

Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del llamado error de comprensión culturalmente condicionado*

Diego Araque

1. Introducción

Algunas legislaciones, como en el caso del Código Penal peruano, en su artículo 15, consagran lo que se denomina como error de comprensión culturalmente condicionado. Dicha disposición, en efecto, señala que “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”.

Sobre esta figura jurídica en particular la doctrina peruana señala que “Esta norma se engarza en el ámbito del reconocimiento del pluralismo jurídico y la jurisdicción especial, declarada en el artículo 149 de la Constitución Política de 1993... Además de la consagración del derecho de todo individuo ‘a su identidad étnica y cultural...’¹.”

Así vistas las cosas, la institución jurídica de que se viene hablando trata de aquellos casos en los cuales el individuo infringe la ley penal y la explicación de ello se halla en unos principios, valores o patrones culturales completamente distintos o los de la cultura

* El presente artículo fue publicado en el libro *Debates y aportes al Sistema Integral de Derecho Penal*. Obra homenaje al profesor Jorge Arenas Salazar, Escalante Barreto, Estanislao (Dir.), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2022.

¹ Villavicencio T., Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima, Grijley, reimpresión de 2019, págs. 622-623, quien además da cuenta sobre los antecedentes y el origen de esta figura en el contexto peruano.

predominante. Justo por dicha razón, el autor, al momento de llevar a cabo el hecho delictivo, no comprende en sí la ilicitud de su actuar o no está en condiciones de auto-determinarse conforme a dicha comprensión.

El fenómeno en cuestión, pues, en este orden de ideas, como con meridiana claridad se puede apreciar, se presenta en sociedades en las cuales se reconoce la existencia de la diversidad étnica y cultural, con lo cual el tema en el fondo no se trasunta en una problemática estrictamente jurídica, sino, antes bien, de cuño o de origen completamente antropológico y sociológico.

La presente contribución, en consecuencia, procura establecer la naturaleza de dicha institución jurídica, aspecto este sobre el cual, según he podido advertir, existe discusión entre los distintos autores que se han ocupado de esta problemática en particular, sobre todo en el ámbito suramericano. Al efecto, algunos señalan que estos eventos son un simple caso de error (unos dicen que de tipo, los otros que de prohibición). Otro sector, a contrapelo, expone que esta figura refleja una hipótesis de inimputabilidad penal. Entre estos dos extremos, hay quienes estiman que se trata de una norma permisiva (causa de justificación) que autoriza la realización del hecho e, incluso, de un caso de inculpabilidad penal por ausencia de exigibilidad.

A tales efectos, la presente contribución se dividirá en varios apartados con miras a seguir una ilación más o menos lógica de la discusión. En tal orden de ideas, en primer lugar, me ocuparé de delimitar la problemática desde una perspectiva estrictamente sistemática (2); seguidamente, procederé a ocuparme de la temática del error de prohibición como causa de exoneración de responsabilidad en materia penal (3); acto seguido se desarrollarán algunas ideas que dicen relación con el tema de la inimputabilidad penal (4); luego de lo cual me detendré de manera concreta y en estricto rigor en el objeto de nuestra colaboración, valga repetir, la naturaleza jurídica del error de comprensión culturalmente condicionado (5); finalmente, en un *ex curso*, me ocuparé de forma crítica de la opción que entiende que estos

supuestos se resuelven apelando a los llamados tipos permisivos que son propios de las causas de justificación dentro de la sistemática de la teoría del delito (6).

2. Cuestiones preliminares de orden sistemático

El artículo 9 del Código Penal colombiano desarrolla lo concerniente con la llamada conducta punible, como se sabe, a partir de la elaboración conceptual con arreglo a la cual un delito se concreta en la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable². Son estos los presupuestos indispensables para efectos de atribuir responsabilidad penal a una persona por un hecho que se ha cometido. Asimismo, según su artículo 25, la conducta punible de la cual se viene hablando puede ser realizada por acción o por omisión. A su turno, el artículo 21 señala que la conducta puede ser dolosa, culposa o preterintencional.

Por su parte, el artículo 32 del mismo estatuto, en sus numéales 10 y 11, regula las figuras del error de tipo y de prohibición, respectivamente. Según se puede advertir en esta última disposición, la primera clase de error comprende aquellos casos en los cuales el agente se equivoca sobre los hechos constitutivos de la infracción penal, en tanto que, la segunda modalidad de error, abarca otros eventos en los cuales el autor yerra sobre la ilicitud del hecho en sí mismo considerado.

Dicho en otros términos, en el error de tipo, el autor, al desplegar su conducta, desconoce que está llevando a cabo alguno de los elementos del denominado tipo penal objetivo, compuesto como se sabe por un sujeto –activo y pasivo–, un verbo rector, un objeto –material y jurídico–, un resultado –en algunos casos–, el nexo de imputación objetiva y las circunstancias de tiempo, modo y lugar –en los eventos en que así lo exige el legislador–³.

