

Prof. Dr. Julio Armaza Galdós

Prof. principal de Derecho Penal. Univ. San Agustín. Abogado, Arequipa, Perú. Socio de la FICP.

Prof. Dr. Emilio José Armaza Armaza

Prof. de Derecho penal e investigador Ramón y Cajal. Univ. de Deusto, España. Socio de la FICP.

**~ Multiculturalidad y Derecho penal: aproximación al estudio del art. 15
del CP peruano¹~**

En torno a la determinación culturalmente condicionada, se han encendido las más vivas discusiones doctrinarias y casi todos los autores de obras sistemáticas y monográficas nacionales, participaron en ellas. Aunque un buen sector del penalismo estima plausible la adopción del instituto en el Código peruano², no falta quien considere que la inclusión del mismo constituye un verdadero «desatino»³ o, en el mejor de los casos, una medida «contra-productiva»⁴. La Corte Suprema de la República, a su turno, le ha dedicado pormenorizada atención.

I. Constituye la eximente, según *concepto* ampliamente extendido en la doctrina peruana, un elemento negativo de la culpabilidad que tiene como fundamento la imposibilidad de comprender el carácter delictuoso del acto realizado por quien, conociendo la prohibición de la norma, no entiende por qué debe acatarla. En efecto, no comprende la antijuridicidad de su comportamiento el íncola chiclayano que queriendo curar la incontinencia urinaria de su menor hijo, le arroja al ombligo hojas de *chamana* en combustión, produciéndole, casi siempre, una merma en su salud⁵; tampoco lo hace, sin duda, el que deseando curar la viruela, hace ingerir al enfermo pústulas o costras de otros infectados —entiéndase, con la misma enfermedad—⁶. Como fuere, he aquí el contenido del art. 15 en el que se recoge la eximente: «El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena».

¹ Reproducción de la Ponencia presentada en el III Congreso Internacional de la FICP honrando la invitación cursada por los señores Profesores Doctores Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Javier DE VICENTE REMESAL y Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

² José Luis GUZMÁN DÁLBORA, por ejemplo, asume que está entre las disposiciones adelantadas y progresistas. Cfr. El nuevo Código penal del Perú, Revista Doctrina Penal de Buenos Aires, año 14, núms. 55/56, julio-diciembre de 1991, p. 641.

³ Francisco CHIRINOS SOTO, Código Penal, segunda edición, Editorial Rodhas, Lima, 2004, p. 75.

⁴ Marcial CHALCO REYES, Código Penal. La gran estafa, Ediciones Fuego, Arequipa, 2000, p. 169.

⁵ La vieja práctica —de la que por cierto hay testimonio escrito— estuvo hasta no hace mucho enraizada en la mentalidad de un sector del pueblo lambayecano.

II. Aunque el instituto es de reciente data —teniendo, por lo tanto, una breve *historia*—, interesa advertir lo siguiente: con idénticos términos ha sido recogido tanto en el Proyecto de 1991 (art. 15) como en el actual Código; la propuesta legislativa de 1990 (art. 20), en cambio, lleva una parte final que la distingue de los textos en cita, al establecer que cuando ha de aplicarse una pena atenuada —por no operar la eximente plena— debe la misma ser impuesta *por debajo del mínimo legal*. En su momento⁷, tuvimos ocasión de proponer un texto diferente; helo aquí: «La determinación cultural invencible de un hecho jurídico penalmente prohibido, exime de responsabilidad; siendo vencible, la atenúa».

El Proyecto de Código Penal de Víctor Manuel MAÚRTUA de 1916 (art. 68) y el de Ángel Gustavo CORNEJO/Plácido JIMÉNEZ de 1928 (art. 148, inc. 2), preceptuaban la aplicación de una pena atenuada, cuando el autor del delito fuese indígena semicivilizado o, como decía el Código de 1924 (art. 44), salvaje; como tales, en fin, reputaban los estudiosos⁸ a los habitantes de las montañas, ayllus, selvas o bosques alejados de los centros civilizados. Ha de advertirse, empero, que el indígena semicivilizado y el salvaje (*silvēstres homines*) diferían. El primero, era un hombre en tránsito y a medio camino de ser civilizado; el segundo, en cambio, era la expresión misma de la ineptitud —y, añadiría Cesare LOMBROSO en *Los anarquistas* (p. 73), un ser malo e indecente—. Francisco BALLÓN AGUIRRE, en su magnífico ensayo *Etnia y represión penal*, ha destacado las características que según el Código de MAÚRTUA (arts. 44 y 45) tendría el salvaje infractor: condición especial, inepto para conducirse, no asimilado a la vida civilizada, inadaptado al mundo jurídico, no desarrollado mentalmente e inculto⁹.

III. Entre las *denominaciones* que ha recibido, prevalece la de «error de comprensión culturalmente condicionado»¹⁰ y, en menor medida, las de «error de prohibición por comprensión»¹¹, «error culturalmente condicionado»¹² (esta última utilizada en la sentencia de 29 de octubre de 2003 dictada en el expediente núm. 2001-1575 que expidió la Segunda Sala Penal de Lima-Cono Norte), «error de prohibición culturalmente condicionado»¹³,

⁶ Según se hacía en Arequipa, por lo menos, durante buena parte del siglo XX.

⁷ Así figura en las Actas de la Comisión de Reforma del Código Penal creada por Ley núm. 28891.

⁸ Así, entre otros, Juan José CALLE, Código Penal, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1924, p. 35; Ángel Gustavo CORNEJO, Comentario al nuevo Código Penal, Prólogo de J. Guillermo Romero, Librería Francesa Científica y Casa Editorial E. Rosay, Lima, 1926, p. 135 y, Germán D. ZEVALLOS, Código Penal, Imprenta B. Sánchez Muñoz, Huancayo, 1935, p. 16.

⁹ Centro de Investigación y Promoción Amazónica, Lima, 1980, p. 72.

