



Revista

ISSN 2007-4700

Elle
MÉXICO

Número 13
Septiembre de 2017 •
febrero de 2018

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural. La influencia de la identidad cultural en la teoría jurídica del delito

Guillermo Portilla Contreras

Universidad de Jaén

RESUMEN: Este trabajo parte del reconocimiento de la reciprocidad de los discursos, de la igualdad de las diferencias culturales, y se defiende el papel esencial que juega la identidad cultural como derecho humano en la resolución dogmática de los conflictos culturales relevantes penalmente. Con estas premisas, se adopta una teoría de la justicia que hace viable la construcción de un modelo de Derecho penal intercultural y, desde esa posición, se hace uso de la teoría jurídica del delito para resolver, entre otros, los casos en los que difícilmente se puede llegar a comprender la razón de la prohibición del comportamiento realizado.

PALABRAS CLAVE: Diversidad cultural, teoría del delito, derechos humanos, error de prohibición.

ABSTRACT: This work is based on the recognition of the reciprocity of discourses, the equality of cultural differences, and defends the essential role played by cultural identity as a human right in the dogmatic resolution of criminally relevant cultural conflicts. With these premises, a theory of justice is adopted that makes viable the construction of a model of intercultural criminal law and, from that position, it makes use of the legal theory of crime to resolve, among others, cases in which it is difficult you can get to understand the reason for the prohibition of the performed behavior.

KEY WORDS: Cultural diversity, theory of crime, human rights, error of prohibition.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La reciprocidad de los discursos e igualdad de las diferencias. 3. Génesis de un Derecho penal Intercultural. 3.1. El reconocimiento de la diversidad/identidad cultural como derecho humano y el compromiso de respeto de los derechos fundamentales. 4. La identidad cultural en la teoría jurídica del delito. 4.1. Identidad cultural y error de prohibición. 4.2. El error de comprensión culturalmente condicionado como causa de inimputabilidad. 5. Bibliografía.

1. Introducción

Los procesos de colonización y neocolonización occidental han contribuido al desplazamiento de personas con una cultura –tradiciones, creencias– alejada del canon europeo de los derechos fundamentales. Evidentemente, la transnacionalización de principios opuestos a las normas de las sociedades hegemónicas ha originado ciertos conflictos con trascendencia penal.

En general, la respuesta doctrinal y jurisprudencial ante esta colisión de costumbres ha sido la absorción, la asimilación, esto es, la idea de que el extranjero debe respetar los derechos fundamentales consagrados constitucional y penalmente en el país de acogida sin que su discrepancia cultural merezca una graduación de la responsabilidad penal.

En este trabajo, que parte del reconocimiento de la reciprocidad de los discursos, de la igualdad de las diferencias culturales, se defiende el papel esencial que juega la identidad cultural como derecho humano en la resolución dogmática de los conflictos culturales relevantes penalmente. Con estas premisas, se adopta una teoría de la justicia que hace viable la construcción de un modelo de Derecho penal Intercultural y, desde esa posición, se hace uso de la teoría jurídica del delito para resolver, entre otros, los casos en los que difícilmente se puede llegar a comprender la razón de la prohibición del comportamiento realizado.

2. La reciprocidad de los discursos e igualdad de las diferencias

La verdad es que en la tesitura de otorgar o no relevancia jurídico-penal a las concepciones culturales

diversas que se oponen a las normas penales comunes, nos encontramos en una encrucijada: o se opta por un universalismo que proyecta ingenuamente su cosmovisión sobre el resto del mundo o adoptamos un relativismo indolente que condena a las culturas a una reclusión en sí misma, en el círculo de sus valores específicos.¹ Reconociendo la complejidad de la situación, lo cierto es que suele eludirse el debate de fondo, la elección de un argumento universalista o relativista que posibilite o rechace el empleo de algunas de las figuras de la teoría jurídica del delito en la colisión entre derechos fundamentales y comportamientos caracterizados por su diversidad cultural. Ahora bien, que no se discuta la base teórica desde la que solventar estas cuestiones no significa que doctrina y jurisprudencia no asuman en la práctica un universalismo radical tan peligroso como el relativismo absoluto que perpetúa la desigualdad de algunos colectivos. Un planteamiento extremo al que podría calificarse como fundamentalismo de los derechos humanos.² Sin embargo, como afirma Habermas, este fanatismo no se evita "... mediante la renuncia a la política de los derechos humanos sino solo mediante la transformación –en términos de derecho cosmopolita– del estado de naturaleza entre los Estados en un orden jurídico".³ En ese sentido, los derechos humanos tienen un doble carácter: como normas constitucionales, gozan de validez positiva, pero, como derechos adscritos a la persona como ser humano, se les asigna, al mismo tiempo, una validez suprapositiva.

Desde luego, no hay que ocultar que en ocasiones en nombre de los derechos humanos se ha llevado a cabo la neutralización de la política y la imposición del modelo occidental de valores.⁴ En efecto, una de las grandes lagunas del racionalismo universalista es

¹ Jullien, F. *De lo universal, de lo uniforme, de lo común y del dialogo entre las culturas*. Siruela, Madrid., 2010, p. 145.

² Algunas tesis universalistas tienen ese rasgo de menosprecio humillante que impregna el neocolonialismo. Al respecto, debería recordarse que al cristianismo le costó reconocer los derechos humanos, que la expansión colonial europea vulneró el ámbito islámico y exportó la esclavitud, la colonización, el imperialismo y la intolerancia religiosa. Y, sobre todo, que las primeras declaraciones de derechos humanos fueron redactadas por protestantes anglosajones blancos que poseían esclavos. Vid. una crítica de planteamientos similares en, O. Höffe, *Derecho intercultural*. Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 172-181. Asimismo, Zizek, S, *Bienvenido al desierto de lo real*. Akal. Cuestiones de antagonismo. Madrid, 2005, p. 32. Cfr. Macías Caro, VM, que enumera algunas de las críticas recibidas por la teoría del universalismo de los derechos humanos, en Introducción al libro, *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*. Maglie, C, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 19.

³ Cfr. Habermas, J. (1999) "La idea Kantiana de la paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años", en *La inclusión del Otro. Estudios de Teoría política*. Paidós, Barcelona, 1999, p. 188. De forma similar, Höffe defiende esa concepción no moralista de los derechos. Cfr. Höffe, O. *Derecho intercultural*. Gedisa, Barcelona, 2000, p. 168.

⁴ Barcellona, P. *Quale Política per il terzo millennio?* Dedalo, Bari, 2000, p. 144. Por su parte, Balibar reconoce que hay diversas trabas que convierten al cosmopolitismo en una utopía, a saber, la crisis del modelo social europeo, la división política y social del continente y la constitución de un estatuto de *apartheid* en torno a la inmigración extracomunitaria. Cfr. Balibar, E. *Nosotros ¿ciudadanos de Europa?*

la limitación del diálogo a los que no aceptan esas reglas del juego porque poseen otras; es como si todos los seres humanos tuvieran la obligación de participar en un juego cuyas reglas están previamente establecidas. No se trata, pues, de jugar conforme a unas reglas prefijadas sino de dialogar previamente sobre las mismas. Parafraseando a Wittgenstein, para llegar a un acuerdo en las opciones, primero debe haber acuerdo en el lenguaje usado, a lo que Mouffe añade la necesidad de un acuerdo sobre el modo de usarlo.⁵ Si aplicamos esta reflexión en la construcción de un Derecho penal Intercultural se debería proceder a un diálogo intercultural, esto es, a realizar un esfuerzo por el reconocimiento de todas las culturas en un régimen de igualdad.

Frente al universalismo, el relativismo por el contrario sugiere la necesidad de construir un sistema de pluralidad de reglas y comportamientos que expresan los diferentes contextos vitales donde estamos ubicados, sin que haya posibilidad alguna de encontrar denominadores comunes universalmente válidos para todos. De ese modo, un Derecho penal Intercultural relativista debería justificar cualquier comportamiento guiado por la diversidad cultural pues ninguna cultura ostentaría el monopolio de la verdad, del imperativo categórico.

El temor a este relativismo cultural, a la defensa de una identidad propia, se justifica porque, además de subordinar los otros conflictos de clase, termina por aislar a los sujetos que conforman ese colectivo. El relativismo se ahoga en sus diferencias particulares, en un mundo en el que aún subsiste la explotación, la

exclusión, la tortura y la eliminación de seres humanos. Al resaltar la subjetividad propia, se abandona el deseo de transformación global, se sustituye la lucha económica por el reconocimiento de particulares o exclusivos derechos.⁶ Falta en los relativistas, como advierte Baratta, el interés y la capacidad de investigar los conocimientos y los valores necesarios para construir un proyecto ético-político y crear una sociedad más justa;⁷ en este punto coinciden con la teoría de sistemas y el neofuncionalismo penal, que parten del sujeto en tanto “ambiente del sistema” –por usar una expresión luhmaniana–, y no el centro teórico de un proyecto de sociedad. Frente al egoísmo del relativismo, solo ideas universales pueden oponerse a las bases filosóficas, económicas y estructurales de la desigualdad.⁸

Con el final de las ideologías, la política de la diferencia se convierte en un sistema legitimador de las funciones del Estado, que no supera, en ningún caso, las tesis liberales.⁹ Pero es que, además, este pensamiento es inconsecuente con sus propias premisas ya que su crítica a la razón universalista se fundamenta en claves que acaban por convertir la diferencia en razón universal. Es decir: solo en el plano de la diferencia, elevada a parámetro de medida permanente, es posible criticar la universalidad, pero, entonces, al mismo tiempo, se incurre en el fraude que tanto se reprocha.¹⁰

Quizás nos hallemos en el presente ante la ideología de una época histórica específica de Occidente, un pensamiento posmoderno que es, a la vez, radical y conservador,¹¹ políticamente opositor pero

Madrid, Tecnos, 2003, p. 295. A su juicio, la Unión europea no se concibe como el reconocimiento de los derechos y contribuciones de todas las comunidades presentes sobre el suelo europeo, sino como un aislamiento poscolonial de las poblaciones autóctonas y de las poblaciones alógenas, *op. cit.*, pp. 306-308.

⁵ Cfr: Mouffe, C. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Paidós, Barcelona, 1999, p. 195.

⁶ Vid. Žižek, S. *El espinoso sujeto*. Paidós, Barcelona, 2001, p. 11. El propio Kymlicka reconoce que, pese a que muchos ven en la política de la diferencia una amenaza para la democracia liberal, en muchos casos, las exigencias de los grupos nacionales son compatibles con los principios liberales de libertad individual y justicia social. Cfr: Kymlicka, W. “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”. En, Rvta. *Isegoria*, nº 14, 1996, p. 35.

⁷ Cfr: Baratta, A. “El estado-mestizo y la ciudadanía plural. Consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza”. En, H. Silveira Gorski (coord.), *Identidades comunitarias y democracia*. Trotta, Madrid, 2000, pp. 196 y 197.

⁸ Cfr: Eagleton, T. *Las ilusiones del posmodernismo*. Paidós, Barcelona, 1998, p. 178.

⁹ Como indica T. Eagleton, estas tesis, con su gusto por la multiplicidad, la provisionalidad, la antitotalidad, los fines abiertos y todo lo demás, tiene el aspecto de un liberalismo corderil con ropajes de lobo. Cfr: *Las ilusiones del posmodernismo*, cit., p. 177. La cuestión, según dicho autor, es cómo evitar el nuevo “fascismo”, no parece que el pensamiento posmoderno del “fin de la historia” nos augura un futuro muy diferente del presente. Su relativismo y su convencionalismo moral, su escepticismo, pragmatismo y localismo, su disgusto por las ideas de solidaridad y organización disciplinada, su falta de una teoría adecuada de la participación política: todo esto pesa fuertemente contra él. Cfr: *Las ilusiones del posmodernismo*, cit., p. 198.

¹⁰ Cfr: Sáez Rueda, L. *Movimientos filosóficos actuales*. Madrid, 2001, p. 464.

¹¹ Cfr: Grüner, E. *El fin de las pequeñas historias. De los estudios culturales al retorno (imposible) de lo trágico*. Paidós, Buenos Aires, 2002, p. 18.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

económicamente cómplice.¹² Es radical al cuestionar los valores metafísicos de la identidad del sujeto único universal, y defender la diversidad¹³, el relativismo, y anti-fundamentalismo; es, asimismo, conservador porque el mensaje de la diferencia nunca alcanza a los medios de producción, que jamás entran en la órbita de su crítica¹⁴. Al considerar que la ablación de clítoris, la desigualdad de la mujer, la humillación o el castigo corporal no son censurables desde la óptica de la igualdad de las culturas se contribuye a perpetuar eternamente la desigualdad entre los seres humanos.