² Algunos autores, además, entienden que la punibilidad es asimismo un carácter esencial del delito. En este sentido, Polaino Navarrete, Miguel/Polaino-Orts, Miguel, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Lima, Grijley, 2004, pág. 85.

³ Araque, Diego, *Derecho penal. Introducción y fundamentos de imputación de responsabilidad penal*, 2ª. Ed., Bogotá, Ibáñez, 2018, págs. 244 y ss.

Por su parte, en el error de prohibición el agente sabe plenamente que con su comportamiento está realizando todos y cada uno de los mencionados elementos del tipo penal objetivo, antes referidos; sin embargo, no comprende en sí la ilicitud de dicho acto. Según la jurisprudencia alemana, que precisamente dio origen a esta clasificación, en el error de tipo la intención o el querer no va dirigida a la realización del tipo por cuanto el sujeto no sabe en verdad lo que está haciendo; por su parte, en el error de prohibición la persona sí tiene pleno conocimiento de lo que está realizando, no obstante considerar de manera errada que su actuar está plenamente permitido⁴.

Lo anterior, explicado con sendos ejemplos: quien desconoce el contenido ilícito de un bulto (droga estupefaciente) que es hallado en su poder, obra bajo los efectos de un error de tipo. Por el contrario, quien cree obrar bajo un estado de necesidad que en verdad no se configura y, como consecuencia de ello infringe la ley penal, actúa bajo el amparo de un error de prohibición.

Ahora bien, las anteriores disposiciones, entre otras, permiten sostener, en mi sentir, que desde el punto de vista sistemático se acuña una teoría del delito acorde con la elaboración conceptual que, entre otros aspectos, entiende: (i) que la base de todo el conocimiento racional viene dada por la conducta o el comportamiento humano, independientemente de si se trata del despliegue de una actividad –delitos de acción- o del incumplimiento de un deber legal –delitos de omisión, propia e impropia-⁵; (ii) que el tipo penal, conforme a un concepto de tipo penal complejo, se compone de un tipo penal objetivo y un tipo penal subjetivo⁶; y

⁴ Véase, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, T. IV, 1952.

⁵ Sobre la conducta, como presupuesto o base de toda la sistemática del delito, cfr., Araque, Diego, *Derecho penal...*, págs. 225 y ss.

⁶ El origen del tipo penal complejo se remonta a H. Von Weber, quien sentó sus bases en sus *Lineamientos del Derecho penal alemán*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

(iii) que el dolo y la culpa hacen parte de este último aspecto de la tipicidad, valga repetir, el tipo penal subjetivo⁷.

Los anteriores asertos encuentran su fundamento en que según el artículo 21 anteriormente mencionado, lo que es doloso o culposo son las acciones o las omisiones desplegadas o dejadas de realizar por el autor del hecho, mismas que son recogidas en los respectivos preceptos legales (tipo penal). Es decir, el dolo (art. 22 CP) y la culpa (art. 23 *ibídem*) no hacen parte de la categoría dogmática de la culpabilidad penal, como en otros tiempos se les consideró (esquemas causales del delito); antes bien, dichos elementos o componentes se integran a la llamada tipicidad subjetiva, como reflejo del aspecto interno de la conducta que se recoge en la correspondiente descripción normativa⁸.

Más todavía: la distinción que se hace en el artículo 32 entre error de tipo y error de prohibición, refuerza la postura o el enfoque sistemático de que se viene hablando. En efecto, una de las consecuencias jurídicas de entender que el dolo se integra al tipo penal subjetivo, consiste precisamente en diferenciar entre estas dos clases de error. La primera afecta al presupuesto de imputación de responsabilidad penal de la tipicidad. La segunda, en cambio, repercute en la categoría dogmática de la culpabilidad⁹.

Volvamos a nuestros dos últimos ejemplos: el sujeto que desconoce que dentro de un bolso que lleva consigo se halla sustancia estupefaciente, obra, según ya se precisó, bajo los efectos de un error de tipo. En este caso el autor lleva a cabo una conducta que, ciertamente, no es típica, por *desconocer* precisamente uno de los elementos del tipo penal objetivo (la

⁷ Postura esta que como se sabe fue desarrollada por H. Welzel, misma que perdura hasta nuestros días, si bien fundada en razones metodológicas distintas o diferentes a las desarrolladas en su momento por este autor. Véase, *Derecho penal alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

⁸ Sobre estas precisiones sistemáticas, Shünemann, Bernd, “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal”, en *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2012.

⁹ En relación con la evolución de la problemática del error, puede verse a Fernández Carrasquilla, Juan, *Delito y error. Perspectiva político-criminal y esquema dogmático*, Bogotá, Leyer, 2007.

naturaleza de la sustancia en sí misma considerada). Según el artículo 32-10, si este desconocimiento fuese invencible, se excluye la responsabilidad penal (por faltar justo el componente del dolo y con ello la tipicidad subjetiva); si, en cambio, dicha equivocación era posible de ser superada (error vencible), subsiste en todo caso el castigo a título de culpa, para aquellos casos en que el legislador hubiese contemplado este tipo de responsabilidad, pues, de lo contrario, el hecho quedaría completamente impune, como sucede exactamente en los delitos de tráfico ilícito de droga regulados en los artículos 376 y ss. del Código Penal colombiano.