¹⁰ Por todos, Jorge Luis SALAS ARENAS, Indemnidad sexual, IDEMSA, Lima, 2013, p. 48.

¹¹ Luis Miguel BRAMONT-ARIAS TORRES, Lecciones de la Parte general y el Código penal, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 141.

¹² Percy GARCÍA CAVERO, Lecciones de Derecho Penal, Parte general, Grijley, Lima, 2008, p. 536.

¹³ Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, Error de prohibición culturalmente condicionado en Código Penal Comentado, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 492.

«error por incultura y costumbre»¹⁴ o, como se prefiere en el texto, «determinación culturalmente condicionada».

IV. En cuanto al *fundamento* de la eximente, es preciso acotar que no existe uniformidad. Para un sector de la doctrina, se funda el instituto en la carencia de *capacidad* con que obra el agente, aunque no por ello deba pensarse que esa falta de capacidad está referida a la inimputabilidad penal, sino, más bien, a algo completamente distinto¹⁵. No falta quien crea, como lo hace Luis ROY FREYRE¹⁶, que la razón por la que debe quedar liberado de responsabilidad el agente tiene que ver con el principio de coculpabilidad que en este caso ha de compartir el Estado, pues desatendió su obligación de instruir a todos los ciudadanos en lo tocante al «respeto» que han de tener por «las normas jurídicas»¹⁷. Desde otro ámbito, es mayoritario el criterio que toma como fundamento la imposibilidad en que se halla el agente de comprender el carácter delictuoso de su acto ya que, más bien, se siente y se encuentra determinado a realizarlo.

V. La *naturaleza jurídica* que se asigna a la figura oscila entre quienes ven en ella una causa de inimputabilidad¹⁸ (según puede constatarse leyendo las sentencias de la Corte Suprema de 10 de agosto de 2006, 24 de septiembre de 2007 y 28 de febrero de 2017 derivadas, respectivamente, de los Recursos de nulidad númrs. 2786-2006-Ucayali, 1598-2007-Lima y 3039-2015-Puno) o un elemento negativo de la culpabilidad¹⁹. Ahora bien, dado que para los primeros esa inimputabilidad no es producida por factores patológicos o por inmadurez psicológica, desestiman la posibilidad de imponer al agente una medida de seguridad. Aunque el Proyecto de 1986 (art. 21) la incluía entre las eximentes por inimputabilidad, la práctica judicial se inclina a favor de la tesis de la exculpación²⁰. A pesar de lo señalado, no siempre ha sido el instituto insertado entre las causas que eliminan la culpabilidad, pues en

¹⁴ Marcial CHALCO REYES, Código Penal, cit., 2000, p. 167.

¹⁵ A Javier VILLA STEIN pertenece el párrafo siguiente: «no es capaz de determinarse con arreglo a esa comprensión». Cfr. Derecho penal, Parte general, Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 420.

¹⁶ En su Responsabilidad penal y causas de inculpabilidad incluida en el libro colectivo Una visión moderna de la Teoría del Delito, Ministerio de Justicia, Lima, 1998, pp. 91 a 101.

¹⁷ ROY, Responsabilidad penal y causas de inculpabilidad, en el libro colectivo Una visión moderna de la Teoría del Delito, Ministerio de Justicia, Lima, 1998, p. 98.

¹⁸ En ese sentido, por ejemplo, Iván MEINI, Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho Penal, ARA Editores, Lima, 2009; insiste sobre lo mismo en sus Lecciones de Derecho penal, Parte general. Teoría jurídica del delito, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p. 156.

¹⁹ Luis Miguel BRAMONT-ARIAS TORRES, Lecciones, cit., 1997, p. 141; Eugenio Raúl ZAFFARONI, La Parte general del Proyecto del Código penal peruano de abril de 1986, en el libro colectivo Política Criminal, segunda edición, AFA Editores, Lima, 1988, p. 30.

²⁰ Como se puede apreciar de la lectura de las sentencias parcialmente transcritas en José URQUIZO OLACHEA, Código Penal, tomo I, IDEMSA, Lima, 2010, p. 108.

alguna obra lo vimos fugazmente estudiado entre los elementos negativos de la tipicidad, junto al *error in persona vel in objecto* y la *aberratio ictus*²¹.

VI. Como cualquier otra eximente, precisa de algunos *requisitos*. Debe en principio 6.1) *cometerse un hecho que según el modo de vida del agente tenga finalidad y sentido* o, mejor aún, que pertenezca al sistema de valores adoptado por él y por los integrantes de la comunidad en la que se desenvuelve. En Huánuco y Junín, hasta no hace mucho, se lanzaba intempestivamente al palúdico a un río o acequia a fin de que al recibir la ingrata impresión de estarse ahogando, le sea procurado un restablecimiento inmediato. Obligar al enfermo a hacer lo que no quiere —sumergirse a un río y, además, causarle una traumática impresión— no tendrá sentido para nosotros, pero en el ámbito arriba señalado sí. La práctica con finalidad y significado, de otro lado, 6.2) *debe ser compartida por los integrantes de la comunidad a la que pertenece el agente*, pues si únicamente él la realiza, no sería expresión de una costumbre²². La ventaja que reporta incluir el requisito de que tratamos, es que permite excluir al llamado delincuente por convicción del ámbito del art. 15. Para que opere la exculpante, a su turno, 6.3) *ha de ser imposible que el agente comprenda el carácter delictuoso de su comportamiento*; es claro, por consiguiente, que puede conocer la índole prohibida de su conducta, sin comprender, luego, las razones por las que es reputada ilícita. Casos hay, en fin, en los que el sujeto comprende el carácter delictuoso de su acto pero 6.4) *no puede determinar su conducta de acuerdo a dicha comprensión*.

