

Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?

José Hurtado Pozo

Sumario: I. Interpretación de la doctrina. II. Concepción y propuesta de Zaffaroni. III. Tentativa de explicación del criterio predominante en el Perú. IV. Aplicación judicial del error de prohibición culturalmente condicionado. V. A manera de conclusión.

I. Interpretación de la doctrina

(p. 357) En la exposición de motivos del Código penal de 1991, se mencionan como innovaciones, en relación con el Código derogado, primero, la nueva manera de regular el error de tipo legal y del error de prohibición, siguiendo el modelo del Código Penal alemán, y, segundo, la incorporación del denominado «error de comprensión culturalmente condicionado» para eliminar el trato indebido dado a los indígenas y nativos de la Selva por el Código derogado². El art. 15 estatuye:

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 (p. 358) esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Los pocos comentarios que esta disposición ha suscitado, entre los juristas peruanos, tienen en común el hecho de considerar siempre que el art. 15 prevé el error de comprensión culturalmente condicionado. Al extremo que en las ediciones oficiales del Código Penal, al establecerse oficiosamente la anotación marginal para designar el contenido de cada disposición, se utiliza la expresión «error culturalmente condicionado» con relación al art. 15.

Otro aspecto en común a los sucintos análisis de los autores nacionales es que no explican ni justifican suficientemente por qué hay que interpretar el art. 15 siguiendo estrechamente la concepción de Raúl Zaffaroni, inspirador de esta disposición. De esta manera, transcribiendo casi literalmente lo escrito por Zaffaroni, Bramont Arias y Bramont-Arias³, 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 art. 15, el proyecto peruano de 1991, el mismo que es sólo su antecedente inmediato. Villavicencio⁴ considera que «es novedosa la introducción de la figura del error de comprensión culturalmente condicionado». Como Zaffaroni, define el error de prohibición 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 aplicabilidad⁵. Así mismo, 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 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

1 Código Penal, edición oficial, p. 43.

2 Código Penal, edición oficial, p. 43 s.; cf. . 1979, p. 67 ss.

3 Véase, p. 149 s.

4 1993, p. 112 s.

5 Villavicencio, p. 89 s.

la convivencia incluso con menores de 12 años»⁶. Ejemplo que, como el dado por Zaffaroni, no es del todo correcto, pues la ignorancia o el error suponen que el sujeto actúe en el sistema cultural cuyas pautas desconoce o no aprecia correctamente. **(p. 359)** Para el miembro de la comunidad nativa sólo existe un sistema cultural y actúa conforme a sus normas, salvo que se trate de una comunidad que tiene suficientes contactos con el sistema oficial (gracias, a la actividad de misioneros, comerciantes, etc.) y que, por tanto, sus miembros ya conocen que el comportamiento en cuestión está prohibido conforme a las reglas ajenas a su cultura. Caso en el que, de cometer el acto prohibido, lo harán porque consideran legítimo seguir comportándose según sus pautas culturales propias. Bastaría aplicar entonces la noción de error de prohibición y sería innecesario recurrir a la de error de comprensión culturalmente condicionado. La explicación de Villavicencio resulta también incompleta porque, respecto al art. 20 inc. 1, no dice cómo debe entenderse la fórmula «capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto». Esta explicación resulta indispensable para saber si considera que también aquí «comprender» significa internalizar la norma prohibitiva. Esto resultaría incoherente en tanto se trate de personas inimputables por anomalías psíquicas. Al respecto, hay que recordar que Villavicencio ha sostenido una opinión diferente. Villa Stein⁷, por su parte, sostiene grosso modo los mismos criterios, pero contrariamente a 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 detenida⁸. Por esto nos limitaremos a resumir brevemente nuestro análisis. Francia⁹ 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, de un lado, es conforme a la concepción expuesta en el artículo comentado y, de otro, «rechaza la asimilación del resto de culturas a la cultura occidental como propuesta política»¹⁰. **(p. 360)**

Para Peña Cabrera¹¹, por haberse regulado el error de prohibición y considerado la pluralidad étnica y cultural del Perú, era 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 grupos culturales aislados desconozcan 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». Pero, esta indicación se comprende respecto a quien tenía la posibilidad de plantearse la cuestión de la antijuricidad de su acto, pues respecto a él funciona la exigencia de que haga el esfuerzo necesario, base de la reprochabilidad y de la culpabilidad. Esta exigencia es irracional con relación a los miembros de un grupo humano que no está integrado al sistema cultural dominante.

