

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

*Especialización en Derecho Penal*

**EL ERROR DE PROHIBICIÓN  
CULTURALMENTE CONDICIONADO.  
ANÁLISIS DOGMÁTICO, NORMATIVO y  
JURISPRUDENCIAL.**

---

**Trabajo Final Integrador.**

**Autora: Natalia M. Benítez.**

**Director: Ernesto Julián Ferreira.**

**Año de ingreso: 2012.**

## **EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO. ANÁLISIS DOGMÁTICO, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.**

### **1. INTRODUCCIÓN.**

El fenómeno del multiculturalismo y los diversos sistemas de regulación social que coexisten dentro de un mismo estado constituyen un verdadero desafío para el derecho.

Es que ciertas conductas o comportamientos que resultan plenamente aceptados y aprobados en la cultura de un grupo determinado pueden ser considerados delitos en el ordenamiento jurídico de la cultura dominante.

Esta problemática se evidencia en los contextos sociales donde el destinatario de la norma proviene de un ordenamiento jurídico distinto a aquel en que rige dicha norma y, por tanto, pertenece a un ordenamiento de normas culturales también distintas, como es el caso de los inmigrantes. Y también en los supuestos en que el destinatario de la norma, aunque no pertenece a un ordenamiento jurídico distinto, tiene patrones de orientación normativos y valoraciones diferentes debido a una socialización exótica o a un desarrollo extremadamente aislado de la sociedad mayoritaria, como es el supuesto de los miembros de los pueblos originarios.

Frente a este escenario tan complejo, nos abocaremos al estudio de una de las respuestas que desde el derecho penal se ha dado para intentar dar solución a la comisión de delitos culturalmente motivados.

Tomaremos como punto de partida el desarrollo conceptual que Zaffaroni ha propuesto respecto del tema al introducir la noción del error de

prohibición culturalmente condicionado como un error directo de comprensión dentro de la clasificación que brinda de los errores de prohibición, sin perjuicio de señalar no sólo las críticas que ha recibido esta teoría sino también otras respuestas que desde la teoría del delito se han dado para el mismo problema.

Abordaremos el error de prohibición de manera integral y multidimensional, partiendo del análisis dogmático, para luego estudiar su recepción normativa y jurisprudencial en el ámbito nacional e internacional. Asimismo, nos detendremos en el modo en que debe probarse el error culturalmente condicionado en el proceso penal, haciendo especial referencia al valor de la pericia antropológica cultural.

Finalmente, procuraremos formular conclusiones críticas, poniendo en evidencia la incidencia de la normas internacionales de los derechos humanos, el rol del juez y el valor de la pericia antropológica.

## **2. DIVERSIDAD CULTURAL Y PLURALISMO JURÍDICO.**

Las diferencias culturales en una sociedad moderna son una realidad y 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” (Grisetti y Kamada, 2013: p. 10). 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” (Grisetti y Kamada, 2013: p. 10).

### ***a). Pueblos originarios.***

En países latinoamericanos<sup>1</sup>, en donde los procesos de colonización han tenido una gran influencia, se han asentado estados nación de tipo occidental y en el territorio de pueblos indígenas cuyos miembros 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”.

---

<sup>1</sup> México y el Perú son los países de mayor población indígena en la región, con casi 17 millones y 7 millones, respectivamente. Le siguen Bolivia (Estado Plurinacional de) y Guatemala, con cifras que rondan los 6 millones; Chile y Colombia, que superan el millón y medio; la Argentina, el Brasil y el Ecuador, con alrededor de 1 millón de personas cada uno; la República Bolivariana de Venezuela con poco más de 700.000; Honduras y Nicaragua, con más de medio millón, y Panamá con alrededor de 400.000. Debemos aclarar que existen en la literatura diferentes estimaciones de la población indígena en América Latina, pero en general se desconoce cuáles han sido las fuentes primarias utilizadas, o no se especifican las metodologías aplicadas para obtener esas estimaciones, por ello las cifras indicadas no resultan del todo precisas. Aquí se han recogido los totales de población indígena en cada país sobre la base de los censos de población. En el caso de algunos países se incluyeron los resultados de los censos que ya se han llevado a cabo en esta década. En otros, se realizó una estimación a partir de los resultados censales del decenio anterior. (Fuente de Información: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE), sobre la base de procesamientos especiales de los microdatos censales, excepto en el caso de la Argentina: Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), “Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010. Resultados definitivos”, Serie B N° 2, 2012, y el Brasil, Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), “Censo Demográfico 2010. Características Gerais dos Indígenas. Resultados do Universo”, 2012).

A la vez, 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 ella, 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, por su parte, 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 art. 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”.

También es posible observar en el último tiempo importantes avances en el ámbito legal y político de los países latinoamericanos en torno al reconocimiento, en diversos documentos constitucionales, del carácter multiétnico de sus sociedades, así como 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 derecho 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 dijéramos, la obligación de ser harto cautelosos en la imposición de sanciones penales a estos sujetos especialmente protegidos.

### ***b). Inmigrantes.***

Como ya hemos señalado, 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 en estos estados. Piénsese en ciertas prácticas como 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 muchos países europeos con respecto a ciertas cuestiones especialmente conflictivas. Por caso, la problemática relativa a la mutilación genital femenina<sup>2</sup> generó el desarrollo de toda una nueva normativa que condena la práctica en cuestión, así como la aparición de normas penales específicas para su persecución y castigo.

Así, en el sistema europeo, además de las Recomendaciones del Consejo de Europa núm. 1371/1998 sobre “malos tratos infringidos a niños” y núm. 1450/2000 relativa a la “violencia contra las mujeres en Europa”, hay que recordar la Resolución núm. 2035/2001 del Parlamento europeo, con la cual se pide a los Estados miembros que “consideren cualquier forma de mutilación genital femenina como delito autónomo, independiente del hecho de que la mujer interesada haya prestado cualquier forma de consentimiento”.

Entre las diversas iniciativas tendientes a contener el fenómeno, pueden señalarse en el plano internacional la Cuarta y Quinta Conferencia de la ONU sobre la salud de las mujeres de 1995 y 2005, en las que se hace un llamamiento a los Gobiernos a “adoptar y aplicar disposiciones normativas contra los autores de prácticas y costumbres dañinas, incluida la mutilación genital femenina”.

En Italia, siguiendo la línea de estos textos, se redactó la Ley de 9 de enero de 2006, núm. 7, que contiene disposiciones relativas a la prohibición de las prácticas de mutilación genital femenina. Por su parte, el art. 6 introduce, en el art. 583 bis del Código Penal<sup>3</sup>, el delito de prácticas de mutilación de órganos genitales femeninos.

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Según refiere De Maglie:

Deben señalarse también las novedades introducidas en el llamado “paquetes de medidas sobre la seguridad” de 2009 en donde se extienden todas las circunstancias agravantes previstas en el art. 585 del C.P. para el delito de mutilación genital femenina, que será sancionado más severamente cuando el hecho sea cometido por los progenitores de la víctima.

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 genital en el art. 149.2 del Código Penal español<sup>4</sup>.

Asimismo, la política criminal española posibilita la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en ese país. Así, la Ley Orgánica 3/2005, de 8 julio,

---

En el primer apartado, la norma castiga con prisión de cuatro a doce años la conducta de “quien, en ausencia de exigencias terapéuticas, causare una mutilación de los órganos genitales femeninos” y especifica los comportamientos con los que se puede realizar la mutilación genital femenina, hablando de “clitoridectomía, escisión, infibulación y cualquier otra práctica que cause efectos del mismo tipo” y remitiendo a la clasificación de las formas de mutilación genital femenina de la OMS. El segundo apartado prevé la conducta de “quien, en ausencia de exigencias terapéuticas, provocare, con el fin de menoscabar las funciones sexuales, lesiones a los órganos genitales femeninos distintas a las indicadas en el primer apartado de la que se derive una enfermedad en el cuerpo o en la mente”, castigada con la prisión de seis a siete años en el tipo básico y con la atenuación de hasta dos tercios si la lesión fuere de leve entidad. El tercer apartado prevé la circunstancia agravante de un tercio para los casos en los que la práctica de mutilación genital femenina fuese cometida sobre un menor o cuando el hecho fuese realizado con ánimo de lucro. El cuarto apartado establece que “las disposiciones del presente artículo se aplican además cuando el hecho fuera cometido en el extranjero por ciudadano italiano o por extranjero residente en Italia, o bien en perjuicio de ciudadano italiano o de extranjero residente en Italia”. (2012: p. 75)

<sup>4</sup> Art. 149:

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

modificó la regulación del Poder Judicial, añadiendo un nuevo epígrafe g) al Art. 23.4º LOPJ<sup>5</sup>.

Asimismo, 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.

### **3. NOCIÓN DE DELITO CULTURALMENTE MOTIVADO.**

A fin de delimitar el ámbito de aplicación de la teoría del error de prohibición culturalmente condicionado, resulta necesario precisar la noción de delito culturalmente motivado, pues no todo delito cometido por un sujeto perteneciente a una cultura minoritaria, podrá ser considerado un delito cultural.

Una de las definiciones más reproducidas de “delito cultural” —o *cultural offence* en el texto original— fue dada por el estudioso belga J. van Broeck, quien lo describió como:

una acción de un miembro de una cultura minoritaria que es considerada delito por el sistema jurídico de la cultura dominante, siendo el mismo acto, sin embargo, en el grupo cultural del autor, perdonado, aceptado como comportamiento normal y aprobado o incluso apoyado y promovido en la situación dada”. (Macías Caro, 2014: p. 82)

Para Cristina De Maglie, quien propone la terminología *delito culturalmente motivado*, puede definirse como:

---

<sup>5</sup> Art. 23.4º LOPJ: Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos (...) g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

un comportamiento realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico minoritario que es considerado delito por las normas del sistema de la cultura dominante. El mismo comportamiento en la cultura del grupo al que pertenece el autor es por el contrario perdonado, aceptado como norma o aprobado o, en determinadas situaciones, incluso impuesto. (2012: p. 68)

A los fines de comprender esta definición debemos hablar del *grupo de referencia*, esto es, el conjunto de personas al que pertenece el individuo influenciado por un ámbito cultural determinado. Siguiendo a De Maglie, los requisitos que el grupo de referencia debe presentar para que el delito cometido por el individuo que pertenece a éste pueda ser definido como culturalmente motivado son: 1). *Una cultura común*: entendida en la acepción étnica que propone la autora<sup>6</sup>; 2). *Cultura de grupo y formación del individuo*: los individuos que crecen dentro del grupo adquieren la cultura de éste y, dada la naturaleza dominante de la cultura de los grupos, su influencia sobre los individuos que han crecido dentro de estos es profunda y extensa. 3). *Pertenencia al grupo y reconocimiento recíproco (efectos internos)*: un individuo forma parte de un grupo étnico minoritario si es considerado como tal por parte de los otros miembros; 4). *Reconocimiento del grupo y autoidentificación*: El reconocimiento por parte del grupo es fundamental para la construcción por parte del individuo de su propia identidad no solo como individuo aislado sino como portador de valores culturales de la comunidad de referencia 5).

---

<sup>6</sup> Con respecto a la acepción étnica del concepto de cultura, De Maglie explica que:

la cultura que aquí se discute es la que “surge de las diferencias nacionales y étnicas. (...) “Cultura” es sinónimo de “nación” o “pueblo”, es decir, de una comunidad intergeneracional más o menos completa desde el punto de vista institucional que ocupa un determinado territorio y comparte una lengua y una historia distintivas. Y un Estado es multicultural si sus miembros pertenecen a diversas naciones (...) o han emigrado de diversas naciones... y si este hecho constituye un elemento importante de identidad personal y de la vida política. (2012: pp. 63/64)

*Pertenencia y reconocimiento (efectos externos):* el reconocimiento sería el instrumento a través del cual se formulan las peticiones de justicia y 6). *Pertenencia y adquisición:* la pertenencia es consecuencia del reconocimiento del que el individuo es objeto por parte de los otros miembros del grupo.

Además, para esta autora la prueba del delito culturalmente motivado tiene que pasar por tres fases: a) *Valorar el motivo cultural* que ha empujado al sujeto a mantener la conducta criminal, esto es, determinar si la causa psíquica que llevó al autor a mantener el comportamiento criminal responde a los valores culturales de los que el autor es portador b) *Objetivación del comportamiento*, es decir, que la realización del hecho hubiera sido la misma en cualquier sujeto del grupo de referencia ante una circunstancia similar (“coincidencia de reacción”), no bastando por tanto, con el convencimiento interno de estar actuando conforme a valores que se creen extendidos en el grupo. c) *Comparar la cultura del grupo étnico del imputado con la de nuestro sistema*, poniendo de relieve las diferencias.

En definitiva, una vez que establecemos que la persona pertenece a un grupo de referencia determinado, que el comportamiento realizado por esa persona es contrario a la norma penal de la cultura de acogida, que tiene origen en una interiorización previa de ciertos valores culturales y que la realización de ese hecho es la misma hubiese realizado cualquier sujeto del grupo de referencia ante una circunstancia similar, podemos afirmar que nos encontramos frente a un delito culturalmente motivado.

#### **4. EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO.**

Como dijéramos al comienzo de este trabajo, la teoría del error de prohibición culturalmente condicionado es una de las soluciones que desde la dogmática penal se proponen para dar respuesta a la situación en que se encuentran 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.

Para analizar esta categoría analítica, tomaremos como eje central el desarrollo conceptual que propone Eugenio Raúl Zaffaroni, quien entiende al error de prohibición culturalmente condicionado como un error directo de comprensión dentro de la clasificación que brinda de los errores de prohibición. En consecuencia, consideramos necesario efectuar una reseña histórica acerca de la teoría del error.

**a). Breve reseña histórica de la teoría del error.**

Tradicionalmente, la dogmática penal distinguía el **error de hecho** (*error facti*) y al **error de derecho** (*error iuris*) y entendía que, mientras el primero eximía de culpabilidad, 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: “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*’ (1997: p.39).

Por su parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar explican 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. (2005: p. 531)

Con el tiempo quedó evidenciado que no resultaba racionalmente admisible mantener esta teoría del error por las notorias injusticias que generaba en la práctica. De este modo, la distinción entre el error de hecho y error de derecho subsistió, pero la última categoría fue objeto de una reformulación a partir de la bipartición en dos subespecies distintas: el error de derecho penal y extrapenal.

El error de derecho penal era aquel error acerca de la ley penal, que 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 centraban 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.

El *error de derecho extrapenal* se asimiló con el *error facti* atribuyéndole el mismo poder excusante, pero el error de derecho penal siguió reputándose intrascendente a los efectos de eximir al autor de la aplicación de pena en el caso.

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**.

En esta conceptualización, el error de tipo es el que versa sobre las características objetivas del tipo penal, es decir, sobre su realización objetiva. Según Welzel es “el desconocimiento de una circunstancia de hecho objetiva, perteneciente al tipo de injusto, sea de índole real o normativa” (1956: p.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 y que tienen por efecto desplazar 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. (1956: p. 117)

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.

#### ***a.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 *requisitos objetivos* (manifestación externa del hecho) -que 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 el carácter 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.

#### **a.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.

### ***a.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.

#### ***- 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, 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” (1997: p. 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”. (1997: p. 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. (1997: p. 879)

**- *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 normatización 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, Alagia y Slokar, 2005: p. 384)

Asimismo, Jakobs separa el objeto de la culpabilidad del concepto mismo de culpabilidad. Según refieren Zaffaroni, Alagia y Slokar, 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. (2007: 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, Alagia y Slokar 2007: p. 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 a la configuración actual de la sociedad al que puedan dirigirse la pena o el contramensaje estabilizador de la norma. (Longobardi, 2007: p. 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. (2006: p. 177)

**a.4.). El error en el posfinalismo sociológico-criminológico o sistema funcional conflictivo. Posición Zaffaroni, Alagia y Slokar.**

Zaffaroni, Alagia y Slokar (2007) proponen el desarrollo de una teoría del delito a partir de una perspectiva conflictivista de la sociedad. Según estos autores, 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. (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2007: p. 280)

De este modo, a diferencia de las teorías sistémicas, las teorías conflictivistas no resultan funcionales para la legitimación del poder punitivo.

Asimismo, sostienen un concepto de pena negativo y también agnóstico. En relación a este punto explican que:

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 (...). (Zaffaroni, Alagia y Solokar, 2007: p. 55)

Entonces, estos autores consideran 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, sostienen que la construcción de la teoría del delito debe responder a una teleología contenedora y reductora del poder punitivo.

Respecto a la teoría del error, estos autores hacen un esfuerzo para ajustar las categorías analíticas de la teoría del error a lo dispuesto en el Código Penal Argentino. Así, sostienen 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, estos autores explican que:

cuando el error recae sobre elementos cuyo conocimiento es indispensable para elaborar el plan (finalidad típica) habrá error de tipo”, 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. (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2005: pp. 533-534)

Y agregan:

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. (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005: pp. 533-534)

***b). El error de prohibición culturalmente condicionado en la teoría del delito.***

***- 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, Alagia y Slokar explican 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. (2005: p. 737)

Además, Zaffaroni sostiene lo siguiente:

la exigibilidad de la 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. (1996: pp. 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*"<sup>7</sup> 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". (1996, p.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 que podrá tenerse en cuenta tanto para la cuantificación de la pena 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. (1996, p. 196)

---

<sup>7</sup> 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, 1996: pp. 196/197).

En el segundo supuesto (en los casos en que la dificultad de comprensión tenga su génesis en un error culturalmente condicionado), Zaffaroni admite la 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, Alagia y Slokar, 2005: p. 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. Al respecto sostiene que:

el indígena puede ser inimputable por las mismas causas que puede serlo el que no es indígena, pero nos negamos rotundamente a considerarlo inimputable por el hecho de pertenecer a otra cultura. La única razón que puede justificar semejante actitud es la de asumir la posición de conquistador y considerar que nuestra propia cultura es la superior y que las restantes deben desaparecer por inferiores, presentando también la condición de inferiores sus integrantes mientras la compartan. Semejante criterio, que no puede ser más brutal a la luz de una mínima consideración a la dignidad humana, sería

inadmisible entre nosotros, por afectar el principio de igualdad.  
(Zaffaroni, 1996: pp. 202/203)

**- Críticas a la aplicación de la teoría del error culturalmente condicionado.**

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 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. (2014: p. 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. (Sanz Mulas, 2014: p. 21)

Asimismo, Cerezo Mir 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. (2006: p. 227)

Asimismo, este autor cita algunos ejemplos, tal como veremos a continuación, en donde se ven gravemente afectados estos derechos fundamentales:

El caso de la 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...

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 ese 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”. (Cerezo Mir, 2006: p. 231)

En sentido similar, Ricardo Alberto Grisetti y Luis E. Kamada 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” (2013: p. 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. (2013: p. 12)

**- Otras soluciones.**

Sin embargo, este no es el único modo en que la doctrina ha procurado dar respuesta a la problemática de los delitos culturalmente motivados, pues

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”. (1996: p. 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” (Cerezo Mir, 2006: p. 228). 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 Mir, 2006: p. 228).

Sin embargo, según Armaza Galdós:

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. (Cerezo Mir, 2006: p. 228)

Al respecto, este autor 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. (Cerezo Mir, 2006: p. 228)

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. En dicho estudio se explica que:

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 y Fernández Ruíz, 2012: p. 166)

Asimismo, Villavicencio 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. (2012: p. 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 toma lo dicho por Enrique García Vitor quien entiende lo siguiente:

Cuando no se puede circunscribir territorialmente a los miembros de una etnia, permitiendo que rija su propio sistema de castigos (...) en la confrontación de las culturas nos podemos encontrar con una colisión de deberes, entendida ésta como una exigencia que se impone a un sujeto de cumplir, en una misma situación, a un mismo tiempo, con dos deberes, de tal manera que la satisfacción de uno de ellos no puede sino realizarse en detrimento del otro. (2012: p. 9)

Villavicencio 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” (2012: p. 9).

García Vitor (2004) explica que los esfuerzos para encontrar un límite a la punición de las conductas desplegadas por los sujetos que pertenecen a una cultura diversa deben centrarse en el terreno de la justificación. Así, señala que “es indudable que en la disyuntiva de cumplir con un deber que surge de la propia cultura y otro impuesto por la norma de la cultura hegemónica, si se opta por el primero, el actuar que incumple el segundo, está justificado” (2004: p. 28). De este modo, este autor considera que “el ámbito de la antijuridicidad resulta el más apropiado para resolver la cuestión, correspondiéndose con los principios que sustentan un auténtico orden democrático” (2004: p. 28).

En base a ello, como principio cree que cuando se buscan las soluciones sólo en la culpabilidad, elípticamente se está aceptando la preeminencia de una cultura sobre otra porque se le califica de superior.

### ***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 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. (2012: p. 6)

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

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”.

Asimismo, el Código Penal peruano de 1924 lo recogió en los arts. 44<sup>8</sup> y 45<sup>9</sup>.

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 inc. 3), la siguiente disposición: “Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural”. Actualmente, se encuentra regulada de manera explícita en el artículo 33 del Código Penal colombiano, tal como se verá más adelante.

---

<sup>8</sup> 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”.

<sup>9</sup> Art. 45: “Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces 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”.

## 5. LA PRUEBA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO. PERICIA ANTROPOLÓGICA.

Ya hemos visto que para poder sostener que nos encontramos ante un delito cultural se deben verificar una serie de presupuestos o fases. De allí que la acreditación en un proceso penal de este tipo de delitos no resultará una tarea sencilla para los operadores judiciales, desde que no poseen los conocimientos específicos que le permitan develar aspectos tan complejos como la pertenencia de un sujeto a un grupo étnico, el grado de identificación que una práctica cultural tiene dentro de éste, la existencia -y, en su caso, el peso- que puedan tener respecto de aquellas prácticas culturales los procesos de aculturación, etc. Por ello, se deberá dar intervención a un experto calificado en la materia (perito antropólogo) a fin de que aporte, a través de sus conocimientos, la información necesaria para analizar y comprender si la diferencia cultural propició y condicionó el comportamiento del sujeto.

Dice Cesano que:

la pericia antropológica puede orientar técnicamente al juez “al aportar conocimientos sobre la cultura de un grupo, su manera de pensar y comunicar, describiendo la relación intergrupal y la fidelidad de sus miembros a ciertas normas o sistemas de vida. Y, a partir de sus explicaciones densas (...) decodificar los significados de una conducta o un comportamiento que se encuentran encriptados por una cultura diferente a la hegemónica”. (2017: p. 30)

Cesano (2017) también expone las herramientas con las que cuenta el antropólogo para poder efectuar las descripciones e inferencias necesarias para realizar explicaciones y traducciones culturales. Ellas son: la observación participante, la entrevista y la historia de vida.

Respecto a la **observación participante**, este Cesano explica que:

consiste en recolectar datos mediante la participación en el mundo social de las personas a que se estudia, por ejemplo, adoptando un rol en un grupo social -o en sus márgenes- y observando, pensando e interpretando las acciones de los integrantes del grupo. (2017: p. 45)

En cuanto a la **entrevista** este autor expresa que:

es una estrategia para hacer que la gente hable sobre lo que sabe, piensa y cree, “una situación en la cual una persona (el investigador-entrevistador) obtiene información sobre algo interrogado a otra persona (...). La entrevista antropológica se caracteriza por ser una entrevista informal o no directa. (2017: p. 46)

Por último, explica que la técnica denominada **historia de vida o reconstrucción biográfica** consiste en:

el despliegue y análisis de las experiencias de una persona a lo largo del tiempo, lo cual incluye una selección consciente e inconsciente de recuerdos de sucesos o situaciones en las cuales participó directa o indirectamente; su interpretación mediada por experiencias posteriores. “Con esta herramienta metodológica se busca describir, explicar e interpretar las intersecciones entre un individuo singular, su comunidad y su ‘horizonte histórico’ (...) En este sentido, el rescate de la trayectoria de vida del actor social, sus experiencias y su visión particular permitirán aprehender la historia como el reflejo de una época, normas sociales y valores propios de la comunidad de la que el sujeto (...) forma parte. Se trata, en definitiva, de conectar

la biografía (...) con los contextos más estructurales concibiendo (...) que ‘ni la vida de un individuo ni la historia de una sociedad pueden entenderse sin entender ambas cosas’. (2017: pp. 46/47)

De este modo, Cesano considera que:

En términos generales, el uso de la observación participante suele requerir una larga estancia dentro de la comunidad en que se sitúa el sujeto observable. Por eso, el tiempo y las urgencias de las etapas procesales en el ámbito del proceso judicial le impedirán al experto un empleo adecuado de este método, al que sustituirá con la literatura científica ya producida o, en su caso, sus propios estudios al respecto.

Por tal razón, la entrevista antropológica será la técnica de utilización más frecuente para responder a los requerimientos de esta pericia. (2017: p. 45)

Resulta interesante referirnos a las técnicas que fueron sugeridas en el Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116 que se llevó a cabo en Perú, sobre la aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal Peruano y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes, para elaborar un dictamen pericial-antropológico. En dicho Plenario se recomienda que se utilice con sentido orientador la estructura referida por la “Guía Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos en causas Indígenas” elaborada por Guevara Gil. Según dicho documento ilustrativo toda pericia antropológica debe contener, mínimamente, tres partes:

1. La primera parte debe incluir la descripción de la preparación del peritaje, la actuación de los métodos y técnicas de

investigación, y el ordenamiento de los datos en función de la consulta hecha y del problema señalado por el juez o fiscal.

2. La segunda parte debería considerar los puntos sobre los que versará el peritaje, ordenados de acuerdo a la lógica de los hechos y fundados en los principios de la investigación antropológica.

3. La última parte deberá incluir la conclusión del peritaje; es decir, la opinión o dictamen del perito sobre la consulta formulada por el magistrado. En este punto también podrá apoyarse en las fuentes secundarias consultadas y en todo el material (escrito o visual) recopilado que le sirve de fundamento para sustentar su dictamen.

Asimismo, en dicho documento se señala el esquema que deben tener las pericias antropológicas en cuanto a su sistemática formal e interna:

- a) La procedencia
- b) Los antecedentes
- c) El nombre del procesado
- d) El motivo del análisis
- e) El método de análisis y las técnicas usadas
- f) Los resultado
- g) Las observaciones
- h) Las recomendaciones
- i) Las conclusiones

Como puede observarse, la estructura sugerida en el Plenario se asemeja a las pautas que establece nuestro art. 250 del C.P.P. en cuanto especifica los requisitos que debe presentar el dictamen pericial.

En definitiva, la determinación de la existencia de un hecho culturalmente motivado es una cuestión que no puede resolverse en abstracto,

sino que debe probarse. Y el medio probatorio idóneo para acreditar tal extremo es la pericia antropológica cultural.

Ahora bien, el dictamen pericial -como toda prueba científica- no resulta vinculante para el juez pues siempre tiene la posibilidad de apreciar la prueba según las reglas de la sana crítica (at. 210 del C.P.P.), debiendo fundar las razones por las cuales se aparta o comparte las soluciones propuestas por el experto<sup>10</sup>. Lo que exige es que el juez sea capaz de valorar si está en el ámbito de una forma de conocimiento dotada validez científica, y si los métodos de investigación y control típicos de esa ciencia han sido utilizados por el experto.

## **6. ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO Y POLÍTICA CRIMINAL.**

### ***a). Legislación Nacional. La teoría del error en los anteproyectos de Código Penal Argentino.***

En los últimos años se han elaborado distintos Anteproyectos de Código Penal (Anteproyecto 2006, 2014 y 2018).

Veremos a continuación si el error culturalmente condicionado ha sido regulado en estos proyectos, en especial, teniendo en consideración que Eugenio Zaffaroni fue el presidente de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12) del Anteproyecto 2014. Asimismo, señalaremos qué tratamiento ha recibido la cuestión cultural en estos documentos.

Primeramente, advertimos que ninguno de los Anteproyectos recepta el error de prohibición culturalmente condicionado en esos términos. Claro está

---

<sup>10</sup> Al respecto, la SCBA ha dicho que:

Las conclusiones de una pericia no tienen necesariamente valor vinculante, no resultando por ello absurdo el mero apartamiento de sus consideraciones cuando se alegan razones suficientes que puntualizan las deficiencias que impidieron su seguimiento a tenor del resto de los elementos de prueba considerados en su integridad. (conf. Ac. 88.782, sent. del 16/II/2005; Ac 88.635, sent. del 6/IX/2006; e/o)

que, al regular estos proyectos dentro de su articulado el instituto del error, podríamos sostener sin problemas la clasificación de los errores que propone Zaffaroni dentro de la cual se encuentra el error de prohibición culturalmente condicionado.

Así, tanto en el Anteproyecto 2006 como en el 2014 -en sus artículos 34 inc. “j” y 5 inc. “i”, respectivamente- se establece que no es punible el que obrare por error invencible que le impida comprender la criminalidad del hecho. Mientras que el artículo 34<sup>11</sup> del Anteproyecto 2018 se asemeja a la disposición del artículo 34 de nuestro Código Penal actual, solo que en la disposición del Anteproyecto se refiere al “error o ignorancia no imputables”, sin formular la distinción entre error de hecho y de derecho que todavía se verifica en nuestro ordenamiento penal vigente.

Si bien en el Anteproyecto 2014 no se habla del error de prohibición culturalmente condicionado, se destaca la inclusión de una disposición novedosa en la cual se observa la marcada influencia de Eugenio Zaffaroni. Se trata del artículo 19<sup>12</sup> el que distingue en tres incisos diferentes las siguientes alternativas: el inciso 1º prevé el caso en que el juez *debe* prescindir de imponer pena; el inciso 2º prevé supuestos en que el juez *puede* prescindir de pena o bien, imponerla por debajo del mínimo, según las características particulares del caso concreto; en el inciso 3º, conforme a las mismas pautas

---

<sup>11</sup> Art. 34 inc. 1: El que no hubiere podido, en el momento del hecho, sea por insuficiencia o alteración de sus facultades, o por su estado de inconciencia, o por error o ignorancia no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”.

<sup>12</sup> ARTÍCULO 19.- Exención y reducción de la pena (...)

2. *Exención de pena y aplicación de la pena por debajo del mínimo.* El juez podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, o incluso prescindir de ésta, en los siguientes casos: (...)

b) *Pueblos originarios: sanciones.* Cuando el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres. Se atenderá a la magnitud de la sanción sufrida y a la gravedad del hecho.

c) *Hechos conforme a la cultura originaria.* Cuando la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria, salvo que se tratare de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana.

concretas, el juez sólo *puede* imponer la pena por debajo del mínimo de la escala legal.

En lo que aquí interesa, señalaremos dos supuestos del inciso 2° en los cuales el juez puede eximir de pena al responsable o aplicarle una pena por debajo del mínimo:

1. Cuando el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres. Se atenderá a la magnitud de la sanción sufrida y a la gravedad del hecho.

2. Cuando la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria, salvo que se tratare de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana.

Con respecto al primer supuesto, en la Exposición de motivos de este Anteproyecto, Zaffaroni explica que:

Quando se produce un conflicto entre personas que pertenecen a las culturas originarias, es inevitable que la comunidad ponga en funcionamiento sus procesos de solución, por lo general de carácter reparador, que en su grado máximo importan la expulsión de la comunidad, sanción de máxima gravedad pues para el partícipe de la cultura implica una pérdida de identidad.

En caso de conflicto entre miembros de la comunidad originaria, imponer la pena prevista en el Código Penal desconociendo esta circunstancia importa admitir, en el plano material, una doble punición (la originaria y la estatal). Por tales razones se prevé que en esos supuestos el juez pueda disminuir la pena o prescindir de ella para evitar la antes señalada consecuencia de doble punición. (Anteproyecto de Código Penal de la Nación 2014, p. 94)

En cuanto al tercer supuesto, expone que:

si por comprensión de la criminalidad no se entiende el simple conocimiento de la prohibición con relevancia penal, sino la única forma en que un valor se comprende, es decir, internalizándolo y haciéndolo parte del propio equipo cultural, lo cierto es que estos casos plantean un serio problema respecto del grado de exigencia de esa comprensión y, por lo tanto, de la culpabilidad del agente. En otras palabras: se cuestiona hasta qué punto puede exigírsele a una persona que comparte una cultura, que introyecte los valores de otra, sin caer en una reiteración de imposiciones colonialistas, que serían inadmisibles, partiendo del reconocimiento —tímido pero existente— de tales culturas en la Constitución Nacional (artículo 75° inciso 17°), de los compromisos internacionales asumidos por la Nación y de los múltiples tratados celebrados con estas comunidades y nunca respetados. (Anteproyecto de Código Penal de la Nación 2014, p. 95)

La enumeración de determinados supuestos que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la norma (delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y la libertad sexuales en la medida en que importen una lesión grave a la dignidad humana) pareciera receptar de algún modo las serias críticas que varios autores han formulado en cuanto a la necesidad de establecer un límite a la aplicación de la teoría del error culturalmente condicionado.

Por otra parte, y adentrándonos en el tratamiento que ha recibido la *cuestión cultural* en estos proyectos, encontramos el artículo 8 inciso “e”<sup>13</sup> del

---

<sup>13</sup> ARTICULO 8° Fundamentos para la determinación de la pena. La determinación de la pena se fundamentará en la culpabilidad del autor o partícipe. Además se tendrá especialmente en cuenta: (...)

e) La mayor o menor comprensión de la criminalidad del hecho y la capacidad de decisión, valorando las demás circunstancias personales, en particular las económicas, sociales y **culturales del responsable**.

Anteproyecto 2006 el cual establece que las circunstancias culturales se tendrán en cuenta, entre otras pautas, para la determinación de la pena. El Anteproyecto 2014 tiene una norma de similar tenor en el artículo 18.2<sup>14</sup>, mientras que el Anteproyecto de Código Penal del año 2018 no contiene ninguna cláusula en lo que hace a la ponderación de la cuestión cultural, ni siquiera como pauta para la determinación de la pena.

**b). Manifestaciones normativas en el derecho comparado latinoamericano.**

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.

Como veremos a continuación, Perú es el único país que lo ha receptado positivamente en su Código Penal. En el resto de las legislaciones latinoamericanas se le ha dado un tratamiento diferente a la cuestión de la diversidad cultural ya sea como causal de inimputabilidad o como pauta de atenuación de la pena.

**Perú.**

La Constitución peruana reconoce dentro de los derechos fundamentales de las personas, el derecho a su identidad étnica y cultural.

En efecto, el artículo 2 inciso 19 prevé que: *"Toda persona tiene derecho a:... A su identidad étnica y cultural El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación". "Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los*

---

<sup>14</sup> ARTÍCULO 18.- Fundamentos para la determinación de la pena. (...)

2. Por regla general, serán circunstancias atenuantes: (...)

c) Las circunstancias personales, económicas, sociales y **culturales que limiten el ámbito de autodeterminación**, en especial la miseria.

*extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”.*

Asimismo, reconoce a las "comunidades nativas" en cuanto personas jurídicas (art. 89) y la jurisdicción indígena (art. 149).

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” (Villavicencio Terreros, 2012). 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” (Villavicencio Terreros, 2012).

Así, considera que el primer supuesto comprende el de error de comprensión culturalmente condicionado, pues la propia Exposición de Motivos del texto punitivo nacional explica 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. 44 y 45 del Código Penal de 1924 que nos dividió en “hombres civilizados”, “indígenas semicivilizados” [...] y “salvajes”. (1997: p. 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” (Peña Cabrera, 1997: p. 396).

Por último, cabe señalar que el ordenamiento penal peruano, establece en el art. 45 del C.P.<sup>15</sup> los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, entre los que se encuentran expresamente referidos la cultura y costumbres del imputado (inc. b).

### **Bolivia.**

La Constitución de 2009, trata la cuestión de la diferencia cultural indígena, aunque -a diferencia del texto constitucional anterior la convierte en uno de los ejes centrales del diseño constitucional.

---

<sup>15</sup> Artículo 45°.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: (...)

b. Su cultura y sus costumbres

La relevancia de la cuestión indígena se evidencia a través de las numerosas disposiciones que la receptan a lo largo del articulado. Durán Böhme señala que:

más de un quinto de los 411 artículos que componen la Constitución, incluido el Preámbulo, trata algún aspecto relacionado con la interculturalidad, la diferencia cultural indígena o la participación de los pueblos indígenas en la vida social y estatal. El término “indígena” se emplea 130 veces y se recurre en 58 ocasiones a la categoría de “naciones y pueblos indígenas originarios campesinos”. (2009: p. 31)

A modo ejemplificativo, mencionaremos que el título II, caratulado Derechos fundamentales y garantías, de la Parte Primera de la Constitución, recoge un extenso catálogo de derechos fundamentales, entre los que se encuentran los derechos diferenciados de los pueblos indígenas. En cuanto a la estructura y organización de los poderes públicos, se destaca la creación de la jurisdicción originaria campesina, regulada en el capítulo cuarto, título tercero, parte segunda de la Constitución.

Respecto al régimen penal, tal como hemos señalado, en el Código Penal boliviano de 1973 se preveía la cuestión cultural del indígena como una causal de inimputabilidad (17 inciso 5º), habiendo sido derogada dicha norma a finales de los años 70.

Actualmente, se lo regula como una circunstancia de atenuación de la pena. Así, el art. 40 del Código Penal establece: “Podrá también atenuarse la pena: 4. Cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda corroborar su ignorancia de la ley”.

Resulta interesante señalar que el artículo 19 del Anteproyecto de Código Penal boliviano<sup>16</sup>, se refiere al error y mantiene en general el texto

---

<sup>16</sup> Artículo 19.- (Error de tipo) El error invencible sobre un elemento constitutivo del tipo penal excluye la responsabilidad penal por este delito. Si el error, atendidas las circunstancias

vigente. No obstante, en cuanto al error de tipo, se ha intercalado un segundo párrafo referido al error de prohibición de tipo culturalmente condicionado. Al respecto, Zaffaroni ha expresado en las consideraciones previas para la elaboración de un Código Penal para Bolivia que: “tenemos especialmente en vista que una cultura originaria puede tener una idea diferente de la causalidad, por ejemplo y, por ende, lo que para nosotros sería una agresión o una lesión, para las personas que comparten esa visión puede ser un tratamiento curativo” (2007: p. 25).

A continuación del error de prohibición propiamente dicho, en el mismo dispositivo, se prevé el error de comprensión. Así Zaffaroni continúa explicando que:

Se exige la comprensión cuando hay efectiva posibilidad de comprensión por parte de la persona, lo que implica que la persona haya tenido la posibilidad de incorporar el valor a su equipo psicológico como rector de su conducta, es decir que le haya sido posible internalizar o introyectar el desvalor jurídico. Hay casos en que la persona conoce el desvalor, pero no puede proceder a su introyección. (...) otro supuesto tiene lugar cuando existe todo un marco cultural (normativo)

---

de hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será sancionada con la pena del delito culposo, cuando la ley lo conmine con pena.

Tratándose de personas pertenecientes a culturas originarias, el tribunal tendrá especialmente en cuenta los condicionamientos culturales que impidan o dificulten el reconocimiento de los elementos constitutivos del tipo penal.

El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá la aplicación de la pena agravada.

(Error de prohibición) El error invencible sobre la criminalidad del hecho excluye la culpabilidad, al igual que el que recaiga sobre las circunstancias que lo habrían justificado o exculpado. Si el error fuera vencible, la pena podrá atenuarse prudentemente por el tribunal, atendiendo a la medida de la posibilidad exigible de superarlo.

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

introyectado, al cual le resulta repugnante o intolerable el valor de la otra cultura. (2007: p. 26)

Finalmente, el inciso 4º del artículo 62<sup>17</sup> establece en general los criterios para la cuantificación de la penalidad, en consonancia con el inciso 4º del artículo 1º<sup>18</sup>, hace una clara referencia a la co-culpabilidad. Según Zaffaroni

es importante que siempre que haya que cuantificar la pena y, por ende, el reproche personalizado que se traduce en su cuantía, cargue la sociedad con la parte que le corresponde por no haberle proporcionado mayor espacio social al infractor, o bien, que éste cargue con mayor reproche por haber sido beneficiado con un mayor espacio. (2007: pp. 26/27)

Por último, señala que:

en los casos de delitos que son declarados casos de particular gravedad y que merecen especial atención en razón de los bienes jurídicos lesionados y del modo en que lo han sido, se abre una participación de la comunidad, pertenezca ésta a la cultura que sea, remedando el origen del jurado popular, que comenzó siendo un grupo vecinal consejero del juzgador. Así, el artículo 87 proyectado dispone que el tribunal no tomará ninguna medida de determinación de la pena ni en el curso de su ejecución (sustitución de penas), sin antes consultar a cinco ciudadanos del lugar de comisión del hecho o del domicilio del infractor, o de ambos, tomados al azar del padrón electoral. De

---

<sup>17</sup> Art. 62. 4: "Las circunstancias que concurrieron en el delito y, especialmente, las económicas, sociales y culturales del procesado. En particular, el juez deberá considerar las carencias de cualquiera de estos órdenes que padezca y que hayan influido en su obrar".

<sup>18</sup> Art. 1. 4: (*Culpabilidad y co-culpabilidad*) No hay pena sin culpabilidad y en la medida de ésta. La culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena. Para determinar el reproche de culpabilidad se tendrán en cuenta también las posibilidades reales que la sociedad haya ofrecido al infractor para comportarse de otra manera".

esta forma, se aporta una opinión valiosa al tribunal en cuanto al efecto que sus decisiones tengan para el restablecimiento o conservación de la paz social. (Zaffaroni, 2007: p. 27)

### **Colombia.**

La Constitución colombiana de 1991 reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art. 7) y el derecho a la jurisdicción indígena (art. 246).

En cuanto al Código Penal Nacional, dicho cuerpo normativo contiene algunas disposiciones que consideran la diversidad indígena.

El art. 33 establece que “Es inimputable 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 comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”.

También, el art. 73 se dispone que las medidas de seguridad aplicables a indígenas declarados inimputables por diversidad sociocultural deberán consistir en la reintegración a su medio cultural. En concordancia con esta disposición el Código de Procedimiento Penal ordena a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad coordinarse con la autoridad indígena de la comunidad respectiva para la ejecución de la misma (art. 470 del C.P.P.).

Fígari expone las críticas que efectúa Hurtado Pozo respecto a los inconvenientes de prever la inimputabilidad en razón de la diversidad cultural de acuerdo a las previsiones de los arts. 33 y 73 del C.P. y 470 del C.P.P.:

tales disposiciones fueron impugnadas como inconstitucionales, por un lado, porque implican desconocer las atribuciones de las autoridades indígenas, las cuales, según el art. 246 de la Constitución, 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 porque vulneran el pluralismo, puesto que consideran a los indígenas como inimputables, sólo por poseer una “cosmovisión diferente” y por no “compartir 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 a ser parte del conglomerado social, de su comunidad ancestral, de sus valores y de su diferente cosmovisión. (2007: p. 9)

### **Ecuador.**

La Constitución ecuatoriana de 2008 también reconoce la diversidad cultural y las jurisdicciones indígenas, consagrando el principio de *ne bis in idem* en los casos resueltos por la justicia indígena (art. 76. 7 letra i). También se establece que la justicia indígena se consagra sobre la base de derechos territoriales y personales, atendiendo en especial a la participación de la mujer indígena (art. 171).

Por su parte, el nuevo Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano del año 2013 recepta en el art. 5 inc. 9 la prohibición de doble juzgamiento: “ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto...”. Asimismo, dentro de las disposiciones generales se establece *que*: “en referencia a las infracciones cometidas en las comunidades indígenas se deberá proceder conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en las leyes respectivas” (Disposición General Segunda).

Más allá de dichas normas, el ordenamiento penal no contiene ningún reconocimiento a la especificidad indígena ni como pauta atenuante para la

determinación de la pena ni como circunstancia que permita excluir o aminorar la punibilidad.

Resulta apropiado resaltar que 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 Zaffaroni, se regula el denominado error de comprensión culturalmente condicionado.

Al respecto, Hurtado Pozo señala que:

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 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. (2003: pp. 11/12)

## **7. EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMPARADA.**

### ***a). Jurisprudencia Nacional.***

Hemos realizado una selección de fallos en los que puede verse qué tratamiento se le ha dado al error de prohibición culturalmente condicionado, ya sea como causal de inculpabilidad o como pauta de atenuación para la imposición de la sanción; y, además, bajo qué parámetros se ha rechazado la aplicación de esta categoría analítica.

También se reseña un fallo resuelto por Eugenio Raúl Zaffaroni como titular del Juzgado Nacional en lo Criminal de Sentencia en donde se expone el pensamiento del autor en relación al error de prohibición culturalmente condicionado en los casos de coqueo, sin perjuicio de que en la causa los imputados fueron absueltos por ausencia de tipicidad. Si bien la situación de hecho que se ventiló en dicha causa actualmente no es considerada delito, sí lo era al momento en que se dicta esta sentencia, pues se encontraba vigente la ley 22.015 que prohibía el uso de coca aún en la “zona de consumo habitual”.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> 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.

Finalmente, analizamos un fallo de la Suprema Corte de Salta que ha traído grandes repercusiones no solo dentro de la comunidad wichi sino también en los círculos del derecho y de la antropología social. Se trata del caso de la menor Tejerina quien fuera víctima de abuso sexual por parte de su padrastro (miembro de la comunidad wichi).

**1). Acuerdo N° 123 T° 6 F° 53/66. Sala Segunda de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Penal –Rosario-. Sentencia del 18-4-08.**

**Hechos:** se acusa a la imputada -hija de una mujer que ejercía la prostitución y nieta de una abuela dedicada a igual tarea, la cual creció y vivió con ese patrón cultural- de facilitar la prostitución de su hija.

**Juzgado en lo Penal de Sentencia N° 7:** resolvió condenar a la imputada a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas por el delito de promoción y facilitación de la prostitución de menores agravado por el vínculo en concurso real con el de lesiones leves calificadas.

**Recurso de la defensa:** el abogado defensor, al fundamentar la apelación, calificó al caso como complejo resaltando el déficit intelectual y la pobreza de estímulos de su asistida. Así, sostuvo que, en ese marco, su defendida jamás creyó estar haciendo un mal a su hija y, menos aún, cometer un delito.

**Sala Segunda de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Penal:** con fecha 18 de abril de 2008 resolvió por mayoría revocar la condena por

---

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.

promoción y facilitación de la prostitución agravada por el vínculo, confirmar la condena por lesiones leves agravadas por el vínculo y fijar la pena en un año de prisión.

En lo que aquí interesa, destacaremos el voto del Dr. Prunotto Laborde quien trató el tema de manera diferente a los de sus colegas preopinantes, pues entendió que la imputada no podía internalizar, el tipo penal de la promoción y facilitación de la prostitución y por ello consideró que la imputada incurrió en un error de prohibición culturalmente condicionado. Así, sostuvo que:

Si el tipo penal que analizábamos -125 bis- nos trae problemas de interpretación a los dogmáticos, imaginemos a una persona como la imputada, de escasa educación, con instrucción secundaria incompleta, que percibe un plan trabajar de 150 pesos, con varios hijos a su cargo.

Que siempre ejerció la prostitución, como inclusive afirma la denunciante en la audiencia realizada en esta Cámara, cuando dice; "...antes, debido a las necesidades alimentarias, se vio exigida a que las dos tuviésemos que ofrecernos sexualmente a cambio de dinero. Además como ella lo hacía desde siempre, no lo veía mal a esto, sino como una forma normal de ganarse la vida porque desde chica no sabía hacer otra cosa. En realidad lo que hacíamos no nos parecía mal. Lo que a mí me molestaba fundamentalmente es que, cuando yo no tenía ganas de salir con clientes, ella se mostraba disconforme y me hacía sentir mal, como si yo no quisiera colaborar con el mantenimiento de la casa...", por lo que cabe concluir que no puede internalizar que sea algo contrario a la ley que su hija ejerza su mismo oficio, oficio que le permitió criarla a ella y sus hermanos.

**2). "Hoyos Noguera, Juan Pablo y otros. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata. Causa N° 3505/13.Sentencia del 4 de diciembre de 2013.**

**Hechos:** Juan Pablo Hoyos Noguera ingresó al país a una niña de once años de edad, procedente de la República de Bolivia, a los fines de su explotación laboral y reducción a la servidumbre en la casa de un matrimonio de nacionalidad boliviana -constituido por Jaime Bedamil Rueda Flores y Evelia Mercado Martínez -que residía en la ciudad de La Plata. En esa casa la niña fue sometida a una extensa jornada laboral diaria, que comenzaba a las 05:00 horas y culminaba cerca de las 20:00 horas, y consistía en el cuidado de niños y en el desarrollo de diversos trabajos domésticos, tales como limpieza, cocina, lavado, realización de compras para el hogar, hechura de camas, etc., sin tiempo para el esparcimiento y escolarización. Luego de un año aproximadamente, el matrimonio decidió viajar a Bolivia y cedió a la niña a otro matrimonio -constituido por Delina Mercado Martínez y Ricardo Zolano Rocabado-, donde no se quedó mucho tiempo, dado que contrajo una grave enfermedad que culminó con su internación en el Hospital de Niños "Sor María Ludovica", de la ciudad de La Plata, el día 4 de mayo de 2010. Pero durante el tiempo en que estuvo en esa segunda casa, la niña fue sometida a las mismas condiciones de explotación laboral y reducción a la servidumbre, con la única diferencia de que en lugar de cuidar de tres niños, pasó a cuidar a uno solo. A su vez, en dicho contexto, Zolano Rocabado abusó sexualmente de la menor.

**Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata:** con fecha 4 de diciembre de 2013 resolvió absolver a Juan Pablo Hoyos Noguera al verificarse una situación de duda respecto de los elementos subjetivos de los tipos penales que se le imputaban.

Asimismo, resolvió condenar a Delina Mercado Martínez, Evelia Mercado Martínez y Jaime Bendamil Rueda Flores a la pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento se dejó en suspenso, por resultar coautores

penalmente responsables del delito de reducción a la servidumbre y a Ricardo Zolano Rocabado a la pena de ocho años de prisión, por resultar coautor penalmente responsable del delito de reducción a la servidumbre en concurso real con el delito de abuso sexual simple agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con la víctima, en calidad de autor.

Para resolver en tal sentido, la mayoría de los jueces (Vega y Jantus) dijeron que:

los imputados muy probablemente han reeditado con la víctima de autos el modelo de vida que ellos mismos pudieron haber tenido, extremo que, sin dudas, exige de su parte un esfuerzo mayor para internalizar la ilicitud de las acciones por ellos desplegadas; aunque no hemos verificado una hipótesis de error invencible de prohibición (...).

Y que:

al anotar los rasgos que caracterizan a estos autores, no podemos negar que se hallan fuertemente condicionados por una historia, un medio y un entorno económico y sociocultural que, ciertamente, deben traducirse en una mitigación de la reprochabilidad lo que habrá de reflejarse en el quantum de la reacción punitiva estatal a imponer.

En virtud de ello, al momento de establecer el *quantum* punitivo, expresaron que:

Ciertamente, el art. 41 del Código Penal fija también como pauta de individualización punitiva la calidad de los motivos que lo determinaron (al autor o partícipe) a delinquir, lo que impone una consideración que permite reducir poder punitivo cuando, como

en el caso, se da un supuesto de fuerte condicionamiento cultural que lleva a un vencible error de prohibición.

Y que:

si tenemos en cuenta el alto estado de vulnerabilidad de los enjuiciados y lo conjugamos con el fuerte condicionamiento cultural en materia de trabajo infantil (según la Organización Mundial del Trabajo OIT, Bolivia lidera dicho índice en Sudamérica) lo cual ha reducido claramente sus respectivos espacios de autodeterminación (error de comprensión vencible), la pena no debe superar el mínimo legal y, en los casos de Jaime Rueda, Evelia Mercado Martínez y Delina Mercado Martínez, ella puede ser dejada en suspenso (...).

**Recurso de casación de la defensa:** contra dicha decisión, la defensa de los imputados Zolano y Delina Mercado Martínez interpuso recurso de casación, solicitando la absolución de sus asistidos por entender que no tuvieron oportunidad de representarse la punibilidad de su conducta por encontrarse culturalmente condicionados.

**Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal:** con fecha 23 de octubre de 2015 resolvió rechazar el recurso interpuesto por la defensa de los imputados y confirmar la condena impuesta remitiéndose, en lo sustancial, a los argumentos esgrimidos por el Tribunal *a quo*.

**3). “Su Shao Mei y otra” (C. 18.023), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I. Sentencia del 18/3/2002.**

**Hechos:** se acusa a los padres de una niña menor de edad por el delito de reducción análoga a la servidumbre (artículo 140 del C.P.). Los imputados,

oriundos de China, encerraban a su hija en un sótano por largos períodos, sin los más mínimos cuidados de higiene y le infringían diversos tipos de castigos físicos.

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I:** los jueces de la Excma. Cámara no aplicaron la teoría del error de prohibición culturalmente condicionado con fundamento en la inviolabilidad de los derechos humanos básicos:

De la compulsión 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).

**4). “Prieto Huanca, Timoteo y otra”. Juzgado Nacional en lo Criminal de Sentencia (letra “V”). Sentencia del 30 de Marzo de 1979.**

**Hechos:** un matrimonio boliviano con veinticinco años de residencia en el país y que ha vivido desde esa época en Buenos Aires, tiene para su consumo personal cincuenta y nueve bolsitas de hojas de coca, manifestando la pareja que mastican por costumbre.

**Sentencia de Primera Instancia:** los imputados fueron absueltos por el delito de tenencia para consumo personal ya que el juez entendió que la conducta de los procesados resultaba atípica.

Sin embargo, cabe señalar que el Dr. Zaffaroni ingresa al análisis de la culpabilidad sólo en forma subsidiaria. En lo que aquí interesa, el magistrado dijo que:

el conocimiento de la prohibición es un mero conocimiento intelectual y no es por sí mismo el conocimiento tampoco de la criminalidad, tal como lo requiere el art. 34 inc. 1, de nuestro código, puesto que el conocimiento de la criminalidad implica el conocimiento de la relevancia penal de la prohibición, y no de la simple prohibición. De cualquier manera, para nuestro código, (...) no basta el simple conocimiento para que el autor sea

culpable, sino que requiere la posibilidad efectiva de comprensión, que no debe estar excluida ni por error ni por inimputabilidad, es decir, ni por error ni por incapacidad psíquica, y “comprensión” es algo diferente de “conocimiento” puesto que “comprender” es internalizar, introyectar la pauta cultural. Resulta muy evidente que en el caso no hay ninguna posibilidad de reprochar la conducta de los procesados, suponiendo que la misma fuese un injusto, porque no pudieron motivarse en la norma, por más que tuviesen conocimiento de ella. Un error de comprensión, fundado en el peso cultural de siglos, es razón más que suficiente para hacer inexigible que el sujeto se motive en la norma por mucho que la conozca. Se trata de una imposibilidad de internalizar la pauta cultural fundada en un error culturalmente condicionado que en modo alguno puede reprochárselo al autor, de manera que se excluiría también, es este caso la delictividad de la conducta, por ausencia de reproche normativo de culpabilidad.

**Fallo de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, Sala II:**

Habiendo recurrido la sentencia el Ministerio Público Fiscal, los Jueces de la Excma. Cámara resolvieron revocar la sentencia atacada y condenar a Timoteo Prieto Huanca y a Alejandrina Asama de Prieto por ser autores del delito de tenencia de estupefacientes a la pena de un año de prisión en suspenso y cien pesos de multa para cada una de ellos.

**5). “C/C RUIZ, JOSÉ FABIÁN –RECURSO DE CASACIÓN” (Expte. N° CJS 28.526/06). Suprema Corte de Salta. Sentencia del 29-09-06.**

**Hechos:** se atribuye a José Fabián Ruiz haber accedido carnalmente a una niña de 11 años de edad. El caso se inicia a raíz de la denuncia de la madre de la menor, integrante de la comunidad wichi y madre de la víctima,

señalando como autor de los abusos a su ex concubino Ruiz quien además, era integrante de la misma comunidad. Como consecuencia de la violación, la niña quedó embarazada y dio a luz a un varón.

**Recurso de la defensa:** la defensa apeló el auto de procesamiento exponiendo una serie de agravios de diverso tenor. La Cámara de Apelaciones no hizo lugar a dicho recurso, lo que dio lugar a que la defensa interpusiera recurso de casación que, al ser rechazado, motivó la articulación de un recurso de queja ante la Corte de Justicia de Salta.

En cuanto aquí interesa la asistencia técnica de José Fabián Ruiz se agravió de que esa decisión de mérito vulneraba normas constitucionales, al no respetar las costumbres y normas del pueblo wichí, al que pertenecía el imputado. A su criterio, en el presente proceso penal no se habría atendido a la realidad fáctica concreta, conformada por la condición de indígena de Ruiz. De este modo, postuló que debe considerarse que el imputado carecía de la capacidad de comprender la criminalidad del acto atento a que, de conformidad con la cultura de su pueblo –wichi-, la mujer, a partir de su primera menstruación, es libre de tener relaciones con quien quiera, siendo las mujeres las que eligen al hombre para que sea su esposo.

**Fallo de la Suprema Corte de Salta:** a través del voto mayoritario de los Dres. Antonio Omar Silisque, María Rosa I. Ayala y Guillermo A. Posadas, la Suprema Corte de Salta resolvió declarar la nulidad del auto de procesamiento, de la resolución que lo confirma y de todos los actos que de ellos dependen.

Los jueces consideraron que el auto de procesamiento no fue debidamente fundado, pues se omitió el análisis de todos los elementos legalmente incorporados a la causa al momento de su dictado, los cuales resultaban relevantes en orden al objeto del proceso penal y de especial importancia dado el contexto socio-cultural del imputado.

Así, han dicho que:

Que, en la presente causa, cuando el juez resolvió procesar a Ruiz, ya se había incorporado a las actuaciones el informe pericial antropológico de fs. 145/148. Consiguientemente, dada su particularidad requería un especial abordaje; sin embargo, este elemento de juicio fue objeto sólo de una valoración peyorativa para el imputado, sin que se tuvieran en cuenta aspectos especialmente importantes que surgen de su contexto, tales como la aceptación social que en esos grupos tendría que las mujeres mantengan relaciones sexuales desde temprana edad, más concretamente a partir de la primera menstruación”. (considerando 6to.)

Y que:

Que, para entender la deficiencia de motivación del procesamiento, cabe acudir también al ilustrativo párrafo de la resolución que lo confirma donde se indica que todo lo que hace la forma de vida, creencias e idiosincracia de la comunidad wichí, son aspectos que nada tienen que ver con los argumentos que dan sustento al auto respectivo (fs. 190). Es precisamente ese descuido por la incidencia que en la imputación subjetiva tiene en el caso la pertenencia del encartado a un pueblo originario, la que permite ver, a las claras, que la declaración de su responsabilidad a los fines de ser llevado a juicio, no se ha cumplido con arreglo a una ponderación integral.

Que la situación antes descripta cobra especial trascendencia, en tanto los arts. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse,

aún provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta, lo que no ha ocurrido en el presente caso. (considerando 9no.)

Por su parte, la Dra. María Cristina Garros Martínez, en su voto en disidencia, consideró que se debía rechazar el recurso de la defensa. Así, la magistrada entendió en el considerando 12° que, de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169, la costumbre invocada basada en el derecho consuetudinario Wichi no sólo resulta contradictoria con nuestro sistema jurídico nacional sino con el plexo de derechos humanos internacionalmente reconocidos. Es así que la existencia de un consentimiento basado en las relaciones matrimoniales aceptadas en ciertas comunidades indígenas en los delitos de acceso carnal a menores de edad, resulta objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano (arts. 5 y 11 Pacto SJCR, 12 Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Estos derechos no deben dejar de aplicarse a la menor Estela Tejerina por la circunstancia de que ambos -víctima y procesado- pertenecen a la etnia wichí, pues el complejo garantístico de los derechos humanos debe ser aplicado por los Estados Nacional y Provinciales de modo igualitario a todos sus habitantes (arts. 24 Pacto SJCR, 26 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, 5 Conv. S/Discriminación, y 16 de la C.N. y C.P.).

Fundó, además, su decisión en el interés superior del niño y en la primacía de los derechos fundamentales de la persona:

de acuerdo a la doctrina de la Corte Interamericana y al principio que reza que “se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos” (cf. Alston, informe Ed. UNICEF cit., p. 59) –una de cuyas manifestaciones es la jerarquización del principio de “protección del interés superior del niño”-, se debe concluir que no se advierten en autos las circunstancias que

permitan descartar la operatividad, respecto de José Fabián Ruiz, de las normas del Código Penal en virtud de la práctica sexual o social alegada, precisamente porque la misma, de configurar una costumbre propia de la comunidad wichí a la que pertenece, resulta violatoria de los derechos que la comunidad internacional reconoce en cabeza de Estela Tejerina. (considerando 15°)

##### **5). Algunas reflexiones acerca de los fallos nacionales.**

Sin perjuicio de que no hay receptación legal expresa del error de prohibición culturalmente condicionado bajo esta terminología, el desarrollo doctrinario propuesto por Zaffaroni se ha impuesto a la hora de resolver en determinados casos concretos.

Observamos en las sentencias que lo han aplicado un examen cuidadoso de las circunstancias del caso, a pesar de que en ninguna (con excepción del caso de Tejerina) se hace mención alguna a la prueba pericial que sustente la acreditación del motivo cultural. Es que los jueces han ponderado la cuestión cultural de los imputados ya sea a través de las declaraciones testimoniales de la víctima o de los mismos imputados (como por ejemplo en el primer fallo reseñado).

Además, advertimos que en los casos en que se ha admitido el error culturalmente condicionado -en los casos 1° y 2°-, la decisión se basó principalmente en los modelos de vida que los mismos imputados tuvieron y que replicaron en las víctimas de estos hechos (prostitución y trabajo infantil). Mientras que en el caso n°3 se rechazó la causal alegada por la defensa por no haberse acreditado la existencia de un delito cultural ya que los magistrados hicieron hincapié en que el trato dispensado a la niña no era el que recibían los niños del país del que era originarios los progenitores.

Finalmente, los fallos n°3 y n°5 permiten extraer ciertos parámetros a la hora de aplicar la teoría del error de prohibición culturalmente condicionado. Si bien en el caso n°3, como vimos, se rechazó su aplicación porque no se afirmó

la existencia de un delito cultural, los jueces han señalado ciertos límites a la aplicación de esta teoría, entendiendo que la misma debía ceder frente a la defensa de los derechos humanos básicos. Lo mismo puede decirse con respecto al último fallo –n°5-, a pesar de que no se trató de una sentencia definitiva y tampoco se determinó si debía aplicarse o no la teoría del error de prohibición culturalmente condicionado. Se puede observar notoriamente en el voto en disidencia de la Dra. María Cristina Garro Martínez, quien pone en evidencia la tensión existente entre el respeto de los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y la inviolabilidad de los derechos humanos básicos, ciertas conclusiones que se orientan en el mismo sentido que el caso n°3, al afirmar que las consideraciones culturales no pueden prevalecer cuando se encuentran afectados los derechos humanos internacionalmente reconocidos, teniendo especial consideración que aquí se encuentra en juego el interés superior de la niña.

Si bien se trató de un voto en minoría, sus postulados merecen ser resaltados pues se encuentran en consonancia con la corriente doctrinaria que considera a los derechos humanos básicos como un límite infranqueable a la aplicación de la teoría del error de prohibición culturalmente condicionado.

Sin perjuicio de lo señalado, también debemos destacar de los votos de la mayoría que se le otorgó un rol importante a la pericia antropológica como medio de prueba a valorarse en los casos que se quiera acreditar la existencia de un delito cultural -algo de lo que en ninguno de los fallos que habíamos visto con anterioridad se había hecho mención-.

#### ***b). Jurisprudencia comparada.***

Como vimos, el Código Penal de Perú es el único Código latinoamericano que regula el error de comprensión culturalmente condicionado en su artículo 15. Por ello, a modo ilustrativo, seleccionaremos algunos fallos de los tribunales inferiores del distrito judicial de Loreto y Amazonas en los primeros años de vigencia de dicha norma centrándonos en los delitos sexuales. Luego, veremos los criterios jurisprudenciales más actuales para

finalmente analizar bajo qué parámetros aplican los jueces el art. 15 del C.P. peruano.

**1). Distrito Judicial de Loreto (Exp. N° 97-0061 – 191601 – SP – 01)**  
**Sala Penal de Loreto, sentencia del 4/11/1999.**

**Hechos:** se le imputa a Tomy Arirama Mariño haber logrado convencer a una niña menor de 13 años para que lo acepte como su enamorada y, bajo estas circunstancias, los días 24 de abril, 11 de mayo y 16 de Julio, abusó sexualmente de ella. Como consecuencia de dichas relaciones sexuales la menor quedó embarazada.

**Fallo:** el imputado Tomy Arirama Mariño fue condenado como responsable del delito contra la libertad sexual –violación de menor de edad en agravio de la menor- a la pena de diez años de pena privativa de libertad.

La Sala Penal de Loreto señaló que:

estando probados los hechos materia de la imputación solo cabe hacer el juicio jurídico en relación con la materia a fin de determinar el cuanto de la pena a imponerse la misma que debe estar de acuerdo a las condiciones del hecho así como las condiciones personales del imputado quien efectivamente es un hombre de campo donde las costumbres arraigadas en la zona de donde proviene es precisamente la de tener relaciones sexuales como mujer menores y forman sus hogares a cortas edades, costumbre que ha sido asimilada por las Comunidades ribereñas que tiene su origen precisamente en comunidades ancestrales y cuyos conceptos de familia están basados en presupuestos socio económicos y sexuales distintos a los que se tienen en la sociedad Occidental, por ello es que este proceso de manera clara acepta haber mantenido relaciones sexuales

con esta niña, como si fuera lo más normal por cuanto en su concepción no está concebido esto como un delito, situaciones que las normas penales como el artículo quince del Código Penal establecen como un error de tipo culturalmente condicionado, sin embargo por tratarse de personas que están integrados a nuestro mundo cultural solo le alcanza la última parte de dicho dispositivo penal es decir la posibilidad de una atenuación de la pena.

**2). Distrito Judicial de Loreto (Exp. N° 98-175) Sala Penal de Loreto, sentencia del 10/8/1999.**

**Hechos:** se le imputa a Mario Siquihua Coquinche haber raptado a la menor que se encontraba pernoctando en el interior de su domicilio -sito en la Comunidad de San Antonio de Lancha Poza del distrito del Napo- y llevarla a la Comunidad de Bagazán del distrito del mismo nombre. En dicho lugar, el acusado presentó a la menor como su hija y permanecieron en este lugar unos quince días aproximadamente. Posteriormente el imputado llevó a la menor a la comunidad de Nuevo Horizonte donde la retuvo hasta el cinco de febrero de 1999, momento en que fue ubicado y capturado por los policías comunales de la zona, ya que el padre de la niña había presentado la denuncia policial. Durante el tiempo en que el acusado tuvo en su poder a la menor le practicó actos contrarios al pudor (habiendo en varias oportunidades frotado su pene en la vagina de la niña).

**Fallo:** El imputado Mario Siquihua Coquinche fue considerado autor de los delitos de secuestro y actos contrarios al pudor y se le impuso una pena de ocho años privativa de libertad.

La Sala Penal de Loreto consideró que:

los actos cometidos por el encausado son antijurídicos por no existir ninguna causa de justificación ni eximentes de responsabilidad penal y el procesado resulta culpable por no reunir ninguna causal de inimputabilidad; que, existiendo concurso real de delitos, la pena a imponerse será la que corresponde al delito más grave, en este caso la señalada para el delito de Secuestro; que ahora bien para la graduación de la pena a imponerse al acusado; si bien es cierto éste proviene de la comunidad nativa de los “Secoyas”, no es menos cierto que la agraviada no es integrante de la dicha etnia ni menos sus señores padres por lo que no resulta justificada su conducta, desde que no puede imponer su cultura y costumbres a una comunidad ya civilizada como era San Antonio de Lancha Poza, máxime si los padres de la agraviada no se la entregaron voluntariamente en cuyo caso si hubiéramos estado ante un error de prohibición por comprensión que señala el artículo quince del Código Penal, para eximirlo de responsabilidad; por lo que estando a sus condiciones personales y por su cultura y costumbres ya anotados que disminuyó su comprensión del carácter delictuoso de su acto, solo cabe la atenuación de la pena conforme a lo dispuesto por la parte in fine del referido numeral quince del Código Penal.

**3). Distrito Judicial de Amazonas (Inst. N°. 98-00320-010104JP01), Sala de Juzgamiento de Reos en Cárcel de la Provincia de Utcubamba de la corte Superior de Justicia de Amazonas, sentencia del 24-2-1999.**

**Hechos:** se lo acusa a Nicolás Petsa Uwet de haber abusado sexualmente de una niña de menos de 14 años de edad. El acusado reconoció haber mantenido relaciones sexuales con la menor desde el mes de Agosto hasta Diciembre de 1997 luego de haberse conocido por ser ambos de la Comunidad de Alta Cananpa. La menor era huérfana y estudiaba en el Colegio Nacional Ciro Alegría del Distrito de Santa María de Nieva de la Provincia de Condorcanqui en cuyo lugar el acusado ejercía la docencia en Educación Primaria. Luego de la denuncia, contrajo matrimonio con la niña.

**Fallo:** El imputado Nicolás Petsa Uwet fue considerado autor penalmente responsable del delito de violación de la libertad sexual en su figura de violación de menor a la pena de cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente bajo ciertas reglas de conducta.

La Sala de Juzgamiento de Reos en Cárcel de la Provincia de Utcubamba de la Corte Superior de Justicia de Amazonas consideró que:

si bien el acusado en su defensa solicita la extinción de la Acción de conformidad con el inciso tercero del artículo setenta y ocho del Código Penal, fundamentándose en que ha contraído matrimonio con la damnificada, por ante la Comunidad de su domicilio, acto permitido por el artículo doscientos sesenta y dos de Código civil, sin embargo dicha excusa absolutoria solo procede para el caso de seducción o engaño de mayores de catorce años, según lo establecen los artículos ciento setenta y cinco y ciento setenta y ocho del Código Penal; que en el presente caso la agraviada tenía menos de catorce años en la época en que fue perjudicada, por lo que no es de aplicación al caso el beneficio concedido por dicho dispositivo; que, por otra parte, si bien el acusado en su defensa también se acoge al

Convenio número sesenta y nueve sobre pueblos indígenas y Tribales de Países Independientes, ratificado por Ley veintiséis mil doscientos cincuenta y tres, conforme al cual al momento de pronunciar sentencia debe tenerse en consideración sus costumbres o sus derechos consuetudinarios, así como los métodos que estos pueblos utilizan para la represión de los delitos cometidos por sus miembros; que así mismos el hecho punible cometido por Nicolás Petsa Uwet estaría exento de pena, siempre que por su cultura o costumbres cometa dicho ilícito sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto, como lo ordena el artículo quince del Código Penal, pero en el presente caso se trataba de una agraviada indefensa que se encontraba bajo su protección y más de un profesor de enseñanza Primaria, según aparece del oficio de fojas veinticinco y veintiocho cursado al Juez Penal; y si bien el artículo segundo inciso diecinueve y ochenta y nueve de la Constitución Política del Estado protege el derecho a la identidad étnica y cultural de las Comunidades Nativas, también lo es que conforme el artículo ciento cuarenta y nueve de dicha Carta Magna el ejercicio de la función jurisdiccional de las Comunidades Nativas puede ejercerse, cuando la ley lo reglamente, de conformidad con el derecho consuetudinario, pero siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona; y el derecho a la integridad moral, física y el honor son derechos fundamentales que se encuentran también protegidos por la Constitución en sus artículos primero y segundo inciso primero, que en consecuencia no pueden ser lesionados por costumbre alguna, más aún si se tiene en cuenta que se trata de un Profesor cuyo grado de cultura le permitía conocer y no solamente respetar sin enseñar esos derechos universales, por lo que su trasgresión no puede ser ocultada por un supuesto

error de comprensión culturalmente condicionado; que lo que si puede y debe aceptarse es de que por el hecho de que por ser una persona producto de esa cultura nativa, criado y desarrollado conforme a sus valores culturales autóctonos, por cuya razón la comprensión del carácter delictuoso de su acto haya sido disminuido y por ello sea pasible de atenuación de la pena, por lo que debe ser amenguaba su pena, en aplicación de la última parte del artículo quince antes enunciado.

**4). Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116: “sobre la aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes”.**

Resulta interesante reseñar el reciente Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116 de fecha 2 de octubre de 2015 en donde los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecieron criterios acerca de *la aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal en los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes.*

Este plenario surgió como consecuencia de la alarmante cifra de procesos por delitos de abuso y violencia sexual en perjuicio de niñas y adolescentes menores de 14 años perpetrados por integrantes de comunidades campesinas y amazónicas del país peruano que se registraron, principalmente, en los Distritos Judiciales de Cajamarca, Loreto, San Martín, Ayacucho, Puno y Cuzco.

En el fallo se destacó que la mayoría de estos casos guardaban relación con la existencia de patrones culturales tradicionales que incidían en la potenciación de la vulnerabilidad sexual de niñas y adolescentes menores de

14 años (considerando 7°) y se describieron otros componentes que también incidían negativamente en la extensión de esta problemática. Entre ellos, se mencionaron: la aplicación indebida o distorsionada que viene haciendo la justicia penal nacional de las consecuencias jurídicas que regula el artículo 15° del Código Penal; la tendencia prevalente en las sentencias penales a validar (absolución) o minimizar (aplicar penas leves) el tratamiento de los perpetradores de actos de violencia sexual contra niñas o adolescentes menores de catorce años de edad, en aplicación del artículo 15°, sin mediar una pericia antropológica; el interés fundamental del órgano judicial por identificar con la pericia antropológica solo la condición de aborigen, nativo o campesino del imputado, haciendo a un lado el análisis del contexto cultural que determinó la agresión sexual; entre otros (considerando 8°).

En los considerandos 13 y 14 se desarrollaron las estrategias mínimas que debía implementar el Poder Judicial a través de sus instancias jurisdiccionales. La primera estrategia consistía en propiciar un diálogo intercultural con las autoridades de la jurisdicción especial cada vez que se presentaran ante los jueces penales de la jurisdicción ordinaria casos de relevancia intercultural vinculados a delitos de violación y abuso sexual de niñas y adolescentes menores de catorce años. Ello con la finalidad de que el juez penal ordinario pudiera evaluar mejor la incidencia de patrones culturales en la realización del hecho punible y de validar su propia competencia funcional.

La segunda estrategia radicó en la provisión, difusión y consolidación de criterios jurisprudenciales de eficacia vinculante que evitaran el uso arbitrario e inadecuado del artículo 15° del Código Penal, a favor de los autores de tales delitos y con afectación del derecho de las víctimas a la justicia.

En la implementación de ambas estrategias debía patentizarse y ser transversal la transparente y legítima voluntad institucional de aplicar un enfoque de género y de prevalencia del interés superior de las niñas y adolescentes de las comunidades andinas y amazónicas en la gestión de los casos judicializados por delitos de violencia sexual. Pero, además, tales

opciones estratégicas y toda acción que de ella derivara debía de observar siempre el respeto irrestricto por la autonomía y diversidad cultural de las comunidades campesinas y nativas del país, así como por la jurisdicción y fuero especial que les reconoce la Constitución.

Justamente, el Acuerdo Plenario constituyó la materialización inicial y concreta de la segunda de aquellas dos estrategias, estableciendo como doctrina legal los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12° al 16°.

Concretamente, en el considerando 16°, se detallaron los lineamientos que los órganos jurisdiccionales penales de todas las instancias deben adoptar para la adecuada aplicación judicial del artículo 15° en procesos penales interculturales por agresión sexual contra niñas y adolescentes:

**i. Desarrollar una aplicación selectiva y restringida del artículo 15° del Código Penal**, a fin de que éste no proyecte indebidamente sus efectos sobre autores de delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años. Por tanto, deben excluirse de los alcances de dicha disposición y reprimirse penalmente, toda forma violenta de abuso o prevalimiento que hayan utilizado los imputados para someter a la víctima menor de catorce años de edad a un acceso carnal. No siendo, en ningún caso, excusa suficiente el aval posterior de tales actos por parte de familiares o la aceptación por estos de cualquier forma de compensación, toda vez que la vulneración de derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia sexual de menores de catorce años de edad, no admite compensación ni conciliación alguna. Al respecto, se valorará la fenomenología casuística relevante como las notorias diferencias de edad entre el autor y la víctima, la oportunidad y las circunstancias del hecho, la condición de vulnerabilidad de la menor agraviada, el estado civil del agresor al momento del hecho, la existencia de formas de

negociación o arreglo para la entrega con fines de prácticas sexuales de la menor al margen de su voluntad y consentimiento, la aceptación de formas posteriores de composición o indemnización, la constitución y duración forzada de un estado de convivencia posterior a los hechos, el grado de aculturación adquirido por el imputado, entre otros análogos, los cuales deberán ser apreciados y motivados en cada caso por el juez para decidir su relevancia intercultural o su significado de género.

**ii. La construcción técnica e idónea de las pericias antropológicas en procesos penales sobre la materia.** La pericia antropológica es obligatoria e imprescindible, en todos los casos, para decidir la aplicación del artículo 15º del Código Penal. El órgano jurisdiccional debe, además, supervisar que la pericia sea practicada por un profesional idóneo y con experiencia acreditada en la materia. En cuanto a su contenido y alcances, la pericia antropológica debe centrarse en el origen de la costumbre invocada y en su validez actual, procurando auscultar la presencia de vetas de ilustración en el entorno cultural de los sujetos involucrados, las cuales evidencien procesos de cuestionamiento o rechazo del sometimiento de menores de catorce años a prácticas sexuales tempranas. Asimismo, sobre la existencia de normas, procedimientos o formas de sanción que se apliquen a las agresiones sexuales en agravio de niñas y adolescentes o que no brinden a estas una tutela jurisdiccional efectiva o que discriminen su acceso a la justicia...

**iii. La necesaria incorporación y valoración de otros medios de prueba idóneos para contrastar,** complementar o posibilitar una mejor valoración judicial de las conclusiones de relevancia intercultural aportadas por las pericias antropológicas. Por

ejemplo, la autoridad judicial a cargo del caso puede solicitar o aceptar informes (*amicus curiae*) o testimonios complementarios o supletorios provenientes de las autoridades comunales o ronderiles, que coadyuven a la validación, contraste crítico o reemplazo de las pericias antropológicas requeridas. La pertinencia y conducencia de estos medios debe ser flexible y solo ser sopesados por su utilidad y necesidad para la evaluación o decisión adecuada sobre la legitimidad de invocar o aplicar los efectos regulados por el artículo 15º del Código Penal. Sin embargo, y en todo caso, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de resolver sobre la aplicación de dicha norma penal si no cuenta con ningún medio de prueba de naturaleza intercultural idóneo para ello.

**iv. La inserción en el razonamiento y argumentación de las decisiones judiciales, de la doctrina internacional y nacional sobre enfoque de género, interés superior del niño y compensación de la vulnerabilidad de las mujeres, niñas y adolescentes en contextos pluriculturales.** Los jueces deben insertar en su razonamiento y toma de decisiones jurisdiccionales, sobre todo en aquellos casos sobre la efectividad del artículo 15º del Código Penal, las normas, reglas y principios vinculantes regulados por la legislación internacional y nacional alusiva a la proscripción de toda forma de discriminación y violencia física o sexual contra la mujer y los menores de edad. Asimismo, los jueces ordinarios deben considerar también los efectos jurídicos, culturales y sociales de la prevalencia del interés superior del niño en condiciones de vulnerabilidad.

**5). Sala Penal Permanente, Casación 337-2016, sentencia del 21-6-**

**2017.**

**Hechos:** se atribuye al encausado Dilberto Javier Pirgo Pizán de haber ultrajado sexualmente a una niña menor de 12 años cuando se encontraba sola en su domicilio. Posteriormente el imputado convenció a la menor para que viva con él, en el centro poblado Sunchubamba – Cospán departamento de Cajamarca.

**Fallo en primera Instancia:** el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, mediante sentencia del 26 de junio de 2015, condenó a Dilberto Javier Pirgo Pizán como autor del delito contra la libertad, en su modalidad de violación de la libertad sexual de menor de edad, imponiéndole treinta años de pena privativa de libertad.

**Fallo en segunda Instancia:** La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, mediante resolución veintisiete de enero de dos mil dieciséis, confirmó la sentencia condenatoria que impuso el tribunal de grado.

**Fallo en casación:** el Tribunal casó sentencia del 27 de enero de 2016 en el extremo que condenó a Dilberto Javier Pirgo Pizán a treinta años de pena privativa de libertad por delito de contra la libertad sexual, en la modalidad de violación de la libertad sexual de menor de edad e impusieron cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años.

En esta oportunidad, los jueces valoraron los informes antropológicos:

**7.7...** conforme al informe antropológico que detalla que en caso particular existe actividad sexual desde los 12 a 14 años en promedio según la encuesta y registros, existiendo un pleno arraigo al modelo de vida cultural rural; contrastado con el informe de antropología social N° 07-2010 -fojas sesenta y

cinco-, elaborado por el perito del Ministerio Público Gustavo Adolfo Mosquera Zavaleta, quien también concurrió al plenario y ratificó las conclusiones formuladas en dicho informe -informe antropológico social N° 07-2010, a fojas sesenta y cinco-, precisando, además, que los patrones culturales se arraigan a las personas residentes en los caseríos de Salagual y la Quinoa, pertenecientes al distrito de Cospán-Cajamarca, y que la actividad sexual comienza desde los 12 a 14 años de edad en promedio.

Y, además, tuvieron en consideración la declaración de la menor agraviada:

**7.8.** Aunado a lo señalado precedentemente, es de advertir, a modo de referencia, que la menor agraviada indicó en el plenario -fojas doscientos diecisiete- que convivió con el recurrente -acta de constatación y/o verificación de domicilio, a fojas treinta y dos del cuaderno de proceso común-, y, producto de ello nació su hija el 20 de marzo de 2012 (...).

Finalmente, expusieron que:

es preciso indicar que la posibilidad de comprensión de la ilicitud del encausado, a fin de internalizar el significado de lo prohibido de su accionar, se vio disminuida por la pertenencia a culturas distintas a las de quienes impusieron la norma jurídica; y, por el escaso desarrollo cultural de los caseríos rurales la mayoría de los pobladores se dedican a la actividad rural, lugar a donde pertenece el encausado; ello se corresponde con lo indicado por el perito antropólogo del Ministerio Público, quien precisó que en estos caseríos [de Salagual y la Quinoa del distrito de Cospán – Cajamarca] la actividad sexual empieza desde los 12 a 14 años

de edad en promedio. Por ello, se advierte que hubo convivencia entre la agraviada M.I.P.V. y el encausado Pirgo Pizán. Siendo menester aplicar al caso concreto el artículo 15° del Código Penal, referido al error de comprensión culturalmente condicionado, en el extremo que esa posibilidad se encuentra disminuida; por lo que, se atenuará prudencialmente la pena.

#### **6). Algunas reflexiones acerca de los fallos de Perú.**

En cuatro de los fallos seleccionados –con excepción del Acuerdo Plenario en el que solo se establecieron los lineamientos para la aplicación del art. 15 del C.P. en ***los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes***- los jueces han optado por imponer a los condenados una disminución de pena en atención a lo normado por la segunda parte del Art. 15 del C.P.

Advertimos que en sólo en el último de ellos –n°5- los magistrados se han valido de una pericia antropológica para fundar la decisión en ese sentido. No resulta casual que justamente esta sentencia fue dictada luego del Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116 que establece que la pericia antropológica es obligatoria e imprescindible, en todos los casos, para decidir la aplicación del artículo 15° del Código Penal.

Luego, observamos que en los fallos 1°, 2° y 3° se habló de la *cultura*<sup>20</sup> a la que pertenecía el imputado más no se explicó cuáles eran las costumbres de los miembros de las comunidades a las que pertenecían los acusados que podían determinar la falta de internalización de sus conductas. Entonces, además de no existir una pericia antropológica que acreditara debidamente el

---

<sup>20</sup> Así, en el primer fallo el juez señaló *“la existencia de las condiciones personales, la cultura y costumbres del imputado”*, en el segundo se habló de *“las culturas nativas y que el imputado fue criado y desarrollado conforme a sus valores culturales”* y en el tercero se consideró que el imputado era *“una persona producto de esa cultura nativa, criado y desarrollado conforme a sus valores culturales autóctonos”*.

condicionamiento cultural específico del agente activo, tampoco los jueces señalaron mínimamente el motivo por el cual los hechos alegados formaban parte de la cultura de los imputados.

Con respecto a la última de las sentencias –n°5-, dictada luego del Acuerdo Plenario N° 1 -2015/CJ-116, en la que los jueces terminaron imponiendo una pena mucho menor a la de las instancias anteriores, parece receptar las recomendaciones de dicho Plenario [Fj. 16, literal ii], valorando la fenomenología casuística relevante (como las notorias diferencias de edad entre el autor y la víctima, la oportunidad las circunstancias del hecho, la condición de vulnerabilidad de la menor agraviada, el estado civil del agresor al momento del hecho). Principalmente, como puede observarse en los considerandos 7.7 y 7.8, se valoraron los informes antropológicos, la declaración de un perito que ratificó sus conclusiones y la declaración de la menor agraviada en cuanto expuso que convivió con el imputado y que producto de ello tienen una hija en común.

Sin embargo, de ninguna de las sentencias es posible extraer cuáles son los parámetros que los jueces consideraron para aplicar la segunda parte del art. 15 del C.P. en lugar de la primera parte de dicha norma. De allí que no podamos establecer algún criterio judicial de interpretación que permita distinguir el ámbito de aplicación de los dos supuestos legales que establece la norma en cuestión.

## **8. CONCLUSIONES FINALES.**

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, porque 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 el 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– 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 pues el derecho a la cultura no es un derecho absoluto. 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.

En consecuencia, deben excluirse del ámbito de la impunidad todos los comportamientos que conllevan una violación los derechos humanos fundamentales. El derecho a la cultura no podrá ser invocado frente a la ofensa de bienes como la vida, la integridad física, la libertad moral, la dignidad humana; en definitiva, en todos los supuestos en que el derecho en cuestión

entre en conflicto con la amplia categoría de derechos inviolables de la persona.

En este sentido, consideramos que deben quedar especialmente excluidos aquellos supuestos en que se encuentran involucrados niños o niñas que no han podido prestar válidamente su consentimiento por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran inmersos. Piénsese en las prácticas sexuales realizadas por integrantes de comunidades campesinas y amazónicas del país peruano que fueron reseñadas en los fallos seleccionados en los que resultaron víctimas niñas menores de 14 años. En estos casos, los derechos de los pueblos indígenas no pueden imponerse por sobre los de las víctimas, en especial teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Está claro, entonces, que el error de prohibición culturalmente condicionado es solo uno de los modos de dar respuesta a estas situaciones de tensión, pero no el único. Las elaboraciones doctrinarias, las normas positivas y muchos de los fallos 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 otra parte, las diversas conductas de profunda raigambre cultural que hemos visto (coqueo, hurto de cobayo con fines curativos, ablación genital femenina) no pueden resolverse del mismo modo, sino que debe considerarse cada caso con especial cuidado, sin desatender sus particularidades. 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 -como ya venimos señalando- tener especialmente en cuenta la perspectiva ineludible del derecho internacional de los derechos humanos.

Por ello, el rol del juez adquiere un papel fundamental ya que finalmente decidirá si nos encontramos ante la presencia de un delito culturalmente

motivado y cuál es la solución jurídica que aplicará al respecto. Esta decisión no resulta una tarea sencilla porque necesariamente entrarán en juego la prueba del condicionamiento cultural, el marco normativo vigente y los posibles conflictos de derechos (derecho a la cultura frente al ejercicio de otros derechos).

Respecto a la prueba, consideramos que resulta imprescindible que el juez cuente con una pericia antropológica cultural a fin de que pueda establecer si el hecho cometido es subsumible en la cultura del grupo étnico y, por tanto, si el hecho puede ser considerado como culturalmente motivado desde el punto de vista de la cultura del sistema. Pero por sobre todo, la necesidad de que exista una pericia antropológica se pone en evidencia al leer resoluciones judiciales como las que hemos seleccionado en Perú, que fundamentan la aplicación del artículo 15 del Código Penal basándose solo la condición de aborigen, nativo o campesino del imputado, haciendo a un lado el análisis del contexto cultural que determinó la agresión sexual, mostrando muchas veces estos fallos estereotipos machistas y prejuicios de género.

En cuanto al marco normativo, la forma de regulación de los delitos culturales en los distintos ordenamientos jurídicos (ya sea como una pauta atenuante de la pena, como causal de inimputabilidad o de inculpabilidad) así como también la ausencia de regulación expresa, tendrá incidencia en la respuesta judicial.

Por eso es importante que se incluya dentro de las codificaciones internas un tratamiento específico ante la presencia de delitos culturales y se establezcan rigurosamente los límites de aplicación de la norma, pues cuanto más abarcativa, vaga e imprecisa sea su regulación, mayor será margen de discrecionalidad que tendrá el juez a la hora de resolver. Y ello puede generar notorias injusticias al dejar impunes hechos de extrema gravedad, como ha sucedido con los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes en el ciertos distritos del Estado peruano, lo cual originó que un Acuerdo Plenario estableciera los alcances del art. 15 del Código Penal de Perú para limitar su inadecuada aplicación. También resultará cuestionable la

ausencia total de consideración de las valoraciones culturales de la persona imputada, por lo que -al menos- entendemos que esta circunstancia deberá ponderarse al momento de la determinación judicial de la pena en caso de que la persona resulte condenada, aún cuando los códigos penales no incluyan esta posibilidad específicamente dentro de su catálogo normativo.

Por eso consideramos, que la redacción utilizada en el Anteproyecto de Código Penal de 2014 al establecer un límite al juez para eximir de pena al responsable o aplicarle una pena por debajo del mínimo es la que mejor se adapta a los parámetros que establecen los sistemas de protección internacional de los derechos humanos. Es que al incorporar a su articulado dispositivos que contemplan las consideraciones culturales de los sujetos que pertenecen a una cultura minoritaria ante la comisión de un delito, se respeta la diversidad cultural de los pueblos originarios sin desconocer los derechos humanos básicos e inviolables de toda persona. Pues, precisamente se han excluido del ámbito de aplicación de la norma los delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y la libertad sexuales en la medida en que importen una lesión grave a la dignidad humana.

En definitiva, si bien consideramos necesario que en las codificaciones penales se regule de alguna manera la situación de los miembros de las culturas minoritarias que por presentar valoraciones culturales diferentes a los de la cultura mayoritaria cometen un delito, no es menos cierto que el juez podrá echar mano no sólo a las categorías clásicas de la teoría del delito sino también a las elaboraciones doctrinarias que se han propuesto para dar respuesta a esta problemática. Así, el error de prohibición culturalmente condicionado es una de las teorías que los magistrados podrán utilizar para fundamentar sus resoluciones, previa acreditación de la existencia del delito cultural mediante una pericia antropológica cultural, debiendo ineludiblemente incluir en el análisis del caso la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos a fin de no afectar los derechos humanos básicos y fundamentales de toda persona.

## 9. BIBLIOGRAFÍA.

Anteproyecto de Código Penal de la Nación 2014, (1ra. Edición). C.A.B.A.: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

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

Cesano, J. (2017). *La Pericia Antropológica cultural y el proceso penal* (1ra. Ed.), Buenos Aires: Hammurabi.

— (2009) “Diversidad Cultural y Teoría del error”. Obtenida el 20 de abril de 2019 de [http://horizontesy.com.ar/archivos/1251126095/DIVERSIDAD\\_CULTURAL\\_Y\\_TEOR%C3%80CDA\\_DEL\\_ERROR.pdf](http://horizontesy.com.ar/archivos/1251126095/DIVERSIDAD_CULTURAL_Y_TEOR%C3%80CDA_DEL_ERROR.pdf)

De Maglie C., (2012). *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*. Madrid: Marcial Pons.

Durán Böhme, J. (2009) “Del Estado multicultural al Estado Plurinacional”. Obtenida el 27 de julio de 2019 en <http://www.redalyc.org/pdf/4275/427539907003.pdf>.

Farías, M. y Fernández Ruiz, J. (2012), “Modelo de defensa penal para imputado indígenas”. Obtenida el 28 de septiembre de 2019, de <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/7521-2.pdf>

Fígari, R. (2007) “Un caso de diversidad cultural indígena en los delitos de índole sexual”. Obtenida el 28 de julio de 2019 en <https://es.scribd.com/document/83744372/Figari-2007-Un-caso-de-diversidad-cultural-indigena-en-los-del>

García Vítor, E. (2004) “Culturas Diversas y Sistema Penal”. Obtenida el 26 de septiembre de 2019 en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080521\\_83.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_83.pdf)

Hurtado Pozo J. “Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente

condicionado?”. Obtenida el 28 de julio de 2019 en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_15.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_15.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 21 de abril de 2019 de, <https://es.scribd.com/document/288834724/Una-Aproximacion-a-La-Cuestion-Del-Error-en-Los-Delitos-Fiscales-Dr-Mariano-Longobardi>

Macías Caro V. (2014) “Los «delitos culturales» a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales. Obtenida el 27 de julio de 2019 de [http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12643/Los\\_delitos\\_culturales.pdf?sequence=2](http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12643/Los_delitos_culturales.pdf?sequence=2)

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

Prunotto Laborde, A. (2006). “El Error”. En: *Revista de Derecho Penal, Eximentes 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 abril de 2019, 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 23 de abril de 2019, de

<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2011-3-page-559.htm#>

Welzel, H. (1956) *Derecho Penal. Parte General*, traducido por C. Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque De Palma Editor.

Zaffaroni, E. (1996) *Tratado de Derecho Penal, Parte general* (tomo IV). Buenos Aires: Ediar.

— (2007) “Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal Por Eugenio Raúl”. En Parte General del Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Bolivia. Obtenida el 28 de julio de 2019 en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20150808\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20150808_01.pdf).

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.

## 10. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

### ***Jurisprudencia Nacional.***

Acuerdo N° 123 T° 6 F° 53/66. Sala Segunda de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Penal –Rosario-. Sentencia del 18-4-08.

"Hoyos Noguera, Juan Pablo y otros. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata. Causa N° 3505/13. Sentencia del 4 de diciembre de 2013.

“Su Shao Mei y otra” (C. 18.023), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I. Sentencia del 18/3/2002.

“Prieto Huanca, Timoteo y otra”. Juzgado Nacional en lo Criminal de Sentencia (letra “V”). Sentencia del 30 de Marzo de 1979.

“C/C Ruiz, José Fabián –recurso de casación” (Expte. N° CJS 28.526/06). Suprema Corte de Salta. Sentencia del 29-09-06.

### ***Jurisprudencia comparada.***

Distrito Judicial de Loreto (Exp. N° 97-0061 – 191601 – SP – 01) Sala Penal de Loreto, sentencia del 4/11/1999.

Distrito Judicial de Loreto (Exp. N° 98-175) Sala Penal de Loreto, sentencia del 10/8/1999.

Distrito Judicial de Amazonas (Inst. N°. 98-00320-010104JP01), Sala de Juzgamiento de Reos en Cárcel de la Provincia de Utcubamba de la corte Superior de Justicia de Amazonas, sentencia del 24-2-1999.

Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116: *“sobre la aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes”*.

Sala Penal Permanente, Casación 337-2016, sentencia del 21-6-2017.

## 11. ÍNDICE.

<b>1. INTRODUCCIÓN.</b>	1
<b>2. DIVERSIDAD CULTURAL Y PLURALISMO JURÍDICO.</b>	2
<i>a). Pueblos originarios.</i>	2
<i>b). Inmigrantes.</i>	5
<b>3. NOCIÓN DE DELITO CULTURALMENTE MOTIVADO.</b>	8
<b>4. EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO.</b>	10
<i>a). Breve reseña histórica de la teoría del error.</i>	11
a.1.). El error en el causalismo.	13
a.2.). El error en el finalismo.	14
a.3.). El error en el funcionalismo.	15
El funcionalismo teleológico moderado. Posición de Roxin.	15
Funcionalismo sistémico extremo o radical. Posición de Jakobs.	16
a.4.). El error en el posfinalismo sociológico-criminológico o sistema funcional conflictivo. Posición de Eugenio Zafaroni, Alagia y Slokar.	18
<i>b). El error de prohibición culturalmente condicionado en la teoría del delito.</i>	20
Posición de Zaffaroni.	20
Críticas a la aplicación de la teoría del error culturalmente condicionado.	24
Otras soluciones.	26
Atipicidad.	27
Causales de justificación.	29
Error de prohibición.	30
Inimputabilidad.	31
<b>5. PRUEBA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO. PERICIA ANTROPOLÓGICA.</b>	33
<b>6. ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO Y POLÍTICA CRIMINAL.</b>	37
<i>a). Legislación Nacional. La teoría del error en los anteproyectos de</i>	37
	86

*Código Penal Argentino.*

*b). Manifestaciones normativas en el derecho comparado latinoamericano.* 41

Perú. 41

Bolivia. 43

Colombia. 47

Ecuador. 48

**7. EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMPARADA.** 50

*a). Jurisprudencia Nacional.* 50

1). Acuerdo N° 123 T° 6 F° 53/66. Sala Segunda de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Penal –Rosario-. Sentencia del 18-4-08. 51

2). "Hoyos Noguera, Juan Pablo y otros. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata. Causa N° 3505/13.Sentencia del 4 de diciembre de 2013. 53

3). "Su Shao Mei y otra" (C. 18.023), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I. Sentencia del 18/3/2002. 55

4). "Prieto Huanca, Timoteo y otra". Juzgado Nacional en lo Criminal de Sentencia (letra "V"). Sentencia del 30 de Marzo de 1979. 57

5). "C/C Ruiz, José Fabián –recurso de casación" (Expte. N° CJS 28.526/06). Suprema Corte de Salta. Sentencia del 29-09-06. 58

6). Algunas reflexiones acerca de los fallos nacionales. 62

*b). Jurisprudencia comparada.* 63

1). Distrito Judicial de Loreto (Exp. N° 97-0061 – 191601 – SP – 01) Sala Penal de Loreto, sentencia del 4/11/1999. 64

2). Distrito Judicial de Loreto (Exp. N° 98-175) Sala Penal de Loreto, sentencia del 10/8/1999. 65

3). Distrito Judicial de Amazonas (Inst. N°. 98-00320-010104JP01), Sala de Juzgamiento de Reos en Cárcel de la Provincia 66

de Utcubamba de la corte Superior de Justicia de Amazonas, sentencia del 24-2-1999.

4). Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116: “sobre la aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes”. 69

5). Sala Penal Permanente, Casación 337-2016, sentencia del 21-6-2017. 73

6). Algunas reflexiones acerca de los fallos de Perú. 76

**8. CONCLUSIONES FINALES.** 77

**9. BIBLIOGRAFÍA.** 82

**10. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.** 84

**11. ÍNDICE.** 86