Por todos estos motivos, en la defensa de un Derecho penal Intercultural hay que alejarse del fundamentalismo universalista y del relativismo absoluto, hay que intentar alcanzar una posición intermedia entre la visión totalizadora de la ideología universalista y la parcialidad del relativismo. Lo ideal sería encontrar teorías de la justicia que nos permitieran vincular la razón universal no a unos principios permanentes e inmutables sino al reconocimiento en igualdad de las diferencias. Bajo estas pautas, como acentúa Sáez Rueda, la vocación del universalismo moderno podría

realizarse a través del reconocimiento de la diferencia, “a condición de que el primero renuncie a su autocomprensión totalizante y cerrada y la segunda sea pensada de forma que pueda dar cabida en su seno a transiciones o pasos tales que merezcan ser reconocidos como formas de una racionalidad versátil”.¹⁵

Con este punto de partida como objetivo, nos encontramos ante dos proyectos: uno se basa en el planteamiento dialéctico-negativo de Adorno, el otro, más vinculado a Habermas, se asienta en los conceptos de “lucha por el reconocimiento” y “reconocimiento de la diferencia”. En ambas construcciones, el fundamento principal es el rechazo de una identidad ideal, siendo esencial la diferencia como ente constitutivo.¹⁶

Un proyecto que rechaza el universalismo y el relativismo radical, es el de la “lucha por el reconocimiento” defendido por A. Honneth. Un planteamiento que conecta los diseños diferencialistas más cercanos al Foucault de la “microfísica del poder” a la universalista teoría de la acción comunicativa de Habermas.¹⁷ El punto de partida no es el ideal de igualdad sino el de legitimación de la diferencia en términos de

¹² Según S. Amin, la crítica posmodernista, aunque tiene el mérito de exponer la naturaleza metafísica del discurso burgués postilustrado, con su adulación acrítica de la diferencia y la exaltación del empirismo, la hacen compatible con las prácticas de gestión convencionales, economicistas, destinadas a perpetuar las prácticas capitalistas, consideradas como expresión definitiva de racionalidad. Cfr. Amin, S. *El capitalismo en la era de la globalización*. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 164 y 165. Muy crítico también con el relativismo multiculturalista se manifiesta U. Beck, considerándolo una estrategia del planteamiento sociológico de la alteridad que postula el respeto de las diferencias culturales del espacio nacional en los planos teórico y político, pero que es prisionero de la mirada nacional, aliándose con el relativismo cultural y contribuyendo a la protección del déspota. Cfr. Beck, U. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Paidós, Sociedad y Estado. Barcelona, 2005, pp. 95 y 96. Es cierto que, en la medida en que el relativismo no admite el intercambio de perspectivas, esa concepción se asemeja, como reconoce Beck, a la cosmovisión esencialista posmoderna. Por el contrario, Roca De Agapito se ha manifestado partidario de políticas multiculturales. Cfr. “Delitos culturalmente motivados”. En *Delitos y minorías en países multiculturales*. Estudios jurídicos criminológicos comparados. Atelier. Barcelona, 2014, p. 205.

¹³ Al respecto, Bilbeny, N, coincide con la crítica realizada contra el multiculturalismo cuando este es interpretado como diferencialismo, cuando favorece formas de intervención exclusivistas en aras de la identidad, la diferencia y la propia diversidad cultural. En cualquier caso, dice este autor, los principios filosóficos a que apela el multiculturalismo diferencialista se encuentran, a su pesar, entre los causantes intelectuales de la marginación cultural de nuevo cuño. Cfr. *Por una causa Común. Ética para la diversidad*. Gedisa, Barcelona, 2002, p. 177. Pero, al mismo tiempo, reconoce que los críticos pierden parte de razón cuando el multiculturalismo se traduce en interculturalismo, ya que el mundo es diverso pero integrado: la pluralidad se ve *in universum* no como simple agregado de diferencias. Bilbeny opta por la interculturalidad porque facilita el marco de convivencia y permite descubrir la identidad ajena y la propia. Cfr. *op. cit.*, pp. 122 y ss.

¹⁴ En suma, como denuncia S. Amin, el posmodernismo reproduce algo de la lógica material del capitalismo avanzado y dirige su agresividad hacia sus fundamentos espirituales. Cfr. *El capitalismo en la era de la globalización, cit.*, p. 196. En ese mismo sentido, J.M. Mardones abunda en que puede ser cierta la sospecha de que los posmodernos, tras la muerte del individuo y el fin de la historia, nos dejan en manos del imperativo técnico de la sociedad cibernética. Es decir, nos dejan en manos de un funcionamiento sistémico de la sociedad donde, de acuerdo con Luhmann, el sujeto desaparece, porque, lejos de ser un agente constituyente, es constituido en un proceso de selectividad contingente. Nos hallamos ante una razón funcionalista que autorregula al sistema social. Cfr. Mardones, J.M. “El neo-conservadurismo de los posmodernos”. En *En torno a la posmodernidad*. Anthropós, Bogotá, 1994, p. 31.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Según Sáez Rueda, L. estas teorías, que hacen patente la falacia de oposiciones rígidas entre universalismo-relativismo, progresobarbarie, no declinan su vocación crítica. Son un símbolo de resistencia a la demonización del oponente cuando de la fisura entre modernidad y pensamiento de la diferencia se trata. Cfr. *Movimientos filosóficos actuales, cit.*, p. 490.

¹⁷ Cfr. Honneth, A. *Kritik der Macht. Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie*. Frankfurt. 1988, pp. 380 y ss. Este autor reinterpreta la tesis de Habermas y entiende lo no-idéntico como una dimensión de la experiencia individual que puede volverse central y sentar las bases, a la vez, de una crítica de la sociedad y de una oposición a la racionalidad instrumental. Cfr. Gorz, A. *Misericordias del presente, riqueza de lo posible*. Paidós, Barcelona, 2000, p. 143.

igualdad, pretendiendo un igual reconocimiento de la diferencia más el consenso entre iguales.¹⁸ En efecto, Honneth parte de la teoría de la acción comunicativa, aunque pretende (a veces no lo consigue) corregir el exceso de abstracción y formalismo de aquella. En ese intento, aporta a la crítica del paradigma comunicativo una perspectiva original basada en la noción de “reconocimiento” y de “lucha por el reconocimiento”, y preparada para integrar el conflicto social y el progreso; para este autor, la conflictividad, la idea de lucha, representa precisamente el ámbito en el que se desarrolla el progreso.¹⁹ En consecuencia, la persecución de un acuerdo unitario (acción comunicativa) se sustituye por el del reconocimiento de la diferencia (pluralidad entre conflictos reales).²⁰

Constituye un referente de este proyecto el modelo hegeliano en el que la formación del *yo* está ligada al presupuesto del reconocimiento recíproco entre sujetos; solo si los dos individuos se ven confirmados por su enfrentamiento en el establecimiento de la identidad, pueden llegar a un entendimiento complementario.²¹ Reconocer a cualquier individuo como persona debe entonces significar actuar respecto a todos en la forma a que moralmente nos obligan las cualidades de una persona. Todo depende ahora, recalca Honneth, de cómo se pueden determinar esas cualidades, a qué círculo de sujetos se reconoce un derecho válido.²²

En un plano más concreto, Honneth especifica los derechos que pertenecen a la persona: derechos subjetivos a la libertad, derechos políticos de participación y derechos sociales al bienestar. Los primeros son derechos negativos que protegen a la persona respecto a su libertad, vida y propiedad, frente a las ilegítimas intervenciones del Estado. La segunda categoría alude a los derechos positivos en cuanto a la

participación en procesos públicos de formación de voluntad. Por fin, la tercera se refiere a aquellos derechos positivos que permiten al sujeto participar en la distribución de los bienes fundamentales.

Pues bien, la teoría del reconocimiento de las diferencias entiende que los derechos individuales pertenecen al sujeto, no en función de su integración en determinados grupos sociales, sino, en principio, a todos ellos en tanto seres libres que son.²³ Al tiempo que la desposesión de derechos o la exclusión social van unidas a una pérdida de respeto del otro, y, por consiguiente, obstaculizan la interacción legítima e igual con los demás.²⁴

A este sueño de Honneth podría objetársele que la cuestión del reconocimiento debe ubicarse en el marco de la justicia social y no en el contexto de la “autorrealización”, como él hace. Esto es, el reconocimiento carece de eficacia si no va acompañado de la reivindicación de un proceso de redistribución de recursos. Con acierto, Z. Baumann ha proclamado que las demandas de redistribución proclamadas en nombre de la igualdad son vehículos de integración, mientras que las reivindicaciones de reconocimiento, reducidas a la pura distinción cultural, promueven la división, la separación y, finalmente, una quiebra del diálogo.²⁵

De otra parte, la teoría de la dialéctica negativa, defendida por Wellmer, gira en torno al reconocimiento de una comprensión hermenéutica que renuncia al establecimiento previo de una razón universal.²⁶ A través de esta forma de pensamiento, no se trata tanto de alcanzar ideales de sentido genéricos, sino de excluir, en la línea marcada por Adorno, aquello que carece de sentido. De ahí que solo se pueda proceder negativamente: no podemos aspirar a la plenitud del sentido, sino únicamente a la eliminación del

¹⁸ Cfr. Sáez Rueda, L. *Movimientos filosóficos actuales*, cit., p. 489.

¹⁹ Un argumento similar al expuesto anteriormente de Mouffe, C. Vid. asimismo, D'Agostini, F. *Análisis y continentales*. Cátedra, Madrid, 2000, pp. 429- 431.

²⁰ Cfr. Sáez Rueda, L. *Movimientos filosóficos actuales*, cit., p. 489.

²¹ Cfr. Honneth, A. *La lucha por el reconocimiento*. Crítica, Barcelona, 1997, p. 87.

²² Cfr. Honneth, A. *La lucha por el reconocimiento*, cit., p. 139. En esta tesis, los individuos se constituyen como personas en el instante en que, a partir de la perspectiva alentadora de los otros, aprenden a referirse a sí mismos como seres a los que se atribuyen cualidades o capacidades positivas, *op. cit.*, p. 209.

²³ Cfr. Honneth, A. *La lucha por el reconocimiento*, cit., p. 146.

²⁴ Cfr. *op. cit.*, p. 163.

²⁵ Cfr. Bauman, Z. *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*. Editorial siglo XXI, Madrid, 2003, p. 93.

²⁶ Cfr. Wellmer, A. *Sobre la dialéctica de modernidad y postmodernidad. La crítica de la razón después de Adorno*. Visor, Madrid, 1993; del mismo, *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*. Anthropos, Barcelona, 1994. Vid., *op. cit.*, p. 485.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

sinsentido,²⁷ utilizando como baremo en la demarcación de lo negativo el concepto de “vida buena” (interpretada como vida racional que permite la exclusión de todo irracionalismo, sufrimiento, agresiones discriminatorias –la ablación sería un ejemplo– etc.).

La tesis de Wellmer, que parte del planteamiento del sujeto unitario de Adorno y Horkheimer, opera sobre la crítica psicológica de Freud ante la constatación de la inexistencia de un sujeto autónomo y de la irracionalidad fáctica de su aparente razón. Se trata del descubrimiento de lo Otro, de la razón en el interior del sujeto y de su razón.²⁸ Junto a ello, el modelo de Wittgenstein del pluralismo de las formas de vida, de los juegos de lenguajes locales, las formas de legitimación y las transiciones, constituye otro de los fundamentos de Wellmer. Su proyecto, por tanto, no puede abarcar todas las circunstancias particulares, ni admite, desde luego, un consenso generalizado.²⁹

En el fondo, de su propuesta late el sentido crítico de la dialéctica de la ilustración, el pesimismo que inunda la perspectiva ilustrada, y que le conduce a cuestionar la razón totalizadora, no el universalismo de los derechos humanos en cuanto tal, sino el mal uso, insuficiente o pervertido, del mismo.³⁰ Sin embargo, a pesar de estas censuras, Wellmer no rechaza el universalismo democrático y su sujeto autónomo, ni el proyecto de MARX de una sociedad autónoma, sino que se reafirma en que hay que imaginar otra forma de universalismo político-moral de la Ilustración, otra idea de autodeterminación individual y colectiva, la razón y la historia. En esa búsqueda es donde el citado autor ve el impulso posmoderno hacia la auto-superación de la razón. Si se elimina la razón ideal, el fundamentalismo de las fundamentaciones últimas y

el utopismo de las soluciones definitivas, la reflexión de Wittgenstein localizará la razón en un tejido de juegos de lenguaje que se modifican por sí mismos, sin principio ni fin, y sin límites fijos.³¹ De lo que se trata, en definitiva, no es de una reconciliación entre juegos de lenguaje sino de una **tolerancia recíproca de los discursos**: el reconocimiento en igualdad de todas las razones, de todos los lenguajes, de todas las diferencias. Es la superación de una razón en un juego conjunto de racionalidades plurales.³²

Sin duda, es loable el esfuerzo de Wellmer por renovar el trazado del proyecto universalista concediendo a la tolerancia de los diferentes discursos el valor de razón universal. Hasta ahora, este modelo de tolerancia recíproca no ha calado en el Derecho penal y es improbable que acontezca ante un imperialismo cultural que no solo no reconoce al Otro, sino que fagocita las diferencias uniformándolas. Sin embargo, nos puede servir de guía en la construcción de un Derecho penal Intercultural que no desprecie sino que valore la diferencia cultural.

3. Génesis de un Derecho penal Intercultural

Una vez aclarados los fundamentos teóricos de los que se parte (un universalismo basado en la reciprocidad de los discursos, en la igualdad de las diferencias), hay que, por un lado, “comprender” el origen del valor cultural discrepante y, por otro, graduar la responsabilidad penal del disidente cultural aunque atente contra derechos fundamentales.

Respecto a la necesidad de comprender la tradición, la creencia del otro, el reconocimiento de la

²⁷ Cfr. Wellmer, A. *Ética y diálogo...*, cit., p. 243.

²⁸ Cfr. Wellmer, A. *Sobre la dialéctica de modernidad y postmodernidad...*, cit., p. 74.

²⁹ Cfr. Wellmer, A. *Sobre la dialéctica de modernidad y postmodernidad...*, cit., p. 108.

³⁰ Cfr. Wellmer, A. *op. cit.*, p. 103. A su juicio, el saber totalizador de la dialéctica de la historia se muestra al final como un saber destinado a la legitimación y el dominio, al servicio de unas selectas minorías modernizadoras. Mientras la dialéctica totalizadora le presta la buena conciencia a la represión estatal organizada, hasta llegar al terror estalinista, la negación anarquista del Estado le presta la suya, o al menos puede parecerlo, al terror individual. Podrían incluirse también, dice Wellmer, los estallidos irracionales del racionalismo europeo (el fascismo alemán) o las versiones neoconservadoras del postmodernismo. Cfr. *op. cit.*, pp. 105 y 106.

³¹ Cfr. Wellmer, A. *op. cit.*, p. 111.

³² Cfr. Wellmer, A. *op. cit.*, p. 112. Otro discípulo de Habermas, O. Höffe se ha sumado a esta corriente al considerar que la tolerancia recíproca de las diferencias es un principio básico de los Estados modernos. Cfr. *Derecho intercultural*, cit., p. 137. De este modo, solo cabe el derecho a la otredad sobre la base del reconocimiento de una comunidad, cada ser humano tiene igualdad de derechos. Höffe se enfrenta al argumento relativista proponiendo la estrategia de la universalidad moderada de la que hace derivar un derecho penal intercultural que trascienda a las culturas, pues se formulan los derechos humanos de manera tan abstracta o formal que quedan abiertos para diferentes condiciones de vida y proyectos sociales. Cfr. *op. cit.*, pp. 139 y 140. Sin embargo, es bastante discutible que los delitos puedan fundamentarse en sustratos universales. En ese sentido, la ablación de clitoris como tradición cultural puede ser un claro ejemplo de la imposibilidad real de un proyecto común de ilícitos.

diversidad/identidad cultural como un derecho humano, ya indicamos en otro estudio³³ que el conflicto no se puede abordar desde una única perspectiva valorativa: los derechos fundamentales entendidos según el canon *occidental*.

Si evaluamos la cultura que origina la vulneración de derechos fundamentales con arreglo al estándar occidental de justicia, con toda seguridad nos veríamos obligados a condenar ya que el comportamiento enjuiciado no se ajusta a las categorías clásicas de los derechos. Para empezar, el lenguaje empleado es, desde uno y otro prisma, distinto. En otras culturas no se habla expresamente de “derechos fundamentales” sino de valores como *la integridad, la armonía, el equilibrio, la reconciliación, la restitución, el dinamismo*.³⁴ En consecuencia, partir de la referencia a los derechos fundamentales según el canon occidental,³⁵ en abstracto, como criterio de resolución del conflicto, convertiría en papel mojado el reconocimiento de la diversidad cultural,³⁶ esta “no tendría más que un significado retórico”.³⁷ Sería un entendimiento insatisfactorio, contrario a aquello que los instrumentos internacionales pretenden evitar, porque, a la postre, significa subrayar la prevalencia axiológica de aquel

modelo, “la imposición del modo occidental de interpretar la justicia”,³⁸ es decir, una forma de asimilación de los grupos o comunidades culturales, bajo el pretexto de los derechos fundamentales.

Pues bien, defender un Derecho penal Intercultural, desde el principio de respeto a la diversidad cultural y la igualdad de culturas, requiere el esfuerzo de adecuar el significado y contenido de los derechos y garantías fundamentales, como referente universal, a la especificidad cultural del sujeto que infringe el derecho: es una forma de introducir el *diálogo intercultural* como criterio hermenéutico más complejo y amplio. Las claves de este planteamiento las encontramos, como veremos más adelante, en el Convenio 169 OIT y en la Declaración de Friburgo de la UNESCO, sobre Derechos culturales (2007).

A diferencia de la opción adoptada en el texto, una tesis intermedia entre universalismo y relativismo, doctrina y jurisprudencia suelen partir, por el contrario, de la idea de la superioridad moral de algunas culturas.³⁹ Al obrar de este modo se incumple el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989), que España ratificó el 15 febrero 2007, que se decanta por un Derecho penal Intercultural.⁴⁰

³³ Pomares Cintas/E, Portilla Contreras, G, “Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria”. En *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier. Barcelona, 2014, p. 244.

³⁴ Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 29 enero 2013.

³⁵ Como sostiene Silva Sánchez, J. “Vigencia objetiva de los derechos humanos fundamentales”. Cfr. “Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal”. En, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Cuadernos de Conferencias y artículos, nº 40, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 26; del mismo autor, “Ein kleiner Dialog mit Claus Roxin zum heutigen Strafrecht”, Festgabe für Claus Roxin zum 80 Geburtstag, Goldammer’s Archiv für Strafrecht, nº 5/2011, p. 314. En esta línea, Vázquez González, C, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*. Dykinson. Madrid, 2010, p. 207.

³⁶ En esa dirección, Sentencia de Tutela, 523/1997, Corte Constitucional colombiana. Véase también, *Sentencia Corte Constitucional Plurinacional boliviana, 0108/2013*.

³⁷ Sentencia de Tutela, 349/1996, Corte Constitucional colombiana.

³⁸ Sentencias de Tutela, 523/1997, 009/2007, Corte Constitucional colombiana, *Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 6 noviembre 2012, Sentencia Corte Constitucional Plurinacional boliviana, 0108/2013*. En esta línea, Borja Jiménez, E, “Derecho indígena sancionador y derechos humanos”. En, *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 187 y ss; *Introducción a los fundamentos del Derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001; también, “Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena”. En, *Diversidad cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. Cfr. J. Blanco Blanco, “Logros y contradicciones de la jurisdicción especial indígena en Colombia”, *Revista Diálogos de Saberes*, nº 24, 2006, pp. 53-54, 56, 64 y ss.

³⁹ Línea en la que se mueve Fernández García, E, que, al opinar sobre el valor de las diferentes culturas, estima que la tradición cultural occidental no sería una cultura como las demás sino que su importancia es superior desde la perspectiva de los valores y derechos humanos. Evidentemente, dice, defender semejante idea no equivale a dogmatismo, precisamente porque entre esos valores que se defienden se encontrarían la libertad de pensamiento y expresión, de formas de vida, de respeto por la diferencia, la tolerancia y el diálogo intercultural. Cfr. *Dignidad humana y ciudadanía Cosmopolita*. Dykinson, Madrid, 2001, p. 55. Si de lo que hablamos es de derechos humanos fundamentales como derechos individuales, mantiene el citado autor, coincidiendo así con Berlusconi cuando afirmó que los derechos humanos y las libertades que emanan de la tradición cristiana eran claramente superiores al Islam, la tradición cultural occidental es superior a las demás, entre otras razones por la obvia de que dicho concepto se ha generado y desarrollado históricamente dentro de ella. Cfr. *op. cit.*, p. 56.

⁴⁰ Uno de los primeros autores que analizó los efectos y consecuencias del Convenio 169 de la OIT fue Ferré Olivé, JC. Cfr. *Diversidad cultural y sistema penal*. Revista Penal, nº 22, julio, 2008, pp. 39 a 42. Sin embargo, en España existe un vacío en torno a esos procedimientos que permiten reconducir las disposiciones del Convenio a diferencia de otros ordenamientos jurídicos que sí los han desarrollado. Cfr. Poma-

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

Como expusimos,⁴¹ el Convenio 169 exige un discurso que apuesta, en el marco del reconocimiento de la diversidad/identidad cultural como derecho humano, por el *diálogo intercultural*, una clave alternativa interpretativa del paradigma de los derechos fundamentales, que descansa sobre un plano de igualdad axiológica de culturas.⁴² Negar esta posibilidad, desconocer, o no querer comprender desde una cosmovisión diferente, otros sistemas culturales, derivará en prohibiciones o asimilaciones contrarias a la idea de diversidad cultural⁴³ como elemento “indispensable para la paz y la seguridad en el plano local, nacional e internacional”.⁴⁴ En definitiva, se puede hablar de un Derecho intercultural desde un prisma teórico que subraye la “importancia de la diversidad cultural para la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos universalmente reconocidos”,⁴⁵ y viceversa. El reconocimiento de la diversidad cultural también

puede ser garante de los derechos fundamentales. Se establecen así las bases de un planteamiento jurídico intercultural que, a continuación, desarrollaré.

3.1. El reconocimiento de la diversidad/identidad cultural como derecho humano y el compromiso de respeto de los derechos fundamentales

Es necesario partir del marco jurídico internacional sobre el que hay que sustentar la construcción de un Derecho penal Intercultural, y con ello, las bases que posibilitan el reconocimiento de otras culturas que no se ajustan, en pureza, a las categorías occidentales de los derechos fundamentales.

La expresión “*identidad cultural*” debe entenderse como el conjunto único e irremplazable de valores o factores de diferente índole por el cual una persona, “individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entiende ser reconocida en su dignidad”

res Cintas/E, Portilla Contreras, G, Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria. *En Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier. Barcelona, 2014, pp. 236 y ss. La identidad cultural comporta la obligación de tener en cuenta las características o condiciones sociales y culturales de las comunidades y de sus integrantes. Así, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989), impone a los gobiernos la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad (artículo 2). Tal acción deberá incluir medidas que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; además deben promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones. Al igual que (artículo 5) debe reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; así como deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos. Junto al reconocimiento de la diversidad cultural, el artículo 35 del Convenio reconoce que las comunidades indígenas dispondrán de todos los derechos que les hayan sido reconocidos nacional e internacionalmente. Sin embargo, pese a la amplitud del reconocimiento de la diversidad cultural, este no es un derecho absoluto y está sometido a límites concretos. Así, el propio Convenio 169 al admitir que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 8). Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. Además, (artículo 9) en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Asimismo, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia y (Artículo 10) cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales y deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

⁴¹ Cfr. Pomares Cintas/E, Portilla Contreras, G. “Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria”. *En Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier. Barcelona, 2014, pp. 246 y ss.

⁴² Vid. en esta línea, E. Borja Jiménez, “Derecho indígena sancionador y derechos humanos”. *En Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008; *Introducción a los fundamentos del Derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001; también, “Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena”. *En Diversidad cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁴³ Véase, en este sentido, la *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala*, 6 noviembre 2012.

⁴⁴ Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 20 de octubre de 2005. Así se pronuncia también la Declaración de Friburgo (UNESCO) sobre Derechos culturales, de 7 de mayo de 2007, bajo el convencimiento de que “las violaciones de los derechos culturales provocan tensiones y conflictos de identidad que son unas de las causas principales de la violencia, de las guerras y del terrorismo”.

⁴⁵ Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 20 de octubre de 2005.

(art. 2 b. Declaración de Friburgo de la UNESCO sobre Derechos culturales, de 7 de mayo de 2007). Ese conjunto de referencias culturales engloba los modos de vida, usos tradicionales, creencias, estructuras institucionales, costumbres, sistemas jurídicos o modos de impartir justicia, que identifican y definen a los pueblos o comunidades como grupo social; en este sentido, cabe incluir también los métodos a los que “recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” [art. 9.1 Convenio de la OIT, núm. 169, de 27 junio 1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio 169 OIT, en adelante)].⁴⁶

Pues bien, la importancia de la diversidad/identidad cultural es tal que su salvaguarda se erige en un “imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana” porque se encuentra ligado intrínsecamente a ella [art. 4 Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad cultural (2002)]. Por ello, forma parte integrante de los derechos humanos, en la medida en que son “expresión y exigencia de la dignidad humana” (Considerando 2, arts. 1 y

2 b. Declaración de Friburgo sobre Derechos culturales, de 7 de mayo de 2007).

Los instrumentos internacionales que se han pronunciado sobre esta materia⁴⁷ se dirigen a una misma finalidad: promover el respeto de la identidad cultural de los pueblos o comunidades, en la diversidad de sus modos de expresión, dentro del marco de los Estados en los que viven.⁴⁸ Con arreglo a lo dispuesto en ellos, el reconocimiento de la diversidad cultural comporta, en primer lugar, afirmar el derecho de los pueblos, comunidades culturales, y sus integrantes, a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, económicas, sociales, culturales y jurídicas (sistemas jurídicos), y a practicar y promover sus propias tradiciones y costumbres.⁴⁹ Y ello conduce, como contrapartida, al compromiso estatal de garantizar su ejercicio a través de una doble vía:

- La obligación de establecer mecanismos eficaces para prevenir todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos o comunidades culturales “de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o

⁴⁶ En vigor desde el 5 de septiembre 1991, el Convenio fue ratificado por España el 15 febrero 2007. Aunque no puede negarse que resulta complicado definir el concepto de cultura, puede asumirse el que nos ofrecen instituciones occidentales. En efecto, la Conferencia Mundial sobre Políticas culturales de 1982, la definió como “(...) el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”. A su vez, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 33ª reunión, celebrada en París del 3 al 21 de octubre de 2005, afirma que la diversidad cultural es una característica esencial de la humanidad mientras que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce que estos pueblos tienen derecho a 1) conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (artículo 5); (2) “a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura”, para lo cual los estados deben establecer mecanismos eficaces para prevenir y resarcir los daños causados por “todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica” (artículo 8); (3) “a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas” (artículo 11.1); (4) “a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto”. Finalmente, la Declaración de Friburgo sobre derechos culturales, emitida en el marco de la Unesco en 2007, reconoce los derechos de todas las personas, individual y colectivamente (1) elegir y a que se respete su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión (artículo 3. a); (2) a conocer y a que se respete su propia cultura, como también las culturas que, en su diversidad, constituyen el patrimonio común de la humanidad (artículo 3. b); y (4) al acceso y participación en la vida cultural, el cual comprende prerrogativas como las siguientes (artículo 4): la libertad de ejercer, de acuerdo con los derechos reconocidos en la presente Declaración, las propias prácticas culturales, y de seguir un modo de vida asociado a la valorización de sus recursos culturales, en particular en lo que atañe a la utilización, la producción y la difusión de bienes y servicios; la libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios; el derecho a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras que sean fruto de su actividad cultural.”

