

La defensa cultural y la exclusión de la responsabilidad penal por el error culturalmente condicionado*

The cultural defences and the exclusion of criminal responsibility for culturally conditioned error

Sofía Nelly Romero Coz**

RESUMEN

El objetivo principal del presente artículo ha consistido en analizar si el ejercicio del derecho fundamental a la identidad cultural puede ser invocado en los procesos penales, a través de la denominada defensa cultural, que en el caso del Perú, está presente en el error culturalmente condicionado, el cual incide en el juicio de culpabilidad, sea eliminándola o bien atenuando la pena, conforme al artículo 15° del Código Penal peruano. Consideramos que el alcance de nuestro estudio es valioso en sociedades pluriculturales como la peruana, donde si bien se ha discutido en la academia el mencionado error, no presenta el mismo desarrollo el mecanismo de la defensa cultural, incurriéndose en el riesgo que el respeto a la identidad cultural no se instrumentalice en el proceso penal. Finalmente, hemos planteado como conclusión que si bien la observancia de la identidad cultural puede invocarse en el proceso penal, su ejercicio no es absoluto, por lo que hemos identificado casos en que se justifica la responsabilidad penal y la imposición de una pena atenuada.

PALABRAS CLAVES

Culpabilidad, defensa cultural, error culturalmente condicionado, identidad cultural, Perú, proceso penal.

ABSTRACT

The main objective of this paper has been to analyze whether the exercise of the fundamental right to cultural identity can be invoked in criminal proceedings, through the so-called cultural defences, which in the case of Peru, is present in the culturally conditioned error, which affects the judgment of guilt, either eliminating it or attenuation the punishment, in accordance with article 15 of the Peruvian Penal Code. We consider that the scope of our study is valuable in multicultural societies such as Peru, where although the aforementioned error has been discussed in the academy, the mechanism of cultural defences does not present the same development, incurring the risk that respect for cultural identity is not instrumentalized in the criminal process. Finally, we have concluded that although the observance of cultural identity can be invoked in criminal proceedings, its exercise is not absolute, so we have identified cases in which criminal liability and the imposition of a mitigated penalty are justified.

KEYWORDS

Guilt, cultural defences, culturally conditioned error, cultural identity, Peru, criminal process.

*Artículo de Investigación

**Universidad Privada de San Juan Bautista (sofiaromero63@gmail.com) Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1415-5973>

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Discusión.
3. Conclusiones.
4. Bibliografía citada

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú, se ha reconocido a la identidad cultural como un derecho constitucional, de conformidad con el artículo 2°, inciso 19° de la Constitución peruana, norma que presenta como referencia el artículo 27° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; frente a ello, en el presente ensayo, y como objetivo general, se analiza cómo el referido derecho puede ser invocado por el imputado en el proceso penal, y para ello se acude como objetivos específicos, por un lado, el examinar la figura de la defensa cultural, y por otro lado, el estudiar el error culturalmente condicionado como excluyente de la culpabilidad, en términos del artículo 15° del Código Penal peruano, sin perjuicio de mencionar que no se está ante el ejercicio absoluto del citado derecho, porque el artículo que se cita admite la responsabilidad penal con imposición de pena atenuada.

2. DISCUSIÓN

2.1 Derecho penal e identidad cultural

El Tribunal Constitucional peruano, señala en el Expediente 006-2008-PI/TC, que la identidad cultural es un conjunto de manifestaciones y rasgos culturales de diversa índole, que cumple las funciones simultáneas de caracterizar a una sociedad o un grupo social; sin embargo, resulta relevante para nuestro artículo de investigación, lo que el citado Tribunal precisa en el Expediente 0020-2005-PI/TC, esto es, que invocando el artículo 43° de la Constitución peruana, se reconoce al Perú como una República democrática, con respeto a la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena; por ende, entendemos que el citado respeto deberá generar consecuencias para la administración de justicia al momento de resolver los casos donde se ha invocado la cosmovisión.

En ese contexto, y en el ámbito del proceso penal ¿por qué deberían ser procesadas e incluso condenadas aquellas personas que mataron a un brujo en

una tribu de la selva peruana, porque según su racionalidad había originado la muerte de un familiar? O bien ¿por qué tendrían que responder penalmente aquellas personas a quienes le fueron encontrados objetos y hierbas, los cuales empleaban para “sanar” a los miembros de su comunidad, pero que para el citadino es un ejercicio ilegal de la medicina?

Al respecto, son situaciones que no pueden pasar desapercibidas, y aunque Pérez indica la presencia de intersecciones entre las normas penales y las normas culturales que dotan de contenido a los que denomina delitos culturales, considera que se está ante una categoría residual, donde el imputado, a causa de su diversidad cultural, cae en una situación de error¹; si se sigue el citado constructo entonces serían delitos culturales la violencia familiar, maltrato y secuestro de personas, realizada en contextos culturales caracterizados por una concepción de los poderes del padre de familia distinta a la que hoy inspira a la cultura occidental prevalente; o bien, los delitos sexuales, donde las menores de edad, en la cultura de origen del imputado; o en un sentido inverso, aquellas culturas influenciadas por una determinada concepción religiosa restringe el pleno ejercicio de la libertad sexual para las mujeres mayores de edad; por otro lado, están los delitos en materia de sustancias estupefacientes, relativos a drogas cuyo consumo es considerado lícito, y a veces recomendado en el grupo cultural de pertenencia.

