

# PLURALIDAD CULTURAL Y DERECHO PENAL

LUIS FRANCIA

## Presentación

La evolución en el campo criminológico ha llevado en la actualidad a que la denominada criminología crítica logre develar la real operatividad del sistema penal y mostrar sus auténticas características y funciones, las cuales se pueden resumir de modo general de la siguiente manera:

- El sistema penal es un subsistema funcional que reproduce material e ideológicamente (legítima) el sistema social global.
- El actuar del sistema penal muestra una alta selectividad, la que se manifiesta en dos niveles: en la criminalización primaria, mediante la selección como delitos en la ley penal de conductas que se producen fundamentalmente en las clases subalternas; y en la criminalización secundaria, mediante la dirección de las agencias del sistema penal hacia individuos pertenecientes en una gran mayoría a sectores populares.
- El sistema penal no logra en la realidad su proclamado fin de solucionar los conflictos, sino que origina conflictos y problemas mayores.
- La actuación del sistema penal no brinda seguridad a la población de acuerdo al discurso oficial, sino que por el contrario su actuar violento origina una gran cantidad de víctimas e inseguridad en la población<sup>1</sup>.

Las características mencionadas corresponden a la generalidad de los

---

<sup>1</sup> Véase Martínez, 1990, p. 3; también Yrigoyen, 1990, p. 6 y ss.

sistemas penales; sin embargo, los rasgos son más o menos acentuados, dependiendo de cada realidad. En una realidad social peruana marcada por una diversidad y heterogeneidad en todos sus niveles, y en específico por una pluriculturalidad, el actuar del sistema penal origina efectos negativos adicionales a los señalados, como: una marginación sociocultural de determinados sectores urbanos, y la existencia de lo que se puede denominar un colonialismo jurídico interno<sup>2</sup>.

El desencuentro existente entre una realidad pluricultural y un discurso jurídico oficial irreal nos lleva a detectar dos niveles de problemas existentes:

— Por una parte, la actuación del Estado frente a sistemas de regulación social y resolución de conflictos no oficiales, lo que guarda relación con un problema irresuelto luego de quinientos años de imposición cultural: el pluralismo jurídico.

— La actuación o reacción del derecho penal frente a los delitos cometidos por individuos con patrones culturales distintos a los expresados en el derecho penal oficial.

Sobre este último punto trata el presente texto. Como señalamos, se afirma la deslegitimación del sistema penal, pero a la vez constatamos su existencia y, sin negar la necesidad de una alternativa al derecho penal, se intenta ubicar dentro de una «dogmática crítica» como una forma a nivel «intrasistémico» de aminorar los efectos negativos del sistema penal<sup>3</sup>.

## I. La opción del Código Penal de 1924

El Código Penal (CP) de 1924 fue el primero que optó por un tratamiento diferenciado de los individuos en razón de la diversidad cultural existente en la población peruana; de ahí su importancia como antecedente del actual CP, y la necesidad de su revisión tanto a nivel jurídico penal como sobre su trasfondo de opción normativa.

<sup>2</sup> Martínez, 1990, p. 72 y ss.

<sup>3</sup> Para un claro entendimiento del término, véase Yrigoyen, 1992b, p. 98; además Clemente, 1991.

## 1.1 El tratamiento normativo

A diferencia del CP de 1862, el CP de 1924 tomó en cuenta las diferencias culturales existentes en la población peruana; tal diferencia se plasmó en la normatividad penal de la siguiente manera:

a) Art. 44.— Este artículo hacía referencia a los «salvajes», para los cuales se establecía el siguiente tratamiento:

— Si la pena era de prisión (dos días a veinte años) o penitenciaría (uno a veinte años), se sustituía por la colocación en una colonia penal agrícola hasta un máximo de veinte años.

— Luego de cumplidos los dos tercios de la condena se podía conceder la libertad condicional al individuo «si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse»; en caso contrario continuaría hasta el vencimiento de los veinte años o hasta que logre asimilarse a la vida civilizada y tenga una moral apta para conducirse.

b) Art. 45.— Este artículo se refería a los «indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo», para los que se establecía el siguiente tratamiento:

— La pena se les rebajaba en atención a su «condición especial».

— Si la pena era de prisión (dos días a veinte años), podía sustituirse por una medida de seguridad.

— Si la pena era de penitenciaría (uno a veinte años) o relegación (determinada de uno a veinte años o indeterminada), se podía sustituir por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor de veinte años.

Como indica la exposición de motivos del CP de 1991, el CP de 1924 trató los casos de delitos cometidos por «salvajes» e «indígenas semicivilizados» como un problema de imputabilidad dentro de la Teoría general del Delito. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad se concibe como las facultades tanto síquicas como físicas que requiere el individuo para po-

der ser motivado en su actuar por la norma penal<sup>4</sup>. Esta capacidad puede hallarse disminuida (imputabilidad relativa) o no existir (inimputabilidad). Los casos de afectación de esta capacidad son:

— Cuando el individuo no tiene la madurez suficiente (caso del menor de edad).

— Cuando el individuo sufre de alteraciones síquicas (caso de la enfermedad mental, idiotez, grave alteración de la conciencia).

Si analizamos los casos de los delitos cometidos por individuos con patrones culturales distintos al derecho oficial, observaremos que éstos no tienen un nivel de inmadurez, ni sufren de alteraciones síquicas; sin embargo, el CP de 1924 los trató como imputables relativos aplicándoles una represión prudente o medidas de seguridad de acuerdo a su «desarrollo mental», «grado de cultura» y «costumbres»<sup>5</sup>.

Hay una equivocación al tratar a personas con patrones culturales distintos a los del derecho oficial en la manera como lo hizo el CP de 1924; estos individuos no son de modo alguno menores de edad, enfermos mentales, idiotas, ni sufren una grave alteración de la conciencia. Como se aprecia incluso dentro de la Teoría general del Delito, el tratamiento normativo del CP de 1924 fue equivocado, es decir, incluso dentro del discurso jurídico penal este CP incurrió en un error al tratar la heterogeneidad cultural peruana. Dicha equivocación de tratar estos casos a nivel de la imputabilidad se mantuvo incluso en los proyectos del nuevo CP; así lo muestran los proyectos de setiembre de 1984 (art. 19), agosto de 1985 (art. 21) y abril de 1986 (art. 21).

Los tribunales peruanos, ante la injusticia que muestra el tratamiento del CP de 1924, vinieron en algunos casos actuando de manera flexible, ya sea absolviendo o atenuando la responsabilidad penal, teniendo en cuenta las costumbres, tradiciones, etc., de estos individuos<sup>6</sup>. Ejemplos de este actuar son los mencionados por Trazegnies<sup>7</sup>:

---

<sup>4</sup> Muñoz, 1990, p. 139 y ss.

<sup>5</sup> Hurtado, 1979, p. 69.

<sup>6</sup> Villavicencio, 1988, p. 190; Villavicencio, 1990, p. 71.

<sup>7</sup> Trazegnies, 1989, pp. 10-12.

- El caso del individuo acusado de violación por mantener relaciones sexuales con una menor de edad de acuerdo al matrimonio celebrado en una comunidad de la sierra (servinakuy). El tribunal, ante la injusticia del caso y al estar el individuo seis meses en la cárcel, optó por la aplicación del artículo 45, señalando una pena de seis meses de cárcel, logrando de esta manera su inmediata libertad.
- El caso de cuatro personas que matan a un brujo en una tribu de la selva porque según su racionalidad había originado la muerte de un familiar. Estas personas confesaron haber dado muerte al brujo y consideraban que ello no constituía delito. Al estar en la cárcel empezaron a perder peso y enfermarse gravemente, ante lo cual el tribunal usó una ingeniosa salida al ordenar a la policía buscar el cadáver en medio de la selva no logrando hallarlo. Así, al no hallarse el cadáver no podía acusarse por delito de homicidio y ordenaron la libertad inmediata de los acusados.