Nuestra crítica a esta interpretación considera, entre otros puntos, el hecho que el art. 15 es interpretado de manera aislada, sin ponerlo en relación con otras disposiciones, en particular con el art. 20 inc. 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

⁶ Villavicencio, p. 91.

⁷ Véase p. 419 ss.

⁸ Hurtado Pozo, 1995, p. 157 ss.

⁹ Francia, p. 493 ss.

¹⁰ Francia, p. 511.

¹¹ 1994, p. 436, 444 s.

redactar el art. 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 art. 20 inc. 1 dichas causas son la anomalía psíquica, la grave alteración de la consciencia o las alteraciones de la percepción, en el art. 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 art. 15, expuesta en la Exposición de motivos del Proyecto, el art. 15, debido al **(p. 361)** contexto normativo en el que debe ser interpretado, 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 art. 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.

Para determinar en qué sentido debe ser comprendido el art. 15 y, en particular, si hay que interpretarlo como si regulara el error de comprensión culturalmente condicionado, es indispensable tener en cuenta si las disposiciones del Código penal peruano pueden ser interpretadas siguiendo las pautas propuestas por Raúl Zaffaroni¹². Esta indagación se impone porque bajo la influencia de sus ideas se ha introducido en el Código Penal peruano de 1991 el art. 15. Las mismas que han sido recepcionadas por diversos autores nacionales y aplicadas, como ya lo hemos señalado, sin más para interpretar esta disposición.

II. Concepción y propuesta de Zaffaroni

Raúl Zaffaroni¹³ concibe el error de comprensión culturalmente condicionado a partir de la legislación argentina, en particular del art. 34 inc. 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 **(p. 362)** o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones». De esta manera, diferente a la utilizada en la legislación penal peruana, se prevén dos circunstancias que impiden penar al agente 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 las mismas. Se trata de la capacidad de culpabilidad. Por otro lado, 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 lleva a plantear el problema del error como un factor que determina 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 la hace

¹² 2000, p. 694 ss.

¹³ Zaffaroni, 2000, p. 704 ss.; cf. García Vitor, p. 27 ss.; Cesano/Kalinsky, p. 231 ss; Yrigoyen, p. 35 ss.

depender del estado psíquico del agente. Mientras que el error está previsto sin referencia a 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 vencer el error.

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 (**p. 363**) 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 lado, 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 de ausencia de culpabilidad debida, 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 art. 34, inc. 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 sobre todo es la manera como define la comprensión. 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 a la antijuricidad (valor o desvalor) la comprensión constituye una exigencia máxima, no así para los demás factores referentes a la criminalidad. Respecto a éstos es suficiente el conocimiento o la posibilidad de conocimiento. En este sentido, comprender un (**p. 364**) 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»¹⁴. 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 inexigible la comprensión de la antijuricidad, porque no se le puede exigir a nadie que incorpore como suyos valores ajenos, que «incorpore a sus propias pautas de conducta otras diferentes, que responden a una concepción del mundo y de sí mismo por entero distinta»¹⁵.

Explicada así la comprensión, Zaffaroni afirma, de manera consecuente, que la imputabilidad es ausencia de impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuricidad y para la adecuación de la conducta conforme 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 disidente¹⁶.

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 **(p. 365)** 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»¹⁷. 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.

Una de las ventajas de esta interpretación y de la introducción del criterio del error de comprensión, según Zaffaroni, es el eludir «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»¹⁸. De manera correcta, 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 **(p. 366)** autoridades competentes,

¹⁴ 2000, p. 650.

¹⁵ 2000, p. 650.

¹⁶ 2000, p. 700 s.

¹⁷ 2000, p. 705.

¹⁸ 2000, p. 705 s.

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 a la aplicación de la ley penal en el espacio (por ejemplo, el criterio de la doble incriminación respecto al 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 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 al derecho de Polinesia, no existe problema porque no ha cometido infracción alguna.