Ahora bien, en el segundo caso, esto es, el agente que cree obrar bajo el amparo de un estado de necesidad que, en verdad no se configura, como ya también se señaló, obra amparado por un error de prohibición. Según el mismo precepto de que se viene hablando, numeral 11, si el error es invencible, se excluye igualmente la responsabilidad penal, pero por ausencia de la categoría dogmática de la culpabilidad por tratarse como en efecto se trata de un caso en el cual no existe conciencia sobre la ilicitud del acto; si el error en cambio es vencible, el juzgador debe necesariamente atenuar la respectiva pena, existiendo desde luego responsabilidad penal por una conducta punible que en últimas fue realizada con dolo. Aquí importa precisar que, para la mayoría de la doctrina, el componente de la conciencia de la ilicitud se examina en la culpabilidad penal, independientemente de cómo sea concebido este último peldaño o escalón dentro de la moderna sistemática racional del delito¹⁰.

En definitiva entonces, el Código Penal colombiano, según se viene de observar, entiende que el delito consiste en la realización de una conducta en relación con la cual se hace necesario verificar los presupuestos de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Asimismo, el dolo y la culpa deben ser analizados a nivel del tipo penal subjetivo, en tanto que la conciencia de la ilicitud se erige en un ingrediente autónomo del presupuesto de la

¹⁰ Véase, sobre la posibilidad de comprender el ilícito del acto como componente de la culpabilidad, en general, Frister, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, págs. 379 y ss.

culpabilidad penal. Con lo cual, finalmente, es posible diferenciar entre error de tipo y error de prohibición en los términos anteriormente señalados.

3. Análisis en concreto del error de prohibición

Como se viene de señalar, una de las modalidades del error en materia penal es el llamado error de prohibición. Dicho error, se insiste, recae en sí sobre la ilicitud de la conducta o del comportamiento. En palabras de Roxin, “Concurre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida”¹¹. Veamos otro ejemplo más: un extranjero en territorio colombiano lleva a cabo un acceso carnal con una niña de 12 años. El sujeto, de forma completamente equivocada, considera que su conducta no es ilícita. Lo anterior, por cuanto en su país de origen es lícito sostener este tipo de actos con menores, de manera plenamente autorizada por el respectivo ordenamiento jurídico. En este otro caso, en efecto, se está en presencia de un error de prohibición. Igual sucede con el joven inexperto que sostiene relaciones consentidas con su novia menor de 14 años bajo el entendido que “amar no es delito”¹². O quizá mejor, para ilustrarlo justo con un evento de la jurisprudencia latinoamericana, del cual nos da cuenta Villavicencio, y que precisamente está relacionado con el problema que concretamente ocupa nuestra atención: “El miembro de una comunidad nativa de la amazonía que practica actos sexuales con una menor de 14 años, pues en su comunidad es costumbre la convivencia incluso con menores de 12 años”¹³.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el error de prohibición se suele igualmente realizar un clasificación. De un lado, se habla de error de prohibición directo, al tiempo que, de otra parte, se habla de error de prohibición indirecto. Aquél recae sobre normas que en principio

¹¹ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, pág. 861.

¹² Véase, Sala Penal Corte Suprema de Justicia, SP 921-2020, radicado 50.889, sentencia de 6 de mayo de 2020.

¹³ Cfr. *Derecho penal*, pág. 624.

prohíben la realización de una conducta o de un comportamiento, es decir, sobre disposiciones de naturaleza prohibitiva (como en los ejemplos anteriores). Éste, el error de prohibición indirecto, se concreta en cambio en normas que autorizan o que permiten llevar a cabo una conducta o un comportamiento que en principio está prohibido por el respectivo orden jurídico, o lo que es lo mismo, sobre normas de naturaleza permisiva¹⁴.

A su turno, el error de prohibición directo se clasifica asimismo de la siguiente forma: (i) error de prohibición directo sobre la *existencia* de una norma prohibitiva (el extranjero que desconoce que en la legislación colombiana está prohibido llevar a cabo acceso carnal con menor de 14 años de edad, según lo dispuesto en el artículo 208 del Código Penal); (ii) error de prohibición directo sobre la *vigencia* de una norma de naturaleza prohibitiva (un sujeto, de forma completamente equivocada, considera que la prohibición de sostener acceso carnal con menor de edad en el territorio colombiano ha dejado de producir efectos jurídicos, por derogatoria, por ejemplo); y (iii) error de prohibición directo sobre la *interpretación* de un precepto que prohíbe la realización de la conducta (un sujeto cree, de forma completamente desacertada, que como la menor de edad es una “modelo webcam” o simplemente una meretriz, no opera en esta caso la prohibición como tal).

