó que un delincuente de formación “fundamentalista” pretendería sin más que se le atenuara la pena, lo que es poco concordante con el hecho de que si el mismo delincuente hubiera cometido el delito en su país de origen, sería confrontado a una amenaza penal que normalmente es mucho más severa que la prevista en la ley penal suiza. Si por la comisión de un delito en su país es absuelto, esto no depende de la inexistencia de una prohibición o de una amenaza penal sino más bien de un procedimiento penal desnaturalizado⁶⁷.

64 BERICHT 1993, p. 72.

65 ERGEBNISSE, 1995, p. 519.

66 Stellungnahme des Kantons Aargau, en ERGEBNISSE, 1995, p. 534.

67 *Ibíd.*, p. 531.

En relación con la comisión de ciertos delitos, se señaló que “el dominio de aplicación [de la circunstancia atenuante] sería el de los delitos violentos –en particular contra mujeres [...] Tolerancia ante terceros y extranjeros es fundamental sin duda. Sin embargo, si no se respetan los derechos humanos fundamentales, se viola la libertad personal de las mujeres o se lesiona su integridad corporal de manera masiva, la protección de estas mujeres debe tener la prioridad absoluta”⁶⁸.

De lo expuesto se deduce que los participantes en la consultación partieron de la idea de que el Código Penal suizo constituye un código mínimo de comportamientos, fundado en costumbres comunes a toda la sociedad helvética. Lo que implica que consideren a ésta como fundamentalmente homogénea respecto de los valores políticos, éticos, económicos y culturales, y que son además conformes a los derechos humanos.

En este contexto, es comprensible que se rechace restringir la aplicación de la ley penal en función de los orígenes culturales de los autores de delitos. Así mismo, que se estime que la ley penal suiza debe aplicarse de la misma manera a los suizos que a los extranjeros, sin consideración al hecho que éstos pertenezcan a un grupo social cuyos patrones culturales de conducta sean diferentes de los predominantes en Suiza. Este criterio implica que se sostenga que los extranjeros son capaces de someterse al orden penal mínimo establecido en el Código Penal suizo en razón de que sus reglas de comportamiento propias respetan también este límite mínimo y que no es otro que el determinado por los derechos humanos. En este sentido, las excepciones en favor de la absolucón o atenuación de la pena sobre la base de los orígenes de los procesados comportarían, en un nivel general, una violación del principio de igualdad de las personas en y ante la ley; más aún, un perjuicio grave en contra de los suizos. Darían lugar a la instauración de una justicia de segunda clase⁶⁹.

Otra consecuencia negativa de la admisión de una circunstancia relativa a los orígenes de los procesados sería el efecto indeseado de suponer una incapacidad personal de los extranjeros a conformar sus actos al código de comportamiento suizo mínimo⁷⁰. Además, tendría la desventaja de incitar los procesados extranjeros, en la perspectiva de obtener la absolucón o la atenuación de la pena, a no asimilar los valores fundamentales o a invitarlos a no respetar la ley vigente en Suiza. Además, en cuanto a este último punto, hay que indicar que las excepciones indicadas han sido igualmente criticadas como una violación al principio de la territorialidad de la aplicación de la ley penal: la ley suiza es aplicable a todo acto reputado cometido en Suiza.

En el dominio estricto del derecho penal, los argumentos contrarios a considerar los orígenes de los procesados son de orden técnico o de política criminal. En cuanto al

68 Eidg. Kommission für Frauenfragen, en ERGEBNISSE, 1995, p. 539.

69 Stellungnahme des Kantons Zürich, en ERGEBNISSE, 1995, p. 529.

70 Stellungnahme des Freiburger Anwaltsverband, en ERGEBNISSE, 1995, p. 544.

primero, es de destacar que esta circunstancia está ya comprendida en la regla general relativa a la individualización de la pena (art. 47), en la medida en que esta disposición exige que el juez tenga en cuenta, primero y en general, “tanto los antecedentes y las relaciones personales como los efectos de la pena en la vida del autor”. Así, la “culpabilidad deberá ser determinada según la gravedad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico concernido, la reprochabilidad de la acción, de los móviles y de los fines del autor, así como las posibilidades que el autor tuvo, de acuerdo a las circunstancias internas y externas, para evitar la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico”. Lo que daría lugar, indebidamente, a una doble atenuación de la pena a causa de una misma circunstancia personal. Además, esta crítica es reforzada subrayándose que ya es tomada en cuenta al fijarse el grado de culpabilidad del autor.