De manera más evidente, continúa sosteniendo Zaffaroni, 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»¹⁹, en casos como el de la ablación del clítoris que sigue siendo practicada entre algunos sectores de los inmigrantes musulmanes en países como Francia y España. Este acto que constituye lesiones corporales graves no podría dar lugar a la punición de los autores porque éstos han actuado conforme a las pautas culturales que han internalizado. Es decir, no han comprendido (cogido, agarrado) las pautas culturales que están en la base de la legislación penal francesa o española. Han cometido un error de comprensión porque no se les puede exigir que internalicen **(p. 367)** pautas culturales ajenas a su cultura. Su ámbito de autodeterminación para comportarse según las pautas francesas o españolas ha estado 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 puede exigirse a los inmigrantes el respeto de prohibiciones como la implícita en las normas represoras del delito de lesiones corporales. Sea cual fuere la respuesta, 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) no actúa condicionado por una representación del valor del acto que no corresponda 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 comportamiento debido a la conciencia disidente. Según Zaffaroni, en este caso, «se encuentra en un error de prohibición indirecto en razón de suponer falsamente la existencia de una justificante no reconocida por el derecho»²⁰. Creer, por ejemplo, que 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» (p. 706). Como en el Código penal peruano no hay disposición que prevea la represión de la violación de una tal prohibición, podemos considerar una hipótesis en un caso semejante: la práctica de la medicina tradicional que, objetivamente, cae en el art. 290 inc. 2 que reprime el hecho de prescribir, administrar o aplicar cualquier medio supuestamente destinado al cuidado de la

¹⁹ 2000, p. 706.

²⁰ 2000, p. 704.

salud, aunque obre de modo gratuito. Si actos de esta naturaleza son cometidos de acuerdo a pautas culturales diferentes a 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 **(p. 368)** ilícito de su comportamiento y que este error se debe a que no han interiorizado la prohibición establecida por el sistema dominante. Si 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 indígenas habitando un sector alejado de la Amazonía), sería irracional, como lo permitía el Código de 1924, intervenir y someter al responsable del acto típico a una sanción penal. La razón, sin embargo, no necesita ser la presencia de un error de prohibición o de comprensión porque dichas personas ignoran completamente las normas prohibitivas oficiales. Por tanto, no se les puede exigir que hagan los esfuerzos necesarios para conocer dichas prohibiciones. Tampoco, puede decirse que se equivocan pues el error se basa siempre en una falsa representación de realidad material o de valores que se ha interiorizado; no hacen sino comportarse conforme a su sistema comunitario. En realidad, la cuestión es determinar si es necesario intervenir mediante el derecho penal. La respuesta sólo puede ser negativa. En caso de comunidades indígenas (por ejemplo las andinas) más integradas al sistema oficial o también de inmigrantes andinos habitando 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. No resulta, entonces, conveniente recurrir a la noción de error de comprensión culturalmente condicionado. Sobre todo, en el contexto de la legislación peruana, en la que se ha introducido el art. 15 como norma independiente de la que prevé el error de prohibición.

III. Tentativa de explicación del criterio predominante en el Perú

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 en el hecho que Zaffaroni elabora su interpretación del error sobre la base de la legislación de su país, en especial del art. 34 inc. 1. Circunstancia a la que ya nos hemos referido anteriormente, pero que los juristas peruanos no han tenido suficientemente en cuenta. Un segundo hito que debe tenerse en cuenta es la propuesta que hizo de «que se elaboren conceptos **(p. 369)** 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»²¹. El contexto del que parte Zaffaroni²² se percibe bien si se recuerda lo que afirmó, con razón, en el proceso de reforma del Código argentino. Entonces sostuvo: «Me parece correcta la disposición del inc. 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 esta 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 correcto planteado por Zaffaroni y habiéndose más bien conservado el art. 34 inc. 1, ha debido elaborar su concepción sobre el error de prohibición en base de 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

²¹ Zaffaroni, 1986, p. 58.

²² Zaffaroni, Proyecto de 1973, p. 239.

que hemos resumido anteriormente, Zaffaroni consideró, por un lado, que en el art. 21 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 art. 15 del Código peruano con dos modificaciones: la primera consiste en la substitución de la expresión «se le declarará no culpable» por la de «será eximido de responsabilidad». La segunda **(p. 370)** se refiere a la atenuación de la pena respecto a 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 art. 15.

Un factor que debe haber influido en la manera como los autores nacionales prefieren interpretar el art. 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 art. 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 Magistrados²³ consideró que la técnica es 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 art. 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»²⁴. En términos semejantes se pronunció Villavicencio²⁵ 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». **(p. 371)**

Sin embargo, este antecedente y la corrección de las críticas no justifican que se interprete el art. 15 en el sentido de la noción de error culturalmente condicionado. Por el contrario, la similitud de esta disposición con la prevista en el art. 20, inc. 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, 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.