1. *Conducta realizada que, según el modo de vida del agente, tenga finalidad y sentido*. Ha de comprobarse, en principio, que los hechos que realiza el agente son manifestaciones de lo que en el ámbito social en el que vive se valoran positivamente. En la comunidad tribal amuesha de Santa Herminia (distrito de Chanchamayo, provincia de Tarma, departamento de Junín), por ejemplo, no genera reprobación alguna la práctica de la poligamia, aunque sepan los amuesha que conforme a las leyes de la República es delito la bigamia; en efecto, desde tiempos no fácilmente precisados, los evangelizadores se encargaron de instruir en tal aspecto a los también llamados arawak o amuesha. Un informe antropológico suscrito dentro de un proceso penal que por homicidio se siguió ante la Corte Superior de Justicia de Junín (expediente núm. 507, correspondiente al año de 1971), confirma lo acotado: «Como en la mayoría de las sociedades tribales de la selva —indica el documento en

²¹ Véase al respecto el trabajo colectivo que bajo el título de *Teoría General del Delito* dirigió el profesor Demetrio MASÍAS ZAVALA y que se publicó con los auspicios de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, 1998 (pp. 119 y 120).

²² La sobredicha costumbre ha de ser inveterada, de formación despaciosa y de autor ignoto.

cita—, entre los amuesha está institucionalizado el matrimonio poligínico (un hombre puede tener dos o más esposas). Generalmente las esposas son parientes entre ellas»²³.

El significado y la finalidad que otorgan los amuesha a la poligamia no va con la cultura occidental de nuestros tiempos, costándonos, por lo mismo, comprender los beneficios que ella reporta.

Tiene sentido para los comuneros de Amaru²⁴ ingresar a la casa de los padres de la recién casada y, casi a viva fuerza, arrebatarles la mayor cantidad de bienes muebles que luego colocarán en poder de los flamantes esposos con la esperanza de que dicho respaldo patrimonial pueda servirles para sobrellevar las dificultades propias del connubio (tal y como lo indica Abel Adrián Ambía en su *El ayllu en el Perú actual*, pp. 86, 87 y 88).

2. La práctica con finalidad y significado *debe ser compartida por los integrantes de la comunidad a la que pertenece el agente —unis moribus vivēre—*. De hecho, únicamente obra determinado culturalmente quien realiza un acto que, de sólo, otros miembros de su comunidad también lo hacen. No beneficia la eximente, por lo tanto, si queriendo imponer el agente una nueva costumbre, rapta a una muchacha menor de edad y sostiene con ella relaciones íntimas. En aquellos lugares del país en los que tal práctica todavía está extendida, en cambio, cubre el comportamiento del agente la eximente, pues además de tener para él sentido el sirvinkuy²⁵, un número indeterminado de co-comuneros suyos lo adoptan como recurso previo al matrimonio. Ahora bien, a esa habitualidad que caracteriza la conducta, debe añadirse el que además sea inveterada e, incluso, de autor desconocido. Cerrando estas páginas (*infra* 18), consignaremos la postura asumida por los integrantes de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República en lo referente a tan delicado asunto.

3. *Ausencia de comprensión del carácter delictuoso del comportamiento*. En el siguiente apartado (6.4) se verán los supuestos en los que el sujeto conoce y comprende que su comportamiento es delictuoso, pero no puede determinar su conducta de acuerdo a esa comprensión; el presente, en cambio, tiene que ver con otra situación. Lo que específicamente ha de exigirse, de querer que opere la eximente, es que el agente sepa que su conducta se halla prohibida y que, al propio tiempo, no comprenda la razón por la que lo está. Así las cosas,

²³ Cfr. Francisco BALLÓN AGUIRRE, *Etnia y Represión penal*, cit., 1980, p. 135.

²⁴ Dicha comunidad se encuentra ubicada en el distrito de Pisac, de la provincia de Calca (Cusco).

²⁵ Véase, en lo tocante a dicha práctica, Alfonsina BARRIONUEVO, *Sirvinkuy. El matrimonio de prueba*, Lima, 1973, y Julio A. VIZCARRA, *La ley penal y el indio*, Tipografía Americana, Cusco, 1948, p. 85. En otro sentido, el Proyecto de Ley 2402/2017 del que se dará cuenta *infra* XVIII.

hay que desestimar todos aquellos casos en los que desconozca la prohibición de su conducta —que tendrían que ser resueltos como lo indica el segundo párrafo del art. 14, al ser claros supuestos de error de prohibición— e incluir, únicamente, los que tengan que ver con la situación en la que habiendo conocimiento, falte únicamente la comprensión²⁶. De lo dicho, surge palmariamente la diferencia entre la eximente del art. 14 del CP (error de prohibición) y la del art. 15 (determinación culturalmente condicionada): en la primera, el error recae sobre el conocimiento y afecta la conciencia de la antijuridicidad; en la segunda, la determinación cultural recae sobre la comprensión y, simultáneamente, sobre la imposibilidad de obrar de modo distinto a como lo hizo el agente (no siendo correcta, por lo tanto, la denominación de *error de prohibición culturalmente condicionado* utilizada por la Corte Suprema para referirse a la institución en las sentencias de 17 de junio de 2004 y 16 de julio de 2015 derivadas, respectivamente, de los Recursos de nulidad núms. 755-2004-Cusco y 1289-2014-Apurímac).

Si a un mashco piro, en su dialecto, le fuesen leídos treinta veces los artículos 214, 296, 324, 344, 382 y 393 del Código penal o, incluso, el art. 7 de la Ley núm. 30096 y el 2 del Decreto Legislativo núm. 1106, no llegaría a comprender por qué son delitos la usura, la elaboración de heroína, la clonación, el menosprecio a los símbolos de la Patria, la concusión, el soborno internacional pasivo, la interceptación de datos informáticos y el lavado de activos.