En relación con la política criminal, las críticas son fuertemente influenciadas por la preocupación de no debilitar la reacción frente a ciertas formas de delincuencia grave: terrorismo, tráfico de drogas, violencia contra las mujeres y los niños, delitos sexuales, trata de personas, etc. Delitos que estarían motivados, sobre todo cuando los autores son extranjeros, por factores culturales. Así, se hace referencia a las concepciones fundamentalistas de los terroristas, los criterios de honor de la familia o del grupo de los autores de homicidios o de malos tratos en agravio de las mujeres, el espíritu étnico de los participantes en las redes de tráfico de drogas o de personas.

La atenuación de la pena por el simple hecho de los orígenes de los autores de estos crímenes es igualmente percibida como un beneficio indebido en su favor, así como un menosprecio de las víctimas. Al respecto, se ha destacado la inoportunidad de la referencia hecha en el mensaje del anteproyecto de 1993, a “las concepciones sólidamente enraizadas del honor individual o familiar”⁷¹, ya que estas concepciones conducen en general a delitos de honor (venganza, *Blutrache*) en detrimento sobre todo de mujeres.

El mantenimiento de las reglas y criterios tradicionales no elimina las dificultades presentes al juzgarse los delitos motivados culturalmente. En la práctica, la existencia de estos delitos es en principio constatada, mientras que el recurso a excusas de orden cultural para defender a los autores de estas infracciones es fuertemente limitado. Así, por ejemplo, no se acepta invocar los aspectos culturales para justificar el comportamiento típico. Además, son admitidos restrictivamente para determinar la culpabilidad y, por tanto, la individualización de la pena.

El modelo suizo es especialmente conforme a un sistema social homogéneo. Resulta evidentemente menos apropiado para sociedades fuertemente marcadas por diferencias sociales y culturales profundas. Sin embargo, el sistema europeo en general y suizo en particular será cada vez, con más frecuencia, confrontado con las diferencias culturales

71 BERICHT, 1993, p. 69.

debido a la constante e intensa inmigración sobre todo de personas provenientes de regiones culturalmente alejadas de la cultura europea.

VIII. CONCLUSIONES

Si se parte del texto de la ley, considerándolo como el límite de los probables sentidos que pueden atribuírsele, el sentido que más corresponde al artículo 15 es el que considera que en éste se ha previsto, en contra de lo deseado por sus redactores, una circunstancia de falta de capacidad de culpabilidad y no el llamado error de comprensión culturalmente condicionado.

Esta última categoría ha tratado de ser mejor regulada en el proyecto boliviano de 2008⁷². En su artículo 19 (pf. 4) se dice:

(Error de comprensión) También se excluye la culpabilidad cuando el agente por su cultura o costumbres no comprenda la criminalidad de su obrar o no se le pueda exigir que adecue su conducta a dicha comprensión. Cuando por las mismas causas no se excluya totalmente la posibilidad de comprensión o de adecuación de la conducta, el tribunal podrá establecerá la pena conforme al grado de exigencia que podría formularsele.

La previsión legislativa de esta regla supone, evidentemente, que se considere útil y conveniente el concepto de comprensión. De no ser este el caso, resulta preferible y práctico aplicar el criterio del error de prohibición, previsto aceptablemente en la mayoría de los códigos. Aunque sería recomendable, teniendo en cuenta la idiosincrasia de los encargados de administrar justicia, de prescribir que en la apreciación de dicho error se tengan en cuenta las especificidades culturales del procesado.