IV. Aplicación judicial del error de prohibición culturalmente condicionado

El acceso a las resoluciones dictadas por la Corte Suprema, así como por los Tribunales Correccionales en los procesos en que son última instancia, es muy limitado debido a que no

²³ Asociación de Magistrados, p. 3 a 12, en particular observación n.º 9.

²⁴ Asociación de Magistrados, p. 12.

²⁵ 1984, p. 15.

son oficialmente publicadas. Las publicaciones particulares son limitadas e incompletas. Esta situación absurda impide que se pueda determinar qué criterios de interpretación han sido establecidos de modo a que se pueda hablar de jurisprudencia, por ejemplo, respecto a la aplicación del art. 15 del Código Penal.

Durante la vigencia del Código de 1924, la influencia de las diferencias culturales en la represión se dio respecto a algunos delitos. Así, en relación con los pobladores andinos, hay que considerar el caso del «servinacuy», costumbre indígena relativa al matrimonio, consisten 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; siendo 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 prohibición²⁶.

En cuanto al art. 15, consideramos interesante presentar dos resoluciones supremas relacionadas con la toma en consideración de las peculiaridades (p. 372) culturales de los procesados. La primera²⁷ concierne los hechos siguientes: Rosa, esposa de Mauro, abandonó su hogar, marido y ocho hijos porque la maltrataba su marido. Así, se trasladó a un pueblo vecino, donde se unió 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 esposo 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 Suprema confirmó esta sentencia, basándose en el dictamen emitido por el Fiscal supremo en lo penal. Este último 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 mismas que, 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 algunos excesos contra los agraviados, [...] debe también de tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron los hechos». Asimismo, indica que los procesados, con posterioridad, «han ofrecido las disculpas del caso, devolviendo las pertenencias» a los agraviados, dando «a entender de que no han actuado con malicia sino con el ánimo y espíritu de mantener unida a dicha familia». Señalando finalmente que por estas circunstancias «se podría tomar como un error cultural condicionado».

La Corte Suprema, sin entrar, en el fondo del asunto, se limita a confirmar la absolución y a corregir el error en que había incurrido el Tribunal Correccional al escribir el nombre de uno de los procesados. 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.

Los comportamientos cometidos por los procesados en agravio de las víctimas son conformes a diversos tipos legales (infracciones contra el honor, la integridad corporal, la libertad individual, el patrimonio), cuya realización es admitida por el Fiscal refiriéndose a ellos como «excesos contra los agraviados». 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 (p. 373) constituye una negación de que los agentes actuaron con dolo. Esto resulta difícil de admitir por que está claro que obraron con consciencia y voluntad de humillar, maltratar, coaccionar y despojar de bienes a los agraviados. De modo que objetiva y subjetivamente se dan los tipos legales.

El hecho que, posteriormente, 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 de falta de culpabilidad. Así, habría podido plantearse si actuaron conforme a la ley (art. 20, n.), 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

²⁶ RF, 1939, p. 587; AJ, 1943, p. 441; BJ, 1972, N.º 4, p. 211; Hurtado Pozo, 1987, p. 442 s.

²⁷ DELGJ Lima 2001, p. 35.

ronderos a humillar, maltratar de manera inhumana, 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 en base de normas que han surgido y consolidado desde que este medio de autodefensa surgió en el Perú. Sin embargo, esto no basta para justificar los abusos que cometieron.

El hecho de que se invoque el derecho consuetudinario y el art. 149 de la Constitución hace pensar que se ha tenido en cuenta el art. 15 del Código penal, lo que explicaría que se haga referencia al ámbito cultural y geográfico (Acopara - Distrito de Huantar) en que sucedieron los hechos. En cuanto a la norma constitucional, hay que señalar que la permisón que contiene sobre la aplicación del derecho consuetudinario está limitada a que ésta tenga lugar respetando a los derechos humanos. Ahora bien, se viola estos últimos cuando se humilla, maltrata inhumanamente, coacciona y priva de su patrimonio a una persona. La dignidad humana es directamente atacada. Por tanto, no podía constituir la base para absolver a los inculpados.

En cuanto al art. 15, no invocado expresamente, en ningún momento, se ha afirmado que por su cultura o costumbres los autores 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 sabían lo que hacían.

