

Culpabilidad, cultura y error de prohibición

Alberto Bovino *

"Nosotros entendemos que Perú, y cualquier otro país sudamericano, no es una sola nación sino que está conformado por una suma de naciones que existieron desde siempre" (Salvador Palomino Flores).

"...en un Estado social y democrático de derecho no se considera justo llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad" (Santiago Mir Puig).

I. INTRODUCCION

Este trabajo procura hallar una solución adecuada a numerosos problemas que se plantean en la aplicación del derecho penal peruano a personas con pautas culturales no asimilables a las del modelo jurídico-estatal, como pueden ser los miembros de una comunidad serrana o amazónica.

La solución se intenta dentro del ordenamiento jurídico vigente partiendo de un esquema finalista de la teoría del delito. Por ello, no discutiremos aquí la teoría causal ni las probables soluciones político-jurídicas referentes al problema de la multiculturalidad.

Creemos que el elemento dogmático indicado para resolver el conflicto entre los elementos normativos estatales y las normas consuetudinarias de culturas sustancialmente distintas, es el error de prohibición culturalmente condicionado. Pero antes del tratamiento de este tipo de error, es preciso un breve análisis de algunos conceptos a usar en esta exposición.

II. LA CULPABILIDAD NORMATIVA

De acuerdo con Welzel, para que una acción típica y antijurídica se convierta en delito, es necesario agregarle otra característica: la culpabilidad.

Así, la antijuricidad es una relación entre la acción y el ordenamiento jurídico, que expresa la disconformidad de la primera con la segunda. Pero la culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad sustancial, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica cuando podía hacerlo. Lo que se le reprocha al autor es que hubiera podido motivarse con la norma¹.

Stratenwerth sostiene que la pena implica un reproche personal, por lo tanto, la adecuación al supuesto de hecho típico y la antijuricidad, que sólo demuestran la contradicción de la acción con el orden jurídico, no pueden justificarla por sí solas. Es preciso analizar la responsabilidad del autor, esto es, si la acción puede ser cargada en su cuenta. Para ello es menester analizar una serie de elementos que se caracterizan como pertenecientes a la culpabilidad. Lo ilícito se relaciona con la lesión del deber establecido por el derecho, independientemente de si el autor tenía la posibilidad de cumplirlo; al analizar la culpabilidad, por el contrario, se observa la capacidad individual de cumplir con el deber. Así, actúa antijurídicamente el que no hace lo que debía hacer y culpablemente sólo aquél que pudo haber hecho lo debido. Es decir que lo esencial, en la culpabilidad, es la posibilidad de conocer la exigencia del deber y de comportarse de acuerdo con este: es la posibilidad de una decisión responsable².

* Alumno de 5º año de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Ayudante alumno de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal en la Cátedra del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni.

1. Welzel, Hans: "Derecho Penal Alemán", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, pág. 197.

2. Stratenwerth, Günter: "Derecho Penal, Parte General", Edersa, Madrid, 1982, págs. 70 y 71.

Para Zaffaroni, no debe ser penado aquél que no puede ser reprochado por su conducta, esto es, quien ha obrado en forma contraria al derecho porque no ha tenido la posibilidad exigible de motivarse conforme a la norma violada. De allí que la culpabilidad importe un conjunto de caracteres o presupuestos que debe presentar una conducta para poder serle reprochada a su autor mediante una sanción de naturaleza penal. Este concepto presupone una determinada idea del hombre, una concepción antropológica que se funda en su responsabilidad: el hombre es persona³.

Como vemos, estos tres autores sostienen lo que se ha dado en llamar una teoría normativa de la culpabilidad, en donde ésta es siempre reprochabilidad, lo que implica que nadie puede ser penado si no tuvo la posibilidad exigible de actuar conforme a derecho. No bastaría, pues, la posibilidad real de actuar conforme a derecho, ya que el coacto*, por ejemplo, cuenta con ella, sólo que en este caso, la conducta debida no le es exigible.