⁴⁷ Conferencia Mundial de la UNESCO sobre las Políticas culturales (México D.F., 1982); Convenio de la OIT, núm. 169, de 27 junio 1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad cultural (2002); Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 20 de octubre de 2005; Declaración de Friburgo (UNESCO) sobre Derechos culturales, de 7 de mayo de 2007; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, de 13 de septiembre de 2007.

⁴⁸ Convenio 169 OIT (Preámbulo).

⁴⁹ *Id.* art. 8.2 Convenio 169 OIT; arts. 5, 11.1, 34 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, de 13 de septiembre de 2007; art. 3 Declaración de Friburgo de la UNESCO sobre Derechos culturales, de 7 de mayo de 2007.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

su identidad étnica”.⁵⁰ Se requiere garantizar a los pueblos y a las personas que los integran el derecho a no ser sometidos a una asimilación o integración forzada –cualquiera que sea la forma.⁵¹ En este sentido, el art. 9.2 Convenio 169 OIT señala que “*las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia*”.

- La obligación de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática para la protección del ejercicio de sus derechos y el respeto de su integridad (Arts. 2, 5 Convenio 169 OIT).

Ahora bien, como derecho humano internacionalmente proclamado, el reconocimiento de la diversidad/identidad cultural no se concibe en términos absolutos: el ejercicio de este derecho debe significar también el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales.⁵² Esto es, las costumbres, usos tradicionales, procedimientos e instituciones propias de las comunidades culturales deben ser compatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, así lo dispone el art. 8.2 Convenio 169 OIT.⁵³

Junto al Convenio 169, los Tribunales españoles están obligados, además, por la Constitución que reconoce que España es un Estado social y democrático de Derecho fundado en la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad –arts 1 y 10–, la libertad ideológica –art. 16–, y además exige que las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades

que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España –art 10.2–.

4. La identidad cultural en la teoría jurídica del delito.

De todo lo expuesto hasta ahora se desprende que la identidad/diversidad cultural es un derecho humano con rango constitucional que tiene que ser apreciado como tal en la configuración de un Derecho penal Intercultural. En consecuencia, todos los conflictos culturales deben resolverse valorando la diversidad a través de los elementos de la teoría jurídica del delito, incluso en aquellos casos en los que se produce la afeción de derechos fundamentales básicos. A veces, podrá negarse la imputación objetiva por ausencia del fin de protección de la norma, en otros casos se cuestionará el valor del consentimiento en el delito de lesiones por adecuación social; en otras ocasiones se podrá recurrir al ejercicio legítimo de un derecho,⁵⁴ al estado de necesidad,⁵⁵ al error de prohibición sobre aquellas causas de justificación, al error de comprensión, en la medida en que la concreta cosmovisión le impida comprender la ilicitud de su conducta –más adelante veremos si como error de prohibición o como causa de inimputabilidad–; y, finalmente, se puede recurrir a la inimputabilidad como incapacidad para comprender lo ilícito del comportamiento realizado o incluso a la exigibilidad de otra conducta. Lo cierto es que no puede proponerse una misma solución para todos los casos de confrontación cultural.

⁵⁰ Art. 8, a) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

⁵¹ Art. 8.1, también apartado d) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; “cualquier forma de dominación niega o deteriora dicha identidad” (Conferencia Mundial de la UNESCO sobre las Políticas culturales, 1982).

⁵² Art. 4 Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad cultural (2002); en el mismo sentido, Art. 2.1 Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005); arts. 34, 46. 2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas (2007). Art. 1, letras c, d, Declaración de Friburgo sobre Derechos culturales (2007).

⁵³ Sobre la interpretación y alcance de esta limitación, y los conflictos que se plantean, se explica más adelante.

⁵⁴ El *Bundesverfassungsgericht* de 24 de septiembre de 2003, se pronunció sobre el derecho al uso del velo en lugares públicos en virtud del art. 33 abs 2 GG, (*BVerfGE* 108, 282), e interpretó que la prohibición lesionaba la libertad de pensamiento del art 4 abs 1 y 2 GG, puesto que llevar el velo en la enseñanza no supone un peligro para los compañeros de clase. *Cfr.*: Valerius Brian, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin, 2011, p. 44.

⁵⁵ Sobre la imposibilidad de aplicar las causas de justificación de legítima defensa y estado de necesidad en los supuestos de conflicto cultural se ha pronunciado Valerius, estimando que es más probable que estos casos exista un error cultural del autor sobre el derecho a la legítima defensa o al estado de necesidad. *Cfr.*: Valerius Brian, *op. cit.*, pp. 14 y 146. Sin embargo, este autor no acepta la posibilidad de que se pueda infringir la norma penal en nombre de la religión o la libertad ideológica, por lo que se trata de comportamientos siempre antijurídicos. *Cfr.*: Valerius Brian, *op. cit.*, pp. 168 y 169.

La incógnita radica, por tanto, en la elección del modelo de Derecho penal Intercultural que se pretende, uno que reconozca y otorgue valor a la identidad cultural en el ámbito penal sin caer en el universalismo despótico ni el relativismo absoluto.⁵⁶ ¿Qué hacer cuando el integrante de una comunidad cultural, en el ejercicio de determinados usos o tradiciones, realiza un comportamiento que es delictivo solo para el sistema jurídico general, cuando ciertas prácticas ancestrales, que no pretenden menoscabar bienes jurídicos esenciales sino cumplir con una costumbre que facilita la integración del sujeto en su comunidad, se oponen al código de conductas de la sociedad de acogida (ablación genital, matrimonio coactivo, relación sexual con menor de edad)? En tales supuestos, ¿se debería tener en cuenta en el momento del enjuiciamiento la particular cosmovisión del autor de ese proceder?, y de ser así, ¿qué alcance tendría?, ¿cómo conducirla dentro de la teoría jurídica del delito?, ¿si eximimos o atenuamos la pena, no quedaría en tela de juicio el desvalor que el sistema jurídico nacional atribuye a ese comportamiento, es decir, no quedaría desprotegido el bien jurídico afectado, o en duda el sistema de valores esenciales de la justicia ordinaria?, ¿cómo se garantizaría entonces la protección del bien jurídico afectado por ese comportamiento?

Para encontrar una solución a todas estas interrogantes debemos acudir, de nuevo, al Convenio 169 OIT, en concreto, el art. 9.2 señala que “*las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia*”, es decir, se deberá atender a sus costumbres, características o especificidades sociales y culturales,⁵⁷ sus parámetros culturales, que los identifican como integrantes de

una comunidad cultural.⁵⁸ No debe olvidarse que España está obligada, al ratificar este Convenio, a valorar penalmente la identidad cultural, lo que comporta la obligación de tener en cuenta las características o condiciones sociales y culturales de los integrantes de comunidades que afectan derechos tutelados por las normas ordinarias.

El alcance de las disposiciones del Convenio OIT se circunscribe a la *exigencia* dirigida a los jueces penales consistente en tomar en consideración las condiciones socio-culturales o costumbres del infractor o imputado integrante de una comunidad cultural –miembros de grupos sociales que tienen una cultura definida y distinta de la cultura nacional o mayoritaria– siempre que la conducta haya estado condicionada por aquellas circunstancias. Así, en las hipótesis de comportamientos delictivos realizados en el ejercicio de un uso tradicional que implique la integración en la comunidad cultural de que se trate, y sin perjuicio de su calificación antijurídica según el sistema jurídico general,⁵⁹ deben permanecer abiertas las figuras penales que permiten graduar el juicio de culpabilidad del infractor culturalmente condicionado, en atención al principio de igualdad. En otras palabras, habrá que determinar si “por su particular cosmovisión”⁶⁰ le era posible conocer la prohibición, o bien “entender”, “comprender”, aunque conociera la ilicitud al momento de cometer el hecho, que su conducta en otro ordenamiento es considerada “reprochable” penalmente.⁶¹

4.1. Identidad cultural y error de prohibición

A veces, en aquellos casos en los que el autor no pudo llegar a conocer la norma o duda sobre la legalidad

⁵⁶ Cfr. Escudero Alday, R, “Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo”. En *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, p. 47. En contra de esta idea, reacio en general a la admisión de un derecho penal intercultural, O. Höffe, *Derecho intercultural*, cit., p. 155.

⁵⁷ En cumplimiento de esta disposición, véase, en el ámbito boliviano, Art. 4.d. Ley de Deslinde Jurisdiccional, n° 073, de 29 de diciembre de 2010, que dispone que: “Al momento de administrar e impartir justicia, las autoridades de las distintas jurisdicciones reconocidas constitucionalmente deben tomar en cuenta las diferentes identidades culturales del Estado Plurinacional”; en este sentido, Sentencia Constitucional Plurinacional 0037/2013, 4 de enero de 2013. Sentencia C-882/11, T-371/13.

⁵⁸ Es la única forma de promover un diálogo intercultural en proceso judicial al que se está obligado por el Convenio 169.

⁵⁹ Con ello se garantiza la salvaguarda del bien jurídico afectado.

⁶⁰ Habrá que valorar si el acusado es “fiel a sus tradiciones y costumbres y su ancestro cultural incide notablemente en su comportamiento”, extremo que se ha de acreditar a través de informes forenses antropológicos. Sentencia T-496 de 1996. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del autor observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos. Debe valorarse la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a que pertenece (ST- Corte Constitucional colombiana 1294/2005, 7 de diciembre).

⁶¹ Sobre el error de comprensión: Sentencia T-496 de 1996, C-370, 2002.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

de su comportamiento, puede fundamentarse un error de prohibición directo o indirecto, invencible o vencible, que permitirá, en función de esos criterios, graduar la culpabilidad del autor del delito.⁶² Sin embargo, la doctrina suele ser reacia a admitir el error de prohibición directo e invencible cuando se lesionan derechos fundamentales.⁶³ Precisamente, Cerezo Mir se muestra tajante al considerar excesivo el reconocimiento de eficacia eximente al error invencible sobre lo ilícito penal o sobre lo injusto material en los supuestos en que se atente contra derechos fundamentales, vida, integridad corporal, libertad o libertad sexual. Razón por la que propone de *lege data* que el error sobre lo injusto material o sobre el carácter penal de lo injusto, sea vencible, cuando la conducta afecte a derechos fundamentales de la persona.⁶⁴ Argumento que es concretado aún más por De Maglie, que se mantiene en esa línea criticada por Žizek, de reconocimiento de la diferencia cultural salvo cuando afecta al núcleo duro de los derechos, al

considerar que no podrán invocarse las pretensiones culturales cuando se violen derechos inviolables como la vida, integridad física, libertad moral, libertad sexual o siempre que la ofensa sea realizada con el uso de la violencia.⁶⁵ En idéntica dirección, Torres Fernández rechaza la posibilidad de aceptar el argumento cultural cuando se trata de excluir la responsabilidad por hechos, que “constituyen el núcleo básico de delitos contra bienes jurídicos de titularidad individual y que están en la base de la dignidad de la persona”.⁶⁶ Asimismo, Roca De Agapito, estima que no debe tolerarse la intolerancia o las restricciones internas que la minoría impone a sus miembros, en particular los más vulnerables como son niños y mujeres.⁶⁷ Por último, Monge Fernández, aunque mete en el mismo saco “cultural” los supuestos de mutilación genital y los de lapidación de viudas, rechaza sin ambages la atenuación de la pena por tratarse de comportamientos incompatibles con la dignidad de la persona.⁶⁸

⁶² En casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, “la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable”. Sentencia C-370-02, de 14 de mayo de 2002. Igualmente, Valerius estima apreciable el error de prohibición en supuestos de diferencias culturales, así por ejemplo defiende la aplicación del párrafo 17 en los casos de error del autor culturalmente condicionado sobre la legítima defensa. El error sería evitable cuando el autor tiene capacidad individual para poder llegar a tener conocimiento de que su conducta es contraria al derecho e invencible cuando en función de su capacidad no se exige un deber de información. Cfr. Valerius Brian, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin, 2011, p. 186. Más discutible es apreciar el error de prohibición en los casos de “dudas” sobre la ilicitud. Al respecto es interesante la decisión de la *Ag Grevenbroich* de 24 septiembre 1982, citada por Valerius. Relata el Tribunal el caso en el que un ciudadano turco privó de libertad a su mujer durante un periodo de tiempo que no constituía delito en su país de origen. *Ibid*, p. 191. Ahora bien, dice Valerius, el hecho de que no sea delito en su país supone exclusivamente un serio indicio de la existencia de un error de prohibición, no de que este sea invencible ya que el sujeto pudo llegar a saber que la privación de libertad de sus mujeres es antijurídica. En efecto, la *Ag Grevenbroich* mantuvo la culpabilidad del autor, puesto que si dudó sobre la ilicitud es que pudo llegar a tener conocimiento de que tal comportamiento era contrario a los intereses de las esposa y, en consecuencia, un delito. Cfr. Valerius Brian, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin, 2011, p. 191. El Tribunal argumentó que mientras en Alemania se es sensible a la igualdad entre hombres y mujeres, el acusado permanece en una sociedad patriarcal. Por tanto, aunque las circunstancias indican que el acusado no pudo llegar a tener conocimiento del injusto, se considera que incurrió en un error de prohibición vencible ya que el principio de igualdad es base del sistema legal y, al llevar dos años en el país, se tenía que haber informado. Cfr. Valerius Brian, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin, 2011, p. 192.