4. *Imposibilidad de determinar la conducta de acuerdo a la comprensión.* Se da este requisito en los casos en que el agente conozca y comprenda que la conducta a punto de realizar es una de las que en nuestra disciplina se reputa como antijurídica y, a pesar de ello, no pueda dirigir su actuar según esa comprensión. En Juli, capital de la provincia de Chucuito (Puno), el 15 de septiembre de cada año puede todavía constatarse cómo dos grupos de agricultores de la comunidad de Huaylluni se acometen y se lesionan brutalmente con el designio de pronosticar si las cosechas favorecerán a unos o a otros de los encrespados corrillos que, devotamente, participan en dicho acto. La creencia de que el grupo vencedor ha de verse favorecido por la madre naturaleza, hace que cada campesino ponga el empeño debido para que los latigazos y proyectiles lanzados con sus hondas vulneren efectivamente la integridad física de sus oponentes. No está demás decir que son bastante conocidas, entre

²⁶ O, para citar al profesor ZAFFARONI, introyección de lo conocido. Precisamente, sobre la distinción entre conocimiento y comprensión cfr. Eugenio Raúl ZAFFARONI/José Herique PIERANGELI, *Manual de Derecho penal brasileiro, Parte geral*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 638 y, más recientemente, Raúl ZAFFARONI/Nilo BATISTA/A. ALAGIA/A. SLOKAR, *Direito penal brasileiro, segundo volume, tomo II*, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2017, pp. 402 y ss.

los contrincantes, las normas que prohíben el delito de lesiones; a pesar de ello, jamás han dejado de cumplir con el ritual (*orko* fiesta) ofrendado a favor de la madre tierra (*Pacha Mama*). Con seguridad, en la práctica de la que se da cuenta, es claro que no puede el comunero determinar su comportamiento de acuerdo a la comprensión que tiene de la norma que prohíbe lesionar, pues más bien la realiza bajo el dominio de una costumbre²⁷ que a todas luces le impide obrar de manera diferente.

En cualquier caso ha de destacarse que el comportamiento observado en la comunidad de Huaylluni no es parte de una conducta aislada, pues hay documentos que prueban que actualmente se hace lo propio en las provincias cusqueñas de Chumbivilcas²⁸ y Canas e, incluso, en el distrito de Asillo (Puno)²⁹ y que con tal propósito se utilizan los letales *liwisis* (boleadores), *warakas* (hondas) y zurriagos.

El requisito del que se da razón en el presente apartado, parece no admitir ni cubrir al delincuente por convicción³⁰, pues la conducta que este realiza no constituye una práctica (costumbre) más o menos generalizada en el medio en el que vive sino, más bien, un hecho exclusivo y compatible con su ideario personal³¹. No ha de favorecer la eximente, por lo tanto, a quien de acuerdo a sus particulares convicciones le resulta repulsivo participar en proyectos bélicos y, por ello, se rehúsa a prestar servicio militar obligatorio; en igual situación se hallaría la persona que no desea saludar a la bandera, jurar y/o pagar impuestos si, de antemano, sabe que los mismos han de servir para comprar armas de guerra. En los supuestos indicados, existe un deber moral impuesto a sí mismo por el propio sujeto³² y, además, un deber jurídico de servir a la patria, de saludar a los símbolos patrios, de prestar juramento y, finalmente, de pagar impuestos. En esta colisión de deberes, según parece, debe darse

²⁷ "(...) actúa conscientemente, dice Manuel CATAFORA GONZÁLES, pero sobre todo impelido por la fuerza de la costumbre". Cfr. Del Folklore al Delito, Editora de la Universidad de San Agustín, Arequipa, 1968, p. 12.

²⁸ El *takanakuy* es practicado el 25 de diciembre. Véase el diario La República (El Gran Sur), del 27 diciembre del 2015, pp. 24 y 25.

²⁹ Como palmariamente lo han demostrado Máximo CAMA TTITO/Alejandra TTITO TICA/Abraham VALENCIA ESPINOZA/Tatiana A. VALENCIA BECRERRA en Ritos de competición en los Andes. Luchas y contiendas en el Cuzco, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003 (un volumen de 130 pp.)

³⁰ Divergen Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, Error de prohibición culturalmente condicionado en Código Penal Comentado, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 512 y, Luis BRAMONT ARIAS/Luis BRAMONT-ARIAS TORRES, Código Penal Anotado, Editorial San Marcos, Lima, 1995, p. 149. Valiosa información sobre el autor por convicción puede verse en J. L. GUZMÁN DÁLBORA, El significado de Gustav Radbruch para el Derecho penal contemporáneo, en Revista de Ciencias Sociales, número 69, pp. 69 a 75.

³¹ El autor por convicción aprendió a conducirse del modo en que lo hace a través de la lectura de obras escritas en papel o en medios electrónicos; el sujeto al que beneficia el art. 15 del CP, en cambio, adoptó las costumbres y la cultura que le fue transmitida por medio de la tradición oral que, de generación en generación, viajó desde tiempos remotos e indeterminados.

³² Quien por cierto no obra *ut solet*, es decir, según sus costumbres.

preeminencia a las convicciones personales y no, como ocurriría en los estados y gobiernos totalitarios, a las obligaciones jurídicas implicadas³³.

VII. *Determinación éticamente condicionada*. Queda cubierta por la eximente en estudio la liberación de animales enjaulados —capturados y criados por terceros—, cuando es efectuada para impedir que dichos seres sigan padeciendo sufrimientos innecesarios y si, por añadidura, tal conducta tuvo como base la circunstancia de encontrarse aherrojado éticamente el agente a la idea de que ningún ser puede padecer sufrimientos innecesarios y, menos, cuando de antemano sabe que tras el encierro ha de producirse el sacrificio de los mismos (tal situación se daría, por ejemplo, en el rescate o sustracción de un toro de lidia, si de ese modo se le evita una muerte segura en el ruedo).

VIII. *Hacia un entendimiento objetivo de la eximente*. Cerramos el punto 6.4 haciendo hincapié en lo que a partir de las reflexiones de Freudenthal se dio en llamar «no exigibilidad de otra conducta», figura esta que contribuyó al desarrollo del concepto normativo de culpabilidad y que, simultáneamente, sirvió para superar el viejo concepto psicológico que desde Liszt se manejó con soltura³⁴.

Ahora bien, alguna compatibilidad parece existir entre el concepto psicológico de culpabilidad y la ausencia de conocimiento (comprensión) de la antijuridicidad que suele exigirse para que opere la eximente; similar analogía se produce, según todo indica, entre el concepto normativo de culpabilidad y la no exigibilidad de otra conducta. En efecto, acaso la cultura sea lo que va a determinar que el sujeto obre como obró y eso, en rigor, implicaría objetivar el instituto (lo dicho, sin embargo, únicamente vale como mera propuesta, pues el art. 15 expresamente consigna el sintagma siguiente: «sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto»). En todo caso, las sobredichas palabras no figuran en la redacción que se propuso en el seno de la Comisión de Reforma del Código Penal de la que se dio cuenta *supra* 1, nota 6).

IX. *Error sobre el nexo causal culturalmente condicionado*. Incurrir en error sobre el nexo causal el habitante de Chucuito —en el departamento de Puno— que aplica múltiples

³³ Siendo por ello supuestos de no exigibilidad de otra conducta supraleales. Sobre la objeción de conciencia, en general, consúltese el magnífico trabajo de Fátima FLORES MENDOZA insertado en la Enciclopedia de Bioderecho y Bioética publicado en dos volúmenes por la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano que dirige el profesor Carlos María ROMEO CASABONA, Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 1189 a 1196.

³⁴ En Perú, si cabe el término, fueron *psicólogos* Ángel Gustavo CORNEJO, Santiago BENITES SÁNCHEZ, Luis Guillermo CORNEJO CUADROS, Abraham TALAVERA y Julio César MORRIBERÓN PORTOCARRERO. Sobre ello cfr. Julio Armaza Galdos, Del concepto psicológico al concepto normativo de culpabilidad, en el libro Cen

azotinas a su menor hijo o a su perro para alejar el espíritu malo del granizo que, según sus creencias, raería toda forma de vida de no tomarse esas precauciones³⁵; también, lo hace el inculpatado judicialmente que para lograr una parcialización a su favor de parte del magistrado que está a punto de condenarlo, lanza a la casa de este, de noche, un huevo podrido³⁶ o, para citar un último ejemplo, la mujer interesada en mantener a su lado al hombre amado, al que le hace beber subrepticamente el líquido catemial que, con religiosidad y esperanza, previamente recibió en una olluela de barro³⁷. No cabe confundir, pese a todo, el error sobre el nexo causal culturalmente condicionado y el que suelen estudiar los juristas junto al error de tipo bajo la denominación de *dolus generalis*. El primero, es un problema de culpabilidad que precisamente impide al juez formular un juicio de reproche; el *dolus generalis*, en cambio, se vincula a la tipicidad —aunque muy pocas veces la excluya—.

El que yerra en sus cálculos, por hallarse culturalmente determinado a pensar que curará el alcoholismo de sus coterráneos haciéndolos beber ratones y fetos de gallina molidos y macerados en alcohol³⁸, ha de beneficiarse con la eximente —de causar una septicemia— no porque falte nexo causal entre el método del que se vale para curar la dipsomanía y el efectivo restablecimiento del beodo sino, más bien, porque se encuentra culturalmente determinado a pensar que de esa forma sacará al etilómano de su vicio. En cada uno de los ejemplos puestos en el presente apartado, hay error sobre el nexo causal y, por lo mismo, aciertan los juristas cuando denominan al instituto error de comprensión culturalmente condicionado (no hay error, en cambio, en el abigeo de la comunidad de Chijmo³⁹ que desde niño fue destinado a ejercer el oficio de robar ganado y a quien iniciaron en una ceremonia rigurosamente desarrollada bajo la supervisión de dos consumados ladrones que, en calidad de padrinos, frente a una imagen divina, proporcionaron al infante el cuchillo y el lazo con los que más tarde habría de realizar sus fechorías⁴⁰. Tal abigeo, sin duda, estará culturalmente determinado a delinquir, aunque al hacerlo, no incurriese en ningún tipo de error).

Anos de Reprovação. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2011, pp. 153 y ss.

³⁵ Sobre ello cfr. Harry TSCHOPIK, Jr., *Magia en Chucuito. Los aymara del Perú*, traducción de Rosalía ÁVALOS DE MATOS, Instituto Indigenista Interamericano, Ediciones Especiales: 50, Mexico, 1968, p. 129.

³⁶ Práctica extendida, según Efraín MOROTE BEST, en la provincia cusqueña de Acomayo.

³⁷ Habrá nexo causal entre la indigestión producida al novio y la ingesta del fluido catemial, pero no entre el consumo de la sustancia y el que permanezca el hombre deseado junto a la mujer que le da de beber el líquido. Sobre tal práctica véase Carlos CAMINO CALDERÓN, *Diccionario folklórico del Perú*, Compañía de Impresiones y Publicidad, Lima, 1945, p. 9.

³⁸ Como era común hacerlo en la provincia de Jauja, en Lima, Arequipa, Lambayeque y Cajamarca. Al respecto cfr. Hermilio VALDIZÁN/Ángel MALDONADO, *La Medicina Popular Peruana (Contribución al Folklore Médico del Perú)*, tomo I, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1922, p. 392.

³⁹ Provincia de Andahuaylas, departamento de Apurímac.

⁴⁰ Los bandoleros de las ciudades costeñas de Cañete, Chíncha, Pisco e Ica, si ha de darse crédito a Carlos CAMINO CALDERÓN, se iniciaban por medio de la ceremonia denominada *curación* que dirigía el jefe de la

1. *La madre tierra*. Se consignaron algunos hechos (*supra* 6.4 y 9) en los que el aborigen peruano se vio forzado a sacrificar bienes ajenos para satisfacer a la madre tierra, al sentirse vinculado, por profundos lazos de amistad y afecto, a ella. La visión occidental del mundo —que nos fue impuesta por los conquistadores españoles—, difiere sustancialmente, ya que, la tierra, no es más que una despensa que podemos saquear, sin miramientos ni delicadezas.

X. *Aplicación personal: incluidos que hay que excluir y excluidos que hay que incluir*. El simple hecho de pertenecer a una cultura diferente, no meritúa que se incluya dentro de los alcances de la eximente al agente, pues si su educación le permitió comprender el carácter delictuoso de su acto y, además, tener la posibilidad de actuar conforme a tal comprensión, sin más, debe ser sancionado. Así las cosas, ha de excluirse de la eximente a estos aparentes incluidos. Interesa destacar lo afirmado, porque más de una resolución judicial ha fundamentado la aplicación del instituto en la pertenencia del inculpatado a una cultura nativa.

De otro lado, muchas personas que aparentemente deberían quedar excluidas del beneficio que reporta la eximente, al haberse formado dentro de los cánones de la cultura occidental, tendrían que gozar de los alcances del artículo 15 si, por razones culturales, no comprenden que la actitud que adoptan constituye un verdadero injusto penal. Dos buenos ejemplos de lo dicho son la participación activa en la riña de gallos o en la sangrienta corrida de toros (que exculpan a quienes fomentan e intervienen en tan vergonzosas prácticas).

XI. *Enraizamiento y desenraizamiento*. De superlativa relevancia son los casos en los que habiendo el sujeto enraizado en una cultura (por nacimiento), desenraíza de esta para sumergirse voluntariamente en otra diferente (asimilacionismo, enculturación) y, luego, decide dar inicio a una sucesión de hechos que según la última se encuentran vivamente determinados —entiéndase, culturalmente—; no menos interesantes, a su vez, son aquellos otros actos que ejecuta retornando al medio y cultura obtenidos por nacimiento. Siendo el agente, como se ve, portador de más de una manifestación cultural, sería útil conocer cómo es que actuaría la administración de justicia frente a tales casos (que por cierto, debieron darse muchas veces a lo largo de la historia judicial peruana).

banda y en la que se ofrecía al iniciado un brebaje compuesto con «agua bendita, aceite robado de las lámparas de alguna iglesia, tres granos de sal, polvo de huesos de muerto y polvo de piedra de ara». Diccionario folklórico del Perú, cit., 1945, pp. 79 y 80.

XII. *Hechos culturalmente determinados que, sin duda, tienen la condición de atípicos*. Hay casos en los que el sujeto intenta matar valiéndose de medios inócuos⁴¹ o, mejor, de medios que no pueden fagocitar o subsumirse dentro de los alcances del artículo 106 del CP que, como se sabe, reprime el homicidio.

Efraín MOROTE BEST, a diferencia de lo consignado precedentemente, encapsula estos sucesos dentro de lo que llama *homicidio supersticioso* y, acto seguido, lo define del modo siguiente: es «la muerte de un hombre por obra de otro u otros, valiéndose de medios mágicos». Los elementos que exige deben concurrir en este tipo de conducta, son: «a) un sujeto pasivo; b) uno o varios sujetos activos supersticiosos y, c) una voluntad destructora de la vida humana, que se vale de la magia».⁴²

Ralph BOLTON⁴³, que ha estudiado el tema con detenimiento en nuestro país, registra un hecho en el cual los pobladores de Incawatani (Puno), a fin de causar la muerte de un ladrón, tomaron los servicios de un hechicero (o pícaro redomado) a quien proporcionaron el dinero que les solicitó como honorarios y, a su vez, los insumos a utilizarse en el acto bruje-ril: un cuerno de buey, restos de hollín, una vela tocada por mano de muerto, tierra del ce-menterio, mechones de pelo negro, estiércol de ovinos, madera obtenida de la cruz de un sepulcro, manta y poncho negros. La sesión o ritual, según creencia popular, se llevó a cabo un martes, propicio para los actos de brujería.⁴⁴

Siendo atípicos los asuntos tratados en el epígrafe, sobra decir que tampoco podría sancionarse la tentativa.

XIII. *Validez espacial*. Si se cometiese un hecho delictuoso según el derecho consue-tudinario y, luego, huyese el agente hacia otra zona del país —a fin de evitar ser sancionado con las penas previstas en su comunidad—, únicamente debería ser entregado a las autorida-des comunales si tal hecho es también delito conforme al Decreto Legislativo núm. 635 (Código penal).

⁴¹ A través del uso de conjuros, de la brujería, de misivas rogatorias, velando la ropa de la persona cuya vi-da anhela arrebatarse o, incluso, confeccionando réplicas (fantoques) del enemigo a las que, luego, atraviesa con agujas.

⁴² Cfr. Valor jurídico del folklore, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de San Agus-tín, año I, núm. 1, Arequipa, 1962, pp. 367, 368 y 369.

⁴³ En su libro *No somos iguales. Agresión, autoridad y conflicto en el altiplano peruano*. Estudios antropo-lógicos en la sierra sur de los Andes, traducción de Stephen Light, Javier Flores Espinoza, Carlos Alberto Uri-be y Demetrio Sodi M., Editorial Horizonte, Lima, 2011, pp. 217 y ss.

⁴⁴ La creencia de que puede matarse a través de hechizos caló en la mente de nuestros antepasados incas, quienes sancionaban este tipo de homicidio con la imposición de la pena capital. Sobre ello cfr. Horacio UR-TEGA, *La organización judicial en el Imperio de los Incas. Contribución al estudio del Derecho peruano*, Libre-ría e Imprenta Gil, Lima, 1928, p. 40.

Siendo las cosas como se indican, es posible que la conducta sea delictuosa en la comunidad y no en el resto del territorio peruano o, por el contrario, que no lo sea dentro de la comunidad, pero sí fuera de ella. Ejemplos de cuanto se dice son: el adulterio (que es delito entre los aguarunas del Alto Marañón, no siéndolo en el resto del país); la bigamia (que no es delito entre los amuesha de Santa Herminia, pero sí, en Arequipa, Moquegua o Tacna) y, para citar un último ejemplo, los acometimientos o lesiones contra el poseso (que están lejos de ser delito entre los arakbut, constituyendo, en cambio, una verdadera infracción entre nosotros).

XIV. *Competencia*. Los hechos lesivos a intereses de terceros ejecutados a través de la determinación culturalmente condicionada, según previsión efectuada en el art. 149 de la Constitución Política, pueden ser sancionados por las autoridades comunales —siempre que al hacerlo respeten los derechos fundamentales del sentenciado y, de otro lado, siempre que apliquen el derecho consuetudinario—. ⁴⁵

De la circunstancia indicada en el párrafo anterior se coligen dos consecuencias: a) que el fallo o resolución de la autoridad aborígen hace cosa juzgada y, b) que la ley penal contenida en el código (Decreto Legislativo núm. 635), tiene límites territoriales claramente establecidos —no pudiendo ser aplicada en aquellos lugares en los que rige el derecho consuetudinario—. ⁴⁶ Algo más: los tribunales ordinarios deben inhibirse frente a una causa que está siendo ventilada dentro de una comunidad aborígen en la que se intenta aplicar el sobrecitado derecho consuetudinario.

1. *Dificultades*. Según el derecho consuetudinario de los arakbut, el hurto campestre (entiéndase, el que recae sobre frutos), se sanciona con la mutilación de la mano del ladrón ⁴⁷. ¿Qué actitud debe asumir el Poder Judicial frente a dicha práctica? ¿Cuánta similitud hay entre la citada mutilación y el encierro carcelario perpetuo? ¿Cuál de ambos castigos es

⁴⁵ Así las cosas, claramente se ve que la autoridad aborígen no podría encerrar en una *cárcel* sectorial al sentenciado y, menos, someterlo a torturas.

En la comunidad aymara del altiplano, las sanciones que se imponen son las de multa, llamada de atención, destitución del cargo, restricción de beneficios comunales y expulsión de la comunidad. Sobre ello véase Antonio PEÑA JUMPA, *Derecho y pluralidad cultural: El caso de los aymaras de Puno*, publicado en el libro colectivo *Derechos Culturales*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. 98.

El derecho consuetudinario de la comunidad de Chupán (departamento de Huánuco), habilita, o habilitaba hasta no hace mucho, las sanciones señaladas a continuación: el *yachisum* (amonestar), el *alliyachisum* (una especie de transacción), el *jitarishum* (expulsión de la comunidad) y el *ushananjampi* (la causación de la muerte). Sobre ello véase Enrique LÓPEZ ALBÚJAR, *Justicia andina, en Delitos, crímenes y costumbres a través del cuento y de la narración peruanos*, Suplemento de la Revista Policial del Perú, Lima, 1957, pp.16 a 18.

⁴⁶ Sobre lo último cfr. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Derecho penal, Parte general*, tercera edición, B de F, Buenos Aires, 2016, p. 825.

⁴⁷ Según informan Antonio SUEYO IRANGUA y Héctor SUEYO YUMBUYO en *Soy Sontone. Memorias de una vida en aislamiento*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2018, p. 39.

menos duradero? ¿Cuál produce mayor sufrimiento? ¿Cuál es más embrutecedor? ¿Cuál más inhumano? ¿Cuál es menos respetuoso de los derechos fundamentales? ¿Cómo respondería las interrogantes anteriores un miembro de los arakbut?

XV. *Determinación cultural vencible e invencible.* En los casos en los que sea categórica la determinación cultural, ha de aplicarse la eximente plena; de no haber tal rotundez, se atenuará la sanción. Para que exista equivalencia entre las eximentes semiplenas del art. 20 (específicamente mencionadas en el 21) y las que figuran en los arts. 14 y 15 del CP, acaso convenga introducir una modificación tendiente a dejar establecido que el error de prohibición vencible y la determinación cultural superable deben ser reprimidas con una sanción que podría incluso no superar el mínimo legal —como precisamente lo estipula el art. 21 para los casos de legítima defensa imperfecta y otros—⁴⁸; aunque muchísimo mejor sería indicar, como lo hace el Anteproyecto del Código Penal de Bolivia (2009, art. 19), que en tales casos la sanción ha de atenuarse de acuerdo «al grado de exigencia que podría» formularse al agente, dándose de ese modo ocasión a conmisurar la pena conforme al real grado de culpabilidad.

XVI. *Consecuencias jurídicas.* Básicamente son tres: a) La eximente no libera del pago de reparación civil, puesto que la ilicitud de la conducta permanece intacta; b) si son varios los autores del hecho, únicamente se benefician aquellos que no pudieron comprender el carácter delictuoso del mismo y, c) no cabe legítima defensa contra el sujeto que obra determinado culturalmente, procediendo únicamente, estado de necesidad defensivo (debiendo ser observados, por lo tanto, los principios de proporcionalidad y subsidiaridad). De momento, ha de darse por descontado que no es de aplicación medida de seguridad alguna, ya que no es el agente inimputable en el sentido indicado en el art. 20, inc. 1 del CP.

XVII. *Expansividad.* Han sido gravitantes y asaz feraces los debates que tuvieron lugar en la doctrina no bien incluida la eximente en el estatuto punitivo del 91 y quien sabe si, como todo lo indica, tales polémicas hubiesen dado pie para que en el Código Procesal Penal (art. 172, inc. 2) se diese un último toque al instituto: «Se podrá⁴⁹ ordenar una pericia —dice la ley en cita— cuando corresponda aplicar el artículo 15 del Código Penal. Ésta se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado». Por fortuna, además de expandirse al Código Procesal Penal peruano, vemos insertado el instituto en las propuestas

⁴⁸ Sobre la desproporción señalada cfr. Iván MEINI, Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho Penal, pp. 97-98.

⁴⁹ Reputa obligatoria la realización de una pericia antropológica el fallo de la Corte Suprema de 5 de agosto de 2011 (R. N. núm. 3005-2010-Cajamarca); hace lo propio Jorge Luis SALAS ARENAS, Indemnidad sexual, 2013, p. 49.

legislativas de Ecuador (art. 16, inc. 4) y de Bolivia (art. 19) correspondientes al año 2009 que proyectó, junto a otros destacados juristas, el profesor bonaerense E. R. ZAFFARONI.

XVIII. *Propuesta de modificación.* En abril de 2018, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República aprobó un Proyecto de Ley (2402/2017-CR) que aspira introducir modificaciones en el CP; de prosperar los aludidos cambios, el art. 15 del citado cuerpo de leyes tendría el siguiente contenido:

Art. 15. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Lo dispuesto en el primer párrafo es inaplicable en la comisión de los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo cometidos en perjuicio de menores de catorce años y de mayores de catorce años cuando estos no hayan prestado su libre consentimiento.

El documento, muy en consonancia con los deseos de los electores⁵⁰, además de la castración química⁵¹, contiene otros desatinos de similar calibre —como en efecto lo son, la negación de beneficios penitenciarios a quienes resulten condenados por los delitos mencionados en dicha propuesta y, de otro lado, la cadena perpetua— y, sobre todo, el desafortunado segundo párrafo del artículo 15 acabado de reproducir que, básicamente, servirá para abarrotar las cárceles con personas respecto de las cuales, la más autorizada doctrina penal, apostaría concediéndoles el beneficio de la exculpación.

BIBLIOGRAFÍA

ADRIÁN AMBÍA, Abel. El ayllu en el Perú actual. Con un estudio de las normas tradicionales de la comunidad campesina de Amaru, Calca, Cusco, Ediciones Pukara, Lima, 1988.

ÁNGELES GONZÁLES, Fernando/FRISANCHO APARICIO, Manuel. Código penal. Comentado, concordado, anotado, tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1996.

BALLÓN AGUIRRE, Francisco. Etnia y Represión Penal, Centro de Investigación y Promoción Amazónica, Lima, 1980.

⁵⁰ A quienes hay que complacer obsequiosamente con vista, sobra decirlo, en una próxima reelección política.

CEREZO MIR, José. La regulación del error de prohibición en los códigos penales español y peruano, en *Temas de Derecho Penal. Libro Homenaje a Luis Guillermo Cornejo Cuadros*, Editorial Adrus, Arequipa, 2008.

CAMINO CALDERÓN, Carlos. *Diccionario folklórico del Perú*, Compañía de Impresiones y Publicidad, Prólogo de Jorge Basadre, Lima, 1945.

CASTRO CORNEJO, Toribio W. *El error en el Derecho penal. El error de prohibición y el error culturalmente condicionado*, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima, 2010.

CATACORA GONZÁLES, Manuel. *Del Folklore al Delito*, Editorial de la Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, 1968.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. El significado de Gustav Radbruch para el Derecho penal contemporáneo, en *la Revista de Ciencias Sociales – Número 69 (2016)*, Valparaíso.

HURTADO POZO, José. Reforma penal, técnica legislativa y dogmática penal, en *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

HURTADO POZO, José. Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general con respecto a la situación en el Perú, en *Anuario de Derecho Penal 2006*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, Lima, 2007.

HURTADO POZO, José. Derecho y diferencias culturales: el caso peruano, en *Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal*, Universidad de Friburgo-Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.

LOMBROSO, Cesare. *Los anarquistas*, traducción y notas por Julio Campo y Gabriel España, Imprenta Elzeviriana de P. Tonini, Buenos Aires, 1895.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal, Parte general*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2016.

⁵¹ Hace casi cien años, alguien proponía la esterilización de un grupo importante de delincuentes; lamentablemente, no logramos sacudirnos de ese endemoniado fantasma. El autor aludido es Emilio MIRA Y LÓPEZ. Cfr. *Manual de psicología jurídica*, Salvat Editores, Barcelona, 1932, pp. 261 y 262.

MANSO PORTO, Teresa. La regulación del error en el Código penal peruano, en la Revista Peruana de Ciencias Penales, años VII y VIII, núm. 12, Lima, 2002.

MEINI, Iván. Lecciones de Derecho penal, Parte general. Teoría jurídica del delito, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Derecho penal, Parte general, Editora Rodhas, Lima, 2009.

PÉREZ ARROYO, Miguel. Derecho penal y Derecho procesal penal contemporáneo. Cuestiones fundamentales, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima, 2010.

ROY FREYRE, Luis. Responsabilidad penal y causas de inculpabilidad, en el libro colectivo Una visión moderna de la Teoría del Delito, Ministerio de Justicia, Lima, 1998.

SALAS ARENAS, Jorge Luis. Indemnidad sexual. Tratamiento jurídico de las relaciones sexuales con menores de 14 a 18 años de edad, IDEMSA, Lima, 2013.

SUEYO IRANGUA, Antonio/Sueyo Yumbuyo, Héctor. Soy Sontone. Memorias de una vida en aislamiento, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2018.

VILLA STEIN, Javier. Derecho penal, Parte general, Editorial San Marcos, Lima, 1998.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Error de prohibición culturalmente condicionado, en Código Penal Comentado, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Diversidad cultural y Derecho penal, Ideas Solución Editorial, Lima, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro. Manual de Derecho penal, Parte general, Ediar, Buenos Aires, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Estructura básica del Derecho penal, Ediar, Buenos Aires, 2009.

ZAFFARONI, Raúl/BATISTA, Nilo/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, segundo volume, tomo II, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2017.