Tampoco, aceptando la equivocada idea de que el art. 15 prevé el denominado error de prohibición culturalmente condicionado, se puede llegar a explicar y justificar la absolución. Este tipo de error supone que el autor (**p. 374**) sepa que su comportamiento está jurídicamente prohibido, pero estima, equivocadamente, 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 diga «haber creído actuarse conforme a derecho», sino que se indique 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, honor, 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. Lo cual es válido afirmarlo tanto respecto al 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. No basta que el agente actúe reivindicando que no hace otra cosa que hacerse justicia por sus propias manos.

La constatación 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 servir para justificar que tal intervención se haga abusando del poder y violando los derechos fundamentales de las personas. Si se admite esto, no sólo se trata 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 que los ronderos actuaron para «mantener unida la familia», ya que ésta se encontraba en crisis debido a que el marido maltrataba físicamente a la agraviada, maltratos señalados en el mismo dictamen. La protección de la familia no puede hacerse en detrimento de los derechos humanos de uno de sus miembros.

El segundo caso²⁸ se refiere también a actos cometidos por ronderos. Esta vez, los miembros de un Comité de rondas campesinas detienen a Ramón (**p. 375**) y lo encerrándolo durante varios días en el local de dicho Comité. Ocasión en que, según el dictamen Fiscal, «haciendo uso de la violencia le obligaron a confesar delitos que no había cometido. Poniéndolo en libertad, sólo después de que entregara a uno de los procesados un caballo.

²⁸ Instrucción N.º 910-96; Corte Superior de Piura; C.S. N.º 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, lo obligaron a confesarse autor de 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 de obligarlos 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 que circunstancia permitía excluir la ilicitud de esos actos o la culpabilidad de los autores. Sólo respecto a 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 que los campesinos y poblaciones nativas ejerzan jurisdicción aplicando sus normas consuetudinarias. Esta norma 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 lo permitiese, detener si, pero no atar en una picota, por ejemplo, como hicieron los procesados. La devolución de la cosa de la que fue despojada uno de los agraviados no justifica el comportamiento típico precedente cometido por los procesados.

La manera como se invoca el art. 149 de la Constitución, los usos y costumbres de los procesados e, implícitamente, el art. 15 del Código penal constituye un pésimo servicio al movimiento dirigido a hacer respetar el **(p. 376)** carácter multicultural de la sociedad peruana, así como a garantizar la protección de los derechos humanos.

V. A manera de conclusión

En toda reforma legislativa, hay que tener en cuenta las experiencias de legisladores foráneos y los planteamientos efectuados por teóricos tanto para abandonar o perfeccionar regulaciones existentes, como para introducir otras nuevas. Esto supone no sólo tener una actitud abierta hacia la recepción de ideas y modelos foráneos; sino la capacidad para analizarlos previamente y adaptarlos a nuestra realidad social y política, así como a nuestro contexto jurídico.

En esta perspectiva, con relación al ejemplo del error de comprensión culturalmente condicionado, debemos repetir que no se ha tenido el debido cuidado al introducir el art. 15, basándose en la propuesta de Zaffaroni, en el Código Penal de 1991. Hubiera bastado, una vez aceptada como correcta la previsión de esta categoría dogmática, tomar la distancia debida teniendo en cuenta la legislación y la concepción teórica sobre las cuales había sido imaginada. De esta manera, se hubieran evitado los problemas de interpretación que hemos señalado. Sin embargo, no se procedió así debido a que se asumió de manera «dogmática» y no creativa la propuesta.

Para precisar aún más lo antes expresado, conviene indicar la manera como en el Anteproyecto de Código Penal para el Ecuador (parte general) de marzo 1993, elaborado con el asesoramiento de Manuel Rivacoba y Rivacoba y Raúl Zaffaroni²⁹, se regula el denominado error de comprensión culturalmente condicionado. Para comprender la técnica empleada, señalemos que, ante todo, se determina la falta de capacidad de culpabilidad. Así, en el art. 18, inc. 5, se prevé: «El que por cualquier motivo carezca, en el momento del acto, de la capacidad de representarse las consecuencias de su obrar, de comprender su criminalidad o de adecuar su conducta a dicha representación o comprensión». Sin entrar a analizar si la

²⁹ Texto mimeografiado, Quito s/f.

