

EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO. Análisis dogmático, jurisprudencial y normativo.

Por **Natalia Benítez**¹

1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo pretende exponer la teoría del error de prohibición culturalmente condicionado como categoría analítica mediante la cual la dogmática penal intenta resolver la delicada situación que provoca la comisión de hechos delictivos por parte de sujetos con valoraciones culturales distintas a las de la sociedad que produce la norma.

Tomaremos como punto de partida el desarrollo conceptual que Zaffaroni ha propuesto respecto del tema. Este autor encuadra a esta categoría como un error directo de comprensión dentro de la clasificación que brinda de los errores de prohibición. Por ello, previo a adentrarnos en el desarrollo del trabajo, consideramos necesario realizar una breve reseña de la teoría del error y su evolución histórica.

Luego, ahondaremos en la teoría del error culturalmente condicionado y advertiremos las trascendentes connotaciones que en la práctica acarrea la aplicación de esta teoría, tanto en el contexto latinoamericano —en el que la existencia de pueblos originarios tiene una incidencia marcada—, como en el europeo —que ha tenido, en las últimas décadas, importantes procesos migratorios.

¹ Abogada, secretaria de la Unidad Funcional de Defensa N° 1 Departamento Judicial La Plata, estudiante de la Especialización en Derecho Penal de la U.N.L.P. Trabajo final de la materia Teoría del Delito (Derecho Penal Intensificado III), a cargo del prof. Omar Ozafrain. Especialización en Derecho Penal – UNLP -

Finalmente, haremos referencia a la legislación comparada (Código Penal Peruano) en cuanto a la consagración positiva del error de prohibición culturalmente condicionado.

2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA TEORÍA DEL ERROR.

Tradicionalmente, la dogmática penal reconocía al **error de hecho** (*error facti*) y al **error de derecho** (*error iuris*) dentro de la teoría del delito y afirmaba que el primero eximía de culpabilidad y el segundo no tenía relevancia alguna para el derecho penal (*error juris nocet*), pues en virtud del principio de presunción del conocimiento de la ley penal, esta se reputaba en todo momento conocida por todos los habitantes sometidos a su imperio.

En la evolución de las ideas jurídico-penales, encontramos numerosos instrumentos elaborados para defender este principio según el cual la ignorancia de las leyes no exime a nadie de su cumplimiento, ni mucho menos de la sanción. Así, según Peña Cabrera (1997): “el digesto, libro XXII, título XI, ley 9, la asume de esta manera: “*nemeni ficet ignorare ius*”, o las Partidas, partida I, título I, ley 20: “*ignorantia legis non excusat*”. (pág.39).

Por su parte, Zaffaroni (2005) explica lo siguiente:

Aunque este enunciado tiene raigambre canonista, (...) su utilización en forma absoluta es propia del estado moderno, porque el canonismo distinguía entre *error juris naturalis* y *error juris civilis*, lo que de alguna manera parece coincidir con las Partidas, que negaban relevancia al error en los delitos *que el hombre debiese entender naturalmente que mal eran* (ley 20, tit, I, part. 1ra). [...] La radicalidad del *error juris nocet* fue una creación preferentemente jurisprudencial de los estados modernos de cuño bonapartista, sostenida por el viejo *Reichsgericht* y criticada por casi toda la doctrina, cuyo carácter marcadamente autoritario proviene de que la imputación se basa sólo en la pertenencia del sujeto a una comunidad jurídica. (pág.531)

Con el tiempo quedó evidenciado que no resultaba racionalmente admisible mantener esta teoría del error por los indeseables efectos que provocaba en la

práctica de los procesos penales. De este modo, se asimiló el *error de derecho extrapenal* con el *error facti* y se continuó con la distinción entre el error de hecho y error de derecho, pero este último se subdividió en error de derecho penal y extrapenal². Entonces, solo tenía poder excusante el error de hecho y el de derecho extrapenal, pero no el de derecho penal.

Con posterioridad, la distinción del error de hecho y de derecho se vio superada por una nueva clasificación: el **error de tipo** y el **error de prohibición**.

El error de tipo es el que versa sobre las características objetivas del tipo penal, es decir, sobre su realización objetiva. Según Welzel (1956) es “el desconocimiento de una circunstancia de hecho objetiva, perteneciente al tipo de injusto, sea de índole real o normativa” (pág.177). En cambio, para este autor el error de prohibición es aquel que “deja intacto el dolo del hecho y se refiere —con pleno conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho— a otros fundamentos que están fuera del tipo, que excluyen la antijuridicidad según la opinión del autor. El autor o no conoce la norma jurídica o la desconoce (la interpreta erróneamente), o acepta erróneamente un fundamento de justificación”. (pág. 97).

Actualmente, esta clasificación es casi pacíficamente sostenida por la doctrina, con clara base legal en varios códigos modernos como el alemán, el austríaco, el portugués y el español.

2.1. **El error en el causalismo.**

En este sistema, el delito tenía dos fases: una externa (a la que correspondían las categorías analíticas de acción, tipicidad y antijuridicidad) y otra interna (culpabilidad). Para que se configure un delito debían presentarse tanto los

² El error de derecho penal era aquel error acerca de la ley penal, el cual podía manifestarse ya sea por medio de un error sobre la prohibición contenida en la ley penal, suposición errónea de una norma de justificación inexistente, con independencia de que en caso de existir fuese de carácter penal o extrapenal, o error sobre los límites jurídicos de una causal de justificación regulada por el derecho penal. Este tipo de error era considerado irrelevante, pues el autor seguía siendo punible por la realización dolosa del tipo.

En el error extrapenal se centran aquellos errores que afectasen a aquellas circunstancias del hecho incluidas en el tipo legal que consisten en relaciones y situaciones jurídicas del campo extrapenal, además los errores sobre los límites jurídicos de una causa de justificación regulada fuera del derecho penal, y finalmente los errores que afectan a normas extrapenales que completan una ley penal en blanco. Se equiparaba el error de derecho extrapenal al error de hecho. Este tipo de error excluía el dolo del mismo modo que los errores de hecho.

requisitos objetivos (manifestación externa del hecho), los cuales pertenecían en su comprobación sistemática a la tipicidad y a la antijuridicidad, como *los subjetivos* (dolo y culpa) que se correspondían a la culpabilidad.

Conforme al criterio objetivo-subjetivo, lo objetivo correspondía al injusto y lo subjetivo a la culpabilidad. El injusto era definido como la causación física del daño social y la culpabilidad como su causación psíquica.

Como consecuencia de esta estructura, se sostuvo una teoría unificada del tratamiento del error (teoría del dolo) en la que todos los casos de error, tanto los que recaían sobre las características fácticas del hecho ejecutado, como los que recaían sobre la característica de antijurídico del comportamiento, eran causales de inculpabilidad. Así, si el error era inevitable, se excluía absolutamente la culpabilidad (se excluía el dolo y la imprudencia), mientras que si el error era evitable, se excluía la imputación por dolo, pero se mantenía la atribución a través de la figura del delito imprudente (en los casos de regulación legal de la forma imprudente a la manera de un *numerus clausus*).