Similar clasificación cabe realizar con respecto a la otra clase de error de prohibición, a saber, el indirecto. Veamos: (i) existe en primer lugar el error de prohibición indirecto sobre la existencia de una norma permisiva (el sujeto cree que en su caso le está permitido llevar a cabo el acceso carnal con la menor de edad, pues existe una supuesta autorización en tal sentido para los extranjeros que adquieren un “paquete turístico”); (ii) de otro lado tenemos el error de prohibición indirecto sobre los límites de una norma de naturaleza permisiva (el sujeto que, con base en lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 32 del Código Penal colombiano, se defiende de una agresión ilegítima, creyendo, erradamente, que en estos casos

¹⁴ Ilustrativo sobre las distintas clases de error, Velásquez V., Fernando, *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda – Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, págs. 539 y ss.

no rige la necesidad racional del medio); y (iii) finalmente, existe el error de prohibición indirecto sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (el agente cree que se está defendiendo de una agresión ilegítima, cuando en realidad esta última no existe, o mejor, sólo existe en su cabeza, supuestos estos últimos que otrora eran denominados como casos de defensa putativa¹⁵).

Todos los anteriores, se repite, aplican como supuestos de error de prohibición.

Ahora, dependiendo de la solución que se acoja en relación con esta temática, se suele hablar en materia de error de las teorías estricta y limitada de la culpabilidad¹⁶.

En el primer caso, la solución a los distintos supuestos de error de prohibición de que se ha dado cuenta opera de la siguiente forma: si el error fue invencible (insuperable para el autor en sus condiciones concretas y específicas) se exime de responsabilidad penal (=absolución). Si, en cambio, el error fue vencible (superable en el caso específico, según las circunstancias de tiempo, modo y lugar), se *faculta* al juez de conocimiento para rebajar la respectiva sanción consagrada en la correspondiente norma penal.

Ahora, ¿cómo se soluciona el error de prohibición según la teoría limitada?: absolución si el error fue invencible y rebaja *obligatoria* de la pena por parte del juez si el error fue vencible.

Siendo así lo anterior, cabe entonces sostener que en el caso del Código Penal colombiano se acoge la llamada teoría de la culpabilidad limitada en materia de error¹⁷. Lo anterior es así, por cuanto el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal obliga al sentenciador a rebajar la

¹⁵ Véase, Agudelo Betancur, Nódier, *La Defensa putativa en el Código Penal*, Medellín, Ediciones Nuevo Foro, 2001.

¹⁶ Véase, entre otros, Roxin, Claus, *Derecho penal...*, págs. 861-866.

¹⁷ De otro parecer, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual considera que se acoge la teoría estricta sobre este punto en particular. Véase, entre otros radicados, 28.984 de 19 de mayo de 2018.

pena en la mitad en este tipo de casos, amén que, por otra parte, el numeral 10 del artículo en cuestión otorga al error de prohibición indirecto sobre los presupuestos objetivos de una norma permisiva el mismo trato que el error de tipo, siendo esta precisamente otra de las consecuencias de la teoría limitada de la culpabilidad en materia de error penal.

4. Diferencia entre el error de prohibición y la inimputabilidad en materia penal

Ahora bien, esclarecido como en efecto se encuentra lo concerniente con el llamado error de prohibición, aunque parezca una obviedad, es del caso proceder a diferenciar esta figura o institución jurídica de la llamada inimputabilidad penal.

Por regla general se ha considerado que la imputabilidad consiste en la capacidad de culpabilidad que tiene cada uno de nosotros en el caso específico y particular, como seres libres, autónomos y responsables que obramos en el día a día y con respecto a nuestras distintas actividades o quehaceres de la cotidianidad.

En principio se estimó que esa imputabilidad era un presupuesto de la categoría dogmática de la culpabilidad penal. Con posterioridad, y hasta nuestros días, se señala que la imputabilidad como tal es un componente que se debe examinar dentro del presupuesto de la culpabilidad, junto con otros requisitos, ingredientes o elementos que configuran y estructuran este último presupuesto de imputación de responsabilidad. Según Wessels/Beulke/Satzger, “Un componente culpable requiere, como elemento positivo de la culpabilidad, que el autor sea imputable en el momento de la comisión del hecho”¹⁸.

Sea de ello lo que fuere –un presupuesto o un ingrediente de la culpabilidad–, lo cierto es que, así vistas las cosas, el aspecto contrario, que vendría dado por la llamada inimputabilidad

¹⁸ Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*, 46ª ed., traducción de Raúl Pariona Arana, Lima, Instituto Pacífico, 2018, pág. 279.

penal, consistiría justamente en esa falta de capacidad para que una persona pueda ser considerada como culpable. Esta falta de capacidad puede explicarse perfectamente por varias razones, v.gr., por alteraciones o afectaciones de tipo mental (trastornos mentales), por situaciones de falta de maduración o desarrollo inadecuado de las esferas de la personalidad (inmadurez psicológica) o, en fin, según algunos, por aspectos culturales relacionados con la forma como cada una de las personas concibe su relación con el mundo circundante (diversidad cultural). En cualquiera de estos casos, ciertamente, puede sobrevenir la realización de un hecho considerado como punible pero en relación con el cual el autor no tuvo esa capacidad concreta de culpabilidad de la cual se viene precisamente hablando. Explicado con otro ejemplo: un sujeto que sufre una paranoia o esquizofrenia lleva a cabo un atentado contra la vida de otra persona, determinado justamente por su correspondiente patología, la cual, en este orden de ideas, terminó influyendo en la realización en sí misma del hecho, cuya ilicitud no fue objeto de comprensión.