Por otro lado, creemos que esta concepción del hombre que subyace en la teoría normativa, es la única compatible con el artículo 1º de la Constitución Política del Perú.

III. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad, el *nullum crimen sine culpa*, dentro de una teoría finalista que reconoce la estructura compleja del tipo penal y la culpabilidad normativa, tiene dos aspectos relacionados con dos estratos diferentes de la teoría del delito.

El primero es la afirmación que una acción u omisión no pueden ser penalmente típicas si no existió dolo o, al menos, culpa en su autor. Dolo entendido como conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo; culpa entendida como violación del deber de cuidado determinante de resultado típico. Este problema se resuelve dentro de la tipicidad. El segundo aspecto se refiere a la culpabilidad e implica que no puede haber pena sin reprochabilidad. El derecho penal debe dirigirse al hombre como persona, como sujeto capaz de auto-determinación. Si el hombre no fuera capaz de decisión, si no pudiera evitar la realización de una conducta antijurídica, no tendría sentido aplicarle una pena, ya que no tuvo otra posibilidad más que la de cometer ese acto. Ahora, si rechazamos este concepto determinista y aceptamos que la

persona tiene capacidad de decisión sobre sus actos, podremos sostener que el Estado aplicará racionalmente la pena sólo cuando la conducta le sea reprochable a su autor.

Consideramos que la aplicación de una pena dejando de lado el *nullum crimen sine culpa* es incompatible con el respeto a la dignidad humana y a los principios del Estado social y democrático de derecho y, por lo tanto, contraria a los artículos 1º y 4º de la Constitución. En el sentido expuesto anteriormente se pronuncia Zaffaroni al sostener: "La enunciación del principio de culpabilidad como no hay delito si al menos no es culposo es un error. Esto es una consecuencia típica del *nullum crimen sine culpa*, pero no es el principio de culpabilidad. El *nullum crimen sine culpa* se debe separar en dos etapas o estratos diferentes: el primero en la tipicidad, ...que excluye toda forma de responsabilidad objetiva, y el segundo en la culpabilidad, que tiene la función de excluir cualquier punición sin reprochabilidad"⁴.

IV. EL ERROR DE PROHIBICION

Se denomina error de prohibición a la falta de comprensión de la ilicitud penal del hecho debida a error o ignorancia sobre su prohibición. La antigua diferenciación que se establecía entre ignorancia, como ausencia de conocimiento, y error, como conocimiento distorsionado, no tiene mayor sentido, ya que ambos producen idéntico efecto. Pero sí es importante la distinción entre error inevitable y evitable, porque producen efectos jurídicos distintos. El fundamento de las consecuencias del error de prohibición consiste en que a una persona no le es exigible actuar conforme a derecho, desde que no sabe o no conoce que está actuando antijurídicamente. El error de prohibición excluye o atenúa la reprochabilidad, debido a que el autor del hecho no tuvo conciencia de la criminalidad de su conducta.

Esto implica que el error debe recaer sobre la prohibición de carácter penal, y que el conocimiento de la antijuridicidad extra-penal no excluye el error. Es decir, que si el sujeto tenía conciencia que su conducta era contraria a una norma de derecho privado, pero no sabía que estaba desaprobada por un precepto penal, está en un error de prohibición.

Esto es así ya que si decimos que la reprochabilidad supone la posibilidad exigible de motivarse en la norma, la sanción que se aplica (pena), tiene que estar referida a la norma que la establece (tipo penal) y con la cual le era exigible que se motivase. No resulta lógico sancionar a alguien que viola una norma penal en base a que sí conocía la antijuridici-

3. Zaffaroni, Eugenio Raúl: "Tratado de Derecho Penal, Parte General", Ediar, Buenos Aires, 1988, tomo IV, pág. 10.

* Coacto: Quien obra coaccionado.

4. Ibidem, pág. 33.

dad extra-penal de su conducta.

