



Revista

ISSN 2007-4700

Perla

MÉXICO

Número 4 • Marzo 2013



“Delitos culturales” y principios constitucionales en Europa

Víctor Manuel Macías Caro

Universidad Módena y Reggio Emilia

Revista Penal México, núm. 4, marzo-agosto de 2013

RESUMEN: En este artículo se pretende arrojar algo de luz sobre la cuestión de los “delitos culturales” (conductas aceptadas por culturas subalternas que constituyen delito de acuerdo con la ley penal). Para ello, considerando las constituciones estatales y los tratados internacionales como fuente de Derecho penal, intentamos reconstruir un marco constitucional del que deducir el legítimo ámbito de decisión del legislador en esta materia.

PALABRAS CLAVE: delito cultural, Constitución, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, legalidad, igualdad, culpabilidad.

ABSTRACT: This article aims at shedding light on the issue of cultural offence/offense (a behaviour that is accepted by a minority culture and that falls under a criminal law provision). For this purpose, taking into consideration both state constitutions and international treaties as sources of criminal law, a constitutional framework is to be designed, from which it is possible to draw limitations for the law-making process on the subject matter.

KEY WORDS: cultural offence/offense, Constitution, International Covenant on Civil and Political Rights, legality principle, equality under the law, mens rea.

SUMARIO: 1. Introducción: diversidad cultural y Derecho penal. 2. La “aproximación constitucional” al Derecho penal. 2.1. La Constitución como fuente del Derecho penal. 2.2. El approccio costituzionalistico de Franco Bricola y su desarrollo posterior. 2.3. Derecho penal y Constitución en España. 2.4. Constitución y Derecho penal en Alemania. 2.5. Europeización e internacionalización de las constituciones estatales. 3. Una reconstrucción del marco constitucional. 3.1. Concepto jurídico-constitucional de cultura y de diversidad cultural. 3.2. El “derecho a la propia cultura” en el Derecho internacional. 3.3 Principio (y derecho fundamental a la) legalidad “democrática”. 3.4. Igualdad, pluralismo y “libre desarrollo de la personalidad”. 3.5. Principio de culpabilidad. 4. ¿Es posible identificar modelos político-criminales constitucionalmente legítimos? 4.1. Modelos político-criminales. 5. Conclusiones.

OBSERVACIONES: *El presente artículo propone de nuevo, en forma revisada y ampliada, las reflexiones publicadas con ocasión del libro homenaje al profesor Gerardo Landrove: cfr. Víctor Manuel Macías Caro, “Fundamentos y límites de una política criminal sobre la diversidad cultural”, en Un Derecho penal comprometido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 713-743.*

1. Introducción: diversidad cultural y Derecho penal

Es posible que la conducta realizada por una persona socializada en una cultura minoritaria, conducta que es en una situación dada y de acuerdo con dicha cultura aceptada como un comportamiento normal o incluso impuesta como deber, sea considerada sin embargo delito de acuerdo con las leyes penales: nos encontraríamos en estos casos con lo que doctrinalmente se ha venido llamando “delito cultural” (“*cultural offense/offence*”, “*delict cultural*”, “*reato culturalmente motivato/orientato*”).¹

La materia de los delitos culturales, o de las relaciones entre *diversidad cultural* y *Derecho penal*,

es muy amplia y puede ser estudiada desde diversos puntos de vista. El reciente interés que se ha despertado en Europa deriva de un fenómeno que no es en absoluto reciente, ni está ligado únicamente con movimientos migratorios, aunque se haya visto favorecido en Europa por la llegada de población proveniente de sociedades con cultura diversa, siendo éste el sentido de la tematización que del fenómeno ha realizado recientemente la doctrina penal europea.²

En este artículo omitiré la presentación detallada de la problemática para limitarme a explorar las posibilidades que pueden existir de dar una respuesta a la misma desde las constituciones de algunos estados europeos (España, Italia y Alemania), interpretadas éstas en

¹ Definición basada en la que da Jeroen van Broeck, “Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, núm. 9, 2001, p. 5, que a su vez es un desarrollo de la de F. Strijbosch, “Culturele delicten in de Molukse gemeenschap”, en *Nederland Juristenblad*, 1991, p. 670.

² La literatura europea que más extensamente ha tratado la materia es, que sepamos, la italiana, donde el interés ha surgido en los últimos años desde el punto de vista de la inmigración, sobre todo respecto a *delitos culturales* considerados propios de minorías de inmigrantes (la mutilación genital femenina). Cfr. Fabio Basile, “Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genituali femminili)”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, pp. 1297-1345 (versión en castellano: “El Derecho penal en las sociedades multiculturales europeas: los delitos motivados por la cultura”); *Id.*, “Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, núm. 51/1, 2008, pp. 149-212; artículos todos reunidos y actualizados en *Id.*, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Giuffrè, Milán, 2010, 496 pp.; Alessandro Bernardi, “Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo”, *Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2002, pp. 485-534, y en F. Monsignor, T. Greco, *Un solo mondo, un solo diritto*, Edizioni Plus/Pisa University Press, Pisa, 2007, pp. 101-144; versión en castellano: “El Derecho penal ante la globalización y el multiculturalismo”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 8, 2002, y en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, núm. 4, julio-septiembre de 2003, pp. 5-42; *Id.*, “Minoranze culturali e diritto penale”, *Diritto penale e processo*, 2005, pp. 1193-1201; *Id.*, “Società multiculturale e ‘reati culturali’. Spunti per una riflessione”, en Dolcini y Paliero, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milán, 2006, vol. I, pp. 45-98; *Id.*, *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Turín, 2006, 138 pp.; *Id.*, “Diritto europeo dell’ambiente e pluralismo culturale”, *Annali dell’Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XXI, 2007, pp. 1-14; *Id.*, “L’ondivaga rilevanza penale del ‘fattore culturale’”, en *Politica del diritto*, 2007, pp. 3-48; y en M. Vogliotti (coord.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Turín, 2008, pp. 277-322; *Id.*, “Fattore culturale’ e personalizzazione dell’illecito penale”, en L. Risicato, E. La Rosa, *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali*, Giappichelli, Turín, 2009, pp. 126-205; *Id.*, *Il ‘fattore culturale’ nel Diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2010, 163 p.; Caddoppi, Alberto, “Il ruolo delle *Kulturnormen* nella ‘opzione penale’ con particolare riferimento agli illeciti economici”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 1989, pp. 289-315; Cristina De Maglie, “Società multiculturali e Diritto penale: la *cultural defense*”, en Dolcini y Paliero (coords.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, tomo I, Giuffrè, 2006, pp. 215-237; *Id.*, “Culture e Diritto penale. Premesse metodologiche”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, núm. 51/3, 2008, pp. 1088-1119; *Id.*, *Los delitos culturalmente motivados*, Marcial Pons, 2011; Gabriele Fornasari, “Mutilazioni genituali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico”, en Bernardi, Pastore y Pugiotto, *Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell’Università di Ferrara, serie II, vol. 54, Giuffrè, 2008, pp. 179-202; “Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo”, en Hassemer, Kempf y Moccia, *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, Beck, 2009, pp. 177-191; Ciro Grandi, “Diritto penale e società multiculturali: stato dell’arte e prospettive di jure condendo”, en *L’Indice penale*, 2007, pp. 245-288; *Id.*, “Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale”, *Diritto penale e processo*, 2008, pp. 498-507; Luca Monticelli, “Le ‘cultural defenses’ (esimenti culturali) e i reati ‘culturalmente orientati’. Possibili divergenze tras pluralismo culturale e sistema penale”, en *L’indice penale*, 2003, pp. 535-585; *Id.*, “Le ‘esimenti culturali’ e il principio di laicità”, en Balbi y Esposito, *Laicità, valori e diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2011, pp. 9-28; Francesco Parisi, *Cultura dell’“altro” e diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2011, 169 p.

el marco constitucional internacional y de la Unión Europea. Se trata de analizar si la cultura del reo puede ser, y en qué medida, un fundamento para la exoneración o la disminución de la responsabilidad penal. Para ello se expondrá en primer lugar la metodología desde la que se parte para justificar que se acuda a fuentes supra-legales (constituciones estatales y tratados internacionales) para dar una respuesta jurídica: esta metodología es la llamada “aproximación constitucional” al Derecho penal, actualizada de acuerdo con la europeización e internacionalización del Derecho constitucional. A continuación, se acudirá a estas fuentes en busca de normas que ayuden a tejer el marco constitucional de la política criminal sobre la materia, marco cuya reconstrucción será abordada al final del capítulo.

2. La “aproximación constitucional” al Derecho penal

Es necesario desarrollar ahora las bases normativas que son necesarias para que la respuesta jurídica que se busca esté anclada en el Derecho positivo. En este sentido, la “aproximación constitucional”, actualizada conforme a la europeización e internacionalización de los marcos constitucionales, implica que el horizonte al que hay que acudir para extraer la regulación jurídico-positiva sobre una materia no se agota en la ley ordinaria o, en el caso del Derecho penal, en los códigos penales y las leyes penales especiales, sino que se extiende en vertical hacia —o desde— las constituciones estatales y los tratados internacionales.³

Esta perspectiva es incompatible tanto con respuestas articuladas únicamente en torno a construc-

ciones iusnaturalistas como con la mera exégesis del texto legal que no tenga en cuenta el contenido constitucional, y al mismo tiempo permite acudir al desarrollo de las ideas producidas en el seno de las filosofías jurídica y política como ayuda hermenéutica en la concreción del contenido de los principios y valores que emanan de las constituciones y los tratados internacionales, que sí constituyen Derecho positivo.