No obstante, nosotros discrepamos con el autor, porque los casos planteados en el párrafo anterior no constituyen un aspecto residual del Derecho penal, sino que, en sociedades como la nuestra donde se ha reconocido el pluralismo cultural, la aplicación de las defensas culturales no puede reducirse a la excepcionalidad del evento, sino que debe presentarse como un baremo de medición objetiva constante y permanente frente a la imputación penal, máxime si la persona a quien se le imputa un hecho señalado en la ley como delito es integrante de una determinada cultura, y que a su vez coexiste con otros grupos culturales en un determinado colectivo social.

Al respecto, se identifican tres tipos de respuestas; en primer lugar, aquella que desde la primacía de la protección penal de los bienes jurídicos puede argumentar la necesidad del castigo penal, máxime si el respeto al pluralismo cultural no implica construir una sociedad que tolere la lesión o el daño ajeno. Sin embargo, consideramos que en países donde se ha reconocido el pluriculturalismo, la citada opción no tendría asidero jurídico, y por el contrario se incurre

¹ Pérez, 2000:64.

en un contrasentido al contraponer identidad cultural con tolerancia, porque justamente por la última es que se logra reconocer la primera.

En segundo lugar, aquella que desde la identidad cultural puede sustentar la exclusión de la responsabilidad penal y el dictado del sobreseimiento de la causa penal, una vez establecido por las investigaciones que se está ante un ejercicio de la cosmovisión; al respecto, Hurtado apunta que el autor no es capaz de comprender, por su cultura o costumbres, el carácter delictuoso de su comportamiento o de determinarse según las pautas de la cultura dominante, pero si lo referente a las pautas prohibitivas de su grupo cultural, procediéndose a exonerar de responsabilidad mediante la figura del error de comprensión culturalmente condicionado², que en legislaciones como la peruana ha sido regulada en el artículo 15° del Código Penal, norma que ha dispuesto que quien por su cultura o costumbres comete un hecho punible, sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto, será eximido de responsabilidad, pero si esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

En tercer lugar, aquella que justifica un tratamiento diferenciado, como es el caso de Cerezo, para quien el sujeto que obra conforme a costumbres profundamente arraigadas en su comunidad o con arreglo a las pautas de su cultura no le es exigible la obediencia al Derecho o la exigibilidad (elemento que fundamenta el juicio de culpabilidad), pero la eximente no debe operar frente a atentados a los derechos fundamentales como la vida, la integridad corporal o la libertad³. En tal sentido, esta postura se respalda porque ningún derecho fundamental es de ejercicio absoluto, no siendo razonable que alguna cultura se arrogue, si volvemos a los derechos mencionados por Cerezo, el dominio sobre quién vive y quién no, al menos no en el Perú, donde está proscrita la pena de muerte, y además se ha criminalizado el homicidio y se acepta la autopuesta en peligro de la víctima o la legítima defensa, para efecto de enervar la responsabilidad penal.

Opinamos que la discusión gira en torno a las dos últimas propuestas de solución, pero antes de analizarlas consideramos oportuno acudir a la figura de la defensa cultural, la cual y citando a Pérez, denota un conjunto de afirmaciones de que ciertos aspectos de los antecedentes culturales de un acusado deben ser tomados en cuenta por los tribunales al decidir sobre su culpabilidad o inocencia, invocándose la buena fe, basada en la herencia o tradición cultural.⁴

² Hurtado, 1999:486.

³ Cerezo, 2006:238.

⁴ Pérez, 2021:419 y 425.

No se descuida la posición de Castillo quien prefiere trabajar las categorías de ofensa cultura y defensa cultural; en tal sentido, la ofensa cultural se concentra en el hecho cometido por el sujeto, donde la minoría cultural lo acepta, tolera o motiva, pero para la cultura dominante se está cometiendo un delito; en cambio, la defensa cultural gira en torno a la creencia del autor, al presentar una valoración particular, pero su historia cultural debe ser producto de su pertenencia a un grupo, y por ende una identidad cultural que lo sustente⁵.

Al respecto, consideramos que la dicotomía planteado por Castillo se puede superar y volver a la univocidad de Pérez, porque al final la apreciación en conjunto de los elementos de convicción, nos conduce al antecedente cultural que invoca la persona en una investigación penal, que al estar sustentado en dictámenes periciales como el antropológico, nos remite al conocimiento de la identidad o huella cultural que presenta el grupo donde pertenece el sujeto investigado.

Ahora bien, qué se puede argumentar como defensa cultural; al respecto, Pérez apunta que la teoría de la defensa cultural se puede invocar para efecto de excluir la responsabilidad penal por atipicidad en aquellos casos que el sujeto cometa un delito motivado por sus rasgos culturales sin que haya de por medio una persona que reclame el papel de sujeto pasivo, como serían los casos de afectación de bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente y la seguridad vial, argumentándose la teoría de la adecuación social y la neutralidad frente al daño.⁶

Apreciamos que la postura de Pérez se adecúa a aquella corriente inicialmente señalada, que plantea que la observancia de la identidad cultural no opera en todos los casos, especialmente cuando se afecta a la vida o la integridad personal; frente a ello, la posición del autor se extiende a excluir su empleo en todo delito donde se afecte una persona, y por ende, donde esté de por medio bienes jurídicos individuales (solos o acompañados con bienes jurídicos colectivos); sin embargo, su postura se diferencia del tratamiento mayoritario que opera en el Derecho penal con relación al comportarse según patrones culturales, esto es, en vez de plantear la exclusión de culpabilidad, postula la exclusión de la tipicidad.