Estas soluciones, si bien loables, se hallan fuera de la lógica que señalaba el CP de 1924; son salidas a casos concretos ante la inexistencia de una solución realmente justa.

El tratamiento a nivel de la imputabilidad es criticado además por partir de criterios etnocéntricos<sup>8</sup>, al basarse en una supuesta supremacía de una cultura sobre las otras y al no reconocer la existencia de individuos normales pero con patrones culturales distintos a los del derecho penal oficial. La solución a estos casos en la actualidad, dentro de la Teoría general del Delito, se sitúa dentro del nivel de la culpabilidad<sup>9</sup> a través del denominado «error de comprensión culturalmente condicionado», el cual abandona la consideración de estos individuos como imputables relativos y los considera como inculpables.

## 1.2 La propuesta real del Código Penal de 1924

Toda norma jurídica responde a una propuesta sobre el tema o problema al

---

<sup>8</sup> Villavicencio, *ibid.*

<sup>9</sup> Villavicencio, *ibid.*

que intenta dar una solución o un determinado tratamiento. No hay forma de entender una norma en el vacío y sin que ella contenga una concepción, una valoración y una propuesta política, las cuales le dan un sentido y la sustentan. Los artículos 44 y 45 del CP de 1924 también esconden una real propuesta, la cual intentaremos encontrar a continuación.

a) En primer lugar, hay que buscar definir a los individuos a los que se refieren los términos «salvajes» e «indígenas semicivilizados».

— El artículo 44 menciona a los «salvajes»; según Hurtado Pozo<sup>10</sup>, el término señala a los 64 grupos etnolingüísticos que habitan en la selva. Ballón<sup>11</sup> señala que el término sirve para designar al hombre que no ha tenido relación alguna con la civilización occidental. Podemos señalar así que el término usado en este artículo se refería a los nativos habitante de la región amazónica.

— Por su parte, el artículo 45 menciona a los «indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo». Ballón<sup>12</sup> señala que el término designaba a quienes se hallaban en «tránsito» hacia la «occidentalización», a la población ubicada en lugares de contacto o influencia con la sociedad occidental. Por su parte, Hurtado Pozo<sup>13</sup> afirma que el término hacía referencia al campesino y/o pastor andino que vive en el mundo rural y que no era hispanohablante o alfabeto. Concluimos señalando que el artículo 45 designaba a los indígenas de la costa y de la sierra que se hallaban en una situación intermedia entre el «salvaje» y el «civilizado» (término que utiliza el artículo 44).

b) En base a lo señalado anteriormente, podemos indagar por la concepción que tenía el CP de 1924 sobre la sociedad peruana y los habitantes que la componían.

En primer lugar, observamos que se concibe una división de la sociedad en hombres salvajes, semicivilizados y civilizados (este último sería el

<sup>10</sup> Hurtado, 1979, p. 72.

<sup>11</sup> Ballón, 1980, p. 71.

<sup>12</sup> Ballón, 1980, p. 71.

<sup>13</sup> Hurtado, 1979, p. 69.

pertenciente a la cultura occidental). Tras esta concepción se encuentra la aceptación de lo que Aráoz<sup>14</sup> denomina el *modelo de desarrollo unilineal*, el cual propone que todas las sociedades siguen una evolución unilineal inevitable. De esta manera, toda sociedad pasaría por tres etapas en su desarrollo: el salvajismo, la barbarie y la civilización (que sería la sociedad occidental). Por su parte, Benítez<sup>15</sup> denomina a esta concepción *evolucionismo sociológico o falso evolucionismo*, por intentar aplicar a hechos sociales idéntico tratamiento que a los hechos biológicos. No se puede comparar la evolución biológica con la evolución de las sociedades.

La idea de que todas las sociedades han de seguir un único camino en su desarrollo es falsa y sirve solamente para proclamar con un supuesto saber científico la supremacía de una sociedad, creándose una jerarquía entre las sociedades y proclamándose un modelo a seguir por las demás. Habría que preguntarse el por qué aceptar como válida una teoría producida justamente por la sociedad que la utiliza para afirmar su superioridad sobre las demás.

Este modelo de desarrollo unilineal ha sido desvirtuado en la actualidad, reconociéndose que cada sociedad tiene un propio modelo de desarrollo. Cada sociedad sigue una evolución de acuerdo a sus recursos y valores; esto es lo que afirma el *modelo de desarrollo multilineal*. Por lo tanto, es inaceptable actualmente hablar de sociedades o culturas salvajes o bárbaras, o señalar que una sociedad es «la sociedad civilizada» y el modelo a seguir en el desarrollo de las demás.

c) El concebir a las sociedades e individuos como clasificables en salvajes, semicivilizados y civilizados, conlleva a un nivel axiológico o valorativo al tener que afirmar la existencia de un tipo de sociedad y un tipo de hombre que al hallarse en el nivel más alto de la evolución se hallan en una relación de supremacía sobre los demás. Tenemos así sociedades superiores e inferiores, a la vez que hombres superiores e inferiores.

La posición que asumió el CP de 1924 sobre la heterogeneidad cultural origina la idea de seres superiores e inferiores, idea errada ya que no po-

---

<sup>14</sup> Aráoz, 1991, p. 7 y ss.

<sup>15</sup> Benítez, 1988, p. 144 y ss.

demos aceptar la existencia de esa superioridad e inferioridad. Sin embargo, sí podemos señalar que existen individuos diferentes por pertenecer a sociedades y culturas diferentes. La concepción del CP de 1924 era, así, etnocéntrica; proclamaba falsamente la superioridad de la sociedad occidental sobre las demás, y también falsamente la superioridad del hombre occidental. Hay en esta opción una forma perversa de intentar dar una supuesta base científica a una realidad de dominación y sometimiento cultural (que se expresa también en el plano político, económico y social). Era una manera de legitimar un modelo autoritario y antidemocrático.

d) A partir de una concepción etnocéntrica, se llega, en un nivel de propuesta política, a tener una opción asimilacionista; si la sociedad occidental es el modelo al que ha de llegar el resto, la labor del derecho penal es ayudar a que los individuos abandonen sus patrones culturales y se asimilen a la cultura occidental (esto se expresa sobre todo en el artículo 44). Se busca eliminar el resto de culturas, homogenizar la población eliminando las diferencias; el CP de 1924 esconde una política etnocida y violatoria del derecho a la autonomía cultural, a la diferencia e identidad cultural.

La propuesta de un etnocidio planificado no puede verse ajena de una propuesta política que significa la reafirmación de una política de dominación y marginación que tiene efectos, no sólo en el plano jurídico, sino también en lo social, económico, político y cultural. La propuesta oculta no sólo significa la violación de mínimos principios de derechos humanos en cuanto al respeto de las autonomías culturales y a la identidad cultural, sino que implica una opción globalmente antidemocrática que significa la dominación, marginación y segregación de importantes sectores de la población peruana, los cuales no son minorías en modo alguno, numéricamente hablando.

Por todo lo demostrado hasta ahora podemos afirmar que la opción sobre el tratamiento de los delitos cometidos por individuos con patrones culturales distintos a los del derecho oficial, que asumió el CP de 1924, fue equivocada e injusta. El tratamiento sobre la heterogeneidad cultural de los artículos 44 y 45 se sustentaba en una opción antidemocrática y autoritaria.