Si bien es cierto que la actividad científico-jurídica no es posible sin juicios de valor, los aspectos axiológicos de la Constitución pueden sustituir los propios del intérprete, que actuando así se coloca en un punto de vista valorativo socialmente compartido.⁴ Así, la constitución de un Estado democrático de Derecho no es sólo la cúspide lógico-normativa del ordenamiento jurídico, sino que corresponde con la decisión más básica y solemne tomada por el cuerpo social y político —y también étnico-cultural— sobre el que descansa el mismo, plasmando “el modelo de sociedad por el que ha optado una comunidad”.⁵

En el texto de las constituciones, por lo tanto, se traducen en normas jurídico-fundamentales la correlación de fuerzas entre las opciones políticas, las clases y los grupos étnico-culturales existentes en la sociedad en el momento en el que se ejerció el poder constituyente. “Las cuestiones constitucionales no son cuestiones jurídicas, sino de poder, de fuerza”, diría Ferdinand Lassalle.⁶ O desde otra perspectiva, menos dialéctica y más idealista, “la Constitución no es sólo una obra normativa sino también expresión de un estado de desarrollo cultural, medio de la autorrepresentación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”.⁷

En España, Borja Jiménez, *Introducción al Derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; Juan Carlos Ferré Olivé, “Diversidad cultural y sistema penal”, *Revista Penal*, núm. 22, 2008, pp. 33-42; Monge Fernández, *El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch, Barcelona, 2008.

En Alemania el tema ha sido objeto de menor atención: Hassemer, “Interkulturelles Strafrecht”, *Festschrift für E. A. Wolff: zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, Springer, Berlín, 1998, pp. 101 y ss.; *Id.*, “Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts”, en Otfried Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Suhrkamp, Frankfurt, 1999, pp. 157 y ss.; Brian Valerius, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik Strafrechtliche Abhandlungen*, Dunker & Humblot, Berlín, 2011, 424 p.

³ Ésta es la premisa básica desde la que se parte, que corresponde a una posición ideológica no compartida por la Doctrina constitucionalista ni por el propio Tribunal Constitucional español, que ha establecido que la Constitución es exclusivamente límite, ya que su función no sería crear Derecho sino impedir que se cree Derecho inconstitucional (cfr. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 127).

⁴ Cfr. L. Arroyo Zapatero, “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987, p. 99.

⁵ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre y Arroyo Zapatero, *Manual de Derecho penal. Parte General*, vol. I, Praxis, Barcelona, 1994, p. 3.

⁶ Cfr. J. Pérez Royo, *Derecho constitucional*, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 95.

⁷ Cfr. P. Häberle, “La ‘teoría de la constitución como ciencia cultural’ en el ejemplo de los cincuenta años de la Ley fundamental”, en Balaguer Callejón (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 25, cuyas teorías fueron originariamente expuestas en Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982.

En cualquier caso, estas concepciones permiten ver los textos constitucionales como la bisagra entre los planos sociológico-antropológico y dogmático-jurídico del análisis de una rama del Ordenamiento. Ello explicaría, por ejemplo, por qué, a diferencia de lo que ha ocurrido en ciertos Estados latinoamericanos, el Estado pluricultural no haya sido constitucionalizado en Europa, al menos no en materia penal. En las constituciones europeas en las que ha entrado la constitución, ésta se limita a aspectos lingüísticos, de modelo de Estado, etc., sin consecuencias en el ámbito penal. El *ius puniendi* ha permanecido como una prerrogativa estatal, no de las comunidades étnicas, en el lado oriental del Atlántico.

Es ésta la razón por lo cual la búsqueda de una interpretación de los principios, valores y reglas constitucionales que diluciden el marco al que la política criminal está sujeta en materia de delitos culturales puede llegar a ser fácilmente infructuosa. Estos principios, valores y reglas surgieron y fueron desarrollados, si no ya en un contexto diferente, sí para dar respuesta a cuestiones no idénticas a las que se estudian aquí. El camino constituye, por una parte, la búsqueda de similitudes entre los problemas viejos y los nuevos, para aplicar soluciones no tan recientes a éstos a partir de una interpretación extensiva de las normas sobre las que aquéllas se basan. Por otra parte, hay que acudir a normas jurídicas internacionales que traten expresamente esta materia y que puedan servir de complemento a los principios, valores y reglas de las constituciones estatales.

2.1. La Constitución como fuente del Derecho penal

Es por todos pacíficamente asumido que las constituciones contemporáneas, entre las que se encuentra la Constitución italiana (1948), la Ley fundamental alemana (19__) y la Constitución española (1978),

gozan tanto de *valor normativo* como de *supremacía normativa*⁸ o *soberanía de la Constitución*.⁹ Es decir, que no sólo forman parte integrante del ordenamiento jurídico, sino que ocupan la posición jerárquica superior en el mismo. Esto es propio del constitucionalismo de Europa occidental a partir del periodo de entreguerras, y sobre todo desde su afianzamiento después de la Segunda Guerra Mundial.¹⁰ Ambas características se deducen del propio articulado en el caso del texto constitucional español: el artículo 9.1 proclama que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución”; el 53 establece en su segundo apartado la tutela judicial directa, sin necesidad de ley de desarrollo, de los derechos fundamentales; y, por último, la Disposición derogatoria tercera deroga “cuantas disposiciones se opongán a lo establecido en esta Constitución”, previas o posteriores a la misma.¹¹

Esta “fuerza vinculante bilateral de la norma” constitucional,¹² respecto a los ciudadanos y respecto al Estado, propia de las constituciones rígidas, ha de tener como resultado la limitación del ámbito de decisión de la política jurídica del legislador a opciones constitucionalmente legítimas¹³ y la interpretación de todas las normas inferiores en relación con la norma superior.¹⁴ Y ello no es válido únicamente para las reglas constitucionales concretas: los principios constitucionales garantizan una “unidad material de sentido” del Ordenamiento jurídico construida sobre unos valores sociales considerados “primordiales y básicos de toda la vida colectiva” por la “decisión suprema de la comunidad”.¹⁵

Así pues, no se discute que la Constitución suponga un *límite* para la legislación, siendo la compatibilidad de ésta con el contenido constitucional una condición de su validez.¹⁶ Es decir, la acción del legislador está sujeta *negativamente* a la Constitución, sin embargo, que ésta sea un límite para la actividad legis-

⁸ Cfr. por todos la clásica obra de Eduardo García de Enterría, “La Constitución como norma jurídica”, en A. Predieri y E. García de Enterría (dirs.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1981, pp. 97-158 (en especial, pp. 97 y 107 y ss.); más recientemente, *Id.*, “El valor normativo de la Constitución española”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 37-44.

⁹ Cfr. Pérez Royo, *op. cit.*, p. 162.

¹⁰ *Ibid.*, p. 97.

¹¹ Cfr. E. García de Enterría, “La Constitución...”, *op. cit.*, p. 97; Luis Arroyo Zapatero, “Control constitucional del Derecho y de la Justicia penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 17, 1982, p. 385.

¹² *Ibid.*, p. 105. García de Enterría extrae la expresión de Ihering.

¹³ Cfr. STC español 76/1983: “La voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivados en la Constitución no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente, el orden jurídico estatal y suponen un límite a la potestad del legislador”.

¹⁴ Cfr. Pérez Royo, *op. cit.*, p. 97.

¹⁵ Cfr. E. García de Enterría, “La Constitución...”, *op. cit.*, p. 144.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 106 y 107.

lativa no significa necesariamente que esté sujeta *positivamente* a la misma, aun menos en materia penal. Ello supondría que la política criminal no estuviera sólo limitada, sino además predeterminada por, o al menos fundamentada en, mandatos constitucionales.

De ello trata el siguiente epígrafe, aunque, sea cual sea la opinión respecto a esta segunda consecuencia de la supremacía constitucional, debe quedar claro que la conformación del marco constitucional para la política criminal sobre los delitos culturales debe hacerse tras la identificación del contenido constitucional que versa sobre la materia y éste debe ser tenido en cuenta para interpretar la legalidad vigente y poder hacer sobre ésta juicios de legitimidad constitucional.

2.2. *El approccio costituzionalistico de Franco Bricola y su desarrollo posterior*

Se ha dicho que la importante contribución de la experiencia italiana del *approccio costituzionalistico* es la idea de no limitar el papel de la Constitución a mero límite extremo de la legislación penal, sino su consideración como fundamento de la pena y del Derecho penal, como contenedora de un modelo de intervención penal impuesto por el constituyente al legislador.¹⁷ El origen de esta experiencia en Italia tiene lugar a causa de varios factores. En primer lugar, la ausencia de codificación penal posterior a la Constitución italiana de 1948 y, en segundo lugar, la gran factura técnica de dicho texto constitucional, que habría hecho posible una argumentación exegética del mismo, uniendo la fuerza normativa del Derecho (de la Constitución) a la fuerza de la razón jurídica.¹⁸

A pesar de tratarse del fruto del trabajo de varias generaciones de juristas italianos,¹⁹ es posible identificar a Franco Bricola como su figura más destacada. El objetivo confesado de su obra seminal, la *Teo-*

ria generale del reato,²⁰ habría sido el de “intentar extraer, en base principalmente a las normas que la Constitución dicta en materia penal a nivel de síntesis, las características esenciales, es decir el ‘rostro’ del ilícito penal en el sistema positivo italiano”.²¹ De acuerdo con Bricola, sería posible y necesario extraer de la Constitución un cuadro de valores y una jerarquía de bienes jurídicos a los que el legislador debería atenerse en la construcción del Derecho penal, lo cual distingue este posicionamiento del llamado “tecnicismo jurídico” (del que sin embargo extrae en parte la metodología), puesto que “en un sistema de constitución rígida, el margen de elección de los hechos que deben ser reprimidos penalmente por el legislador ya no está exento de límites”.²² El programa bricoliano no fue aceptado por la Doctrina italiana dominante,²³ ni fue aprobado un proyecto de reforma de la Constitución italiana que habría positivizado sus ideas.²⁴

Entre las críticas²⁵ cabe destacar la que versa sobre la inviabilidad material, por distintos motivos, de un modelo tan “fuerte”, y hasta cierto punto tan abierto (a distintas interpretaciones) y cerrado (dado el escaso volumen normativo de la Constitución), como el que propone Bricola. Frente a éste se habla de un modelo débil del *approccio costituzionalistico*, de “Código-Constitución” (en lugar de “Constitución-Código”), el cual sería predominante en la Doctrina italiana y en la jurisprudencia de la propia Corte constitucional: la ilegitimidad de una norma sólo sería declarada cuando su incompatibilidad con la Constitución fuese evidente.²⁶

Donini explica esta crítica por la falta de distinción, imperante en la hermenéutica de la época, entre *reglas* y *principios* constitucionales. Los principios-normas recogidos en la Constitución no son meros valores políticos, sino que orientan y fijan máximos a su propia concreción en reglas, lo cual, por otra

¹⁷ Cfr. Massimo Donini, “Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana”, *Revista Penal*, núm. 8, 2001, p. 24.