Este modelo se consolidó en nuestro país de la mano de Sebastián Soler, quien tenía una fuerte influencia de Beling, a través de su Tratado de Derecho Penal.

2.2. El error en el finalismo.

De la mano de Hans Welzel se produce un trascendente cambio arquitectónico en la teoría del delito con la irrupción de la teoría final de la acción.

Para el finalismo, el concepto de acción no se construía jurídicamente, sino que era óntico-ontológico. El derecho penal estaba vinculado al plano de la realidad por una estructura lógico-real que imponía un concepto de acción del que no podía escindir la finalidad.

La acción, así concebida, entraba al tipo con su finalidad, dando lugar a que el dolo y la culpa pasaran a ser considerados como modalidades típicas y salieran de la culpabilidad.

A este modelo le correspondió una teoría diferenciada del tratamiento del error (teoría de la culpabilidad). Por un lado, la negación del tipo subjetivo de la tipicidad (dolo) provenía de la presencia de un error de tipo y, por otro lado, la posibilidad de exclusión de la culpabilidad como consecuencia de la existencia de

un error de prohibición. Si el error de tipo era inevitable excluía el dolo y la imprudencia. Si era evitable se excluía el dolo y subsistía la posibilidad de una imputación conforme a los parámetros del tipo imprudente si este existía en la legislación positiva. En relación al error de prohibición, si era inevitable excluía la culpabilidad, en tanto que si era evitable la culpabilidad se veía reducida.

En nuestro país, el finalismo ingresó al pensamiento científico de la mano de Enrique Bacigalupo y de Eugenio Raúl Zaffaroni en los años setenta.

2.3. El error en el funcionalismo.

A partir de 1960, comenzaron los ensayos sobre una construcción sistemática funcional donde los conceptos jurídicos penales se construyen exclusivamente en función de los objetivos penales prefijados y no pueden prescindir de sus fines penales, ya sea políticos criminales o políticos en general.

Los autores más destacados que representan esta corriente son los siguientes: Claus Roxin y Gunther Jakobs.

2.3.a. El funcionalismo teleológico moderado. Posición de Roxin.

Claus Roxin denomina a su sistema funcional o racional conforme a objetivos, que serían, básicamente, los fines de la pena.

Este sistema funcional presenta dos características particulares. Por un lado, desarrolla una teoría de la imputación al tipo objetivo y propone así el reemplazo de la categoría científica, natural o lógica de la causalidad por una regla de trabajo orientada por valores jurídicos, esto es, por la producción de un riesgo no permitido dentro del objetivo protector de la norma. Esta construcción se elabora sobre la idea de necesidad abstracta de pena que sería limitada por su teoría de la imputación objetiva. Por otro lado, este autor considera que la culpabilidad se amplía hasta ser una categoría de responsabilidad, en la que debe tomarse ineludiblemente en cuenta la culpabilidad como condición de cualquier pena, pero también la necesidad preventiva (general y especial) de la sanción penal, en forma tal que los requerimientos de la culpabilidad y de la prevención se limiten recíprocamente y, de esta manera, la responsabilidad personal del autor resulta de su efecto conjunto.

Según Roxin (1997), el error de tipo “no presupone ninguna falsa suposición, sino que basta con la falta de la correcta representación”, afectando sólo al conocimiento de las circunstancias de hecho” (pág. 459). En tanto que, para este autor, “concorre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida”. (pág. 861).

Además, el autor clasifica las formas de manifestación de la conciencia de la antijuridicidad de la siguiente manera: error sobre la existencia de la prohibición, error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación, error de subsunción y error de validez.

Por último, respecto de la vencibilidad del error de prohibición, este autor postula que debe apreciarse con elasticidad, ya que de lo contrario sólo serían excusables muy pocos errores. Al respecto, Roxin dice: “en el error de prohibición se habrá de dar ya paso a la impunidad cuando el sujeto haya satisfecho las pretensiones de fidelidad normal al Derecho. Si sólo con esfuerzos extremos se habría podido alcanzar indicios de antijuridicidad de su conducta [...] todavía existe una (pequeña) culpabilidad; pero, como tales esfuerzos ya no son exigibles, [...] se excluye la responsabilidad jurídicopenal”. (pág. 879).

2.3.b. Funcionalismo sistémico extremo o radical. Posición de Jakobs.

La sistemática de Gunther Jakobs radicaliza la tendencia de construcción funcional de Roxin.

Este autor afirma que ningún concepto jurídico-penal (y no sólo la acción y la culpabilidad) está vinculado a datos prejurídicos, sino que todos se construyen en función de la tarea del derecho penal y propone una radical normativización de toda la dogmática.

Así, Jakobs dice lo siguiente:

Estableciéndose los objetos de la dogmática por la tarea del derecho penal y no por su esencia (o su estructura), esto conduce a una normativización o renormativización de los conceptos. Desde este punto de vista, un sujeto no es el que puede producir o impedir un acontecimiento, sino el que puede ser competente para eso. Del mismo modo los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad y otros, pierden su contenido prejurídico y devienen en conceptos para niveles de competencia. No dan al derecho

penal ningún modelo regulador, sino que generan dependencia de las reglas de derecho penal. (Zaffaroni, 2005: pág. 384).

Asimismo, Jakobs separa el objeto de la culpabilidad y la culpabilidad. Según refiere Zaffaroni (2007), para Jakobs el objeto de la culpabilidad “consiste en una imputación objetiva funcional en el riesgo desaprobado y en su realización (relativamente), que incluye su aspecto cognoscitivo del dolo (lo que el agente debe saber para que pueda decirse que actuó con el fin de realizar el tipo objetivo) y una imputación subjetiva, que es la culpabilidad, en la que incluye el aspecto conativo del dolo, o sea, el querer la producción del tipo objetivo”. (p. 305).

En cuanto al concepto de culpabilidad, este autor considera que depende exclusivamente de la demanda de prevención general positiva y no toma en cuenta la real posibilidad del sujeto de poder hacer algo diferente, no lesivo o menos lesivo.

Para resolver los problemas de imputación objetiva Jakobs normativiza la teoría sociológica de los roles y expresa que “no se puede imputar un resultado que no haya sido producido como consecuencia de la defraudación a expectativas del rol”. (Zaffaroni, 2007: pág. 305).

Además, Günther Jakobs aborda el problema del error de tipo desde una visión comunicativa, y entiende lo siguiente:

[...] quien actúa con un defecto cognitivo tal que no entiende que su comportamiento afecta el curso del mundo exterior, no ofrece un patrón válido en una sociedad que trata la realidad de manera racional, por lo que no constituye un comportamiento de protesta contrario la configuración actual de la sociedad al que puedan dirigirse la pena o el contramensaje estabilizador de la norma. (Longobardi, 2007:pág. 4).

Este autor, tal como lo explica Prunotto Laborde, desarrolla dos conceptos al realizar un bosquejo de la teoría del error de prohibición en un concepto funcional de la culpabilidad:

- *Error sobre los fundamentos*: si al autor le falta la conciencia de la antijuridicidad en una infracción situada en el núcleo de las normas centrales, es decir, de aquellas normas que sólo se pueden revocar mediante un acto de revolución estatal o social, la inevitabilidad de este error sólo cabe concebirla en personas pertenecientes a otras culturas.