⁶³ Este es el planteamiento de Jakobs, G, cuando sustenta la tesis contractualista en materia de confrontación cultural en el sentido de quién quiere vivir libre debe aceptar las condiciones de esa libertad. Cfr. Recensión al libro “Kultur und Strafrecht”, Valerius B, en *Goldammer's Archiv Für Strafrecht*, VI, número 159, 2012, p. 50.

⁶⁴ Cfr. Cerezo Mir, J. “La regulación del error culturalmente condicionado en el Código penal peruano”. En Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2007, pp.107 y 108. Por el contrario, como solución de *lege ferenda* propone que al sujeto que obra conforme a costumbres profundamente arraigadas en su comunidad o con arreglo a pautas de su cultura no le sea exigible la obediencia al Derecho o la exigibilidad estaba considerablemente disminuida. Cfr; p. 108.

⁶⁵ Cfr. Maglie, C. *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 266. Esta autora propone una especie de excusa absolutoria para supuestos caracterizados por su irrelevancia penal, lo que denomina causa de no punibilidad cultural para el autor del delito culturalmente motivado, excluyendo, por supuesto, las inmunidades fundamentales ya citadas. En realidad, lo fácil es negar la responsabilidad penal cuando no existe bien jurídico (bigamia, incesto, juegos de azar), fin de protección de la norma (tráfico de drogas con finalidad terapéutica) o se actúa en el ejercicio de un derecho (burka), *op. cit.*, p. 273, lo difícil es asumir la igualdad de las diferencias y desde ese plano graduar la responsabilidad.

⁶⁶ Cfr. Torres Fernández, E, Identidad, Creencias y Orden penal: la eximente cultural. AFDUAM 17, 2013, p. 442.

⁶⁷ Cfr. Roca De Agapito, L. “Delitos culturalmente motivados”. En *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier. Barcelona, 2014, p. 205.

⁶⁸ Cfr. Monge Fernández, A. *El extranjero frente al Derecho penal*. Bosch. Barcelona, 2008, p. 113. Es deplorable la creciente ten-

Como ya se ha adelantado los Tribunales españoles suelen condenar los comportamientos caracterizados por la diversidad de tradiciones sin valorar la identidad cultural del autor. A veces, excepcionalmente, se atenúa la pena y en otras, no se sanciona, pero no por interpretar la dificultad para acceder a lo ilícito del comportamiento o a la incapacidad para comprender la antijuridicidad de la conducta.⁶⁹ Es el caso de ablación de clítoris analizado en la SAN, TOL4.113.278, 24/02/2014, número 5/2014, en el que el Tribunal niega la comisión por omisión en un supuesto en el que los padres dejan a su hija al cuidado de la abuela en Gambia durante el periodo de tiempo en el que se efectuó la mutilación. No hubo dolo ni imprudencia y, además, “no consentían, ni querían la mutilación...”.

Lo habitual es que no se tenga en cuenta el arraigo a la tradición que motiva la conducta del culturalmente diverso o se truequen en error de prohibición vencible conductas en las que era imposible que el autor pudiera tener un conocimiento potencial de la antijuridicidad. Así, la SAP Teruel 26/2001 de 15 de noviembre, (ARP 2011, 1364), condenó a los padres de una niña al demostrar que “de común acuerdo bien directamente o bien a través de persona de identidad desconocida pero contribuyendo eficazmente a tal fin, extirparon el clítoris de la menor motivados por sus creencias religiosas y culturales, siendo conocedor el procesado Faustino de la prohibición de esta práctica en su país de residencia, conocimiento del que carecía la procesada Zaida”. El Tribunal no reconoce un error de prohibición en la conducta del padre debido a sus años de

residencia en España mientras que atenúa la pena de la madre a través del error de prohibición vencible.⁷⁰

Esta demostración de desprecio por la diferencia cultural se reitera en la STS, núm. 835/2012 de 31 octubre, RJ 2012\10576, que declara no haber lugar al recurso de casación contra la sentencia de la AP Teruel 26/2001. Nuevamente, descarta el error de prohibición en el padre y ratifica el error de prohibición vencible en la madre. Haciendo uso del denominado fundamentalismo de los derechos humanos, se niega el carácter de cultura en los supuestos de ablación del clítoris al razonar que “el respeto por las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones. La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina”. En la misma dirección, la SAP Barcelona, TOL3.794.00213/05/2013, n. 42/2013, asumiendo que la ablación no es cultura, se niega a admitir el error de prohibición. Es el caso de dos niñas que fueron mutiladas por sus padres, nacionales de Gambia, residentes varios años en España y que de común acuerdo, extirparon el clítoris a ambas menores, motivado por sus creencias culturales y religiosas, siendo conocedores de la prohibición de tal práctica. En esta ocasión, el Tribunal razona la imposibilidad de alegar un conflicto de conciencia, ya que “de lo contrario ello comportaría el declive del principio de obediencia a las normas y la permisión de conductas anárquicas”.

dencia doctrinal que identifica el Islam con determinadas versiones sesgadas del Corán elaboradas por suníes y chiíes (rechazando la pluralidad de opiniones sobre el dogma religioso) o con el comportamiento de los talibanes en Afganistán, Pakistán, respecto al adulterio, el asesinato de la mujer violada, la lapidación, etc. Tales medidas no forman parte de la cultura islámica, no solo contradicen el espíritu de una de las religiones monoteístas más tolerantes que han existido sino que se oponen al contenido de la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994.

⁶⁹ Como excepción puede citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, 24 de octubre de 2011, ARP 2011\1248, que aplica un error de prohibición invencible en un supuesto en el que dos ciudadanos rumanos (etnia gitana) que previamente se habían conocido en Rumania cuando ella tenía 12 años y él 19, antes de cumplir ella los trece años mantuvieron relaciones sexuales consentidas. El Tribunal estima que, si bien llegó a España en 2001 y ha trabajado en la recogida de naranja, hasta que se lo dijeron en Servicios Sociales no sabía que era constitutivo de delito mantener relaciones sexuales con una menor de trece años. En concreto, dice textualmente: “De lo que se trata es de valorar si el sujeto, en el específico contexto de su comportamiento, disponía de indicadores que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta. Al efecto no parece razonable una exacerbación objetiva en clave de inderogable exigencia del deber de examinar el propio deber según el Derecho. Como no es aceptable la laxitud de una absoluta subjetivización. Y de todo ello, aun sin que pueda hablarse de una deficiente socialización por parte del sujeto, que relegue la norma prohibitiva a espacios, para él, de exotismo normativo, se deriva, en el entender de este Tribunal, que, el procesado, dadas las circunstancias del hecho y las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y la realidad social de acusado y víctima, los dos pertenecientes a una cultura en la que las relaciones de este tipo son permitidas y toleradas, no solamente estaba incurrido en error, sino que ni siquiera tenía motivos objetivos para dudar y, por ello, tal error, ausente de todo aviso, era para él invencible”.

⁷⁰ El fundamento del empleo del error de prohibición vencible se basa en que la madre “llegó a España pocos meses antes del periodo en que se considera practicada la ablación y no consta que conociera la ilicitud de dicha práctica tan integrada en el entorno del que procedía y que ella había asumido no solo como normal sino incluso necesaria para la mujer”.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

Sorprendentemente, tampoco se admite el error de prohibición invencible en determinadas situaciones en las que el autor no pudo llegar a conocer la prohibición de la conducta. Es el supuesto analizado por la Sentencia de la Audiencia Nacional, 04/04/2013, número 9/2013, TOL3.415.741.⁷¹

El Tribunal reconoce que la lesión fue causada directamente por la acusada o por otra persona con su consentimiento, antes de venir a España, por motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal. En consecuencia, la condena como autora en comisión por omisión del delito de ablación, estimando la presencia de un error de prohibición vencible pese a la práctica imposibilidad de conocer la prohibición. El argumento sustentado por el Tribunal fue el siguiente: ... “ha resultado probado que así como la acusada vivió en una zona rural de Senegal hasta 2010, su esposo llevaba residiendo en Cataluña, al menos desde hacía 10 años, por lo tanto, es inevitable pensar que así como la acusada no tenía acceso a información alguna sobre el particular, su marido, promotor de la idea de la reagrupación familiar en Cataluña y, por ello, conocedor suficiente de las normas mínimas de convivencia, debería haberla asesorado en este extremo, evitando así los problemas surgidos desde la llegada a España de la acusada y la hija de ambos”.

Como es lógico suponer, un argumento tan absurdo fue recriminado por la STS 16 de diciembre 2013, núm. 832/2013, nº 939/2013, que anuló la Sentencia de 04-04-2013, dictada por la Sección Cuarta Sala Penal Audiencia Nacional. Consecuentemente, ahora se absuelve a la madre ya que “no ha quedado acreditado, ni se ha razonado..., la accesibilidad a un medio o sistema de información capaz de deshacer el error, teniendo en cuenta el ambiente en el que vivió”.

Pero, no solo se ignora la identidad cultural a la hora de determinar la responsabilidad penal del autor de la ablación, sino que, a veces, se recurre el Derecho civil para negar la salida del país ante el riesgo de mutilación del clítoris. Esa es la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª), Auto núm. 152/2007 de 2 julio (AC 2008\750), que

prohíbe la salida del país ante el riesgo de mutilación de tres hermanas Magdalena, Maite y María., acorde con las previsiones del art. 134.1 del *Codi* de familia de Catalunya y el art. 158.3º del Código Civil.

Por el contrario, los Tribunales españoles suelen ser más flexibles a la hora de aplicar el error de prohibición vencible en delitos sexuales cometidos por autores con una identidad cultural diferente. No es el caso de la STS 992/2010, 8 de enero 2010, que siguiendo la dirección emprendida por las decisiones judiciales referentes a la mutilación del clítoris, no reconoce la identidad cultural cuando se afectan derechos fundamentales básicos. De ese modo, en un supuesto en el que se analiza la cooperación necesaria activa de la madre en un delito contra libertad sexual de la hija cometido por un tercero, no admite de ningún modo el error de prohibición en materia sexual (ni en derecho a la vida, integridad, libertad). El Tribunal interpreta que “un derecho tan elemental del ser humano como el de su libertad sexual, no puede de ninguna forma quedar condicionado a circunstancias tales como la del origen cultural de quien lo arremete”. Respecto al error de prohibición, el TS entiende que “solo podrá predicarse de aquellas figuras delictivas propias de un concreto ordenamiento jurídico que suponen la especial protección penal de aquellos bienes que, en términos relativos, son tenidos por tales a efectos de la norma punitiva, en una determinada sociedad y momento histórico, y que, por tanto, de acuerdo con los criterios culpabilísticos de nuestro Derecho penal, no pueden predicarse con carácter absoluto y general para todas las personas, culturas o sistemas jurídicos, pero en modo alguno ha de reconocérsele como causa de exoneración, ni total ni parcial, en relación con infracciones atentatorias contra principios tan básico, hoy en día y superadas ya antiguas y rechazables prácticas pretéritas, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad en sus diferentes ámbitos, etc”. Termina afirmando: “El Estado de Derecho nunca debe abdicar, obviamente, de sus más elementales esencias, como lo es sin duda el respeto a la dignidad del ser humano,

⁷¹ Ha sido el primer caso en el que se condena en España una ablación de clítoris practicada en Senegal antes de que la autora viajara a España (Juzgado Instrucción nº 3 de Mataró, auto de incoación de sumario el 4 de febrero de 2011, auto de procesamiento 18 de febrero de 2011, juicio celebrado 14 de marzo de 2013). La madre, inmigrante de Senegal, vino a Cataluña en 2010 con sus hijos, una vez que su marido, residente en Cataluña desde 1999, consiguiera permiso para reagrupar a su familia. El 16 de agosto de 2010, la madre, acompañada de su esposo y la menor de sus hijos, nacida en una aldea de Senegal, acudieron al centro de atención primaria de Premià de Mar donde, con motivo de la exploración realizada dentro del protocolo de actuación de niños inmigrantes, le fue apreciada la extirpación del clítoris.

en aras de un relativismo cultural que aloje el fundamento de la decisión penal en las creencias, opiniones o costumbres de un determinado grupo, con el grave riesgo para la adecuada protección de las víctimas”. En consecuencia, al descartar el error de prohibición, el Tribunal no valora el desconocimiento de la ilegalidad de la conducta, el breve tiempo que llevaba residiendo en el país, ni que las normas rectoras de la tribu de origen de la esposa no reconocen a la mujer capacidad para negarse a los deseos del marido.

Como decía, salvo alguna excepción como la anterior, el TS suele acudir a la vía del error de prohibición vencible en delitos sexuales motivados culturalmente. Por ejemplo, la STS núm. 547/2009 de 19 mayo RJ 2009\4484, que analiza una relación sexual consentida entre una chica hondureña de 12 años y un dominicano de 18.⁷² También la STS núm. 266/2012 de 3 abril (RJ 2012\5594), aplicó el error de prohibición vencible en una relación sexual consentida entre un ecuatoriano de 24 años y una ecuatoriana de 12 años de edad al desconocer el autor la ilicitud de tal comportamiento. Lo fundamenta en que, pese a llevar poco tiempo viviendo en España, hubiera podido “con un cierto esfuerzo de conciencia comprender la antijuricidad del hecho en nuestro orden

jurídico”. En esa misma dirección, la Sentencia TS núm. 336/2009 de 2 abril RJ 2009\4151, consideró la existencia de un error de prohibición vencible en la relación sexual consentida entre un ecuatoriano de 24 años de edad y una chica de 12 años, pues, aún siendo conocedor de la minoría de edad de la niña, desconocía que este acto pudiera ser delictivo.