## II. El Código Penal de 1991. El error de comprensión culturalmente condicionado

La exposición de motivos del CP de 1991 señala que éste reconoce la heterogeneidad cultural sin recurrir a la terminología despectiva usada por el CP de 1924. La forma que se usa es un tipo especial de error que se conoce en la doctrina penal como el *error de comprensión culturalmente condicionado*. Para poder ubicar y entender correctamente esta forma de error debemos situarnos dentro de la Teoría general del Error en el derecho penal, la cual ha abandonado la antigua clasificación entre error de hecho y de derecho por la dificultad de hallar una clara diferencia, adoptando la clasificación de *error de tipo* y *error de prohibición*<sup>16</sup>. Además hay que tener en cuenta el *error de comprensión*, que si bien puede en algún modo asimilarse al error de prohibición y tener igual consecuencia que éste, será tratado de una manera particular.

### 2.1 Error de tipo

Nos hallamos frente a esta forma de error cuando se tiene una conducta que se adecúa perfectamente a la descripción objetiva del tipo penal pero existe en el individuo actor de dicha conducta un desconocimiento o un falso conocimiento de alguno o todos los elementos que integran el tipo objetivo. Se puede decir que el individuo «no sabe lo que está haciendo», en el sentido que no sabe que está realizando una conducta descrita en una norma penal (no confundiendo los niveles de tipicidad y culpabilidad), debido a que desconoce o conoce defectuosamente los elementos que integran el tipo objetivo. Para poder entender con mayor claridad pongamos un ejemplo: un cazador en medio del bosque dispara contra lo que cree es un venado, pero en realidad lo hace contra un compañero de cacería. En este caso, si bien la conducta del individuo se encuadra objetivamente en la descripción del artículo 106 del CP, él no sabía que mataba a una persona sino que creía que mataba a un venado. El mismo caso se da cuando un individuo, cansado de los ladridos del perro de su vecino, decide matar al animal y durante la no-

---

<sup>16</sup> Para este punto se sigue el esquema finalista, el cual divide en tres los niveles de análisis: tipicidad (incluye dolo y culpa), antijuridicidad y culpabilidad (reprochabilidad).

che se acerca a la caseta del perro y dispara contra ella creyendo que ahí se hallaba el animal, pero infortunadamente ese día el hijo menor del vecino se había quedado dormido en la caseta del perro.

La consecuencia penal de este error es la exclusión del dolo (conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo); si el error es evitable se pena el hecho como delito culposo, de existir una figura culposa en el CP. Si el error es inevitable el hecho será atípico por inexistencia del tipo subjetivo y por lo tanto no existirá delito.

## 2.2 Error de prohibición

En tanto el error de tipo se halla en el nivel de la tipicidad, el error de prohibición se halla en el nivel de la culpabilidad (entendida como el reproche que se hace al autor de una conducta típica y antijurídica). Zaffaroni<sup>17</sup> señala que esta forma de error recae sobre la antijuridicidad de la conducta; en este caso el individuo sí conoce la conducta que realiza pero erróneamente cree que no atenta contra el ordenamiento penal. La consecuencia varía según sea un error evitable, en que se atenúa la pena, o sea un error inevitable, en que se elimina la culpabilidad y con ella la sanción penal. Esta forma de error puede a su vez ser dividida<sup>18</sup> de la siguiente manera:

### 2.2.1 Error de prohibición directo

Es aquel que recae sobre la norma prohibitiva<sup>19</sup>, afectando el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. El autor de la conducta cree que su conducta se halla prohibida por una norma penal, y considera que su conducta no es antijurídica (cree que no va contra el ordenamiento penal). Ejemplo: la mujer que se somete a un aborto desconociendo que éste se prohíbe en el derecho penal peruano. Como se aprecia, el error recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva.

---

<sup>17</sup> Zaffaroni, 1990a, p. 543.

<sup>18</sup> La clasificación seguida es tomada de Zaffaroni (ver Zaffaroni, 1990a), así como de Muñoz Conde (ver Muñoz, 1990). Sin embargo hay otras clasificaciones.

<sup>19</sup> Zaffaroni, 1990a, p. 544.

### 2.2.2 Error de prohibición indirecto

Aquel error que se da cuando recae sobre la permisividad de la conducta<sup>20</sup>. En este caso el autor de la conducta es afectado en el conocimiento de la antijuridicidad, porque:

a) Supone erróneamente que la ley penal otorga un permiso para la realización de conducta, pero en verdad tal permiso no existe. Ejemplo: la mujer que cree que la ley penal otorga un permiso para el aborto en el caso de violación.

b) Supone erróneamente que se halla objetivamente ante una causa de justificación reconocida por la ley, pero en verdad el supuesto de esta justificación no se ha dado. Ejemplo: el individuo que dispara contra otro creyendo que éste lo iba a matar. A esta forma de error se denomina también justificación putativa.

En los casos de error de prohibición señalados nos hallamos frente a errores que afectan el conocimiento de la antijuridicidad, que afecta el conocimiento de la norma penal; ya sea que se ignore su existencia, se crea en la existencia de una norma permisiva, o se crea estar en el supuesto de una norma permisiva. Tradicionalmente los autores se han referido solamente a estas formas de error<sup>21</sup>; sin embargo, desde la realidad latinoamérica se ha plantado una forma de error que no se refiere al conocimiento de la norma sino a su comprensión; Zaffaroni desarrolla teóricamente esta forma de error<sup>22</sup>. Si bien en alguna manera se puede considerar al error de comprensión como una forma especial del error de prohibición, y tener ambos los mismos efectos, para un mejor desarrollo y entendimiento se lo considera como una forma independiente de error<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Por ejemplo, ver Bustos, 1989; Bacigalupo, 1988; Gurruchaga, 1989; y Muñoz, 1990.

<sup>22</sup> Véase Zaffaroni, 1982; Zaffaroni, 1990a; además Benítez, 1988.

<sup>23</sup> Hasta donde sabemos, la razón por la que Zaffaroni desarrolla el error de comprensión como forma del error de prohibición se debe a que el CP argentino no recoge el error de comprensión. El CP de 1991 sí recoge en normas distintas ambos supuestos: art. 14 segundo párrafo (error de prohibición) y art. 15 (error de comprensión).

## 2.3 Error de comprensión

Para que el derecho penal pueda declarar culpable a un individuo, éste debe tener no sólo la posibilidad efectiva de conocer la norma penal, sino también la posibilidad de una efectiva comprensión de la norma penal y con ello comprender la antijuridicidad de su conducta. Por comprensión entendemos el proceso mental que se inicia con el conocimiento y finaliza con la internalización o introyección de la norma; comprensión es, de esta manera, conocimiento e internalización.