Esta solución se compagina mejor con el sistema normativo en general y es conteste con las concepciones penales, en particular las germanas sobre la culpabilidad, del Código Penal peruano. Además, consideramos que facilita la toma en consideración de criterios referentes a los límites en los que deben respetarse las pautas culturales de todos y no sólo de las poblaciones nativas. Si el tratamiento injusto de éstas es una de las justificaciones para tener en cuenta las diferencias culturales, el artículo 15 es una norma general, que también comprende, por ejemplo, el caso de los inmigrantes.

El criterio, sin embargo, es más restrictivo respecto de la pluralidad jurisdiccional. Según el artículo 149 de la Constitución peruana, las autoridades comunales y nativas ejercen jurisdicción y aplican su derecho consuetudinario. Pero cabe preguntarse si

72 Borrador de la Parte General conforme a las resoluciones adoptadas en la reunión de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) (14 al 16 de febrero de 2008).

también se debería, en razón del reconocimiento constitucional del pluralismo cultural, reconocer poder jurisdiccional a otras comunidades que habitan en territorio nacional. Todo esto muestra que se han abierto las puertas sin que se hayan tomado las medidas necesarias para que funcione real y adecuadamente la diversidad de jurisdicciones (a pesar de las pocas disposiciones procesales y de la legislación particular referente a las comunidades andinas y nativas).

Las decisiones de la Corte Suprema, en particular, sobre casos en los que se plantean problemas relativos a conflictos culturales en el ámbito penal, no permiten deducir criterios jurisprudenciales uniformes y constantes respecto de la aplicación del artículo 15. Tampoco es correcta la manera como recurren al artículo 149 de la Constitución para resolver asuntos en los que cabría discutir sobre los alcances de la indicada disposición del Código Penal. Es el caso sobre todo de los procesos penales referentes a las actividades de los ronderos, las que constituyen un asunto no sólo judicial sino político y social.

El reconocimiento de facultades jurisdiccionales (comprendidas las penales) a las comunidades andinas y nativas, así como la consecuencia inevitable de que se aplique el derecho consuetudinario, hace necesario que se plantee la cuestión de saber en qué medida la aplicación de ese derecho debe hacerse teniendo en cuenta los principios fundamentales tanto del derecho penal sustantivo como del derecho procesal penal. Si bien esto podría comportar que se repiensen las categorías penales, un sólo límite es claro: su aplicación debe hacerse respetando los derechos fundamentales.

Este límite supone que las autoridades comunales estén familiarizadas con los alcances de dichos derechos, lo que significaría que deben “aculturizarse”, al menos parcialmente, asimilando la comprensión de los derechos fundamentales. O, por el contrario, debería admitirse, por respeto estricto a su cultura, que esas autoridades deben comprender estos derechos de conformidad con sus propias pautas culturales. Esto muestra que en el fondo la cuestión es más compleja que la de una simple regulación legal o esclarecimiento dogmático, y toca más bien el fundamento en que debe basarse un determinado reconocimiento de las diferencias culturales en un mismo contexto político, social y estatal. Unidad compatible con pluralidad, gracias a un diálogo intercultural.

BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, BENEDICT. *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

BALLÓN AGUIRRE, FRANCISCO. *Etnia y represión*, Lima, 1980.

BALLÓN AGUIRRE, FRANCISCO. *Introducción al derecho de los pueblos indígenas*, Lima, 2002.

Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils – Vorentwurf 1993. Bern, mecanografiado s/f.

Borrador de la Parte General [Código Penal Boliviano] conforme a las resoluciones adoptadas en la reunión de Santa Cruz de la Sierra - Bolivia (14 al 16 de febrero de 2008).

CALLE, JUAN JOSÉ. *Código Penal anotado*, 1.ª reimpresión, 4.ª ed., Lima, San Marcos, 2001.

CESANO, JOSÉ DANIEL / BEATRIZ KALINSKY. “Delito y diversidad cultural una lectura interdisciplinaria de un fallo”, en *Ley, Razón y Justicia, Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Neuquén, año 2, n.º 3, enero-julio, 2000.