Según Stratenwerth, "Aún cuando el autor, por su constitución psíquica, disponga de la capacidad de comprender lo ilícito del hecho, la falta de comprensión puede ser consecuencia de otras razones que pueden estar tanto en su biografía (como el hecho de provenir de un país extraño con otro orden constituido) cuanto en circunstancias externas (como una falsa información sobre el derecho). Por lo tanto, no es posible un reproche de culpabilidad referido a quien, en el momento del hecho, no supo ni pudo saber que su conducta contradecía normas jurídicas"⁵.

Para Welzel, el error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo (con dolo). El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que está permitido. Sucede cuando el sujeto no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone que concurre una causa de justificación. Estos errores excluyen la reprochabilidad si son inevitables y la atenúan cuando son evitables⁶.

De acuerdo con lo que propone Bacigalupo, tener la posibilidad de conocer la punibilidad es tener la posibilidad de conocer que el hecho es punible, pero no significa que se requiera también el conocimiento de la gravedad de la amenaza, de allí que el error sobre la cuantía de la pena no sea relevante⁷.

Podemos dividir el error de prohibición en directo e indirecto. El error es directo cuando recae sobre la norma prohibitiva o sobre su alcance. Es indirecto cuando se basa en la falsa suposición de que se actúa justificadamente.

El error directo puede subdividirse en: a) error de subsunción: el autor conoce la norma, pero no sabe que su conducta es contraria a ella por efecto de un error de interpretación; b) error de validez: el autor conoce la norma pero la considera inválida por algún motivo; c) error de conocimiento: implica el desconocimiento de la existencia de la norma prohibitiva; y d) error de comprensión: cuando existe el conocimiento de la norma pero falta su comprensión debido a que ha internalizado otras pautas que el derecho penal no puede reprocharle⁸.

5. Stratenwerth, Günter: op. cit., págs. 177 y 178.

6. Welzel, Hans: op. cit., págs. 232 y 233.

7. Bacigalupo, Enrique: "Derecho Penal, Parte General", Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pág. 270.

8. Zaffaroni: op. cit., pág. 191.

El error indirecto puede adoptar dos formas: la creencia de que se actúa amparado por una causa de justificación que el ordenamiento no contempla; o la suposición errónea de estar en la situación objetiva exigida por una causa de justificación.

V. FUNDAMENTO POSITIVO DE LA ADMISIBILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICION

El Apartado d) del inciso 20 del Artículo 2º de la Constitución Política del Perú establece: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

¿Cuál es el sentido de esta disposición constitucional? Como es obvio, se relaciona con el requisito garantizador de la ley previa o principio de legalidad. Pero también, y en este sentido puede decirse que el principio de culpabilidad se complementa con el de legalidad, es indispensable que exista la norma antes que el acto u omisión para que el sujeto pueda conocerla y motivar su conducta conforme con ella.

Así, este precepto no cumple sólo con la función garantizadora de prohibir la persecución penal con una ley posterior al hecho, sino también con la función motivadora de conducta que debe tener toda ley penal. De esta manera, el individuo podrá conocer y comprender las disposiciones penales y abstenerse de realizar las acciones en ellas descritas.

Pero la sola existencia de la ley previa no justifica la pena si el sujeto no pudo, inevitablemente, conocerla y comprender la criminalidad de su conducta. En este sentido, la jurisprudencia argentina ha sostenido: "Máxime cuando aquí se trata de lo penal, donde las prohibiciones, mandatos y permisos, no sólo deben ser genéricamente conocidos o tenerse noticias de su existencia por la comunidad, sino que este conocimiento por vulgar que sea, debe ser posible en la realidad y no en la fantasía de la aludida presunción 'iuris et de iure' de su previa publicación, como si ésta ofreciese garantías de conocimiento y comprensión universal..."⁹.

De esta manera, puede sostenerse que el principio de culpabilidad y la admisibilidad del error de prohibición tiene rango constitucional y,

9. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, febrero 26-1987, in re Ferreira Gil, Isabelino, publicado en Revista "La Ley", 14/04/88, voto del Dr. Alberto A. Campos.

por lo tanto, no pueden ser desconocidos por ninguna ley penal.