¹⁸ Cfr. Donini, “Un Derecho penal...”, *op. cit.*, p. 26.

¹⁹ Así, por ejemplo, Nuvolone, *Le leggi penali e la Costituzione*, milán, 1953; Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Milán, 1966 (cfr. M. Donini, *Teoria generale del reato*, voz del Dig. Disc. Pen., vol. XIV, Utet, Turín, 1999, pp. 227 y ss.).

²⁰ Cfr. Bricola, *Teoria generale del reato*, del *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Turín, 1973, pp. 7-93.

²¹ *Ibid.*, p. 8.

²² *Ibid.*, p. 11.

²³ Cfr. Donini, “La relación entre política y Derecho. Método científico y método democrático”, *Revista Penal*, núm. 13, 2004, p. 75.

²⁴ Una Comisión Bicameral para la revisión de la Constitución (1997/1998) intentó traducir en norma constitucional (art. 129) el programa de Bricola: “1. Las normas penales tutelan normas de relevancia constitucional. 2. No es punible la comisión de un hecho previsto como delito si no ha comportado una ofensividad concreta”.

²⁵ Para remisiones bibliográficas, cfr. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, tomo I, Cedam, Padua, 1988, pp. 584 y ss.

²⁶ Cfr. Fiandaca, “Legalità penale e democrazia”, *Quaderni Fiorentini*, 2007, tomo II, p. 1263.

parte, es imprescindible para implementar el propio principio. Este proceso de concreción o “deducción” de las reglas a partir de los principios puede requerir la operatividad del pluralismo político-institucional, sometidos a mediaciones y sin que esto implique soluciones legislativas unívocas e indiscutibles. No obstante, los principios que sean vinculantes pueden ser utilizados directamente por la Corte Constitucional para anular leyes que sobrepasen sus límites.²⁷

A pesar de las críticas, el balance de la corriente que inició Bricola es positivo,²⁸ puesto que coadyuvó a la sujeción de la legislación penal a los límites constitucionales. Además, el “proyecto ideológico”²⁹ que está detrás del programa del *approccio costituzionalistico*, de mayor importancia histórica que los concretos argumentos iuspositivistas relativos al ordenamiento constitucional italiano, sí puede ser exportable como forma de aproximación a los datos positivos de las constituciones estatales y los tratados internacionales. A continuación se expondrá cómo parte de la doctrina penal española también ha tomado este camino.

2.3. Derecho penal y Constitución en España

En España, uno de los más reconocidos precursores de la vinculación del Derecho penal al constitucionalismo, incluso antes de la aprobación de la actual Constitución, es Mir Puig.³⁰ A partir de fuentes alemanas,³¹ este autor dio a la cláusula del *Estado so-*

cial y democrático de Derecho (de *lege data* en aquel momento) un papel fundamental en la función del Derecho penal y de la pena.³² De acuerdo con su actual opinión, el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE) tiene una función histórica y unas características determinadas: debe proteger efectivamente a los ciudadanos mediante la prevención de los delitos en la medida —y sólo en la medida— de conseguir tal protección (Estado social) y con garantías procesales y el mínimo sufrimiento necesario (Estado Democrático de Derecho).³³ Acude asimismo al artículo 25.2 CE para extraer la conclusión de que la Constitución excluye de la pena toda función meramente retributiva.³⁴

También desde la Escuela de Salamanca se han hecho importantes contribuciones al estudio de la relación entre Constitución y Derecho penal,³⁵ esta vez sí más similares a la metodología de Bricola, la cual es más cercana a la exégesis del articulado constitucional y menos a la construcción de sistemas a partir de cláusulas. No obstante, hay también otros antecedentes españoles.³⁶ Los autores de la Escuela salmantina hablan de la Constitución como fundamento del poder punitivo del Estado, en detrimento de argumentos de Derecho natural,³⁷ identificando un “programa penal de la Constitución”, como “conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales” que constituyen “el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar

²⁷ Cfr. Donini, “La relación...”, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

²⁸ Cfr. Palazzo, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Turín, 1999, pp. 142-145.

²⁹ Cfr. Donini, “Un derecho penal...”, *op. cit.*, p. 25.

³⁰ Cfr. S. Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976; *Id.*, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979 (2ª ed., 1982); *Id.*, *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008.

³¹ Cita sobre todo a R.-P. Calliess, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974, que a juicio de Mir consigue extraer la función de la pena del Derecho positivo, moviendo el análisis de ésta del campo de la filosofía penal al de la dogmática jurídico-penal (cfr. Mir, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 89).

³² Cfr. Mir Puig, S., *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

³³ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 93 y ss., que reconoce como punto de partida de su posición actual a J. Bustos Ramírez, *Control social y sistema penal*, PPU, 1987. Acoge la noción de un Derecho penal fundado, junto con la necesidad de protección de bienes jurídicos, por la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Universitas, Madrid, 1996, pp. 79 y ss.

³⁴ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 95.

³⁵ Cfr. L. Arroyo Zapatero, “Control constitucional del Derecho y de la Justicia Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 17, 1982, pp. 385-406; *Id.*, *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, 1986; I. Berdugo Gómez de la Torre y L. Arroyo Zapatero, *Manual de Derecho penal. Parte General.*, vol. I, Praxis, Barcelona, 1994; García Rivas, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

³⁶ Cfr., además del propio Mir Puig, entre otros, M. Barbero Santos, *Derecho penal y política en España*, Madrid, 1977; Quintero Olivares, *Represión penal y Estado de Derecho*, 1977; Vives Antón, “Reforma política y Derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1977, pp. 73 y ss.; Bueno Arús, “Las normas penales en la Constitución española de 1978”, *Doctrina penal*, núm. 8, 1979, pp. 821 y ss.

³⁷ Cfr. Arroyo, *Control constitucional...*, *op. cit.*, p. 386; Berdugo / Arroyo, *Manual...*, *op. cit.*, p. 41.

las leyes que le corresponda aplicar”.³⁸ Se precisa que este marco no contiene “soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo” y que “el legislador es y debe ser libre para resolver a su prudente arbitrio los concretos problemas que se le plantean”.³⁹

2.4. Constitución y Derecho penal en Alemania

La actitud en Alemania respecto a las relaciones entre Constitución y Derecho ordinario son más cautas; habiéndose advertido que “dada la tensión entre los valores supremos y las necesidades cotidianas, resulta frecuentemente complicado determinar la influencia de los principios constitucionales sobre la interpretación del Derecho común”,⁴⁰ hasta el punto que el Tribunal constitucional federal ha hecho suya la doctrina de Hesse sobre el “efecto recíproco y la necesidad de concordancia práctica entre la Constitución y el Derecho ordinario”, esto es, la influencia entre principios y derechos constitucionales y la ley penal tendría lugar en ambas direcciones, condicionándose y limitándose mutuamente, en una “ponderación recíproca de valores e intereses”.⁴¹

Por otra parte, el Tribunal constitucional federal alemán ha dejado en libertad a doctrina y jurisprudencia para establecer los detalles de las categorías de la teoría del delito, por ejemplo, aceptando, como en el caso italiano, que el error de prohibición (art. 17 CP alemán) no prevea la atenuación obligatoria de la pena cuando es evitable, pese a lo cual ha reconocido que existe núcleo tradicional de Derecho penal mínimo que deriva directamente de la Ley fundamental.⁴²

No obstante, cierta doctrina reconoce en la Constitución alemana, ante la impracticabilidad de soluciones basadas en el Derecho natural de origen moral o meramente sociológico, uno de los “relativamente

modestos puntos de partida” para un análisis crítico del Derecho penal positivo, que consistiría en “intentos de derivar de la Constitución, con más énfasis que hasta hoy, parámetros para la legislación penal”.⁴³

En este sentido se debate tanto sobre las posibles obligaciones de criminalización —singularmente respecto al aborto, con la primera sentencia del Tribunal constitucional alemán sobre el aborto—⁴⁴ como, sobre todo, sobre los límites a la discrecionalidad del legislador, puestos por la Constitución, en primer lugar, en forma expresa, por la prohibición de disposiciones penales indeterminadas —artículo 103.II GG—, el principio de igualdad —artículo 3 GG—, el “libre desarrollo de la personalidad” —artículo 2.I GG— y, en segundo lugar, en forma implícita, por el principio de culpabilidad —deducido de la dignidad de la persona, considerada “intangibles” por el artículo 1 GG—, el principio de proporcionalidad⁴⁵ —vinculado a la naturaleza fragmentaria y subsidiaria del Derecho penal—. Pese a ello, esta misma doctrina, abierta a la Constitución, niega que la misma pueda ser catálogo cerrado de bienes jurídicos merecedores de tutela penal.⁴⁶

En conclusión, como también se reconoce doctrinalmente, la importancia de la Constitución no se limita a constituir un criterio de posible inconstitucionalidad de la ley, sino que se extiende a orientar una interpretación de la norma penal conforme con los objetivos constitucionales.⁴⁷

2.5. Europeización e internacionalización de las constituciones estatales

En la actualidad, el marco de los principios y derechos fundamentales, de tanta importancia para limitar el ámbito de lo penal, ha superado las constituciones estatales. El Derecho internacional y el Derecho de

³⁸ Cfr. Arroyo, *Fundamento...*, op. cit., p. 101; Berdugo / Arroyo, *Manual...*, op. cit., p. 4; García Rivas, *El poder punitivo...*, op. cit., p. 45.

³⁹ Berdugo / Arroyo, *Manual...*, op. cit., p. 43.

⁴⁰ Cfr. Klaus Tiedemann, “La constitucionalización de la materia penal en Alemania”, *Anuario de Derecho Penal*, Perú, 1994, p. 60.

⁴¹ Cfr. *Id.*, p. 62, que cita a Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18ª ed., 1991, p. 27, n. 72.

⁴² Cfr. *Id.*, pp. 67-68.

⁴³ Cfr. Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 2005, p. 59. Cfr., en general, sobre esta temática en la doctrina alemana, Lagodny, *Strafrecht von den Schranken der Grundrechte*, 1996; Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998; Staechelin, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998.

⁴⁴ Cfr. BVerfGE, tomo 39, p. 1.