DONATSCH, ANDREAS / TAG, BRIGITTE. *Strafrecht*, I, Verbrechenslehre, 8.ª ed., Zurich, Schulthess, 2006.

EGETHER, ISTOK. *Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt*, Zürich, 2002.

FLORESCANO, ENRIQUE. *Etnia, Estado y Nación*, México, Taurus, 2001.

FRANCIA, LUIS. “Pluralidad cultural y derecho penal”, en *Derecho 47*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

GARCÍA, PERCY. *Derecho penal económico*, parte general, t. I, Lima, Grijley, 2007.

GARCÍA VITOR, ENRIQUE. *Diversidad cultural y derecho penal. Aspectos criminológicos, políticos, criminales y dogmáticos*, Colección Jurídica y Social, 36.

GITLITZ, JOHN. “Rondas campesinas y violencia”, en Instituto de Defensa Legal. Justicia y violencia en las zonas rurales. La experiencia de la región andina. Seminario-Taller. Lima, 20 a 22 de noviembre del 2002.

GRAVEN, PHILIPPE / STRÄULI, BERNARD. *L'infraction punissable*, Berna, Stämpfli, 1995.

HASSEMER WIENFRIED. *Mordmerkmale, insbesondere „heimtückisch“ und „niedrige Beweggründe“*, JuS, 1971.

HOBBSAWM, ERIC. *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Barcelona, Crítica, 1991.

HÖFFE, OTFRIED. *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt, Suhrkamp, 1999.

HURTADO POZO, JOSÉ. “Impunidad de personas con patrones culturales distintos”, en *Derecho* 49, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.

HURTADO POZO, JOSÉ. *La ley importada. La recepción del derecho penal extranjero en el Perú*, Lima, Cedys, 1979.

HURTADO POZO, JOSÉ. “Pluralismo cultural y derecho penal”, en MOISÉS MORENO (coord). *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, México, 2001.

IRIGROYEN, RAQUEL. “Control penal y diversidad étnico-cultural”, en LAURA ZÚÑIGA y otros (eds.). *Conflicto social y sistema penal*, Salamanca, Universidad de Salamanca y Colex, 1996.

KÄLIN, WALTER. *Grundrechte im Kulturkonflikt – Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft*, Zurich, 2000.

KILLIAS, MARTIN / ANDRÉ KUHN / NATHALIE DONGOIS / MARCELO F. AEBI. *Précis de droit pénal general*, 3.^a ed., Berna, Stämpfli, 2008.

KYMLICKA, WILL. *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, La découverte, 2001.

LAMPE, ERNST-JOACHIM. „Was ist ‘Rechtspluralismus’?“ en *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus, Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat*, Baden-Baden, 1995.

NESTLER-TREMEL. *Auch für Ausländer gilt allein das deutsche Strafrecht*, NJW, 1986, Heft 22.

PEÑA CABRERA, RAÚL. *Derecho penal. Estudio programático*, Lima, Grijley, 1994.

Résumé des résultats de la procédure de consultation relative aux avant-projets de la commission d’experts concernant la partie générale et le troisième livre du Code pénal ainsi qu’une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, Office fédéral de la Justice, Berne 1995.

STRATENWERTH, GÜNTHER. *Schweizerisches Strafrecht*, AT I, Die Straftat, 3.^a ed., Berna, Stämpfli, 2005.

TRECHSEL, STEFAN. *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, 2.^a ed.

VILLA STEIN, CARLOS. *Derecho penal*, PG, 2.^a ed., Lima, Grijley, 2001.

VILLAVICENCIO, FELIPE. *Código penal comentado*, 3.^a ed., Lima, Grijley, 2001.

VILLAVICENCIO, FELIPE. *Derecho penal*, parte general, Lima, Grijley, 2006.

VILLAVICENCIO, FELIPE. “Ley penal y hecho punible en el Código Penal peruano de 1991 y en el anteproyecto de Código Penal para Guatemala de 1990”, en *Revista de los Abogados del Valle del Cauca*, 27/28, Cali.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALEJANDRO ALAGIA / ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho penal*, parte general, Buenos Aires, Ediar, 2000.