Mir Puig brinda otro argumento de carácter constitucional cuando dice que se violaría el principio de igualdad real de los ciudadanos (artículo 2º, inciso 2, Constitución Política del Perú) si se impone una pena prevista para el que puede ser motivado normalmente por la ley penal, a personas que no gozan de dicha capacidad de motivación normal. Agrega que si la llamada de la norma no puede motivarles con la eficacia normalmente prevista a causa de una inferioridad personal o situacional, no es lícito castigarles como si no poseyeran esta inferioridad¹⁰. En los casos de error de prohibición estamos sin duda ante una inferioridad situacional ya que el individuo, por razones que no le son exigibles, desconoce o no comprende la prohibición, lo que incide sobre su capacidad de motivación normal.

VI. EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO

Existe este tipo de error cuando el autor de un hecho antijurídico no tiene conciencia de su antijuridicidad debido a su condicionamiento cultural.

Pero no siempre el condicionamiento cultural provocará un error de prohibición, en algunos casos excluirá la tipicidad de la conducta. Por ejemplo, el brujo de una tribu africana que hace ingerir una sustancia abortiva a una mujer embarazada creyéndola idónea únicamente para bajarle la fiebre, actuará con error de tipo que eliminará el dolo y la tipicidad del aborto, y no con error de prohibición.

El error de prohibición culturalmente condicionado, si bien es frecuentemente un error directo de comprensión, puede ser también un error indirecto.

Veamos cómo se puede caracterizar el error de comprensión. Para la formulación del reproche, el derecho penal no exige la efectiva comprensión de la antijuridicidad, sino que basta con su posibilidad. Pero, por comprender no puede entenderse sólo conocer. El conocimiento es un grado anterior a la comprensión, pero ésta requiere internalizar, introyectar, que la norma pase a formar parte de nuestro propio equipo psicológico. Comprender implica, pues, conocer y también internalizar. En este sentido, se hace evidente que quien realiza una conducta antijurídica frecuentemente no ha comprendido su antijuridicidad. Por ello, el derecho penal no puede

exigir una efectiva comprensión de la misma, pues casi nunca se da; lo que el derecho penal requiere, y está dado en la mayoría de los casos, es la posibilidad de comprender la antijuridicidad¹¹.

Ahora bien, la exigibilidad de la comprensión (internalización) de la antijuridicidad depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debía realizar para materializar esa internalización o comprensión efectiva. Cuando podía exigírsele jurídicamente esa comprensión, la acción antijurídica es reprochable en la medida de la exigibilidad y del grado de esfuerzo que el sujeto hubiese debido realizar. Pero si nos encontramos ante un supuesto en que la dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente, y en el que el esfuerzo que debe realizar el autor es de una magnitud tal que claramente determina su inexigibilidad jurídica, este será un caso de error de prohibición que excluye la reprochabilidad¹².

En este tipo de casos la imposibilidad de comprender no se relaciona, como en los supuestos de inimputabilidad, con una insuficiencia o alteración psicológica, sino que tiene que ver con la introyección de otra estructura normativa diversa que su comunidad le exige. El sujeto se enfrenta así a una elección entre dos normas. Por un lado, la norma consuetudinaria que ha internalizado por las vivencias culturales desarrolladas en el seno de su comunidad y que comprende perfectamente. Por otro lado, la norma positiva del derecho peruano que le ordena, a veces, lo contrario, y que no ha internalizado, no la comprende, ya que contiene un sustrato valorativo que su comunidad no comparte y que le resulta extraño.