definición es correcta o no, señalemos que se precisa muy bien que se trata de la capacidad que tiene el agente al momento de actuar. Lo que permite a los autores del proyecto, en las disposiciones siguientes, regular, primero, el error «acerca (p. 377) de algún elemento constitutivo de la infracción» (art. 18, inc. 7: error de tipo legal); segundo, el error «acerca de la criminalidad de su obrar» (art. 18, inc. 7: error de prohibición) y, tercero, la circunstancia de que el agente «por su cultura o costumbres no comprende la criminalidad de su obrar o no se le puede exigir que adecue su conducta a dicha comprensión» (art. 18, inc. 9). En este último caso, a diferencia de lo que sucede en el art. 15 del Código Penal peruano, no se establece que el agente «por su cultura o costumbres» no tenga la «capacidad de comprender la criminalidad del acto» o de «determinarse de acuerdo con esta apreciación». Se refiere más bien al hecho, por un lado, de que el autor haya o no haya comprendido y, por otro, si se le puede o no exigir que se determine en consecuencia. De modo que el sujeto que debe comprender y determinarse es una persona capaz de actuar culpablemente; pero a quien no se le puede reprochar su manera de comportarse debido a que ha actuado conforme a su cultura o costumbres. Se trata entonces de una causa de ausencia de culpabilidad, lo que es, justamente, lo que propone Zaffaroni; pero que no ha sido debidamente regulado en el art. 15 del Código penal peruano.

En la misma perspectiva, en el Proyecto de Código Penal de Guatemala³⁰, después de definir la imputabilidad como capacidad de «comprender la ilicitud del hecho» y de «dirigir sus acciones conforme a esa comprensión» (art. 19), se excluye la culpabilidad, junto a los casos de error y otros, «cuando la persona perteneciere a una comunidad indígena que aceptare o fomentare regularmente la conducta ilícita, conforme a costumbres o prácticas arraigadas, salvo que ello implicare una grave afectación de los derechos humanos fundamentales» (art. 20, letra d). El carácter de eximente de culpabilidad de esta circunstancia reside en el hecho de que, en razón de su cultura, no se puede exigir al agente que obre, en su medio social, de manera diferente a sus pautas culturales. El Estado debe respetar la cultura del agente hasta el límite del respeto de los derechos humanos. No se trata, en consecuencia de una causa de incapacidad de actuar culpablemente en el sentido del art. 19 del mismo proyecto.

Sin pretender darlos como ejemplos o aconsejar su recepción, en ocasión de una futura modificación del Código Penal vigente, creemos que el tener en cuenta los textos citados permitiría un mejor análisis teórico de la categoría en cuestión y, por tanto, regularla mejor legislativamente si se considera indispensable su introducción. (p. 378)

Regular específicamente estos casos sólo se justifica, una vez determinado debidamente el error de prohibición, en la medida que sea necesario imponer a los órganos de justicia que presten atención sobre las diferencias culturales que existen en países como el Perú, en los cuales se ha ignorado casi completamente la situación, en particular, de los indígenas frente al sistema penal oficial. En este sentido, podría indicarse de manera general que, al momento de apreciar el error de prohibición y de individualizar la pena, debe tomarse debidamente en cuenta las pautas culturales propias al agente. No resulta, evidentemente, suficiente ni conveniente hacerlo de la manera como lo ha hecho el legislador boliviano. Éste de manera errónea y restringida prevé, como circunstancia atenuante general, el hecho que «el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley».

Tampoco es satisfactoria la manera como, en el Código de los niños y adolescentes, Ley N.º 27337 del 2 de agosto del 2000, se declara, en el art. VII, segundo párrafo, del Título Preliminar, referente a las «Fuentes», que: «Cuando se trate de niños o adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, se observará, además del Código y la legislación vigente, sus costumbres, siempre y cuando no sean contrarias a las normas de orden público». De esta manera no se hace sino repetir lo establecido en el artículo 149 de la Constitución.

Los inconvenientes de prever la inimputabilidad en razón de la diversidad cultural se han puesto en evidencia en el sistema de Colombia³¹. Según el art. 33 del Código Penal de este país, es imputable «quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa

³⁰ Texto mimeografiado, MINUGUA, Guatemala, s/f.; Hurtado 2000, p. 154 ss.