4.2. *El error de comprensión culturalmente condicionado como causa de inimputabilidad*

El error de prohibición se ajusta perfectamente a los supuestos de incapacidad para acceder al conocimiento del ilícito pero no cuando el error es de *comprensión* en la valoración antijurídica del comportamiento realizado. En efecto, no estamos ante un error de prohibición cuando la cosmovisión del autor, que responde fielmente a la tradición de la comunidad cultural en la que se integra, le impide comprender la ilicitud del comportamiento o la razón universalista que fundamenta la prohibición penal.⁷³ Ahora bien, ante la dificultad de encuadrar el error de comprensión en el error de prohibición ¿qué respuesta dogmática puede ofrecerse?

⁷² El Tribunal considera la presencia de un error de prohibición vencible ya que el autor pudo conocer la contrariedad al derecho de su acción y, por lo tanto, obrar de manera distinta a como lo hizo pues “a pesar de su relativamente corta estancia en España y de que no ha sido comprobado en el proceso –como hubiera sido deseable– si el derecho penal dominicano contiene disposiciones análogas a las del derecho español en esta materia, es evidente que las cuestiones relacionadas con los abusos sexuales cometidos con menores es un tema cotidiano de la sociedad española actual, con importante reflejo en los medios de comunicación. De ello es posible concluir que el acusado hubiera podido con un cierto esfuerzo de conciencia comprender la antijuricidad del hecho en nuestro orden jurídico”.

⁷³ Uno de los autores que más ha cuestionado la solución del error de comprensión como error de prohibición, es Terradillos Basoco, J, al estimar que “desconoce las diferencias estructurales que median entre quien compartiendo la generalidad del ensamblaje valorativo-jurídico, yerra sobre un aspecto concreto del mismo y quien se rige por pautas culturales globales distintas”. Cfr. “Culpabilidad y prevención: anotaciones desde el Derecho español”, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, ed. Lerner, Córdoba (Argentina), 2001, p. 248. Tampoco admiten aquí el error de prohibición directo, Jericó Ojer, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 575; Monge Fernández, A, que opta por el error de prohibición indirecto, descartando el directo, dado que actúa bajo la falsa convicción de estar amparado por una causa de justificación. *El extranjero frente al derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 112; C. Vázquez González, aunque propone la atenuación de la pena como alternativa. Cfr. *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 199-209; a su vez, la SAP Teruel 26/2001 de 15 de noviembre, (ARP 2011, 1364) niega la posibilidad de integrar los supuestos de error de comprensión en el error de prohibición: “Lo determinante en el error de prohibición es el conocimiento de la antijuricidad, no el reconocimiento de la antijuricidad por un sujeto, esto es, que el sujeto conozca que su conducta es antijurídica, no que la acepta como antijurídica (sin perjuicio de que determinadas situaciones, como las que resultan de la objeción de conciencia o situaciones de colisión entre derechos, para los que el ordenamiento prevé alternativas, merezcan otras soluciones dogmáticas). Igualmente se opone a la aplicación del error de prohibición, la SAP Barcelona, TOL3.794.00213/05/2013, n. 42/2013, cuando afirma que: “La pertenencia de las personas a las que se atribuyen tales prácticas a etnias o grupos culturales con deficiencias de integración social y asunción del bagaje cultural y valorativo de las sociedades europeas obligan a una cuidadosa, sosegada y ponderada valoración de la culpabilidad, partiendo de la alusión contenida en la propia Exposición de Motivos de la norma en cuanto al carácter injustificable de tales prácticas y que con rotundidad se proclama la inviabilidad de cualquier intento de fundamentar la justificación de estos deleznable comportamientos, sin que ello cierre definitivamente el planteamiento en sede de culpabilidad de sus autores cuando se constate un claro y manifiesto aislamiento cultural y social, apuntando la posible aplicación de las reglas del error de prohibición del art. 14.3 del C. Penal, lo cual no cabe postular si lo que hay no es tanto un déficit cognitivo, de conocimiento de la antijuricidad, sino una falta de reconocimiento o asunción interna del contenido valorativo de la norma”.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

Hay que recordar que la figura del error de comprensión fue doctrinalmente diseñada por Zaffaroni al censurar como etnocéntrica su ubicación como causa de inimputabilidad. Por el contrario, este autor suscita que en los supuestos en los que no sea exigible la posibilidad de comprender la antijuricidad de la conducta, en el sentido de internalizar las normas, debe aplicarse un error invencible de prohibición en la forma de error de comprensión.⁷⁴ Tesis que se ha plasmado en el artículo 15 del Cp peruano que prevé la exclusión de responsabilidad en el caso de que la cultura o costumbres generen en el sujeto la incapacidad para comprender el carácter ilícito de su acto para determinarse de conformidad a ello. Si lo que ocurre es que solo se produce una disminución de la facultad mencionada, entonces la pena se atenúa. En consecuencia, son dos los supuestos de error sobre la comprensión previstos en este precepto: por un lado, el “error de comprensión culturalmente condicionado” y, por otro, el de la “conciencia disidente”. Desde esta posición, los casos de error de comprensión culturalmente condicionado se resuelven como error de prohibición directo.⁷⁵

Pero, la interrogante sigue sin resolverse, ¿esta forma de definir el error de comprensión se corresponde verdaderamente con el error de prohibición o se adecúa mejor a una de las causas de inimputabilidad? Con razón, Hurtado Pozo, ha expuesto que el artículo 15 del Cp peruano, más que identificarse con la figura del error de prohibición está ofreciendo una solución en el marco de las causas de inimputabilidad. Apoya su tesis en que tiene la misma estructura que el artículo 20, inciso 1, que regula la inimputabilidad: “la no comprensión del carácter delictuoso del acto o la incapacidad de determinarse...”. La diferencia

aparentemente radica en que el artículo 15 habla de la “cultura” o las “costumbres” del agente, mientras que el artículo 20, inciso 1, se refiere a una “anomalía psíquica”, “grave alteración de la conciencia”, o “alteración de la percepción”.⁷⁶

Por tanto, la cuestión a dilucidar es si el autor pudo llegar a conocer la norma que prohibía su actuación o si, conociéndola, fue incapaz de comprender su significado. Si acontece esto último, no hablamos técnicamente de un error de prohibición sino de un supuesto de inimputabilidad. Además, el mayor inconveniente que presenta concebir el error de comprensión como error de prohibición, más allá de que el error de prohibición del art. 14.3, pueda extenderse a los supuestos de conocimiento del ilícito sin comprender la razón de la antijuricidad, como error de prohibición indirecto, reside en que si el error es invencible no habría sanción, por lo que se mantendría la actualidad del peligro respecto al bien jurídico. De hecho, en una ablación, impune por aplicación de la exención citada, la peligrosidad permanece intacta si el autor tiene hijas aún no mutiladas (quedando siempre abierta la posibilidad de la participación en ablaciones de otras niñas).⁷⁷

Ante esa dificultad, el sistema penal colombiano ha construido una *causa de inimputabilidad* basada específicamente en la diferente “cosmovisión cultural”: está prevista expresamente en el art. 33 del Código penal (Ley 599 de 2000, de 24 de julio) que dispone: “*Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares*”.⁷⁸

⁷⁴ Cfr. Zaffaroni, E. R. *Manual de Derecho penal. Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 549. Se conceptúa el error de comprensión culturalmente condicionado –cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta de la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura– como un caso de conciencia disidente. Cfr., *op. cit.*, p. 550.

⁷⁵ En contra, Höffe, descarta al extranjero realmente exótico ya que, a su juicio, sencillamente no existe en el Derecho y en el caso de que existiera se podría exigir de él con toda razón, el reconocimiento de los correspondientes delitos. Cfr. Derecho penal intercultural, cit, p. 155.

⁷⁶ Cfr. Hurtado Pozo, J. <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/HurtadoPozo2>; del mismo, “Impunidad de personas con patrones culturales distintos”, Poder Judicial. Pleno Jurisdiccional Regional Penal.

⁷⁷ Zaffaroni contesta a esta crítica aludiendo a que el artículo 34, tercer párrafo, 1 del Cp, prevé una medida de seguridad, reclusión en establecimiento adecuado hasta que desaparezcan las condiciones que le hacen peligroso. Cfr. Zaffaroni, E. R. *Manual de Derecho penal. Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 551.

⁷⁸ Aclara Velásquez Velásquez, que esta causa de inimputabilidad por diversidad sociocultural concurre cuando por factores de raza, cultura, creencias políticas, entorno social, etc, se realiza “una conducta típica y antijurídica en situaciones de incapacidad de libre motivación”. Cfr. Velásquez Velásquez, F. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Sexta Edición. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2014, p. 557. Sobre este asunto, C. A. Becerra Becerra, “La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa”, *Revista El Otro Derecho*, 35, 2006, pp. 213 y ss.

La solución del error de comprensión culturalmente condicionado a través de una causa de imputabilidad fue puesta en duda por la Corte Constitucional colombiana en la SC 370/2002, de 14 de mayo.⁷⁹ Se cuestiona el posible sesgo peyorativo que conlleva dirigido a la comunidad cultural de que se trate (no solo a sus miembros integrantes), al calificarse la diversidad socio-cultural como un “estado” similar, o situado en el mismo plano que la “inmadurez psicológica” o el “trastorno mental”.⁸⁰ Pero, al tiempo, el Tribunal es consciente de la controversia que despierta ubicar el error de comprensión de la ilicitud por factores culturales en el marco del error de prohibición. En esta situación de incertidumbre, y ante la posibilidad de no encontrar amparo legal alguno, ha preferido defender la constitucionalidad de esta causa de inimputabilidad, con la siguiente reserva:⁸¹ debe precisarse por el juez (en la sentencia) que la inimputabilidad *por diversidad sociocultural* no deriva de una incapacidad de la persona sino *exclusivamente* de una cosmovisión diferente, es decir, que está motivada por una distinta perspectiva de las cosas, en la diferencia de racionalidad de las comunidades culturales, solo así es posible eliminar los posibles efectos peyorativos de la figura.

Del mismo modo, en el sistema penal español, el error de comprensión culturalmente condicionado debe resolverse en el ámbito de la culpabilidad. De

hecho, existen dos opciones: la primera, de *lege data*, dentro de la denominada alteración de la conciencia de la realidad, alteración de la percepción, que, por supuesto, debe ser revisada y reformulada puesto que su denominación es anacrónica,⁸² atendiendo a la dispareja valoración de la realidad por pertenencia a una comunidad cultural diferente. Una tesis que en la doctrina española ha sido defendida por Terradillos Basoco, cuando así interpreta la percepción referida a los valores culturales que se reflejan en las normas penales de las que carece el miembro de la comunidad minoritaria con valores distintos a los hegemónicos.⁸³ La segunda posibilidad consistiría en crear de *lege ferenda* una nueva causa de inimputabilidad que aluda expresamente a la diversidad socio-cultural, semejante a la existente en el artículo 33 del Cp colombiano.

Por lo demás, tener en cuenta la identidad cultural, la diferente cosmovisión por la conciencia de pertenencia a una determinada comunidad cultural en el sentido del Convenio 169 OIT, el recurso al error de comprensión (basados en factores culturales) no quiere decir, ni se pretende, que deje de garantizarse la salvaguarda de los bienes jurídicos esenciales de la comunidad. Precisamente si valoramos el alcance de la diversidad cultural en el marco del juicio de culpabilidad, se garantiza el desvalor del comportamiento como contrario a derecho, la calificación antijurídica de la conducta en tanto lesiva de bienes

⁷⁹ Llegando a afirmar que declarar inimputable por identidad cultural –diversidad socio-cultural– puede significar la criminalización de la comunidad cultural. Es una forma de explicar que el delito se ha cometido por el “supuesto mal que lo aqueja, que no es otro que su diversidad cultural”. *Cfr.*: Sentencia de la Corte Constitucional C-370-02, de 14 de mayo de 2002. Por esa razón, la Corte estimó que la expresión inimputabilidad por “*diversidad sociocultural*” del artículo 33 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, únicamente satisface los criterios de constitucionalidad cuando se dan dos requisitos: 1. Que la inimputabilidad no se derive de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y 2, que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, debe eximirse de responsabilidad y no recurrir a la inimputabilidad. Por el contrario, declaró inconstitucional el número 4° del artículo 69 y el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal relativo a las medidas de seguridad y concretamente a la reintegración al medio cultural propio. El Tribunal consideró que se afectaba el principio de igualdad ya que tal medida no podría aplicarse a un extranjero no integrante de una comunidad (esto es, un extranjero no indígena o que no se integra en un grupo con autoridad propia reconocida por el Estado) puesto que no se podría reintegrar a su medio cultural. En tales ocasiones, no podría aplicarse la inimputabilidad porque no cabe, por el motivo expuesto, la medida de seguridad prevista por la ley. Sin embargo, sí es factible el error de prohibición cuando desconozca la prohibición y no haya podido llegar a conocerla y tampoco puede aplicarse el error de prohibición ya que no está previsto expresamente sino en el contexto de la inimputabilidad. Al declarar constitucional el concepto de inimputabilidad por razón socio-cultural e inconstitucional la medida de seguridad consistente en la reintegración a la comunidad cultural, estamos en presencia de un caso de responsabilidad penal sin consecuencias penales por lo que el inimputable puede permanecer en el ámbito cultural oficial sin que se le aplique la medida de seguridad.

⁸⁰ Piénsese que, también en el plano penal, la sentencia n° C-139/96, declaró inconstitucionales los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890, que limitaban la diversidad étnica y la identidad cultural y empleaban términos humillantes como “salvajes”, “reducción a la civilización”, “indígena incapaz relativo”. Además, esta fue la primera sentencia que reconoció la plena autonomía indígena.