¿Es lícito en estos casos imponer una pena a quien actúa siguiendo pautas normativas internalizadas a lo largo de toda su vida de relación, y reprocharle que no ha ajustado su conducta a derecho, cuando este derecho no puede motivarlo por la gran diversidad cultural? Si contestáramos afirmativamente a esta interrogante, estaríamos diciendo que es tan reprochable el homicidio realizado por una persona que ha nacido y se ha criado en Lima, de acuerdo con las pautas de la cultura occidental, como el cometido por un nativo al que su misma comunidad le exige que, en su nombre, mate al "brujo malo" de la tribu¹³. Es evidente que aplicar la misma solución a ambos casos implicaría una notoria injusticia.

10. Mir Puig, Santiago: "Derecho Penal, Parte General, PPU". Barcelona, 1985, pág. 82.

11. Zaffaroni, Eugenio Raúl: "Manual de Derecho Penal, Parte General", Ediar, Buenos Aires, 1987.

12. Zaffaroni: op. cit., tomo IV, pág. 100.

13. Ver en este mismo número, entrevista al Dr. Fernando de Trazegnies.

Qué hacer con este segundo homicidio que debería quedar impune, es un problema que no podemos solucionar con el derecho penal. Lo único que puede decirnos en este caso el derecho penal de un Estado social y democrático de derecho es que no corresponde aplicar una pena pues al sujeto le fue imposible comprender la criminalidad de su conducta.

VII. EL ARTICULO 87 DEL CODIGO PENAL PERUANO

El Código Penal, en su artículo 87, regula los supuestos de error. En su primer párrafo, refiriéndose evidentemente al error de hecho, dice: "En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no provenientes de negligencia...". Pero la segunda parte de este párrafo agrega: "... o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito...", lo que parece referirse al error de derecho. Sin embargo, un error sobre el carácter delictuoso de un acto puede estar fundado sobre el desconocimiento de hechos o de normas jurídicas, es decir, este segundo párrafo bastaría para cubrir ambos errores, que, de cualquier manera, no deberían tener un tratamiento distinto.

Las expresiones "no provenientes de negligencia" y "no culpables" se refieren a la inevitabilidad del error. Para poder hablar de ella, el autor debe haber realizado todo esfuerzo serio que pareciera adecuado para despejar la duda sobre la antijuridicidad. El criterio de evaluación de dicho esfuerzo se puede plantear desde dos puntos de vista: a) subjetivo, según el cual el autor habrá obrado en error inevitable cuando agotó los medios que, se le ocurrió, podrían despejar su duda; y b) objetivo, en cuyo caso el error sería inevitable si el autor ha realizado lo que una persona consciente de su responsabilidad hubiera hecho para despejar la duda en la situación en que obró el autor. En principio, se debería dar preferencia al criterio subjetivo¹⁴.

Finalmente, el artículo 87 establece que es irrelevante la ignorancia de la ley penal en el caso de delitos "que tengan señalada pena mayor que la de prisión". Para interpretar este párrafo en el sentido más restrictivo de la punibilidad, deberíamos sostener que el error sobre un elemento normativo de otra rama del ordenamiento jurídico por ejemplo sí puede ser relevante. También es relevante el error sobre la situación objetiva de una causa de justificación (creer que se actúa en legítima defensa), ya que se trata de un error de hecho.

De acuerdo con lo expuesto, podríamos sostener que el tratamiento del error de prohibición conforme al artículo 87 es el siguiente:

A) Cuando no tiene pena mayor que la de prisión: si el error de prohibición es inevitable, el juez podrá reducir la pena hasta límites inferiores al mínimo legal respetando lo establecido por el artículo 88. Si el error es evitable, el juez sólo puede disminuir el reproche dentro de los márgenes que le permita el tipo correspondiente. La primera solución es a todas luces injusta y contraria al principio de culpabilidad, de raigambre constitucional, ya que el error inevitable debe excluir la reprochabilidad y no atenuarla.

B) Cuando el delito tiene pena mayor que la de prisión: si el error de prohibición es inevitable y se trata de desconocimiento de la ley penal, o si el error es evitable, se aplica la misma solución, el error es irrelevante para eludir el mínimo legal y se debe respetar el marco dado en el tipo concreto. El único caso en que se puede aplicar la pena por debajo del mínimo legal es cuando se trata de ignorancia de derecho extra-penal o error sobre la situación de hecho y el error es inevitable. Estas soluciones también son violatorias del *nullum crimen sine culpa* tal como lo entendemos.

Por otra parte, la distinción del artículo 87 in fine está basada en un concepto "natural" de delito que resulta irrazonable. No se puede presumir, sin admitir prueba en contrario, que los delitos con determinadas penas son conocidos por todos, y menos en un país con la diversidad cultural que presenta el Perú; esto puede llevar a dictar sentencias que causen más alarma social que la misma realización del hecho prohibido. El delito como hecho social no existe, en el sentido que desde la óptica de las relaciones sociales, nada tienen en común el libramiento de un cheque sin provisión de fondos y el homicidio. El hecho social se constituye en delito mediante un precepto legal, o sea que lo único que hace que todos los delitos sean tales es su normatividad penal.

Como se puede apreciar, la mecánica aplicación del artículo 87 a los casos de error de prohibición nos lleva a soluciones que contradicen el principio de culpabilidad. Ahora, ¿es ésta la solución correcta? Creemos que no. Sostenemos que el artículo 87 es anticonstitucional.

El principio de culpabilidad, que comprende la admisibilidad del error de prohibición culturalmente condicionado, tiene su fundamento normativo en el artículo 2º (inciso 2 e inciso 20, apartado d) de la Constitución Política del Perú. La norma referida del Código Penal peruano contraría el texto y el espíritu de la ley fundamental. Por lo demás, una

14. Bacigalupo, Enrique: op. cit. pág. 273.

legislación que no respete el mencionado principio afecta la dignidad del ser humano y contradice las bases del Estado social y democrático de derecho (artículos 1º y 4º).

El juez, frente a un caso de esta naturaleza, si quiere obrar de acuerdo con los criterios constitucionales y con el imperativo establecido por el Art. 236 de la Carta Fundamental, no debe aplicar pena cuando medie error de prohibición inevitable y condicionado culturalmente.

Tampoco deben aplicarse los artículos 44 y 45 del Código Penal, que son la manifestación de un etnocentrismo que considera "salvaje" a una persona sólo por tener pautas culturales diferentes, y que contradicen el principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 2º, inciso 2 de la Constitución. Por otra parte, el error condicionado culturalmente también lo puede sufrir una persona "civilizada" de un país occidental donde el hecho no constituye delito.

VIII. CONCLUSION

La aplicación de la ley penal en un Estado social y democrático de derecho no puede abandonar el principio de culpabilidad, según el cual la pena sólo puede imponerse al autor de una acción u omi-

sión dolosa o, al menos, culposa, que tuvo la posibilidad exigible de adecuar su conducta conforme a derecho.

Es este principio, que se desprende de la Constitución Política del Perú, el que fundamenta la inaplicabilidad de la pena en el caso de error de prohibición inevitable. Por ello, cuando la inevitabilidad del error provenga de la imposibilidad de comprensión de la norma penal debida al condicionamiento cultural, la conducta, si bien típica y anti-jurídica, debe considerarse inculpable y, por lo tanto, impune.

No debería ser otra la resolución de este tipo de casos si deseamos respetar los preceptos constitucionales. Así, el artículo 87 del Código Penal peruano no puede aplicarse cuando contraría el nullo crimen sine culpa.

Consideramos que en estos conflictos causa más alarma social la aplicación de la pena que la impunidad. El problema de la multiculturalidad es un condicionante político que debe contemplar pero de ningún modo puede resolver el derecho penal. Finalmente, cabe la aclaración que la facultad punitiva del Estado no puede actuarse sin una adecuada fundamentación si no quiere caerse en un mero ejercicio de poder.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- Epígrafe 1: Entrevista en la revista "El Porteño", Buenos Aires, abril de 1984.
- Epígrafe 2: Santiago Mir Puig, "Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho", Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1982, pág. 98.