³¹ Velázquez, 2002, p. 410 ss; Londoño/Vargas, p. 87 s.

comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares». Y, en el art. 73 de la misma ley, se dispone la «reintegración al medio cultural propio» cuando «el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural». Esta medida consistirá, conforme a esta misma disposición, «en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca». Estas disposiciones fueron impugnadas como inconstitucionales, por un lado, por que implican desconocer las atribuciones de las autoridades indígenas, las cuales, según el art. 246 de la Constitución, **(p. 379)** ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos. Considera entonces que «son las autoridades indígenas quienes investigan y juzgan las conductas presuntamente ilícitas de los miembros de su comunidad», y por ende esa potestad no puede ser trasladada a los jueces ordinarios. Por otro, por ser discriminatorias y por que vulneran el pluralismo, puesto que consideran a los indígenas inimputables, sólo por poseer «una cosmovisión diferente» y por no «no compartir los valores y sistema occidentales». Por último, se afirmaba que la medida de seguridad era inconstitucional porque no puede ser una sanción ya que «es un derecho constitucional fundamental del indígena hacer parte de su conglomerado social, de su comunidad ancestral, de sus valores y de su diferente cosmovisión».

El Tribunal Constitucional, en una extensa e interesante sentencia³², llega a la conclusión de que es exequible el art. 33 en la parte que prevé la falta de capacidad de culpabilidad por razones socioculturales, en la medida en que dicha incapacidad no sea comprendida en sentido peyorativo sino más bien como la ocasión para que las autoridades oficiales respeten y protejan la diversidad cultural de la población colombiana. Sin embargo, considerando que esta solución puede dar lugar a injusticias debido a que, tratándose de indígenas, éstos deberían ser sometidos a una medida de seguridad, mientras que quienes no lo son escaparían a toda represión, el Tribunal Constitucional considera que, primero, debería comprobarse que el procesado indígena no ha incurrido en un error de prohibición inevitable. Si este es el caso, debería ser absuelto por falta de culpabilidad. En caso contrario, debería constatarse si no era incapaz, por su diferente cosmovisión, de comprender el carácter delictuoso de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. Si se trata de un incapaz, en este sentido, el indígena debe ser remitido a su comunidad, donde las autoridades nativas se encargarán de procesarlo.

Los esfuerzos de los jueces colombianos son notables. Sin embargo, todas sus argucias interpretativas hubieran sido evitadas si las disposiciones penales hubieran sido mejor concebidas. En realidad, ellos admiten que la solución es, en primer lugar, la toma en consideración del error de prohibición. **(p. 380)** Asimismo, que la noción de incapacidad de culpabilidad no implica necesariamente un tratamiento peyorativo de las personas consideradas como tales por razones culturales, ya que en buena cuenta la declaración de inimputables con relación a los enfermos mentales no constituye tampoco un juicio de valor negativo sobre su dignidad personal. Por último, señalemos que a los jueces colombianos, como los juristas peruanos, incurren en el mismo defecto de considerar la noción de «error de comprensión culturalmente condicionado» como una realidad, a la que es indispensable encontrar un lugar en la legislación vigente. De los argumentos que ellos exponen, se llega a percibir que, en su opinión, de lo que se trata es «de que en esos casos debe absolverse, por error de prohibición culturalmente condicionado». Al respecto, se puede decir que, entendido de esta manera el error de comprensión, no es diferente del error de prohibición y que éste está siempre culturalmente condicionado.

Para finalizar este trabajo, subrayemos, una vez más, que visto el problema en una perspectiva más amplia, hay que admitir que por su complejidad requiere una pluralidad de respuestas para considerar sus diferentes aspectos. Respuestas que deben ir desde la no-intervención cuando el suceso penalmente significativo acaece al interior de una comunidad completamente aislada y que no tiene repercusiones en el resto de la sociedad, hasta la aplicación de las eximentes y atenuantes previstas en la ley penal teniendo en cuenta las pautas culturales que han condicionado el comportamiento del agente. En este caso, debe jugar un papel significativo la categoría del error sobre el carácter ilícito del acto. De modo

³² CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C-370/2002, REF.: Expediente N.º D-3751, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal. Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil dos (2002).

que es superfluo prever una regla tal como la prevé el art. 15. La regulación de la falta de capacidad de culpabilidad no debe ser de manera a borrar los límites con las restantes condiciones de punición y, en particular, con el error sobre la índole ilícita del comportamiento. En esta perspectiva, toda elaboración, interpretación y aplicación de normas legales debe hacerse respetando la pluralidad e igualdad de las diferentes culturas, única manera de tener debidamente en cuenta la dignidad de las personas y los derechos humanos.