⁴⁵ Sobre la integración de este principio en el Derecho constitucional, cfr. Appel, *Verfassung...*, op. cit., p. 171; Staechelin, *Strafgesetzgebung...*, op. cit., pp. 101 y ss., con otras referencias.

⁴⁶ Sobre todo ello y sobre los posibles límites a la legislación derivados de las mencionadas disposiciones constitucionales, cfr. Stratenwerth, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 60-61.

⁴⁷ Cfr. Bauman, Weber y Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 152.

la Unión Europea afecta a los Estados europeos en forma tan radical que sus disposiciones forman parte de las constituciones estatales, al menos entendidas éstas materialmente, aunque no en un sentido jurídico-sociológico, sino propiamente normativo, como descripción del contenido jurídico que atiende a las relaciones fundamentales entre los poderes públicos y entre éstos y la ciudadanía, provenga de donde provenga dicho contenido. Así, los Estados se han obligado internacionalmente, en los últimos decenios, a respetar el contenido de ciertos derechos previstos en ciertos tratados internacionales y han reconocido asimismo la competencia de órganos internacionales para emitir opiniones e incluso sentencias vinculantes respecto a la violación de esos derechos.⁴⁸

En primer término tiene lugar en la actualidad, respecto a los sistemas constitucionales estatales, un proceso de *internacionalización de la tutela de los derechos fundamentales*. Manifestaciones del mismo no son sólo los propios tratados internacionales de tutela de derechos y las organizaciones y tribunales de justicia creados por los mismos, sino también y sobre todo las cláusulas de apertura en el ámbito constitucional respecto a la mencionada normativa. Tal es el caso del artículo 10.2 de la Constitución española, que contiene una cláusula de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la misma “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales, sobre las mismas materias, ratificados por España”.

En este sentido van también los artículos 10, párrafo 1º de la Constitución italiana: “El ordenamiento jurídico italiano es conforme con las normas del Derecho internacional generalmente reconocidas” y 112, párrafo 1º, sobre la interpretación conforme.

Por último, lo dispuesto por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 52 pone las bases para superar la división entre ordenamientos constitucional, internacional y comunitario, de manera que la configuración jurídica de los

derechos es dada por la síntesis de la normativa y jurisprudencia de los tres sistemas.

Respecto a todo lo que acabamos de ver en los últimos epígrafes, en mi opinión, es preferible el punto de vista de considerar la Constitución como fuente del Derecho penal, dando como resultado lógico un Derecho constitucional penal como conjunto de normas penales de rango constitucional (ya sean principios o reglas), que gozan por ello de supremacía respecto a las normas penales de rango legal. Interesan en este momento sólo aquellas normas que puedan esclarecer el marco constitucional no para toda política criminal, sino específicamente para aquella que verse sobre diversidad cultural. A ello está dedicado el siguiente epígrafe.

3. Una reconstrucción del marco constitucional

3.1. Concepto jurídico-constitucional de cultura y de diversidad cultural

La “tematización de la cultura” en las constituciones tiene un recorrido, aunque relativamente corto, prometedor.⁴⁹ No obstante, es común que se juzgue necesario adoptar una concepción restringida de la cultura, puesto que en lo jurídico se trata de ver la cultura desde el Derecho, no el Derecho desde la cultura,⁵⁰ aunque al mismo tiempo se aboga expresamente por la recepción por parte de la Doctrina jurídica de las dos grandes nociones (cultura/culturas) nacidas en el seno de la antropología social y cultural.⁵¹

Con respecto a esto, Prieto de Pedro habla de *noción general* (“la cultura” como “conjunto acumulativo de bienes y de valores del espíritu creados por el hombre a través de su genuina facultad de simbolización”) y *noción colectiva* o *étnica* (“las culturas” como concretas manifestaciones sociohistóricas de “la cultura”).⁵² Es sugerente la opción de considerar la noción étnica de cultura como parte de un engranaje léxico (“pueblo”, “nación”, “nacionalidad”, etc.) que en su conjunto forman la “Constitución cultural”.⁵³

⁴⁸ Cfr., sobre todo ello, Elisabetta Palici di Suni, *Diritto costituzionale dei paesi dell'Unione europea*, 2ª ed., CEDAM, Milán, 2011, pp. 221 y ss.

⁴⁹ Cfr. J. Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 15-23, donde se hace un repaso de la presencia de la voz “cultura” y otras relacionadas en el Derecho constitucional español y comparado.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 35.

⁵¹ *Ibid.*, p. 36.

⁵² *Idem.*

⁵³ Cfr. Prieto de Pedro, *Cultura, culturas..., op. cit.*, p. 101.

Numerosos pasajes del texto constitucional español postularían (e informarían sobre) la diversidad cultural, siendo el más importante el párrafo cuarto de su Preámbulo.⁵⁴

La Nación española proclama su voluntad de [...] proteger a todos los españoles y *pueblos de España* en el ejercicio de los derechos humanos, *sus culturas* y tradiciones, lenguas e instituciones.

De particular interés sería, por lo tanto, desarrollar el concepto de “pueblos de España” como el sustrato básico de la diversidad cultural, pero parece claro, por el contexto en el que fue redactada, que los *pueblos de España* de la Constitución participan de la noción romántica de pueblo, que podría decirse que coincide con la noción étnica de cultura, con lo que la Constitución reconocería la diversidad cultural.

No obstante, los esfuerzos, merecedores de elogio, de Pietro de Pedro, no son de gran utilidad para la tarea de este estudio. Basta constatar que la diversidad cultural no es ajena al espíritu constitucional, sino que ésta la protege expresamente. Pretender una respuesta más nítida por este camino sería desconocer la proyección de ordenación político-territorial que tiene todo el discurso constitucional sobre los *pueblos de España*,⁵⁵ ordenación que no tiene gran relevancia en materia penal, al ser la legislación penal materia exclusiva del Estado, no de los entes territoriales cuya formación político-institucional es la finalidad del reconocimiento de la diversidad cultural por parte del constituyente.

Una mirada al contexto histórico en el que se aprobó la Constitución española ayuda a entender por qué las referencias a la cultura o a las culturas no tienen por objeto el tipo de conflictos culturales que son hoy en día tematizados por la doctrina penal: en primer lugar, las minorías étnicas “inmigradas” no se habían establecido en España todavía en aquella época (de hecho, la Constitución trata en su artículo 42 del retorno de los emigrantes); en segundo lugar, los grupos

culturalmente diferenciados que sí estaban presentes, como los gitanos, no tuvieron una posición de fuerza respecto a los otros grupos como para juridificar sus intereses, de modo que fueron vencidos por la hegemonía cultural que los discriminaba. Por lo tanto, no estaba en la *mente de los constituyentes* regular las relaciones entre grupos étnicos o culturales distintos que no fuesen aquellos tradicionalmente asentados en España, territorializados, y que participaron en el proceso constituyente, ni mucho menos los perfiles penales de estas relaciones.

Al no ser tratada la diversidad cultural en la Constitución española —ni en la italiana ni en la alemana, aunque no lo desarrollo en esta sede—, más allá de los términos apenas desarrollados, tampoco lo es específicamente la “cultura”, puesto que la tematización de ésta responde a la necesidad de explicar la diversidad humana, de la cual es factor. Es necesario, por lo tanto, acudir a otros datos normativos.

3.2. *El “derecho a la propia cultura” en el Derecho internacional*

Frente al relativo silencio de las constituciones europeas respecto a la cultura en sentido étnico podemos encontrar un relato normativo mucho más fecundo en fuentes supranacionales tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este documento puede servir como fuente de integración del concepto jurídico de cultura en el plano constitucional como elemento del “derecho a la propia cultura”, puesto que, como se ha visto, las constituciones estatales —y en particular su contenido de derechos fundamentales— pueden o deben, según los casos, interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

El artículo 27 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*⁵⁶ establece:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que

⁵⁴ *Cfr. Id.*, pp. 102 y ss. Pero no sólo: la “noción étnica” de cultura asoma también en el adjetivo *cultural* del art. 143.1 CE, en la conservación del patrimonio cultural de los pueblos de España (art. 46 CE) o en el “pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España” (art. 103). Es de reseñar también la STC de 5 de abril de 1984, que dice que “allí donde vive una comunidad [de personas] hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias”.

⁵⁵ *Cfr. Id.*, *op. cit.*, p. 147. Efectivamente, los “pueblos de España” están conectados con el diseño del Estado de las Autonomías, más que con “subculturas de base social” (pp. 188-190), como podrían ser las minorías étnicas formadas por los inmigrantes.

⁵⁶ *Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

El Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de la supervisión de la implementación del Pacto por los Estados firmantes, ha dejado constancia en su “observación general” (“*general comment*”) núm. 23 de que “este artículo establece y reconoce un derecho que es conferido a individuos que pertenecen a grupos minoritarios y que es distinto de, y adicional a, todo el resto de derechos de los que son ya titulares como individuos, en común con cualquier otro, de acuerdo con el Pacto”.⁵⁷

Particularmente importante es la distinción que traza el Comité, ante “algunas comunicaciones” por parte de los Estados, entre el “derecho a la autodeterminación” (art. 1 del Pacto) y el “derecho de las minorías” (art. 27):

Aquél está expresado como un derecho perteneciente a los pueblos y es tratado en una parte separada (Parte I) del Pacto. La autodeterminación no es un derecho cubierto por el Protocolo opcional. Por otra parte, el artículo 27 está relacionado con derechos conferidos a los individuos como tales y está incluido, como los artículos relacionados con otros derechos conferidos a individuos, en la Parte III del Pacto, y está cubierto por el Protocolo opcional.⁵⁸

Y sigue: “El disfrute de los derechos previstos por el artículo 27 no va en perjuicio de la soberanía y la integridad territorial de los Estados partes [...]”⁵⁹

Esta delimitación tiene su importancia en el ámbito penal, puesto que implica que el reconocimiento de un “derecho a la cultura” en los términos del artículo 27 del PIDH no obliga al Estado a ceder soberanía frente a una situación territorial o subjetiva étnicamente minoritaria, esto es, no obliga a los Estados a no apli-

car su Derecho penal respecto a territorios o personas relacionados o pertenecientes a minorías étnicas.