Villegas considera que no todo error culturalmente condicionado es error de prohibición directo, pues el condicionamiento cultural también puede dar lugar a errores de tipo; asimismo, puede ser vencible o invencible, por lo que, los efectos del error sería atenuar la responsabilidad o excluirla completamente,

⁵ Castillo, 2014:262.

⁶ Pérez, 2021:431.

aunque la discusión surge cuando se afectan bienes jurídicos de mayor importancia (vida e integridad física).⁷

Al respecto, actuar según su huella cultural no constituye un comportamiento jurídicamente relevante, debido que no operaría una inobservancia de rol o de competencia, cuando la construcción del concepto persona en sociedad no excluye su derecho a que se le reconozca su identidad cultural. Sin embargo, se objeta porque el juicio de tipicidad no admite grados, es decir, la conducta es típica o es atípica, resultando la propuesta de Pérez y de Villegas incompatible con el artículo 15° del Código Penal peruano, que ha dispuesto el tratamiento de la costumbre o la cultura, bien como un eximente de responsabilidad, o bien como un atenuante de la pena, y esta gradualidad no es propia de la tipicidad, sino de la culpabilidad.

2.2 El error culturalmente condicionado y la exclusión de la culpabilidad

El artículo 15° del Código Penal peruano ha establecido que la culpabilidad se excluye por la figura del error culturalmente condicionado, o bien posibilita la atenuación de la pena cuando la comprensión de la norma se encuentra disminuida. No obstante, para arribar a tal conclusión se debe precisar qué se entiende por culpabilidad y del concepto que se maneje dependerá la justificación de ser un juicio gradual.

Así, tenemos un concepto ontológico de culpabilidad que reprocha al sujeto el haber ejercido su libre albedrío para la comisión de una conducta típica y antijurídica, que a su vez es infractora de la norma penal. Al respecto, Welzel indica que la culpabilidad descansa en la determinación del sentido de la decisión de valor (emocional), sobre la cual descansa la decisión y su ejecución, esto es la presencia de un autor que partiendo de su razonable participación en la vida comunitaria, debe ser consciente del injusto de su accionar⁸. Frente a ello, Welzel acota que la culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad, porque el autor habría podido adoptar, en lugar de la resolución de voluntad antijurídica, una resolución de voluntad conforme con la norma⁹.

Por su parte, Serrano señala que lo que se reprocha es la conducta típica y antijurídica concreta realizada, lo cual conlleva que la culpabilidad lo sea del

⁷ Villegas, 2012:197.

⁸ Welzel, 2003:71.

⁹ Welzel, 2002:128.

hecho concretamente realizado y en relación con la persona individual en el momento específico del mismo¹⁰.

Sin embargo, Moccia es crítico de tal concepto de culpabilidad, al preciar que la idea de la libertad es inutilizable, por lo que, frente a graves perturbaciones de la coexistencia pacífica, el Estado puede intervenir legítimamente con la sanción penal, prescindiendo de problemas de libertad ontológica o de reprobabilidad subjetiva¹¹. La citada crítica es propia del argumento de la imposibilidad de probar el libre albedrío, reforzada por la necesidad de acudir a un concepto funcional de culpabilidad, que satisfaga las exigencias del Derecho penal de justificar la imposición de la pena.

Asimismo, consideramos que la culpabilidad que descansa en el libre albedrío es insuficiente para dar respuesta al actuar por identidad cultural, porque la misma es un factor antropológico, que si requiere ser demostrada, con los peritajes correspondientes; además, para el tema de la gradualidad, el libre albedrío sería un concepto inoperante, porque se ejerce dicha libertad o no se ejerce, y si se comienza a atender factores sociales, culturales o económicos, entonces se rompe el criterio ontológico como fundamento de la culpabilidad; por tanto, la culpabilidad fundamentada en criterios únicamente ontológicos no permite el análisis de la defensa cultural, la cual exige un espacio para las circunstancias culturales que presenta el sujeto, y que permite al juzgador evaluar, si su identidad cultural presenta diferencias esenciales con el sistema que lo está juzgado, procediéndose a la exclusión de su culpabilidad, o si bien, son diferencias salvables por el agente, atendiendo a sus personal situación, que justifica su responsabilidad penal pero con una pena atenuada.

Por otro lado, se cuenta con el concepto funcional de culpabilidad, es decir un juicio de reproche que descansa en las exigencias de la sociedad, reflejadas en la fidelidad de las normas jurídicas como recipientes de la identidad social. En ese contexto, Jakobs precisa que la culpabilidad es responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico; en ese sentido, la culpabilidad depende de la estructura de la sociedad, donde el sujeto actúa ante la falta de obstáculos jurídicamente relevantes¹², como los estados de perturbación mental, el error de prohibición o la inexigibilidad de actuar conforme a Derecho. En esa línea, tenemos la postura de Kindhäuser, para quien la culpabilidad es una acción que expresa una falta de fidelidad al Derecho¹³;

¹⁰ Serrano, 1999:351.

¹¹ Moccia, 2003:95.

¹² Jakobs, 1997:566 y 584.

¹³ Kindhäuser, 2000:203.

agregando el citado profesor alemán que las normas de sanción determinantes de la pena, y con ellas la institución de la pena misma, no tienen ninguna otra fundamentación que la legitimación como tal de ser en sí mismas el resultado de un acuerdo jurídico¹⁴, celebrado por quienes detentan la legitimidad y por ende la autoridad para ser productores de normas legales.

En tal sentido, García propone un concepto funcional de culpabilidad que no puede limitarse a la socialidad de la persona, sino que se ocupa además de atender a su individualidad, porque solo mediante una comprensión realista de la persona se puede individualizar el ejercicio de su libertad, y fundamentar la imputación de un hecho como suyo; pero con la socialidad no se desconocería que la responsabilidad depende de las características de la sociedad¹⁵; por tanto, culpabilidad implica la capacidad individual del ciudadano de cuestionar la identidad normativa de la sociedad por la infracción de roles.

Al respecto, y con relación al tema que nos ocupa, desde el aspecto de la socialidad del juicio de culpabilidad funcional, Jakobs considera que las personas pertenecientes a otras culturas presentan una socialización exótica, esto es un estado psíquico que hace inevitable no tener consciencia de la antijuridicidad; sin este factor, el error sería evitable; en todo caso, es un error de prohibición por la dificultad de comprender la norma¹⁶; asimismo, Jakobs agrega que el Derecho es practicable, pero sólo para él, el riesgo de su desconocimiento es natural (distribución del riesgo); por consiguiente, la exculpación se admite tratándose de personas que pertenezcan a otras culturas¹⁷. Por su parte, García, y desde el aspecto de la individualidad del juicio de culpabilidad funcional, se elimina dicho juicio en razón que el autor presenta un desconocimiento de la ilicitud del hecho debido a una falta de acceso cognitivo al ordenamiento jurídico en general, no imputable al autor¹⁸.

La observación que se plantea es que el derecho a la identidad cultural no predica la identidad de una sola sociedad, sino que es el reconocimiento de un pluralismo cultural, y por ende de diferentes sociedades, que dejan su huella en el ordenamiento jurídico; y no necesariamente la razón de regulación de las conductas a través de las normas legales, nos revela la presencia de una sociedad funcional, o como dice Parma una sociedad bien comunicada, que aspira a una

¹⁴ Kindhäuser, 1996:56.

¹⁵ García, 2003:656 y 661.

¹⁶ Jakobs, 1997: 659.

¹⁷ Jakobs, 1997a: 87.

¹⁸ García, 2003:696.

sociedad sana, con roles, con competencias¹⁹; por el contrario, nos enfrenta a culturas que pueden presentar relaciones de conflicto con otras culturas, como por ejemplo la necesidad que el Ministerio Público investigue si el imputado es miembro de una comunidad indígena y decidir si sus usos o costumbres justifica la exención de responsabilidad penal, decisión que incluso puede oponerse a la posición de la propia comunidad; idéntico escenario se presentaría cuando el juez valora la información para efecto de dictar la respectiva sentencia.

En ese contexto, se levanta un concepto antropológico de la culpabilidad, que de acuerdo con Bovino la visión antropológica corresponde a la posición metodológica de identificar los delitos culturalmente motivados como un error de prohibición, porque el conflicto entre los elementos normativos estatales y las normas consuetudinarias de cultura es resuelto por el error de prohibición culturalmente condicionado²⁰.

Idéntica postura es la de Bustos, para quien una teoría sobre la responsabilidad del sujeto necesariamente tiene que partir de una visión de la persona, ello denota una perspectiva antropológica que condiciona el contenido del juicio de culpabilidad; en ese sentido, se levanta un sujeto que toma conciencia de su papel, pero que a su vez ocupa atender a sus características físicas, biológicas y psíquicas del actor²¹.

Por su parte, Zaffaroni apunta que la culpabilidad es el juicio de reproche personalizado que se le formula al autor de un injusto, en razón de que en la circunstancia concreta en que actuó tuvo una mayor o menor posibilidad de actuar de otra manera no lesiva o menos levisa, debiéndose tomar en cuenta su situación de vulnerabilidad para efecto de justificar la intervención del poder punitivo²².

En ese sentido, es dominante la postura de definir la culpabilidad como un juicio de reproche; en efecto, Roxin indica que la culpabilidad, en el sentido del Derecho penal, es la realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa y de la facultad de conducirse de allí derivada²³. Allí radica el reproche, que habiendo sido alcanzado el sujeto con el mensaje de la norma y no presentando circunstancias que le impide cumplirla, aun así actuó infringiendo el agente la norma. No se descuida lo que indica Hassemmer, esto es, que frente al tradicional concepto estigmatizante de culpabilidad, se alega ahora la racional-

¹⁹ Parma, 2001:205.

²⁰ Bovino, 1989:31.

²¹ Bustos, 2005:652-653.

²² Zaffaroni, 2009:209.

²³ Roxin, 2000:339.

dad de una medida de persecución de fines,²⁴ es decir, hay que hacer algo lógico con el autor mientras cumpla su pena (resocialización) o que la pena que se le ha impuesto tenga un sentido razonable para los demás (intimidación, estabilización normativa); pero cualquier concepto que busque sustituir la culpabilidad incurriría en una circularidad argumentativa al hacer frente a la pregunta y por qué debe ser castigado el sujeto; no obstante, la culpabilidad como juicio de reproche también incurriría en un problema de legitimación de su contenido, en la medida que el concepto normativo no respete la naturaleza de la persona, y es la visión antropológica, la que por excelencia se ha ocupado del estudio de tal naturaleza, por lo que el Derecho penal no puede ignorar sus aportes o resultados.

Ahora bien, un concepto antropológico de culpabilidad no es incompatible con la determinación de sus elementos, los cuales y siguiendo a Mir, requiere, por un lado, la capacidad personal de evitar el hecho y, por otro lado, que el sujeto pueda conocer la antijuridicidad del hecho; al coincidir ambos componentes, entonces se puede afirmar que el sujeto incurrió en una infracción personal de una norma primaria que dirija concretamente al sujeto su imperativo²⁵.

En esa línea, Bacigalupo agrega que la primera condición de la capacidad de motivarse por el Derecho penal es la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico penal del hecho cometido, esto es, que el sujeto pueda saber que realiza un hecho amenazado con pena, en el entendido que haya deducido por lo menos la posibilidad de que el mismo sea punible²⁶. Sin embargo, Jescheck nos advierte que no es conciencia del injusto el conocimiento del precepto jurídico o de la punibilidad del hecho, sino que es suficiente que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden social, estando prohibido jurídicamente²⁷. Frente a ello, consideramos que el estar en condiciones de poder conocer que la conducta presenta desaprobación jurídica, está ligado al ideario que está prohibido y por ende castigado, acercándonos a la posición de Bacigalupo, claro está, en el entendido que no es necesario que el sujeto conozca la exacta medida de la pena que la conducta presenta en la legislación penal.

Asimismo, Bacigalupo precisa que en la culpabilidad se debe comprobar si el autor tuvo la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico – penal del hecho, donde se debe diferenciar claramente los problemas del error (representación falsa) de los referentes a la evitabilidad del mismo que requieren siempre de una

²⁴ Hassemer, 1984:291.

²⁵ Mir, 2005:589.

²⁶ Bacigalupo, 2004:404.

²⁷ Jescheck, 1993:410.

fundamentación precisa²⁸. En ese marco, surge el estudio del denominado error de prohibición y su potencialidad de eliminar la culpabilidad en el agente.

Al respecto, Muñoz y García indican que la atribución que supone la culpabilidad tiene sentido frente a quien conoce que su hacer está prohibido, por lo que, existe error de prohibición cuando el autor cree que actúa lícitamente o bien cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho²⁹. Por su parte, Quintero apunta que la valoración que reclama el error de prohibición se centra en un juicio de reconocibilidad de la antijuridicidad del hecho³⁰, esto es de valorar si el sujeto pudo, en una concreta circunstancia y respecto de una determinada prohibición penal, reconocer la antijuridicidad del hecho, juicio que deberá tener en cuenta diferentes factores tales como la complejidad o artificialidad de la concreta prohibición penal.

Para Luzón, el error de prohibición se produce cuando el sujeto conoce todos los elementos fundadores o presupuesto de la prohibición y sin embargo desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta.³¹ Esta situación se ha buscado resolver, en primer lugar, con el criterio del error iuris nocet que postula que el error de Derecho perjudica, porque todos los ciudadanos están obligados a conocer las normas jurídicas; en segundo lugar, con la teoría del dolo, porque se busca la relevancia del error de prohibición como figura que excluye el dolo, y si es vencible o evitable el sujeto será castigado por imprudencia; y en tercer lugar, con la teoría de la culpabilidad, que ha planteado que el error de prohibición no excluye el dolo, pues éste no requiere conciencia de la antijuridicidad, sino que sólo afecta a la culpabilidad, excluyéndola cuando el error es invencible, esto es, no cognoscibilidad individual de la antijuridicidad, que excluye la posibilidad de determinación normal por la norma, o bien atenuando la pena cuando el error es vencible, esto es, cognoscibilidad pero no conciencia de la antijuridicidad, lo que merma la posibilidad individual de determinación normal por la norma.

En esa línea, y citando a Luzón, cuando se trata del error de prohibición vencible se pueden distinguir cuatro teorías: 1) teoría estricta del dolo, el cual parte que el dolo se integra por dos elementos: conocimiento del tipo de injusto y conocimiento actual de la antijuridicidad, donde el error en estudio se presenta cuando falta el segundo elemento, respondiendo el autor por culpa. 2) teoría limitada del dolo, se diferencia de la anterior porque para la presencia del dolo no

²⁸ Bacigalupo, 2002:169.

²⁹ Muñoz y García, 2004:385 y 386.

³⁰ Quintero, 2000:443.

³¹ Luzón, 1999:462.

se exige un conocimiento actual, sino potencial. 3) teoría estricta de la culpabilidad, el mismo señala que el dolo no abarca la conciencia de la antijuridicidad, por lo que, en el error de prohibición vencible se entiende que hay actuación dolosa, con una atenuación de la pena por una menor reprochabilidad. 4) teoría limitada de la culpabilidad, se diferencia de la anterior al considerar error de tipo y no de prohibición el que recae sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.³²

Se aprecia que para justificar la gradualidad del juicio de culpabilidad, el criterio de vencibilidad del error de prohibición es un indicador, pero no es el único, en razón que queda pendiente por analizar si la imposibilidad de cognoscibilidad que da sustento al error de prohibición invencible, o la posibilidad de reconocimiento de la norma que fundamenta el error de prohibición vencible, son criterios aplicables a los denominados delitos culturalmente motivados, que en términos de Sanz son aquellos casos en que determinadas conductas contrarias a la norma penal del país anfitrión, se explican en razón a la cultura a la que pertenece el infractor³³; sin embargo, nosotros consideramos oportuno que el citado aparato conceptual se extienda a las culturas minoritarias presentes en un determinado país, pero complementadas con la regla del grupo mayoritario cuyas normas son las dominantes en una determinada sociedad, en comparación con las del grupo minoritario.

Ahora bien, se identifica una posición doctrinal que plantea que el error de prohibición no es el marco explicativo adecuado para la justificación de la exención de responsabilidad penal por la comisión de los delitos culturalmente motivados. En efecto, para Meini el afirmar que el indígena o cualquier otra persona que no comparta la cosmovisión de la mayoría cometen un error por no compartir dicha cosmovisión es peyorativo y discriminatorio, porque se parte que la mayoría tendría la cosmovisión correcta y quien no la comparte incurre en un error de comprensión culturalmente condicionado³⁴.

Similar posición es la de Pérez, para quien los sujetos infractores condicionados por su cultura no se equivocan ni desconocen la norma, esto es, no es un tema de error, sino que no han interiorizado el mensaje normativo en razón a sus preferencias culturales, por lo que, la consecuencia del pluriculturalismo es que al sujeto no se le sanciona por el respeto a su entorno cultural³⁵.

³² Luzón, 2000:94.

³³ Sanz, 2014:13.

³⁴ Meini, 2015: 54.

³⁵ Pérez, 2000:244.

Sin embargo, Zaffaroni, Alagia y Slokar parten que es posible el conocimiento sin comprensión³⁶, es decir, que el sujeto conoce la norma prohibitiva pero no puede exigírsele que lo internalice al pertenecer a una cultura diferenciada, donde se ha internalizado valores diferentes e incompatibles; su actuar es un error culturalmente condicionado, error de comprensión o error de prohibición directa, lo cual permite eludir la teoría que los indígenas son inimputables.

Al respecto, es dominante considerar que lo peyorativo es considerar a los miembros de los pueblos originarios o bien los integrantes de las diferentes culturas, como inimputables, ante la primacía de la perspectiva del grupo social dominante. Al respecto, Zaffaroni considera que son errores de comprensión los que no afectan el conocimiento, sino que impiden la comprensión³⁷; es decir, se trata de errores fuertemente condicionados por razones culturales, y no cualquier conciencia disidente da a lugar a su relevancia; deben ser cuidadosamente relevados cuando se trata de personas pertenecientes a culturas de pueblos originarios. Asimismo, Ceballos comenta que el error de prohibición puede encontrar su mejor utilidad en torno a la problemática de la diversidad étnica³⁸, esto es, porque el caso de los indígenas se pone de manifiesto que el principio *error iuris nocet* es irrealizable.

En ese orden de ideas, el conflicto de internalización se entiende porque el miembro, por ejemplo de los pueblos originarios, no está obligado a eliminar su identidad cultural para efecto que su conducta sea tolerada por el grupo mayoritario; frente a ello, Carnevali apunta que nos debemos preguntar si resulta válido o no mantener una clase de presunción de igualdad entre los valores de diversas culturas o, si una sociedad puede realizar un juicio de legitimidad respecto de los comportamientos de otras culturas minoritarias³⁹. En el Perú, se encuentra contestada la inquietud del citado profesor chileno, porque a partir del reconocimiento de la identidad cultural como derecho fundamental, de conformidad con el artículo 2°, inciso 19° de la Constitución peruana, entonces es una realidad el plano de igualdad de los valores culturales.

Ahora bien, no se ignora que la influencia europea continental ha sido solucionar el conflicto de internalización a través del error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (dolo), que en términos de Welzel nos conducen al error de prohibición⁴⁰. En tal sentido, conside-

³⁶ Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2000:704-705.

³⁷ Zaffaroni, 2009:224.

³⁸ Ceballos, 2005:589.

³⁹ Carnevali, 2007:21.

⁴⁰ Welzel, 2002:128.

ramos acertadas la reflexión de Villavicencio al señalar que no se criminaliza las conductas socialmente aceptadas por los grupos culturales, incluso si el sujeto conoce la norma prohibitiva, porque no puede internalizar por razones culturales, y no se le puede reprochar esa falta de internalización⁴¹. Nosotros estimamos oportuno agregar que el razonamiento no debe girar en torno a si el miembro de cultura minoritaria tiene o no razones para la no internalización de la regla normativa del grupo mayoritario, porque ello atentaría al principio de igualdad, sino que el grupo mayoritario o dominante carece de razones para castigar el ejercicio de la identidad cultural, al ser este último un derecho fundamental, lo cual nos conduce a dos temas más en la presente investigación: por un lado, el aparato teórico que se maneja en el Perú, y por otro lado, si desde la teoría que no existen derechos de ejercicio absoluto, se puede identificar límites al ejercicio de la identidad cultural.

Con relación al primer tema, la doctrina peruana se inclina que el artículo 15° del Código Penal peruano que excluye la responsabilidad o atenúa la pena según las circunstancias que han envuelto el actuar del sujeto a través de su identidad cultural, es una modalidad del error de prohibición que incide en el juicio de culpabilidad. En efecto, para Villavicencio cuando el sujeto por su cultura o su costumbre comete un delito sin poder comprender el carácter delictuoso del hecho, o determinarse de acuerdo a esa comprensión, o su capacidad de comprensión se encuentra disminuida, se está ante un error de prohibición, en su modalidad de error de comprensión; sin embargo, para el citado jurista peruano, no es aplicable un error de comprensión vencible porque significaría la imposición de otra cultura, por lo que, solo cabe su carácter invencible⁴²; no obstante, la postura de Villavicencio no ha sido asumido en el artículo 15° del Código Penal peruano, porque si ha recogido las modalidades de error vencible e invencible.

Por su parte, Peña acota que habida cuenta de la consagración positiva del error de prohibición y atendiendo a la heterogeneidad étnica cultural de nuestro país, se hizo necesario la regulación del respeto por los valores culturales distintos⁴³, esto es, la no criminalización de conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales. Asimismo, Armaza comenta que no hay conocimiento del injusto ante la imposibilidad de comprensión de la ilicitud, en razón que pertenece a culturas distintas a las de quienes impusieron la norma jurídica, por lo que se dificulta que el agente internalice el significado de lo prohibido⁴⁴.

⁴¹ Villavicencio, 2015:54.

⁴² Villavicencio, 2006:624 y 625.

⁴³ Peña, 1999:486.

⁴⁴ Armaza, 2004:209.

Una posición distinta es la que presenta Villa, para quien el error de comprensión no es un error de prohibición, sino de un desconocimiento de la antijuridicidad,⁴⁵ esto es, un caso de incomprensibilidad de la norma o su no internalización por distancia cultural; planteamiento que se acerca a la de Meini para quien se está ante una situación de inimputabilidad ante la ausencia de capacidad para comprender la realidad como la percibe la mayoría⁴⁶, es decir, no es un tema que las minorías se equivocan, sino que son personas distintas a uno en su cosmovisión que no pueden ser juzgadas con nuestras reglas penales.

Se aprecia que no es un tema cerrado en la academia peruana, sin embargo, ello no impide el ejercicio de la defensa cultural, porque sea que se esté ante un supuesto de inimputabilidad, o bien ante una modalidad de error de prohibición, se procura la exoneración de la responsabilidad penal por quien ejerce su derecho constitucional a la identidad cultural.

Finalmente, desde que el artículo 15° primer párrafo del Código Penal peruano establece la posibilidad de que esté solamente disminuida la comprensión del carácter delictuoso del acto por ejercicio de la identidad cultural, siendo castigado el sujeto con una pena atenuada. Así, es de recibo que su ejercicio no es absoluto, que hay valores tan nucleares como la vida humana, que ninguna cultura, al menos aquí en el Perú que tampoco cuenta con la pena de muerte, tiene el derecho de dominio o soberanía.

3. CONCLUSIONES

En el artículo planteamos dos casos, en primer lugar aquellas personas que mataron a un brujo en una tribu de la selva peruana, porque según su racionalidad había originado la muerte de un familiar, y en segundo lugar, aquellas personas a quienes le fueron encontrados objetos usados, los cuales empleaban para “sanar” a los miembros de su comunidad, pero que para el ciudadano es un ejercicio ilegal de la medicina.

Consideramos que los sujetos procesados en los casos anteriormente mencionados pueden invocar a su favor el ejercicio del derecho fundamental a la identidad cultural, reconocido en el artículo 2°, inciso 19° de la Constitución peruana, norma que descansa en la tolerancia y en el principio de igualdad de las culturas en una sociedad pluricultural como la peruana.

⁴⁵ Villa (1998:442; 2006:846.

⁴⁶ Meini, 2015:55.

Frente a ello, se explicó que el imputado puede invocar, a través de la defensa cultural, el respeto a su identidad o huella cultural, la cual fue quien condicionó su comportamiento, y no en el sentido que le preguntemos, por ejemplo al integrante de un pueblo originario, cuáles son sus razones para no seguir las pautas de la cultura mayoritaria. En ese sentido, la comprensión normativa ocupa reconocer que una cultura no puede juzgar y menos sancionar a los integrantes de otra cultura cuando los mismos ejercen sus costumbres o patrones culturales.

Asimismo, la defensa cultural puede invocar la figura del error de comprensión, regulado en el artículo 15° del Código Penal peruano, el cual excluye la culpabilidad, cuando el sujeto actuó no por la internalización de la norma de la cultura dominante, sino por su huella cultural; sin embargo, no es de ejercicio absoluto, posibilitando el citado artículo el castigo atenuado, cuando la posibilidad de no internalización se encuentra disminuida, lo cual opera cuando uno busca irrogarse señorío sobre la vida de los demás, invocando respeto a su cultura, por lo que, y volviendo al primer caso planteado, los que mataron a la persona que consideraron brujo, deberán ser castigados penalmente; en cambio, en el segundo caso, no habría sanción por ejercicio de la medicina folclórica, lo cual sin duda forma parte del contenido esencial del derecho a la identidad cultural.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Armaza, Julio. (2004). *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito* (Arequipa, Editorial Adrus).
- Bacigalupo, Enrique. (2002). *Técnica de resolución de casos penales*, 2da. Edición (Buenos Aires, Editorial Hammurabi).
- Bacigalupo, Enrique. (2004). *Derecho penal parte general* (Lima, Editorial Ara).
- Bovino, Alberto. (1989). Culpabilidad, cultura y error de prohibición. En: *Revista de Derecho Themis*, 15, pp. 31-36.
- Bustos, Juan. (2005). *Obras completas*, Tomo I (Lima, Editorial Ara).
- Carnevali, Raúl. (2007) El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno. En: *Revista Política criminal*, 3, pp. 1-28.
- Castillo, Alejandra. (2014). La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición. En: *Revista de Derecho*, XXVII(2), pp. 243-267.
- Ceballos, Pedro. (2005). El error de prohibición. Institución necesaria en la legislación penal ecuatoriana. En Universidad de Guayaquil (ed.), *Libro de ponencias del XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y criminología*, pp. 582-590.
- Cerezo, José (2006). La regulación del error de prohibición en los Códigos Penales español y peruano. En: Peña – Cabrera, A. (ed.), *Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, pp. 209-240.
- Constitución Política del Perú [Const.] (1993). Diario Oficial El Peruano.

- García, Percy. (2003). *Derecho penal económico parte general* (Lima, Editorial Ara).
- Hassemer, Winfried. (1984). *Fundamentos del Derecho penal* (Barcelona, Editorial Bosch).
- Hurtado, José. (1999). Pluralismo cultural y Derecho penal. El artículo 15 del Código Penal peruano. En Cancino, A. (ed.), *El Derecho penal español de fin de siglo y el Derecho penal latinoamericano*, pp. 479-497.
- Jakobs, Günther. (1997). *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (Madrid, Editorial Pons).
- Jakobs, Günther. (1997a). *Estudios de Derecho penal* (Madrid, Editorial Civitas).
- Jescheck, Hans. (1993). *Tratado de Derecho penal parte general* (Granada, Editorial Comares).
- Kindhäuser, Urs. (1996). *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- Kindhäuser, Urs. (2000). La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. En: *Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal*, 01, pp. 171-213.
- Luzón, Diego. (1999). *Curso de Derecho penal parte general I*, Primera reimpression de la primera edición (Madrid, Editorial Universitas).
- Luzón, José. (2000). *Compendio de Derecho penal parte general* (Madrid, Editorial Dykinson).
- Meini, Iván. (2015). Versus ¿Es posible hablar de error? El error culturalmente condicionado en el Perú. En: *Themis, Revista de Derecho*, 68, pp. 53-59.
- Mir, Santiago. (2005). *Derecho penal parte general*, 7ma. Edición (Buenos Aires, Editorial B de F.).
- Moccia, Sergio. (2003). *El Derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica* (Buenos Aires, Editorial B de F.).
- Muñoz, Francisco. García, Mercedes. (2004). *Derecho penal parte general*, 6ta. Edición (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- Parma, Carlos. (2001). El pensamiento de Günther Jakobs. En Parma, C. (ed.). *El pensamiento de Günther Jakobs. El Derecho penal del siglo XXI*, pp. 19-220.
- Peña Cabrera, Raúl. (1999). *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3ra. Edición (Lima, Editorial Grijley).
- Pérez, Abraham. (2021). *Pluralismo cultural y razonamiento judicial en los delitos culturalmente motivados* (tesis de posgrado). Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.
- Pérez, Miguel. (2000). Derecho penal y diversidad cultural. El condicionamiento cultural en el Derecho penal. Minorías étnico - culturales en Derecho penal. Mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú. En: *Revista de Derecho*, 15, pp. 241-257.
- Pérez, Oscar. (2012). Los delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración. En: *European journal of legal studies*, 05(1), pp. 65-95.
- Perú, Presidencia de la República. (08 de abril de 1991). Decreto Legislativo 635. Por el cual se publica el Código Penal. Diario Oficial El Peruano.
- Perú, Tribunal Constitucional. (27 de septiembre de 2005). Sentencia 0020-2005-PI/TC. [MP. César Landa Arroyo]

- Perú, Tribunal Constitucional. (11 de junio de 2008). Sentencia 006-2008-PI/TC. [MP. César Landa Arroyo]
- Quintero, Gonzalo. (2000). *Manual de Derecho penal parte general*, 2da. Edición (Navarra, Editorial Aranzadi).
- Roxin, Claus. (2000). Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal. En: *Revista Peruana de Doctrina Et Jurisprudencia Penal*, 01, pp. 335-357.
- Sanz, Nieves. (2014). Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16, pp. 1-49.
- Serrano, Alfonso. (1999). *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia. Acerca de su construcción* (Madrid, Editorial Dykinson).
- Villa, Javier. (1998). *Derecho penal parte general*, 2da. Edición (Lima, Editorial San Marcos).
- Villa, Javier. (2006). La culpabilidad. En Peña – Cabrera, A. (ed.). *Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, pp. 841-846.
- Villavicencio, Felipe. (2015). Versus ¿Es posible hablar de error? El error culturalmente condicionado en el Perú. En: *Themis, Revista de Derecho*, 68, pp. 53-59.
- Villegas, Myrna. (2012). Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y Derecho penal. En: *Revista de Derecho*, XXV(2), pp. 177-205.
- Welzel, Hans. (2002). *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (Buenos Aires, Editorial B de F).
- Welzel, Hans. (2003). *Estudios de Derecho penal* (Buenos Aires, Editorial B de F).
- Zaffaroni, Eugenio. Alagia, Alejandro. Slokar, Alejandro. (2000). *Derecho penal parte general* (Buenos Aires, Editorial Ediar).
- Zaffaroni, Eugenio. (2009). *Estructura básica del Derecho penal* (Buenos Aires, Editorial Ediar).