⁸¹ Véase Sentencia de la Corte Constitucional C-370-02, de 14 de mayo de 2002.

⁸² No hay, en sentido estricto, ninguna alteración de la percepción en quién posee una cultura diferente.

⁸³ Terradillos Basoco, “Culpabilidad y prevención”, *cit.*, p. 248. Posición que vuelve a defender en Culpabilidad-Responsabilidad, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_14.pdf; *Anuario de Derecho Penal. 2003*, ed. Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburg, pp. 345 y ss.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

jurídicos esenciales, con lo que se salvaguarda así el bien jurídico afectado. Así se pronuncia también la SC 370/2002, de 14 de mayo, Corte Constitucional colombiana, cuando señala que el diálogo intercultural que así se establece –bajo los parámetros mencionados– tiene también la finalidad de manifestar que, desde la diversidad de cosmovisión, la conducta del autor no es permitida en el contexto cultural del sistema jurídico general, un diálogo que tiene, por ello, fines preventivos.

En consecuencia, no se invoca aquí la diversidad/identidad cultural como coartada para la vulneración de derechos humanos pues la conducta culturalmente condicionada es considerada delictiva,⁸⁴ sino con otra finalidad, graduar, en su caso, la culpabilidad conforme a las reglas generales del sistema penal.

Ahora bien, la decisión político-criminal de tipificar expresamente prácticas derivadas de usos culturales de una comunidad como símbolo de integración en la misma –mutilación genital o el proyectado delito de matrimonio forzado–,⁸⁵ tal vez pretenda cerrar el paso a esta exigencia de valoración.⁸⁶ Su expresa tipificación parece descartar cualquier recurso a la diversidad cultural –al condicionamiento *de quienes son*

culturalmente diversos, a la diferencia de racionalidad y cosmovisión de las comunidades culturales–⁸⁷ como factor susceptible de ser encuadrado en cualquiera de las figuras que gradúan la culpabilidad. Esta misma finalidad la encontramos en las decisiones judiciales y opiniones doctrinales que niegan *a priori* el carácter cultural de tales prácticas y excluyen el dialogo intercultural cuando se afectan derechos fundamentales (libertad sexual, integridad física o moral).⁸⁸

Una cosa es reconocer como ilícitas tales prácticas, sin negar la posibilidad de graduación de la responsabilidad en función de la diversidad, y otra, mantener una posición que *ex ante* impugna el carácter cultural de tales tradiciones y la imposibilidad de atenuar la pena.⁸⁹

Es como si en Alemania se tipificara específicamente, de forma autónoma, dentro de las modalidades de maltrato animal, el ensañamiento con el toro porque se considera que no se puede concebir la “fiesta nacional” como una práctica cultural, o, dentro de los delitos de lesiones, marcar a las recién nacidas con pendientes perforados en los lóbulos de las orejas para que se identifiquen como *niñas*. ¿Por qué tipificar unas conductas y no otras?, ¿no se pretende tal vez

⁸⁴ Prohibición establecida en el artículo 4 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad cultural (2002), art. 2.1 Convención de la ONU sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 20 de octubre de 2005; art. 8.2 Convenio 169 OIT.

⁸⁵ Un argumento contrario a la graduación de la responsabilidad del culturalmente diferente se encuentra en la regulación independiente de delitos culturales. Si ya carece de sentido tipificar como delito autónomo la ablación del clítoris, al ser una modalidad del delito de lesiones, como arrebato de imperialismo cultural (principio de justicia universal) debe tildarse la reforma sufrida por la Ley Orgánica del Poder Judicial –art. 23.4, apartado g)–, al otorgar competencia jurisdiccional a los Tribunales españoles para conocer de los delitos relativos a la mutilación genital femenina siempre y cuando los responsables se encuentren en España. Esa idea de no admitir la atenuación o exención de la responsabilidad del culturalmente diferente se refuerza en la Exposición de Motivos de la ley 3/2005, de 8 de julio por la que se modifica el artículo 243.4, apartado g) de la L.O.P.J. En la misma se afirma que el hecho de que la mutilación sea considerada como parte de la cultura de un determinado país no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. Por su parte, el Proyecto de CP de 2013 ha regulado en el artículo 172 bis, el matrimonio forzado. Con relación a esta figura, Maqueda Abreu ha expuesto lo absurdo de su regulación expresa ya que los tipos genéricos de coacciones o amenazas cumplían suficientemente la función de protección del bien jurídico, y denuncia que la pretensión de la reforma es “visibilizar a determinadas minorías étnicas como trasgresoras de un código cultural hegemónico a través de un mensaje de intolerancia que es conscientemente discriminatorio y estigmatizante”. *Cfr.*, Maqueda Abreu, ML. El nuevo delito de matrimonio forzado: art. 172 bis CP. En *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Código penal de 2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 544, 546.

⁸⁶ En este sentido, podrían contrariar el art. 9 del Convenio OIT.

⁸⁷ Como reconoce la Sentencia Tribunal Supremo núm. 835/2012, de 31 octubre, “Sin duda uno de los factores más acusados de la sociedad actual, también de la española, es el alto grado de interculturalidad que presenta como consecuencia de las fuertes corrientes migratorias”, admitiendo la coexistencia de grupos que proceden de otras culturas y tienen ritos y prácticas muy diferentes a los de los países de acogida.

⁸⁸ “Ello no puede ser excusa para elaborar una teoría del “error de prohibición fundado en los factores culturales a los que pertenece el sujeto” (Sentencia TS núm. 835/2012 de 31 octubre).

⁸⁹ En una manifestación de intransigencia, minusvalorando determinadas tradiciones, la Sentencia TS núm. 835/2012 de 31 octubre afirma rotundamente: “La ablación del clítoris no es cultura”. Del mismo modo, cabe reprochar la alusión de cultura atrasada” que emplea la STS nº 651/2010, de 24 de junio de 2010. E igualmente censurable es la STS nº 1461/2005, de 25 de noviembre de 2005, al señalar que aunque las mujeres eran aparentemente libres “*de países muy diferentes que arrastran unos miedos y creencias propias de esas culturas más atrasadas...*”. Puede compararse el parecido razonable entre estas sentencias de los Tribunales españoles y los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890 de Colombia.

estigmatizar directamente a una concreta comunidad cultural?⁹⁰

No es necesario resaltar una modalidad concreta de abuso sexual, mutilación genital o matrimonio forzado culturalmente condicionado, los tipos penales generales ya protegen de modo suficiente el bien jurídico respectivamente afectado. Basta, por tanto, con aplicar las reglas del sistema penal para ofrecer una respuesta coherente, en función del plano valorativo seleccionado.⁹¹

Retornando a la cuestión del error de comprensión, decíamos que los supuestos de imposibilidad de comprensión de la antijuricidad no deben resolverse a través de la técnica del error de prohibición sino como un supuesto de inimputabilidad. Una inimputabilidad que no es consecuencia de una base biológica sino de la convivencia en una cultura diferente a aquella en la que está integrado el autor. En tales situaciones, el sujeto puede conocer perfectamente la ilicitud de su comportamiento, lo que no puede asimilar es su antijuricidad y obrar conforme a ese conocimiento. En definitiva, es incapaz de interiorizar la norma penal a causa de su cultura, no ha tenido un acceso normal al imperativo contenido en la norma o no ha estado en condiciones de autorregular su conducta de acuerdo con él.⁹²

Resumiendo, en los conflictos culturales pueden darse varias situaciones con soluciones diferentes: en los supuestos de imposibilidad de acceder al

conocimiento de la ilicitud del comportamiento debe aplicarse el error de prohibición invencible. Solo sería vencible cuando el autor culturalmente motivado hubiera podido en abstracto y en concreto acceder al conocimiento de la ilicitud a través de los medios de información disponibles que, de modo objetivo, hubieran evitado tal error. La única objeción al recurso al error de prohibición radica en que de valorarse el error como vencible habría que condenar atenuando la pena, una pena que carece de sentido en casos de identidad cultural por no cumplir un fin constitucional. Otra cuestión distinta es que el autor conozca la ilicitud pero no pueda comprender la razón de la prohibición. En estos casos de error de comprensión no puede acudir al error de prohibición pues el autor conoce la ilicitud pero no percibe la antijuricidad del comportamiento por identidad cultural. Nos encontramos entonces en el ámbito de la inimputabilidad, excluyendo cualquier referencia a razones biológicas, y centrándonos únicamente en las razones de identidad que dificultan al culturalmente condicionado el acceso a la comprensión del injusto.

Como ya se expuso, de *lege data*, es factible el recurso a la eximente de alteración de la percepción del artículo 20.3º Cp,⁹³ en la construcción de un Derecho penal Intercultural que valore la identidad cultural sin que tal consideración comporte la humillación del diferente y la desprotección de los bienes jurídicos de

⁹⁰ A tal efecto, la L.O. 3/2005 de 8 de julio, acordó perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina –art. 23.4 LOPJ epígrafe g– Pero lo cierto es que si se sanciona la ablación de clítoris, consecuentemente habría que hacer lo mismo en los supuestos de circuncisión, tal como se ha hecho en Alemania. En efecto, el Tribunal de Colonia ha considerado como delito de lesiones la práctica de la circuncisión puesto que es una modificación contraria al interés del niño, que debe decidir más tarde, por sí mismo, su pertenencia a una religión concreta. Al respecto, Valerius plantea que es más una cuestión sobre la libertad de decisión, sobre la eficacia del consentimiento en una lesión corporal, que un debate en torno a la identidad cultural del que consiente. *Cfr.* Valerius Brian, *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin, 2011, p. 160. Por su parte, Torres Fernández, exige una norma que regule la circuncisión que debería reunir los siguientes requisitos: sanitarios cualificación de la persona que ha de practicarla, forma de intervención, requerimientos técnicos de la clínica o el lugar en que se va a practicar. Jurídicos, personas legitimadas para consentir por el menor de edad cuando le falte la capacidad natural para hacerlo, del menor cuando tenga capacidad... *Cfr.* Viejos ritos, nuevos conflictos: la circuncisión masculina. Estado de la cuestión. En *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier. Barcelona, 2014, p. 174. Como también habría que sancionar otra práctica habitual en Europa, la extirpación del órgano genital interno –no desarrollado plenamente– del que nace sin un sexo definido (hermafrodita).

⁹¹ *Cfr.* Roca De Agapito, que tampoco considera necesario crear una figura específica pues basta con la teoría jurídica del delito, *op. cit.*, p. 205.

⁹² No se puede hablar de un Derecho penal Intercultural sin respeto a la identidad cultural ni puede exigirse que interiore un catálogo de valores contrario a su cultura. *Cfr.* Escudero Alday, “Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo”. En *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, p. 47.

⁹³ Eso sí, empleando exclusivamente criterios normativo-valorativos, como ha defendido, entre otros, Quintero Olivares, G, La reforma de 1983, en Quintero Olivares; Muñoz Conde, F, Destino, Barcelona, 1983, pp. 82 y ss. Ya en 1982, Bustos Ramírez, J, elaboró un planteamiento de la imputabilidad valorativo- normativista desde la teoría de las subculturas criminales y la psiquiatría alternativa que abría las puertas a la aplicación de la eximente de alteración de la percepción en casos de conflictos culturales. *Cfr.* Bustos Ramírez, J. “Revisión crítica de la imputabilidad a la luz de la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa”, *En Derecho Penal y Ciencias Sociales*, U.A.B., Barcelona, 1982, pp. 190 y ss.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

la sociedad de acogida.⁹⁴ Sin duda, la evolución en la interpretación judicial del contenido de esta eximente –desde que el legislador de 1983 sustituyó el término “sordomudo de nacimiento” por el de “alteración de la percepción”– confirma la expectativa de que pueda servir para eximir o atenuar la responsabilidad del culturalmente diverso. Una eximente que ha pasado de emplearse exclusivamente en supuestos en los que existía una deficiencia sensorial (sordomudez, ceguera, autismo...), que impedía el conocimiento de la realidad, a supuestos de falta de comprensión motivada por la ausencia de instrucción o educación (Sentencia núm. 170/2011 de 24 marzo RJ 2011/2910).⁹⁵ Quizá la sentencia que mejor ha explicado el actual contenido de la eximente sea la STS núm. 1135/2006, de 16 noviembre RJ 2007/503.⁹⁶ En ella se afirma que “el juicio de imputabilidad no solo ha de referirse al estado psíquico del sujeto, afectado de una anomalía o de una alteración profunda de su estructura mental, sino también habrá de tenerse en cuenta que el

individuo es un ser social que desenvuelve su vida en un determinado y concreto ámbito sociocultural que, sin duda alguna, influye en su estructuración como persona, de manera que la conciencia de la antijuridicidad puede variar en función de las distintas alternativas sobre las que se haya podido desarrollar su personalidad y que afectan al nivel familiar, al laboral, a la formación escolar, a la formación en valores, éticos y sociales, etc”.

Las consecuencias de emplear esta eximente son las siguientes: en el caso de eximente completa, podría recurrirse a la medida de seguridad en centros educativos especiales en los que se pondría al autor al tanto del significado del derecho fundamental vulnerado.⁹⁷ De ese modo, si los padres autorizan la abla-ción de su hija conociendo el carácter ilícito de tal comportamiento pero sin comprender la razón de tal prohibición por su identidad cultural, el comportamiento es delictivo sin que pueda sustentarse la exclusión de la sanción. Además, ante la prognosis de

⁹⁴ En contra del recurso a la figura de la alteración de la percepción, aunque con matices, se manifiesta Carmona Salgado, C, al entender que tal opción representa un peligro para la seguridad jurídica. Cfr. Carmona Salgado, C. “Alteraciones en la percepción, anomalías y alteraciones psíquicas y error de prohibición”. En *Estudios de Derecho penal*. En memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez (Hernán Hormazabal coordinador). Ubijus, México, 2011, p. 10; de la misma, Comentario al artículo 20.3º del Código Penal. La eximente de alteraciones de la percepción. T. II, Edersa, Madrid, 1999, pp. 296 y 297. Del mismo modo, Fernández Torres no acepta esta eximente en los supuestos analizados al considerar que “no parece asumible sobre la base del texto de la ley, si bien quienes vienen de una cultura diferente y no com- parten las mismas valoraciones que las plasmadas en el ordenamiento jurídico, puede decirse que padecen el mismo efecto que el producido por dichas alteraciones, ...sin embargo, de ellos, no puede afirmarse que padezcan el sustrato material de la eximente del art. 20.3 CP; en tanto que la socialización en unos valores culturales diferentes a los mayoritarios no puede considerarse, propiamente, que sea una “alteración de la percepción”. Cfr. Torres Fernández, E. *Identidad, Creencias y Orden penal: la eximente cultural*. AFDUAM 17 (2013), p. 436.

⁹⁵ El Tribunal lo interpreta como una falta de comprensión causada por una merma importante e intensa en su acceso al conocimiento de los valores propios de las normas penales.

⁹⁶ Se expone que: “la aplicación de la Ley penal el ordenamiento, y sus aplicadores, deben utilizar los instrumentos precisos para asegurar, desde luego, la igualdad en la aplicación penal lo que supone, no solo la aplicación igualitaria de la Ley a los supuestos sustancialmente iguales, también posibilitar que en la aplicación de la Ley penal, se tengan en cuenta las desiguales condiciones de los ciudadanos ante la Ley penal esto es, a situaciones en las que la desigualdad se concreta en un deteriorado acceso a la educación, a las ventajas de la sociedad del bienestar, a las situaciones de desestructuración social y familiar que pueden ir anejas a la desigualdad, propiciando que las situaciones de falta de socialización o de acentuados déficits puedan ser tenidos en cuenta por la norma penal en la fijación de la responsabilidad cuando esa situación ha generado una socialización anómala”. Y continúa: “las condiciones de desigualdad, graves y relevantes, pueden afectar de distinta manera a la imputabilidad y es graduable con arreglo a las herramientas que previstas en el Código permiten proporcionar la consecuencia jurídica a las condiciones de imputabilidad realmente existentes, cuando las condiciones de desigualdad suponen una anulación o una reducción de su imputabilidad. Finalmente, y tal como se expuso, en todos los supuestos de identidad cultural en conflicto con derechos fundamentales es imprescindible recurrir al peritaje antropológico. Pues bien, en esta sentencia de 2006 se exige en la acreditación de la imputabilidad, la realización de las “hojas personales” “en las que se recojan aquellos datos relevantes, en principio, a la individualización judicial de la pena, y que, en casos concretos, permiten obtener información sobre situaciones límites que, concretamente analizados desde las periciales de contenido social, evidencian alteraciones importantes de la socialización que pueden dar lugar a una reducción, de la consecuencia jurídica cuando, repetimos, adquieren una relevancia en la imputabilidad”.

⁹⁷ Meini Méndez mantiene que “en los casos en que el *extraneus* cultural realizara un acto que vulnera algún derecho fundamental resulta legítimo imponer una medida de seguridad, ajena a cualquier fin terapéutico o de rehabilitación y orientada, más bien, a comunicar que en una sociedad pluricultural la diversidad cultural no es algo irrestricto, y que el mantenimiento de dicho modelo de sociedad importa la necesidad de respetar determinados mínimos básicos que reciben el nombre de derechos fundamentales”. Cfr. Meini Méndez, I. “Inimputabilidad Penal por Diversidad Cultural-Sobre el artículo 15º del Código Penal”. En *JUS Doctrina & Práctica*. N° 8. Agosto. Grijley. Lima. 2008. Por su parte, Terradillos Basoco habla de medidas educativas, que, por razones obvias, han de ser voluntarias y, en cuanto integradoras en contextos democráticos, de mínimos, es decir, respetuosa de la pluralidad a conciliar con el mundo de valores intangibles, por imprescindibles, que es tutelado en las leyes penales”. Cfr. Terradillos Basoco, Culpabilidad y Prevención, *cit.*, p. 248.

peligrosidad, resulta necesario el recurso a una medida de seguridad educativa. No se trata de reconverter al disidente cultural sino de explicarle los motivos de la protección de los derechos conculcados. Ahora bien, si continúa sin percibir la razón de la prohibición, habría que recurrir *–lege ferenda–* a la expulsión del autor a su propia comunidad ante el riesgo de reiteración de la misma conducta.

En el caso de eximente incompleta, se aplicaría el sistema vicarial, igualmente iría a un centro de educación específico y la opción de la pena que resta por cumplir *–en el supuesto de seguir sin comprender la prohibición–* quedaría descartada al no satisfacer ninguno de los fines preventivos constitucionales, ni la prevención general ni la especial justifican la reacción penal, por lo que de *–lege ferenda–* debería ser sustituida por la expulsión. Por último, resta el recurso a la atenuante analógica vinculada a la eximente de alteración de la percepción que solo permite la rebaja de una pena que, como digo, carece de sentido. Respecto a esta última posibilidad la SAP AVILA, 21/2004, 27 de enero, la aplicó en un delito de asesinato cometido por una persona de etnia gitana motivado por una anterior agresión a su hijo y esposa. El Tribunal estimó la atenuante analógica por varios motivos, el primero, su bajo nivel cultural, lo que unido a la peculiaridad cultural de la etnia a la que pertenece, le puede suponer una apreciación distorsionada de los valores socialmente admitidos y disminuir sus mecanismos de inhibición. De modo similar, la STS núm. 570/2003 de 17 abril, RJ 2003\5197, considera que es factible la atenuante analógica, aunque la rechaza en el caso concreto, en casos de inadaptación al medio social por afectación de la voluntad en consideración a la disminución de los frenos inhibitorios que en estas situaciones de marginación pueden producirse.

5. Bibliografía

- Amin, S. (1999). *El capitalismo en la era de la globalización*. Paidós, Barcelona.
- Balibar, E. (2003). *Nosotros ¿ciudadanos de Europa?* Madrid, Tecnos.
- Baratta, A. “El estado-mestizo y la ciudadanía plural. Consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza”. (2000) En H. Silveira Gorski (coord.), *Identidades comunitarias y democracia*. Trotta, Madrid.
- Barcellona, P. *Quale Politica per il terzo millennio?*. Dedalo, Bari, 2000.
- Bauman, Z. (2003). *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*. Editorial S. XXI, Madrid.
- Beck, U. (2005). *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Paidós, Sociedad y Estado. Barcelona.
- Bilbeny, N. (2002) *Por una causa común. Ética para la diversidad*. Gedisa, Barcelona.
- Borja Jiménez, E. (2001). *Introducción a los fundamentos del Derecho penal indígena*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia.
- _____, (2006). “Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena”, en *Diversidad cultural: Conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia.2006.
- _____, (2008). “Derecho indígena sancionador y derechos humanos”. En *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Borón, A. (2002). *Imperio/Imperialismo*. Paidós, Buenos Aires.
- Bustos Ramírez, J. (1982). “Revisión crítica de la imputabilidad a la luz de la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa”, En *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Barcelona, 1982.
- Carmona Salgado, C. “Alteraciones en la percepción, anomalías y alteraciones psíquicas y error de prohibición”. En *Estudios de Derecho penal*. En memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez (Hernán Hormazabal coordinador). Ubijus, México, 2011; de la misma, Comentario al artículo 20.3º del Código Penal. *La eximente de alteraciones de la percepción. T. II*, Edersa, Madrid, 1999.
- Capusiri, H. (2009). *Justicia Comunitaria*. Kipus. Cochabamba.
- Cerezo Mir, J. (2007). La regulación del error culturalmente condicionado en el Código penal peruano. En Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca.
- D’Agostini, F. (2000). *Analíticos y continentales*. Cátedra, Madrid.
- Eagleton, T. (1998). *Las ilusiones del posmodernismo*. Paidós, Barcelona.
- Escudero Alday, R. (2008). “Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo”. En *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural

- Estévez Araujo, J. A. (2000). "Ciudadanía Cosmopolita versus globalización neoliberal" en, H. Silveira Gorski (coord.), *Identidades comunitarias y democracia*. Trotta, Madrid, 2000.
- Ferré Olivé, JC, "Diversidad cultural y sistema penal". *Revista Penal*, nº 22, julio, 2008.
- Grüner, E. (2002). *El fin de las pequeñas historias. De los estudios culturales al retorno (imposible) de lo trágico*. Paidós, Buenos Aires.
- Guerra Palmero, M. J. (1999) "La disputa en torno a la comunidad o la deriva antifundamentalista del continente Habermasiano" en, *Isegoria*, nº 20.
- Habermas, J. (1999). "La idea Kantiana de la paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años" en, *La inclusión del Otro. Estudios de Teoría política*. Paidós, Barcelona.
- Höffe, O. (2000) *Derecho intercultural*. Gedisa, Barcelona.
- Honneth, A. (1988). *Kritik der Macht. Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie*. Frankfurt.
- _____, (1997). *La lucha por el reconocimiento*. Crítica, Barcelona.
- Hurtado Pozo, J, <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/HurtadoPozo2>; del mismo, "Impunidad de personas con patrones culturales distintos", Poder Judicial. Pleno Jurisdiccional Regional Penal.
- Iacono, A. M. (2000). "Raza, nación, pueblo: caras ocultas del universalismo" en H. Silveira Gorski (coord.), *Identidades comunitarias y democracia*. Trotta, Madrid.
- Jakobs, G. (2012). Recensión al libro "*Kultur und Strafrecht*", Valerius B, en *Goltdammer's Archiv Für Strafrecht*, V.I, número 159.
- Jericó Ojer. (2007). *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, La Ley, Madrid.
- Jullien, F. (2010). *De lo universal, de lo uniforme, de lo común y del dialogo entre las culturas*. Siruela. Madrid.
- Kymlicka, W. (1996). "Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal" en, *Isegoria*, nº 14.
- Macías Caro, VM. (2012). ¿Hay que castigar a las "Otras" Culturas? Una respuesta desde Italia. En De Maglie, C, *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- De Maglie, C. (2012). *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*. Marcial Pons, Madrid.
- Maqueda Abreu, ML. (2013). El nuevo delito de matrimonio forzado: art. 172 bis CP. En *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Código penal de 2012* (Javier Álvarez-Dopico Fernández), Tirant Lo Blanch, Valencia..
- Mardones, J. M. (1994). "El neo-conservadurismo de los posmodernos" en *En torno a la posmodernidad*. Anthropós, Bogotá.
- Meini Méndez, Iván. (2008). Inimputabilidad Penal por Diversidad Cultural-Sobre el artículo 15º del Código Penal I en *JUS Doctrina & Práctica. N° 8*. Agosto. Grijley. Lima.
- Monge Fernández, A. (2008). *El extranjero frente al Derecho penal*. Bosch. Barcelona.
- Mouffe, C. (1999). *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Paidós, Barcelona.
- _____, (2003). *La paradoja democrática*. Gedisa, Barcelona.
- Quintero Olivares, G. (1983). La reforma de 1983, en Quintero Olivares; Muñoz Conde, F, Barcelona.
- Roca De Agapito, L. (2014). "Delitos culturalmente motivados". En *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier. Barcelona.
- Sáez Rueda, L. (2001). *Movimientos filosóficos actuales*. Madrid.
- Silva Sánchez, J. (2007). "Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal, en *¿Crisis del sistema dogmático del delito?* Cuadernos de Conferencias y artículos, nº 40, Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- _____, (2011). "Ein Kleiner Dialog mit Claus Roxin zum heutigen Strafrecht". Festgabe für Claus Roxin zum 80 Geburtstag. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, nº5/2011.
- Terradillos Basoco, J. (2001). "Culpabilidad y prevención: anotaciones desde el Derecho español", en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, ed. Lerner, Córdoba (Argentina); del mismo, Culpabilidad y responsabilidad, en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_14.pdf; *Anuario de Derecho Penal. 2003*, ed.

- Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo.
- Torres Fernández, E. (2014). “Identidad, Creencias y Orden penal: la exigente cultural”. AFDUAM 17 (2013); de la misma, “Viejos ritos, nuevos conflictos: la circuncisión masculina. Estado de la cuestión”. En *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*. Atelier. Barcelona, 2014.
- Valerius Brian. (2011). *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin.
- Velásquez Velásquez, F. (2014). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Sexta Edición. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá.
- Vitale, E. (2008). “Derechos (de los) indígenas y derechos fundamentales. Una reflexión crítica” En *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Wellmer, A. (1993). *Sobre la dialéctica de modernidad y postmodernidad. La crítica de la razón después de Adorno*. Visor, Madrid.
- _____, (1994). *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*. Anthropos, Barcelona.
- Wittgenstein, L. (2003). *Tractatus logico-philosophicus*. Alianza, Madrid.
- Zaffaroni, E.R. (1999). *Manual de Derecho penal. Parte General*. Ediar, Buenos Aires.
- Zizek, S. (2001). *El espinoso sujeto*. Paidós, Barcelona.
- _____, (2005). *Bienvenido al desierto de lo real*. Akal. Cuestiones de antagonismo. Madrid.

ISSN 2007-4700



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



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES