

Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal

Iván Meini

SUMARIO: I. Planteamiento del problema.– II. El artículo 15 Código Penal como error de comprensión culturalmente condicionado. De la propuesta del profesor Zaffaroni a la legislación nacional.– III. El error de prohibición generado por «cultura o costumbres» distintos queda abarcado por el artículo. 14, segundo párrafo del Código Penal– IV. El artículo 15 del Código Penal como causa de inimputabilidad.– V. La inimputabilidad del *extraneus* cultural como reacción democrática y respetuosa del pluralismo cultural.– VI. ¿Es necesario el artículo 15 del Código Penal?– VII. Las consecuencias jurídicas de la inimputabilidad por diversidad cultural frente al error de comprensión culturalmente condicionado.

Planteamiento del problema

1. «La administración Técnica Forestal y de Fauna Silvestre Tambopata del INRENA informó sobre la muerte de dos personas, al parecer taladores ilegales, que fueron brutalmente asesinados por nativos de la Zona de Reserva de los No Contactados, ubicada en el río Las Piedras, una zona contigua al Parque Nacional del Manu, en el departamento de Madre de Dios. Según información remitida por radio un grupo de extractores ilegales de madera fueron atacados por nativos no contactados cuando se encontraban transportando madera hacia una quebrada de la Zona de Reserva de los No Contactados, en el río Las Piedras. [...] Uno de los fallecidos [...] fue degollado por los nativos cuando extraía madera de forma ilegal dentro de la Zona de Reserva de los No Contactados. [...]

* Profesor auxiliar de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por Universidad de Cádiz.

el segundo fallecido [...] fue sorprendido por los nativos cuando extraía madera en una zona conocida como la primera «Y» del río Las Piedras. La víctima fue degollada y descuartizada por los indígenas que intentaban defender sus tierras de los taladores. [...] Como es conocido, existen grupos de nativos que no tienen contacto con la cultura occidental o sus niveles de interacción con los mestizos son mínimos, en estos casos, el Gobierno del Perú, ha venido creando zonas de reserva para asegurar la sobrevivencia de estas poblaciones».¹

2. Este caso explicita con claridad la situación que se aborda en el presente ensayo: el pluralismo cultural describe la coexistencia, pacífica o no, de dos o más grupos culturalmente distintos en un mismo espacio (en un mismo «contexto normativo») que, desde el punto de vista formal, se rige por las leyes de uno de ellos. La diversidad cultural será relevante para el Derecho Penal cuando exista un conflicto, en el sentido de que el comportamiento sea realizado por quien detenta patrones culturales distintos a los que subyacen al derecho formal y se encuentre penalmente prohibido en el contexto normativo en donde se lleva a cabo. Dicho con el ejemplo descrito al principio de este texto, si los indígenas No Contactados hubieran matado a uno de los suyos por talar madera de forma clandestina, cuando según las normas de dicho grupo tal sanción es legítima, el grupo dominante al que tal pena le incomoda no podría, en principio, reaccionar sancionando a los autores, por más que les sorprendiese la falta de proporcionalidad o el poco valor que le otorgan a la vida. Quien quiera ver aquí algún conflicto (al menos en el sentido que en este texto se le da a tal término) tendrá que reconocer que también existe uno cuando en el grupo dominante no se mata a quienes talan árboles de manera clandestina, a pesar del posible reclamo o sorpresa de algún nativo no contactado. La razón es que el ser mayoría no autoriza a que las normas penales vinculen, también, a la minoría², sino de qué límites han de respetarse para mantener

¹ En línea:http://www.rpp.com.pe/portada/nacional/imp_3518.php (la noticia fue dada a conocer por varios medios de comunicación).

² No se me escapa que cualquier valoración que se haga sobre el tema aquí planteado siempre estará influenciada por la particular cosmovisión de quien valora. Así, por ejemplo, en la nota periodística trascrita anteriormente se califica de «acto de defensa» el hecho de que los no contactados hayan dado muerte a los taladores clandestinos. Aunque en realidad no se sabe si, en efecto, fue un acto de defensa, o de venganza, o un acto para conjugar alguna maldición, porque sencillamente se trata de no

una convivencia pacífica en los casos en que la diversidad cultural trasciende al Derecho Penal. El establecimiento de tales límites descartada que sea la densidad demográfica un criterio válido, debe partir de los fines propios del Derecho penal, a saber, servir como expresión de seguridad para que la libertad de los individuos pueda ser ejercitada,³ con independencia de su origen étnico, y que la restricción a la libertad de las personas que significa una norma penal que prohíbe un comportamiento se lleve a cabo solo cuando sea un medio idóneo, necesario y razonable.⁴

3. La idea rectora de la cual parto es que los patrones culturales o las costumbres de una persona pueden afectar el lado subjetivo del delito, ya sea a la configuración del injusto penal y/o a su atribución (culpabilidad). Dicha afectación puede, en algunos casos, ser suficiente para deslegitimar la imposición de una sanción penal; puede, en otros supuestos, ameritar únicamente una atenuación de la pena; en otros casos servirá como criterio para determinar judicialmente la pena; mientras que en otros será completamente irrelevante. En qué casos y bajo qué condiciones la diversidad cultural deslegitima la imposición de una pena, constituye un atenuante pero es irrelevante, es una cuestión que depende, en primer lugar, de aquello a lo que la diversidad cultural afecte y, en segundo lugar, del grado de afectación.

Con ejemplos: si el sujeto que pertenece a una comunidad en la cual no existe propiedad privada, pero que se actúa en un contexto normativo que protege penalmente la propiedad, toma un bien mueble ajeno, su especial patrón cultural no impide que el comportamiento realizado deje de ser de riesgo prohibido para el bien jurídico patrimonio. Pero sí imposibilita afirmar que el sujeto actuó el con dolo, por desconocer la ajenez del bien, calificativo propio de quienes conocen y comprenden el concepto de propiedad privada. Es pues un caso de error de tipo⁵ (artículo

contactados. Sin embargo, aun cuando fuera un acto de defensa no se podría saber si aquellos no contactados le asignan al término defensa el mismo significado que le atribuimos nosotros.

³ PAWLIK, PERSON, SUBJEKT, BÜRGER. *Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, 2004.

⁴ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Cuello Contreras/Serrano González (trad.), Madrid, 2004, p. 54 ss., FREUND, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1998, § 1 núm.marg. 18 ss. En extenso, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, séptima edición., Andrés Ibáñez/Ruiz/Bayón/Terradillos/Cantarero (trad.), Madrid, 2005, p. 353 ss.

⁵ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I. 3 Aufl., München, 1997, § 12 núm. marg. 107.

14 del Código Penal primer párrafo), vencible o invencible, dependiendo de si el conocimiento sobre el riesgo le era exigible o no. Si alguien cree poder corregir a los hijos ajenos cuando se portan mal incurre en error de prohibición⁶ (artículo 14 del Código Penal, segundo párrafo), y si tal creencia se da porque en la etnia de la cual se proviene existe una autorización en tal sentido, el error de prohibición será determinado por la diversidad cultural. Lo mismo ocurre si la mujer que aborta es miembro de un grupo en la cual la interrupción voluntaria del embarazo es una práctica culturalmente aceptada y no prohibida, pues la mujer desconoce que el comportamiento se encuentra prohibido en el contexto normativo en donde lo realiza. Por el contrario, si los patrones culturales del sujeto no le impiden advertir el riesgo de su comportamiento, ni que conozca la ilicitud del mismo, sino que obstruyen o dificultan que tenga la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o la capacidad de comportarse de acuerdo a aquella comprensión, lo que se afecta es la imputabilidad. El presente ensayo versa sobre este último supuesto.

4. El artículo 15 del Código Penal vaticina una cláusula que, según una interpretación bastante extendida en doctrina, prevé una modalidad de error de prohibición, denominado error de comprensión culturalmente condicionado: «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 dicha comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena». Pero no es este el único precepto que en nuestro Código Penal se refiere a la diversidad cultural. También lo hace, aunque con frecuencia pasa inadvertido,⁷ el artículo 45.2 del Código Penal: «El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta: [...] su cultura y sus costumbres [...]». En la medida en que la regla del artículo 45 del Código Penal rige para determinar judicialmente la pena, su aplicación presupone que se haya comprobado la existencia del injusto y la culpabilidad del sujeto. De ahí que «la cultura y costumbres» del artículo 45.2 del Código Penal nada tiene que ver con «la cultura y costumbre» que afecta al injusto o a

⁶ ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, § 21 núm. marg. 21.

⁷ Véase, sin embargo, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal, Parte General*, Lima, 2006, núm. marg. 1391 y 1425.

la culpabilidad del autor. Por lo mismo, no guarda relación con el artículo 15 del Código Penal. Y esto con independencia de que se considere que el artículo 15 del Código Penal regula un error de comprensión culturalmente condicionado, o un supuesto de inimputabilidad, ya que en ambos casos se trataría de causas que afectan a la categoría de culpabilidad.

5. La tesis que mantengo reza como sigue: el artículo 15 del Código Penal no prevé error alguno, sino un supuesto de inimputabilidad. Para fundamentar esta hipótesis y confrontar sus consecuencias, analizaré, en primer lugar, cómo el artículo 15 del Código Penal es una inadecuada adaptación legislativa de una buena propuesta de Zaffaroni (II). En segundo lugar, que si el artículo 15 del Código Penal contemplara, en realidad, un error de comprensión culturalmente condicionado, el precepto sería innecesario puesto que existe ya una cláusula general que regula el error de prohibición (artículo 14, segundo párrafo del Código Penal) (III). En tercer lugar, una interpretación literal, teleológica y sistemática del artículo 15 del Código Penal arroja como resultado que se trata de un supuesto de inimputabilidad (IV). En cuarto lugar, en contra de lo que suele decirse, la inimputabilidad por diversidad cultural es la manera más democrática de respetar la identidad cultural, la libertad de pensamiento y el libre desarrollo de la personalidad a que tienen derechos los miembros de los grupos minoritarios cuando su cultura difiere diametralmente con la del contexto normativo en el cual actúan (V). En quinto lugar, que aún cuando no existiese una cláusula como el artículo 15 del Código Penal que expresamente se pronuncia por la inimputabilidad en casos de diversidad cultural, cabría reconducir la inimputabilidad por diversidad cultural a los casos de alteraciones en la percepción del artículo 20.1 del Código Penal (VI). Y, en último lugar, compararé las bondades que se derivan de considerar inimputable a una persona por su «cultura o costumbre» —la inimputabilidad por diversidad cultural no autoriza, en principio, la imposición de una medida de seguridad— frente a las disfunciones sistemáticas de entender que el artículo 15 del Código Penal prevé un error de comprensión culturalmente condicionado (VII).

El artículo 15 del Código Penal como error de comprensión culturalmente condicionado. De la propuesta del profesor Zaffaroni a la legislación nacional

1. En la exposición de motivos del Código Penal se lee «en reconocimiento a la heterogeneidad cultural de los habitantes de nuestro país», pero sin recurrir a una terminología despectiva como la que infelizmente utilizó el «Código Maúrtua» («salvajes», «indígenas semicivilizados, degradados por la servidumbre y el alcoholismo»), el proyecto de la Comisión Revisora ha dado acogida a una forma especial de error conocida en doctrina como «error de comprensión culturalmente condicionado». Esta locución fue propuesta por Zaffaroni⁸ —quien fuera en su momento asesor de la Comisión Redactora del Código Penal peruano de 1991— a partir de un concreto marco normativo, el artículo 34.1 del Código Penal argentino, que establece: «no son punibles [...] el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones». Este precepto argentino regula las causas en las que una persona no ha podido comprender la criminalidad de sus actos. Si bien el Código Penal argentino se refiere a «criminalidad», Zaffaroni asume que la comprensión de la antijuridicidad queda abarcada por la comprensión de la criminalidad.⁹ «La comprensión de la criminalidad es la comprensión de todas las características externas que hacen delictiva una conducta y no solo de la antijuridicidad, pero, de cualquier manera, no cabe duda que allí está exigida la posibilidad de comprensión de la antijurídica».¹⁰

2. Así, en lo que aquí interesa, al exigir el artículo 34.1 del Código Penal argentino que el sujeto haya tenido la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta, está requiriendo tanto la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad, cuanto el conocimiento efectivo de la

⁸ ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal, Parte General*, IV, Buenos Aires, 1982, p. 183 ss., en especial p. 196 y 198 s., el mismo, en ZAFFARONI/PLAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 2000, § 45 II.

⁹ *Tratado*, IV, p. 81–83.

¹⁰ ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, quinta edición, novena reimpresión, 1999, p. 525.

antijuridicidad.¹¹ Es decir, Zaffaroni desprende la inimputabilidad (cuando la inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad sea originada por la incapacidad psíquica del sujeto¹²) y el error de prohibición (cuando la inexigibilidad provenga de error¹³) del mismo precepto legal (artículo 34.1 del Código Penal argentino). Luego, sostiene, el error de prohibición puede manifestarse mediante una serie de formas, una de las cuales es el error de comprensión:¹⁴ «El error de prohibición directo no se agota en los casos en que hay desconocimiento de la existencia de la prohibición o del alcance de la misma, sino que también abarca el caso en que, existiendo este conocimiento, el error determina únicamente la falta de comprensión [...] Son casos en que el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, es decir, su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo».¹⁵ Así, en el error de comprensión culturalmente condicionado «al sujeto que conoce la norma prohibitiva, pero que no la puede internalizar por razones culturales, por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización (compresión)».¹⁶ Esas razones culturales serán «cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta a la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura».¹⁷ Zaffaroni pone como ejemplo¹⁸ el caso del sujeto nacido y crecido en una comunidad indígena, y por lo tanto con patrones culturales propios, que realiza inhumaciones conforme a su costumbre pero en violación de las leyes vigentes. Él puede

¹¹ ZAFFARONI/PLAGIA/SLOKAR, *DP*, § 45 III 1. Sobre las muy diversas interpretaciones que recibe el art. 34.1 CP argentino, cfr. SANCINETTI, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, 1990, pp. 27 ss. y 57 ss.

¹² ZAFFARONI, *Tratado*, IV, p. 109 ss. Zaffaroni habla aquí de incapacidad psíquica de culpabilidad, y enumera como casos de inimputabilidad, entre otros, el trastorno mental transitorio (p. 134), el miedo (p. 138), la psicopatía (p. 151), las deficiencias mentales (p. 159), epilepsia (p. 165) y neurosis (p. 168). También en *Manual*, p. 533 ss. y en ZAFFARONI/PLAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal*, § 46 I ss.

¹³ ZAFFARONI, *Tratado*, IV, p. 183 ss., el mismo, *Manual*, p. 543, el mismo en ZAFFARONI/PLAGIA/SLOKAR, *DP*, § 48 I 3 y § 49 I ss.

¹⁴ ZAFFARONI, *Tratado*, IV, p. 196 s., el mismo, *Manual*, p. 549 ss., el mismo en ZAFFARONI/PLAGIA/SLOKAR, *DP*, § 48 IV 1 ss.

¹⁵ ZAFFARONI/PLAGIA/SLOKAR, *DP*, § 48 IV 1. Nótese que este concepto de error de prohibición se contrapone, en cuanto no se exige la comprensión de la ilicitud, a nuestros casos de inimputabilidad, conforme el art. 20.1 CP

¹⁶ ZAFFARONI, *Tratado*, IV, p. 200.

¹⁷ ZAFFARONI, *Manual*, p. 550.

¹⁸ ZAFFARONI, *Tratado*, IV, p. 200, el mismo, *Manual*, p. 549.

perfectamente conocer las leyes y conocer, por ende, que las inhumaciones en tales condiciones pueden propagar una enfermedad peligrosa y estar subsumidas en el artículo 203 del Código Penal argentino. Sin embargo, el sujeto no podrá internalizar (comprender) la antijuridicidad de su comportamiento, ya que, comparada a la importancia de su ritual funerario, el peligro de propagar una enfermedad peligrosa le parecerá nimio y no podrá exigírsele que lo comprenda de otra manera.¹⁹

3. El error de comprensión culturalmente condicionado se da, siguiendo el razonamiento de Zaffaroni, cuando la diversidad cultural (o cultura condicionante) es un factor para la no exigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad del comportamiento por parte del sujeto. El error de comprensión culturalmente condicionado es, en el esquema metodológico de Zaffaroni, un error de prohibición que, en la legislación argentina, encontraría respaldo normativo en el artículo 34.1 del Código Penal. Lo anterior lo expresa Zaffaroni con el recurso a una serie de ejemplos. Los miembros de la cultura Ahuca, en el oriente del Ecuador, creen que el hombre blanco les atacará cuando les vea, por lo que creen actuar en legítima defensa de su vida adelantándose al presunto ataque.²⁰ Aquí el error culturalmente condicionado no afecta a la comprensión, sino a la justificación;²¹ no es pues un error de comprensión culturalmente condicionado. Los médicos de una determinada cultura pueden tener un conocimiento fallido o falso sobre la causalidad, y, cuando creen curar con extrañísimos ungüentos, en realidad causan lesiones o muertes. En estos casos el error culturalmente condicionado no afecta la comprensión (culpabilidad) sino al conocimiento de la causalidad, generando errores de tipo.²²

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ ZAFFARONI, *Tratado*, IV, p. 201, el mismo, *Manual*, p. 551.

²¹ *Ibid.*

²² ZAFFARONI, *Tratado*, IV, p. 201 el mismo, *Manual*, p. 551. Es importante mencionar que en este caso Zaffaroni concluye que se da el error culturalmente condicionado que afecta al conocimiento de la causalidad porque no se realiza «ninguna conducta *final* de lesión ni de homicidio» (*Tratado*, IV, p. 201, cursivas mías). Es decir, partiendo de la teoría final de la acción, y asumiendo que el dolo queda conformado por el conocimiento y la voluntad, quien no actúa con la finalidad (intención) de lesionar o matar no actúa con dolo, por ende, actúa en error de tipo (mantiene la misma posición en ZAFFARONI/PLAGIA/SLOKAR, *DP*, § 28 II, § 34 II 4 ss., § 45 II 5). A la misma conclusión se llega entendiendo que las intenciones no forman parte del dolo o, mejor dicho, que el elemento volitivo no tiene autonomía frente al elemento cognitivo (es pues irrelevante, cfr. *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, Colonia/Berlin/Bonn/München, 1983; LAURENZO COPELLO, *Dolo y*

En resumen, según la lectura que Zaffaroni hace del artículo 34.1 del Código Penal argentino,²³ la cultura condicionante puede generar el desconocimiento de una serie de circunstancias (fácticas y jurídicas), en cuyo caso será un error culturalmente condicionado. El error culturalmente condicionado puede producir un error de tipo o de prohibición. El error de comprensión se da cuando no resulta exigible que el sujeto pueda comprender la prohibición, lo cual presupone que en el error de comprensión el sujeto conoce la prohibición. Cuando la cultura condicionante impida que el sujeto pueda comprender la prohibición, se tratará, según el planteamiento de Zaffaroni, del error de comprensión culturalmente condicionado.

4. El trasfondo político–criminal de la propuesta de Zaffaroni es que, en su opinión:

El error de comprensión es la única solución que nos permite eludir la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en «estado peligroso». Esta posición es hija de un etnocentrismo inadmisibles, que desprecia por inferiores a las culturas indígenas [...] 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 superior y que las restantes deben desaparecer por inferiores, presentando también la condición de inferiores sus integrantes mientras la compartan. Semejante criterio no puede ser más brutal a la luz de una mínima consideración de la dignidad humana, sería inadmisibles entre nosotros, por afectar el principio de igualdad ante la ley.²⁴

5. En el artículo 21 del Proyecto de Código Penal peruano de abril de 1986 se pretendió solucionar el dilema de la diversidad cultural mediante la inimputabilidad («El juez puede declarar inimputable o atenuar la pena por debajo del mínimo legal al que, por su cultura o costumbres comete un

conocimiento, Valencia, 1999 y RAGUÉZ Y VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

²³ La expresión de Zaffaroni (*Tratado*, IV, p. 197) «*nuestra ley positiva exige que la posibilidad de la comprensión de la antijuridicidad no esté excluida por error*» es por demás elocuente a este respecto (cursivas añadidas).

²⁴ ZAFFARONI, *Tratado*, IV, p. 203.

hecho punible sin poder comprender debidamente el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión»). La reacción de Zaffaroni a tal proyecto quedó plasmada:²⁵

[...] es necesario terminar con la lamentable cuestión etnocentrista de la inimputabilidad del indio [...] Considerar al indio como inimputable es considerarlo como un ser inferior, parangonarlo con el enfermo, perturbado psíquico, etc. En rigor de verdad, el indio no es un ser inferior a nadie, ni mucho menos tiene una cultura inferior a la nuestra, lo que pasa es que su cultura es distinta. No existe en el mundo razón alguna que avale la prédica hipócrita de la superioridad de nuestra cultura, por más que el indio fabrique lanzas, reduzca cabezas, nosotros no debemos olvidar que nuestra cultura fabrica misiles, bombas de neutrones, etc.

6. En nuestra doctrina es frecuente encontrar respaldo a la tesis de Zaffaroni al momento de interpretar el artículo 15 Código Penal, aunque una aplicación rigurosa de los postulados de los cuales parte el autor argentino se aprecia únicamente en Villavicencio.²⁶ Suele considerarse doctrina mayoritaria nacional el hecho que el artículo 15 sea interpretado como una modalidad de error de prohibición.²⁷ Aunque, en realidad, se trata de un supuesto de error de prohibición en el cual no se desconoce la prohibición, ni se cree que concurre una causa de justificación. Sino que se trata de un error de prohibición en el cual el sujeto conoce la prohibición pero no la pueden interiorizar.²⁸ La idea político-criminal que descansa detrás de estas consideraciones es, al igual que en Zaffaroni, la negativa a considerar inimputable al indígena. En tal sentido, Peña mencionaba que:

²⁵ Así se advierte en VILLAVICENCIO TERREROS, PG, p. 622, cita 55.

²⁶ Destacan nítidamente en este sentido sus últimas contribuciones, PG, núm. marg. 1379 ss. y en *Código Penal Comentado*, Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, pp. 492 ss.

²⁷ PEÑA CABRERA, *Estudio programático de la Parte General*, Tomo I, segunda edición, Lima, 1995, p. 436; VILLAVICENCIO TERREROS, PG, p. 622 ss.; *el mismo*, en CP Comentado, I, pp. 492 ss.; BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS-TORRES, *Código Penal anotado*, 4ta edición, revisado y concordado por García Cantizano, Lima, 2001, p. 171 s.; Francia, «Pluralidad cultural y derecho penal», *Derecho*, 47, (1993), p. 493 ss.; YRIGOYEN FAJARDO, «Control penal y diversidad étnico-cultural», *Conflicto y sistema penal* (diez estudios sobre la actual reforma), Salamanca, 1996, p. 90.

²⁸ PEÑA CABRERA, PG, p. 436; BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS-TORRES, CP, p. 171. Aunque no lo señalan, la cita corresponde al texto de Zaffaroni. También VILLA STEIN, *Derecho Penal*, Parte General, Lima, 1998, p. 419.

[...] el ser indígena no es fundamento para marginarlo, este posee la garantía de 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 que pueda tenerlo quien no es indígena.²⁹

7. Otros autores admiten que el artículo 15 Código Penal no regula supuesto de error alguno, sino que tal cláusula es, en realidad, una fórmula de inimputabilidad.³⁰ A partir de ahí, sin embargo, se distingue quien, impregnado de las consideraciones de Zaffaroni, se decanta por creer que el calificar de inimputable a un indígena es algo poco más de ofensivo, de quien estima correcto tal adjetivo. En la línea de la primera opción, Pérez Arroyo sostiene que el legislador peruano sin querer ha pecado otra vez de etnocentrista, conforme sucedía en la anterior legislación de 1924, creando una nueva causal de inimputabilidad, absoluta o restringida, dada la condición de «incapacidad para comprender el injusto o comportarse de acuerdo a esa comprensión» del indígena.³¹ A partir de lo cual postula que se trataría de un caso de inexigibilidad de otra conducta por condicionamiento cultural determinante: a nadie se le puede exigir comportarse como no sabe o como no entiende dado que sus pautas culturales son abiertamente contrapuestas a las de la cultura oficial.³² En la línea de la segunda alternativa destaca nítidamente Hurtado.³³

8. En resumen: la interpretación del artículo 15 Código Penal suele estar condicionada, en primer lugar, por la interpretación que efectúa Zaffaroni del artículo 34.1 Código Penal argentino (que recoge un modelo de error y de inimputabilidad distinto al Código Penal peruano) y, a partir de eso, el sentido de su propuesta para el «error de comprensión culturalmente

²⁹ PEÑA CABRERA, PG, p. 447, citando a Zaffaroni.

³⁰ HURTADO POZO, *Derecho Penal, Parte General*, I, 3era edición, Lima, 2005, núm. marg. 1663 ss. y PÉREZ ARROYO, «Derecho penal y diversidad cultural», *Derecho y Sociedad*, 15, (2000), p. 253 s.

³¹ PÉREZ ARROYO, *Derecho y Sociedad*, 15, (2000), p. 253 s.

³² *Ídem*, p. 256.

³³ HURTADO POZO, PG, núm. marg. 1663 ss, en especial, 1678 ss. Antes en «Impunidad de personas con patrones culturales distintos», *Derecho*, 49 (1995), pp. 157 ss. y en «Artículo 15 del Código Penal Peruano: ¿incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?», *Anuario de Derecho Penal 2003*, Lima, 2003, pp. 357 ss.

condicionado». Y, en segundo lugar, por la falsa idea de que considerar inimputable a un indígena es un acto de desprecio e intolerancia.

El error de prohibición generado por «cultura o costumbres» distintos queda abarcado por el artículo 14, segundo párrafo del Código Penal

1. El Código Penal peruano regula y prevé el error de prohibición de manera distinta a la inimputabilidad. No solo en su ubicación, sino, sobre todo, en sus presupuestos y consecuencias. El artículo 14, segundo párrafo Código Penal establece que «el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuera vencible se atenuará la pena». Como tal, el error de prohibición hace referencia a un desconocimiento, ignorancia o conocimiento fallido sobre la valoración jurídica que recae sobre el comportamiento.³⁴ Hace bien el Código Penal en no establecer cuáles pueden ser las causas que hacen incurrir al sujeto en error de prohibición. Pues las causas son de muy diversa naturaleza y su grado de afectación no siempre es igual, sino que varía dependiendo de las condiciones y características de quien lo padece. Lo mismo sucede con el error de tipo. Lo relevante no es, pues, la causa, sino el efecto: que el sujeto desconozca la ilicitud de su comportamiento.

La inimputabilidad, por el contrario, se ha regulado en el artículo 20.1 del Código Penal de manera distinta. Se establecen las causas (en lo que aquí interesa, la anomalía psíquica, alteración de la conciencia y alteraciones en la percepción) y se prevé luego la consecuencia (que el sujeto tenga afectado gravemente su concepto de la realidad y, por ello, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión). Basta lo dicho para percatarse de que, en comparación con el Código Penal argentino, fuente y, por ende, campo de aplicación original de la propuesta de error de comprensión culturalmente condicionado de Zaffaroni, el esquema del error de prohibición y de la inimputabilidad en el Código Penal peruano es distinto. Una vez más, en el artículo 34.1 del

³⁴ Con múltiples referencias JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ta edición, Olmedo Cardenote (trad.), Granada, 2002, § 41.I. ss.; ROXIN, *Strafrecht, AT*, I, § 21 núm. marg. 12; 659 ss.; JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, segunda edición, CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLES DE MURILLO (trad.), Madrid, 1997, p. 657 ss.

Código Penal argentino ambos generan como consecuencia que el sujeto no pueda comprender la criminalidad del acto o dirigirse por sus acciones. Tal consecuencia se asemeja a la consecuencia del artículo 20.1 del Código Penal peruano (que el sujeto no pueda comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse según tal comprensión). De esto se deduce que si pretende importar una propuesta creada sobre la base de una regulación foránea, habrá primero que percatarse si la ley nacional lo permite o si, por el contrario, induce a otra respuesta.

2. Según el sistema de culpabilidad por el que ha optado nuestro Código Penal, que diferencia entre capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y elementos de la culpabilidad (conocimiento de la ilicitud y exigibilidad de otra conducta), quien incurre en un error de prohibición ha de ser un imputable.³⁵ Solo así se entiende que alguien pueda equivocarse sobre el carácter ilícito del acto, pues ese alguien ha de ser un sujeto que tenga capacidad para comprender el carácter ilícito de su acto y capacidad para comportarse de acuerdo a dicha comprensión. Cuando se afirma que el artículo 15 Código Penal regula una modalidad de error de prohibición, se postula implícitamente que el indígena, nativo o la persona con patrones culturales distintos tiene la capacidad para comprender el carácter ilícito de su comportamiento y de comportarse de acuerdo a dicha comprensión. Pues de otra manera no se entendería cómo la persona con patrones culturales distintos podría errar sobre la prohibición. Para decirlo con otras palabras, cuando se exige a alguien que conozca el carácter ilícito del acto, es porque tiene la capacidad de comprender dicho carácter ilícito. Desde el punto de vista del Derecho Penal, y de cara a la imputación de responsabilidad penal, carece de sentido exigir que conozca a quien no tiene la capacidad de comprender. Esta situación ha sido ya advertida en doctrina nacional³⁶ pero, lejos de admitir la consecuencia, se altera el presupuesto para dar cabida al error de comprensión culturalmente condicionado.³⁷

3. Sin embargo, es verdad que existen casos en los que el sujeto conoce la prohibición penal pero no puede interiorizarla (no puede

³⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 6ta edición, Barcelona, 2002, p. L. 21 núm. marg. 23.

³⁶ YRIGOYEN FAJARDO, *Conflicto y sistema penal*, p. 97.

³⁷ Vid. *supra*, *infra* II.10.

comprenderla) o no tiene la capacidad de dirigirse según tal comprensión. Puede ser que un indígena conozca, por ejemplo, que mantener relaciones sexuales con menores de edad está prohibido penalmente por el derecho formal del contexto normativo en el cual actúa (artículo 173 del Código Penal), pero que según sus costumbres y cultura ello sea perfectamente normal y hasta adecuado. Que conozca la prohibición penal no significa que sea imputable, ya que esta no consiste en detentar un determinado conocimiento, sino en tener la capacidad de comprender y de comportarse según tal entendimiento. La imputabilidad y el error de prohibición están referidas a objetos distintos; el primero a una capacidad de comprender y comportarse, el segundo a un desconocimiento.

Lamentablemente esto ha pasado inadvertido en alguna ejecutoria suprema. En efecto, en la Ejecutoria de fecha primero de julio de 2004,³⁸ se sostiene literalmente que:

[...]en el artículo 15 del Código Penal, se prevé el error de comprensión culturalmente condicionado, el cual puede eximir o atenuar la responsabilidad penal de las personas que violan la norma penal en virtud a su cultura y costumbre; dicho error se configura mediante el desconocimiento del inculpado de la ilicitud de su conducta, es decir con la ignorancia de que su comportamiento resulta injustificable; siendo que dicho actuar es manifiestamente típico, antijurídico pero no culpable, pues el autor desconocía de la antijuridicidad de sus hechos, presupuestos que hacen inexistente la culpabilidad, no configurándose en cierta forma el delito imputado [...]³⁹

Y, luego, se concluye diciendo que:

[...]no se ha verificado la responsabilidad penal del acusado, habida cuenta que estando al modo, lugar y circunstancias del evento, se determina que el procesado no era consciente de la ilicitud de su conducta, toda vez que actuaba en la creencia de que su accionar estaba arreglado a ley, confundido por el medio de vida que llevaba, aunado a su escaso nivel cultural, pues solo cursó estudios de nivel primario, su ocupación de agricultor y la edad con que contaba al momento del evento —diecinueve años— por lo que estamos frente a la figura del error de comprensión culturalmente condicionado [...]

³⁸ RN N. 1037-2004 (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema). Ponente González Campos.

³⁹ Ibid.

En este caso se tergiversa la letra de la ley, al invocarse el artículo 15 del Código Penal en un caso en donde no se sabe si el sujeto tiene o no la capacidad de comprender el carácter ilícito de su acto o de comportarse de acuerdo a dicha comprensión —que es al ámbito de aplicación del artículo 15 del Código Penal, como de manera absolutamente se proclama en dicho precepto—. El artículo 15 del Código Penal se emplea aquí para dar respuesta a un caso de desconocimiento de la ilicitud, es decir, a un caso de error de prohibición. Cuesta entender porqué no se recurre directamente al artículo 14, segundo párrafo Código Penal, ya que, si bien es usual que el artículo 15 del Código Penal se interprete como un error de prohibición, no lo es que se diga, contra el texto expreso de la ley, que regula un supuesto de desconocimiento de la ilicitud. Tal proceder, aparentemente, podría responder al deseo de reconducir todo caso de diversidad cultural penalmente relevante al artículo 15 del Código Penal. Pero ello no es correcto. Los patrones culturales distintos, como se dijo, afectan el lado subjetivo del delito y, como tal, depende de a qué categoría (dolo, conocimiento de la ilicitud o inimputabilidad) afecte para determinar, recién, el tratamiento jurídico.

4. La versión aquí criticada, que entiende que el artículo 15 del Código Penal encierra un error de prohibición, llevada al extremo, arroja resultados disfuncionales. Presupone que la persona con patrones culturales distintos es un imputable. Presupone, en otras palabras, que tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito de su acto y de comportarse de acuerdo a esa comprensión. Pero, si en realidad fuese así, si en verdad sus costumbres y cultura no impidiesen calificarlo de inimputable, la única posibilidad en que la diversidad cultural podría generar en él un error de prohibición sería que desconociese la ilicitud de su acto, pero ello conduciría automáticamente al artículo 14, segundo párrafo Código Penal. De ahí se sigue que, en los casos en que una persona, por su cultura o costumbres, no tenga la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o no tenga la capacidad de comportarse de acuerdo a esa comprensión, el artículo 15 del Código Penal no sería aplicable, pues la consecuencia indicaría que el sujeto es inimputable, y el artículo 15 Código Penal, recuérdese, es, para la doctrina mayoritaria, un caso de error de prohibición. Y, al no existir otra causa de inimputabilidad en el Código Penal que no sea la minoría de edad o las patologías que se regulan en el artículo 201. Del

Código Penal (alteraciones en la percepción, alteraciones en la conciencia o anomalías psíquicas), cuando el sujeto con patrones culturales distintos no tiene la capacidad de comprender, o bien, no obstante ello, igual le imputamos dicha capacidad, haciendo caso omiso a su incapacidad para comprender (lo cual contradice la esencia misma del Estado democrático y de su condición como ser humano), o bien terminamos considerando a la diversidad cultural como una patología mental (lo cual, siempre según la doctrina partidaria del error de comprensión culturalmente condicionado, sería tratar de manera peyorativa a las culturas no dominantes).

5. Es verdad que la consecuencia jurídica del artículo 15 del Código Penal es la misma que la del error de prohibición. En ambos casos se exime de responsabilidad o se atenúa la pena, dependiendo de si el error sobre la ilicitud es invencible o vencible (artículo 14, segundo párrafo del Código Penal) o de si la capacidad para comprender es nula o se encuentra disminuida (artículo 15 Código Penal). El que las consecuencias sean idénticas, empero, no significa que ambas instituciones compartan la misma naturaleza jurídica. Concluir que el artículo 15 del Código Penal regula una modalidad de error prohibición porque su consecuencia jurídica es la misma que la del error de prohibición es invertir el orden lógico del razonamiento. Y, tal como se desprende de lo dicho hasta este momento, sus supuestos de hecho difieren lo suficiente como para postular alguna homologación o semejanza. Con todo, la identidad en las consecuencias puede generar que alguien crea, siguiendo a Zaffaroni, que el artículo 15 del Código Penal regula un error de prohibición, sobre todo cuando para este autor el error de prohibición afecta la comprensión de la criminalidad o la capacidad para dirigir las acciones. Empero, aun en tal caso es relativamente sencillo percatarse de que el Código Penal peruano diferencia claramente entre error de prohibición e inimputabilidad.

6. Si el artículo 15 del Código Penal expresara que el que por su cultura o costumbre desconociese o ignorase o se equivocase sobre la ilicitud del hecho, entonces, recién, sería un error de prohibición. Afirmarlo con la actual redacción revela un miedo no fundado frente a la calificación de un indígena como inimputable que, por lo mismo, constituye una lectura contra *legem* y un peligroso antecedente en el ámbito de la interpretación jurídica.

El artículo 15 del Código Penal como causa de inimputabilidad

1. Haciendo abstracción por el momento de la consecuencia jurídica del artículo 15 Código Penal, me interesa incidir en que tal precepto no exonera de pena ni la atenúa por el hecho que el sujeto haya creído, equivocadamente, que su comportamiento era lícito. A lo que con suficiente claridad se refiere es a que la capacidad del sujeto para comprender el carácter delictuoso del acto o para determinarse de acuerdo a esa comprensión se encuentre neutralizada o atenuada por su cultura o costumbre. En términos parecidos, aunque partiendo de otras causas, se expresa el artículo 20.1 del Código Penal cuando exime de responsabilidad penal a quien «por anomalía psíquica, grave alteración de conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afecten gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esa comprensión». Al margen de que los términos utilizados en ambos preceptos no son los mismos, semánticamente hacen referencia a la misma situación.⁴⁰ El artículo 20.1 Código Penal regula determinadas circunstancias que generan en el individuo la incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o la incapacidad de comportarse de acuerdo a aquella comprensión. Esto es tan claro que se reconoce que la anomalía psíquica, grave alteración de conciencia o alteraciones en la percepción no son supuestos de inimputabilidad, sino causas.⁴¹ Con otras palabras, no todo el que padece alguna alteración en la conciencia es, automáticamente, inimputable, sino que a consecuencia de ello ha de tener gravemente afectado el sentido de la realidad y con ello no tener la capacidad para comprender o para comportarse de acuerdo a dicha comprensión.

2. La similitud entre los artículos 15 y 20.1 del Código Penal es que ambos regulan supuestos de inimputabilidad y no de error, y la diferencia es que para el primero dichas causas son las costumbres o la cultura, mientras

⁴⁰ Así también HURTADO POZO, *Anuario de Derecho Penal 2003*, p. 371.

⁴¹ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, § 40.III.3.; MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal, Parte General*, 1, 7ma edición, Bofill/Aimone Gibson (trad.), Buenos Aires, 1994, § 36 núm. marg. 44; MIR PUIG, PG, L. 22 núm. marg. 9 ss.; BACIGALUPO, *Derecho Penal, Parte General*, Lima, 2004, p. 423; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Pamplona, 1999, p. 536; VILLAVICENCIO TERREROS, PG, núm. marg. 1335 s.

que para el segundo lo es la anomalía psíquica, la alteración de conciencia o en la percepción. Cuando se comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, es porque no se tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de comportarse de acuerdo a esa comprensión. En definitiva, es porque se es inimputable. Eso es lo que dice la ley, y cualquier otra lectura que se le dé distorsiona su sentido, independientemente de cual haya sido la voluntad del legislador. Así, a partir de una interpretación literal del artículo 15 del Código Penal se ha de reconocer que regula una causa de inimputabilidad.

3. El admitir la inimputabilidad por diversidad cultural no es novedad en derecho comparado, pues, por ejemplo, el artículo 33 Código Penal colombiano 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».⁴² Para más detalle, la Corte Constitucional de Colombia declaró exequible la expresión «diversidad cultural» en la sentencia C-370 del 14 de mayo de 2002,⁴³ en el entendido de que la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente y que en los casos de error de prohibición invencible proveniente de tal diversidad cultural, el sujeto debe ser absuelto y no declarado inimputable.⁴⁴

4. Lo anterior no significa que a todo indígena se le deba declarar inimputable por diversidad sociocultural cuando realice un injusto, porque puede suceder que obre bajo otro de los estados que originen inimputabilidad.⁴⁵ Tampoco implica que todos los supuestos de diversidad cultural hayan de ser tratados bajo la regla de la inimputabilidad. Eso sería negarle al *extraneus* cultural cualquier posibilidad de comprensión de lo ilícito. Como ya se advirtió,⁴⁶ el pluralismo cultural afecta al lado subjetivo del delito, de manera que lo que ahora interesa es reconocer la posibilidad

⁴² Cursivas añadidas.

⁴³ http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/SC370_02.HTM (revisado el 28.AGO.07).

⁴⁴ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3 edición, Medellín, 2007, p. 431 s.

⁴⁵ *Ídem*, p. 432.

⁴⁶ *Supra* l.3.

de que quienes ostentan patrones culturales distintos pueden, algunas veces y bajo determinadas condiciones, no tener la capacidad para comprender el carácter ilícito del acto que realizan o para comportarse de conformidad con esa comprensión. Y, cuando así fuera, pero solo cuando así fuera, cabe declararlos inimputables. De hecho, las posibilidades de aplicar el artículo 15 del Código Penal se reducen a medida que crece la integración social.⁴⁷ Con un ejemplo jurisprudencial,⁴⁸ el que el imputado viva en una zona en que las menores tienen relaciones sexuales a temprana edad y se da el *servinacuy*, pero el sujeto registra una condena por delito contra el pudor, y se «aprovecha de su condición de superioridad frente a la agraviada para violarla y, luego, amenazarla para que no denuncie lo ocurrido», «en modo alguno expresa que por su cultura o costumbres, cometió el hecho punible sin comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión». El razonamiento aquí es acertado, más no la conclusión. Pues, a pesar de mencionarse expresamente en la Ejecutoria que el sujeto tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito de su acto, se le valora de conformidad con la tesis del error de comprensión culturalmente condicionado, y no como imputable.

5. La interpretación aquí propuesta podría ser criticada, afirmándose que una comparación del artículo 15 del Código Penal con el artículo 20.1 del Código Penal genera ciertas distorsiones. Si, tal como se ha dicho, la incapacidad para comprender el carácter ilícito del acto excluye la responsabilidad, independientemente de que la causa sea una anomalía psíquica, una grave alteración de la conciencia, por sufrir la persona alteraciones en la percepción (artículo 20.1 del Código Penal) o por diversidad cultural (artículo 15 del Código Penal), ¿por qué cuando dicha capacidad se encuentra disminuida a causa de la cultura o costumbres la pena simplemente se atenúa (artículo 15 del Código Penal), mientras que cuando la inimputabilidad a causa de una anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción es relativa, la pena se disminuye prudencialmente hasta límites inferiores al mínimo legal (artículo 21 del Código Penal)? La respuesta a esta pregunta

⁴⁷ HURTADO POZO, PG, núm. marg. 1678.

⁴⁸ Ejecutoria Suprema RN N. 3628–2003 de 22 de abril de 2004 (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Ponente San Martín Castro).

no debería invalidar el presupuesto (que el artículo 15 del Código Penal es un supuesto de inimputabilidad), pero sí poner de relieve la existencia de un trato no igualitario para todos los casos de inimputabilidad. Esta diferencia en el trato de la inimputabilidad relativa que lleva a cabo el Código Penal en función de la causa que la genere, hace caer en saco roto la buena voluntad del legislador de reconocer la diversidad cultural. Si la cultura o costumbres generan un error de tipo o de prohibición se aplica el artículo 14 del Código Penal, para lo cual es innecesario acudir al artículo 15 del Código Penal. Pero si la cultura o costumbre conlleva la incapacidad para comprender el carácter ilícito del acto y/o para comportarse según ella (conlleva la inimputabilidad), habrá de invocarse el artículo 15 Código Penal. Y lo deseable es que la diversidad cultural por diversidad cultural no solo sea concebida como tal, sino que también sea tratada como lo que es. El que la pena del inimputable relativo por diversidad cultural solo se atenúe y no se reduzca por debajo del límite mínimo legal, es un defecto en la regulación, y no de la institución jurídica. Sobre ello se volverá después.⁴⁹

La inimputabilidad del *extraneus* cultural como reacción democrática y respetuosa del pluralismo cultural

1. Como se ha señalado,⁵⁰ el dogma político a partir del cual Zaffaroni postuló su teoría del error de comprensión culturalmente condicionado, y que es recogido por quienes adoptan tal modalidad de error, es que la calificación de inimputable de un *extraneus* cultural es degradarlo y tratarlo de manera despectiva. De hecho, el propio Código Penal en su exposición de motivos recuerda la forma por demás despectiva en que se calificaba a los indígenas («salvajes», «indígenas semicivilizados o de degradados por la servidumbre y el alcoholismo»). Sin embargo, cabe pensar que, si bien la historia demuestra que las culturas indígenas han sufrido —y siguen sufriendo— opresión, humillación y marginación, ello no autoriza a que el Derecho penal sea utilizado como instrumento de reivindicación de etnias o culturas oprimidas. Por lo mismo, sin dejar de reconocer lo que

⁴⁹ *Infra* VII.

⁵⁰ *Supra*, II.4.

la Exposición de Motivos del Código Penal recuerda, calificar a un sujeto de inimputable porque tiene la incapacidad de comprender el carácter ilícito de su comportamiento o comportarse de conformidad con dicha comprensión, es, por demás, una forma totalmente democrática y alejada de cualquier signo de intolerancia o discriminación. Todo depende, en realidad, del contenido del concepto inimputabilidad.

2. Cuando se califica de inimputable a un loco o a un menor de edad no se les trata como sujetos inferiores. Esta afirmación es suficiente para demostrar que si se lleva a extremos la crítica que se suele esgrimir contra la postura aquí defendida, debería admitirse que todo aquel que sea inimputable es, automáticamente, un sujeto inferior. Por eso existe una idea suficientemente difundida en doctrina⁵¹ conforme a la cual se acepta que la inimputabilidad es un concepto normativo que hace referencia a un estado en el cual la persona no puede ser motivada en condiciones de normalidad por la norma penal. Que históricamente se haya menospreciado a las culturas indígenas y que históricamente se les haya equiparado a sujetos psicológicamente incapaces,⁵² como si el tener una cosmovisión distinta fuera un defecto, no justifica, en la actualidad, seguir suscribiendo el mismo discurso. En otras palabras, si calificar de inimputable a un *extraneus* cultural es considerarlo un sujeto inferior o tratarlo despectivamente, tendría que decirse lo mismo con respecto a quienes padecen una anomalía psíquica, una grave alteración de la conciencia o sufren alteraciones en la percepción y a los menores de edad. Y esto, por absurdo, nadie lo sostiene. Dejando en claro entonces que el indígena no padece tara o defecto alguno, pero aceptando que existen casos en los que por su costumbre no puede comprender o comportarse según tal comprensión, se impone llamar a las cosas por su nombre si que ello presuponga recurrir al término «inimputable» para disfrazar un trato vejatorio.

⁵¹ Entre otros, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26 Aufl, München, 2001, previo a §§ 13 núm. marg. 113 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, § 38.II.3 ss.; MAURACH/ZIPF, PG, 1, § 35 núm. marg. 16 ss.; JAKOBS, PG, pp. 575 ss.; ROXIN, AT I, § 19 núm. marg. 10 ss.; *Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4 Aufl., Berlin, 2000, § 10 núm. marg. 1 ss.; MIR PUIG, PG, L. 20 núm. marg. 46 ss.; FIANDACA/MUSCO, *Derecho Penal, Parte General*, 4ta edición, Niño (trad.), Bogotá, 2006, pp. 331 ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, PG, núm. marg. 1283 ss.

⁵² Cfr. HURTADO POZO, «Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú», *Anuario de Derecho Penal 2007*, Lima, 2007, pp. 211 ss.

Lo dicho en el párrafo anterior puede entenderse mejor si no se pierde de vista algo ya señalado: que las causas de inimputabilidad son penalmente irrelevantes si es que no llegan a producir en el sujeto una incapacidad para comprender la ilicitud de su acto o para comportarse de conformidad con dicha comprensión, o la atenúan.⁵³ Existen muchas personas que padecen taras o defecto mentales y no son inimputables. El centro de la discusión se traslada desde el estado emocional (patológico, por ejemplo, en el caso de una grave alteración psíquica, o no patológico, minoría de edad o diversidad cultural), hacia la consecuencia, hacia la inimputabilidad. Siendo la imputabilidad un concepto eminentemente jurídico, lo único que conlleva su atribución es que el sujeto estará vinculado por las normas penales, a contrario, el inimputable no lo estará; será, en este sentido, un *extraneus*. La inimputabilidad por diversidad cultural no presupone defecto alguno, salvo que se esté dispuesto a calificar de defecto el hecho de que sistema jurídico no pretenda que sus normas penales vinculan a los *extranei* culturales. Lejos de un defecto es una virtud. Aun cuando el sujeto disponga, de conformidad con su constitución psíquica, de la capacidad de comprender la naturaleza ilícita del hecho, es posible que, en el caso concreto, tal comprensión quede descartada por el hecho de provenir de otra cultura.⁵⁴

3. Lo dicho basta para dejar en claro que el trasfondo de la idea en cuya virtud se piensa que el calificar de inimputable a un *extraneus* cultural es un acto degradante y que atenta contra la pluralidad cultural parte de que las causas de inimputabilidad anomalía psíquica, alteraciones en la conciencia o alteraciones en la percepción conllevarían una valoración negativa. De ahí que asimilar el trato que recibe quien padece esquizofrenia, sufre una enfermedad mental o es oligofrénico, con quien tiene patrones culturales distintos, es darle a este último una connotación negativa. Sin embargo, como se ha dicho en reiteradas oportunidades, al Derecho penal no le incumbe la esquizofrenia, la enfermedad mental ni oligofrenia, sino tan solo si y en qué medida tales estados afectan la capacidad de comprender la ilicitud y de comportarse según tal comprensión.

⁵³ *Supra* IV.1. VILLAVICENCIO TERREROS, PG, núm. marg. 1336: «En realidad, lo que importa no es tanto la causa científica de la anomalía. De lo que se trata es de determinar el efecto que produce dicha anomalía sobre el sujeto».

⁵⁴ STRATENWERTH, AT, § 10 núm. marg. 54. Aunque este autor se decanta luego por tratar este supuesto como error de prohibición, es relevante el enfoque del problema: que los patrones culturales pueden afectar a la capacidad de culpabilidad.

4. Se podría pensar en el siguiente ejemplo para confrontar lo dicho hasta ahora. Si una persona criada y educada de conformidad con los valores e ideales de una sociedad occidental y cristiana se encuentra en un contexto normativo que le resulta ajeno, y realiza un comportamiento que para el derecho formal es delictivo, sin tener la capacidad para comprender la ilicitud de su proceder ¿cómo esperaría la sociedad occidental y cristiana que le trataran?, ¿Qué le dijeran acaso que se equivocó, que ha desconocido la ilicitud de su acto?, seguramente el sujeto diría que el problema no radica ahí, pues puede ser que haya conocido la existencia de la ilicitud, pero que, por sus costumbres y cultura, no se encuentre en la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de comportarse de acuerdo a dicha comprensión. Lo que el sujeto estaría diciendo es que no ha incurrido en ningún error de comprensión culturalmente condicionado, sino que, en el contexto normativo en el cual se encuentra, aquel occidental y cristiano es un *extraneus* cultural, y esperaría que las normas penales que rigen aquel contexto normativo no le vinculasen.

En su intento por explicitar el error de comprensión de *culturalmente condicionado*, Zaffaroni pone como ejemplo el caso de un antropólogo que conoce que para un esquimal constituye una injuria grave que un visitante rechace a su mujer, que él le ofrece después de haberla bañado en orines.⁵⁵ Aquí, empero, no se desconoce la ilicitud, pues el sujeto conoce perfectamente que, para la cultura del esquimal, tal acto de rechazo es una grave falta. Si no desconoce, si no tiene un conocimiento parcial o defectuoso, no hay base jurídica para afirmar que incurre en un error. En este nivel de análisis, debe quedar claro que con la expresión «error de comprensión culturalmente condicionado» se hace referencia a supuestos en los que el sujeto no se equivoca, sino que no comprende porque su cosmovisión no se lo permite. Si a dicha situación Zaffaroni le llama error es algo que no se corresponde con la estructura del error y de la inimputabilidad de nuestro sistema jurídico.

5. El respeto íntegro de la diversidad cultural importa no solo declarar la impunidad de quien, condicionado por su cultura o costumbre, realiza un hecho previsto como delito sino que exige, además, que el fundamento

⁵⁵ Manual, p. 549.

de la impunidad sea compatible con el respeto a sus valores y cultura. No se trata entonces de imponer a las minorías culturales una determinada forma de pensar ni una cosmovisión que les resulte ajena. El Estado de Derecho no se encuentra legitimado para imponer a las personas una determinada forma de entender las cosas mediante la coacción penal.⁵⁶ Este elemental postulado, que difícilmente alguien se atrevería a cuestionar, resulta contrariado con la tesis del error de comprensión culturalmente condicionado. Pues, si tal error es un error de prohibición, el mensaje que mandaría el Estado a los grupos culturales minoritarios que no han podido o no han logrado plasmar en el derecho vigente sus costumbres, valores y su cosmovisión, sería tanto como decirles imputables. Es decir, que, aun cuando la Constitución les reconozca su derecho a ser distintos culturalmente, el Estado les exigiría que tengan la capacidad de comprender la ilicitud de su acto y de comportarse de acuerdo a dicha comprensión, ya que si se equivocan sobre la ilicitud es porque tiene capacidad de comprenderla. En otras palabras, los únicos errores sobre la ilicitud penalmente relevantes son aquellos en lo que incurre el sujeto imputable; por lo mismo, para imputar responsabilidad penal, solo interesa que el sujeto haya conocido la ilicitud de su acto cuando, previamente, ha tenido la capacidad de captar el sentido de la ilicitud y de comportarse de acuerdo con ello, es decir, cuando se trata de un imputable.

La tesis del error de comprensión culturalmente condicionado como error de prohibición arriba justamente a las consecuencias que pretende evitar, dado que impone una cosmovisión, la del grupo dominante, a los *extranei* culturales.

6. No se trata entonces de que el indígena sea superior o inferior. Es, como cualquier otra persona, sujeto de derechos. Y, así como el ser mayoría no autoriza a imponer por la fuerza sus valores y costumbres, el ser minoría tampoco puede legitimar un trato privilegiado en materia penal. Puede, sí, exigir que se le trate de conformidad con sus costumbres y cultura. Luego, puede exigir que las normas penales del derecho formal que no puede comprender por confrontar frontalmente con su cosmovisión, no

⁵⁶ Al respecto, la STC 010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003, fundamento XI. Disponible en línea: http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/docs/tc_010-2003-AI.pdf
También FIANDACA/MUSCO, PG, p. 318.

le vinculen. Puede, en definitiva, exigir que se le trate como inimputable. El respeto integral de la diversidad cultural conlleva pues admitir que no resulta ni siquiera exigible que quien se maneja en atención a otro código de valores, tan legítimo como el nuestro, pueda comprender el carácter ilícito de lo que para nosotros es ilícito. ¿O acaso los miembros de la mayoría están obligados a comprender los valores de las minorías culturales?

7. ¿Cómo se relaciona lo dicho hasta aquí con el artículo 149 Const., que señala que las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de las personas?. Tal precepto reconoce que el derecho formal no se aplicará en todo el territorio de la nación.⁵⁷ En lo que aquí interesa, el artículo 149 de la Constitución admite que, en determinados casos, las leyes penales no se aplicarán, estableciendo como límite para dicha inaplicación el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Esos casos determinados no son todos los que involucren a algún miembro de alguna Comunidad Campesina o Nativa, sino solo aquellos en los que las Comunidades Campesinas y Nativas cuenten con autoridades (la determinación de qué tipo de autoridad es le compete a la Comunidad) que puedan ejercer competencia de conformidad con su derecho consuetudinario. Esto significa que el juzgamiento se llevará a cabo en la Comunidad, con lo cual, en realidad, el artículo 149 Constitución reconoce, en primer lugar, que los casos en que no exista conflicto cultural, es decir, cuando las partes en el litigio o pleito pertenezcan a la Comunidad y compartan costumbres y cultura, se aplica el derecho de dicha Comunidad (la Constitución no podría afirmar nada distinto si quisiese ser coherente con el respeto a la diversidad cultural). Pero reconoce, en segundo lugar, que en los casos en los que existe conflicto cultural se aplica el derecho consuetudinario de la Comunidad. Para graficarlo con un ejemplo, si un limeño realiza un acto que es considerado como delictivo según la Comunidad Nativa en donde se encuentra, también a él se le aplicará el derecho consuetudinario. Y aquí se aprecia parte de las bondades de considerar inimputable al *extraneus* cultural: también será *extraneus* cultural

⁵⁷ YRIGOYEN FAJARDO, «Hacia una jurisdicción pluralista». En: *Anuario de Derecho Penal* 2006, Lima, 2007, pp. 380 ss.

el no indígena, siempre y cuando no pueda comprender el carácter ilícito del acto que realiza en un territorio indígena, o comportarse de acuerdo de dicha comprensión. Cabe pues esperar y exigir tal trato, con independencia de la forma como lo califiquen en la Comunidad Nativa. Esto tiene especial significación, pues el trato que merece quien no puede comprender el carácter ilícito de su acto o comportarse de acuerdo a dicha comprensión —en otras palabras, el trato que merece el *extraneus* cultural— es un derecho fundamental que se deriva de la propia naturaleza humana, del modelo de Estado de derecho y del respeto de la diversidad cultural.

Cuando la Constitución impone como límite al empleo del derecho consuetudinario el respeto de los derechos fundamentales de las personas, está pensando en un concepto universal de derechos fundamentales, aplicable, por ende, a cualquier grupo cultural. Ello es así, en primer lugar, porque hubiera sido innecesario establecer tal límite si se tratase de los derechos fundamentales según el derecho consuetudinario que las autoridades de las Comunidades Nativas y Campesinas ejercen. En tal caso hubiera bastado con la simple referencia a que pueden aplicar su derecho consuetudinario. En segundo lugar porque se hace necesaria la admisión de ciertos límites que puedan ser invocados con independencia de las culturas y creencias. La razón aquí sigue siendo la misma que atraviesa todo este trabajo: no por ser mayoría se tiene derecho a imponer una cosmovisión al resto, pero sí es legítimo hacerlo en pos de la convivencia democrática de distintas culturas. Sin perder de vista que no son lo mismo, algo muy similar ocurre en el ámbito del Derecho Penal Internacional, cuando se procesa y condena a una persona por violación de derechos fundamentales, aun cuando en el contexto normativo en que actuó, los derechos humanos no estuvieran reconocidos.

8. Con todo, el artículo 149 de Constitución no autoriza a que, cuando el *extraneus* cultural realiza un comportamiento ilícito, se le reintegre a su medio cultural y sea juzgado por las autoridades de su Comunidad Campesina o Nativa. El precepto constitucional no prevé el desplazamiento del sujeto a su medio cultural, sino, simplemente, la competencia de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas para aplicar su derecho consuetudinario cuando el hecho se cometa en su contexto normativo o, para utilizar la terminología del artículo 149 de la

Constitución «para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial».

¿Es necesario el artículo 15 del Código Penal?

1. Admitido que calificar de inimputable a un *extraneus* cultural no es, como suele pensarse, vejarlo, sino que, por el contrario, es un trato compatible con el modelo de Estado democrático, es menester ahora indagar si tal calificación podría hacerse aun cuando no se hubiera previsto una cláusula como el artículo 15 Código Penal en la que expresamente se adoptara la solución de la inimputabilidad. En otras palabras, ¿es posible reconducir la inimputabilidad de los extranei culturales a las reglas clásicas de la inimputabilidad del artículo 20.1 Código Penal? Estimo que sí, en concreto, a la causal de alteraciones en la percepción.

2. Desde que hace cien años Frank⁵⁸ llamara la atención de que el juicio de culpabilidad no está referido a la conexión psicológica entre el sujeto y el hecho, sino al reproche que recae sobre el sujeto, se entiende que tal reproche es realizado por una determinada sociedad en un determinado momento histórico. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social, ya que es la sociedad —a través del Estado— quien, sobre la base de la correlación de las fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, define los límites de lo culpable y de lo no culpable, de la libertad y de la no libertad.⁵⁹ De ahí se deriva que el concepto de culpabilidad tiene un fundamento social, antes que psicológico, y que no es una categoría abstracta, atemporal o ahistórica ajena a las finalidades preventivas del Derecho penal, sino que es la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a la pena.⁶⁰

⁵⁸ Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907. Sobre el tema, FREUDENTHAL, *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, GUZMÁN DALBORA (trad.), Buenos Aires, 2003.

⁵⁹ MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, PG, p. 393 s. En sentido similar, y desde distintas concepciones, JAKOBS, PG, p. 579 ss., en especial p. 584; SCHÜNEMANN, «La función del principio de culpabilidad», en SCHÜNEMANN (Comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Silva Sánchez (trad.), Madrid, 1991, p. 147 ss., en especial, p. 158 ss.

⁶⁰ MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, PG, p. 393 s. En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Madrid, 1999, p. 340.

3. Como el sustrato de la culpabilidad no puede ser la idea, propia del indeterminismo, del libre albedrío, al menos en una acepción filosófica,⁶¹ el juicio de reproche ha de fundarse en las necesidades preventivas.⁶² En otras palabras, ser imputable significa que el sistema jurídico le exige al sujeto que su comportamiento se adecue a lo que la norma penal señala.⁶³ Y se lo exigirá cuando no se encuentre incurso en alguna situación en la cual el Derecho ya no pueda exigirle, lícitamente, que se comporte según la norma penal. Es, pues, una cuestión de exigencia normativa realizada en un contexto normativo determinado y en un momento histórico también determinado. Si a esto se le añade que la imputabilidad presupone un proceso de aprendizaje social, en el sentido de que únicamente quien tiene suficiente contacto con la sociedad puede aprehender las pautas de comportamiento y los valores dominantes en el entorno (que se plasman luego en el derecho formal), se deduce que cuando el grado de desocialización es tan alto que no existe la capacidad de captar lo valioso y lo que no lo es, ni la capacidad de adecuar el propio comportamiento al mensaje prescrito implícito en aquella valoración, el sujeto o puede ser culpable.⁶⁴ Quien, a pesar del contacto que mantiene con la sociedad, debido a los defectos biológicos o taras mentales que padece, no está en capacidad de adecuar su comportamiento a la norma penal, no tiene capacidad de culpabilidad. Pero no solo él; también quien sin sufrir patología o defecto psicológico alguno no goza de un contacto lo suficientemente estable con la sociedad para captar sus pautas de conducta. «Quien no conoce, siquiera en términos aproximativos, el catálogo de bienes jurídicos y su relevancia —que obliga

⁶¹ ROXIN, AT, § 19 núm. marg. 21; JAKOBS, PG, 584 ss. Distinto es concebir el libre albedrío no como la ausencia de condicionamientos ni espontaneidad del comportamiento, sino como la libertad en sentido positivo, es decir, como posibilidad cierta de determinarse por parte del sujeto. Con múltiples referencias, LENCKNER/SCHÖNKE/Schröder, StGB, previo al §§ 13 núm. marg. 108. Similar, *Schünemann*, «La culpabilidad: Estado de la cuestión», en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000; *el mismo*, en *El sistema moderno*, p. 154 s.; WESELLS/BEULKE, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 32 Aufl., Tübingen, 2002, núm. marg. 397.

⁶² Por todos, JAKOBS, «Culpabilidad y Prevención», Suárez González, (trad.), *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, p. 73 ss.

⁶³ JAKOBS, *Estudios*, p. 73 ss., en especial, p. 78 ss.; *el mismo*, PG, p. 579 ss.

⁶⁴ TERRADILLOS BASOCO, *La culpabilidad*, México, 2002, p. 58 s. En sentido similar, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Madrid, 1999, p. 340 ss. y 358. Aceptando que el entorno condiciona el proceso de socialización que, a su vez subyace a toda forma de voluntad sin la cual no puede hacer culpabilidad, MAURACH/ZIPF, PG, 1, § 35 núm. marg. 17.

a respetarlos— carece del desarrollo intelectual necesario para ser motivado por una norma teleológicamente dirigida a la protección de aquellos. Este sujeto no es imputable».⁶⁵

4. Lo anterior puede aceptarse más fácilmente con arreglo a la tesis de los conocimientos mínimos. De conformidad con ella, en primer lugar, a todo sujeto imputable se le imputan aquellos conocimientos comunes a cualquier miembro de la raza humana mayor de edad e imputable (conocimientos mínimos en sentido estricto.⁶⁶ En segundo lugar, si el sujeto ha sido socializado en condiciones de normalidad, se le puede atribuir los, así denominados, conocimientos mínimos en sentido amplio, es decir, aquellos cuya ausencia en personas imputables solo se concibe en el caso de que el sujeto apenas haya mantenido contacto con la sociedad que le juzga y cuando, al mismo tiempo, tales conocimientos no forman parte del marco cultural del que proviene el sujeto.⁶⁷ A partir de esto se deriva que aquello que impide la imputación de los conocimientos mínimos en sentido amplio, aunque no la de los conocimientos mínimos en sentido estricto, es que el los contactos entre el sujeto y la cultura dominante son nulos o prácticamente nulos (casos de «socialización exótica»), y que los conocimientos propios de la cultura dominante no lo sean en la cultura de la cual procede el sujeto. Por el contrario, ahí donde el contacto social es frecuente y el sujeto no padece alguna causa psicológica o patológica de inimputabilidad, se le imputan tanto los conocimientos mínimos en sentido estricto como aquellos en sentido amplio.⁶⁸

5. Nuestro Código Penal prevé en su artículo 20.1 la alteración de la conciencia como causa de inimputabilidad. Para que tal consecuencia se dé, la alteración de la conciencia ha de afectar gravemente el concepto de la realidad y conllevar la incapacidad de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esa comprensión. Si bien es cierto que la alteración de la conciencia históricamente ha estado vinculada a defectos físicos o mentales⁶⁹ cuando estos impedían el desarrollo intelectual

⁶⁵ TERRADILLOS BASOCO, *Op. cit.*, p. 60.

⁶⁶ RAGUÉZ Y VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 389.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Con referencias, LENCKNER/PERRON/SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, § 20 núm. marg. 1. En doctrina nacional cfr. solo VILLAVICENCIO TERREROS, PG, núm. marg. 1335 ss.; HURTADO, VILLA.

en condiciones de normalidad y que, por eso, el sujeto no captaba la realidad, nada impide replantear la lectura del precepto con arreglo a una interpretación funcional–teleológica.⁷⁰ Partiendo de que el término «realidad» es relativo, ya que cada quien tiene su propia realidad y esa no está alterada, el término realidad denota una determinada situación valorativa jurídica.⁷¹ Conforme a ello, cabe, en primer lugar, descartar que todo defecto intelectual conlleve una alteración en la percepción, pues, con seguridad, el desconocimiento de alguna compleja fórmula física o química es irrelevante. En segundo lugar, que las alteraciones a la percepción que aquí interesan son las que impiden un desarrollo intelectual en condiciones de normalidad, y que impiden conocer y compartir principios elementales de convivencia. Que impiden, en definitiva, captar la realidad valorativa jurídica. Así, si inimputable es quien padece alteraciones en la percepción, y si tal calificativo se encuentra referido al contexto valorativo–jurídico en que se inserta, la percepción penalmente relevante es la que concierne a los valores culturales que se reflejan en las normas penales. Si el *extraneus* cultural carece de esa percepción, es inimputable:⁷²

El admitir que el *extraneus* cultural pueda ser considerado inimputable por tener alteraciones en la percepción (no físicas, ni biológicas, sí valorativas–jurídicas) que afectan su sentido de la realidad presupone, como el caso de la inimputabilidad del art. 15 Código Penal, que tal calificativo no es sinónimo de incapaz. Por el contrario, el *extraneus* cultural puede decidir consciente y libremente, pero en función a valores culturales distintos.

6. En la Ejecutoria RN N. 2584–2002 de 2 de abril de 2003⁷³ se admite que los patrones culturales distintos pueden generar una percepción distinta, aunque se valora tal situación desde la óptica del error de comprensión culturalmente condicionado y no, como se debería, como inimputabilidad. En dicha ejecutoria se lee que «la actividad sexual en algunas organizaciones sociales y/o étnicas es aceptada y conocida, aun cuando se practique antes de los límites cronológicos mínimos que señala el Código Penal; de allí que los pueblos del interior del país, sobre

⁷⁰ TERRADILLOS BASOCO, *La culpabilidad*, p. 59.

⁷¹ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*, II, p.358.

⁷² TERRADILLOS BASOCO, *La culpabilidad*, p. 59 ss., en especial p. 61.

⁷³ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

todo los que se ubican en la vertiente oriental de los Andes, tengan una percepción de la sexualidad diferente a la que han tenido los legisladores del ordenamiento penal [...]». La pregunta cae por su peso, ¿por qué, si se acepta que los patrones culturales distintos han condicionado que la percepción que tiene el sujeto sobre la sexualidad no se corresponda con la percepción de los legisladores penales, no se le considera inimputable? En mi concepto, por un temor infundado de recurrir a tal término cuando de diversidad cultural se habla.

Las consecuencias jurídicas de la inimputabilidad por diversidad cultural frente al error de comprensión culturalmente condicionado

1. El artículo 15 del Código Penal prevé, como consecuencia jurídica, la exclusión de responsabilidad en caso la cultura o costumbres generen en el sujeto incapacidad para comprender el carácter ilícito de su acto o para determinarse de conformidad a ello y, si se trata tan solo de una disminución de dicha facultad, la atenuación de la pena. Consecuencia que, como advierte la doctrina partidaria de leer en el artículo 15 del Código Penal un error comprensión culturalmente condicionado, se corresponde con la del error de prohibición. De ahí que se diga, siempre por parte de aquella doctrina, que el artículo 15 del Código Penal es un error de prohibición. Sin embargo, como ya se adelantó, ello es invertir el orden de las cosas, atribuyendo una determinada naturaleza jurídica sobre la base de las consecuencias que el legislador ha previsto. Con todo, que el artículo 15 del Código Penal tenga la consecuencia jurídica que tiene, induce a pensar que la voluntad del legislador fue, efectivamente, la de regular una modalidad de error sobre la ilicitud.⁷⁴ Pero dicha voluntad no es un criterio que condicione la interpretación jurídica.

2. Si el artículo 15 del Código Penal regulase, como aquí se postula, un supuesto de inimputabilidad, los casos en que la capacidad de culpabilidad estuviera ausente la consecuencia legal (eximir de responsabilidad) es adecuada. Pues no se podría sancionar a un inimputable. Empero, aun cuando se trate de un supuesto de inimputabilidad y, como tal, siendo

⁷⁴ Esta afirmación queda clara con lo estipulado en la exposición de motivos del CP.

posible la imposición de una medida de seguridad, ello estará vedado por ausencia de una peligrosidad post–delictiva que legitime la medida de seguridad. No solo porque la medida de seguridad ante la inimputabilidad absoluta es el internamiento, y esta aparece como una reacción que abiertamente vulnera la esencia de la diversidad cultural. Sino, además, porque no se advierte en el *extraneus* cultural algún grado de peligrosidad post–delictual que legitime la medida de seguridad; simplemente el ejercicio de su cosmovisión.

3. Cuando la capacidad de culpabilidad se encuentra disminuida, el artículo 15 del Código Penal contempla la obligación del Juez de atenuar la pena. Se tiene así que el sistema jurídico permite imponer una pena, aunque reducida, a un imputable relativo.⁷⁵ Esta situación no debería llamar la atención, dado que el artículo 76 del Código Penal prevé la imposición de la medida de seguridad de tratamiento ambulatorio conjuntamente con la pena al imputable relativo que lo requiera con fines terapéuticos o de rehabilitación. Pero lo que sí debería llamar la atención es que este caso de imputabilidad relativa se regula de manera más gravosa que el resto. Pues, por ejemplo, cuando un imputable es relativo porque la anomalía psíquica que padece es de tal magnitud que solo reduce la capacidad de comprender la ilicitud, la pena que se le impone, de conformidad con el artículo 21 del Código Penal es una por debajo del mínimo legal.

4. La absurda situación denunciada en el párrafo anterior podría evitarse si se recondujera la imputabilidad relativa del *extraneus* cultural a la alteración de la percepción del artículo 20.1 del Código Penal,⁷⁶ al disminuirse la pena por debajo del mínimo legal amén del artículo 21 del Código Penal. El principio de igualdad veda la posibilidad de otorgar un trato privilegiado al imputable relativo por diversidad cultural, pero, por lo mismo, también la de prever uno más gravoso que para el resto de imputables relativos. De hecho, en alguna ejecutoria de la Corte Suprema⁷⁷ se advierte que disminución de la pena que se aplica en mérito al artículo 15 Código Penal es hasta por debajo del mínimo legal. Tal proceder contradice

⁷⁵ Situación que se presenta también en derecho comparado, cfr. MAURACH/ZIPF, PG, 1, § 36 núm. marg. 75 ss.

⁷⁶ *Supra* VI.

⁷⁷ RN N. 2552–2002 de 17 de junio de 2003. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

no solo la letra de la ley, sino que constituye una contradicción al principio de igualdad según el razonamiento que se sigue en la misma ejecutoria, ya que en ella se califica al artículo 15 del CP como error de comprensión culturalmente condicionado, es decir, como error de prohibición, y se otorga un tratamiento privilegiado —por debajo del mínimo legal— a un sujeto que incurre en un error de prohibición motivado por patrones culturales distintos.

5. La imposición de una pena al imputable relativo por diversidad cultural debería darse sin que ello suponga el incumplimiento de la obligación del Estado por integrar socialmente a la mayor cantidad de personas.⁷⁸ El Derecho debería pensar en nuevas reacciones, desprovistas de un juicio de reproche normativo, que pudiesen ser útiles. Fomentar la presencia del Estado en todo el territorio a través de la educación, no en una perspectiva colonizadora, sino para crear espacios de diálogo multiculturales que permitan comunicar la existencia de valores distintos, es una idea en esta línea.

6. Lo anterior cobra verdadera relevancia si se admite, como obliga el artículo 149 de la Constitución, que el respeto de los derechos fundamentales es un límite a la diversidad cultural. Esta premisa implica que, incluso cuando el *extraneus* cultural sea un inimputable absoluto, el Estado se encuentra en la obligación de reaccionar, lo que no entraña que lo haga mediante una pena. Para decirlo con otras palabras, se privilegia la preservación de los derechos fundamentales en detrimento, incluso, de la diversidad cultural. Y esto, por lo demás, se encuentra avalado por el artículo 8.2 del Convenio 169 de la OIT,⁷⁹ que señala que los «pueblos (indígenas y tribales) 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. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio».

⁷⁸ TERRADILLOS BASOCO, *La culpabilidad*, p. 59 ss., en especial p. 61 s.; BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*, II, p.343 s.

⁷⁹ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado el 27 de junio de 1989 y aprobado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N. 26253 de 26 de noviembre de 1993.

En los casos en que el *extraneus* cultural realizara un acto que vulnere algún derecho fundamental resulta legítimo imponer una medida de seguridad, ajena a cualquier fin terapéutico o de rehabilitación y orientada, más bien, a comunicar que en una sociedad pluricultural la diversidad cultural no es algo irrestricto, y que el mantenimiento de dicho modelo de sociedad importa la necesidad de respetar determinados mínimos básicos que reciben el nombre de derechos fundamentales. A la pregunta de si el inimputable por diversidad cultural presenta una peligrosidad post-delictual que autorice se le imponga una medida de seguridad (artículo 72.2 del Código Penal), la respuesta es «solo cuando el comportamiento realizado suponga una vulneración de los derechos fundamentales». Cuál es la lista de derechos fundamentales es una cuestión que no puede ser tratada en este momento. Sin embargo, la vida es un buen ejemplo.

7. Sobre la base de lo dicho, el caso descrito en las líneas iniciales de este ensayo tendría que ser resuelto diciendo que aquellos no contactados que dieron muerte a los taladores clandestinos de madera tendrían que ser juzgados por sus autoridades de conformidad con su derecho consuetudinario, sin dejar de lado que, en tal juzgamiento, el Estado debería hacer presente que, tal conducta, no es compatible con el respeto de los derechos fundamentales. La forma cómo el Estado comunicaría este catálogo de derechos fundamentales no puede ser mediante una sanción. Admitido este razonamiento, se tiene que admitir luego que el tratamiento de la diversidad cultural por parte del Derecho Penal no es exclusivo ni privativo de las culturas indígenas, sino que es aplicable a cualquier situación de conflicto, como los casos generados por la migración trasnacional actual.⁸⁰

⁸⁰ TERRADILLOS BASOCO, *La culpabilidad*, p. 60; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual*, p. 432.