Generalmente se sostiene que las anteriores pueden ser causas que originan la inimputabilidad de una persona, conforme a concepciones de tipo biológico. Con todo, hoy por hoy predominan otro tipo de enfoques que entienden que la inimputabilidad en materia penal no solamente se determina con fundamento en las causas sino que, por añadidura, éstas deben ocasionar en el autor unos efectos que pueden ser: (i) la incompreensión de la ilicitud del acto en cuanto tal; (ii) la falta de autocontrol o gobierno sobre su comportamiento o sobre sus actos. Estos otros enfoques, en consecuencia, se consideran de naturaleza mixta como quiera que determinan la inimputabilidad penal enlazando la causa respectiva con el efecto que ella originó en el caso concreto en el autor¹⁹.

En el Código Penal colombiano la inimputabilidad penal está regulada en el artículo 33, que a la sazón dispone que es inimputable quien al momento de realizar la conducta típica y

¹⁹ Sobre los fórmulas legales de la inimputabilidad penal, puede verse Velásquez V., Fernando, Fundamentos..., págs. 552-553.

antijurídica no tuvo la capacidad de comprensión o de autodeterminación por trastorno mental, inmadurez psicológica, diversidad sociocultural o estados similares.

Por lo tanto, si lo anterior es así, como en efecto se tiene que lo es, resulta fácil colegir que la llamada inimputabilidad penal es un fenómeno completamente distinto al caso del error. Pues este último, llámese de tipo o de prohibición, se explica por un yerro, una discrepancia o una ausencia de conocimiento en el autor. Ciertamente es que la equivocación o el desconocimiento son dos fenómenos intelectivos completamente distintos entre sí²⁰. Sin embargo, para efectos jurídicos, ambos se agrupan bajo la figura del error.

En el caso de la inimputabilidad, en cambio, la afectación del intelecto o de la capacidad de autodeterminación no se explica por una situación de equivocación o ausencia de conocimiento, como sucede en el caso del error, según se viene de precisar, sino más bien en aspectos de otro tipo de naturaleza como por ejemplo afectaciones de las facultades mentales de orden patológico o indebida maduración de las esferas intelectual, volitiva o afectiva que conforman y definen la personalidad e individualidad de cada cual, o bien en aspectos relacionados con la cosmovisión que tiene el individuo en el caso particular, según también señalan nuestro código penal.

Siendo ello así, entonces, importa necesariamente diferenciar los casos de error de los supuestos de inimputabilidad penal. Entre otras cosas porque en el primer evento hay lugar a la exoneración de responsabilidad (si el error es invencible, por ejemplo), en tanto que, en el segundo caso (la inimputabilidad), por el contrario, subsiste la responsabilidad penal, si bien es cierto que la respuesta punitiva no sigue la lógica que explica el sentido y los fines de la pena estatal (imposición de medidas de seguridad, en los términos establecidos en los artículos 69 y ss. del Código Penal colombiano).

²⁰ La ignorancia, como decía Carrara, “consiste en la ausencia de cualquier noción respecto a un objeto”, en tanto que el error, según enseñó este mismo autor, consiste “en una falsa noción acerca de un objeto”. Véase, *Programa de Derecho criminal*, V. I. Bogotá, Temis, 1996, pág. 185.

5. Naturaleza del error de comprensión culturalmente condicionado: ¿Caso de error o inimputabilidad penal?

Llegados a este punto, es del caso establecer la naturaleza jurídica del denominado error de comprensión culturalmente condicionado. Para ilustrarlo de nuevo con uno de nuestros ejemplos: ¿Cómo solucionar el caso del integrante de la comunidad nativa del Amazonas - donde es costumbre la convivencia desde edades muy tempranas- que sostiene actos sexuales con una menor de 14 años? Veamos:

En el contexto peruano, Villavicencio entiende que el artículo 15 del Código Penal de dicho país (donde expresamente se regula el error de comprensión culturalmente condicionado) regula sendos “casos de inexigibilidad, originadas por el condicionamiento cultural. Primera: por error de comprensión culturalmente condicionado (art. 15, Código Penal). Segunda: inexigibilidad por el condicionamiento cultural del sujeto no originada por error”²¹. Es decir, si creo entender, interpreta el artículo 15 de la referencia de forma amplia, como eventos que permiten excluir la responsabilidad penal por falta de exigibilidad, uno de ellos, precisamente, por razones de error provocado en motivos de una cultura diferente a la de las “mayorías” o de tipo simplemente “predominante”, en tanto que, el otro supuesto, comprendería los casos de inexigibilidad por el condicionamiento cultural en sí mismo considerado.

Al efecto, recuérdese que en el primer caso la equivocación en el autor surge exactamente por razones de orden cultural, dependiendo de la propia visión en relación con el mundo que lo rodea, caso por ejemplo del integrante de la comunidad de que venimos hablando. En este supuesto, según la concepción de Villavicencio, no es posible exigirle a dicho sujeto el respeto por la norma penal que prohíbe la realización de este tipo de comportamientos, o lo

²¹ Villavicencio T., Felipe, *Derecho penal...*, págs. 631-632.

que es lo mismo, que oriente su conducta conforme al llamado de la norma, pues, lisa y llanamente, no estaría en condiciones de comprender el mensaje normativo que para este específico aspecto establece la correspondiente prohibición.

García Cavero, por su parte, estima que la norma de que se viene hablando -el artículo 15 del Código Penal peruano- es un caso de error que, dependiendo de las circunstancias, puede ser tratado como error de tipo o como error de prohibición. Así, en su opinión, “Si los condicionamientos culturales impiden el acceso al conocimiento de las prohibiciones penales..., entonces el error culturalmente condicionado será un error de prohibición en sentido estricto. Si, por el contrario, los condicionamientos culturales no impiden el acceso a la prohibición penal, sino que influyen en la comprensión del hecho como antijurídico o en la capacidad de asumir dicha comprensión en el proceder concreto, entonces el error será de tipo”²².

Por la solución de la inimputabilidad, en cambio, se inclina Hurtado Pozo, quien al respecto es categórico al manifestar que “nuestra crítica a la interpretación conforme a la cual el artículo 15 prevé el denominado error culturalmente condicionado considera, entre otros puntos, el hecho que el artículo 15 es interpretado de manera aislada, sin ponerlo en relación con otras disposiciones, en particular con el artículo 20 inciso 1, que regula la capacidad de culpabilidad. En relación con esta disposición, hay que destacar que el legislador ha utilizado la misma técnica legislativa para redactar el artículo 15. En ambos se utiliza una fórmula mixta consistente en señalar las causas que conducen a eliminar la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o la capacidad de determinarse según esta apreciación. Si en el artículo 20 inciso 1 dichas causas son la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia o las alteraciones de la percepción, en el artículo 15 son la cultura o las costumbres del autor del hecho punible. Aun cuando en esta norma legal se dice “sin poder” en lugar de mencionar directamente las capacidades en cuestión, hay que afirmar que en ambas normas

²² García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 3ª. Ed., Lima, Idea, 2019, pág. 700.

se trata de la facultad de comprender y de determinarse. Poder, facultad y capacidad se refieren al potencial psíquico para hacer algo, por ejemplo, comprender el carácter delictuoso de un acto”²³.

Por mi parte entiendo que estos supuestos efectivamente son expresión y reconocimiento de un típico error de prohibición, concretamente, un error de prohibición directo. Esta en efecto fue la solución, como se sabe, acuñada en su época por Zaffaroni, quien al día de hoy sostiene que “Tal sucede cuando el esfuerzo que hubiese debido realizar el autor fuese de magnitud tal que surja claramente su inexigibilidad jurídica y, por lo tanto, quede excluida la reprochabilidad, o sea, cuando el error de comprensión sea un invencible error de prohibición. Cabe entender que este supuesto tiene lugar principalmente cuando la dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente”²⁴.

Como asimismo es sabido, la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional ha reconocido la posibilidad del error de prohibición en este tipo de casos. Así, en sentencia C-370 de 2002, se manifestó lo siguiente: “Para responder el anterior interrogante, la Corte considera que es muy ilustrativo realizar el siguiente experimento mental: Supongamos que hay una persona, que no es indígena ni hace parte de un grupo cultural con autoridad propia reconocida por el Estado; pensemos que ese individuo comete una conducta típica y antijurídica. La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿qué podría sucederle, en nuestro ordenamiento constitucional y legal, a ese individuo, si al momento de realizar ese hecho, no tenía la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse con base en esa comprensión, debido precisamente a su diversidad cultural? Ahora bien, esa persona no

²³ Hurtado Pozo, José, “Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 86-87, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pág. 71.

²⁴ Zaffaroni, Eugenio/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, pág. 705. Esta solución ha sido asimismo acogida en Colombia por autores como Benítez Naranjo, Hernán Darío, *Tratamiento jurídicopenal del indígena colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?*, Bogotá, Temis, 1988. En similar orden de ideas, Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas*, Lima, Idemsa, 2016, pág.397.

podría ser considerada inimputable, conforme a la regulación prevista en las normas acusadas, puesto que, en caso de ser encontrada responsable, no podría aplicársele la medida de seguridad prevista por la ley. La razón es muy simple: ese individuo no podría ser reintegrado a su medio cultural con la previa coordinación con la autoridad de su cultura, puesto que, como se dijo, su cultura no tiene una autoridad reconocida ni un medio cultural definido. Esto significa que a una persona en esas circunstancias, las normas acusadas no le son aplicables, como ya se explicó anteriormente en esta sentencia. En efecto, en los fundamentos 6 y ss de esta providencia, la Corte anotó que las disposiciones acusadas no se aplican a todas las personas sino únicamente a los indígenas y a quienes hagan parte de grupo cultural que (i) posea un medio cultural propio definido, y (ii) tenga autoridades propias reconocidas por el Estado. Ahora bien: ¿significa lo anterior que esa persona, que no hace parte de un grupo cultural con esas características, y realiza una conducta típica y antijurídica, pero no comprende la ilicitud debido a su particular cosmovisión, debe entonces ser declarada culpable y ser condenada a la pena respectiva? Todo indica que la respuesta, desde el punto de vista de la dogmática penal, es negativa. En efecto, en ese evento la persona ha incurrido en un error de prohibición, puesto que su diversidad cultural le impide comprender la ilicitud de esa conducta, o determinarse con base en esa comprensión. Y en principio es razonable concluir que ese error era invencible, pues la persona, debido a su diversidad cultural, carecía en ese momento de la posibilidad de comprender la ilicitud de esa conducta. En tales condiciones, no resultaría compatible con un derecho penal culpabilista imponerle una sanción, puesto que a ella, en sus circunstancias específicas, no podía exigírsele que dejara de realizar un comportamiento, cuya ilicitud no comprendía. Una conclusión parece imponerse: teniendo en cuenta la naturaleza de la culpabilidad, y que el nuevo estatuto penal eliminó el mandato según el cual la ignorancia de la ley no excusa, y que el ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando “*se obre con error invencible de la licitud de la conducta*”, esa persona debería ser absuelta”.

La ventaja de esta solución, según entiendo, es que: (i) reconoce la pluralidad cultural y la diversidad étnica de pueblos como los nuestros, en donde en efecto no es posible hablar de la existencia de una única cultura o la supremacía de algún grupo de individuos en particular; (ii) tiene en cuenta en este mismo orden de ideas que no existen culturas “superiores” a otras, con lo cual no es posible que se imponga una cultura sobre las demás; (iii) en el plano penal, parte de un concepto antropológico en el cual predomina el individuo de carne y hueso, con todas sus facetas y rasgos de todo tipo que permiten su caracterización y el reconocimiento de su individualidad como ser viviente en el mundo físico y social; (iv) conforme a esto último, presupone el principio de la dignidad humana como eje central de la responsabilidad penal, personal e individual, conforme al principio de culpabilidad o responsabilidad subjetiva que modernamente rige en materia punitiva; (v) en consecuencia, considera que el sujeto que infringe la ley penal ordinaria por razones de orden cultural no es un ser inferior, anormal o “defectuoso” frente a los demás; (vi) según el principio de culpabilidad penal, que exige la responsabilidad subjetiva así como el control y la comprensión plena de la situación en cada caso en particular, reconoce que en este tipo de hipótesis que ocupan nuestra atención no existe ningún tipo de responsabilidad penal; (vii) por lo tanto, y si ello es así, como en verdad creo que lo es, no es posible imponer ningún tipo de sanción en este tipo de supuestos, ni siquiera por una imputabilidad disminuida o un menor reproche de culpabilidad; (viii) con lo cual, en estos supuestos no son aplicables ni las penas para imputables ni las medidas de seguridad para inimputables; (ix) en fin, lo contrario sería entender que los sujetos que infringen las leyes penales por razones de orden cultural (falta de comprensión) no tendrían derecho a los efectos de exoneración de responsabilidad penal bajo el amparo de la figura del error de prohibición invencible, solución que en lo personal me parece que abriría la compuerta a no pocos casos de injusticia, más todavía si de por medio se encuentra una herramienta supremamente selectiva como sin hesitación alguna lo es el sistema penal; (x) con lo cual, finalmente, se reconoce que la inimputabilidad penal es un fenómeno *residual*

que, por lo tanto, obliga a examinar previamente que no exista alguna causa de ausencia de responsabilidad penal (causas de inacción, atipicidad, justificación o inculpabilidad)²⁵.

6. *Ex curso*. La solución de la justificante

Antes de finalizar la presente contribución, importa examinar en último lugar la opción que en este tipo de casos, esto es, la comisión de conductas punibles como consecuencia de una diversidad socio-cultural explicada por un defecto en la comprensión del ilícito, opta por la solución del reconocimiento de una causa de justificación.

Este camino ha sido ensayado por García Vitor en la Argentina, quien en términos generales estima que en los eventos de comisión de comportamientos delictivos, fruto de unos valores culturales distintos, lo que en realidad existe es una colisión de deberes, de suerte que cuando ello sucede debe prevalecer el deber que estaría orientado a la preservación de la cultura a la cual pertenece el sujeto y ampararlo bajo una causal de justificación del hecho. Concretamente dice este autor que una “Vinculación estrecha guarda la reciente reforma constitucional argentina que ha incluido dentro de las atribuciones del Congreso (art. 75) una norma por la que dispone reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizando el respeto a su identidad. La disposición constitucional aporta a la discusión, en el ámbito nacional, un importante elemento que nos permitiría solucionar el problema de la diversidad -cuando se sustenta en las culturas abarcadas-, construyendo una causa de justificación, marginada de su sólo asentamiento en la actuación por conciencia. Es indudable que en la disyuntiva de cumplir con un deber que surge de la propia cultura y otro

²⁵ Agudelo Betancur, Nódier, *Documentos para la reforma penal*, Medellín, Ediciones Nuevo Foro, 1999, pág. 98, precisando que “A partir de lo anterior, sostuve dos postulados: la inimputabilidad es un fenómeno derivado y residual; es un fenómeno derivado, pues se deriva de la enajenación mental o de la inmadurez psicológica; es un fenómeno residual, porque se entra a discutir cuando se han descartado causales de justificación y de inculpabilidad”.

impuesto por una norma de la cultura hegemónica, si se opta por el primero, el actuar que incumple el segundo, estará justificado”²⁶.

Esta solución, dogmáticamente hablando, en efecto resulta atractiva, sugestiva y verdaderamente novedosa. Empero, considero que no se compece con las reglas que regulan la sistemática del delito. Lo anterior, por cuanto esta postura terminaría reconociendo que la persona que infringe la ley penal como consecuencia de una falta de comprensión provocada en una visión distinta del mundo explicada en razones de orden cultural, terminaría llevando a cabo una conducta plenamente permitida dentro del respectivo ordenamiento jurídico. Recuérdese que las causas de justificación son consideradas como normas que autorizan o permiten la realización de un hecho que en principio está proscrito por las normas penales²⁷. Es decir, según esta posición, en el ejemplo del integrante de la comunidad de la amazonía que realiza actos sexuales con una menor, se estaría llevando a cabo una conducta que en su caso estaría plenamente permitida (¡).

Más allá de las discusiones sobre las relaciones que existen entre tipicidad y antijuridicidad penales (teoría de la regla-excepción, teoría de la *ratio essendi*, teoría de la tipicidad conglobante, etc.²⁸), lo cierto es que quien lleva a cabo una conducta bajo el amparo de una causa de justificación, está realizando un comportamiento que resulta plenamente permitido a la luz del orden jurídico, no siendo este desde luego el escenario en los casos que aquí ocupan nuestra atención.

Desde luego que si las conductas que realizan los integrantes de las comunidades indígenas son llevadas a cabo dentro de sus respectivos territorios, no opera en dicho caso la aplicación del Derecho penal ordinario. Cuando esto último sucede, se trata simplemente de eventos en los cuales rige el reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales de los

²⁶ García Vitor, Enrique, “Culturas diversas y sistema penal”, en <http://www.unifr.ch/derechopenal/documentos>

²⁷ Cfr., Araque, Diego, *Derecho penal...*, págs. 320 y ss.

²⁸ Sobre las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad, Roxin, *Derecho penal...*, págs. 283 y ss.

pueblos indígenas, en cuyo caso los hechos así cometidos se juzgarán por las propias costumbres ancestrales de la respectiva comunidad (artículo 246 de la Constitución). Y si la costumbre no es considerada como delictiva dentro de ésta, simplemente se estaría llevando a cabo un comportamiento que en dicho territorio no es considerado como ilícito. Es decir, en estos casos no existe ningún tipo de colisión o conflicto cultural.

El problema entonces se suscita cuando el hecho es cometido por fuera de los límites de los respectivos territorios por parte de los integrantes que pertenecen a este tipo de comunidades. Es en estos casos donde justamente se aplica el llamado Derecho penal ordinario, o lo que es lo mismo, en nuestro caso, el Código Penal colombiano. Y aquí, en este otro contexto, por las razones ya señaladas, no creo que sea sostenible, desde el punto de vista dogmático, que los comportamientos realizados por una persona sin comprender o interiorizar su ilicitud por razones de orden cultural, sea la solución del reconocimiento de una causa de justificación, con lo cual se trataría de una conducta que supuestamente estaría plenamente permitida. Esto, a no dudarlo, me parecería bastante “fuerte”, por decir lo menos. Por ello, en este otro contexto, la solución correcta no se remonta al presupuesto de la categoría dogmática de la antijuridicidad, sino, según ya se precisó, a la categoría dogmática de la culpabilidad penal, siendo el error de prohibición la solución que de forma más justa permite solucionar este tipo de eventos al reconocer que en ellos la persona no comprendió la ilicitud de su comportamiento precisamente por razones de orden cultural, con lo cual se reconoce y se garantiza la diversidad étnica y cultura de nuestras regiones, sin considerar, de manera o de forma equivocada, la prevalencia de algún tipo de cultura sobre las demás.