Otro aspecto importante es el del requisito de la “existencia” del grupo minoritario, respecto al cual el Comité observa:

De la misma manera que [los individuos pertenecientes a una minoría] no tienen que ser necesariamente nacionales o ciudadanos, tampoco tienen que ser residentes permanentes. Así, los *trabajadores migrantes* o incluso los *visitantes* en un Estado parte que constituyan tales minorías tienen derecho a que no se les niegue el ejercicio de esos derechos. [...] La existencia de una minoría étnica, religiosa o lingüística en un cierto Estado parte no depende de la decisión de dicho Estado parte, pero *requiere poder ser establecida mediante criterios objetivos*.⁶⁰

La fecundidad del artículo 27 en cuanto a aspectos útiles para nuestro objeto de estudio no acaba aquí:

Pese a que el artículo 27 está expresado en términos negativos, dicho artículo, no obstante, reconoce la existencia de un “derecho” y exige que no sea negado. Por consiguiente, todo Estado parte tiene la obligación de asegurar que la existencia y el ejercicio de este derecho se vea protegida contra su negación o violación. Se requieren por lo tanto medidas positivas de protección, no sólo contra los actos del propio Estado parte, sea por parte de las autoridades administrativas, judiciales o legislativas, sino también contra los actos de otras personas dentro del Estado parte.⁶¹

Medidas positivas que, dada la relevancia de la “capacidad del grupo minoritario de mantener su cultura, lengua y religión”, deben estar encaminadas también “a proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a disfrutar y desarrollar su cultura y lengua y a practicar su religión, en comunidad con otros miembros del grupo”.⁶²

No es difícil imaginar que en el ámbito penal estas “medidas positivas” se puedan traducir en espacios

⁵⁷ Cfr. CCPR/C/Rev.1/Add.5, General Comment No. 23 (General Comments), párr. 1. El texto auténtico es sólo en lengua inglesa, la traducción y las cursivas son nuestras.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 3.1.

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 3.2. Más adelante, el Comité continúa caracterizando estos derechos como “dirigidos hacia el aseguramiento de la supervivencia y continuo desarrollo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías”.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 5.2.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 6.1.

⁶² *Ibid.*, párr. 6.2.

de atenuación o exención de la responsabilidad penal cuando el derecho protegido por la norma penal choque con el contenido esencial del “derecho a la propia cultura”, interpretado de conformidad con su contenido en el Pacto. Sin embargo, a este respecto, el propio Comité advierte que

dichas medidas positivas deben respetar lo dispuesto en los artículos 2.1 [universalidad de los derechos] y 26 [igualdad ante la ley] del Pacto tanto en relación con el tratamiento entre distintas minorías como con el tratamiento entre personas pertenecientes a los mismos y el resto de la población. Sin embargo, siempre que dichas medidas se dirijan a corregir condiciones que evitan o dificultan el disfrute de los derechos garantizados por el artículo 27, *las mismas constituyen una diferenciación legítima de acuerdo con el Pacto, siempre que estén basadas en criterios razonables y objetivos*.⁶³

No obstante, el propio Comité observa además que “ninguno de los derechos protegidos por el artículo 27 del Pacto puede ser ejercido legítimamente en un modo o en un grado no conforme con las otras disposiciones del Pacto”,⁶⁴ lo cual concuerda con los límites al derecho a la propia cultura que se pueden deducir remitiendo al primer apartado del artículo 5. En este sentido, y centrándonos en las materias vinculadas a nuestro objeto de estudio del derecho a la cultura no podrá suponer la destrucción o limitación del derecho a la vida (art. 6), ni sujeción a tortura o trato cruel, inhumano o degradante (art. 7), etcétera.

En conclusión, *a)* el Derecho internacional reconoce el derecho a la propia cultura a los miembros de minorías étnicas, *b)* dicho derecho consiste en disfrutar de su propia cultura, en todas sus manifestaciones, junto con otros miembros de su grupo, *c)* la existencia del grupo debe poder ser establecida por criterios objetivos, *d)* dicho derecho no puede limitar la soberanía de los Estados ni suponer la violación ni limitación de

otros derechos reconocidos por el Pacto, *e)* pese a lo cual, se exige al Estado la toma de medidas dirigidas a remover los obstáculos que dificultan el goce de estos derechos, incluso con excepciones —legítimas si están basadas en criterios razonables y objetivos— a la cláusula de igualdad ante la ley.

3.3. Principio de (y “derecho fundamental”⁶⁵ a la) legalidad “democrática”

El artículo 25.1 de la Constitución española establece el derecho fundamental a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en el momento de producirse. La legislación penal, que es la única legitimada para prever sanciones privativas de la libertad *ex* artículo 25.3 CE, ha de tener rango de ley orgánica, de acuerdo con el 81.1 CE, puesto que justificar la privación de libertad en los casos en ella tipificados como delitos o faltas supone el “desarrollo” del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), cuyo “contenido esencial” deberá ser respetado en todo caso (art. 53.1 CE). Los manuales de Derecho penal de habla española analizan el derecho fundamental del artículo 25.1 CE dentro del “principio de legalidad”, del cual sería una de las manifestaciones (el principio de reserva de ley), junto con los principios de determinación, certeza o taxatividad, de irretroactividad, de *non bis in idem*, etcétera.⁶⁶

Con el fin de extraer del “derecho a la reserva de ley” las consecuencias relevantes para dilucidar una respuesta a nuestro objeto de estudio, es particularmente interesante realizar una interpretación teleológica del mismo, centrada en su finalidad de “garantía política” de la participación de los ciudadanos en la selección de las conductas punibles.⁶⁷ El principio de legalidad no está fundado únicamente en razones de certeza o claridad de la norma, de seguri-

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 8.

⁶⁵ *Cfr.* S. Huerta Tolcido, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, pp. 81-114.

⁶⁶ *Cfr.*, con distintos matices y sistemáticas, que a veces obvian alguno de los subprincipios, Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero, Ferré Olivé, García Rivas, Serrano Piedecabras y Terradillos Basoco, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Experiencia, Barcelona, 2004, pp. 47-62; Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 64-74; Ferré Olivé y Núñez Paz, *Derecho penal colombiano. Parte general*, Ibáñez, Bogotá, D.C., 2010, pp. 72-83; Luzón Peña, *Curso...*, *op. cit.*, p. 81; Santiago Mir Puig, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 105-116; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 97 y ss.

⁶⁷ *Cfr.* Mir Puig, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 106.

dad jurídica.⁶⁸ Un exhaustivo Reglamento emanado de instancias ministeriales podría dar cuenta de este tipo de exigencias mucho mejor que un Código con rango de ley.⁶⁹ Y, sin embargo, ello repugna al moderado sentimiento jurídico, que insiste en la reserva de ley. La *lex* debe ser *scripta*, pero sobre todo debe ser *lex*. Dicho de otra manera: la posibilidad de castigar sólo con arreglo a una norma previa a la comisión del delito puede colmar las exigencias del Estado de Derecho, pero no necesariamente las del Estado Democrático de Derecho. Esto se debe a que en un Estado Democrático de Derecho el principio de legalidad cuenta, por añadido, con un “fundamento político democrático-representativo”,⁷⁰ esto es, la “garantía formal” de la que habla el Tribunal Constitucional español.⁷¹

La formulación de este fundamento es tan antigua como el propio principio de legalidad, que se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y suponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Los pensadores ilustrados lo concibieron como garantía del consenso sobre el contrato social: solamente el legislador, representación directa de la sociedad, puede decidir sobre la limitación de la libertad individual; sólo al legislador corresponde la potestad de prohibir conductas e imponer penas. Ello porque el ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de quedar asegurada su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular.⁷²

De todo ello son prueba las propias palabras de Beccaria: “[...] sólo las leyes pueden decretar las pe-

nas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”.⁷³

También la doctrina alemana acoge este fundamento. Para Roxin, la pena supone una intrusión tan grave en la libertad de los ciudadanos que la legitimación para su privación sólo puede residir en la instancia que representa al pueblo en la forma más inmediata como representante electo: el Parlamento.⁷⁴

En definitiva, la reserva de ley en materia penal, como concreción del principio de legalidad, es el instrumento para garantizar que los ciudadanos puedan ser privados de la libertad sólo en los casos considerados en una decisión democrática, expresada formalmente por un ley del Parlamento; de una forma más concreta, por una ley orgánica. Por lo tanto, el principio de legalidad debe estar “orientado en un sentido democrático”.⁷⁵

Pero, ¿qué incidencia tiene o debe tener el “derecho a la legalidad” (art. 25.1 CE), así entendido en la política criminal sobre la diversidad cultural? Hay que pensar en los casos en los que el autor, con su conducta, tipificada como delito o falta, ejerza sobre la víctima un *castigo cultural*, esto es, cuando sea la respuesta a la infracción por parte de la misma de una norma cultural, ante la cual se impone una “sanción”. La tesis que sostengo es que la impunidad o disminución del injusto objetivo respecto a este tipo de conductas por razones que estén fundadas en el mero respeto a la diversidad cultural, o lo que es lo mismo, en el mero ejercicio del “derecho a la propia cultura” que asiste al autor de un derecho cultural, es incompatible con el derecho a la legalidad democrática de la víctima y que dicha incompatibilidad es tanto mayor cuanto más formalizado sea el castigo y el probable proceso, cuanto menos obedezca a la pasión y a la irracionalidad y más a la implantación de un sistema

⁶⁸ Cfr., por todos, S. Huerta Tolcido, *El derecho fundamental...*, op. cit., pp. 83 y ss.

⁶⁹ Cfr. Fiandaca, “Legalità penale e democrazia”, *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1250, que justamente denuncia la hipertrofia en la atención dada al “fundamento garantista” del principio de legalidad en detrimento del “fundamento democrático” (pp. 1247 y ss.). Por otra parte, la propia Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que para no violar la Carta sólo es necesario que el ciudadano conozca previamente el hecho prohibido, sin que la fuente deba ser una ley del Parlamento (p. 1273). Es necesario recordar que la jurisprudencia de la Corte, que se aplica a Estados de diferentes sistemas jurídicos, suponen un *minimum*, y no pueden, en ningún caso, recortar el estándar de protección de los derechos humanos establecidos en el plano nacional.

⁷⁰ Cfr., para la expresión, Luis Arroyo Zapatero, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, pp. 12 y ss.; Ferré Olivé y Núñez Paz, op. cit., p. 75; Muñoz Conde y García Arán, op. cit., p. 102, etcétera.

⁷¹ Cfr. SSTC de 21 de enero de 1988 y de 19 de julio de 1989, entre otras.

⁷² Cfr. Arroyo, *Principio de legalidad...*, op. cit., pp. 12 y ss.; Huerta Tolcido, op. cit., p. 84; Mir, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 105 y ss.

⁷³ Cfr. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1998, p. 34.

⁷⁴ Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, p. 146.

⁷⁵ Fiandaca, op. cit., p. 1248.

de control social interno del grupo cultural al que normalmente pertenezcan autor y víctima.⁷⁶

En efecto, disminuir la coerción penal por la comisión de un delito de este género, siempre que no sea por causas subjetivas, siempre que la *ratio* no responda a la menor culpabilidad (en sentido amplio) del sujeto, equivale funcionalmente al reconocimiento por parte del Estado de un *ius puniendi* al grupo cultural, a lo cual, como también se ha visto, no obliga el reconocimiento del derecho “a la propia cultura”. Si en este sentido el legislador aprobara una norma o el juez dictara una sentencia se estaría vulnerando con ello el derecho fundamental de la víctima a la legalidad penal (art. 25.1 CE), no sólo en su vertiente formal (taxatividad, etc.), sino también en su vertiente material (selección mediante un proceso democrático de los supuestos punibles). El Estado debe tutelar el derecho fundamental de todos a no ser castigados sino en los casos en los que la voluntad general, constitucionalmente limitada, haya decidido mediante la ley penal.

Incluso defensores de posturas multiculturalistas, como Kymlicka, se niegan a aceptar estas “restricciones internas” en el seno de las minorías culturales, que las convertirían en “minorías iliberales” dentro de una sociedad liberal-democrática. El principio de legalidad, de “vigencia secular”, no permite que el Estado ceda a grupos culturales la función de tutela de los bienes jurídicos más relevantes respecto de los ataques más graves, cesión que correría el riesgo de ser actuada mediante una jerarquía de valores distinta de la constitucionalizada y con una función de la pena distinta de la prevención.⁷⁷

Hay que hacer todavía algunas precisiones finales sobre el argumento sostenido más arriba. En primer lugar, el castigo cultural que supone un hecho punible no está exento del beneficio de las causas de justificación normalmente aplicables a cualquier otro caso. De lo que se trata es de que la alteridad cultural del autor no pueda ser concebida como una causa de justificación en sí misma. En segundo lugar, el argu-

mento del derecho de la víctima a la legalidad penal no decae por el hecho de que el castigo cultural no tenga la misma naturaleza que la pena infligida por el Estado (por ejemplo, que consista en unas lesiones o en la muerte). Ello tanto por razones de interpretación gramatical del artículo 25.1 CE, que no especifica la naturaleza de la condena o sanción, como, sobre todo, por razones de interpretación teleológica: la pena, como privación de los derechos más fundamentales, no sólo la libertad, cae bajo el monopolio de la voluntad general, aunque, como en el caso de España para la pena de muerte o los tratos inhumanos o degradantes, sea para establecer la prohibición de su aplicación (art. 15 CE).

Por último, y como conexión con los principios de igualdad, pluralismo y “libre desarrollo de la personalidad” que se verá a continuación, hay que dejar constancia de que el derecho a la legalidad penal es, precisamente, un *derecho*, no un deber, y por lo tanto es posible que sea necesario, desde un punto de vista de respeto del diseño constitucional de lo penal, que se le dé relevancia al consentimiento de la víctima respecto al *castigo* recibido.

3.4. Igualdad, pluralismo y “libre desarrollo de la personalidad”

La organización de una sociedad bajo el principio de igualdad de sus miembros es lo que hace necesaria la constitucionalización (en el sentido moderno) del poder, puesto que éste actúa contra la tendencia natural de la sociedad a organizarse en forma desigual.⁷⁸ La consecución de esta igualdad material (más allá de la igualdad formal ante la ley) es un aspecto ampliamente reconocido como consustancial al propio principio de igualdad,⁷⁹ y aparece en el articulado de la Constitución española:

Art. 9.2 CE. Corresponde a los poderes públicos *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean rea-*

⁷⁶ Un ejemplo emblemático de la formalización sería el de los *tribunales islámicos*. En España la prensa ha reportado la imputación de diez magrebíes por la supuesta constitución de un tribunal de la Sharía que habría condenado a muerte a una conciudadana (cfr. *El País*, 9 de diciembre de 2009).

⁷⁷ Cfr. Borja Jiménez, *Introducción a los Fundamentos del Derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 23 y ss., que también reconoce que dar cabida a los “procesos sociales que se están desarrollando” sería hacer “excepciones” a los principios del Derecho penal.

⁷⁸ Cfr. Pérez Royo, *op. cit.*, p. 82.

⁷⁹ Igualdad formal e igualdad material son “la cara y la cruz” del Estado social de Derecho (cfr. F. Garrido Falla, “Art. 9.2”, en F. Garrido Falla y otros, *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 166).

les y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Este principio de igualdad material tiene también su relevancia en el ámbito penal. “El presupuesto de las desigualdades obliga a intervenir, otorgando al Derecho penal un contenido social”.⁸⁰ El propio Tribunal Constitucional hace uso del mismo para declarar la constitucionalidad de las discriminaciones por razón de género en la legislación penal sobre violencia doméstica.⁸¹ El artículo 9.2 CE hace además un reconocimiento expreso de los grupos sociales, puesto que la remoción de los obstáculos a la libertad y la igualdad efectivas debe producirse tanto respecto al individuo como a “los grupos sociales en los que se integran”.⁸²

Es necesario hacer, junto con Pérez Royo, un ejercicio hermenéutico para concluir el significado de “grupo social” y las consecuencias de su reconocimiento.⁸³ De acuerdo con este autor, hay que partir de que el modelo de sociedad diseñado por la Constitución es marcadamente individualista, puesto que son los individuos en sí los titulares de todos los derechos fundamentales, incluso de aquellos que se ejercen de manera colectiva. Por lo tanto, no están comprendidos los estamentos, como en el Antiguo Régimen, ni los “grupos naturales” (familia, municipio, sindicato, etc.) constituyentes de la ya desechada “democracia orgánica”. El surgimiento de grupos sociales no sería natural, sino voluntario, como ejercicio de los derechos individuales.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha expresado, a tenor del artículo analizado, que “la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y

organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realzar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental”.⁸⁴ Siguen siendo aquí derechos fundamentales individuales, pero del individuo como miembro de un grupo, como es el caso del “derecho a la propia cultura” reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¿Supone esto abrir la puerta en el ordenamiento jurídico-constitucional español a un “trato diferenciado”⁸⁵ en virtud de la pertenencia étnica? Ciertamente, el principio de igualdad permite al legislador un trato jurídico diferenciado siempre que justifique objetiva y razonablemente dicha diferenciación “de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.⁸⁶ ¿Qué podría motivar un trato jurídico diferenciado basado en el grupo étnico al que perteneciese la persona y qué alcance podría tener éste?

Desde la filosofía política, algunas voces, entre las que destaca la de Charles Taylor, defendieron la necesidad de desarrollar la ideología del Estado moderno para dar cabida a la posibilidad de *status* jurídicos diferenciados de acuerdo con la cultura. En torno a la justificación de esta diferenciación orbitan los conceptos de *reconocimiento*, *identidad* y *autenticidad*. De manera simplificada: las personas sufrirían un daño injusto si su identidad, para la que es necesario un grupo de referencia, no se viera reconocida. Se vería imposibilitada su “autenticidad” como individuos, que sería la actuación de la “vocación de uno mismo”, “lo que es para mí ser un hombre”.⁸⁷ Esta identidad “depende de modo crucial de mis relaciones dialógicas” o incluso de lucha,⁸⁸ de ahí la importancia del grupo. En conclusión, la tesis de Taylor es que el Estado puede

⁸⁰ Cfr. Ferré Olivé y Núñez Paz, *op. cit.*, p. 64.

⁸¹ Cfr. FJ 8º de la STC 59/2008 y Benito Aláez Corral, “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008”, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 12, 2008, pp. 12-32.

⁸² El antecedente es el artículo 3.2 de la Constitución italiana: “Es obligación de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

⁸³ Cfr. Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 198 y ss.

⁸⁴ Cfr. STC 64/1988.

⁸⁵ Cfr. Taylor, “La política del reconocimiento”, en Habermas y Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, 2008, p. 25.

⁸⁶ Cfr. FJ 2º de la STC 75/1983.

⁸⁷ Cfr. Taylor, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 18 y ss.

discriminar si no reconoce la identidad de sus ciudadanos, por lo que se impone una “política de la diferencia”,⁸⁹ basada en la igual dignidad de todas las culturas o “igual valor de lo que los hombres han recabado, de hecho, de la potencialidad [humana universal]”.⁹⁰

El discurso de Taylor, sobre todo en su primer tramo, se puede entroncar con uno de los fundamentos que la Constitución española da al orden público y a la paz social en el artículo 10.1 CE: el “libre desarrollo de la personalidad”,⁹¹ que mediando el 9.2 CE, podría pensarse que obliga al Estado a promover el reconocimiento de la identidad cultural de los individuos y de los grupos para que su libertad sea “real y efectiva”. Sin embargo, esta posición se encuentra con el escollo de que el Tribunal Constitucional ha establecido que el artículo 12 CE no ampara la “discriminación por indiferenciación”,⁹² es decir, por el desconocimiento de la diferencia-identidad.

Sea como fuere, el reconocimiento de la identidad cultural, el derecho a la propia cultura, incluso si se basara en requisitos constitucionales, no se extiende necesariamente hasta el punto de constituir por sí solo, en el ámbito penal, una causa de justificación o exculpación. Volviendo a Kymlicka, podemos extraer la conclusión de que si el reconocimiento de la identidad es una consecuencia de tener como objetivo la autonomía de la persona, este reconocimiento no puede tener como efecto la supresión o la justificación de la supresión de la misma. De hecho, casos en los que la cultura impusiese relaciones de dominación, en lugar de autonomía, entre géneros, castas, etc., superarían el ámbito de tolerancia aceptable. Traducido al ámbito penal, el reconocimiento de la identidad cultural (como consecuencia del efectivo libre desarrollo de la personalidad) no podría llegar al punto de exigir que la legislación penal justificase hechos punibles que

constituyesen o tuvieran como resultado un ataque a la autonomía o la libertad de la persona, ataque entendido en sentido amplio como violación no consentida de cualquier bien jurídico personal.