- *Error en el ámbito disponible*: se da en aquellas normas cuyo contenido no está establecido por medio de los principios básicos del ordenamiento –como en el caso anterior-, por lo que son modificables en el proceso de evolución de la sociedad. (Prunotto Laborde, 2006: pág.177).

2.4. El error en el posfinalismo sociológico-criminológico o sistema funcional conflictivo. Posición de Eugenio Raúl Zaffaroni.

Zaffaroni (2007) propone el desarrollo de una teoría del delito a partir de una perspectiva conflictivista de la sociedad. Según este autor, las teorías conflictivistas ponen de manifiesto que “el poder punitivo es una válvula de escape institucional que desvía el conflicto de su objeto, que sirve para canalizar tensiones sin resolver los conflictos, que trata de neutralizar la conflictividad dinámica de la sociedad, que es enemigo natural de la idea de estado de derecho, etcétera”. (pág. 280). De este modo, a diferencia de las teorías sistémicas, las teorías conflictivistas no resultan funcionales para la legitimación del poder punitivo.

Asimismo, sostiene un concepto de pena negativo y también agnóstico. Así, explica lo siguiente:

“el concepto de pena útil al derecho penal no se puede obtener de modo positivo (es decir, a partir de sus funciones reales, que en buena medida son desconocidas y las conocidas son altamente complejas y mutables y a veces delictivas) sino que la incorporación de estos datos al campo jurídico penal nos impone la necesidad de construir un concepto negativo de pena, obtenido por exclusión y, al mismo tiempo, confesando la imposibilidad de agotar el conocimiento de sus funciones [...]. (pag. 55).

Entonces, este autor considera que se debe cambiar el puente que el funcionalismo alemán tendió hacia la sociología sistémica para tenderlo hacia la sociología conflictivista y asociarlo a una teoría agnóstica de la pena.

En razón de ello, sostiene que la construcción de la teoría del delito debe responder a una teleología contentora y reductora del poder punitivo.

Respecto a la teoría del error, este autor hace un esfuerzo para ajustar las categorías analíticas de la teoría del error a lo dispuesto en el Código Penal Argentino. Así, sostiene que de acuerdo a una interpretación restrictiva de la fórmula del error del inc. 1° del art. 34 CP, éste no distingue entre diferentes clases de error, sino que la diferencia del error de tipo y de prohibición en la ley penal

nacional halla su fundamento en la combinación de ese dispositivo con el art. 42, esto es, con la base constructiva legal del dolo.

De este modo, este autor explica que “cuando el error recae sobre elementos cuyo conocimiento es indispensable para elaborar el plan (finalidad típica) habrá error de tipo” (Zaffaroni, 2005: págs. 533-534), mientras que “cuando se trata de componentes cognoscitivos que hacen a la antinormatividad o a la antijuridicidad de la acción, el error será de prohibición”. (págs. 533-534). Y agrega:

El error de tipo es el error del inc. 1° del art. 34 CP cuando tiene por efecto que el sujeto no sepa que realiza la concreta acción típica (que mata, que hurta, etc.), en tanto que el error de prohibición es también un error del mismo inciso, pero cuyos efectos son el que el sujeto, que sabe que realiza la acción abarcada por el tipo, no sepa que no está prohibida o crea que está permitida”. (págs. 533-534).

3. EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO.

a). Introducción.

Previo a adentrarnos en el desarrollo de la teoría del error de prohibición culturalmente condicionado propuesta por Eugenio Raúl Zaffaroni, debemos señalar que este enfoque teórico tiene una estrecha vinculación con el fenómeno del pluralismo cultural, el pluralismo jurídico y los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros.

No debemos olvidar de que las diferencias culturales en una sociedad moderna son una realidad y que coexisten, dentro de los límites de un mismo Estado, sistemas de regulación social claramente diversos.

Sostiene Kymlicka que hay, al menos, dos fuentes de diversidad cultural. Por un lado, la coexistencia dentro de un determinado Estado, de más de una nación, donde ‘nación’ significa una comunidad histórica, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una tierra natal determinada y que comparte una lengua y una cultura diferenciadas. Por el otro, la inmigración, que se manifiesta en aquellos países que aceptan gran número de individuos y familias de otras culturas y les permite mantener algunas de sus singularidades éticas. (Griseta, 2013: pág. 10).

Los problemas que plantea la diversidad cultural son de índole muy variada. Así, en el ámbito del derecho penal, interesan las cuestiones que se derivan de la comisión de un delito por parte de sujetos que tienen patrones de orientación normativos y valoraciones distintas (debido a una socialización exótica o a un desarrollo extremadamente aislado de la sociedad mayoritaria) o provienen de un ordenamiento jurídico distinto a aquel en que rige dicha norma (con normas culturales también distintas).

En este escenario adquiere relevancia la teoría del error de prohibición culturalmente condicionado, siendo este un concepto jurídico que ha tenido expresa recepción legislativa (por ejemplo, en el Código Penal de Perú) y que ha sido desarrollado por varios doctrinarios, entre ellos Eugenio Raúl Zaffaroni.

De este modo, esta teoría viene a dar solución al problema de aquellos individuos que conocen la existencia de una norma prohibitiva, pero no la pueden internalizar por incidencia de la cultura en la que se han formado.

b). Posición de Zaffaroni.

Zaffaroni considera al error de prohibición culturalmente condicionado como un error directo de comprensión que elimina la culpabilidad solo en el caso en que coincide esta calidad con la del error culturalmente condicionado (o sea, cuando ambos se superponen).

Este supuesto tiene lugar cuando la dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente, esto es, cuando el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele la comprensión de la misma (su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo) porque pertenece a una cultura o subcultura diferenciada, donde ha internalizado valores diferentes e incompatibles (socialización exótica).

Zaffaroni (2005) explica que “cuando se lleva a cabo una acción típica y antijurídica, la culpabilidad no requiere que el sujeto haya introyectado esos valores, puesto que la más de las veces el injusto obedecerá precisamente a la falta de internalización. Por ello, lo único que requiere es que el sujeto haya tenido la posibilidad de internalizarlos en un grado razonablemente exigible”. (pág. 737).

Además, Zaffaroni sostiene lo siguiente:

La exigibilidad de efectiva internalización (comprensión) de las pautas jurídicas (señalización de las conductas antijurídicas) depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debía realizar para materializar esa internalización o comprensión efectiva. En caso de concluir que era posible exigirle jurídicamente esa comprensión, el injusto será reprochable y, por consiguiente, el grado de reprochabilidad (culpabilidad) necesariamente se remitirá al grado de la exigibilidad y al respectivo grado de esfuerzo que el sujeto hubiese debido realizar. (Zaffaroni, tomo IV: págs. 198-199).

De acuerdo a lo expuesto, Zaffaroni distingue dos supuestos con consecuencias bien diferenciadas. Por un lado, el sujeto que incumple la norma por sentirlo como un deber de conciencia y, por el otro, el que la incumple porque la dificultad de comprensión tiene origen en un error culturalmente condicionado.

En el primer supuesto, el “*autor por conciencia*”³ o por conciencia disidente deberá realizar un esfuerzo mayor al común de los individuos para la comprensión. Según Zaffaroni “es incuestionable que el sujeto que experimenta como un deber de conciencia la necesidad de cometer el injusto debe realizar un esfuerzo mucho mayor para evitarlo que el correspondiente a quien comete el injusto sin experimentar esa vivencia”. (Tomo IV, pág.199).

De este modo, este autor concluye que la conciencia disidente o autoría por conciencia será siempre, al menos una causa de disminución de la culpabilidad. Así podrá tenerse en cuenta tanto para la cuantificación de la pena así como para el tratamiento penitenciario de sujeto.

Además, Zaffaroni explica que “la doctrina suele admitir que la conciencia disidente tiene relevancia únicamente cuando hace que el autor crea que existe una causa de justificación legal que le dispensa de su obligación, es decir, cuando el autor se encuentra en un error indirecto de prohibición en razón de suponer falsamente la existencia de una justificante no reconocida por el derecho”. (Tomo IV, pág. 196).

En el segundo supuesto (en los casos en que la dificultad de comprensión tenga su génesis en un error culturalmente condicionado), Zaffaroni admite la

³ De acuerdo a Bopp Ulrich “el autor por conciencia no es el que piensa o cree que la ley es injusta a partir de cualquier posición personal o jusnaturalista, sino el que siente el deber de actuar contra la ley como un ineludible autor de conciencia”, distinguiendo de este modo al mero objetor del autor por conciencia. (Zaffaroni, tomo IV: pag. 197).

posibilidad de que esta situación conlleve a la exclusión de culpabilidad. En este sentido, este autor afirma lo siguiente:

Cuando el esfuerzo que hubiese debido realizar el autor fuese de magnitud tal que surja claramente su inexigibilidad jurídica, y por lo tanto, quede excluida la reprochabilidad, o sea, cuando el error de comprensión sea un invencible error de prohibición. Cabe entender que este supuesto tiene lugar principalmente cuando la dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente: cuando el sujeto conoce la norma prohibitiva pero no la puede internalizar por razones culturales, por regla general no se puede reprochar esa falta de internalización (comprensión). (Zaffaroni, 2005: pág. 738).

Por último, de acuerdo a este autor el error de comprensión es la única solución que podría desplazar a la teoría que sostiene que los indígenas son inimputables o que se hallan en estado peligroso.

c). Otras soluciones.

Sin embargo, este no es el único modo en que la doctrina ha procurado dar respuesta a la compleja situación descrita al inicio de este mismo apartado. Así, también se ha recurrido a categorías dogmáticas ya conocidas en donde el elemento cultural opera como una causal de atipicidad, justificación o exculpación, dando lugar a la existencia de un error de tipo, a errores de prohibición, a un estado de necesidad exculpante, entre otros.

Al respecto, el mismo Zaffaroni reconoce que “el condicionamiento cultural puede provocar errores sobre la causalidad que pueden dar lugar a verdaderos delitos imaginarios, como también a atipicidades (errores de tipo) y justificaciones putativas”. (Tomo IV: pág. 200).

- Atipicidad:

Julio Armaza Galdós, explica que, en algunos casos, podría considerarse que la conducta realizada por los indígenas es una conducta socialmente adecuada y, por tanto, atípica. Cita como ejemplo la costumbre andina (en Ayacucho), de hurtar un cobayo para que el curandero o chamán cure algunas enfermedades frotando el animal contra el cuerpo del paciente. Según la costumbre referida la

práctica puede producir efecto curativo solo si el cobayo ha sido sustraído. Por ello, es que en Ayacucho “hay un entendimiento tácito de que no es hurto el apoderamiento del animal ulteriormente utilizado con propósitos de cura”. (Cerezo, 2006: pág. 228).

Sin embargo, según Armaza, en la mayor parte de los supuestos de error de comprensión culturalmente condicionado no es posible considerar que estamos ante supuestos de atipicidad, sino que en algunos casos se trata de la creencia errónea de la concurrencia de las circunstancias que sirven de base a un estado de necesidad exculpante. Menciona la creencia existente en algunos lugares de la costa norte del Perú, en la cual se entiende que para curarse de una enfermedad, la mejor manera sería contagiar dicho mal y de este modo se lesiona la salud del sujeto a quien se la transmite.

También, conforme a un estudio titulado “Modelo de defensa penal para imputados indígenas”, publicado en el sitio Defensa Penal Pública de Chile, podemos argumentar que la conducta es atípica por ausencia de dolo, debido a la presencia de un error de tipo culturalmente condicionado. Este error guarda relación “con la dificultad o impedimento que tiene el sujeto para reconocer los elementos constitutivos del tipo penal, en razón de sus condicionamientos culturales. Se trata pues de un problema de conocimiento (y no de comprensión). Tal es el caso de tratamientos curativos con resultados de lesiones”. (Farías, pág. 105).

Asimismo, Villavicencio (2012) cita un ejemplo en el que concurre un error sobre la causalidad (error de tipo):

Los miembros de una comunidad nativa aplican a uno de sus miembros, que se encontraría poseído por fuerzas malignas, un “tratamiento” consistente en una golpiza con el propósito de “curarlo”, pero objetivamente tal hecho le podría provocar lesiones o peor aún, la muerte. Este autor explica que en este supuesto existe un nexo de causalidad entre la acción (el “tratamiento”) y el resultado de lesiones o muerte -o quizás más, desde la teoría de la imputación objetiva: la acción de los nativos generó un peligro o riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado o el resultado producido por el “tratamiento” es la realización del mismo peligro (desaprobado jurídicamente) creado por la acción-. Sin embargo, no será calificada como un comportamiento doloso por existir

ignorancia culturalmente condicionada sobre el curso causal de los acontecimientos conforme lo establece el primer párrafo del artículo 14 del Código penal peruano. (pág. 11).

- **Causales de justificación:**

Existe otra forma de tratamiento del problema ligado al terreno de las causales de justificación. Por ejemplo, podemos considerar al deber de preservar la cultura como una suerte de ejercicio legítimo de un derecho que resulta oponible a otros provenientes de la cultura predominante. En este sentido, Villavicencio (2012) toma lo dicho por Enrique García Vitor quien entiende lo siguiente:

Quando no se puede circunscribir territorialmente a los miembros de una etnia, permitiendo que rija su propio sistema de castigos (...) en la confrontación de las culturas nos podemos encontrar con una colisión de deberes, entendida ésta como una exigencia que se impone a un sujeto de cumplir, en una misma situación, a un mismo tiempo, con dos deberes, de tal manera que la satisfacción de uno de ellos no puede sino realizarse en detrimento del otro. (pág. 9).

Villavicencio (2012) explica que en el Perú, sigue esta línea de argumentación Raquel Yrigoyen quien afirma que no es necesario que “los indígenas, campesinos o ronderos apelen al error de comprensión para eximirse de pena, por tanto su conducta constituye el ejercicio legítimo del derecho constitucional a la propia cultura y derecho”. (pág. 9).

- **Error de prohibición:**

Ya hemos visto cómo Zaffaroni pretende dar respuesta a la cuestión a partir de la categoría analítica del error de prohibición culturalmente condicionado, que, en general, es entendido como un error de comprensión de la prohibición. Pero esta no es la única solución posible dentro de la misma teoría del error.

En efecto, el autor propone las siguientes clases de error de prohibición:

A). el error de conocimiento de la prohibición (falsa suposición de que la conducta no viola ninguna norma prohibitiva);

B). los errores de alcance de la prohibición que son falsas suposiciones de:

1. cumplimiento de un deber jurídico que le incumbe;

2. consentimiento;
3. fomento por el derecho;
4. riesgos no prohibidos;

C). el error de comprensión de la prohibición.

D). el error indirecto de prohibición por falsa suposición sobre la existencia legal de una causa de justificación.

E). el error indirecto de prohibición por falsa suposición de un supuesto fáctico de justificación.

Como hemos dicho, Zaffaroni entiende, en general, que el error de prohibición culturalmente condicionado constituye un error de comprensión de la prohibición (categoría "C"), pero el mismo autor reconoce que también puede dar lugar a un error de prohibición que sea un error de tipo permisivo – una "mal llamada" justificación putativa- (categoría "E"), como sucede con los miembros de la cultura Ahuca, en el oriente de Ecuador, respecto de sus ataques a los blancos. Así, Zaffaroni explica que los miembros de la cultura Ahuca se encuentran en la creencia, probablemente condicionada sobre base cierta, de que el hombre blanco les eliminará en cuanto les vea y en virtud de ello, creen actuar en defensa de su vida suprimiendo a cuanto blanco ven.

- Inimputabilidad:

Finalmente, se ha planteado como solución la inimputabilidad del agente. Al respecto, Villavicencio (2012) expone la postura de Jakobs, desde la lectura del funcionalismo extremo, y considera lo siguiente:

[...] uno de los criterios rectores del estudio o enjuiciamiento de la vencibilidad del error de prohibición, si el error recae sobre una norma fundamental, perteneciente al ámbito de indisponibilidad, esto es, aquellos intereses como la vida, la salud por ejemplo, casos en los que solamente se considera la evitabilidad si la persona que realiza la conducta típica pertenece a otras culturas. Pero advierte que "en todo caso, no es el error solo lo que fundamenta la inculpabilidad: Se añade un estado psíquico que presenta el parecer del autor (es decir, la socialización "exótica") de modo que éste no puede servir a la norma. De hecho, se trata de un caso extremo de inimputabilidad. (pág. 6).

Si se observa la codificación penal latinoamericana es posible detectar distintos sistemas legislativos que abordaron esta problemática a través de la inimputabilidad.

Así, tal como lo expone José Daniel Cesano (2009) el Código Penal de Bolivia de 1973 dispuso en su artículo 17 inciso 5° que: “Son inimputables: (...) el indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización”. (pág. 14).

Pero además explica que:

“el Código Penal de Colombia de 1980, si bien no se refiere de manera expresa a la situación del indígena en el artículo relativo a la inimputabilidad, sí lo hace cuando se ocupa de las medidas de seguridad (Libro Primero – Título Quinto), al incluir bajo el epígrafe “Otras medidas aplicables a los inimputables” (artículo 96), la siguiente disposición: “Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural. (pág.14).

El Código Penal peruano de 1924 lo recogió en los arts. 44 y 45, situación que se vio modificada a partir de la nueva regulación que se introdujo en el art. 15 en el Código Penal de Perú de 1991, tal como se verá más adelante.

d). Pueblos originarios.

La teoría del error culturalmente condicionado tiene particular relevancia en contextos como el latinoamericano, en donde los procesos de colonización han tenido una gran influencia. Pues, en dichos territorios se han asentado estados nación de tipo occidental y miembros de pueblos indígenas, quienes tienen normas de convivencia, sentidos de lo permitido y de lo prohibido y sistemas de justicia radicalmente diferentes a los “oficiales”.

A más de ello, el estado de evolución actual del derecho internacional de los derechos humanos impone el respeto a esta pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos, razón por la cual no puede sin más, aplicarse la ley “oficial” del estado a los miembros de estas comunidades, sin tener en cuenta sus particularidades culturales.

En efecto, el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce que “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dicha minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a

tener su vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Por su parte, el 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP). Con la adopción de esta declaración, la ONU ha dado un gran paso en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en todo el mundo.

La OIT se comprometió a promover la UNDRIP, especialmente a través de la aplicación de las normas del Convenio N.º 169 “Sobre pueblos indígenas y tribales” de 1989. Este convenio fue ratificado en nuestro país por la Ley 24.071 el 3 de julio de 2000 y entró en vigencia doce meses después de registrada la fecha de ratificación (art. 38 inc. 3ro). El art. 8.2 primer párrafo establece que “dichos pueblos, deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos...”. Además, el 9.1 dispone que en tal caso “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

En los últimos años es posible observar importantes cambios experimentados en el ámbito legal y político de los países latinoamericanos representados por el reconocimiento, en diversos documentos constitucionales, del carácter multiétnico de sus sociedades.

Dichos textos constitucionales comenzaron a reconocer algunos derechos colectivos de los grupos étnicos que habitan su territorio: el uso del lenguaje nativo; la protección de su cultura; el derecho a la propiedad de la tierra que constituye su hábitat y, en algunos casos, el reconocimiento a la utilización de su derecho consuetudinario o de su costumbre jurídica.

En este proceso de cambio se inscribe, precisamente, la reforma Constitucional que tuvo lugar en Argentina en 1994, a partir de la incorporación de diversos documentos internacionales (artículo 75, inciso 22) que enriquecieron el sistema de principios y garantías que establece nuestra Constitución. Entre los documentos internacionales constitucionalizados ya mencionamos los derechos que incorpora el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Además, la reforma incluyó una cláusula específica destinada a los pueblos originarios: el artículo 75, inciso 17, párrafo 1° de la C.N. el cual establece que “Corresponde al Congreso: (...) Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”.

En el ámbito interno también debemos señalar la sanción de la Ley 23.302 sobre “Políticas Indígenas y Apoyo a las Comunidades Aborígenes” de 1985, cuyo decreto reglamentario es el N.º155/89, del 17 de febrero de 1989, la cual dispone declarar de interés nacional la atención y el apoyo de esta minorías, como así también el respeto de sus modalidades y valores.

En el ámbito provincial encontramos reconocimientos en constituciones provinciales, como la de La Pampa (art. 19), la de Santiago del Estero (art. 82), la de Chubut (art. 34), entre otras, así como diferentes leyes: la Ley N.º426 de Formosa, las N.º4086 y 6373 de Salta, la Ley N.º3258 de Chaco, las Leyes N.º2287 y 2533 de Río Negro, la Ley N.º5754 de Mendoza.

Este complejo plexo normativo de protección de los pueblos indígenas y sus miembros impone, como ya dijéramos, la obligación de ser harto cautelosos en la imposición de sanciones penales a los miembros de estos pueblos, y la necesidad de considerar la eventual aplicación de las distintas alternativas dogmáticas que antes hemos analizado para excluir la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad.

Por otra parte, no debe pensarse que el error de prohibición culturalmente condicionado es aplicable solo en el contexto de una cultura indígena, puesto que muchas veces puede surgir en el marco de una tradición cultural perfectamente enraizada con la occidental. Este es el caso de aquellas personas que han nacido o tienen una residencia permanente en regiones donde se practican determinadas costumbres que se encuentran profundamente arraigadas y generalizadas en un vasto sector de la población local, como por ejemplo el supuesto del “coqueo”⁴ en las provincias del norte argentino (Salta y Jujuy).

⁴ Hasta 1977 se había mantenido la autorización para comercializar y mascar coca en la “zona de consumo habitual”, integrada por las provincias de Jujuy y Salta. Pero ese año se producen cambios rotundos: el cupo de importación autorizada, que ya el año anterior había descendido a 10.000 kilogramos, se redujo a cero; y se dictó la Ley 21.556, por la cual, en todo procedimiento donde se secuestraran hojas de coca, el juez dispondría su incineración. Un año después, por el decreto 648/78, queda prohibida en todo el país la importación de hojas de coca para el consumo habitual o coqueo.

Al respecto, cabe mencionar el fallo “Velez, Sergio” de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I en el cual se estableció lo siguiente:

No obstante estar acreditada la materialidad del hecho incriminado y la calidad de autor del procesado, deben ser absueltos del delito de tenencia de estupefacientes (coca) (...) por haber obrado con un error insuperable sobre la antijuridicidad de su comportamiento, que no le permitió comprender, en el momento del hecho la criminalidad del acto (art. 34 inc. 1, Cód. Penal), y para aceptar la mencionada eximente debe atenderse primeramente a la naturaleza del delito, que no es de aquellos que contravienen el orden natural, sino de creación política, ya que pese a la generalizada y tradicional costumbre en por lo menos dos provincias argentinas del “coqueo”, nunca estuvo incriminado el consumo de coca hasta la promulgación de la norma actualmente vigente, y en segundo lugar, hay que atender a la subsistencia de leyes y disposiciones que, si bien referidas a la comercialización del producto, pudieron razonablemente conducir a equívoco sobre la licitud del mero consumo de la hoja de coca no procesada ni industrializada, tanto más cuanto que diversos pronunciamientos judiciales sostuvieron la atipicidad de dicha conducta, por último debe atenderse a la circunstancia que por el lugar de su nacimiento y residencia permanente, el encausado no es ajeno al ámbito donde el “coqueo” es una costumbre arraigada y generalizada en un vasto sector de la población, lo cual –si bien no justifica su comportamiento habida cuenta del alcance nacional de la disposición represiva- no pudo contribuir a su engaño el desconocimiento o equivocada prohibición imperante, el que se torna insuperable, sin que ello obste a la cultura y título universitario que posee el procesado” (C.N.A. Crim y Corr., Sala I, 16/11/1979, “Vélez, Sergio”, B.C.N.V. y C; 1980-IV-69).

En 1979, la Ley 22.015 prohibió el uso de coca aun en la “zona de consumo habitual”, con penas de hasta 15 años de cárcel para el coqueo, incluso en privado, y para la tenencia de hojas de coca.

En 1989 se dictó la Ley 23.737, en vigencia, que en su art. 15 establece que “la tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural, destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupefacientes.

e). Inmigrantes.

Tal como hemos desarrollado, en un mismo territorio cohabitan diferentes culturas, ya sea porque son sociedades en las que están presentes pueblos indígenas o porque se trata de sociedades que, producto de la inmigración, han incorporado nuevas culturas, como sucede con numerosos países europeos. En especial, debemos considerar a países como Francia y España que reciben a inmigrantes musulmanes o africanos con patrones culturales distintos a los del derecho imperante de estos estados. Piénsese en ciertas prácticas como la mutilación genital femenina que es habitual en distintos países africanos, o la propensión a la poligamia, que es plenamente legal en algunas naciones asiáticas y son punibles para la cultura europea.

El derecho penal se enfrenta a una nueva realidad social en donde ciertas manifestaciones culturales, que son aceptadas en países de origen, resultan totalmente incompatibles con el marco jurídico del país de acogida.

Cabe señalar que el fenómeno descrito ha producido grandes cambios en la jurisprudencia y legislación penal de ciertos estados europeos. Al respecto, el Tribunal Superior Francés, en agosto de 1983, resolvió que la ablación de clítoris es punible a tenor del art. 312, 3er párrafo, del Código Penal, que prevé pena privativa de la libertad perpetua para los progenitores que realicen el ritual sobre sus hijos y de 10 a 20 años por complicidad.

Por su parte, España implementó modificaciones en su Código Penal, y así reguló nuevos tipos penales. De esta forma, el 29 de septiembre de 2003 se incorporó la tipificación del delito de mutilación genital⁵ en el art. 149.2 del Código Penal español⁶.

⁵ La mutilación genital femenina se lleva a cabo como una práctica tradicional en numerosos grupos sociales, repartidos a lo largo de 28 países de África y Oriente Medio, con significativas variaciones en cuanto a las modalidades practicadas, la edad y su prevalencia entre las mujeres del grupo.

⁶ Art. 149:

1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela,

e). Los derechos humanos como límite.

Muchos autores remarcan la necesidad de establecer un límite a la aplicación de la teoría del error culturalmente condicionado. De este modo, postulan que el respeto a las religiones, culturas y tradiciones tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos.

En este sentido, Nieves Sanz Mulas (2014) sostiene:

El mínimo común es el del respeto a los derechos humanos, el “derecho a tener derechos” de todo ser humano; esto es, y en palabras de BENHABID, “de ser reconocido por otros y de reconocer a otros a su vez como persona merecedora de respeto moral y de derechos legalmente garantizados en el seno de una comunidad humana”. Limitar determinadas expresiones culturales estaría, por tanto, justificado, al existir mínimos que una sociedad no puede renunciar y que se asientan en los derechos fundamentales, sobre los cuales no cabe oponer posturas sustentadas en consensos culturales porque son universales e inalienables (pág. 22).

Esta autora señala que la teoría del error de prohibición culturalmente condicionado es un concepto elaborado para resolver la problemática indígena en el contexto latinoamericano y en virtud de ello, no resulta sencilla su implementación para solucionar los conflictos multiculturales que existen en Europa. Por ello, afirma lo siguiente:

Se trata, por tanto, de una figura que debe limitarse *lege ferenda* o vía jurisprudencial, pues el derecho a la diferencia, a la propia identidad cultural, necesariamente debe ceder ante otros derechos fundamentales de claro rango superior, como pueden ser la vida, la integridad corporal, la libertad o la libertad sexual. En cualquier caso, para los detractores de esta opción, no nos hallamos ante un error, ya que la persona no actúa por error sino por un condicionamiento cultural, y obviamente sus valores y patrones culturales no son una forma errónea de percibir el mundo (menos aún un error jurídico), sino una forma propia tan válida como otras. Y es que la percepción de la cultura como un supuesto de error no sería, a su juicio, sino otra forma de visión etnocéntrica de la sociedad. (pág. 21).

guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz.

Asimismo, Cerezo Mir (2006) dice respecto a esto: “me parece excesivo, en cualquier caso, el reconocimiento de eficacia eximente al error invencible sobre lo ilícito penal o sobre lo injusto material en los supuestos en que se atente contra los derechos fundamentales, como la vida, la integridad corporal, la libertad o la libertad sexual”. (pág. 227), y cita algunos ejemplos, tal como veremos a continuación, en donde se ven gravemente afectados estos derechos fundamentales:

1). Existe una antigua costumbre andina (al parecer ya en desuso) consistente en raptar a una mujer para obligarla a mantener relaciones amorosas y sexuales, haciendo vida en común con ella, durante un período no superior a doce meses. Al cabo de este tiempo, si surge un afecto entre la pareja pueden contraer matrimonio. En caso contrario, el raptor puede devolver la mujer raptada a sus padres y si hubiera quedado embarazada se considerará “hijo de las rocas” pudiendo ser abandonado en las montañas con el fin de que muera. (pág. 231).

2). La costumbre profundamente arraigada en la ciudad de Juli, capital de la Provincia de Chucuito (Puno), consistente en que dos grupos de agricultores de la comunidad de Huaylluni se acometen y lesionan brutalmente con el designio de pronosticar, de este modo, si las cosechas favorecerán a alguna de tales coaliciones. La creencia de que el grupo vencedor ha de verse favorecido por la madre naturaleza, hace que cada campesino ponga el cuidado debido para que los latigazos y proyectiles lanzado con sus hondas vulneren efectivamente la integridad física de sus oponentes. (pág. 231).

En sentido similar, Ricardo Alberto Grisetti y Luis E. Kamada (2013) consideran que “en materia penal la diversidad cultural sólo puede ser esgrimida como defensa, a título excluyente de la categoría de la culpabilidad, de manera restringida a los supuestos de delitos que excluyan el resultado muerte”. (pág. 12). Estos autores exponen el pensamiento de Queralt Jiménez quien postula lo siguiente:

[...] la tolerancia cultural occidental no debe ceder ante el ataque a la dignidad personal más elemental. Ni las razones de tolerancia religiosa –cuyo límite lo constituyen los derechos fundamentales (art.3.3 LOLR)- ni de

tolerancia cultural permiten que el Estado no impida tales ataques, manifestados primariamente en atentados a la integridad física, moral y a la propia libertad de actuación de las personas. (pág.12).

Por último, mencionaremos un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, en donde no se aplicó la teoría del error de prohibición culturalmente condicionado con fundamento en la inviolabilidad de los derechos humanos básicos:

De la compulsa de las presentes actuaciones, se encuentra acreditado prima facie que la menor se encontraba encerrada en un sótano-a veces por períodos de 24 horas-, en la oscuridad, y sin los más mínimos cuidados de higiene; asimismo, a través de los dichos del testigo, se pudo conocer los castigos a los que era sometida por parte de sus padres, extremos éstos que además, por otra parte, fueron acreditados a través del informe médico antes mencionado, tales antecedentes son demostrativos de los padecimientos que sufría la menor, los cuales eran infringidos por sus propios padres. En cuanto al error de prohibición- indirecto- que se desprende del relato del abogado defensor, para su necesaria merituación, **se debe afirmar que el orden jurídico tiene normas básicas de defensa de los derechos humanos básicos que no se debe permitir que sean violados ni por los ciudadanos de un país, ni por extranjeros.** En este sentido, se defiende el sistema normativo, por el sistema mismo. **Estos derechos no pueden ser violados con argumentos basados en las costumbres cualquier persona debe adecuar su conducta a ello.** Si se admitiera esta idea, se debería admitir la tortura, porque resuelve cosas difíciles, la ablación sexual de la mujer, pues ciertas culturas lo permiten, la formación de mafias con leyes de pena de muerte propias, porque así se comportan en su país de origen; como se verá la enumeración es amplia y no resiste un sano debate. Pero, tampoco es cierto que en el país de origen del imputado, éste sea el tratamiento dado a los hijos. No parece que la estructura social de China Popular admita este tratamiento a los menores. Otras son las violaciones a los derechos humanos en ese país... Por lo cual se dicta el procesamiento de los imputados por el delito de reducción análoga a la servidumbre (artículo 140 CP).” (C.N.A. Crim y Corr., Sala I, “Su Shao Mei y otra”, 18/3/2002, c. 18.023).⁷

7

En www.elDial.com A1147A.

f). Legislación comparada. El error culturalmente condicionado en el Código Penal peruano.

La decisión político criminal de plasmar legislativamente la figura del error culturalmente condicionado en los códigos penales de América Latina ha sido propiciada por insignes penalistas y criminólogos como Crespo Solís en Bolivia, Luis Carlos Pérez en Colombia, Gladys Yrureta en Venezuela, Carranca y Trujillo en México, Eugenio Raúl Zaffaroni en Argentina y Peña Cabrera en el Perú, entre otros.

En el Código Penal peruano se incluyó, a continuación de la regulación del error de prohibición, la regulación del error de comprensión culturalmente condicionado, cuya creación fue sugerida por Eugenio Raúl Zaffaroni.

Esta fórmula legal, consagrada en el art. 15 del Código Penal peruano, dice: “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”.

Felipe A. Villavicencio Terreros (2012) expone que el art. 15 del Código Penal peruano diferencia dos modalidades de condicionamientos. Por un lado, cuando el sujeto por su cultura comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión o cuando su capacidad de comprensión se encuentra disminuida. Y, por el otro, cuando el sujeto por su costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión o cuando su capacidad de comprensión se encuentra disminuida.

Así, considera que el primer supuesto comprende el de error de comprensión culturalmente condicionado, pues la propia Exposición de Motivos del texto punitivo nacional considera que se receptó una forma especial de error conocida como error de comprensión culturalmente condicionado; mientras que el segundo correspondería a la llamada conciencia disidente.

Por su parte, Raúl Peña Cabrera afirma lo siguiente:

Según esta nueva norma, si la conducta es vista como “normal” dentro de su propio espacio cultural, y ante los ojos del derecho oficial ella es reputada como delictiva, predominará la valoración del grupo cultural. Si el autor, de acuerdo con sus pautas (personales, culturales, sociales), tenía una creencia equivocada de que el hecho no estaba prohibido, porque no conocía la norma o la conocía mal, entonces al no serle exigible el conocimiento de la antijuridicidad de su acción, ella no se le puede reprochar. En consecuencia, los grupos culturales y étnicos tienen la posibilidad de reafirmar sus principios de solidaridad de grupo dando al traste la extinguida sugerencia que desgraciadamente significó la humillante fórmula de los arts. 44⁸ y 45⁹ del Código Penal de 1924 que nos dividió en “hombres civilizados”, “indígenas semicivilizados” [...] y “salvajes”. (pág. 395).

Finalmente, este autor explica que la regla del art. 15 del Código Penal no permite considerar al indígena como “inimputable”. Así sostiene que: “ser indígena no es fundamento para marginar a nadie, este posee la garantía a no ser sometido a ninguna “medida” que tienda a privarle de sus pautas culturales, pues, de acuerdo con el principio de culpabilidad, nada impide que el indígena pueda ser inimputable por las mismas razones de quien no es indígena”. (pág.396).

⁸ Art. 44: “Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años.

Cumplidos dos tercios del tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiese sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener la libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario continuará en la colonial hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los veinte años.

Un reglamento del poder ejecutivo determinará las condiciones de vida de los salvajes colocados en colonia penal, que serán organizados en el propósito de adaptarlos en el menor tiempo posible al medio jurídico del país”.

⁹ Art. 45: “Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueves tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres y procederán a reprimirlos, prudencialmente conforme a la regla del art. 90. Podrán, asimismo, en estos casos sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional con arreglo al título VII. Podrán también reemplazar la pena de prisión según el procedimiento permitido en el art. 42”.

4. CONCLUSIÓN.

En el desarrollo de los puntos precedentes ha quedado claro que la tensión que existe entre la ley penal "oficial" y la conducta de individuos, que por ser inmigrantes o miembros de pueblos indígenas, traen consigo un bagaje cultural distinto del mayoritario no es de fácil resolución. El problema resulta aún más complejo cuando observamos que los sistemas de protección internacional de los derechos humanos imponen, por un lado, el respeto a la diversidad cultural y, por el otro, establecen como límite infranqueable a las prácticas culturales el respeto de la dignidad de la persona humana.

En este contexto, la teoría del error de prohibición culturalmente condicionado es útil en muchos casos, pero no está exenta de críticas.

En primer término, debido a que para arribar a la exclusión de la culpabilidad por error de prohibición, el análisis dogmático de la conducta debe haber atravesado ya los límites de la tipicidad y la antijuridicidad. De este modo, el hecho de considerar como un injusto perfectamente configurado a una conducta de profunda raigambre cultural y que solo se exime de merecer pena por incurrir en un error no satisface, para muchos autores, la exigencia de respeto de las culturas indígenas como legítimos complejos normativos que deben coexistir con el "oficial".

En segundo término, la caracterización del miembro de un pueblo indígena o al inmigrante como alguien que "no comprende" o "es incapaz de comprender" la prohibición —que es, al fin y al cabo, lo que postula la teoría del error en la comprensión de la prohibición—no es adecuada, y deja entrever una perspectiva occidentalista con marcados rasgos discriminatorios.

Asimismo, no todo supuesto de práctica tradicional merece quedar impune, por más que tenga una profunda raíz cultural. El solo hecho de que un sujeto pertenezca a una comunidad indígena no lo habilita a desarrollar acciones que puedan afectar los derechos humanos más elementales como el derecho a la vida o a la libertad sexual. Así, existe una clara tendencia, promovida desde los organismos mismos de protección de los derechos humanos, en condenar la ablación de clítoris, y otras prácticas incompatibles con la dignidad humana.

Está claro, entonces, que el error de prohibición culturalmente condicionado es solo uno de los modos de dar respuesta a estas situaciones de tensión. Las elaboraciones doctrinarias, los fallos y las normas positivas que hemos reseñado a lo largo de este trabajo han propuesto considerar los distintos casos como supuestos de atipicidad, de antijuridicidad, de inimputabilidad, de inculpabilidad por error, o de delitos perfectamente configurados.

Por último, entendemos que las diversas conductas de profunda raigambre cultural que hemos reseñado (coqueo, hurto de cobayo con fines curativos, ablación genital femenina) no pueden resolverse del mismo modo, sino que debemos considerar cada caso en particular. De este modo, el enfoque no debe centrarse solo en las categorías rígidas y ampliamente abarcativas que se proponen para tratar de resolver esta problemática de forma general, sino que, además, debemos siempre considerar las distintas categorías analíticas que se desarrollan desde la teoría del delito y, sobre todo, tener especialmente en cuenta la perspectiva ineludible del derecho internacional de los derechos humanos.

5. BIBLIOGRAFÍA.

Cerezo, J. (2006). *Temas fundamentales del Derecho Penal*. Santa Fé: Ribinzulzoni.

Cesano, J. (2009) "Diversidad Cultural y Teoría del error". Obtenida el 15 de julio de 2015 de http://horizontesy.com.ar/archivos/1251126095/DIVERSIDAD_CULTURAL_Y_TEOR%C3%80CDA_DEL_ERROR.pdf

Farías, M. y Fernández Ruiz, J., "Modelo de defensa penal para imputado indígenas". Obtenida el 15 de julio de 2015, de <http://www.dpp.cl/resources/upload/bbff843724ee902561ab8def3ea5cf37.pdf>

Grisetti, R. A. y Kamada, L. (2013). "Error de prohibición. Los derechos humanos como límite natural a su respeto irrestricto", publicado en La Ley.

Longobardi, M. (2007). "Una aproximación a la cuestión del error en los delitos fiscales", publicado en *Práctica Profesional* 2007-44, 12, Obtenida el 15 de julio de 2015,

http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/file.php/219/Unidad_VIII/Una_aproximacion_a_la_cuestion_del_error_en_los_delitos_fiscales_Dr._Mariano_Longobardi.doc.

Peña Cabrera, R. (1997). "El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2° párrafo) y 15 del código penal peruano", en *De las Penas*, BAIGAN, David y Eugenio ZAFFARONI (coordinadores), Buenos Aires: De Palma ediciones.

Prunotto Laborde, A. (2006), "El Error". En: *Revista de Derecho Penal, Eximientes de la Responsabilidad Penal I*, Director: Donna, Edgardo Alberto, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*, traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Tomo I, 2da. Edición), Madrid: Civitas.

Sanz Mulas, N. (2014). "Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Obtenida el 20 de julio de 2015, de <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-11.pdf>

Villavicencio Terreros, F. (2012). "Tratamiento Penal de la Diversidad Cultural por la Justicia Estatal". Obtenida el 15 de julio de 2015, de <http://vmrfirma.com/publicaciones/wp-content/uploads/2012/08/Villavicencio-Tratamiento-penal-de-la-diversidad-cultural-por-la-justicia-estatal1.pdf>.

Wenzel, H. (1971), "Derecho Penal. Parte General", traducido por C. Fontán Balestra y E. Friker Depalma, (Bs. As., 1956, pág. 177). En: Herrera, L. E., *El error en material penal*, Bs. As.: Abeledo Perrot.

Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2007). *Manual de Derecho Penal, Parte general* (2da. Ed.). Buenos Aires:Ediar.

— (2005). *Derecho Penal, Parte General* (2da. Ed.), Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. [s.d]. *Tratado de Derecho Penal, Parte general* (tomo IV). Buenos Aires: Ediar.

[s.d](2012). "Modelo de Defensa Penal para Imputados Indígenas". Obtenida el 20 de julio de 2015, de <http://www.dpp.cl/resources/upload/bbff843724ee902561ab8def3ea5cf37.pdf>