En los casos de error de prohibición el individuo no conoce o conoce defectuosamente la norma, lo que al final lo lleva a la no comprensión de su conducta. Pero hay casos en que el individuo conoce la prohibición de la norma y la falta de una norma permisiva, pero al cual el derecho penal no puede exigir una efectiva comprensión; en estos casos nos hallamos ante un error de comprensión. La no exigibilidad del derecho penal se debe a que el individuo se halla afectado en su posibilidad de comprensión. Esta dificultad hace que el individuo se encuentre en un nivel de desigualdad frente a quienes no sufren esta dificultad, en tanto para lograr esta comprensión tendría que realizar un esfuerzo mental mucho mayor que quienes no tienen dificultad alguna; incluso en algunos casos por más que lo intentasen no lograrían la comprensión señalada. El error de comprensión se puede dividir a su vez en:

### 2.3.1 La conciencia disidente (llamada también conciencia errada o autoría por conciencia)

En este caso la dificultad en la comprensión se debe a que el individuo siente su obrar como resultado de un patrón general de valores distintos a los del derecho penal oficial. Sin embargo, si aceptásemos que el derecho penal pueda quedar en manos de la conciencia individual, se corre el riesgo de que cualquier persona pueda alegar que actuó bajo un error de comprensión porque sus valores son distintos a los del derecho penal oficial; de ahí la importancia de puntualizar que la conciencia disidente se da cuando el sujeto «experimenta como un deber de conciencia de cometer el injusto»<sup>24</sup>, es de-

---

<sup>24</sup> Zaffaroni, 1982, p. 199.

cir, que sus valores le exigen no obedecer la norma penal. No podemos comparar a quien experimenta esta exigencia de desobediencia con aquel que asume normalmente los valores del derecho penal oficial. Zaffaroni señala que el que actúa por conciencia disidente «realiza un esfuerzo mayor para evitarlo (la comisión del injusto penal) que el correspondiente a quien comete el injusto sin experimentar esa vivencia»<sup>25</sup>.

Pongamos un ejemplo para clarificar: el esposo, «testigo de Jehová», quien luego de que su esposa se halla desangrando por el parto omite prestarle auxilio, no llevándola al hospital para que se le realice una transfusión de sangre porque él y su esposa, de acuerdo a sus creencias religiosas, tienen prohibida la transfusión de sangre por considerarse una grave falta contra su fe, además de tener una fuerte creencia en el poder de la oración para la curación.

La consecuencia penal de la conciencia disidente o autoría por conciencia será, siempre, al menos una causa de disminución de la culpabilidad<sup>26</sup>. Siempre, se disminuye la culpabilidad y con ella la sanción penal; en ningún caso se elimina la culpabilidad.

Si la conciencia disidente sólo atenúa la culpabilidad, hay que preguntarse si no existe algún caso de error de comprensión que excluya la culpabilidad. La respuesta es afirmativa y en este caso hablaremos de una dificultad de comprensión tan grande que imposibilita la comprensión: es el caso del error de comprensión culturalmente condicionado.

### 2.3.2 Error de comprensión culturalmente condicionado

Tiene su origen en el condicionamiento cultural del individuo<sup>27</sup>. Si la conciencia disidente origina una dificultad en la comprensión por la existencia de un patrón general de valores distintos a los del derecho penal oficial, en el error de comprensión culturalmente condicionado la dificultad se debe a

---

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> El condicionamiento cultural origina a su vez tres formas de error que se desarrollan más adelante.

que «el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta a la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura»<sup>28</sup>. Por esta razón no puede internalizar, no puede comprender la antijuridicidad de su conducta aun cuando conozca la norma. Por ello, el derecho penal no puede exigir la internalización de la norma penal.

El derecho penal no puede ni debe penar a un habitante con patrones culturales distintos a los del derecho penal oficial. Un tratamiento sin tener en cuenta el condicionamiento cultural, deviene en injusto ya que no se puede tratar a desiguales como iguales. La exigibilidad de comprensión no puede ser idéntica para aquellos individuos que asumen los patrones y valores del derecho penal oficial y los que se han desarrollado con patrones y valores culturales distintos.

Zaffaroni<sup>29</sup> señala que la regla en cuanto a las consecuencias penales es que sea un error inevitable de prohibición que elimina la culpabilidad. El error de comprensión culturalmente condicionado es una combinación de un error de comprensión con lo que se denomina un error culturalmente condicionado; por ello, para poder tener un entendimiento completo del mismo hay necesidad de revisar este error culturalmente condicionado.

## **2.4 Error culturalmente condicionado**

Es aquel que proviene del conocimiento cultural del individuo; es decir, todo aquel que se origina a partir de que el individuo tiene un patrón de pautas culturales distinto al del derecho penal oficial. Este condicionamiento cultural no sólo puede presentarse a un nivel de la comprensión de la antijuridicidad, como se ha visto, sino también a un nivel de la tipicidad y del conocimiento de la antijuridicidad. Por lo que se puede hablar de tres formas de error culturalmente condicionado.

### **2.4.1 Error de tipo culturalmente condicionado**

Cuando el error sobre los elementos que conforman el tipo objetivo provie-

---

<sup>28</sup> Zaffaroni, 1990a, p. 550.

<sup>29</sup> *Ibidem*. De la misma opinión es Benítez, 1988, p. 172.

ne del condicionamiento cultural del individuo, un caso es el error sobre la causalidad originado por el condicionamiento cultural. Ejemplo: en zonas del altiplano existe la creencia de que para «quitarle el diablo» a un individuo se le ha de someter a una golpiza, lo que muchas veces origina la muerte del paciente<sup>30</sup>. En este caso no hay intención de cometer un homicidio sino de curar al paciente; cuando se golpea no se cree que se pueda originar la muerte, no se concibe una relación de causalidad entre la golpiza y la muerte; por lo tanto, no hay dolo. Pensamos que este caso es un error de tipo inevitable y, por tanto, atípico el hecho.

### **2.4.2 Error de prohibición culturalmente condicionado**

Cuando el error sobre la norma penal, sobre la antijuridicidad al no conocer acertadamente la norma, se origina por el condicionamiento cultural del individuo. Ejemplo: en la cultura Ahuca (Ecuador) se cree que el hombre blanco los matará apenas los vea, por lo que en una forma de defensa estos individuos se adelantan y matan al hombre blanco<sup>31</sup>. En el caso estamos ante una defensa putativa; se cree actuar en legítima defensa debido a un condicionamiento cultural.

### **2.4.3 Error de comprensión culturalmente condicionado**

La afectación en la comprensión de la norma penal se origina por el condicionamiento cultural. Para clarificar este error mencionaremos algunos ejemplos.

El caso del servinakuy, el matrimonio andino que se celebra incluso con menores de edad y que ha llevado en muchos casos al juzgamiento por el delito de violación a algunos individuos. En la casi totalidad de casos el individuo conoce la existencia de la norma penal que sanciona la relación sexual con una menor. Sin embargo, dentro de la cultura andina no sucede lo mismo.

---

<sup>30</sup> Zaffaroni, 1990a, p. 551.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

Zaffaroni<sup>32</sup> menciona un ejemplo que nos ayuda a ver este error desde el otro punto de vista. Si visitamos a un esquimal en su aldea, de acuerdo a su cultura nos ofrecería a su mujer perfumada en orines; es claro que la rechazaremos aunque conozcamos que el rechazo implica una injuria. Como señala Zaffaroni, el juez esquimal no podría exigirnos la comprensión de la norma esquimal, no la podríamos internalizar aun cuando la conozcamos. Supongamos además que nuestro amable esquimal, ante la injuria recibida, decida lavar su honra y matarnos. También en este caso él habrá actuado dentro de un error culturalmente condicionado, ya que según su cultura estaría en su derecho de matarnos (lo que no obsta para que podamos actuar en legítima defensa). Ambos casos serían ejemplos del error de comprensión culturalmente condicionado, y toda sanción penal devendría en injusta.

En los casos de administración de justicia por mecanismos de resolución de conflictos no oficiales, como comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas<sup>33</sup> y rondas urbanas, según el derecho penal oficial se cometerían delitos contra la administración de justicia, contra la libertad individual al detener sin mandato judicial, contra la salud en el caso de lesiones por los castigos, etc. Es claro que en la mayoría de casos se conoce la existencia de normas penales que prohíben este actuar; sin embargo, se realiza el accionar de estos mecanismos de regulación social y resolución de conflictos no oficiales.

Como señalamos anteriormente, la consecuencia penal es la de un error de prohibición inevitable (al igual que el error de prohibición culturalmente condicionado), eliminándose la culpabilidad.

En el caso de supuesto de cualquier error culturalmente condicionado, siempre es inevitable y por lo tanto no sancionable penalmente.

---

<sup>32</sup> Zaffaroni, 1990a, p. 549.

<sup>33</sup> Con el nombre de rondas campesinas designamos a las organizaciones autónomas, creadas voluntariamente por los campesinos, en especial en las zonas de Cajamarca y Piura, si bien existen en otras localidades. Hay que diferenciar las mencionadas de otras organizaciones que toman su nombre, muchas veces creadas por las fuerzas militares como fuerzas contra la subversión. En la actualidad se confunden y se usa el término indiscriminadamente, por lo que hay que tener cuidado en señalar que las rondas campesinas realizaron tal o cual acción. Para un entendimiento de las rondas campesinas, véase Yrigoyen, 1991; e Yrigoyen, 1992c.



Finalmente, sobre este punto hay que señalar que el concebir el condicionamiento cultural como un error desde el derecho penal oficial es loable y una búsqueda de justicia; pero no hay que olvidar que son errores desde el punto de vista del derecho penal oficial, ya que en realidad tanto el individuo que tiene relaciones sexuales con una menor por el servinakuy, como el esquimal, el habitante del altiplano, los miembros de la cultura Ahuca, etc., no actúan por un error, sino que lo hacen de acuerdo a sus patrones culturales. Por ello, se puede afirmar que si bien la concepción del error de comprensión culturalmente condicionado es una búsqueda de justicia, aún es una visión etnocéntrica en tanto considera como un error la actuación de un individuo según sus patrones culturales. La eliminación de una visión etnocéntrica significaría el reconocimiento de todo pueblo y todo individuo a una identidad y autonomía cultural; el reconocimiento del elemental derecho a la diferencia.

### **III. Alcance real del artículo 15 del Código Penal de 1991**

La exposición de motivos del CP de 1991 señala que el artículo 15 sirve para reconocer la heterogeneidad cultural de la sociedad peruana mediante el error de comprensión culturalmente condicionado, el cual significaría un avance con respecto al tratamiento del CP de 1924 en tanto no se utiliza una terminología despectiva y tampoco se resuelve el problema a nivel de la imputabilidad. Este artículo 15 no significa el reconocimiento de los diversos mecanismos de regulación social y resolución de conflictos no oficiales; no significa el reconocimiento del pluralismo jurídico. Este artículo solamente es una forma de «filtro» del derecho penal para evitar el castigo a individuos que cometen delitos debido a tener patrones culturales distintos a los expresados en el derecho penal oficial. El reconocimiento del pluralismo jurídico es la meta hacia la que se aspira, y el artículo 15 un pequeño avance hacia dicha meta.

Dentro del avance que significa el artículo 15 del CP hay la necesidad de determinar claramente el alcance de la norma penal. Es necesario que la interpretación que se siga sobre este artículo sea concordante con un rechazo a una concepción del modelo de desarrollo unilineal, a una valoración que jerarquiza a los hombres, y a una propuesta política asimilacionista y

etnocida. Frente al artículo 15 del CP se plantean dos posibles interpretaciones.

### 3.1 Primera interpretación

Que es la que surge de la exposición de motivos del CP. Según ésta el artículo 15 contendría solamente la figura del error de comprensión culturalmente condicionado. Este error podría ser graduado de tal manera que cuando la posibilidad de comprensión se halle imposibilitada se eximirá de pena y cuando solamente se encuentre disminuida se atenuará la pena.

Antes de realizar la crítica a esta interpretación hay que recordar que una exposición de motivos no es fuente vinculante en la interpretación de las normas de un código. Cuando la norma es emitida tiene, por así decir, una vida propia, ajena a la voluntad del legislador.

En primer lugar, si aceptáramos esta interpretación iríamos en contra de la doctrina que hemos venido siguiendo, la cual unánimemente señala que ante un error de comprensión culturalmente condicionado la pena se excluye al no haber culpabilidad por ser este error siempre un supuesto de error invencible. El habitante de otra cultura no tiene como evitar el error y el derecho penal no puede exigirle dicha comprensión.

Son importantes también las objeciones que a la posibilidad de graduar el error de comprensión culturalmente condicionado hace Benítez<sup>34</sup>. Se señala que al concebir situaciones intermedias entre individuos que se hallan en una imposibilidad de comprensión y aquellos que no tienen dificultad alguna para la comprensión, tendríamos la gran dificultad de que es imposible medir de forma cuantitativa los grados de aculturación; es imposible establecer una escala de aculturación, no hay forma de medir el abandono de los patrones culturales autóctonos y la asunción de patrones culturales ajenos. Además, el proceso de aculturación no es parejo en todos los campos de la personalidad; se puede asumir patrones culturales en algún campo de la personalidad mientras que en otros puede no haber cambio alguno; esto hace imposible crear formas claras de medir la aculturación.

---

<sup>34</sup> Benítez, 1988, p. 172.

Se menciona además que el afirmar la posibilidad de graduar la aculturación implica revivir ocultamente con otro nombre y con otro supuesto saber científico la clasificación de hombres y sociedades en salvajes, semicivilizados y civilizados. Significaría nuevamente el planteamiento del modelo unilineal de desarrollo, afirmar la superioridad de un tipo de sociedad y de hombre, y asumir nuevamente una propuesta política asimilacionista y etnocida. La interpretación que criticamos sería un reacomodo de un «discurso perverso», una nueva forma de relegitimar el accionar del sistema penal en estos casos. Si bien no se usan términos degradantes como el CP de 1924, su trasfondo es el mismo; si bien ya no se trata a estos individuos como menores de edad o deficientes síquicos (imputabilidad), sino como inculpables, los efectos son los mismos.

Hay que rechazar esta primera interpretación y no caer en el engaño o ilusión a que nos puede llevar el «maquillaje» de un sistema penal ilegítimo. No existe razón alguna para que el derecho penal se irroge el derecho a penar a individuos con patrones culturales distintos a los contenidos en el derecho penal oficial. Si nos preguntásemos ¿por qué penar? y ¿para qué penar?, no encontraríamos una respuesta válida, salvo la que afirma que existe la necesidad de asimilar a los individuos de otras culturas al modelo occidental del derecho penal oficial. Esta respuesta implica el no respeto del derecho elemental de todo individuo y toda sociedad al respeto de su autonomía e identidad cultural. Una propuesta concordante con una sociedad democrática sin ningún tipo de imposición o autoritarismo ni etnocentrismo, nos lleva a rechazar esta primera interpretación.

### 3.2 Segunda interpretación

El artículo 15 no contiene solamente la figura del error de comprensión culturalmente condicionado, sino que también regula el caso de la conciencia disidente. En el primer caso se excluye la culpabilidad y toda sanción penal; en el segundo solamente se disminuye la culpabilidad y la sanción penal.

Esta interpretación es concordante con la doctrina que hemos seguido en el presente texto; a la vez guarda relación con una propuesta que rechaza la asimilación del resto de culturas a la cultura occidental como propuesta política. En ningún caso el derecho penal oficial penará a personas que ha-

yan cometido un hecho delictivo en razón de un patrón general de valores culturales distintos a los del derecho penal oficial.

Cuando el artículo 15 señala que quien por sus costumbres comete un hecho delictuoso, sin poder comprender totalmente que dicho acto es un delito, cuando su capacidad de comprensión se halla solamente disminuida, estaremos ante el supuesto de la conciencia disidente y de acuerdo al mismo artículo 15 solamente se atenuará la culpabilidad y la sanción penal.

Cuando el mismo artículo señala que quien por su cultura no puede comprender el carácter delictuoso de su acto, estaremos ante el supuesto del error de comprensión culturalmente condicionado; en este caso se eliminará la culpabilidad y la sanción penal.

Son los términos «costumbre» y «cultura» los que señalan la diferencia a tomar en cuenta para determinar si nos encontramos ante un caso de conciencia disidente o de error de comprensión culturalmente condicionado. El término cultura señala que el individuo se ha desarrollado con patrones culturales distintos a los del derecho penal oficial y por ello está imposibilitado para la comprensión de la norma penal. En cambio, cuando se menciona a la costumbre se señala a un conjunto de patrones y valores que tiene el individuo, los que originan una exigencia de no obediencia a la norma penal. En este caso sólo hay una disminución en la capacidad de comprensión; el ejemplo del «testigo de Jehová» nos ayuda a entender el caso. Hay que tener cuidado para diferenciar ambos supuestos; como línea de interpretación hay que tener en cuenta que el derecho penal oficial no tiene razón para penar a individuos con patrones culturales distintos.

Después de rechazar la primera interpretación, aceptamos esta segunda por considerarla acorde con la doctrina seguida y por corresponder con una línea que opta por una sociedad democrática, respetuosa del derecho a la diferencia; es una forma de disminuir el ámbito de aplicación y ejercicio del sistema penal, así como de disminuir el actuar violento del sistema penal y sus efectos negativos ya señalados.

Un punto hasta ahora no tratado, pero de importancia, es el tratamiento normativo del error de tipo culturalmente condicionado y del error de prohibición culturalmente condicionado. Respecto al primero, se halla a nuestro entender regulado por el primer párrafo del artículo 14 del CP y es

un caso de error de tipo inevitable o invencible, por lo que el hecho es atípico no constituyendo delito. Con respecto al segundo, se halla regulado en el artículo 14 segundo párrafo del CP y es un caso de error de prohibición invencible, por lo tanto no hay culpabilidad ni delito alguno. Como apreciamos en todos los casos de error culturalmente condicionado, éste es invencible; en ningún caso existe delito ni sanción penal.

## **IV. Dificultades en la aplicación del artículo 15**

Aun con el avance del artículo 15 existen algunos problemas, los que se pueden dividir en dos niveles.

### **4.1 Nivel normativo procesal**

Como señala Zaffaroni<sup>35</sup>, en América Latina la realidad del preso sin condena hace que la prisión preventiva se haya convertido en la real condena, y la sentencia sea solamente una forma de revisar la real condena que ha sufrido el acusado. El tiempo que tiene que soportar en la cárcel hace que el individuo que es declarado inocente se pregunte qué clase de justicia es la que lo obliga a tener que sufrir junto con su familia todos los efectos deteriorantes de la cárcel y de todo proceso penal. En el caso de individuos con patrones culturales distintos a los del derecho penal oficial, estos efectos negativos se agravan. El error de comprensión culturalmente condicionado se ha de probar en el proceso y entre tanto el individuo esperará en la cárcel si se ha dictado mandato de detención. Teniendo en cuenta la realidad procesal peruana (muy similar al resto de países de Latinoamérica), el tiempo de cárcel preventiva, mientras se dicta sentencia, será igual o mayor en muchos casos que el tiempo de cárcel al que hubiese sido condenado de haber sido hallado culpable. En realidad sí se estaría penando (aunque no formalmente). Lo que hay que buscar es que estos individuos no sufran las consecuencias del proceso penal; que no sean criminalizados.

Hay una deficiencia en la aplicación del artículo 15. Esto podría ser solucionado mediante la inclusión a nivel procesal de una excepción para

---

<sup>35</sup> Zaffaroni, 1991.

los casos de todo tipo de error culturalmente condicionado, es decir, que englobe supuestos de error de tipo culturalmente condicionado, error de prohibición culturalmente condicionado y error de comprensión culturalmente condicionado.

En tanto se logran cambios normativos, hay algunas posibilidades de lograr que estos individuos no sean gravemente afectados por un proceso penal:

— En cuanto al error de tipo culturalmente condicionado, se podría plantear una excepción de naturaleza de acción según el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales. En cuanto a esta misma excepción existen algunas opiniones que señalan que no sólo corresponde ante casos de atipicidad, sino que el término «no justiciable» incluye, además de los casos de excusas absolutorias o condiciones objetivas de punibilidad, los casos como error culturalmente condicionado. Además, hay que tener en cuenta que la Teoría de los Elementos negativos de Tipo amplía los casos de error de tipo a los casos de un error sobre los presupuestos de las causas de justificación (según la teoría finalista mayoritaria este error sobre los presupuestos de las causas de justificación determina una justificación putativa que es resuelta como una forma de error de prohibición indirecto).

— En los casos de los supuestos de error culturalmente condicionado y de error de prohibición en general, hay una afectación en la culpabilidad. En estos casos opinamos que existe la posibilidad de usar el artículo 2 del Código Procesal Penal (vigente desde 1991). El mencionado artículo 2 introduce en la normatividad penal lo que la doctrina procesal penal denomina *criterios de oportunidad*<sup>36</sup>. En el inciso 1 se norma el caso de la «auto-víctima», el autor de un hecho delictivo que con ocasión de este hecho resulta afectado directa y gravemente de tal manera que la pena resulta inapropiada. El inciso 2 menciona los casos de los delitos de bagatela o insignificantes, además delitos poco frecuentes. En estos casos el Ministerio Público puede, con el consentimiento del imputado, abstenerse de iniciar la acción penal. Si bien en general se afirma que los criterios de oportunidad solamente son para los delitos de bagatela, de poca importancia, etc., opina-

---

<sup>36</sup> Sobre los «criterios de oportunidad» véase Maier, 1985; Maier 1992; y Sánchez, 1992.

mos que la fórmula legislativa plasmada en el artículo 2 va mucho más allá; el mismo inciso 1 puede recaer sobre delitos graves. Por ello, en el caso del inciso 3 se norma el supuesto de una contribución mínima en la perpetración del delito, y también cuando la culpabilidad del individuo sea mínima. Si concebimos la culpabilidad como el reproche que se hace al autor de una conducta típica y antijurídica cuando le era exigible su no realización, tendremos que los casos en que la culpabilidad se halla disminuida son: los casos de inimputabilidad, la imposibilidad de exigencia de otra conducta al individuo, y finalmente la culpabilidad puede hallarse disminuida o no existir en los casos en que se afecte el conocimiento y comprensión de la antijuridicidad, es decir, en los casos de error de prohibición y error de comprensión. Por lo tanto, somos de la opinión que el inciso 3 otorga la posibilidad al Ministerio Público de abstenerse de iniciar la acción penal en los casos de error de prohibición y error de comprensión. El uso concordado de los artículos 14 segundo párrafo y 15 del CP, y artículo 2 inciso 3 del Código Procesal Penal, da esta posibilidad de evitar la afectación del individuo por la cárcel mientras dura el proceso. Este artículo 2 es una forma de que el sistema penal, en sí selectivo, seleccione los delitos más graves y se dedique a ellos, dejando al fiscal la posibilidad de no iniciar la acción penal en los casos en que al final vea y considere que es innecesario o que al final del proceso se va a dictar una sentencia exculpatoria por error sobre el conocimiento o comprensión de la antijuridicidad.

— En el caso de los jueces, queda en su potestad y dentro de los límites legales el no dictar en estos casos prisión preventiva.

## **4.2 Nivel de la criminalización secundaria**

La criminalización primaria (selección de conductas que serán consideradas como delitos, por el legislador) da el marco de referencia para que las agencias del sistema penal actúen (criminalización secundaria). Sin embargo, hay que reflexionar en que la criminalización primaria tiene mucho de efecto simbólico y legitimador, pero en verdad es mediante la criminalización secundaria (selección de los delitos por las agencias del sistema penal: policía, fiscales, jueces, etc.) que se dan los reales efectos del sistema penal y en donde se nota con mayor fuerza el nivel de selectividad propio del sistema penal. Incluso, en el accionar estas agencias penales van mucho más allá de donde señalan las normas penales, se extralimitan en su accionar.

Esto significa que el poder de criminalización, si bien se halla en el legislador, es mayor y más efectivo cuando llega a las manos de los jueces, fiscales y sobre todo la policía (que es la primera en actuar y quien selecciona en los hechos a quienes ingresan en la maquinaria penal como procesados e incluso sólo como detenidos y luego liberados).

Por ello, si el artículo 15 significa un avance normativo, es insuficiente o no tendrá los resultados esperados si los integrantes de cada una de las agencias penales no conocen y comprenden (internalizan) dicho cambio normativo y adecúan su actuar al mismo. Mientras se siga concibiendo por policías, fiscales, jueces, etc., que los individuos pertenecientes a otras culturas son salvajes o semicivilizados, seres inferiores a los que hay que educar, etc., no habrá un real avance por un derecho penal un poco más justo (o menos injusto), un país un poco más democrático y menos autoritario.

Sobre este punto, hay que tomar conciencia del gran poder criminalizante de la policía en la realidad. En primer lugar, son el primer canal de selección secundaria, quienes eligen a los que van a ser procesados. Además, en unos casos basados en normas legales y otras veces fuera de ellas, intervienen a los individuos mediante detenciones y ésta es una forma de criminalización que no puede ser medida porque casi nunca se registran las intervenciones policiales que no pasan a la fiscalía y al juez. Las detenciones e intervenciones son criminalizaciones no formales pero efectivas; esto debido a la mayor cercanía física de la policía con la población.

La posibilidad de una decriminalización está en manos de los miembros de las agencias penales; tanto jueces, fiscales, policías, etc., tienen la posibilidad de aminorar la violencia penal (aunque con límites).

Importante es el papel a jugar por los individuos a quienes benefician los cambios normativos; el conocer dichos cambios y defenderlos. El problema no se circunscribe solamente a los potenciales criminalizados y los miembros de las agencias penales; es mucho mayor e implica a la totalidad de la sociedad. Hay la necesidad de un cambio en algunos aspectos del denominado sentido común sobre la criminalidad (ideas sobre estereotipos criminales, por ejemplo), el que es reforzado por los medios de comunicación.

Los cambios, en conclusión, no sólo pueden ni deben ser normativos



para ser eficaces; de lo contrario tendremos cambios normativos pero no reales en la práctica.

## V. Reflexiones finales

La exposición de motivos del CP señala que éste reconoce la heterogeneidad cultural. Esto es cierto en parte. Como hemos señalado, se reconoce la heterogeneidad para no penar a individuos con patrones culturales distintos al derecho penal oficial, pero no se reconoce ni legitima la existencia de un *pluralismo jurídico*. La real solución de todos estos problemas pasa por dicho reconocimiento, y decimos que es solamente un reconocimiento porque el pluralismo jurídico existe de facto. El no reconocimiento lo que origina es conflictos entre las agencias penales y los integrantes de lo que denominamos *mecanismos de regulación social y resolución de conflictos no oficiales*. Esto significa acabar con una visión etnocéntrica que lleva al absurdo de afirmar que el único derecho es el oficial, y pasar al respeto y reconocimiento real de la autonomía cultural, además de constatar la necesidad de que exista una autorregulación de estos grupos.

El artículo 15 significa un avance, pero no hay que olvidar que el sistema jurídico aún en su conjunto es etnocéntrico y de carácter monopólico, en tanto no deja existir oficialmente a otras formas de regulación social y resolución de conflictos<sup>37</sup>. Las actividades jurídicas de comunidades campesinas y nativas, de rondas urbanas y campesinas<sup>38</sup>, no tienen legitimidad oficial (no hay que confundir esto con la utilización de algunos de estos mecanismos para la lucha contra la subversión, en que existe un nivel de reconocimiento de la organización, pero no de las funciones jurídicas de las organizaciones), a pesar de que en la realidad son legitimadas por la aceptación de la población y la eficacia mostrada en su actuar.

Existen objeciones para el reconocimiento de estos órdenes jurídicos no oficiales por la posibilidad de violación de derechos humanos o de mínimas garantías de la administración de justicia. Frente a este argumento y siguiendo el razonamiento de Raquel Yrigoyen<sup>39</sup>, hay que preguntarse primero

---

<sup>37</sup> Yrigoyen, 1992a, p. 142.

<sup>38</sup> Como se mencionó en la nota 33, hay que tener cuidado con el término.

<sup>39</sup> Yrigoyen, 1991, p. 40.

a partir de los derechos humanos y las garantías de la administración de justicia reconocidos por el derecho oficial, si no es el actuar del sistema penal lo que viola con mayor gravedad e impunidad los derechos humanos mínimos y las garantías de la administración de justicia. Ejemplo de esto son: la existencia de una gran mayoría de presos sin condena, alta selectividad en el actuar de las agencias del sistema penal, la violencia de estas agencias (que origina una gran cantidad de muertos), cárceles que se han convertido en lugares de encierro y locura<sup>40</sup>, etc. Si bien en los mecanismos no oficiales se pueden dar casos de violación de derechos humanos, éstos son mínimos y en todo caso menores los daños que los que origina el sistema penal. Los casos de violación de derechos humanos son la excepción y producto de casos extremos de desesperación en la ciudadanía; muchas de las prácticas violatorias de los derechos humanos han sido dejadas sin necesidad de una intervención penal. El uso de los derechos humanos, además de poder ser utilizado contra el mismo sistema penal, es una forma de «discurso perverso», parafraseando a Zaffaroni, ya que con el argumento de que el sistema penal podría asegurar los derechos humanos (lo que es falso) se busca nuevos argumentos para relegitimar este sistema que en la realidad no sólo no asegura los derechos humanos sino que es una fuente violatoria de éstos.

La existencia de mecanismos de regulación social y resolución de conflictos no oficiales, si bien en muchos casos tiene una explicación como reacción ante la ineficiencia del derecho oficial (una esencia reactiva), va convirtiéndose poco a poco en una forma de reproducción de una nueva cultura y de un poder político alternativo y paralelo al oficial<sup>41</sup>; también es la muestra de vitalidad de una cultura que luego de quinientos años de sometimiento se creía en vías de desaparición. La imaginación de estas culturas se adelanta al poder oficial y se muestra mucho más eficaz y moderna<sup>42</sup>.

El mencionar las virtudes de estos mecanismos no oficiales no nos puede llevar a ocultar que también tienen deficiencias, ya sea a nivel de derechos humanos o de democratización en su interior. Sin embargo, parte de

---

<sup>40</sup> Sobre la actuación de las agencias penales y la afectación de derechos humanos, véase Yrigoyen, 1992b; Zaffaroni, 1990b; y Zaffaroni, 1991.

<sup>41</sup> Yrigoyen, 1991; Yrigoyen, 1992c.

<sup>42</sup> *Ibidem*. Además es interesante la reflexión que realiza Zaffaroni en el prólogo al libro de F. Villavicencio. Ver Villavicencio, 1990, p. 14.

la evolución y desarrollo es ir limitando estas deficiencias. También está demostrado que son una verdadera alternativa, eficaz y válida, ante un sistema penal ineficaz para brindar una verdadera justicia y también deslegitimado en la práctica real.

Finalmente hay que recordar que la dominación, el sometimiento, el control social vertical sin canales de participación que se muestra en el derecho penal oficial y en todo el sistema jurídico oficial en general (aunque no negamos la existencia de fisuras intrasistémicas en su interior), no puede verse aisladamente del plano económico, cultural, social, político, etc. Una real opción por una sociedad democrática necesita no sólo cambios legales, sino también cambios democráticos en la economía, en lo social, en lo cultural, en la participación política real de la población en el gobierno, etc. Mientras se den estos cambios imprescindibles existe la necesidad de usar las posibilidades que se dan para reducir los efectos negativos del sistema oficial existente.

## **Anexo 1: Teoría general del error en el derecho penal**

1. Error de tipo.— Error sobre uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo (art. 14 primer párrafo CP).
2. Error de prohibición.— Afecta el conocimiento de la antijuridicidad (y de la norma penal), artículo 14 segundo párrafo del CP.
  - 2.1 Error de prohibición directo.— Error sobre el conocimiento de la norma prohibitiva.
  - 2.2 Error de prohibición indirecto.— Error sobre la permisón de la conducta realizada.
    - a. Falsa suposición de la existencia de una norma permisiva.
    - b. Falsa suposición de una situación o supuesto de una norma permisiva; se le llama también «justificación putativa».
3. Error de comprensión.— Afecta la comprensión de la norma penal y la antijuridicidad de la conducta, artículo 15 CP.

- 3.1 **Conciencia disidente.**— Dificultad en la comprensión por un patrón general de valores distinto al derecho penal oficial, lo que lleva a un deber de conciencia de desobediencia a la ley penal. Atenua la culpabilidad.
- 3.2 **Error de comprensión culturalmente condicionado.**— La comprensión es imposibilitada por el condicionamiento cultural. Excluye la culpabilidad.

## **Anexo 2: El error culturalmente condicionado**

**Concepto.**— Error que proviene del condicionamiento cultural del individuo. Es un error en tanto se aprecia desde el derecho penal oficial pero no desde los patrones culturales distintos a los del derecho penal oficial. Siempre es un error inevitable.

1. **Error de tipo culturalmente condicionado.**— Error sobre uno o todos los elementos del tipo objetivo, originado por el condicionamiento cultural del individuo; es un error de tipo invencible o inevitable, por lo que el hecho es atípico. Artículo 14 primer párrafo CP.
2. **Error de prohibición culturalmente condicionado.**— El error que afecta el conocimiento de la norma y la antijuridicidad de la conducta originada por el condicionamiento cultural del individuo; es un error invencible o inevitable que excluye la culpabilidad y toda sanción penal. Artículo 14 segundo párrafo del CP.
3. **Error de comprensión culturalmente condicionado.**— El error que imposibilita la comprensión de la norma y la antijuridicidad de la conducta, originado por el condicionamiento cultural del individuo; error invencible que excluye la culpabilidad y toda sanción penal. Artículo 15 del CP.

## Bibliografía

ARÁOZ VELASCO, Raúl

1991 *Temas jurídicos andinos. Hacia una antropología jurídica.* EDIPAS, Oruro.

BACIGALUPO, Enrique

1988 *Tipo y error.* 2a ed., Hamurabi, Buenos Aires.

BALLÓN AGUIRRE, Francisco

1980 *Etnia y represión penal.* CIPA, Lima.

BENÍTEZ N., Hernán Darío

1988 *Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano: ¿inimputabilidad o inculpabilidad?* Temis, Bogotá.

BOVINO, Alberto

1989 «Culpabilidad, cultura y error de prohibición», en *Themis Revista de Derecho*, PUC, segunda época, N° 15, Lima.

BRANDT, Hans-Jürgen

1987 *Justicia popular. Nativos campesinos.* Fundación Friedrich Naumann - Centro de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República, Lima.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan

1989 *Manual de derecho penal. Parte general.* 3a. ed., Ariel, Barcelona.

CLEMENTE, Martín

1991 «En busca de una nueva dogmática. Aproximación a una perspectiva criminológica de la dogmática jurídico-penal», en *Revista No hay derecho*, N° 3, Buenos Aires.

FOY VALENCIA, Pierre Claudio

- 1987 «Bases para un subsistema penal aplicable a nativos. Fundamentos para el juzgamiento de indígenas amazónicos». Tesis para optar el grado de bachiller en derecho, PUC, Lima.

GURRUCHAGA, Hugo Daniel

- 1989 *El error en el delito*. DIN editora, Buenos Aires.

HURTADO POZO, José

- 1979 *La ley «importada». Recepción del derecho penal en el Perú*. CEDYS, Lima.

MAIER, Julio B. J.

- 1985 «Enjuiciamiento penal del siglo XX», en *Homenaje a Hilde Kauffmann, el poder penal del Estado*. Biblioteca de Ciencias Penales. Depalma, Buenos Aires.
- 1992 «La reforma del proceso en el marco del sistema penal», en *Materiales de lectura del VI Taller Nacional de Justicia y Derechos Humanos*. CEAS, Lima.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio

- 1990 *¿Qué pasa con la criminología moderna?* Temis, Bogotá.

MUÑOZ CONDE, Francisco

- 1990 *Teoría general del delito*. Temis, Bogotá.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo

- 1992 «El uso de criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal», en *Materiales de lectura del VI Taller Nacional de Justicia y Derechos Humanos*. CEAS, Lima.

TRAZEGNIES, Fernando de

- 1989 «Entrevista a Fernando de Trazegnies» en *Themis Revista de Derecho*, PUC, segunda época, N° 15, Lima.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe

- 1988 «Mecanismos naturales de regulación social en comunida-

- des andinas y amazónicas peruanas», en *Debate Penal* N° 4. AFA, Lima.
- 1990 *Lecciones de derecho penal. Parte general.* Cultural Cuzco, Lima.

## YRIGOYEN FAJARDO, Raquel

- 1990 «Nociones básicas sobre criminología crítica y sistema penal», en *Separata N° 2 de criminología crítica.* CEAS, Lima.
- 1991 «Algunas reflexiones sobre poder, violencia y derecho», en *Revista Jurimprudencias. Lecturas de El Otro Derecho*, N° 2, ILSA, Bogotá.
- 1992a «El sentido (o sin sentido) del sistema penal», en *Materiales de lectura del VI Taller Nacional de Justicia y Derechos Humanos.* CEAS, Lima.
- 1992b «Una mirada crítica al sistema jurídico», en *Materiales de lectura del Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos.* Obispado de Cajamarca, CEAS y CAJ, Lima.
- 1992c «Rondando el derecho» en *Materiales de lectura del Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos.* Obispado de Cajamarca, CEAS y CAJ, Lima.

## ZAFFARONI, Raúl Eugenio

- 1982 *Tratado de derecho penal. Parte general.* T. IV. EDIAR, Buenos Aires.
- 1990a *Manual de derecho penal. Parte general.* Ediciones Jurídicas, Lima.
- 1990b *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal.* AFA, Lima.
- 1991 «Un discurso perverso. De cómo la realidad deslegitima al discurso jurídico penal en América Latina», en *Revista No hay derecho*, N° 2, Buenos Aires.