Por las mismas razones, el fundamento y la extensión de la limitación de esta autonomía de la persona por parte del Estado mediante la norma penal (es decir, la criminalización de conductas o la agravación de delitos) no puede deberse a la mera motivación cultural del autor, si no existe un injusto o una culpabilidad mayor, pues ello constituiría una violación del principio del “libre desarrollo de la personalidad” en los términos ya vistos.

3.5. Principio de culpabilidad

En el seno del sempiterno debate sobre el contenido del principio de culpabilidad, de cuyas descomunales dimensiones la más mínima conciencia aconseja bordear en un trabajo de estas dimensiones, hay una consecuencia del mismo que es pacíficamente asumida por todos: la exigencia de la *responsabilidad subjetiva* o prohibición de *responsabilidad objetiva* o *por el resultado*, es decir, la necesidad de que la conducta típica sea subjetivamente imputable al autor a título de dolo o imprudencia.⁹³ En palabras del Tribunal Supremo español, el autor “no [debe] ser condenado sino en base a su propia y personal conducta y hasta el límite que pudiera alcanzar su voluntad o el resultado previsible y evitable de su comportamiento negligente”.⁹⁴

Así entendido, el principio de culpabilidad no está expresamente recogido en la Constitución, pero se acepta que, de una u otra manera, es un “elemento básico del Estado democrático de Derecho”:⁹⁵ como contenido de la protección de la dignidad humana (art. 10.1 CE),⁹⁶ del derecho a la presunción de ino-

⁸⁹ *Ibid.*, p. 24.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 29.

⁹¹ Aquí la expresión “fundamento” es equivalente a “valor superior del ordenamiento jurídico” del artículo 1.1 CE: “lo que tienen en común es la referencia a valores anteriores a la Constitución misma [...] derivan de la concepción misma de la persona humana que compartían —por lo que se ve— los redactores constitucionales”. *Cfr.* Garrido Falla, “Art. 10.1”, en Garrido Falla, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

⁹² Doctrina reiterada desde la STC 86/1985, que, sin embargo, ha sido contradicha por la Sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 2009, relativa a la STC 69/2007, en la que se negaba una pensión de viudedad a una gitana casada con su marido por el rito gitano, con base en la no interdicción de la discriminación por indiferenciación.

⁹³ *Cfr.* Berdugo Gómez de la Torre y otros, *op. cit.*, pp. 78 y 79; Ferré Olivé y Núñez Paz, *Curso...*, *op. cit.*, p. 90; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general...*, *op. cit.*, p. 164; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blach, p. 91; Orts Berenguer / González Cussac, *op. cit.*, pp. 63 y ss.; Roxin, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., tomo I, Civitas, 2007, p. 219.

⁹⁴ *Cfr.* STS de 6 de abril de 1990.

⁹⁵ *Cfr.* Ferré Olivé y Núñez Paz, *Curso...*, *op. cit.*, p. 89.

⁹⁶ *Cfr.* Berdugo Gómez de la Torre y otros, *op. cit.*, p. 80; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general...*, *op. cit.*, p. 164, Muñoz Conde y García Arán, *op. cit.*, p. 90.

cencia (art. 24.2.I CE)⁹⁷ o del principio de legalidad (art. 25.1 CE).⁹⁸ Sea como fuere, el propio Tribunal Constitucional español ha establecido que “la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal”.⁹⁹

Por razones de espacio, el siguiente análisis está limitado a la exigencia de dolo y las consecuencias de ésta para el tratamiento debido por la legislación penal al error de tipo cometido por una diversa representación de la realidad como consecuencia de la alteridad cultural del autor. Con respecto a esto, es obligado igualmente dejar de lado el debate entre las teorías de la voluntad y de la representación o de la probabilidad, puesto que el elemento intelectual o cognitivo del dolo, que es común a ambas teorías (y a todas las modalidades de dolo), es suficiente como marco en el que analizar una probable relevancia de la cultura del autor. Así, partimos de que el dolo requiere el conocimiento, o lo que es lo mismo, la representación mental, de todos los elementos del tipo, incluido el resultado: cuando el autor no se representa mentalmente uno de los elementos, o se lo representa erróneamente, está en un error de tipo (art. 14 CP).

Y aquí añadido: cuando el autor, por su cultura, tiene una representación mental de alguno de los elementos típicos diversa de la que sería mayoritaria, que es además la que se pretende que esté contenida en la norma, podríamos hablar de un error de tipo culturalmente condicionado. Dada la exigencia de dolo, el error de tipo, también el culturalmente condicionado, debería tener como consecuencia la atenuación o exención de la pena, ya que de lo contrario se hace responder objetivamente al culturalmente diverso.

¿Cómo es esto posible? De acuerdo con la psicología cultural, “las categorías mentales, más que en la naturaleza, residen en la cultura que provee los criterios de clasificación”.¹⁰⁰ Estas categorías serían colecciones cognitivas de objetos que comparten las mismas propiedades esenciales que la distinguen de los objetos de otra categoría.¹⁰¹ La categorización permi-

te el pensamiento abstracto, puesto que sin ella no se pueden hacer generalizaciones (y, por ende, tampoco previsiones respecto de las cualidades de los objetos), pero al mismo tiempo también lo condiciona y limita. Este es el argumento relativista de la hipótesis Whorf-Sapir generalizado a todo proceso cognitivo, no sólo lingüístico, argumento que no es ajeno, aunque no sea tematizado, al ámbito de razonamiento de los penalistas, como tampoco lo es el origen social de los criterios clasificatorios: “ciertamente, toda palabra —también las que expresan elementos descriptivos— tiene un sentido fijado *normativamente*, en cuanto se halla definido por una convención lingüística y responde a alguna norma de lenguaje”.¹⁰² Cuando el elemento descriptivo es una categoría, el error de tipo cultural surge si el sentido que al mismo le da la cultura mayoritaria y el que le da la minoritaria no coinciden.

Un ejemplo de los casos tratados doctrinalmente puede ayudar a esclarecer la naturaleza de este “error de tipo cultural”, cuya consideración exigiría el principio de culpabilidad, y entender en qué se diferencia de otros errores de tipo y del error de prohibición. En el caso *State vs. Jones* (1985)¹⁰³ un esquimal de 57 años comienza un juego con su nieto (cuyo cumpleaños se celebraba) y con un amigo suyo no esquimal. En el transcurso del juego, Jones, tras conseguir bajar los pantalones de los niños, les toca los genitales, tirando de los testículos. El tribunal aceptó los argumentos de la defensa, corroborados por un lingüista y dos antropólogos, de que la conducta de Jones estaba privada de cualquier connotación sexual en la cultura esquimal, pues en realidad se destinaba a enseñar a los niños a reírse de la adversidad y saberse defender prontamente.

Este ejemplo muestra cómo la “red de significados” en la que está atrapado el hombre, que es la cultura, puede provocar una falta de correspondencia entre lo que el legislador (la cultura mayoritaria) y el autor culturalmente diverso se representan mentalmente respecto a un elemento del tipo. Lo primero es el “sentido social”¹⁰⁴ del elemento típico (ya sea des-

⁹⁷ Cfr: Berdugo Gómez de la Torre y otros, *op. cit.*, p. 80.

⁹⁸ Cfr: Orts Berenguer y González Cussac, *op. cit.*, p. 65.

⁹⁹ Cfr: SSTC 150/1991, 246/1991, 247/1993, 92/1997, etcétera.

¹⁰⁰ Cfr: L. Anolli, *Psicología della cultura*, Il Mulino, Bolonia, 2004, pp. 151 y ss.

¹⁰¹ *Id.*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁰² Cfr: Mir Puig, *Derecho penal. Parte general...*, *op. cit.*, p. 232.

¹⁰³ Cfr: *State vs. Jones*, núm. 4FA-S84-2933, Tribunal Supremo de Alaska, 7 de enero de 1985.

¹⁰⁴ Cfr: Mir Puig, *Derecho penal. Parte general...*, *op. cit.*, p. 232.

criptivo o normativo), mientras que lo segundo es el *sentido cultural* que al elemento típico le da el autor culturalmente diverso. Cuando esto ocurre, a juicio nuestro, no se puede afirmar que el autor actúe con dolo.

4. ¿Es posible identificar modelos político-criminales constitucionalmente legítimos?

Antes de extraer las consecuencias de los principios constitucionales estudiados, es necesario hacer una breve relación de los modelos ideales de política criminal sobre la diversidad cultural.

La siguiente lista está ordenada por un criterio de mayor a menor valoración positiva del pluralismo cultural por parte del Derecho, el cual puede presentar algunas limitaciones y disfuncionalidades: así, algunos estados cuyo modelo de tratamiento penal del pluralismo cultural podría ser reconocido como multiculturalista incluyen en su normativa penal tipos penales “culturales” —como la tipificación *ad hoc* de la mutilación genital femenina—, lo cual sería un elemento de un modelo asimilacionista, mientras que al mismo tiempo reconocen vías de escape a la coerción penal basadas en la cultura diversa y minoritaria del autor. No obstante, es posible ver este estado de cosas como el resultado de que el debate político-jurídico en la sociedad multicultural europea se encuentra todavía en una fase dialéctica, pues no está resuelto en forma global.

4.1. Modelos político-criminales

a) *Pluralidad de ordenamientos jurídico-penales dentro de un mismo Estado o pluralismo jurídico-penal.* Este modelo responde a un profundo reconocimiento del valor de la diversidad cultural. El *ius puniendi* queda reservado a dichas comunidades respecto a

miembros de determinados grupos étnico-culturales. El estudio del pluralismo jurídico (en general, no sólo penal) cuenta ya con una importante literatura científica.¹⁰⁵ Griffiths dice que un sistema jurídico es pluralista en sentido jurídico “cuando el soberano establece distintos ordenamientos jurídicos para distintos grupos de la población que difieren en su etnicidad, religión, nacionalidad, o geografía, y cuando los regímenes legales paralelos dependen todos del sistema jurídico estatal”.¹⁰⁶ La definición anterior contrastaría con la de “pluralismo en el sentido de las Ciencias Sociales”, cuando órdenes normativos a los que el Estado no concede juridicidad compiten con el Derecho oficial.¹⁰⁷

En este rumbo, Canadá ha reconocido, desde la década de los noventa, las decisiones de los *sentencing circles* practicados por los esquimales, basados en una justicia reconciliadora en lugar de punitiva, también en materia penal. Esta experiencia habría sido trasladada luego a Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos. Perú es otro ejemplo en el que la Ley de Comunidades Indígenas de 1987 reconoció mecanismos procesales propios de dichas comunidades. También en Chile la costumbre de estos pueblos es reconocida como fuente de Derecho penal (en particular, fuente de circunstancias eximentes) por la Ley Indígena de 1993.¹⁰⁸

b) El *modelo multiculturalista* o *multiculturalismo*¹⁰⁹ se correspondería con una política criminal que incluye una consideración a la diversidad cultural, si bien no hasta el punto de reconocer un ordenamiento jurídico-penal paralelo. Creemos acertada la distinción de De Maglie entre un “multiculturalismo fuerte” y un “multiculturalismo débil”. Las fronteras entre el primero y el pluralismo jurídico-penal son poco nítidas, en cuanto a que algunos aspectos de la impunidad por motivos culturales pueden distorsionar profundamente el ejercicio del *ius puniendi*, aun sin

¹⁰⁵ El fenómeno del pluralismo jurídico ha sido estudiado durante años por la antropología jurídica. Para una aproximación y desarrollo histórico del concepto en el ámbito anglosajón, *cfr.* Sally Engle Merry, “Legal Pluralism”, *Law & Society Review*, núm. 22/5, pp. 869-896; en español, una amplia recopilación y sistematización de fuentes en Carlos Ochoa García, *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, Cholsamaj Fundación, 2002, 388 p.

¹⁰⁶ *Cfr.* John Griffiths, “What is Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism*, núm. 24, 1986, pp. 5 y ss.

¹⁰⁷ *Cfr.*, como ejemplo bibliográfico de esta visión, A. C. Wolkmer, D. Sánchez Rubio y J. C. Suárez Villegas, *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, 3ª ed., MAD-Eduforma, 2006, 322 p. Cuando los grupos minoritarios no han conseguido dar juridicidad a su normas (siendo el Derecho patrimonio del grupo dominante), el estudio de éstas correspondería a las Ciencias sociales y no a las jurídicas.

¹⁰⁸ *Cfr.* Bernardi, *Modelli...*, *op. cit.*, pp. 65-68.

¹⁰⁹ El término *multiculturalismo* ha de reservarse para esta corriente filosófico-política en particular. Para el fenómeno que suele recibir este nombre deben reservarse denominaciones como *diversidad cultural*, *pluriculturalidad* o *multiculturalidad*.

existir un reconocimiento formal de la pluralidad de ordenamientos. En cuanto al segundo, la integración del factor cultural se hace atendiendo a las categorías de la Teoría penal, sin grandes distorsiones, sino más bien modulando su contenido.

Expresiones propias de esta política criminal en el Derecho positivo serían la protección de la diversidad cultural en sí misma por la norma penal y la exención o atenuación de la responsabilidad penal en atención únicamente a motivos culturales. Cabe encajar aquí, sobre todo en su versión “fuerte”, el fenómeno de la *cultural defence* anglosajona o el “error culturalmente condicionado” latinoamericano.

c) Una *política criminal culturalmente laica*, a la que no le afecten las relaciones que en una sociedad multicultural mantienen los diversos grupos étnicos y culturales, es muy difícil de teorizar y, por supuesto, de llevar a cabo. Incluso los delitos que pudiesen ser aceptados transculturalmente no dejarían de obedecer a esta pauta: el dato de que una conducta sea compartida por todas las culturas no significa que deje de ser cultural, sino, justamente, que es *culturalmente* universal. Por ello, se corre el riesgo de que esta hipotética política criminal persiga en realidad la protección penal de la cultura mayoritaria, disfrazada de consideraciones de neutralidad, con lo que estaríamos en una política criminal “asimilacionista”.¹¹⁰

d) Este *modelo “asimilacionista”*, en contraste con el multiculturalismo, está por debajo en la escala de valoración de la diversidad cultural por parte de la norma jurídica. Su objetivo es la asimilación del grupo minoritario en el mayoritario.

Un “asimilacionismo indulgente” estaría representado por la actitud que se deducía, por ejemplo, del artículo 44 del Código penal de Perú de 1924, de acuerdo con el cual a los “salvajes”, uno de los tres tipos en los que eran clasificados los reos, se les reservaba un

tratamiento atenuado debido a su consideración como inimputables.¹¹¹ Este modelo político-criminal se diferencia del multiculturalismo en la motivación en la que se basa, una actitud tutelar (que bien podría ser un instrumento de legitimación de la dominación),¹¹² en lugar de un reconocimiento o valoración positiva de la diversidad cultural.

Francia es el mejor exponente de otro tipo de política criminal “asimilacionista”, pretendidamente neutral o laica en lo cultural, también llamada “igualitaria”.¹¹³ Este modelo se basa en una lógica de absoluta igualdad formal, de neutralidad o “ceguera” del Estado frente a las diferencias culturales,¹¹⁴ todo ello con las reservas ya expresadas sobre que el contenido sustancial de las normas penales responda a la cultura mayoritaria. También favorece la emancipación de los individuos de su grupo cultural dada su asimilación con la sociedad en su conjunto.¹¹⁵ Su traducción normativa es la ausencia de normas penales que incriminen prácticas culturales minoritarias que violan la ley en forma más gravosa. Eso no significa que no se persigan tales conductas, sino que se hace con arreglo a la normativa general (con pretensión de ser) culturalmente laica.

Por último, una política criminal “asimilacionista discriminatoria” promovería, desde el Derecho penal, la imposición de la cultura dominante al resto, teniendo como resultado un trato discriminatorio hacia los miembros de los grupos minoritarios. Como ejemplos históricos puede mencionarse la era del *melting pot* en Estados Unidos (primera mitad del siglo xx), en la que con la metáfora de una fusión de etnias y razas se esconde una política “asimilacionista” basada —y limitada— en la cultura dominante, la del *white anglo-saxon protestant* o *WASP*.¹¹⁶ Pero la asimilación discriminatoria puede ser también expresa: tal es el caso de la regulación en el Código penal italiano de

¹¹⁰ Cfr., sobre las paradojas del asimilacionismo en Francia, Patrick Weil, *La République et sa diversité. Immigration, intégration, discriminations*, 2005.

¹¹¹ El redactor de estos artículos fue Víctor M. Maúrtua, cuya visión antropológica, según Hurtado Pozo (cfr. *En torno a la recepción del derecho penal en el Perú*, edición mimeografiada, sin fecha, pp. 1 a 7, citado por Gladys Yrureta, *op. cit.*, p. 90) “no representó una toma consciente de posiciones, ya que por no ser peritos y no contar con el asesoramiento de especialistas en la materia, estuvo fuera de su alcance”, sino que más bien se deriva “de un saber prosaico en el cual se reconocen supervivencias [...] de tesis imperantes en el siglo xviii ya largamente superadas en 1924 en el campo de la antropología”.

¹¹² Sobre todo teniendo en cuenta que la consecuencia jurídica con la que se podían sustituir las penas de prisión en atención a “su condición especial” era la de “colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años” (cfr. art. 44 CP Perú, 1924).

¹¹³ Cfr. De Maglie, *Culture...*, *op. cit.*, p. 1118 y 1119.

¹¹⁴ Cfr. Basile, *Società multiculturali...*, *op. cit.*, p. 1311.

¹¹⁵ Cfr. Bernardi, *Modelli...*, *op. cit.*, p. 82.

¹¹⁶ Cfr. De Maglie, *Multiculturalismo...*, *op. cit.*, p. 178 y ss.; Basile, *Società multiculturali...*, *op. cit.*, p. 1310.

la mutilación genital femenina, que en su art. 583 *bis* prevé una pena más grave para a esta conducta que la que correspondería a su consideración como lesiones.

e) La *política criminal de exclusión de la diversidad cultural* tiene como objetivo la separación o la expulsión física de los miembros de un grupo étnico del territorio ocupado por el grupo dominante. Junto con la asimilación forzada conforman los métodos más contundentes de conflicto interétnico. Las características de este tipo de política criminal serían la identificación y distinción de los miembros del grupo dominado, con el objeto de separarlos o expulsarlos físicamente o, en los casos más extremos, imposibilitar su reproducción biológica o eliminarlos.

5. Conclusiones

Es momento de sistematizar las conclusiones sobre el marco constitucional en el que el legislador debe moverse para legislar penalmente sobre la diversidad cultural.

De acuerdo con los argumentos presentados en este capítulo, los miembros de minorías culturales tienen “derecho a la propia cultura”, pero no existe una exigencia constitucional respecto al reconocimiento de *ius puniendi* a los grupos étnico-culturales. De hecho, al Parlamento no le estaría permitido legislar de modo que la responsabilidad penal por actos que constitu-

yen un *castigo cultural* se viera atenuada por razones de ejercicio de ese derecho, dada la consagración del principio de legalidad como derecho fundamental del ciudadano, de acuerdo con su “fundamento político democrático-representativo”, a que el Estado le proteja de ser castigado por un privado por una conducta que no ha sido democráticamente seleccionada como delito, derecho que puede ser tanto ejercido como no, consintiendo en este caso el *castigo* sufrido.

Por otra parte, la promoción del libre desarrollo de la personalidad impondría cierto respeto a la diversidad cultural como expresión de la personalidad del individuo. Toda legislación penal que conllevara una pena más grave para una conducta únicamente por constituir una práctica cultural supondría una violación de dicho principio del ordenamiento. Sin embargo, este respeto a la diversidad cultural no exige que la legislación atenúe la responsabilidad penal por actos que afectan a bienes jurídicos personales, en especial la libertad.

Por último, el principio de culpabilidad exigiría que el juzgador tuviese en cuenta la posibilidad de que el autor culturalmente diverso haya actuado desde una representación mental de los elementos del tipo distinta del sentido que la norma les da a éstos, y que ello pueda suponer que el autor haya actuado sin dolo, puesto que, si así fuese el caso, estaría cubierto por la prohibición de responsabilidad objetiva.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal